



HAL
open science

Verso una procura europea?: tra effettività e diritti fondamentali

Costanza Di Francesco Maesa

► **To cite this version:**

Costanza Di Francesco Maesa. Verso una procura europea?: tra effettività e diritti fondamentali. Law. Université de Strasbourg; Università degli studi (Bologne, Italie), 2017. Italian. NNT: 2017STRAA004 . tel-01728944

HAL Id: tel-01728944

<https://theses.hal.science/tel-01728944>

Submitted on 12 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**ÉCOLE DOCTORALE ÉCOLE DOCTORALE DROIT, SCIENCE POLITIQUE
ET HISTOIRE - ED 101**

Centre d'Etudes internationales et Européennes (CEIE) - EA 7307

**THÈSE EN COTUTELLE
AVEC L'UNIVERSITÉ DE BOLOGNE (ITALIE)**

présentée par :

Costanza DI FRANCESCO MAESA

soutenue le : 13 juin 2017

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit de l'Union européenne

**Vers un Parquet européen ?
Entre effectivité et droits fondamentaux**

THÈSE dirigée par :

Mme HAGUENAU-MOIZARD Catherine Professeur, Université de Strasbourg

M. DI FEDERICO Giacomo

Professeur, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna

RAPPORTEURS :

M. MARTUCCI Francesco

Professeur, Université Paris 2 Panthéon-Assas

M. BESTAGNO Francesco

Professeur, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano

“Cosa posso portare con me?” “Da darti ho solo l'Antico Codice. È il più potente dei talismani. Protegge dai ladri e dagli assassini”. “E cosa contiene?” “Le chiamavano leggi”. “Non ne ho mai sentito parlare...” “Quando sarai in presenza del Grande Re nascondilo nella tasca interna del mantello, quella che appoggia sul cuore. Ispirerà le tue parole... Si narra che fu argon in persona a dettarle allo scriba”. “Il primo tra i primi?” “Il fondatore del Sacro Ordine”. “Esiste ancora chi è in grado di leggere l'antica lingua?” - domandò May. “Esiste. Abita nel Mondo dei Sogni Mai Dimenticati”. “Come farò ad arrivarci?” “Ti guideranno i tuoi occhi”. “quando?” “Dipende soltanto da te e da dove ti porterà il tuo viaggio. Prima dovrai uccidere la paura”. “Come?” “Chiudendo gli occhi!”. “Vuoi dire che dovrò scendere nel Grande Buio?” “È là che risiede il principio di ogni cosa”. “È lì che affondano le sacre radici?” “È quello il luogo dove il grande Argon parlò con il Sacro Custode”. “Allora riuscirò a distinguere il bene dal male?” “Allora comprenderai il senso delle Antiche Leggi e il nostro mondo, così come noi lo conosceremo, troverà equilibrio. Finalmente ogni creatura troverà pace”. “Se li terrò chiusi” - domandò ancora May “i miei occhi come faranno a guidarmi?” “Tu hai la vista” rispose l'indovino “gli occhi che ti guideranno lungo il cammino saranno quelli del cuore”.

LAURA DI FRANCESCO MAESA, Segni nel tempo, opera inedita.

Remerciements

Je remercie vivement ma directrice de thèse, Madame le professeur Catherine Haguenu-Moizard, pour ses précieux conseils, ses encouragements à pousser toujours plus loin la recherche et la réflexion et la grande liberté intellectuelle qu'elle m'a laissée dans la réalisation de ce travail. Je remercie également mon codirecteur de thèse Monsieur le professeur Giacomo Di Federico, pour la confiance qui a relié dans mon travail.

J'adresse également mes sincères remerciements à Monsieur le professeur J.A.E. Vervaele, professeur à l'Université d'Utrecht, pour ses précieux conseils, pour sa grande disponibilité pour discuter de mon travail et pour le partage de sa connaissance détaillée du droit pénal européen avec moi.

Je remercie aussi, infiniment, ma famille et mes compagnons de route, pour leur présence et leur soutien durant ces les moments difficiles que j'ai vécu pendant ces trois ans. Je remercie en particulier ma mère, mes frères et mes sœurs, ma grand-mère Francesca, Hilda, Beatrix, Floranna, Elena, Luigi, Sabia e Giuseppina. Je remercie également mes amis Clizia, Mia, Marianna, Dmitri, Filippo, Emeric, José-David, Michele.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ DE THÈSE

<u>1.Introduction.....</u>	<u>13</u>
<u>2.PREMIERE PARTIE Effectivité et Parquet européen.....</u>	<u>17</u>
<u>2.1.TITRE PREMIER Définition de la notion d'effectivité par rapport au droit pénale européen</u>	<u>17</u>
<u>2.1.1.CHAPITRE PREMIER Effectivité et droit pénal européen.....</u>	<u>17</u>
<u>2.1.1.1.Effectivité par la voie du droit pénal comme instrument d'intégration européenne...17</u>	
<u>2.1.1.2.Effectivité comme critère pour assurer l'efficace mise en œuvre du droit européen..20</u>	
<u>2.1.1.3.Principe d'effectivité et compétence de l'Union en matière de droit pénal européen.24</u>	
<u>2.1.1.4.Reconnaissance mutuelle, principe d'effectivité et droits fondamentaux.....26</u>	
<u>2.1.1.5.Définition d'effectivité.....</u>	<u>34</u>
<u>2.1.2.CHAPITRE DEUXIEME La répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres en matière pénale.....</u>	<u>35</u>
<u>2.1.2.1.Les principes qui régissent la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres en matière pénale.....</u>	<u>35</u>
<u>2.1.2.2.Bases juridiques pour le rapprochement des droits pénaux matériels et procéduraux.....</u>	<u>41</u>
<u>2.2.TITRE DEUXIÈME Configuration du Parquet européen afin qu'il soit assurée l'effectivité.</u>	<u>48</u>
<u>2.2.1.CHAPITRE PREMIER Statut du Parquet européen et relations avec les autres acteurs..48</u>	
<u>2.2.1.1.SECTION PREMIÈRE Statut du Parquet européen.....</u>	<u>48</u>
<u>2.2.1.1.1Statut, organisation interne du Parquet européen.....</u>	<u>48</u>
<u>2.2.1.1.2Indépendance du Parquet européen.....</u>	<u>54</u>
<u>2.2.1.1.3Responsabilité du Parquet européen.....</u>	<u>62</u>
<u>2.2.1.2.SECTION DEUXIÈME Relations avec les autres organes de l'Union.....</u>	<u>65</u>
<u>2.2.1.2.1Relations du Parquet européen avec Eurojust.....</u>	<u>65</u>
<u>2.2.1.2.2Relation du Parquet européen avec OLAF.....</u>	<u>69</u>
<u>2.2.2.CHAPITRE DEUXIÈME Compétence matérielle du Parquet européen.....</u>	<u>73</u>
<u>2.2.2.1.SECTION PREMIÈRE Compétence du Parquet européen pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.....</u>	<u>73</u>
<u>2.2.2.1.1Base juridique plus adéquate pour la compétence du Parquet européen.....</u>	<u>73</u>
<u>2.2.2.1.2Détermination des incriminations qui relèvent de la compétence du Parquet européen.....</u>	<u>77</u>

2.2.2.1.3	<u>Compétence accessoire du Parquet européen en ce qui concerne les infractions inextricablement liées à des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.....</u>	81
2.2.2.2.	<u>SECTION DEUXIÈME Extension de la compétence du Parquet européens aux crimes terroristes.....</u>	84
3.	<u>DEUXIÈME PARTIE Droits fondamentaux et Parquet européen.....</u>	91
3.1.	<u>TITRE PREMIER Les droits fondamentaux en droit pénal européen.....</u>	91
3.1.1.	<u>CHAPITRE PREMIER Les droits fondamentaux de droit pénal matériel.....</u>	92
3.1.1.1.	<u>Le principe de légalité des délits et des peines.....</u>	92
3.1.1.2.	<u>L'exigence de la protection d'un intérêt légitime suffisant</u>	98
3.1.1.3.	<u>Le principe de culpabilité.....</u>	102
3.1.2.	<u>CHAPITRE DEUXIÈME Les droits fondamentaux relative au droit pénal procédural</u>	109
3.1.2.1.	<u>Le droit à un recours juridictionnel effectif.....</u>	109
3.1.2.2.	<u>Droit à la présomption d'innocence et droits de la défense.....</u>	114
3.1.2.2.1.	<u>Droit à la présomption d'innocence.....</u>	114
3.1.2.2.2.	<u>Droits de la défense.....</u>	119
3.1.2.3.	<u>Le principe ne bis in idem.....</u>	123
3.2.	<u>TITRE DEUXIÈME Configuration des règles de procédure du Parquet européen dans le respect des droits fondamentaux.....</u>	126
3.2.1.	<u>CHAPITRE PREMIER Pouvoirs du Parquet européen et règles de procédure du Parquet européen.....</u>	126
3.2.1.1.	<u>SECTION PREMIÈRE Modalité d'exercice des poursuites et lois procédurales applicables aux activités du Parquet européen.....</u>	126
3.2.1.1.1.	<u>Pouvoirs du Parquet européen. Modalité d'exercice des poursuites.....</u>	126
3.2.1.1.2.	<u>Classement sans suite de l'affaire et procédures simplifiées en matière de poursuites</u>	131
3.2.1.1.3.	<u>Choix des règles de procédure applicables aux activités du Parquet européen..</u>	135
3.2.1.2.	<u>SECTION DEUXIÈME Admissibilité des éléments de preuve présentés par le Parquet européen et enquêtes transfrontières.....</u>	140
3.2.1.2.1.	<u>Admissibilité des éléments de preuve présentés par le Parquet européen</u>	140
3.2.1.2.2.	<u>Enquêtes transfrontières</u>	145
3.2.2.	<u>CHAPITRE DEUXIÈME Garanties procédurales, protection des données à caractère personnel et contrôle juridictionnel.....</u>	148
3.2.2.1.	<u>SECTION PREMIÈRE Garanties procédurales, protection des données à caractère personnel.....</u>	148
3.2.2.1.1.	<u>Garanties procédurales des suspects et personnes poursuivies.....</u>	148
3.2.2.1.2.	<u>Protection des données à caractère personnel.....</u>	152
3.2.2.2.	<u>SECTION DEUXIÈME Contrôle juridictionnel.....</u>	159
3.2.2.2.1.	<u>Contrôle juridictionnel.....</u>	159
4.	<u>Conclusion.....</u>	167
1.	<u>Introduzione.....</u>	176

<u>1.PRIMA PARTE Effettività e Procura europea.....</u>	<u>193</u>
<u>1.1.TITOLO PRIMO Significato e portata dell'effettività nel diritto penale europeo.....</u>	<u>193</u>
<u>1.1.1.CAPITOLO PRIMO Il principio di effettività nel diritto penale europeo.....</u>	<u>193</u>
<u>1.1.1.1.SEZIONE I Effettività e integrazione europea nell'ambito del diritto penale europeo</u>	<u>193</u>
<u>4.1.1.1.1Delimitazione del campo di indagine.....</u>	<u>193</u>
<u>4.1.1.1.2Effettività quale mezzo di integrazione europea.....</u>	<u>196</u>
<u>4.1.1.1.3Il principio di leale cooperazione.....</u>	<u>200</u>
<u>4.1.1.1.4Diritto penale quale strumento di efficace attuazione delle politiche europee.</u>	<u></u>
<u>Effettività e potere sanzionatorio.....</u>	<u>205</u>
<u>4.1.1.1.5Delinearsi di una competenza dell'Unione in materia penale.....</u>	<u>209</u>
<u>4.1.1.1.6Giurisprudenza della Corte di Giustizia ed effettività. Strumento per</u>	<u></u>
<u>criminalizzare o per decriminalizzare certe fattispecie di reato a livello nazionale?.....</u>	<u>216</u>
<u>4.1.1.1.7Definizione del contenuto e dell'ambito applicativo del principio di effettività</u>	<u>234</u>
<u>1.1.1.2.SEZIONE II Effettività e diritti fondamentali.....</u>	<u>246</u>
<u>4.1.1.1.8Effet utile, effettività e sovranità nazionale.....</u>	<u>246</u>
<u>4.1.1.1.9Effettività e diritti fondamentali tra cooperazione giudiziaria in materia penale e</u>	<u></u>
<u>mutuo riconoscimento.....</u>	<u>252</u>
<u>4.1.1.1.10Cooperazione giudiziaria in materia penale e istanze securitarie.....</u>	<u>254</u>
<u>4.1.1.1.11Principio del mutuo riconoscimento e diritti fondamentali.....</u>	<u>263</u>
<u>4.1.1.1.12Giurisprudenza della Corte di Giustizia tra mutuo riconoscimento, effettività e</u>	<u></u>
<u>diritti fondamentali.....</u>	<u>274</u>
<u>4.1.1.1.13Clausola di salvaguardia dell'identità nazionale degli Stati membri e effettività</u>	<u></u>
<u>.....</u>	<u>283</u>
<u>4.1.1.1.14Contrasto tra effettività e diritti fondamentali in ambito di mutuo</u>	<u></u>
<u>riconoscimento?.....</u>	<u>289</u>
<u>4.1.1.1.15Effettività e principio di legalità.....</u>	<u>294</u>
<u>1.1.2.CAPITOLO SECONDO Il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati Membri in</u>	<u></u>
<u>ambito penale.....</u>	<u>308</u>
<u>1.1.2.1.SEZIONE I Principi in tema di riparto di competenze in materia di diritto penale</u>	<u></u>
<u>europeo.....</u>	<u>308</u>
<u>4.1.1.1.16Principio di attribuzione e diritto penale europeo.....</u>	<u>309</u>
<u>4.1.1.1.17Il riparto delle competenze in materia penale prima del Trattato di Lisbona... </u>	<u>312</u>
<u>4.1.1.1.18Clausola di flessibilità, principio di sussidiarietà e principio di proporzionalità</u>	<u></u>
<u>nell'ambito del diritto penale europeo.....</u>	<u>320</u>
<u>1.1.2.2.SEZIONE II Analisi delle basi giuridiche esistenti per un'eventuale disciplina</u>	<u></u>
<u>uniforme a livello europeo.....</u>	<u>339</u>
<u>4.1.1.1.19L'armonizzazione delle regole di diritto penale sostanziale (art. 83 TFUE)....</u>	<u>341</u>
<u>4.1.1.1.20L'armonizzazione delle regole di diritto penale processuale (art. 82 TFUE)....</u>	<u>357</u>
<u>4.1.1.1.21Altre possibili basi giuridiche per l'adozione di norme armonizzate in ambito</u>	<u></u>
<u>penale (articolo 352 TFUE e articolo 86 TFUE).....</u>	<u>368</u>
<u>1.2.TITOLO SECONDO Configurazione e competenza della Procura europea alla luce</u>	<u></u>

dell'effettività.....	372
1.2.1.CAPITOLO TERZO Statuto della Procura europea e relazione con altri soggetti.....	372
1.2.1.1.SEZIONE I Statuto della Procura europea.....	372
4.1.1.1.22Struttura della Procura europea. Organizzazione interna dell'Ufficio.....	373
4.1.1.1.23Indipendenza della Procura europea.....	391
4.1.1.1.24Responsabilità della Procura europea.....	411
1.2.1.2.SEZIONE II Rapporti tra la Procura europea e altri organi.....	417
4.1.1.1.25Rapporti della Procura europea con Eurojust.....	417
4.1.1.1.26Rapporti della Procura europea con OLAF.....	431
4.1.1.1.27Rapporti della Procura europea con gli Stati non partecipanti al regolamento istitutivo della Procura europea.....	443
1.2.2.CAPITOLO QUARTO Competenza sostanziale della Procura europea.....	447
1.2.2.1.SEZIONE I Competenza sostanziale della Procura europea per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.....	447
4.1.1.1.28Competenza sostanziale della Procura europea in materia di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.....	447
4.1.1.1.29Portata applicativa dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ossia definizione dei reati che rientrano nella competenza della Procura europea.....	458
4.1.1.1.30Competenza per i reati indissolubilmente legati a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.....	468
1.2.2.2.II SEZIONE Estensione della competenza della Procura europea ai sensi dell'articolo 86, par. 4 del TFUE.....	482
4.1.1.1.31Valutazione circa l'estensione della competenza della Procura europea ai reati di terrorismo.....	482
4.1.1.1.32Valutazione circa l'estensione della competenza della Procura europea ai reati ambientali.....	498
4.1.1.1.33Valutazione circa l'estensione della competenza della Procura europea alle violazioni della disciplina posta a tutela della concorrenza.....	515
2.SECONDA PARTE Diritti fondamentali e Procura europea.....	526
2.1.TITOLO PRIMO Diritti fondamentali di diritto penale europeo.....	526
Delimitazione del campo di indagine.....	526
Tutela dei diritti fondamentali in materia penale a livello europeo.....	528
2.1.1.CAPITOLO QUINTO Principi di diritto penale sostanziale.....	539
2.1.1.1.Il principio di legalità sostanziale.....	539
4.1.1.1.34Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea e ratio del principio di legalità sostanziale.....	539
4.1.1.1.35Contenuto del principio di legalità nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.....	544
4.1.1.1.36Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	549
4.1.1.1.37Principio di legalità inteso come riserva di legge.....	553
4.1.1.1.38Principio di legalità inteso come tassatività.....	557

4.1.1.1.39	Principio di legalità come principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e applicabilità della legge penale più favorevole.....	561
2.1.1.2.	Principio dell'esigenza di un legittimo scopo di tutela.....	563
4.1.1.1.40	Ratio del principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela.....	563
4.1.1.1.41	Fondamento giuridico del principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela.....	564
4.1.1.1.42	Oggetto del principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela.....	568
4.1.1.1.43	Grado di anticipazione della soglia di tutela compatibile con l'esigenza di un legittimo scopo di tutela.....	571
4.1.1.1.44	Principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela come criterio guida per il legislatore europeo.....	572
2.1.1.3.	Il principio di colpevolezza nel diritto penale europeo.....	576
4.1.1.1.45	Ratio e contenuto del principio di colpevolezza.....	576
4.1.1.1.46	Il contenuto del principio di colpevolezza nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.....	578
4.1.1.1.47	Il principio di colpevolezza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e negli atti legislativi europei.....	582
4.1.1.1.48	Ipotesi di responsabilità oggettiva.....	602
4.1.1.1.49	Ammissibilità a livello europeo della responsabilità penale delle persone giuridiche.....	609
2.1.2.	CAPITOLO SESTO Principi di diritto penale processuale.....	615
2.1.2.1.	Principio di legalità processuale e diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo....	615
4.1.1.1.50	Il principio di legalità processuale.....	615
4.1.1.1.51	Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo.....	624
4.1.1.1.52	Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.....	631
4.1.1.1.53	Strumenti di ricorso previsti a livello europeo.....	633
2.1.2.2.	Diritto alla presunzione di innocenza e diritti di difesa.....	639
4.1.1.1.54	Diritto alla presunzione di innocenza.....	639
4.1.1.1.55	Il diritto alla presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.....	642
4.1.1.1.56	Il diritto alla presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	647
4.1.1.1.57	Disciplina del diritto nella direttiva relativa al rafforzamento della presunzione di innocenza.....	651
4.1.1.1.58	Diritti di difesa degli indagati o imputati.....	660
4.1.1.1.59	Contenuto dei diritti di difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.....	661
4.1.1.1.60	I diritti di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	667
4.1.1.1.61	Limitazioni ai diritti di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia...	669
4.1.1.1.62	Direttive adottate a livello europeo a tutela dei diritti di difesa.....	680
2.1.2.3.	Il principio di ne bis in idem.....	696

4.1.1.1.63	Ratio e contenuto del principio di ne bis in idem.....	696
4.1.1.1.64	Il principio di ne bis in idem nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.....	701
4.1.1.1.65	Il principio di ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia....	703
4.1.1.1.66	Il principio di ne bis in idem nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	716
2.2.	TITOLO SECONDO Disciplina processuale applicabile alle indagini svolte dalla Procura europea alla luce dei diritti fondamentali.....	736
2.2.1.	CAPITOLO SETTIMO Poteri della Procura europea e disciplina processuale delle indagini da essa svolte.....	736
2.2.1.1.	SEZIONE I Modalità di esercizio dell'azione penale e legge processuale applicabile alle indagini svolte dalla Procura europea.....	737
4.1.1.1.67	Poteri della Procura europea. Modalità di esercizio dell'azione penale.....	737
4.1.1.1.68	Norme alternative all'azione penale. Archiviazione del caso e procedure semplificate di azione penale da parte della Procura europea.....	753
4.1.1.1.69	Scelta della legge processuale applicabile.....	764
2.2.1.2.	II SEZIONE Regime di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea e disciplina applicabile alle indagini transfrontaliere e alle indagini interne.....	781
4.1.1.1.70	Regime di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea.....	782
4.1.1.1.71	Indagini transfrontaliere.....	799
4.1.1.1.72	Indagini interne.....	811
2.2.2.	CAPITOLO OTTAVO Garanzie procedurali, tutela dei dati personali, controllo giurisdizionale.....	818
2.2.2.1.	SEZIONE I Garanzie procedurali e tutela dei dati personali.....	818
4.1.1.1.73	Garanzie procedurali.....	819
4.1.1.1.74	Protezione dei dati di carattere personale.....	834
2.2.2.2.	SEZIONE II Controllo giurisdizionale sulle decisioni adottate dalla Procura europea.....	854
4.1.1.1.75	Forme di controllo giurisdizionale.....	854
3.	Conclusioni.....	881
5.	Bibliographie.....	894
5.1.	Libri e capitoli.....	894
5.2.	Articoli.....	915
5.3.	Altra dottrina.....	931
5.4.	Trattati europei.....	937
5.5.	Trattati internazionali.....	937
5.6.	Atti dell'Unione europea.....	940
5.7.	Soft-law.....	949
5.8.	Documenti preparatori.....	953
5.9.	Altri documenti.....	958
5.10.	Legislazione nazionale.....	960

<u>5.10.1. Italia.....</u>	<u>960</u>
<u>5.10.2. Gli Stati Uniti d' America.....</u>	<u>960</u>
<u>5.10.3. Germania.....</u>	<u>960</u>
<u>5.10.4. Spagna.....</u>	<u>960</u>
<u>5.11. Giurisprudenza della Corta di giustizia.....</u>	<u>960</u>
<u>5.12. Conclusioni degli avvocati generali.....</u>	<u>980</u>
<u>5.13. Giurisprudenza del Tribunale.....</u>	<u>983</u>
<u>5.14. Giurisprudenza della CEDU.....</u>	<u>984</u>
<u>5.15. Altra giurisprudenza.....</u>	<u>992</u>
<u>5.15.1. Internazionale.....</u>	<u>992</u>
<u>5.15.2. Danimarca.....</u>	<u>992</u>
<u>5.15.3. Francia.....</u>	<u>992</u>
<u>5.15.4. Germania.....</u>	<u>992</u>
<u>5.15.4.1. Corte costituzionale.....</u>	<u>992</u>
<u>5.15.4.2. Corte suprema.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.4.3. Altri tribunali.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.5. Grecia.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.6. Italia.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.6.1. Corte costituzionale.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.6.2. Altri tribunali.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.7. Lituania.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.8. Polonia.....</u>	<u>993</u>
<u>5.15.9. Repubblica ceca.....</u>	<u>993</u>

RÉSUMÉ DE THÈSE

Rédigé conformément au titre II, article 2.2. de la convention de cotutelle de thèse de doctorat établie entre l'Université de Strasbourg et l'Université de Bologne

1. Introduction

L'article 86 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne fournit la base juridique nécessaire à l'instauration d'un Parquet européen.

L'article 86 du TFUE prévoit que « Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil peut instituer un Parquet européen ».

De la formulation de l'article, on comprend que le principal objectif de la création d'un Parquet européen est celui de combattre efficacement les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et donc celui d'assurer une plus grande effectivité et une plus grande efficacité de l'instruction et de la poursuite, dans un premier temps, des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, et ultérieurement, le Conseil européen en statuant à l'unanimité, des crimes graves ayant une dimension transfrontière.

La même conclusion découle des articles 67, par. 3 e 325 du TFUE, desquels il ressort qu'un des objectifs de la création d'une espace de liberté, de sécurité et de justice est celui d'assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de lutte contre la criminalité, en prévoyant en particulier des mesures visant à protéger les intérêts financiers de l'Union européenne.

Le fait que l'objectif poursuivi par la création du Parquet européen soit celui d'une répression plus efficace des auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union a été souligné aussi par la Commission dans la proposition du règlement portant création d'un Parquet européen du 2013. Le concept d'effectivité est employé dans un double sens dans la proposition de règlement de la Commission.

D'un côté il est utilisé dans le sens que la création du Parquet européen est nécessaire à assurer la mise en œuvre efficace des politiques de l'Union ; d'un autre côté, le terme « effectivité » se réfère aux enquêtes, en signifiant que le rapport entre les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus doit être optimal. Le but c'est donc d'augmenter le nombre des poursuites, pour parvenir à davantage de condamnations et à un recouvrement plus important des fonds de l'Union obtenus frauduleusement.

Il ne faut toutefois pas oublier que à partir du moment où l'Union européenne intervient dans le domaine pénal, surtout si l'instrument utilisé est la création d'un ministère public européen, c'est à dire une institution supranationale doté de fonctions d'enquête et de poursuite, elle adopte des

mesures qui vont avoir des conséquences sur la liberté des individus. La protection des droits fondamentaux est donc une condition essentielle à la création d'un Parquet européen.

Les droits fondamentaux ont trouvé leur place depuis longtemps dans l'ordre juridique européen, d'abord sous la forme de principes généraux du droit communautaire, ensuite avec l'adoption et

l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui s'appuie sur la Convention européenne des Droits de l'homme, sur la Charte sociale européenne et sur d'autres conventions relatives aux Droits de l'homme, sur les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, ainsi que sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. La Charte a désormais pleine valeur contraignante pour les institutions européennes lorsque celles-ci adoptent de nouvelles mesures, et pour les Etats membres lors de la mise en œuvre de ces nouvelles mesures.

En ce qui concerne les garanties accordées aux suspects et aux autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doit être respectée. Elle prévoit les garanties procédurales à l'égard des suspects et des autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen. L'article 82 du TFUE joue également un rôle important. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, conformément aux prévisions de l'alinéa 1er de l'article 82, par. 2. b) du TFUE, plusieurs directives concernant différents droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales ont été adoptées.

Depuis l'adoption du programme de Stockholm, en effet, la politique principalement sécuritaire de l'Union a évolué significativement vers une politique plus attentive aux droits des personnes mises en cause dans une procédure pénale. Les résultats obtenus ne sont pas encore satisfaisants, mais ils constituent un premier pas dans la création d'un « Union de droit ».

En définissant les caractéristiques fondamentales du Parquet européen, son statut, ses pouvoirs, aussi bien que les règles de procédure relatives aux enquêtes, aux poursuites et au procès et les garanties des suspects et des autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen, il faut tenir compte de la nécessité de protéger les droits fondamentaux des individus concernés autant que la mise en œuvre efficace des politiques de l'Union.

En vue de parvenir à une solution qui favorise l'efficace répression des infractions pénales qui relèvent de la compétence matérielle du Parquet européen, tout en respectant les droits fondamentaux des suspects concernés par les procédures du Parquet européen, nous avons formulé la question suivante à laquelle nous envisageons de répondre dans les conclusions de ce travail.

Quelle configuration doit caractériser le Parquet européen afin qu'il apporte une valeur ajoutée par rapport aux instruments existants et afin qu'il assure l'efficace répression des infractions pénales qui relèvent de sa compétence matérielle et, en même temps, qu'il assure la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans la procédure par lui-même engagée ?

En vue de répondre à cette question la thèse est divisée en deux parties et chaque partie est subdivisée en deux titres.

La première partie est dédiée à l'analyse de la configuration qui doit caractériser le Parquet européen afin qu'il réprime de manière efficace les infractions pénales qui relèvent de sa compétence. En particulier, le premier titre est dédié à la définition du sens et de la portée du

principe d'effectivité en droit pénal européen. Cette analyse est indispensable puisqu'il n'est pas possible de définir quel devra être le statut du Parquet européen en vue de garantir, par la voie du droit pénal, l'effectivité des politiques européennes, si nous n'analysons pas quel est la définition d'effectivité au niveau européen et donc ce auquel on se réfère quand on parle d'effectivité des politiques européennes. Dans le deuxième titre de la première partie nous vérifions si les caractéristiques de la structure du Parquet européen, telles que décrites par la Commission dans la proposition de règlement en date de 2013 e par le Conseil dans la version de proposition de règlement arrêté en janvier 2017, permettent d'atteindre les objectifs d'effectivité énoncés dans le premier titre de la première partie. Dans le cas où l'effectivité du Parquet européen ne soit pas convenablement garantie, nous proposerons une solution qui permette d'assurer l'effectivité de l'action du Parquet européen d'une manière appropriée.

Ils seront examinés en particulier le statut et l'organisation interne du Parquet européen, le relations du Parquet européen avec ses partenaires, notamment avec Eurojust, OLAF et les Etats membres qui ne sont pas liés par le règlement portant création du Parquet européen, ainsi que les infractions relevant de sa compétence matérielle.

La deuxième partie porte sur l'analyse de la configuration qui doit caractériser le Parquet européen afin qu'ils soient respectés les droits fondamentaux des personnes concernées par ses enquêtes. En particulier, dans le premier titre nous analyserons le contenu et la portée des principes fondamentaux reconnus au niveau européen en matière de droit pénal européen, tant matériel que processuel. Ces principes fondamentaux doivent également être pris en considération dans la création d'un organe de poursuite supranational et sont notamment le principe de légalité (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), le principe de culpabilité et l'exigence que soit protégé un intérêt légitime suffisant, du côté matériel, et le principe de légalité processuel, le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit à la présomption d'innocence, le droits de la défense, et le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction, du côté processuel. L'analyse du contenu et de la portée de ces principes est indispensable pour vérifier si ont été respectés en déterminant les pouvoirs du Parquet européen et les règles de procédure relatives aux enquêtes et aux poursuites, ainsi qu'aux garanties procédurales de toute personne concernée par les enquêtes menées par le Parquet européen. Dans le deuxième titre de la deuxième partie nous vérifions, en particulier, si les caractéristiques de la structure du Parquet européen, telles que décrites par la Commission dans la proposition de règlement en date de 2013 e par le Conseil dans la version de proposition de règlement arrêté en janvier 2017, permettent d'atteindre le respect des droits fondamentaux énoncés dans le premier titre de la deuxième partie. Dans le cas où ces principes fondamentaux ne soient pas convenablement respectés, nous proposerons une solution qui permette de les protéger d'une manière appropriée. Il seront en particulier évaluées les fonctions assignées au

Parquet européen, à savoir les modalités d'exercice des fonctions de poursuite, les conditions d'utilisation, devant les juges du fond, des éléments de preuve recueillis, les règles concernant les garanties procédurales, les modalités de contrôle juridictionnel des enquêtes et des poursuites, ainsi que les règles du régime de protection des données.

Dans la conclusion, finalement, compte tenu des solutions proposées dans les chapitres précédents aux problèmes théoriques et pratiques, on proposera un statut pour le Parquet européen qu'on envisage comme susceptible de se conformer à toutes les exigences mises en évidence au cours de toute la thèse.

Méthodologie

La thèse ne veut pas être une recherche de droit comparé, mais une thèse de droit européen ; c'est pour cette raison que les systèmes étudiés ont été choisis en fonction de leur pertinence pour une étude qui se donne pour objectif de contribuer à la connaissance des principes constitutionnels européens qui doivent être respectés lors de la création du Parquet européen.

Le travail préparatoire sera mené selon deux axes, auxquels nous avons entendu attacher une égale importance : les recherches documentaires et, d'autre part, une approche pratique.

En ce qui concerne les recherches documentaires dans les trois domaines législatif, jurisprudentiel et doctrinal (en langue anglaise, française, italienne, espagnole et allemande), on cherchera à trouver une voie médiane entre l'analyse technique du thème étudié et une étude plus large du contexte afin de réaliser un réel approfondissement de la question.

Du point de vue pratique, en examinant les rapports d'activité annuels des organes de l'UE tels que Eurojust, Europol et OLAF (Office européen de lutte antifraude), nous prendrons la mesure de l'écart entre le droit en vigueur et le droit réellement appliqué. Il ne faut pas sous-estimer les écarts considérables qui séparent le droit prévu par les textes du droit effectivement appliqué. L'objectif est de comprendre si la pratique diffère de la théorie et, en particulier, si les propositions existantes concernant la création du Parquet européen peuvent effectivement représenter un moyen pertinent pour lutter contre la criminalité grave ayant un caractère transfrontière.

2. PREMIERE PARTIE Effectivité et Parquet européen

2.1. TITRE PREMIER Définition de la notion d'effectivité par rapport au droit pénale européen

2.1.1. CHAPITRE PREMIER Effectivité et droit pénal européen

2.1.1.1. Effectivité par la voie du droit pénal comme instrument d'intégration européenne

L'adoption et l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne marquent l'introduction dans le corps de Traités de l'article 86 TFUE fournissant ainsi une base juridique nécessaire à la création d'un Parquet européen¹.

Le 17 juillet 2013, la Commission a présenté une proposition de règlement portant création du Parquet européen fondée sur l'article 86 du TFUE². Au sein du Conseil, la proposition de règlement a été modifiée et le dernier texte de compromis du règlement portant création du Parquet européen a été arrêté le 31 janvier 2017³.

L'article 86 du TFUE et les deux propositions de règlement de la Commission et du Conseil clarifient l'objectif poursuivi par la création de ce nouvel organe de poursuite supranationale : le renforcement de la protection des intérêts financiers de l'Union, en assurant une plus grande efficacité et une plus grande efficacité de l'instruction et de la poursuite des infractions portant atteinte auxdits intérêts⁴. L'exigence d'arrêter « les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union » est prévue également à l'article 325, al. 4 du TFUE⁵.

1 L'article 86, al. 1. du TFUE prévoit : « Pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

2 Proposition de Règlement du Conseil, COM(2013) 534 final, 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen, {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}

3 Proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, n° 5766/17, Présidence du Conseil de l'Union européenne, 31 janvier 2017

4 Voy. point 3.3 de la Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, du 18 juillet 2013, cit..

5 Voy. Article 325, al. 4 du TFUE.

De même, dans le cas où la compétence matérielle du Parquet européen serait étendue à la criminalité grave ayant une dimension transfrontière, conformément à l'article 86, al. 4 du TFUE⁶, la justification de la création de ladite juridiction consiste en l'institution d'un organe de poursuite supranationale suffisamment efficace⁷. En effet, selon les rapports publiés et diffusés au niveau européen, les dispositifs existants ne permettent pas d'enrayer efficacement la criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière.

La notion d'effectivité revêt en réalité deux sens différents en ce qui concerne le Parquet européen. D'un côté, la notion d'effectivité se réfère à la nécessité d'assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union, et, en particulier, si la compétence du Parquet européen est limitée aux « infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »⁸.

De l'autre, l'effectivité ne peut pas être érigée en principe car elle revêt une signification plus étroite en désignant le caractère de ce qui produit l'effet escompté. Elle suppose que les ressources utilisées produisent les meilleurs résultats possibles et marque le potentiel d'un mécanisme à produire les effets espérés. En ce sens l'efficacité majeure du Parquet européen se calcule en fonction du taux de poursuites et de condamnations⁹. La vérification de l'efficacité susmentionnée de ladite juridiction suppose donc un calcul tenant compte des ressources disponibles et des résultats obtenus. Le but consiste à vérifier si le rapport moyens utilisés et résultats escomptés tend vers un meilleur résultat après la création d'un Parquet européen en le comparant aux résultats obtenus avec les instruments préexistants.

Cela dit, nous n'examinerons pas les implications de la notion d'efficacité dans ce sens, en considérant qu'une telle évaluation repose sur des prévisions dépendantes de calculs eux-mêmes

6 L'article 86, al. 4 prévoit que « *Le Conseil européen peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision modifiant le paragraphe 1 afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière et modifiant en conséquence le paragraphe 2 en ce qui concerne les auteurs et les complices de crimes graves affectant plusieurs États membres. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen et après consultation de la Commission* ».

7 Voy. dans ce sens, l'article 86, al. 2 du TFUE qui prévoit que « *Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné* ». L'italique ne figure pas dans l'original.

8 Littéralement, voy. dans ce sens le considérant 3 de la Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – Accord politique, n° 5478/17, Présidence du Conseil de l'Union européenne, 1er février 2017.

9 Voy. à cet égard, Commission Staff Working Document, SWD (2013) 274 final, 17 juillet 2013, Impact assessment accompanying the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, {COM(2013) 534 final}, {SWD(2013) 275 final}, Annex 4, « Cost-benefit analysis », point 1.2 p. 100, où nous pouvons lire : « *In order to monetise the benefits through possible efficiency and effectiveness gains a calculation of the expected caseload and the resulting number of prosecution and convictions is required. As mentioned before no structured information is available to estimate the number of offences affecting the EU's financial interests currently being prosecuted and convicted. Therefore assumptions and estimates on the expected impact of the options need to be made. It is estimated that the anticipated potential caseload of 2500 cases per year could be taken up by in total 400 investigators and 60 prosecutors (FTEs). This follows the estimation that the case load per prosecutor is around 40 cases per year taking into account the full potential efficiency and effectiveness gains of EPPO. In addition a caseload of 6 cases per investigator is assumed. The ratio investigators and prosecutors to support staff is estimated at about 5:1* ».

découlant d'une multitude de données dont on ne peut ni contester ni contrôler la véracité.

Nous analyserons donc le concept d'effectivité dans le premier sens auquel nous nous sommes référés dans la mesure où la Cour de justice de l'Union européenne elle-même fait référence à la notion d'effectivité en matière de droit pénal européen.

En effet, l'exigence d'assurer l'efficace mise en œuvre des politiques européennes a joué un rôle essentiel dans le développement du droit pénal européen sous quatre angles différents.

En premier lieu, dans les premières années de création de la Communauté économique européenne et ensuite de la Communauté européenne, cette exigence a obligé les États membres à assurer l'efficace mise en œuvre des politiques et des objectifs établis au niveau européen, aussi par la voie du droit pénal.

En deuxième lieu, le principe d'effectivité a été utilisé par la Cour de justice en tant qu'argument pour établir que le législateur communautaire a le droit, « lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »¹⁰. Dans cet arrêt C-176/03, la Cour de justice a donc clarifié la répartition des compétences en matière pénale entre le premier et le troisième pilier, en affirmant que quand une disposition pénale spécifique à la matière en cause est nécessaire pour garantir l'effectivité du droit communautaire, elle est adoptée dans le cadre du premier pilier.

En troisième lieu, le principe d'effectivité a joué un rôle essentiel en ce qui concerne l'interprétation du droit européen par les autorités nationales. En se fondant sur le principe de coopération loyale¹¹, dans l'arrêt *Pupino*, la Cour de justice a étendu le principe de l'interprétation conforme aux décisions-cadres adoptées sur le fondement des dispositions du troisième pilier de l'Union¹².

Enfin, en vue d'assurer la primauté et l'effectivité du droit de l'Union, la Cour de justice a affirmé que l'exigence d'exécuter le Mandat d'arrêt européen, notamment un instrument de reconnaissance mutuelle, prévaut sur l'application d'une norme constitutionnelle garantissant un niveau de protection plus élevé des droits fondamentaux. Or cette dernière porte « atteinte au principe de primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État »¹³. Par

10 Voy. à cet égard, CJUE, Commission des Communautés européennes c. Conseil de l'Union européenne, affaire C-176/03, du 13 septembre 2005, ECLI:EU:C:2005:542, par. 48.

11 Le principe de coopération loyale a été déduit par la Cour de justice du libellé de l'ancien article 5 du Traité CE. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, cette disposition a été reprise à l'article 4, al. 3 du TUE.

12 Voy. à cet égard l'arrêt de la CJUE Maria Pupino, aff. C-105/03, du 16 juin 2005, ECLI:EU:C:2005:386.

13 Voy. à cet égard l'arrêt de la CJUE, Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal, aff. C-399/11, du 26 février 2013, ECLI:EU:C:2013:107, par. 58.

conséquent, « tout à son souci d'assurer l'efficacité de la décision cadre, la Cour subordonne l'application de l'article 53 à la primauté du droit de l'Union »¹⁴. La Cour, donc, a subordonné la plus haute protection des droits fondamentaux garantie par la législation nationale à l'exigence d'assurer l'efficacité des instruments de reconnaissance mutuelle. Il est donc nécessaire d'examiner la relation entre effectivité et droits fondamentaux à l'aune du droit pénal européen. Cela suppose une mise en contraste de ces deux paramètres, puis d'observer l'éventuelle prévalence de l'effectivité garantie au niveau européen sur les normes de protection les plus élevées au niveau national. Si tel est le cas, la configuration du Parquet européen devrait assurer l'efficacité de son action en dépit d'une protection plus élevée des droits fondamentaux.

2.1.1.2. Effectivité comme critère pour assurer l'efficace mise en œuvre du droit européen

Le principe d'effectivité revêt un rôle fondamental dans l'ordre juridique européen. Il est en effet profondément lié aux principes de coopération loyale, au principe de primauté du droit de l'Union et au principe de l'effet direct¹⁵. En considérant que les autorités nationales sont les principales responsables dans l'application du droit de l'Union¹⁶, le principe d'effectivité a joué un rôle déterminant dans la définition des tâches des États membres en assurant la mise en œuvre des obligations découlant du droit européen. En ce sens le principe de coopération loyal revêt une importance fondamentale. Même si la Cour en général a proclamé l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres¹⁷, leur marge de manœuvre dans ce domaine n'est pas absolue car « les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) »¹⁸.

14 Voy. en ce sens HAGUENAU-MOIZARD, C., Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 226.

15 Voy à cet égard, CJUE *Simmenthal* (*Simmenthal*, aff. 106/77, du 9 juin 1978, ECLI:EU:C:1978:49). Sur l'analyse de l'interaction entre principe d'effectivité et principes généraux du droit de l'Union, voy. TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford University Press, 2007, p. 419; SUOMINEN, A., *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5(3), p. 396.

16 Voy. SNYDER, F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, *Modern Law Review*, 1993, 56, p. 19; ACCETTO, M., ZLEPTNIG, S., *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, *European Public Law*, 2005, 11, p. 375. Voy. aussi CJUE *Costa c. Enel*, causa 6/64, del 15 luglio 1964, ECLI:EU:C:1964:66. Sur l'importance du principe d'effectivité, voy. K. TUORI, *The Many Constitutions of Europe*, in K. TUORI, S. SANKARI (éds.), *The Many Constitutions of Europe*, Ashgate, 2010, p. 15.

17 Voy. CJCE, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76, 16 décembre 1976, ECLI:EU:C:1976:191, par. 13 pour une première consécration.

18 Voy. CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05, du 13 mars 2007, ECLI:EU:C:2007:163, par. 43 ; CJCE, *Francovich*, n° C-

Jusqu'au début des années 1980, la Cour de justice ne déduisait pas de l'article 10 du TCE une obligation pour les États membres d'introduire des sanctions nationales pénales suffisamment sévères pour assurer l'efficacité du droit communautaire. Conformément à la jurisprudence de la Cour, les États membres étaient libres de choisir les sanctions nationales destinées à réprimer les violations d'obligations relevant du droit communautaire¹⁹.

La jurisprudence a évolué dès 1989, lorsque la Cour établit, dans certains cas, de véritables obligations d'incrimination à la charge des États membres. Conformément au critère d'assimilation et d'efficacité, chaque violation du droit interne, assortie d'une sanction pénale oblige l'État membre à « frapper les violations communautaires correspondantes, similaires en contenu et en importance, par des sanctions de la même nature »²⁰. Or « de toute évidence, en application du critère d'« efficacité-proportion », seules des sanctions de caractère formellement pénal pourront être reconnues comme vraiment « adaptées à la gravité du fait et dissuasives » pour les violations plus graves et marquées par une alarme sociale forte »²¹.

L'efficace mise en œuvre du droit européen constitue donc un prérequis essentiel au développement constitutionnel de l'Union européenne²². L'obligation de coopération loyale, qui incombe aux États membres²³ se décline en une obligation positive et en une obligation négative. D'une part, les autorités nationales doivent prendre les mesures nécessaires à l'exécution du droit de l'Union, en facilitant l'accomplissement par l'Union de sa mission. D'autre part, les États membres doivent s'abstenir de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant des mesures

6/90 et C-9/90, 19 novembre 1991, ECLI:EU:C:1991:428, point 43. Voir également l'arrêt du CJEU, San Giorgio, n° 199/82, 9 nov. 1983, ECLI:EU:C:1983:318, et les arrêts CJCE, Brasserie du pêcheur et Factortame, n° C-46/93 et C-48/93, 5 mars 1996, ECLI:EU:C:1996:79, point 67, Palmisani, n° C-261/95, 10 juillet 1997, ECLI:EU:C:1997:351, point 27, Courage, n° C-453/99, 20 septembre 2001, ECLI:EU:C:2001:465, point 29 et Manfredi, n° C-295 à 298/04, 13 juillet 2006, ECLI:EU:C:2006:461, points 62, 71 et 77. Voir également les arrêts du 16.12.1976, Comet, 45/76, ECLI:EU:C:1976:191, point 13, du 28.9.1994, Fisscher, C-128/93, ECLI:EU:C:1994:353, point 39; du 6.12.1994, Johnson, C-410/92, ECLI:EU:C:1994:401, point 21, du 11.12.1997, Magorrian et Cunningham, C-246/96, ECLI:EU:C:1997:605, point 37, Preston, n° C-78/98, 16.05.2000, ECLI:EU:C:2000:247, point 31, et du 19.9.2006, i-21 Germany, C-392/04 et 422/04, ECLI:EU:C:2006:586, point 57, LENAERTS, K. e altri, Procedural law of the European Union, London, Sweet & Maxwell, 2006, pp. 92–116.

19 CJCE, arrêt Amsterdam Bulb/Produktschap voor Siergewassen, n° 50/76, 2 février 1977, ECLI:EU:C:1977:13.

20 A. BERNARDI, L'harmonisation des sanctions en Europe, M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (sous la direction de), Les chemins de l'harmonisation pénale, Harmonising criminal law, Paris, Société de Législation comparée, p. 311. CJUE, Zwartveld, n° C-2/88, 13 juillet 1990, ECLI:EU:C:1990:315 ; Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH, C-77/97, du 28 janvier 1999, ECLI:EU:C:1999:30.

21 *Ibidem*.

22 Voy. A. VON BOGDANDY, Founding Principles, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (éds.), Principles of European Constitutional Law, Hart, C.H. Beck & Nomos, 2009, p. 30; MELANDER, S., Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law, New Journal of European Criminal Law, 2014, 5(3), p. 279, nonché WEILER, J.H.H., The Constitution of Europe: “Do the New Clothes have an Emperor?” and other Essays on European Integration, Cambridge University Press, 1999, pp. 35–36; DE BURCA, G., WEILER, J.H.H. (éds.), The Worlds of European Constitutionalism, Cambridge University Press, 2012 e VON BOGDANDY, A., Doctrine of Principles, [consultable en ligne: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-01.pdf>], Jean Monnet Working Paper 9/03, p. 36.

23 Le principe de coopération loyale est considéré un « principe fondamental » dans la mise en œuvre des obligations des États membres. Voy. J JACQUÉ, J.-P., Droit institutionnel de l'Union européenne, 7 ed., Paris, Dalloz, 2012, p. 599.

contraires au droit de l'Union²⁴.

Toutefois, l'exigence d'assurer efficacement la mise en œuvre du droit de l'Union n'a pas toujours eu comme résultat d'obliger les États membres à criminaliser des comportements commis en violation du droit européen. Dans certains cas, au contraire, la nécessité d'assurer l'efficace mise en œuvre du droit de l'Union a conduit la Cour à considérer contraire au droit de l'Union la législation pénale nationale²⁵. Dans la mesure où la législation pénale nationale restreint les libertés garantis par les Traités, ladite législation est donc considérée comme incompatible avec le droit européen.

La Cour a, en particulier, établi qu'en principe « la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des États membres. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, également dans ce domaine, le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux États membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes. Les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire, les modalités de contrôle ne doivent pas être conçues de manière à restreindre la liberté voulue par le traité et il ne faut pas y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à cette liberté »²⁶.

La Cour a affirmé également que les États membres, en adaptant leur législation de manière à assurer le respect du droit de l'Union, « ne sauraient appliquer une réglementation, fût-elle en matière pénale, susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile »²⁷. Le droit européen s'oppose donc à une législation pénale nationale qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement dans le cas où celle-ci ne permette pas d'assurer l'efficace mise en œuvre du droit de l'Union.

Le principe d'effectivité ne requiert donc pas nécessairement la criminalisation de certains comportements, mais il peut aussi conduire à déclarer contraire au droit européen certaines infractions qui relèvent de la matière pénale conformément au droit national.

24 L'article, 4, al. 3 du TUE établit que « *En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* ». Voy à cet égard, l'arrêt de la CJUE INNO v ATAB, aff. 13/77, du 16 novembre 1977, ECLI:EU:C:1977:185, par. 30, 35; Leclerc c. Au blé vert, aff. 229/83, du 10 janvier 1985, ECLI:EU:C:1985:1, par. 14.

25 Voy. CJUE, Skanavi e Chryssanthakopoulos, causa C-193/94, del 29 febbraio 1996, ECLI:EU:C:1996:70; Placanica, Palazzese e Sorricchio, C-338/04, C-359/04 e C-360/04, du 6 mars 2007, ECLI:EU:C:2007:133; Calfa, C-348/96, del 19 gennaio 1999, ECLI:EU:C:1999:6 ; CJUE, sentenza Bickel e Franz, C-274/96, du 24 novembre 1998, ECLI:EU:C:1998:563. Pour une analyse, voy. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009, pp. 59 et s..

26 CJUE, Casati, 203/80, du 1981, ECLI:EU:C:1981:261, par. 27. Voy. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, seconda edizione, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 234, qui souligne l'importance du principe de proportionnalité. Voy. également S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, terza edizione, Oxford University Press, 2012, p. 777 et s..

27 CJUE El Dridi, aff. C-61/11 PPU, du 28 avril 2011, ECLI:EU:C:2011:268, par. 54-55.

Les États membres doivent également respecter le principe de coopération loyale dans l'interprétation du droit national. En s'appuyant sur le principe de coopération loyale, la Cour de justice a étendu le principe d'interprétation conforme, à l'exception de directives non transposées, aussi aux décisions-cadres qui étaient adoptées sur le fondement des dispositions du troisième pilier²⁸. Dans ce sens le principe de coopération loyale sert à éviter d'éventuels conflits entre les États membres et l'Union et à favoriser un climat de coopération²⁹, de confiance mutuelle et de solidarité³⁰ entre les acteurs³¹.

L'affirmation du principe de coopération loyale dans l'espace de liberté, sécurité et justice et, en particulier, en matière de droit pénal européen, a amené à deux résultats distincts. D'une part, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Cour de Justice a affirmé l'existence d'une compétence pénale communautaire afin d'assurer l'efficace mise en œuvre des politiques européennes³². D'autre part, la présomption de confiance mutuelle entre les autorités nationales et l'exigence de choisir entre plusieurs interprétations possibles, permettant d'accroître davantage l'efficacité de la disposition textuelle (*effet utile*), ont eu pour résultat de subordonner dans certaines conditions les droits fondamentaux à l'efficacité des instruments de reconnaissance mutuelle.

28 Voy. CJCE, Maria Pupino, aff. C-105/03, du 16 juin 2005, ECLI:EU:C:2005:386.

29 Voy. A. VON BOGDANDY, Grundprinzipien, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (éds.), Europäisches Verfassungsrecht, 2 ed., Munich, C.H. Beck, 2009, p. 55. Voy. aussi A. HATJE, Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 63 e s. Pour le sens du concept de loyale coopération dans la jurisprudence de la CJUE, voy. Hurd c. Jones, aff. 44/84, du 15 janvier 1986, ECLI:EU:C:1986:2, par. 38; Zwartveld e altri, aff. 2/88, du 13 juillet 1990, ECLI:EU:C:1990:315, par. 17; Commissione c. Belgio, aff. C-6/89, du 5 avril 1990, ECLI:EU:C:1990:166; Commissione c. Belgio, C-374/89, del 19 febbraio 1991, ECLI:EU:C:1991:60, par. 15; Francovich e Bonifaci e altri c. Italia, affaires jointes C-6/90 e C-9/90, du 19 novembre 1991, ECLI:EU:C:1991:428, par. 36. Antérieurement la Cour de Justice s'était référé à un « devoir de solidarité » dans l'arrêt Commissione c. Francia, affaires jointes 6 e 11/69, du 10 décembre 1969, ECLI:EU:C:1969:68, par. 14. Voy. A. VON BOGDANDY, Grundprinzipien, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (éds.), Europäisches Verfassungsrecht, 2 ed., Munich, C.H. Beck, 2009, p. 54, note a piè di pagina 238 e 239.

30 Le lien entre coopération loyale et solidarité a été souligné par C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 104. Les auteurs se réfèrent à M. BLANQUET, L'article 5 du Traité CEE, Paris, LGDJ, 1994, pp. 208 et s. En particulier, il est établi que « *d'une part, la coopération loyale est source d'une obligation de solidarité entre États. Ceux-ci doivent s'assister mutuellement et ne pas se gêner dans l'accomplissement de leurs missions européennes. D'autre part, la solidarité peut contribuer à expliquer le devoir de coopération loyale. Les États ont voulu se rassembler et construire un ensemble politique et juridique intégré parce qu'ils partageaient certaines valeurs et voulaient se rapprocher davantage. Afin d'exprimer cette solidarité, ils ne peuvent que coopérer* ».

31 En effet, la construction européenne ne pourrait pas perdurer sans confiance entre les acteurs, du moment que beaucoup des dispositions européennes ne prévoient pas une sanction en cas de violation. Certaines auteurs expriment l'avis que cette obligation de loyauté comprend le concept de loyauté vers la Fédération ("Bundestreue") et de loyauté entre les institutions ("Organstreue"). Voy. H. SAUER, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, cit., p. 388 et s.. Le concept de coopération loyale serait aussi lié au concept de bonne foi, qui est part du système juridique européen et représente une des sources du principe de protection de la confiance et des intérêts légitimes ("Vertrauensschutz"). Voy à cet égard, H.-J. BLANKE, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000. Voy. aussi H. SAUER, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, Heidelberg, Springer, 2008, p. 388

32 CJUE, arrêts du 13.9.2005, Commission c. Conseil, C-176/03, ECLI:EU:C:2005:542, point 48, et du 23.10.2007, Commission c. Conseil, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625, point 66.

2.1.1.3. Principe d'effectivité et compétence de l'Union en matière de droit pénal européen

Avant l'adoption du Traité de Lisbonne, la Cour de justice a été saisie d'un recours lui donnant l'occasion d'affirmer la possibilité d'imposer aux États membres par une directive des obligations d'incrimination en vue de la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union³³. Dans cet arrêt, en particulier, la Cour a constaté qu'en principe « la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté », « ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »³⁴.

Dans son arrêt, la Cour se réfère spécifiquement à la protection de l'environnement. Il n'était donc pas certain que la compétence de la Communauté européenne vouée à l'harmonisation des incriminations pénales s'étendît à l'ensemble des cas aux fins d'assurer une mise en œuvre efficace d'une quelconque politique de l'Union ou si, au contraire, la compétence de la Communauté se limitait uniquement à la matière qu'est la protection de l'environnement en vue d'harmoniser les incriminations nécessaires à garantir la pleine effectivité des normes.

La Commission a fourni une réponse à cette question dans la Communication adoptée le 23 novembre 2005 expliquant la portée de l'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005³⁵. En cette Communication, la Commission a établi clairement qu'il s'agit d'un arrêt de principe dépassant largement la protection de l'environnement. « Le même raisonnement peut s'appliquer intégralement aux autres politiques communes et aux quatre libertés (liberté de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux) »³⁶. Du point de vue de la Commission,

33 CJUE, sentenza Commissione c. Consiglio, causa C-176/03, du 13 septembre 2005, ECLI:EU:C:2005:542, par. 47-48. C. HAGUENAU-MOIZARD, R. DE BELLESCIZE, La CJCE limite la souveraineté des États en matière pénale (à propos de l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005, Dr. Pén., 2005, 16 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, Le droit pénal de l'environnement, l'exception européenne, Rev. sc. Crim., 2005, p. 767 ; J.P. JACQUÉ, La question de la base juridique dans le cadre de la Justice et des affaires intérieures», in GILLES DE KERCHOVE (éd.) L'espace pénal européen: enjeux et perspectives, Institut d'études européennes, Bruxelles 2002, pp. 255 e 256.

34 CJUE, arrêt Commission c. Conseil, causa C-176/03, du 13 septembre 2005, ECLI:EU:C:2005:542, par. 47-48.

35 *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil)*, COM/2005/0583 final, 23 nov. 2005

36 *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil)*, COM/2005/0583 final, 23 nov. 2005, point 1.2, 6. La Commission au point 7 éclairci aussi que « Certes, il résulte de l'arrêt que le droit pénal en tant que tel ne constitue pas une politique communautaire. L'action de la Communauté en matière pénale ne peut en effet se fonder que sur une compétence implicite liée à une base juridique spécifique. Dès lors, l'adoption de mesures pénales appropriées n'est possible sur une base communautaire que de façon sectorielle, et seulement à condition que soit établie la nécessité de lutter contre les manquements graves à la mise en œuvre des objectifs de la Communauté et de prévoir des mesures pénales en vue de garantir la pleine effectivité d'une politique communautaire ou le bon fonctionnement d'une liberté ».

au-delà de la matière de la protection de l'environnement, « le raisonnement de la Cour s'applique donc à toutes les politiques communautaires et libertés dans lesquelles existent des normes contraignantes auxquelles des sanctions pénales devraient être associées pour garantir leur effectivité »³⁷. La Commission interprète au sens large la portée des mesures pénales que peuvent être prévues au niveau européen afin de garantir la pleine effectivité du droit communautaire ; celles-ci, à son avis, peuvent « inclure, selon les besoins du domaine en question, le principe même du recours à des sanctions pénales, la définition de l'incrimination, c'est-à-dire des éléments constitutifs de l'infraction et éventuellement la nature et le niveau des sanctions pénales applicables, ou d'autres éléments en relation avec le droit pénal »³⁸.

La réaction relative à la Communication de la Commission des États membres a été sévère. Conformément à l'interprétation de la Commission, le législateur européen était compétent pour harmoniser *via* le droit pénal l'ensemble des domaines touchant aux politiques communautaires et libertés dans lesquelles existaient des normes contraignantes auxquelles des sanctions pénales devraient être associées pour garantir leur effectivité ; en particulier, des sanctions auraient dû être prévues dans le cas où le recours à des mesures en relation avec le droit pénal fuisse motivé par la nécessité de rendre effective la politique communautaire en cause. Une telle interprétation extensive de l'arrêt de la Cour aurait étendu la compétence de la Communauté européenne au-delà de ce qu'était établi dans le Traité³⁹.

Les doutes suscités par l'interprétation de la Commission relative à l'arrêt du 13 septembre 2005 de la Cour dans l'affaire C-176/03 ont poussé la Cour à préciser l'étendue de la compétence communautaire en matière pénale deux années plus tard. La Cour en octobre 2007 a rendu un nouvel arrêt, dans lequel a précisé que, contrairement à ce que soutient la Commission, la compétence communautaire est limitée aux incriminations et ne s'étend pas « à la détermination du type et du niveau des sanctions pénales à appliquer »⁴⁰.

La Cour a donc dissipé le doute concernant l'étendue de la compétence communautaire en matière

37 *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil)*, COM/2005/0583 final, 23 nov. 2005, point 1.2, 8.

38 *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13.9.05 (C-176/03 Commission contre Conseil)*, COM/2005/0583 final, 23 nov. 2005, point 1.2, 10. Au point 2.1, 11, la Commission souligne aussi que « *Les dispositions de droit pénal nécessaires à la mise en œuvre effective du droit communautaire relèvent du TCE. Ce système met fin au mécanisme de double texte (directive ou règlement et décision-cadre) auquel on a eu recours à plusieurs reprises dans les années passées. En d'autres termes, soit le recours à une disposition pénale spécifique à la matière en cause est nécessaire pour garantir l'effectivité du droit communautaire, et elle est adoptée dans le premier pilier exclusivement ; soit il n'apparaît pas utile de recourir au droit pénal au niveau de l'Union, ou encore des dispositions horizontales suffisantes existent déjà, et on ne légifère pas de manière spécifique au niveau européen* ».

39 Voy. la réaction de la Commission Affaires européennes de l'Assemblée Nationale, laquelle avait affirmé que la Cour avait étendu la compétence de la Communauté européenne au-delà de ce qu'était établi dans le Traité, en démontrant un fédéralisme judiciaire.

40 Voy. CJUE, *Commission c. Conseil*, aff. C-440/05, du 23 octobre 2007, ECLI:EU:C:2007:625, par. 70. Voy. aussi les Conclusions de l'Avocat Général Ján Mazák, présentées le 28 juin 2007, par rapport au affaire C-440/05, *Commission c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:393.

pénale, sans pour autant apporter de précision quant à la possible extension de telle compétence aussi au-delà de la matière de la protection de l'environnement⁴¹.

La délimitation de la compétence de l'Union européenne par rapport à l'harmonisation des règles du droit pénal matériel et des règles de procédure a été précisée ensuite par le Traité de Lisbonne, depuis l'adoption duquel a été conférée à l'Union européenne la compétence à « établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions » « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation »⁴².

2.1.1.4. Reconnaissance mutuelle, principe d'effectivité et droits fondamentaux

L'application du principe de l'*effet utile* aux instruments de reconnaissance mutuelle a conduit la Cour dans certaines situations à reconnaître la prévalence de l'efficace exécution des instruments de reconnaissance mutuelle sur le plus haut niveau de normativité garanti par le système juridique

41 Selon certains auteurs la Cour a établi que la Communauté européenne peut adopter les dispositions de droit pénal nécessaires à la mise en œuvre effective des toutes les politiques communautaires dans lesquelles existent des normes contraignantes auxquelles des sanctions pénales devraient être associées pour garantir leur effectivité. En ce sens, voy. J.A.E. VERVAELE, *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in Search of a Criminal Law Policy?*, in J.A.E. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 31 ; d'après d'autres, la Cour a limité la compétence en matière pénale à la protection de l'environnement. Dans l'arrêt, on peut lire, en effet, que « dans la mesure où les exigences de la protection de l'environnement, laquelle constitue l'un des objectifs essentiels de la Communauté (voir, notamment, arrêt du 13 septembre 2005, Commission/Conseil, précité, point 41), doivent, aux termes de l'article 6 CE, « être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté », une telle protection doit être considérée comme un objectif faisant également partie de la politique commune des transports. Le législateur communautaire peut donc, sur le fondement de l'article 80, paragraphe 2, CE et dans l'exercice des attributions qui lui sont conférées par cette disposition, décider de promouvoir la protection de l'environnement » (point 60) e que « Dès lors, dans la mesure où les articles 2, 3 et 5 de la décision-cadre 2005/667 visent à garantir l'effectivité des normes adoptées dans le domaine de la sécurité maritime, dont le non-respect peut avoir des conséquences graves pour l'environnement, en imposant aux États membres l'obligation de sanctionner pénalement certains comportements, ces articles doivent être considérés comme ayant essentiellement pour objet l'amélioration de la sécurité maritime, de même que la protection de l'environnement, et auraient pu valablement être adoptés sur le fondement de l'article 80, paragraphe 2, CE » (point 69). La politique de transport, en ce qui concerne les dispositions de la décision-cadre 2005/667, a pour objectif celui de promouvoir la protection de l'environnement et c'est pour cette raison que la Communauté européenne a une compétence dans ce domaine. Voy. en ce sens, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3 ed., Oxford University Press, 2012, p. 773, qui écrit: "More fundamentally, the Court failed to give a clear ruling on whether the EC had competence to define criminal offences with a view to protecting the environment could be integrated into a transport law measure, as in this case"; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009, p. 84, qui souligne que "Moreover, the Court embarked on a delicate balancing act regarding the question of whether Community criminal law competence is limited to the achievement of "essential" Community objectives, or whether it extends to all Community objectives and/or policies. The Court certainly refrained from doing the latter. While it accepted that a first pillar measure with a transport legal basis may include criminal law provisions, this appears to be justified on the grounds of the strong link between the measure in question with the protection of the environment – an essential Community objective whose protection may necessitate criminal law. The extent of Community criminal law competence in this context remains thus still contested; it appears, however, that the Court has left the door open to Member States sceptical to further "communitarisation" of criminal law at this stage (before the Treaty of Lisbon enters into force) to argue that such "communitarisation" does not extend beyond measures having an environmental protection objective".

42 Voy. article 83, al. 2 du TFUE.

national : les droits fondamentaux⁴³.

La reconnaissance mutuelle a été considérée comme la « pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union » à partir du Conseil de Tampere de 1999⁴⁴. Le Traité de Lisbonne a récupéré l'expression en affirmant que la « coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires »⁴⁵. Le principe de reconnaissance mutuelle⁴⁶, emprunté au domaine du marché intérieur⁴⁷, signifie que les décisions judiciaires prises par un juge national devront être exécutées par le juge d'un autre État de l'Union avec des exigences minimales en termes de procédure. Ainsi, les États membres s'accordent mutuellement leur confiance et reconnaissent les décisions adoptées par les autorités nationales des autres États membres.

La reconnaissance mutuelle suppose la confiance mutuelle⁴⁸ et, comme l'énonce la Cour de justice, « le principe de la confiance mutuelle entre les États membres a, dans le droit de l'Union, une importance fondamentale étant donné qu'il permet la création et le maintien d'un espace sans frontières intérieures. Or, ce principe impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout

43 Voy. pour le balancement effectué par la Cour entre efficacité du mandat d'arrêt européen et souveraineté nationale en faveur de l'effectivité du mandat d'arrêt européen l'arrêt de la CJUE West, aff. C-192/12 PPU, du 28 juin 2012, ECLI:EU:C:2012:404.

44 Voy. à cet égard le Conclusions du Conseil européen des 15 et 16 octobre 1999, disponible sur www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm.

45 L'article 82, al. 1 du TFUE prévoit que « La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures visant: a) à établir des règles et des procédures pour assurer la reconnaissance, dans l'ensemble de l'Union, de toutes les formes de jugements et de décisions judiciaires; b) à prévenir et à résoudre les conflits de compétence entre les États membres; c) à soutenir la formation des magistrats et des personnels de justice; d) à faciliter la coopération entre les autorités judiciaires ou équivalentes des États membres dans le cadre des poursuites pénales et de l'exécution des décisions »

46 Sur la nature de principe ou de technique juridique de la notion de reconnaissance mutuelle voy. C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, Larcier, 2016, pp. 143-144.

47 Le principe de reconnaissance mutuelle, cependant déjà prévu par certaines dispositions du Traité CEE (article 57, al. 1 TCEE et article 220, al. 1 TCEE. Sur le sujet, voy. J. LELIEUR, L. SINOPOLI, Approche critique du vocabulaire juridique européen: la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire, Petites affiches, 2010, 37, p. 7), a été défini dans l'arrêt Cassis de Dijon del 20 febbraio 1979 (CJCE Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, n° 120/78, 20 février 1979, ECLI:EU:C:1979:42). Le principe a été ultérieurement précisé par la Commission dans la Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la CJUE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (Cassis de Dijon) (JOUE C 256, 3.10.1980, pp. 2-3), dans le Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen (Milan, 28-29 juin 1985, COM(85) 310 final) sur l'achèvement du marché intérieur e Résolution du Conseil, du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (in JOUE C 136, 04.06.1985, pp. 1-9). Voy. P. MADURO, We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 131-132.

48 Voy. le Programme de Tampere du Conseil européen, octobre 1999, 1^{ère} partie des conclusions intitulée « Vers une Union de liberté, de sécurité et de justice : les jalons posés à Tampere », Conseil européen de Tampere, 15 e 16 octobre 1999, Conclusion de la présidence, [disponible sur http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm], et programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, adopté par le Conseil, JO C 12 du 15.1.2001, p. 10-22.

particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit. Ainsi, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est impossible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union »⁴⁹.

La confiance mutuelle entre les États membres est donc présumée : la reconnaissance mutuelle ne peut fonctionner que si les autorités judiciaires sont persuadées que les systèmes judiciaires des autres États membres, quoiqu'ils soient différents, offrent un niveau de protection des droits fondamentaux équivalents au sien. La pratique a toutefois démontré que les différences entre les systèmes judiciaires nationaux sont si considérables qu'en pratique il n'existe pas de confiance mutuelle entre les autorités judiciaires nationales des différents États membres.

Certains auteurs ont aussi critiqué l'utilisation du concept de reconnaissance mutuelle dans l'espace de liberté, sécurité et justice, en affirmant que « la reconnaissance mutuelle, instrument de dépassement de l'inflation normative dans le marché intérieur est ici une limite, un interdit dans l'exercice des compétences de l'Union, un principe sur lequel les États membres ont bâti leur consentement et non une manière de surmonter un obstacle. En d'autres termes, les jurisprudences *Cassis de Dijon* et *Gozütok* n'ont absolument pas la même signification malgré la belle image d'un « marché commun des droits fondamentaux » utilisée par l'avocat général Jarabo Colomer pour emporter l'adhésion de la Cour. Les principes de solidarité ou de légalité, ou celui de la libre circulation des individus, prennent en effet une résonance dans l'ELSJ qui dépasse largement leur fonction utilitaire dans la réalisation du marché intérieur ... Ici en effet, les « valeurs » et les droits fondamentaux qui les dessinent transforment la perspective et obligent à refuser le retour en arrière que constituerait l'assimilation des deux constructions »⁵⁰.

49 CJUE, avis 2/13 sur l'adhésion de l'Union à la CEDH, du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, point 191-192.

50 Voy. H. LABAYLE, *Marché intérieur et Espace de liberté, sécurité, justice : propos iconoclastes sur leurs relations mutuelles*, Réseau Universitaire européen, *Droit de l'espace de liberté, sécurité & justice*, [disponible en ligne : <http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/22/droits-fondamentaux/marche-interieur-et-espace-de-liberte-securite-justice-propos-iconoclastes-sur-leurs-relations/>], 22 avril 2014. Pour une analyse critique de la transposition du principe de la reconnaissance mutuelle dans l'espace de liberté, sécurité et justice, voy. aussi S PEERS, S., *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?*, *CML Rev*, 2004, 41, p. 5; M. MADURO, MADURO, M., *So Close and Yet So Far: The Paradoxes of Mutual Recognition*, *Journal of European Public Policy*, 2004, 14, p. 814; B. SCHÜNEMANN, *Presentazione, Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007, p. 6 e seg; LAVENEX, S., *Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy*, *Journal of European Public Policy*, 2007, pp. 764-766; S WOLFF, S., *The Rule of Law in The Area of Freedom, Security and Justice: Monitoring at Home what the European Union Preaches Abroad*, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2013, 5, p. 119; DRAETTA, U., *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 13 e seg.; BERNARDI, A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, *Diritto penale e processo*, 2004, p. 5 et s.; F. ZIMMERMANN, in BURCHARD, VOGEL, TRIFFTERER (sous la direction de), *The Review Conference and the Future of the ICC*, La Haye, Kluwer Law International, 2010, pp. 287 et s.

L'adoption du concept de reconnaissance mutuelle dans l'espace de liberté, sécurité et justice, en l'absence d'harmonisation des infractions et de sanctions peut en effet provoquer un manque de protection des droits de la défense⁵¹. À cet égard, il a été établi que nous ne devons pas reconnaître une valeur absolue au principe de reconnaissance mutuelle, mais, au contraire, ce principe “*must recede where the criminal proceeding would risk violating legitimate interests either of the individual or the Member State*”⁵². La jurisprudence de la Cour de justice a toutefois fait apparaître qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Dans certains cas, l'exigence d'assurer l'efficace mise en œuvre des instruments de reconnaissance mutuelle a conduit la Cour à assurer une protection mineure des droits de défense de l'accusé par rapport au niveau de protection de ces droits au niveau national.

Les décisions de la Cour de justice portent sur le Mandat d'arrêt européen, que constitue à la fois la pièce maîtresse de la reconnaissance mutuelle en matière pénale et l'instrument plus fréquemment utilisé⁵³. Le Mandat d'arrêt européen est une décision judiciaire d'un État membre en vue de l'arrestation d'une personne dans un autre État membre et de sa remise, soit en vue de l'exécution d'une peine, soit pour l'exercice de poursuites⁵⁴.

La Cour a exprimé sa position dans la décision *Radu* rendue en janvier 2013⁵⁵ et dans l'arrêt *Melloni*

51 Voy. à cet égard, H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, Verlag C.H. Beck, 2012, p. 118. Je cite: “*Additionally, while in the law of free movement of goods there has always been a reservation for considerations of public policy (“ordre public”, cf art. 30 TEC and the subsequent provision of art. 36 TFEU) to deal with the remaining diversity of legal systems, such a reservation is missing from the concept of mutual recognition in criminal matters. Especially in view of the considerable differences between the structures of criminal (procedural) law from state to state, this can only be seen as a huge shortcoming of the principle of mutual recognition*”.

52 Voy. ASP, P., BITZILEKIS, N., BOGDAN, S. e altri, A manifesto on European criminal procedure law – European criminal policy initiative, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2013, 8, p. 430 et s.; SUOMINEN, A., Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts, *European Criminal Law Review*, 2014, 4, p. 210 e s. Pour l'analyse de les conditions en présence desquelles le principe peut être limité voy. A Manifesto on European Criminal Procedure Law, *ZIS* 2013, pp. 430 et s., cit.

53 Pour un commentaire voy. C. HAGUENAU-MOIZARD, Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, in *Mélanges dédiés à M. le professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Larcier, 2015.

54 Le mandat remplace le système actuel de l'extradition et supprime toute la phase politique et administrative de la procédure, au profit d'une procédure purement judiciaire. Voy. la Décision-cadre du Conseil 2002/584/GAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JOUE L 190, 18.07.2002, p. 1. Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, JOUE L 81, 27.03.2003. VERVAELE, J.A.E., L'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea (CDF) in materia di giustizia penale: valore aggiunto alla CEDU?, *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 2015, 2 (Maggio-Agosto), p. 131-164, la cui versione in lingua originale corrisponde a J.A.E. VERVAELE, VERVAELE, J.A.E., The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU, *Review of European Administrative Law*, 2013, vol. 6(2), pp. 37-54; MITSILEGAS, V., The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(4), pp. 472 e 480; S. DE BIOLLEY, *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous la présidence belge*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (éds.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 2002, cit., p. 169 e seg.; D. FLORE, Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne, *Journal des tribunaux*, 2002, p. 273 e s.

55 CJUE (grande chambre), 29 janvier 2013, *Radu*, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, comm. Fabienne Gazin, Europe, mars 2013, p. 23, J. Lelieur, *AJ Pénal*, mai 2013.

du 26 février 2013⁵⁶. Dans l'arrêt *Radu*, la Cour de justice affirme que « le législateur européen a assuré le respect du droit d'être entendu dans l'État membre d'exécution de façon à ne pas compromettre l'efficacité du mécanisme du mandat d'arrêt européen », donc « les autorités judiciaires d'exécution ne peuvent pas refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales au motif que la personne recherchée n'a pas été entendue dans l'État membre d'émission avant la délivrance de ce mandat d'arrêt »⁵⁷. La Cour affirme en effet que le « respect des articles 47 et 48 de la Charte n'exige pas qu'une autorité judiciaire d'un État membre puisse refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales au motif que la personne recherchée n'a pas été entendue par les autorités judiciaires d'émission avant la délivrance de ce mandat d'arrêt »⁵⁸.

La Cour insiste donc sur l'objectif d'efficacité de la décision-cadre. Cet objectif implique que le juge de l'État membre d'exécution ne peut invoquer la Charte des droits fondamentaux pour refuser l'exécution d'un Mandat d'arrêt européen. Le respect des droits de défense prévus par la Charte a déjà été considéré dans la décision-cadre concernant le Mandat d'arrêt européen et donc un niveau de protection national plus élevé de ces droits ne peut être invoqué en vue du refus d'exécuter le mandat d'arrêt européen⁵⁹. L'exigence d'assurer l'efficacité de la décision-cadre prévaut dans ce cas sur la protection plus élevée des droits fondamentaux établie par la législation nationale.

La Cour a prolongé ce raisonnement dans la décision *Melloni* en invoquant l'énumération limitative des motifs de non exécution d'un mandat d'arrêt européen dans la décision-cadre, autrement dit cette liste de motifs empêche toute interprétation extensive. Il résulte de la décision qu'aucun motif ne peut être invoqué à partir du moment où celui-ci ne figure pas dans le texte de la décision-cadre. Il s'ensuit que l'exécution du mandat d'arrêt européen empêche « un État membre de subordonner la remise d'une personne condamnée par défaut à la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission, afin d'éviter une atteinte au droit à un procès équitable et aux droits de la défense garantis par sa constitution »⁶⁰. Selon le raisonnement de la Cour, une telle interprétation « aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre »⁶¹. La Cour a donc estimé que l'article 53 de la Charte ne permet pas aux État

56 CJUE (grande chambre), 26 février 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600, comm. Fabienne Gazin, Europe, avril 2013 p. 23, Juliette Lelieur, AJ Pénal, juin 2013 et les commentaires de Henri Labayle et Rostane Mehdi sur le site <http://www.gdr-elsj.eu>.

57 CJUE (grande chambre), 29 janvier 2013, Radu, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, par. 41, 43.

58 CJUE (grande chambre), 29 janvier 2013, Radu, C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, par. 39.

59 Voy. V. MITSILEGAS, The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice, cit., p. 468, qui affirme à cet égard: "*Too extensive a protection of fundamental rights (in both the issuing and the executing state) would undermine the effectiveness of law enforcement cooperation in this context*".

60 CJUE (grande chambre), 26 février 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600, par. 64.

61 CJUE (grande chambre), 26 février 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600, par. 63. Italiques ne figurant pas dans l'original.

membres d'appliquer un niveau plus élevé de protection des droits fondamentaux, au moins dans le cas où la discipline a été objet d'harmonisation au niveau européen⁶².

La Cour n'a inclus dans son raisonnement ni l'article 4, al. 2 du TUE, prévoyant que l'Union doit respecter l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles »⁶³, ni les articles 67 et 82, al. 2 du TFUE, ayant trait plus spécifiquement à l'espace de liberté, sécurité et justice⁶⁴.

La Cour ne s'est probablement pas reportée à l'article 4, al. 2 du TUE car ces dispositions protègent uniquement les valeurs constitutionnelles fondamentales⁶⁵. La Cour a donc pu considérer que le droit à un procès équitable et le droit de la défense n'appartiennent pas aux structures fondamentales constitutionnelles. Toutefois, ce sont seulement des conjectures, attendu qu'il n'est pas fait mention de l'article 4, al. 2 du TUE dans la décision de la Cour⁶⁶.

62 La Cour affirme toutefois que « l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ». Voy. CJUE (grande chambre), 26 février 2013, Melloni, C-399/11, ECLI:EU:C:2012:600, par. 60.

63 L'article 4, al. 2 du TUE établit : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ». Voy. D. SIMON, L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, Paris, Éditions A. Pedone, 2011, p. 27; V. CONSTANTINESCO, La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales, convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?, in J.-C. MASCLET (éd.), L'Union européenne: Union de droit, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Paris, Éditions A. Pedone, 2010, p. 79 et J.-D. MOUTON, Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne, p. 145.

64 Voy. RUGGERI, A., La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministerio Fiscal), in www.diritticomparati.it, [disponible en ligne: www.diritticomparati.it], 2 avril 2013.

65 Voy. en ce sens les Conclusions de l'Avocat Général Poiras Maduro présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire C-213/07, Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radioteleorasis and Ypourgos Epikrateias, ECLI:EU:C:2008:544, par. 33. Je le cite: « Si le respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres peut ainsi constituer un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, a fortiori peut-il être invoqué par un État membre pour justifier son appréciation des mesures constitutionnelles qui doivent compléter la législation communautaire pour garantir le respect, sur son territoire, des principes et règles qu'elle énonce ou qui la sous-tendent. Faut-il néanmoins le préciser, ce respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales. S'il en était ainsi, les constitutions nationales pourraient devenir un instrument permettant aux États membres de s'affranchir du droit communautaire dans des domaines déterminés (36). Bien plus, il pourrait en résulter des discriminations entre États membres en fonction du contenu donné par chacun d'eux à leurs constitutions nationales. De même que le droit communautaire prend en compte l'identité constitutionnelle des États membres, de même le droit constitutionnel national doit s'adapter aux exigences de l'ordre juridique communautaire. En l'espèce, les règles constitutionnelles nationales peuvent être prises en considération, dans la mesure où elles relèvent de la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour garantir le respect du principe d'égalité de traitement imposé par la directive. L'exercice de ladite marge d'appréciation doit néanmoins rester dans les limites fixées par ce principe et par la directive elle-même. La règle constitutionnelle nationale est donc pertinente, en l'espèce, pour identifier le contexte national dans lequel le principe d'égalité de traitement entre candidats à un marché public doit s'appliquer; pour déterminer, dans ce contexte, quels sont les risques de conflit d'intérêts et, enfin, pour évaluer l'importance à accorder, dans l'ordre juridique national, à la prévention de ces conflits d'intérêts et, donc, le niveau normatif auquel elle doit intervenir ».

66 Voy. pour l'évolution historique du principe, F. BENOÎT-ROHMER, Identité européenne et identité nationale –

Cependant, les tensions entre effectivité et droits fondamentaux ne sont pas limitées au domaine des instruments de reconnaissance mutuelle. La Cour a en effet rendu d'importantes décisions concernant la relation entre efficace mise en œuvre des politiques européennes et principe de légalité. Le premier arrêt qui illustre cette relation est l'affaire *Berlusconi*⁶⁷. Toutefois, la Cour a décidé de ne pas trancher la question de savoir « si le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère s'applique lorsque celle-ci est contraire à d'autres règles de droit communautaire », « dès lors que la règle communautaire en cause est contenue dans une directive invoquée à l'encontre d'un particulier par les autorités judiciaires dans le cadre de procédures pénales »⁶⁸.

La Cour n'aborde donc pas la question puisque, conformément à une jurisprudence constante, « une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre. Dans le contexte spécifique d'une situation où une directive est invoquée à l'encontre d'un particulier par les autorités d'un État membre dans le cadre de procédures pénales, la Cour a précisé qu'une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »⁶⁹.

A contrario, l'Avocat Général J. Kokott s'est prononcé sur la question en affirmant que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère ne s'applique pas lorsque celle-ci est contraire à d'autres règles de droit communautaire. « Une application rétroactive des lois pénales plus douces prévue en droit national ne devrait donc pas menacer l'application effective et uniforme dans tous

absorption, complémentarité ou conflit?, in G. COHEN-JONATHAN (éd.), *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacque*, 2010, Paris, Dalloz, pp. 63-80. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, voy. l'arrêt C-473/93, *Commission c. Luxembourg*, del 2 juillet 1996, ECLI:EU:C:1996:263, par. 35 et s.. Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, voy. *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, 22 décembre 2010, ECLI:EU:C:2010:806, punto 92; *Runevič-Vardyn et Wardyn*, causa C-391/09, du 12 mai 2011, ECLI:EU:C:2011:291, par. 86, et *Commission c. Luxembourg*, affaire C-51/08, del 24 maggio 2011, ECLI:EU:C:2011:336, par. 124. Pour une analyse de l'article 4, par. 2, TUE, voy. H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (éd.), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013, p. 185 et s.; VON BOGDANDY, A., SCHILL, S., *Overcoming Absolute Primacy: Respect for the National Identity Under the Lisbon Treaty*, CML Rev, 2011, 48, p. 1417; VAN DER SCHYFF, G., *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU*, ELR, 2012, p. 563.

67 CJUE, procédures pénales contre Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a., affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, in ECLI:EU:C:2005:270.

68 CJUE, procédures pénales contre Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a., affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, cit., par. 70-71.

69 CJUE, procédures pénales contre Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a., affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, par. 73-74. L'Avocat Générale avait, par contre, établi que « *Le principe de la légalité des peines n'est ainsi pas affecté puisque la responsabilité pénale des accusés dans les procédures au principal ne découlerait nullement des directives sur le droit des sociétés et indépendamment des dispositions juridiques nationales adoptées pour leur mise en œuvre. La sanction des accusés découlerait tout aussi peu directement de l'article 10 CE. Le respect de l'article 10 CE et des prescriptions des directives sur le droit des sociétés a en effet uniquement pour effet que la modification de la législation introduite par le Decreto legislativo n° 61/02 et intervenue après les faits, diminuant les peines et rendant les poursuites plus difficiles voire impossibles, devrait le cas échéant restée inappliquée. La loi nationale dans sa version en vigueur au moment des faits reste par contre applicable. La sanction des accusés repose ainsi sur le droit national applicable au moment des faits à savoir l'article 2621 ancienne version du Codice Civile* ». Conclusions de l'Avocat Général Mme Juliane Kokott présentées le 14 octobre 2004, ECLI:EU:C:2004:624, par. 145.

les États membres des directives sur le droit des sociétés. Elle ne devrait en aucun cas avoir pour conséquence qu'un comportement pouvant être sanctionné au moment des faits et violant les prescriptions du droit communautaire soit exonéré rétroactivement »⁷⁰.

Toujours d'après l'Avocat Général J. Kokott, la nécessité d'assurer l'uniformité et l'effectivité du droit européen peut conduire à ne pas appliquer un principe fondamental en matière pénale comme l'application rétroactive des lois pénales plus douces⁷¹.

La Cour s'est prononcée sur le sujet dans l'arrêt *Taricco*⁷², où elle a résolu, tout en la reformulant, la question préjudicielle qui consistait à vérifier « si une réglementation nationale, telle que celle établie par les dispositions en cause, ne revient pas à entraver la lutte effective contre la fraude en matière de TVA dans l'État membre concerné, d'une manière incompatible avec la directive 2006/112 ainsi que, plus généralement, avec le droit de l'Union »⁷³.

La Cour s'est prononcée sur une obligation de veiller, pour les États membres, à ce que les fraudes graves « soient passibles de sanctions pénales revêtant, notamment, un caractère effectif et dissuasif »⁷⁴. La conséquence de cette obligation pesant sur les États membres est que dans l'hypothèse où le juge national parvienne à la conclusion que « l'application des dispositions nationales en matière d'interruption de la prescription aurait pour effet que, dans un nombre considérable des cas, les faits constitutifs de fraude grave ne seront pas pénalement punis, dans la mesure où ces faits seront généralement prescrits avant que la sanction pénale prévue par la loi puisse être infligée par une décision judiciaire définitive, il y aurait lieu de constater que les mesures prévues par le droit national pour combattre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ne sauraient être considérées comme étant effectives et dissuasives, ce qui serait incompatible avec l'article 325, paragraphe 1, TFUE, l'article 2, paragraphe 1, de la convention PIF ainsi que la directive 2006/112, lue en combinaison avec l'article 4, paragraphe 3, TUE »⁷⁵. L'autorité judiciaire nationale devra donc « garantir le plein effet du droit de l'Union en laissant, au besoin, inappliquées lesdites dispositions »⁷⁶.

Selon la Cour, en cas d'inapplication des dispositions nationales, « il n'en résulterait aucunement

70 Conclusions de l'Avocat Général Mme Juliane Kokott présentées le 14 octobre 2004, dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, procédures pénales contre Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a., ECLI:EU:C:2004:624, par. 145.

71 L'Avocat Général souligne toutefois qu'il ne serait pas été possible de déroger au principe de la légalité des peines, c'est à dire de non rétroactivité de lois pénale plus grave, qui est un principe fondamental de l'État de droit. Voy. Conclusions de l'Avocat Général Mme Juliane Kokott présentées le 14 octobre 2004, dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, procédures pénales contre Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a., par. 160-164, note de bas de page 135.

72 CJUE arrêt du 8 septembre 2015, procédure pénale c. Ivo Taricco e.a., affaire C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.

73 CJUE arrêt du 8 septembre 2015, procédure pénale c. Ivo Taricco e.a., affaire C-105/14, cit., par. 35.

74 CJUE arrêt du 8 septembre 2015, *procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*, affaire C-105/14, cit., par. 43. La Cour a aussi établi que « les mesures prises à cet égard doivent être les mêmes que celles que les États membres prennent pour combattre les cas de fraude du même degré de gravité portant atteinte à leurs propres intérêts financiers ».

75 CJUE arrêt du 8 septembre 2015, *procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*, affaire C-105/14, cit., par. 47.

76 CJUE arrêt du 8 septembre 2015, *procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*, affaire C-105/14, cit., par. 49.

une condamnation des accusés pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction réprimée pénalement par le droit national, ni l'application d'une sanction qui, à ce même moment, n'était pas prévue par ce droit » du moment que « l'inapplication des dispositions nationales en cause aurait uniquement pour effet de ne pas écarter le délai de prescription général dans le cadre d'une procédure pénale pendante »⁷⁷.

La Cour, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, estime en effet que la prolongation du délai de prescription et son application immédiate n'entraînent pas une atteinte au principe de légalité, du moment que la prescription joue un rôle au regard du droit processuel. Dans cette interprétation, la Cour n'a pas tenu compte du fait que dans certains systèmes juridiques la prescription revêt une importance au regard du droit pénal matériel et l'impossibilité de prévoir en avance quand l'infraction sera prescrite constitue une violation du principe de légalité.

Toutefois, la Cour subordonne le droit de pouvoir prévoir par avance la sanction pénale effectivement applicable à l'exigence d'assurer l'efficace répression de la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Les accusés seront en effet punis conformément à une réglementation en matière de prescription différente de celle prévue au moment de la commission de l'infraction.

2.1.1.5. Définition d'effectivité

De l'examen des décisions rendues par la Cour, il résulte qu'une réglementation relative aux sanctions est efficace lorsqu'elle est organisée de telle sorte que la réalisation des objectifs posés par le droit communautaire n'est pas rendue pratiquement impossible ou excessivement difficile⁷⁸. L'efficacité suppose que la sanction convienne à la poursuite de l'objectif visé, à savoir le respect des règles⁷⁹. L'effectivité se réfère donc à la capacité des infractions pénales d'assurer le respect de la législation européenne⁸⁰.

Le droit pénal est donc efficace dans la mise en œuvre des politiques de l'Union s'il contribue à atteindre les objectifs de l'Union dans le domaine considéré⁸¹. Le législateur européen ne peut donc

⁷⁷ CJUE arrêt du 8 septembre 2015, *procédure pénale c. Ivo Taricco e.a.*, affaire C-105/14, cit., par. 55-56.

⁷⁸ Voy. à cet égard Conclusions de l'Avocat Général Mme Juliane Kokott présentées le 14 octobre 2004, dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, procédures pénales contre Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi et Marcello Dell'Utri e.a., par. 88.

⁷⁹ Voy. dans ce sens Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 9.

⁸⁰ CJUE Commission c. Consiglio, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 68-69.

⁸¹ Voy. à cet égard, ÖBERG, J., Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5, p. 370. Voy. également la Communication de la Commission au

pas prévoir des sanctions pénales seulement à cause de la valeur symbolique de celles-ci⁸².

Le législateur européen devra effectuer une vérification préalable concernant l'effectivité et la nécessité de la sanction pénale. L'adoption d'une sanction pénale aux fins symbolique⁸³ sera en effet aussi contraire au principe de l'*ultima ratio*.

Le législateur européen devra donc effectuer une évaluation au cas par cas portant sur l'effectivité et la nécessité de la mesure pénale en vérifiant si la sanction pénale est la méthode la plus efficace pour atteindre les objectifs de l'Union dans le domaine pris en considération.

2.1.2. CHAPITRE DEUXIEME La répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres en matière pénale

2.1.2.1. Les principes qui régissent la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres en matière pénale

En vertu du principe d'attribution, l'Union européenne ne dispose que de compétences attribuées par les Traités en vue de satisfaire aux objectifs établis par ces mêmes textes⁸⁴. Toute compétence non attribuée à l'Union européenne dans les Traités appartient aux États membres. L'ensemble des compétences entre l'Union européenne et les États membres se décline en trois types : les compétences exclusives ; les compétences partagées et les compétences d'appui. Conformément à l'article 4, al. 2 du TFUE, dans les domaines auxquels s'appliquent les compétences partagées entre l'Union et les États membres est compris l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁸⁵. Dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il a été attribué à l'Union européenne une compétence partagée en matière pénale. Jusqu'au Traité de Lisbonne, la matière pénale relevait encore de la coopération intergouvernementale dans le domaine du « troisième pilier » relatif à la « coopération dans le

Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 11; CJUE Commission c. Consiglio, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit.; FAURE, M.G., The Implementation of the Environmental Crime Directives in Europe, [disponible en ligne: http://inece.org/conference/9/proceedings/41_Faure.pdf], Ninth International Conference on European Compliance and Enforcement, Whistler, 2011, p. 360.

82 Voy. à cet égard les conclusions présentées par l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire Commission c. Conseil, affaire 176/03, 26.05.2005, ECLI:EU:C:2005:311, par. 74. Pour un commentaire voy., N. JAREBORG, What kind of Criminal Law Do We Want?, in A. SNARE (éd.), Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law, Scandinavian Studies in Criminology, Oslo, Scandinavian Studies in Criminology, 1995, p. 17.

83 Pour un commentaire voy., A. ASHWORTH, Principles of Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2009, capitolo 2; A. ASHWORTH, L. ZEDNER, Preventive Orders: A Problem of Undercriminalization?, in DUFF et al. (éd.), The Boundaries of the Criminal Law, Oxford, Oxford University Press, 2011, chapitre 3.

84 CJUE, Algera e al. v Common Assembly, n° 7/56, 3/57- 7/57, del 12 juillet 1957, ECLI:EU:C:1957:7, p. 57. Le principe d'attribution a été prévu à l'article 1, par. 1 TUE, l'art. 3, par. 6 TUE, l'art. 4, 1 TUE, l'art. 5, par. 1 e 2 TUE et la Déclaration n. 18 concernant la délimitation des compétences et à la Déclaration n. sur la personnalité juridique de l'Union européenne.

85 Voy. article 4, al. 2, lett. j) du TFUE.

secteur de la justice et des affaires intérieures »⁸⁶.

Malgré l'absence de base juridique pertinente, certains cas révèlent l'adoption de mesures *via* la clause de flexibilité employée comme base légale, c'est l'exemple de mesures prises en vue de protéger les intérêts financiers de l'Union⁸⁷. La clause est actuellement prévue dans l'article 352 du TFUE, qui reprend, en substance, l'article 235 du TCEE et l'article 308 du TCE.

En substance, la clause de flexibilité permet à l'Union européenne d'adopter les mesures nécessaires afin d'atteindre les objectifs assignés par les traités lorsque ceux-ci n'ont pas prévu les pouvoirs d'action nécessaires pour atteindre ces objectifs. L'article 352 du TFUE ne peut servir de base juridique que si les conditions suivantes sont remplies⁸⁸ : l'action envisagée est « nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques définies par les traités (à l'exception de la politique étrangère et de sécurité commune), l'un des objets de l'Union » ; aucune disposition du traité ne prévoit d'action pour la réalisation de cet «objet» ; l'action envisagée ne doit pas conduire à étendre les compétences de l'UE au-delà de ce qui est prévu par les traités⁸⁹. Il reste impossible d'employer la clause de flexibilité lorsqu'une autre disposition du Traité attribue préalablement la compétence à une autre institution⁹⁰. Dans le cas où ces conditions avaient été remplies, les institutions européennes, et en

86 Voy. le titre VI du Traité d'Amsterdam (article 29 et s.). Sur le groupe de TREVI (Terrorism, Radicalism, Extremism, Political violence), voy. E. BAKER, C. HARDING, *From Past Imperfect to Future Imperfect? A Longitudinal Study of the Third Pillar*, *European Law Review*, 2009, 34(1), p. 28; L. DE MOOR, *Maastricht: The Third Pillar – Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs in the European Union*, in *European Commission* (éd.), *The Legal Protection of the Financial Interests of the Community: Progress and Prospects since the Brussels Seminar of 1989*, Dublin, Oak Tree Press, 1993, p. 258; G. RENAULT, *Schengen, Un Modèle Pour L'Europe Pénale?*, Bruxelles, Larcier, 1995, p. 28. Sur les mesure qui pouvaient être adoptés au sein du troisième pilier voy. C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, Eurojus, [disponible en ligne: <http://rivista.eurojus.it/scaduto-il-regime-transitorio-per-gli-atti-del-terzo-pilastro-da-oggi-in-vigore-il-sistema-ordinario-di-tutela-giurisdizionale-della-corte-di-justizia/>], 1.12.2014.

87 Voy. en particulier, le Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO L 312 du 23.12.1995, p. 1–4 ; Règlement (CE) n° 515/97 du Conseil du 13 mars 1997 relatif à l'assistance mutuelle entre les autorités administratives des États membres et à la collaboration entre celles-ci et la Commission en vue d'assurer la bonne application des réglementations douanière et agricole, JO L 82 du 22.3.1997, p. 1–16. Voy. aussi *Commission c. Conseil*, C-209/97, 18 novembre 1999, ECLI:EU:C:1999:559.

88 Voy. à cet égard les conclusions présentées par l'Avocat Général Tizzano le 31 janvier 2002, aff. C-466/98, 467/98, 468/98, 471/98, 472/98, 475/98, 476/98, *Commission c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, ECLI:EU:C:2002:63, par. 48. Si legga altresì T. KONSTANTINIDES, *Division of Powers in the European Union*, Deventer, Kluwer Law Publishing, 2009.

89 Voy. CJUE *Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey-Ferguson*, affaire 8/73, 12 juillet 1973, ECLI:EU:C:1973:90; *Commission c. Conseil (Tariff Preferences)*, affaire 45/86, 16 juin 1987, ECLI:EU:C:1987:163; *Commission c. Conseil*, affaire 165/87, 27 septmbre 1988, ECLI:EU:C:1988:458; *Parlement européen c. Conseil*, affaire C-295/90, 7 juillet 1992, ECLI:EU:C:1992:294; *Commission c. Conseil*, affaire C-209/97, 18 novembre 1999, ECLI:EU:C:1999:559; *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, affaire C-377/98, 9 octobre 2001, ECLI:EU:C:2001:523. Voy. également CJUE *Commission c. Conseil (Tariff Preferences)*, 45/86, supra citato; *Espagne c. Conseil*, C-350/92, 13 juillet 1995, ECLI:EU:C:1995:237; *Parlement c. Conseil (Re the Edicom Decision)*, C-271/94, 26 mars 1996, ECLI:EU:C:1996:133).

90 Sur l'interprétation de la Cour de justice de l'expression selon laquelle les Traités doivent avoir "provided the necessary powers", voy. l'affaire *Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey-Ferguson*, 8/73, du 12 juillet 1973, ECLI:EU:C:1973:90; *Commission c. Conseil (Tariff Preferences)*, 45/86, 16 juin 1987, ECLI:EU:C:1987:163; *Commission c. Conseil*, 165/87, 27 septmbre 1988, ECLI:EU:C:1988:458; *Parlement européen c. Conseil*, affaire C-295/90, 7 juillet 1992, ECLI:EU:C:1992:294; *Commission c. Conseil*, affaire C-209/97, 18 novembre 1999, ECLI:EU:C:1999:559; *Pays-Bas c. Parlement et Conseil*, affaire C-377/98, 9 octobre 2001, ECLI:EU:C:2001:523. En ce qui concerne la concurrence, voy. CJUE *nei casi Commission c. Conseil (Tariff Preferences)*, 45/86; *Espagne*

l'absence d'une base juridique spécifique, pouvaient adopter des mesures plus incisives que celles du troisième pilier⁹¹. Toutefois, le recours à l'article 352 du TFUE ne serait vraisemblablement plus nécessaire depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en considérant qu'ont été prévues des bases juridiques spécifiques pour adopter des mesures visant à harmoniser soit le droit pénal matériel ainsi que les règles de procédure prévues aux conditions qui seront examinées ci-dessous.

Avant d'aborder l'analyse des conditions requises pour l'harmonisation du droit pénal, il faut rapidement évoquer la fonction du principe de subsidiarité et de proportionnalité en matière de droit pénal européen.

Dans les domaines où la compétence est partagée, l'existence d'une base juridique adéquate ne suffit en effet pas à justifier l'adoption d'un instrument normatif de rapprochement des droits nationaux. L'adoption de ces actes est subordonnée au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, déjà prévus antérieurement au Traité de Lisbonne et puis repris à l'article 5, al. 3 et 4 du TFUE⁹².

c. Conseil, C-350/92, 13 juillet 1995, ECLI:EU:C:1995:237; Parlement c. Conseil (Re the Edicom Decision), C-271/94, 26 mars 1996, ECLI:EU:C:1996:133. Voy. aussi CARL LEBECK, Implied powers beyond functional integration? The flexibility clause in the revised EU treaties, *Journal of Transnational Law and Policy*, 2008, 17, p. 316; KIERAN ST CLAIR BRADLEY, Powers and Procedures in the EU Constitution: legal basis and the Court, in P. CRAIG, G. DE BURCA, *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 2011, pp. 100 e ss., lequel affirme: “*Recourse to Article 235/308 was subject to both a negative condition, in that the existence of other legal bases precluded its use, and a positive condition, in that the Council measure had to seek to attain a Community objective within the operation of the common market. The positive condition rarely gave rise to problems, as the term ‘common market’ in the original version of the Treaty was treated as being essentially synonymous with ‘Community’.* Under the guise of defining the Community’s ‘task’ (sic), Article 2 EEC/EC provided a number of Community objectives drafted in very general terms, while Article 3 EEC/EC provided a convenient, though not exhaustive, list of the Community’s ‘activities’. The addition of new objectives through successive rounds of Treaty reform expanded the potential ambit of Article 235/308, and hence rendered it easier to satisfy the positive condition; at the same time, the addition of new specific legal bases for existing or new Community activities reduced its scope of application by widening that of the negative condition. Moreover, the outer limit of the Council’s competences under Article 235/308 was coterminous in practice with that of the Community itself. If the legal basis of last resort was not available, the only alternative for adopting a binding act required that the Treaty be amended first”.

91 Pour une analyse des différences entre la clause de flexibilité et la théorie des compétences implicites, voy. V. ENGSTRÖM, How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the EU Flexibility Clause, *International Organizations Law Review*, 2010, 7(2). Voy à cet égard aussi J. WEILER, *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes have an Emperor?” and other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999; J. NERGELIUS, *The Constitutional Dilemma of the European Union*, Europa Law Publishing, 2009, pp. 52-53; CARL LEBECK, Implied powers beyond functional integration? The flexibility clause in the revised EU treaties, *Journal of Transnational Law and Policy*, 2008, 17, pp. 303-358. Voy. également CJUE, Commission c. Conseil (AETR), 22/70, 31 mars 1971, ECLI:EU:C:1971:32; France c. Commission, T-240/04, 17 septembre 2007, ECLI:EU:T:2007:290; MTZ Polyfilms Ltd c. Conseil, T-143/06, 17 novembre 2009, ECLI:EU:T:2009:441; Fédération Charbonnière de Belgique, 8/55, 29 novembre 1956, ECLI:EU:C:1956:11; Allemagne c. Commission, 281, 283-285 e 287/85, 9 juillet 1987, ECLI:EU:C:1987:351.

92 L'article 5, al. 3 et 4 du TFUE prévoit : « *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole. 4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* ».

En vertu du principe de subsidiarité, « dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »⁹³.

La Commission a souligné dans une Communication de 2011 qu'il convient d'accorder une attention particulière au principe général de subsidiarité en ce qui concerne le droit pénal, puisque les mesures du droit pénal sont susceptibles d'entraîner une privation de la liberté personnelle et donc affecter gravement les droits fondamentaux des individus, qu'il s'agisse du suspect, de la victime ou des témoins⁹⁴. Le test de subsidiarité doit donc « être fait systématiquement, pour chaque acte et pour chaque partie d'un acte »⁹⁵.

Conformément au protocole n. 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, tous les projets d'actes législatifs doivent être motivés au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité et les Parlements nationaux doivent être impliqués dans la procédure d'adoption des actes législatifs⁹⁶.

93 Voy. sur le principe de subsidiarité, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 5 ed., Oxford University Press, 2011, p. 98-99.; H. B. F. MADSEN SØRENSEN, T. ELHOLM, *The EPPO and the Principle of Subsidiarity*, in P. ASP, *The European Public Prosecutor's Office – d Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 33. Voy. aussi CJUE, Royaume Uni c. Conseil, C-84/94, 12 novembre 1996, ECLI:EU:C:1996:431; Allemagne c. Parlement et Conseil, C-233/94, 13 mai 1997, ECLI:EU:C:1997:231; Commission c. Belgique, C-278/94, 12 septembre 1996, ECLI:EU:C:1996:321; Commission c. Belgique, C-11/95, 10 septembre 1996, ECLI:EU:C:1996:316; Tremblay c. Commission, C-91/95P, 24 octobre 1996, ECLI:EU:C:1996:407; El Corte Inglés, C-192/94, 7 mars 1996, ECLI:EU:C:1996:88. Voy. Pour une analyse critique, G. DE BURCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, [disponible en ligne sur: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990701.html>], Jean Monnet Working Paper 7/1999; D. WYATT, *Is subsidiarity too Vague as a Legal Principle*, in K. NICOLAIDIS and S. WEATHERILL (éd.), *Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union*, Oxford, OUP, 2006, p. 88 e p. 91, lequel affirme que “*a serious difficulty with the Treaty definition of subsidiarity is that it seems to pose for European legislation a test that such legislation is inherently likely to pass. One intrinsic objective of European legislation is to secure the European-wide adoption of the rules laid down in the legislation in question. This objective is difficult for member states to achieve at all, let alone sufficiently. The scale of European legislation is pan-European, as are the effects of European legislation*”. *Quanto all'atteggiamento della Corte di giustizia ritiene che “the Court has set its face against doing the same for subsidiarity. It has minimised the duty of the institutions to incorporate subsidiarity reasoning into the preambles of Community acts. And in the case of internal market measures, while accepting that subsidiarity applies to the measures in question, the Court has in effect held that if there is competence to adopt the measure, then that in itself resolves the question of compliance with subsidiarity*”. Voy. aussi J. PELKMANS, *An EU Subsidiarity Test is Indispensable*, *Intereconomics*, septembre/octobre 2006, 41(5), p. 25 e N. BARBER, *The limited Modesty of Subsidiarity*, *European Law Journal*, 2005, 11, p. 308.

94 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, *Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, p. 7. Dans le Manifeste pour une politique criminelle européenne, *European Criminal Policy Initiative*, point 5, p. 719, disponible sur <http://www.crimpol.eu> est aussi affirmé que « *Le principe de subsidiarité revêt une importance particulière en matière criminelle car les valeurs sociales protégées pénalement par les Etats membres font partie de leur « identité nationale* ». Or l'Union européenne se doit, en vertu de l'article 4, alinéa 2, du Traité sur l'Union européenne (Lisbonne), de respecter cette identité ».

95 Manifeste pour une politique criminelle européenne, *European Criminal Policy Initiative*, point 5, p. 719, disponible sur <http://www.crimpol.eu>. Voy. P. ASP, *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, *European Union Criminal Law Review*, 2011, 1, p. 50.

96 Voy. Protocole (No 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé aux Traités.

Conformément aux dispositions du protocole n. 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé aux traités, les Parlements nationaux disposent d'un délai de huit semaines à compter de la date de transmission d'un projet d'acte législatif pour estimer si celui-ci est ou non compatible avec le principe de subsidiarité⁹⁷.

En ce qui concerne la proposition de règlement portant création d'un Parquet européen, dans le délai prévu à l'article 6 du protocole n. 2, quatorze chambres de Parlements nationaux ont transmis des avis motivés à la Commission, ce qui a eu pour effet de déclencher le mécanisme de contrôle de la subsidiarité⁹⁸. La Commission a confirmé le déclenchement du mécanisme de contrôle de la subsidiarité le 6 novembre 2013 et a considéré sa proposition conforme au principe de subsidiarité consacré à l'article 5, paragraphe 3, du TUE⁹⁹.

La Commission a analysé les avis motivés présentés par les parlements nationaux en ce qui concerne le principe de subsidiarité, et, en répondant aux préoccupations exprimées par les parlements nationaux, a souligné que la structure du Parquet européen, composée d'un parquet central doté de compétences hiérarchiques, est compatible avec le principe de subsidiarité. De la même façon, la Commission a rappelé aux parlements nationaux que la compétence exclusive pour toutes les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, y compris les affaires sans dimensions transfrontières, constitue la manière la plus efficace d'assurer la cohérence de la politique en matière d'enquêtes et de poursuites dans l'ensemble de l'Union en évitant ainsi des actions parallèles tant au niveau de l'Union qu'au niveau national, ce qui entraînerait des doubles emplois et un gaspillage de ressources précieuses.

Le déclenchement du mécanisme de contrôle subsidiarité par rapport à la proposition de règlement de la Commission explique la nature délicate de la création du Parquet européen. En effet, les États

Voy. en ce sens ce que a été affirmé dans le Manifeste pour une politique criminelle européenne, European Criminal Policy Initiative, point 5, p. 719, disponible sur <http://www.crimpol.eu>. « Dans l'esprit d'une bonne gouvernance, toute proposition d'acte relevant de la matière pénale doit faire l'objet d'une évaluation détaillée (sous la forme d'un contrôle préalable de subsidiarité), évaluation prenant en considération l'ensemble des circonstances et des mesures alternatives envisageables. En aucun cas l'affirmation formelle - telle qu'on la rencontre encore souvent actuellement - que les conditions de la subsidiarité sont remplies ne peut suffire à justifier l'intervention du législateur européen ».

97 Article 6 du Protocole (No 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé aux Traités.

98 Le mécanisme du contrôle de subsidiarité a été déclenché seulement une autre fois. En particulier, il a été utilisé par rapport à la proposition de règlement Monti II sul diritto di sciopero. Proposition de Règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130 final, 21 mars 2012. Per approfondire l'argomento si legga F. FABBRINI, G. KATARZYNA, Yellow Card, but No Foul: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the right to Strike, CML Rev, 2013, 50, p. 136; CRAIG, P., Subsidiarity: A Political and Legal Analysis, Journal of Common Market Studies, 2012, 50(s1), pp. 72-87; P. KIIVER, The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations, ERA Forum Journal of the Academy of European Law, 2012, 12(4), pp. 535-547.

99 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole no 2, COM(2013) 851 final, le 27.11.2013

membres ne veulent pas renoncer à leur souveraineté en matière de droit pénal.

En vertu du principe de proportionnalité, « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »¹⁰⁰. L'instrument choisi doit rester, tout en étant le mieux adapté à l'action envisagée, celui qui laisse une large souplesse dans son application aux États membres.

À l'instar de ce qui est prévu pour l'application du principe de subsidiarité, le protocole n. 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité oblige les institutions européennes à motiver tous les projets d'acte législatif en ce qui concerne le respect du principe de proportionnalité.

En matière pénale le principe général de proportionnalité se traduit dans le principe de l'*ultima ratio*, notamment le principe conformément auquel le droit pénal doit demeurer une mesure de dernier recours¹⁰¹. En ce qui concerne l'adoption des mesures de droit pénal soutenant la mise en œuvre des politiques de l'UE, le Traité fixe expressément pour condition que lesdites mesures soient « indispensables pour atteindre l'objectif de mise en œuvre efficace » de la politique en question.

La Commission elle-même prévoit que, par conséquent, « le législateur doit examiner si des mesures autres que de droit pénal, comme par exemple des régimes de sanctions de nature administrative ou civile, pourraient permettre une mise en œuvre satisfaisante de la politique en question et si le droit pénal permettrait de régler les problèmes plus efficacement. Dans les analyses d'impact précédant toute proposition législative, cela nécessitera une analyse approfondie comportant, par exemple et en fonction des politiques considérées, une évaluation des régimes de sanctions des États membres, de leur capacité à atteindre les résultats escomptés et des difficultés rencontrées par les autorités nationales pour mettre en œuvre le droit de l'UE sur le terrain »¹⁰².

Ainsi, en matière pénale il ne suffit pas de vérifier que la mesure soit nécessaire, mais il faut contrôler en avance que la mesure soit indispensable.

100Article 5, al. 4 du TFUE. Voy. H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (éd.), *The Treaty on European Union (TEU)*, a Commentary, Springer, 2013, p. 265 e ss.; N. EMILIOU, *The Principle of proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996, pp. 126 e ss.; J. SCHWARZE, *European administrative law*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. CXL e ss.; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

101Voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole no 2, COM(2013) 851 final, le 27.11.2013, p. 7. Sur le principe de *ultima ratio*, voy. M. KAIIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, *European Criminal Law Review*, 2011, 1, 2011, pp. 17 et s.; M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, *European Criminal Law Review*, 2011, 1, pp. 35 et s.

102Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et aux Parlements nationaux relative au réexamen de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen au regard du principe de subsidiarité, conformément au protocole no 2, COM(2013) 851 final, le 27.11.2013, pp. 7-8.

2.1.2.2. Bases juridiques pour le rapprochement des droits pénaux matériels et procéduraux

Dans cette section, nous vérifierons quelles sont les bases juridiques prévues dans les Traités qui permettent d'adopter des règles matérielles et procédurales uniformes pour régir les infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen et les règles procédurales relatives aux enquêtes et aux poursuites conduites par le Parquet européen.

Les modifications apportées par le Traité de Lisbonne ont permis d'élargir et clarifier le fondement juridique de l'harmonisation en matière pénale par rapport au droit antérieur. En effet, depuis le Traité de Lisbonne, il a été reconnu à l'Union une compétence d'harmonisation en matière pénale, présentée d'ailleurs comme un « complément éventuel à la technique de la reconnaissance mutuelle »¹⁰³. L'harmonisation des règles de procédure est prévue à l'article 82 du TFUE et l'harmonisation du droit pénal matériel est prévue à l'article 83 du TFUE.

Toutefois, les articles 82 et 83 du TFUE, en raison de la spécificité de la matière pénale, subordonnent l'harmonisation en matière pénale à deux conditions. La première condition dite « clauses du frein » ou « frein d'urgence » est d'ordre procédural. La seconde relève d'un aspect substantiel ayant trait à la qualification de « minimale » des règles adoptées.

En ce qui concerne le « frein d'urgence », les articles 82, al. 3 et 83, al. 3 du TFUE¹⁰⁴ permettent à un État membre de suspendre la procédure législative ordinaire dans le cas où il estime que le projet de directive porte atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale. Dans un premier temps, le Conseil peut en débattre dans un délai de quatre mois à partir de la suspension. Si dans ce délai le Conseil européen parvient à un consensus, la proposition est renvoyée au Conseil et la continuation de la procédure législative est permise. Le Traité n'explique pas ce qu'il advient en absence de consensus, et on peut en déduire que la procédure demeurera suspendue et devra ensuite être abandonnée. Comme il a été souligné, en l'absence de précision apportée par le texte, il n'est donc pas aisé du point de vue juridique de déterminer ce qui relève des « aspects fondamentaux » d'un système de justice pénale¹⁰⁵.

103Voy. C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOYS-HAPPE, Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, Bruxelles, Larcier, Collection Paradigme, 2016, p. 149.

104Voy. les articles 82, al. 3 TFUE et 83, al. 3 du TFUE, qui prévoient: “*Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visée au paragraphe 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure législative ordinaire est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire. Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf États membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de directive concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission. Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 20, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et à l'article 329, paragraphe 1, du présent traité est réputée accordée et les dispositions relatives à la coopération renforcée s'appliquent*”.

105Voy. à cet égard C. Haguenu-Moizard, F. Gazin, J. Leblois-Happe, lesquelles ont souligné que des problèmes peuvent se poser, par exemple, pour déterminer si relèvent des aspect fondamentaux d'un système de justice pénale, par exemple, l'incrimination de l'avortement dans certaines États membres ou l'existence d'un juge d'instruction là où

En ce qui concerne la qualification de « minimale », elle sera examinée en décrivant le contenu des articles 82 et 83 du TFUE.

L'article 83 du TFUE permet au législateur européen d'« établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes »¹⁰⁶.

Le législateur européen a donc la seule compétence à régler les infractions et les sanctions pénales par des « règles minimales ». Cette limitation exclut toute harmonisation complète¹⁰⁷.

La Commission dans sa Communication du 2011 sur la politique de l'UE en matière pénale, en définissant le contenu des règles minimales en matière de droit pénal, a affirmé que « la définition des infractions, c'est-à-dire la description des comportements considérés comme pénalement répréhensibles, recouvre toujours le comportement du principal responsable mais également, dans la plupart des cas, les comportements secondaires comme l'instigation, la complicité et l'incitation. Dans certains cas, la tentative d'infraction est également couverte »¹⁰⁸. En ce qui concerne les règles minimales relatives aux sanctions, la Commission a prévu que le « rapprochement des législations dans l'ensemble de l'UE n'a pas pour objectif premier d'accroître les niveaux de sanction applicables dans chaque État membre, mais plutôt de réduire les écarts entre les systèmes nationaux et de faire

elle est prévue. Elles remarquent également que « du point de vue politique, les ministres ne pourront appliquer la clause de frein qu'avec parcimonie. Une invocation trop fréquente risquerait en effet de susciter des réactions de rejet de la part de leurs partenaires ». Voy. à cet égard C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, Bruxelles, Larcier, Collection Paradigme, 2016, p. 151. Voy. aussi P. ASP, lequel souligne: “*this is not the place for comparative research as to what type of rules or institutions might be considered to belong to the fundamental aspects of the criminal justice systems in different Member States. However, from a Swedish perspective, the most obvious candidate for such an institution perhaps are the regulations regarding the freedom of the press, containing special rules and procedures for offences committed in, e.g., newspapers and books. As regards the harmonisation of criminal procedure the rules on the free evaluation of evidence might be another example of norms considered to belong to the fundamental aspects of the criminal justice system*”. Cfr. P. ASP, The substantive criminal law competence of the EU, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 79, 2012, p. 140 e nota a piè di pagina n. 236.

106Voy. article 83, al. 1 du TFUE. Pour un approfondissement, voy. E. RUBY-CAVAGNA, Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le Traité de Lisbonne, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 2009, pp. 501-521.

107Voy. à cet égard la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 8.

108Voy. à cet égard la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 9. Voy. contra, pour une autre définition des règles minimales, A. KLIP, European Criminal Law, Antwerp, Intersentia, 2012, p.162 e da H. G. NILSSON, How to combine minimum rules with maximum legal certainty?, Europätslig tidskrift, 2011, p. 670; P. ASP, The substantive criminal law competence of the EU, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 79, 2012, pp. 115-121; A. WEYEMBERGH (en collaboration avec S. DE BIOLLEY), Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH, Approximation of substantive criminal law in the EU, The way forward, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 15. Pour une interprétation fonctionnelle des normes minimales, voy. J.A.E. VERVAELE, The European Union and harmonization of the criminal law enforcement of union policies: in search of a criminal law policy?, in I. CAMERON, M. ULVANG, Essays on Criminalisation and Sanctions, Uppsala, 2014.

en sorte que l'exigence de sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » soit effectivement remplie dans tous les États membres »¹⁰⁹.

L'article prévoit expressément que ces règles minimales peuvent être adoptées seulement par voie de directives. En conséquence, le législateur européen ne peut recourir à la forme du règlement en vue d'adopter des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière sur la base de l'article 83 du TFUE. La directive constitue un instrument flexible qui instaure une obligation de résultat tout en laissant aux États membres la liberté de recourir aux moyens que bon leur semble pour y parvenir¹¹⁰.

L'article 83 prévoit également que les comportements criminels couverts par l'article 83 du TFUE doivent être graves. Cependant, la disposition ne définit pas le domaine de criminalité devant être considéré comme grave¹¹¹. Le caractère transfrontalier des comportements criminels requis par l'article 83, al. 1 du TFUE se définit lui-même à partir de trois critères : la matérialité de l'infraction, ses effets, les besoins d'une politique commune. De cette manière, « le rapprochement n'est pas limité aux infractions qui sont transfrontalières dans leurs éléments constitutifs, mais couvre aussi celles qui, bien qu'elles aient été commises sur le territoire d'un seul État membre, sont transfrontalières par leur portée ou par les effets qu'elles peuvent avoir sur d'autres États membres »¹¹².

Certains domaines de criminalité concernés par l'article 83, al. 1 du TFUE sont énumérés à la même disposition qui prévoit une liste de dix infractions (les « eurocrimes »), à savoir le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens

109Voy. à cet égard la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 10. Voy. de façon critique A. WEYEMBERGH (en collaboration avec S. DE BIOLLEY), *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, cit., p. 15, la quale sottolinea che potrebbero esservi frizioni, per esempio, con il sistema giuridico francese.

110Voy. article 288 du TFUE. Pour une analyse critique de l'instrument de la directive par rapport au droit pénal européen, voy. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2 ed., Bruxelles, Larcier, p. 123 et D. FLORE, *Contours et limites du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE. Les conditions d'un rapprochement effectif des législations nationales*, *Revue de l'Union européenne*, 2014, n. 582, pp. 559 et s. ; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pp. 65-108; J.A. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2014, 14(2), pp. 1-17.

111Pour une définition, voy. VOGEL in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union* (version électronique), München, 2011, Article 83, paragraphe 34, et P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., pp. 85-86 ; SUHR in C. CALLIESS, M. RUFFERT, *EUV/AEUV* (version électronique), München, 2011, Article 83, paragraphe 17.

112Voy. D. FLORE, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2 ed., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 124.

de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

Tandis que dans les domaines de criminalité énumérés à l'article 83, al. 1 du TFUE, en raison de leur particulière gravité et de leur dimension transfrontalière, doivent être appréhendés au niveau de l'UE, ainsi que le prévoit le Traité lui-même, les autres infractions qui peuvent être règlementées par le législateur européen en vertu de l'article 83 du TFUE doivent concerner des domaines de criminalité particulièrement grave et revêtir une dimension transfrontière¹¹³.

En outre, l'article 83, paragraphe 2, du TFUE permet au Parlement européen et au Conseil, sur proposition de la Commission, d'établir « des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation »¹¹⁴. La disposition précise que le législateur européen peut adopter des règles minimales seulement dans les domaines d'action qui ont déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation. La lettre de la disposition n'établit pas si un certain niveau d'harmonisation doit être atteint ou si, au contraire, il est suffisant qu'il ait été adopté un instrument qui harmonise le domaine d'action ; nous estimons donc que, en l'absence de précision, l'adoption d'un instrument d'harmonisation dans le domaine concerné suffit à remplir la condition requise par l'article 83, al. 2 du TFUE¹¹⁵.

La lettre de la disposition ne permet pas de déterminer si le domaine d'action doit être harmonisé par voie de directive adoptés antérieurement à la directive qui établit des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions, ou si le domaine concerné puisse être

113Voy. D. FLORE (avec la collaboration de S. BOSLY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 131 ; C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2011, p. 413; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2010, p. 370; SUHR in C. CALLIESS, M. RUFFERT, *EUV/AEUV*, cit., paragraphes 9-10 ; M. MIGLIETTI, *The First Exercise of Article 83 (2) TFUE under Review: An Assessment of the Essential Need for Introducing Criminal Sanctions*, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 1, p. 8. Contra P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 83; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, 2012, p. 76.

114La Commission dans la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, *Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, a subdivisé les domaines d'action entre les domaines en relation auxquels il a été déjà établi que des mesures de droit pénal au niveau européen sont nécessaires (notamment, le secteur financier, la lutte contre la fraude, la protection de l'euro contre le faux monnayage au moyen du droit pénal) et les domaines en relation auxquels il conviendrait d'explorer plus avant le rôle que le droit pénal pourrait jouer en tant qu'outil indispensable à une application effective de la législation (notamment, le transport routier, la protection des données, les règles douanières, la protection de l'environnement, la politique de la pêche, les politiques relatives au marché intérieur). Voy. à cet égard J.A. VERVAELE, *The european union and harmonization of the criminal law enforcement of union policies: in search of a criminal law policy?*, in I. CAMERON, M. ULVANG, *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala, 2014.

115Voy. à cet égard, A. WEYEMBERGH (in collaboration with S. DE BIOLLEY), *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, cit., p. 17 e V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 112; in parziale accordo con quanto affermato nel testo, P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 135.

harmonisé par la même directive qui établit les règles minimales en matière pénale¹¹⁶. Nous estimons qu'à cet égard la solution la plus opportune reste celle de prévoir deux instruments différents puisque la procédure du « frein d'urgence » concerne seulement les actes adoptés en matière pénale tout en sachant que les Etats du Danemark, du Royaume Uni et d'Irlande ne sont pas obligés par les directives concernant la matière pénale. Par conséquent, dans le cas où l'harmonisation du domaine concerné est contenue dans le même instrument établissant les règles minimales relatives aux infractions pénales et aux sanctions, la même directive serait soumise à un régime différencié seulement pour ce qui concerne les dispositions pénales.

L'article 82 du TFUE fournit une base juridique pour le rapprochement des droits procéduraux, en prévoyant que « dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la procédure législative ordinaire, peuvent établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres »¹¹⁷.

Une première lecture de la disposition montre que le rapprochement des droits procéduraux dans les domaines énumérés au deuxième alinéa de l'article 82 du TFUE¹¹⁸ n'est pas un objectif en soi, mais il doit s'inscrire dans le cadre de la réalisation de l'objectif de faciliter la coopération entre les autorités compétentes des États membres. En particulier, l'article 82, al. 2 du TFUE souligne que les règles minimales peuvent être adoptées pour « faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière »¹¹⁹.

116Voy. J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, pp. 315 et s..

117Voy. article 82, al. 2 du TFUE.

118L'article 82, al. 2 du TFUE prévoit que « *Elles [les règles minimales] portent sur: a) l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres; b) les droits des personnes dans la procédure pénale; c) les droits des victimes de la criminalité; d) d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision; pour l'adoption de cette décision, le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen. L'adoption des règles minimales visées au présent paragraphe n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'instituer un niveau de protection plus élevé pour les personnes* ».

119La nécessité d'adopter de règles communes au niveau européen afin de renforcer la confiance mutuelle avait été déjà soulignée au sein du Programme de Stockholm, où il y avait été affirmé que l'Union devait renforcer la confiance mutuelle « *en instituant les droits minimaux nécessaires au développement du principe de reconnaissance mutuelle et en établissant des règles minimales concernant la définition des infractions et des sanctions pénales conformément au traité* ». Voy. Les points 1.2.1 et 3 del Conseil européen, *Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens*, JO C 115 du 4.5.2010, p. 1–38. Voy. dans le même sens, la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2010) 171 final, 20 avril 2010, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*. Pour les problèmes qui sont créés par l'absence d'une réglementation au niveau européen en matière des droits pénaux procéduraux, voy. pour le risque de bis in idem et de conflits de juridiction, J.A. VERVAELE, *European territoriality and jurisdiction: the protection of the EU's financial interests in its horizontal and vertical (EPPO) dimension*, in M. LUCHTMAN, *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime*, La Haye, Portland, 2013, pp. 167-184.

Le texte ne précise pas la notion de « dimension transfrontière », mais on peut lui prêter la même portée juridique que celle de la notion de l'article 83 TFUE. De même, l'article 82 du TFUE ne précise pas le contenu des règles minimales qui peuvent être adoptées par le législateur européen. Toutefois, à la différence de l'article 83 du TFUE, le législateur européen a précisé expressément que l'adoption des règles minimales n'empêche pas les États membres de maintenir ou d'instituer un niveau de protection plus élevé pour les personnes.

Comme cela a été souligné, l'objectif de renforcer la confiance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le système juridique des autres États membres et de fournir aux justiciables européens une sécurité juridique quant à leur droits dans les procédures pénales au sein de l'Union européenne ne sera pas atteint de cette manière. En effet, une personne ressortissante d'un État membre ou y résidant, qui est habituée aux garanties fournies par son système juridique, sera insécurisée par le fait d'être soumise à des standards moins élevés, quand bien même ces standards seraient conformes aux règles minimales européennes. De la même manière, les autorités judiciaires jaugeront sans doute toujours un autre système juridique à l'aune de leurs propres règles de procédure »¹²⁰.

Enfin, l'article 82 du TFUE prévoit que le législateur européen doit utiliser la directive comme instrument pour établir des règles minimales en ce qui concerne les droits pénaux procéduraux. Les insuffisances constatées par rapport à l'article 83 du TFUE ont donc la même valeur en relation à l'article 82 du TFUE.

Considérés toutes les limites qui viennent d'être indiquées relatives aux articles 82 et 83 du TFUE, il faut se demander s'il n'existe pas ailleurs dans les Traités d'autres bases juridiques pour le rapprochement du droit matériel et procédural.

Afin de déterminer des règles matérielles et procédurales uniformes régissant les infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen et les pouvoirs d'enquêtes dont le Parquet européen dispose, il est possible identifier deux dispositions susceptibles de fournir une base juridique alternative aux articles 82 ou 83 du TFUE. Il s'agit, d'une part, de l'article 325 du TFUE et, d'autre part, de l'article 86 du TFUE.

L'article 325 du TFUE pourrait être utilisé comme base juridique en ce qui concerne la fraude aux intérêts financiers de l'Union. Il pourrait donc constituer une base juridique pour réglementer les infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen dans le cas où la compétence de ce dernier soit limitée aux infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Cette disposition remplace l'article 280 de l'ancien Traité instituant la Communauté européenne, en supprimant l'exception prévue à l'article 280, al. 4, selon laquelle les mesures adoptées dans le domaine de prévention et de la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union « ne

¹²⁰Voy. à cet égard D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, cit., pp. 336-337.

concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres »¹²¹.

La suppression du passage se référant à l'application du droit pénal national et à l'administration de la justice dans les États membres a conduit la Commission à considérer l'article 325 du TFUE comme base juridique adéquate pour le rapprochement du droit pénal des États membres en matière de la définition de la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union dans les domaines de la prévention de la fraude et de la lutte contre celle-ci. Cette disposition constitue en effet la base juridique adéquate pour arrêter les mesures nécessaires en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union¹²².

En considérant que la lutte contre les activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union est un domaine d'action très particulier étant donné que la disposition figure dans un chapitre spécial du traité consacré à «La lutte contre la fraude» au sein du titre «Dispositions financières», la Commission a considéré l'article 325 du TFUE une *lex specialis* par rapport à l'article 83 du TFUE dans le domaine de la prévention de la fraude et de toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre celles-ci¹²³.

En effet, la Commission a choisi l'article 325, al. 4 du TFUE pour fonder sa proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal¹²⁴.

Ce choix a toutefois été mis en cause par le service juridique du Conseil qui considère au contraire que l'introduction de l'article 83, al. 2 du TFUE par le Traité de Lisbonne confirme la spécificité du droit pénal et la volonté du législateur européen d'en faire une base juridique exclusive du rapprochement des droits nationaux, même en ce domaine¹²⁵.

121Voy. article 280, al. 4 du TCE antécédent à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

122Voy. article 325 du TFUE et la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, le 11.7.2012, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final}, point 3.

123Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, le 11.7.2012, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final}, point 3. Voy. également J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, ERA Forum Journal of the Academy of European Law, 2014, 14(2), pp. 1-17; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pp. 65-108; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012, pp.55-56.

124Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, le 11.7.2012, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final}, point 3.

125Avis de service juridique, n° 15309/12, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (doc. 12683/12 DROIPEN 107 JAI 535 GAF 15 FIN 547 CADREFIN 349 CODEC 1924) – Base juridique; Si veda, in tal senso, l'avviso sulla base giuridica della Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, le

Les conséquences pratiques découlant de l'adoption de l'article 325 du TFUE ou, au contraire, de l'article 83 du TFUE, sont importantes.

En premier lieu, l'article 325 du TFUE ne prévoit pas la possibilité pour les États membres d'exercer le « frein d'urgence ».

En deuxième lieu, l'article 325 du TFUE n'est pas soumis aux limitations auxquelles est soumis l'article 83 du TFUE, en ce qui concerne l'adhésion du Danemark, du Royaume Uni ou de l'Irlande, puisqu'il ne figure pas dans la troisième partie, titre V, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹²⁶.

En troisième lieu, l'article 325 du TFUE constitue une base juridique adéquate pour adopter également des règlements et pas seulement des directives.

Enfin, l'article 325 du TFUE n'établit pas que le législateur européen puisse adopter seulement des règles minimales ; donc on estime que cette limite n'existe pas.

Une autre base juridique qui pourrait être utilisée pour le rapprochement du droit pénal matériel et de procédure est l'article 86 du TFUE. La portée de cet article sera étudiée au cours de toute la thèse.

2.2. TITRE DEUXIÈME Configuration du Parquet européen afin qu'il soit assurée l'effectivité

2.2.1. CHAPITRE PREMIER Statut du Parquet européen et relations avec les autres acteurs

2.2.1.1. SECTION PREMIÈRE Statut du Parquet européen

2.2.1.1.1 Statut, organisation interne du Parquet européen

L'article 86 du TFUE n'établit pas quelle doit être la structure, à savoir l'organisation interne, du Parquet européen. Le législateur européen peut donc décider quel statut juridique caractérisera le Parquet européen. La Commission dans la première évaluation d'une analyse d'impact concernant la proposition de règlement portant création du Parquet européen avait envisagé sept options concernant la création du Parquet européen¹²⁷.

En considérant que l'article 86 du TFUE prévoit la possibilité de créer un Parquet européen, mais

11.7.2012, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final}, point 3

126Voy. à cet égard les Protocoles 21 et 22 annexés aux Traités.

127Commission Staff Working Document, SWD(2013) 274 final, 17.7.2013, Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office Brussels, p. 30 et s..

pas une obligation de l'instituer¹²⁸, la Commission a divisé les options entre celles qui n'envisagent pas la création d'un Parquet européen et celles qui, au contraire, concernent la création d'un Parquet européen. La Commission a ensuite évalué l'efficacité des solutions envisagées dans la réalisation des objectifs stratégiques définis, l'incidence sur les droits fondamentaux, la faisabilité, l'incidence sur les systèmes judiciaires des États membres, l'incidence sur les institutions européennes existantes et l'évaluation des coûts et avantages¹²⁹.

Nous n'examinerons que brièvement les solutions qui ne prévoient pas la création d'un Parquet européen. Entre elles, la Commission a prévu, en premier lieu, qu'il serait possible de maintenir le *statu quo*. Dans ce cas, aucune nouvelle mesure ne serait prise au niveau de l'Union et les infractions continueraient de n'être poursuivies qu'au niveau national. En deuxième lieu, elle envisage uniquement l'adoption de mesures non réglementaires. Conformément à ce scénario, « aucune mesure législative ne serait prise au niveau de l'Union et aucun nouvel organe ne serait créé. Néanmoins, les mesures prises aux niveaux national et de l'Union seraient renforcées au moyen de mesures non législatives ».

En troisième lieu, il a été prévu la possibilité de renforcer les compétences d'*Eurojust*. Dans cette hypothèse, *Eurojust* serait doté de nouvelles compétences pour ouvrir des enquêtes dans l'ensemble de l'Union. *Eurojust* et ses membres nationaux auraient le droit de donner des instructions contraignantes aux ministères publics nationaux pour déclencher des enquêtes et proposer des poursuites dans les États membres, conformément à l'article 85, al. 1 du TFUE¹³⁰. Dans ce cas, l'impact sur les systèmes judiciaires nationaux est faible, du moment que la procédure pénale pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union demeure purement nationale. Toutefois, l'effectivité est également faible dans la réalisation des objectifs stratégiques définis. Ces options ne permettront donc pas de combattre la fraude, la corruption et d'autres infractions portant atteinte au budget de l'Union. L'incapacité des structures et des politiques en place à apporter des solutions, ainsi que l'absence de toute structure européenne répressive et de toute politique européenne commune en matière de poursuites judiciaires ne permettra pas des améliorations. La Commission estime que « l'approche à l'égard des enquêtes pénales et de la

128Voy. article 86, al. 1 du TFUE et, ex multis, D. FLORE, Droit pénal européen, Les Enjeux d'une Justice Pénale européenne, 2 édition, Bruxelles, Larcier, p. 779.

129Voy. Commission Staff Working Document, SWD(2013) 274 final, 17.7.2013, Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office Brussels, p. 30 et s..

130Dès les modifications apportées par le Traité de Lisbonne, l'article 85, al. 1, a) du TFUE prévoit : « *La mission d'Eurojust est d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave affectant deux ou plusieurs États membres ou exigeant une poursuite sur des bases communes, sur la base des opérations effectuées et des informations fournies par les autorités des États membres et par Europol. À cet égard, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, déterminent la structure, le fonctionnement, le domaine d'action et les tâches d'Eurojust. Ces tâches peuvent comprendre: a) le déclenchement d'enquêtes pénales ainsi que la proposition de déclenchement de poursuites conduites par les autorités nationales compétentes, en particulier celles relatives à des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union* ».

poursuite de ce type d'infractions transfrontalières est extrêmement fragmentaire et inégale et que les niveaux de dissuasion, de détection, d'enquête et de poursuite judiciaire varient sensiblement d'un État membre à l'autre. Elle observe une lacune significative dans le cycle de la répression qui, selon la Commission, pourrait être comblée en créant un Parquet européen »¹³¹.

La Commission estime la répression efficace de la fraude aux intérêts financiers de l'Union nécessiterait la création d'un Parquet européen. La structure institutionnelle du Parquet européen peut varier. A ce propos, la Commission envisage quatre options possibles impliquant la création d'un Parquet européen. Elle envisage en particulier la création d'un Parquet européen de type au sein d'*Eurojust*, la création d'un Parquet européen de type « collège », la création d'un Parquet européen décentralisé et d'un Parquet européen centralisé.

La première option impliquerait la création d'une unité centrale « Parquet européen » au sein d'*Eurojust*, qui deviendrait de ce fait la structure d'accueil du Parquet européen, au même titre qu'une « agence parente ». Cette unité jouirait d'une compétence exclusive dans les cas d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE et serait composée de procureurs et d'enquêteurs spécialisés dans la criminalité financière.

Conformément à la deuxième option, le Parquet européen, à l'instar d'*Eurojust*, « serait organisé en un collège de membres nationaux désignés par les États membres, mais dotés d'un mandat mieux défini et renforcé. Ce collège statuerait à la majorité sur les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE dans l'ensemble de l'UE ».

Cette option souhaitée par certains États membres¹³², constitue la solution qui implique un niveau d'intégration moindre au niveau européen¹³³. Le collège ne pourrait pas déclencher des poursuites, mais il pourrait seulement ordonner aux procureurs nationaux compétents de le faire. La loi applicable par les autorités judiciaires nationales serait la loi nationale et non une législation européenne commune. Les preuves seraient évaluées par le collège, qui pourra décider du déclenchement des poursuites pénales. Les preuves seront reconnues conformément au principe de reconnaissance mutuelle et les procureurs nationaux devront coopérer selon les instruments de coopérations existants¹³⁴. Le Parquet européen ne pourra même pas prendre des décisions rapides,

131Voy. Première évaluation d'une analyse d'impact de la Commission européenne, Proposition de la Commission de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, Analyse d'impact (SWD (2013) 275 final, SWD (2013)274 final (résumé)) concernant une proposition de la Commission de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)534 final), p. 2.

132Voy. à cet égard la lettre du mars 2013 des Ministres de la justice allemand et français. Voy., en particulier, Common Position of the Ministers of Justice of France and Germany on the European Public Prosecutor's Office, 4 marzo 2013, [disponible en ligne: <http://eppo-project.eu/design/eppodesign/pdf/converted/index.html?url=b0212eec88f918c78c4c6840e8ccf091.pdf&search=>].

133Voy. K. LIGETI, M. SIMONATO, The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?, *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4(1-2), pp. 13–14 ; G. VERMEULEN, W. DE BONDT, C. RYCKMAN (éds.), *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU*, Antwerp, Maklu, 2012, p. 474 et s.; nonché Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, cit., p. 36.

134In tal senso, K. LIGETI, M. SIMONATO, The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European

comme il le serait nécessaire pour assurer l'efficacité des enquêtes et des poursuites. Avant de décider, le collège devra en effet parvenir à un accord et donc ne pourra pas rapidement prendre une décision¹³⁵. Ce sera un autre aspect qui empêchera le Parquet européen d'atteindre l'objectif de lutte efficace contre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Dans la troisième option, le Parquet européen consisterait en « un parquet central assisté de procureurs européens délégués exerçant à l'intérieur des États membres et des systèmes nationaux, investis de la pleine autorité en matière de poursuites en vertu du droit national. L'office central aurait le pouvoir hiérarchique de donner des instructions aux procureurs européens délégués. Le Parquet européen coopérerait avec la police nationale et le ministère public dans l'accomplissement de ses tâches et serait chargé de porter les affaires devant les tribunaux ».

Cette option, adoptée par la Commission dans sa proposition de règlement de 2013, prévoit que le Parquet européen est composé du bureau central duquel fait partie le procureur européen assisté de quatre procureurs adjoints, ainsi que des procureurs européens délégués dans les États membres, qui réunissent les conditions requises pour le déclenchement des poursuites conformément à la législation de l'État membre duquel ils proviennent¹³⁶. Les enquêtes et poursuites du Parquet européen sont menées par les procureurs européens délégués sous la direction et la surveillance du procureur européen. Les procureurs européens délégués auraient un soi-disant « *double-hat* » ; ils pourraient mener les enquêtes du Parquet européen et, en même temps, pourraient également exercer leur fonction en qualité de procureurs nationaux.

Ce modèle comporte à la fois des avantages et des inconvénients. L'un des principaux avantages consiste en la création d'un lien étroit entre le Parquet européen et les autorités judiciaires nationales. Les procureurs européens délégués permettraient en effet de faire circuler plus rapidement les informations entre niveau européen et niveau national. Ce système soulève cependant des doutes quant à l'indépendance du Parquet européen. Le fait que les procureurs européens délégués doivent, comme il a été dit, « *servicing two masters simultaneously* »¹³⁷, menace en effet l'indépendance des procureurs européens délégués, surtout quand ils sont dépendants du pouvoir exécutif dans l'État membre auquel ils appartiennent.

Prosecution Service?, cit., p. 14; A. DAMASKOU, The European Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking New Institution of the EU Legal Order, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(1), p. 133.

135Voy. F. LE BAIL, The main points of the future legal framework on the EPPO, in *European Public Prosecutor's Office: A Constructive Approach towards the Legal Framework*, Vilnius, 16 septembre 2013, p. 8; Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, cit., p. 46. Je cite: « *the collegial decision making process of this option would slow down the work process and lead to a very bureaucratic machinery because of the number of direct Member State representatives involved in the college. Also, the lack of independence from national judicial decision making is likely to have a negative impact on the effectiveness of this option* ».

136Voy. à cet égard, VERVAELE J.A.E., European Enforcement Agencies in the Area of Freedom, Security and Justice: The Eurojust European Public Prosecutor Binomial, in *Proceedings of the 5th European Jurist Forum*, Budapest, 2009, p. 117 et s..

137K. LIGETI, M. SIMONATO, The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?, cit., p. 16.

L'un des principaux inconvénients relève d'une absence d'harmonisation de la législation nationale. La loi applicable variera donc d'un État à l'autre et le manque de confiance entre les États membres conduira probablement aux problèmes de reconnaissance et d'admissibilité des preuves recueillies sur le territoire des autres États membres, qui existent actuellement et que la création du Parquet devrait théoriquement résoudre¹³⁸

La dernière option implique enfin la création d'un Parquet européen central possédant la pleine capacité juridique et pratique nécessaire pour instruire et poursuivre les infractions en question, sans dépendre des ministères publics nationaux.

Si on décide d'adopter cette solution, le Parquet européen serait un organe de poursuite supranationale composé du chef du Parquet européen et des procureurs spécialisés qui mèneraient les enquêtes sur le territoire des États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen. Le Parquet européen pourrait déclencher des poursuites de façon autonome et renvoyer en jugement les auteurs des infractions relevant de sa compétence¹³⁹. L'ampleur des pouvoirs d'enquêtes du Parquet européen devrait être définie dans le règlement instituant le Parquet européen. Les règles procédurales applicables et la détermination des infractions relevant de la compétence du Parquet européen devraient être définies dans le même règlement portant création du Parquet européen¹⁴⁰, tandis que les règles régissant la phase du procès devraient être celles nationales, conformément à l'article 86, al. 2 du TFUE¹⁴¹.

L'avantage de cette structure conférée au Parquet européen relève de la création d'une réglementation uniforme au niveau européen, permettant ainsi d'assurer dans le même temps l'efficacité des enquêtes et de poursuites du Parquet européen et le respect des droits fondamentaux. À toute personne concernée par les enquêtes du Parquet européen serait en effet assuré le niveau de protection des droits fondamentaux, tel qu'établi au niveau européen¹⁴².

Toutefois, sur le plan politique, un organe de poursuite centralisé ne serait pas facilement accepté par les États membres rétifs à l'idée de renoncer à leur souveraineté en matière pénale¹⁴³.

138Voy. A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking New Institution of the EU Legal Order*, cit., p. 134; P. ASP, *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, *European Union Criminal Law Review*, 2011, 1, p. 44 et s..

139Cfr. J.F.H. INGHELRAM, *Legal and Institutional of the European Anti-Fraud Office (OLAF): an Analysis with a Look Forward to the European Public Prosecutor's Office*, 2011, pp. 263-264.

140Voy. NILSSON, H., *Judicial Cooperation in the EU: Eurojust and the European Public Prosecutor*, in GUILD, E., CARRERA, S., EGGENSCHWILDER, A. (éds.), *The Area of Freedom, Security and Justice Ten Years On: Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Centre for European Policy Studies, 2011, p. 5; LIGETI K., *The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be determined?*, *European Criminal Law Review* 2011, 2, p. 123 et s..

141Le paragraphe 2 de l'article 86 del TFUE prévoit: "*Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1. Il exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions*".

142Voy. à cet égard l'article 6 du TUE.

143Ce modèle présente des similarité avec un système de type fédéral, que les Etats membres n'acceptent pas. Voy. à cet égard FRAGOLA M., *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2008, p. 206 et s., lequel affirme que « *il Trattato di*

Cette solution n'a pas été adoptée par la Commission, laquelle dans la proposition de règlement du 17 juillet 2013, comme nous l'avons souligné précédemment, a choisi d'adopter une organisation décentralisée du Parquet européen, tandis que le Conseil a préféré une organisation collégiale. Dans une proposition de règlement du 31 janvier 2017, le Conseil a prévu que l'organisation reposerait sur différents niveaux organisationnels et décisionnels, à chacun desquels sont confiés une fonction spécifique. Le Parquet européen est organisé à un double niveau : central et décentralisé. Le niveau central consiste dans le Bureau central, sis au siège du Parquet. Ce dernier est composé du collège, des chambres permanentes, du chef du Parquet européen, de ses adjoints, des procureurs européens et du directeur administratif. Le niveau décentralisé est constitué de procureurs européens délégués, affectés dans chaque État membre¹⁴⁴. Il est chargé du suivi général des activités du Parquet. Il adopte des décisions sur des questions stratégiques ou plus générales, soulevées par des dossiers particuliers, notamment en vue d'assurer la cohérence et l'efficacité, dans l'ensemble de l'Union, de la politique du Parquet européen en matière de poursuites, ainsi que sur d'autres questions précisées dans le règlement. Le collège adopte également le règlement intérieur du Parquet européen¹⁴⁵.

Les chambres permanentes supervisent et dirigent les enquêtes et les poursuites menées par les procureurs européens délégués. Elles assurent également la coordination des enquêtes et des poursuites dans les dossiers transfrontières et la mise en œuvre des décisions adoptées par le collège¹⁴⁶. Les chambres permanentes peuvent prendre diverses décisions en lien avec les enquêtes, à savoir : porter une affaire en jugement, classer une affaire sans suite, appliquer une procédure simplifiée en matière de poursuites et charger le procureur européen délégué d'agir en vue de classer définitivement l'affaire, renvoyer une affaire devant les autorités nationales, ou rouvrir une enquête¹⁴⁷.

Les procureurs européens assurent, au nom de la chambre permanente et en respectant toute instruction donnée par celle-ci, la surveillance des enquêtes et des poursuites dont sont responsables les procureurs européens délégués chargés de l'affaire dans leur État membre d'origine. Les procureurs européens présentent des résumés d'affaires dont ils sont chargés d'assurer la surveillance et, le cas échéant, des propositions de décisions à adopter par ladite chambre, sur la base de projets de décisions élaborés par les procureurs européens délégués¹⁴⁸.

Les procureurs européens délégués sont responsables des enquêtes et des poursuites qu'ils engagent, qui leur sont confiées ou dont ils se saisissent en exerçant leur droit d'évocation. Ils sont également

riforma è un trattato "decostituzionale" : trae origine dalla Costituzione per l'Europa, di cui ne ripropone la sostanza, ma "decostituzionalizza" la struttura che aveva spaventato parte degli Stati ». Voy. aussi ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 115 et s.

144Voy. article 7, al. 2-5 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

145Voy. article 8 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

146Voy. article 9, al. 2 du TFUE.

147Voy. article 9 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

148Voy. article 11 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

responsables de la mise en état des affaires et disposent notamment du pouvoir de présenter des arguments à l'audience, de prendre part à l'obtention des moyens de preuve et d'exercer les voies de recours existantes conformément au droit national. La proposition de règlement précise également la possibilité pour un procureur européen délégué d'exercer les fonctions de procureur national, pour autant que cela ne l'empêche pas de s'acquitter de ses obligations en application du règlement¹⁴⁹.

Le rôle du chef du Parquet a donc considérablement diminué dans la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Cet acteur joue seulement un rôle de représentant du Parquet européen auprès des institutions de l'Union et des États membres, ainsi qu'auprès des tiers, et remplit les fonctions qui sont normalement d'un « *internal manager* »¹⁵⁰. En effet, conformément à la proposition de règlement du Conseil, le chef du Parquet européen organise les travaux de la juridiction, en dirige les activités et adopte des décisions conformément au règlement et au règlement intérieur du Parquet européen. Le règlement n'attribue toutefois pas au chef du Parquet européen le pouvoir de mener des enquêtes ou de surveiller les enquêtes et les poursuites dont sont responsables les procureurs européens délégués. Cette fonction principale est subdivisée entre les procureurs européens, les procureurs européens délégués, le collège et les chambre permanentes.

La multiplication des acteurs responsables de prendre ces décisions importantes comporte en pratique l'irresponsabilité de ces acteurs, puisqu'il sera extrêmement difficile de déterminer l'acteur responsable d'une décision spécifique.

La pluralité des sujets comporte également un risque de divergence dans les décisions. A cela, le remède serait d'assurer une coordination entre les acteurs concernés. Le processus décisionnel peut être long et les enquêtes du Parquet européen ne seront pas effectives.

2.2.1.1.2 Indépendance du Parquet européen

Dès la première proposition d'instituer cet organisme dans le *Corpus Juris*, l'indépendance du Parquet européen, vis-à-vis des États membres et des institutions européennes, est considérée comme un élément essentiel¹⁵¹. Ce choix ne représente pas une synthèse des traditions communes des États membres, en considération du nombre de systèmes juridiques nationaux prévoyant la dépendance du ministère public du pouvoir exécutif. Cependant, l'indépendance du Parquet européen constitue un instrument essentiel lui permettant de se conformer aux lignes directrices et

149Voy. article 12 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

150Voy. J.A.E. VERVAELE, Legal and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a EPPO in the EU: the dissymmetry of shared enforcement, in M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (éds.), *Law Enforcement by EU Authorities. Political and judicial accountability in a shared legal order*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 184.

151Voy. l'article 18 du *Corpus Juris* et le point 4.1.1. et 6.2.1. du Livre Vert.

aux rapports adoptés au niveau international et européen. En effet, ces documents énoncent que même en l'absence d'appartenance du procureur au système judiciaire, celui-ci doit agir comme un juge, en faisant preuve d'équité et d'impartialité¹⁵². Comme le juge, le parquet devra en effet dans certains cas prendre des décisions impopulaires. À ce propos, les rapports européens soulignent que « l'existence de systèmes de contrôle démocratique ne règle pas entièrement le problème des poursuites inspirées par des motifs politiques. La tyrannie de la majorité peut aller jusqu'à utiliser les poursuites comme un moyen d'oppression. Les majorités peuvent être manipulées et les hommes politiques démocrates peuvent faire l'objet de pressions populistes auxquelles ils craignent de ne pas pouvoir résister, en particulier lorsqu'elles sont relayées dans les médias. L'ingérence du pouvoir politique ou les décisions erronées en matière de poursuites peuvent donner lieu à deux abus différents mais voisins. Le premier consiste à engager des poursuites qui n'ont pas lieu d'être, soit parce qu'il n'existe pas d'éléments de preuve, soit parce qu'une affaire repose sur des éléments de preuve altérés ou erronés. Le deuxième, plus insidieux et probablement plus courant, est observé lorsque le procureur n'exerce pas d'action alors qu'il le devrait. Ce problème est souvent associé à la corruption mais se rencontre également lorsque les gouvernements se sont comportés de manière criminelle ou sont corrompus ou lorsque des intérêts puissants sont à l'origine de pressions politiques. Par principe, une instruction erronée de ne pas engager de poursuites peut être plus difficile à contrer en raison de la difficulté à l'assujettir à un contrôle judiciaire. Les droits des victimes de demander un contrôle juridictionnel lorsqu'une action publique n'est pas mise en mouvement devront probablement être développés pour surmonter ce problème »¹⁵³. Selon la Commission de Venise les méthodes propres à limiter le risque d'ingérence indue vont « de l'indépendance accordée à un procureur disposant de pouvoirs de contrôle, d'inspection ou de vérification des décisions selon le cas, à l'interdiction d'instructions dans des cas particuliers, aux procédures exigeant que de telles instructions soient données par écrit et rendues publiques. A ce

152Voy. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) sur la base des observations de M. James HAMILTON (membre suppléant, Irlande) M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark) Mme Hanna SUCHOCKA (membre, Pologne), CDL-AD (2010)040, Etude n. 494 / 2008, Strasbourg, le 3 janvier 2011, point 15. Je cite: “*The prosecutor must act fairly and impartially. Even in systems which do not regard the prosecutor as part of the judiciary, the prosecutor is expected to act in a judicial manner. It is not the prosecutor's function to secure a conviction at all costs. The prosecutor must put all the credible evidence available before a court and cannot pick and choose what suits. The prosecutor must disclose all relevant evidence to the accused and not merely the evidence which favours the prosecution case. Where evidence tending to favour the accused cannot be disclosed (for example, because to do so would compromise the safety of another person) it may be the duty of the prosecutor to discontinue the prosecution*”.

153COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) sur la base des observations de M. James HAMILTON (membre suppléant, Irlande) M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark) Mme Hanna SUCHOCKA (membre, Pologne), CDL -AD (2010)040, Etude n. 494 / 2008, Strasbourg, le 3 janvier 2011, points 20-21.

sujet, l'existence de mécanismes appropriés pour assurer la cohérence et la transparence du processus décisionnel est particulièrement importante »¹⁵⁴.

Dans le cas où on choisit d'assurer l'équité et l'impartialité du Parquet européen en garantissant son indépendance, les critères à respecter sont encore plus strictes, selon ce qui est prévu dans les rapports et les lignes directrices internationales et européennes¹⁵⁵. Considérant la volonté d'assurer l'indépendance du Parquet européen, tant à l'article 5 de la proposition de règlement de la Commission qu'à l'article 6 de la proposition amendée par le Conseil du 31 janvier 2017, il convient de vérifier le respect de ces critères. Pourtant garantie en principe, l'indépendance du Parquet européen ne semble pas assurée en pratique. Dès l'adoption du *Corpus Juris*, la garantie d'indépendance du Parquet européen est affirmée, notamment pour garantir sa légitimité vis-à-vis d'autres organes¹⁵⁶ car, à défaut, l'indépendance du Parquet européen risquerait d'être compromise en pratique¹⁵⁷.

Cette indépendance pourrait être effectivement assurée au moyen d'une procédure de nomination et de révocation des membres du Parquet européen, gage de l'absence d'emprise du pouvoir exécutif sur le Parquet européen. A cet égard, ladite procédure est mentionnée dans les deux propositions précédemment évoquées. Malgré la mention faite à cette procédure dans la proposition du règlement de la Commission du 2013 et celle amendée par le Conseil en 2017 il subsiste des doutes quant à la garantie d'indépendance attribuée au Parquet européen.

A défaut d'un examen approfondi de la proposition de règlement de la Commission du 2013, les

154COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) sur la base des observations de M. James HAMILTON (membre suppléant, Irlande) M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark) Mme Hanna SUCHOCKA (membre, Pologne), CDL -AD (2010)040, Etude n. 494 / 2008, Strasbourg, le 3 janvier 2011, point 22.

155Voy., pour une analyse en profondeur, E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, The Independence of the European Public Prosecutor, in P. ASP (éd.), European Policy Initiative, The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 255 et s..

156Voy. C. VAN DEN WYNGAERT, Eurojust and the European Public Prosecutor in the Corpus Juris Model: Water and Fire?, in N. WALKER (éd.), Europe's Area of Freedom, Security and Justice, Oxford University Press, 2004, p. 231 et s.. Voy. Également K. LIGETI, M. SIMONATO, The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?, New Journal of European Criminal Law, 2013, 4(1-2), p. 12, qui affirment: "*The main arguments raised in support of independence are linked to good governance and the fair administration of justice. As far as good governance is concerned the EPPO should be protected from political influence. From a viewpoint of fair administration of justice any arbitrary use of prosecutorial powers should be avoided and Member States should be protected from arbitrary decisions of the EPPO. Furthermore it has been argued that none of the EU institutions would be suitable to give guidelines and exert effective control on the EPPO's decisions*".

157Voy. aussi la Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM2013)0534 – 2013/0255(APP), punto 5, lett. ii) e la Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), points 6 e 7, lequel « *souligne que la structure du Parquet européen devrait être totalement indépendante des gouvernements nationaux et des institutions européennes et protégée de toute influence ou pression politiques; invite donc à faire preuve d'ouverture, d'objectivité et de transparence dans les procédures de sélection et de nomination du procureur général européen, de ses adjoints, des procureurs européens et des procureurs européens délégués* ».

développements traiteront spécifiquement de la procédure de nomination et de révocation des membres du Parquet européen relevant de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

Ainsi, est prévue la nomination, d'un commun accord, du chef du Parquet européen par le Conseil, statuant à la majorité simple, et le Parlement européen pour une durée de sept ans non renouvelable¹⁵⁸. Les candidats doivent être des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire d'un État membre, ou des procureurs européens actifs. En sus, ils doivent offrir toutes les garanties d'indépendance. De même qu'ils doivent disposer « des qualifications requises pour l'exercice, dans leurs États membres respectifs, de hautes fonctions au sein du ministère public ou du corps judiciaire et possèdent une expérience pratique pertinente des systèmes juridiques nationaux, des enquêtes financières et de la coopération judiciaire internationale en matière pénale, ou qui ont exercé les fonctions de procureur européen », et doivent disposer d'une expérience et de qualifications d'encadrement suffisantes pour la fonction¹⁵⁹.

L'imprécision de ces critères soulève des doutes quant à la garantie l'indépendance du Parquet européen. Par exemple, « offrir toutes les garanties d'indépendance » relève d'une formule laconique. De même, la disposition spécifie que candidats doivent être des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire d'un État membre. Or, dans certaines États, les membres du ministère public affichent une dépendance à l'égard du corps exécutif national. Dès lors, l'incompréhension règne à propos du critère selon lequel les membres du Parquet européen doivent offrir toutes les garanties d'indépendance empêchant l'accès aux potentiels candidats dépendants de l'exécutif de présenter leur candidature pour devenir chef du Parquet européen. Cette interprétation semble impossible car elle conduirait à une discrimination exercée en raison de la nationalité des procureurs¹⁶⁰. Ceux qui appartiennent aux États membres, dans lesquels ils restent dépendants de l'exécutif, ne pourraient pas participer. L'éventuelle nomination d'un membre actif d'un ministère public comme chef du Parquet, dépendant du pouvoir exécutif, reviendrait à vider de sa substance l'exigence offrir toutes les garanties d'indépendance.

S'ajoute à cela d'autres critères, toujours posés par la proposition de règlement du Conseil, qui restent tous aussi indéterminés rendant alors impossible une opération d'interprétation uniforme. Par exemple, la proposition de règlement n'inscrit pas de typologie afférente à l'expérience ou aux qualifications d'encadrement suffisantes pour occuper la fonction de chef du Parquet. Si les qualifications nécessaires doivent être comprises comme les qualifications correspondantes à la position de chef du parquet dans les États membres, elles varieront significativement d'un État à l'autre, laissant s'installer ainsi une éventuelle disparité de traitement.

158Voy. article 13, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

159Voy. article 13, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

160Voy. l'article 18 du TFUE e l'article 21, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

La procédure de sélection « est fondée sur un appel ouvert à candidatures, qui est publié au Journal officiel de l'Union européenne, suivi de l'établissement par un comité de sélection d'une liste restreinte de candidats qualifiés, qui est soumise au Parlement européen et au Conseil »¹⁶¹. Les règles de fonctionnement du comité sont adoptées par le Conseil, lequel adopte une décision portant nomination de ses membres sur proposition de la Commission. Par rapport à la proposition de règlement de la Commission du 2013, le rôle du Conseil à l'égard de la Commission apparaît renforcé. Cependant, la proposition de règlement ne définit ni les critères fondant la sélection, ni le nombre de candidats à insérer dans la liste restreinte, qui est soumise au Parlement européen et au Conseil.

Même la procédure de révocation ne garantit pas l'indépendance du Parquet européen. En effet, la proposition de règlement établit que la Cour de justice de l'Union européenne « peut, à la requête du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission, révoquer le chef du Parquet européen si elle constate qu'il n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou qu'il a commis une faute grave ». Au sein dudit texte, aucune référence n'est faite aux conditions qui permettent de considérer que le Parquet européen « n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions ou qu'il a commis une faute grave ». Une telle absence de définition apparaît particulièrement grave. En ce sens que les autres institutions européennes pourraient donner à cette requête une interprétation extensive et menacer de révoquer le Parquet européen faute de poursuites ou d'ordonner un classement sans suite d'une affaire, notamment celle relative à une fraude interne commises par des membres des institutions européennes. Cette procédure de révocation pourrait donc muter en une façon d'influencer le Parquet européen tout en affectant son indépendance.

La compétence attributive de révocation revient à la Cour de justice. Or cette attribution ne constitue pas une garantie suffisante pour le Parquet européen dans sa prise de décisions puisqu'il peut être incité à ne pas déclencher les poursuites par crainte d'être révoqué avant que la Cour de justice puisse statuer sur l'éventuelle révocation. En l'absence de précision dans les critères, il serait difficile pour le chef du Parquet européen de préparer sa défense devant la Cour de justice. En effet, il ne pourra ni prévoir exactement ses arguments en défense et ni se préparer suffisamment en avance.

En ce qui concerne les procureurs européens, la proposition de règlement fixe pour chaque État membre un nombre de trois candidats au poste de procureur européen. Les candidats auxdits postes répondent aux mêmes exigences requises pour devenir chef du Parquet européen¹⁶². La critique des

¹⁶¹Voy. article 13, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Conformément à cette disposition, « Le comité est composé de douze personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour des comptes, d'anciens membres nationaux d'Eurojust, des membres des juridictions nationales suprêmes, des procureurs de haut niveau et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen ».

¹⁶²L'article 14, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 prévoit en particulier que « Chaque État membre désigne trois candidats au poste de procureur européen parmi des candidats qui: a) sont des membres

critères précédemment émise et afférente à la nomination du chef du Parquet européen, est parfaitement transposable à la procédure de nomination des procureurs européens.

Toutefois, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 n'identifie pas quel organe national doit nommer les personnalités à insérer dans la liste. A cet égard, un écart en termes d'indépendance risque de poindre à l'égard du pouvoir exécutif du Parquet européen selon que le Ministre de la Justice ou un organe judiciaire sera responsable de la nomination¹⁶³.

Après la réception d'un avis motivé d'un comité de sélection, le Conseil choisit et nomme les procureurs européens des États membres concernés parmi les candidats. La proposition de règlement précise également que si le comité de sélection constate « qu'un candidat ne remplit pas les conditions requises pour exercer les fonctions de procureur européen, son avis lie le Conseil »¹⁶⁴. Toutefois, la lettre de la disposition reste indéterminée et il n'est donc pas possible de déterminer en avance dans quels cas l'avis du comité lie le conseil. Ce dernier pourrait, par exemple, l'interpréter de manière à que l'avis du Conseil soit rarement contraignant et donc ne le suivre quand il le préfère.

La procédure de révocation des procureurs européens demeure identique à celle du chef du Parquet européen. Le raisonnement exposé dans ce cadre est donc transposable en matière de révocation des procureurs européens.

D'ailleurs, les procureurs européens délégués sont désignés par les États membres et nommés par le collège¹⁶⁵, sur proposition du chef du Parquet européen pour un mandat de cinq ans renouvelable¹⁶⁶. La nomination des procureurs européens délégués est donc pour la plupart aux mains des États membres. En effet, lesdits États désignent les candidats en passe de devenir procureurs européens délégués dont la nomination relève du collège, lui-même composé du chef du Parquet européen et des procureurs européens, qui, comme nous l'avons vu, sont à leur tour désignés par les États membres et nommés par le Conseil. En plus, le rôle du collège n'est pas tant substantiel car il peut seulement refuser de nommer la personne désignée si celle-ci ne remplit pas les critères visés au deuxième paragraphe¹⁶⁷, mais il ne peut choisir par la suite le candidat qu'il estime le plus approprié

actifs du ministère public ou du corps judiciaire d'un État membre; b) offrent toutes les garanties d'indépendance; et c) réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs États membres respectifs, de hautes fonctions au sein du ministère public ou du corps judiciaire et possèdent une expérience pratique pertinente des systèmes juridiques nationaux, des enquêtes financières et de la coopération judiciaire internationale en matière pénale ».

163Voy. E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Independence of the European Public Prosecutor*, in P. ASP (éd.), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, cit., pp. 271-272.

164Voy. article 14, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

165Le collège est composé de du chef du Parquet européen et d'un procureur européen par État membre. Voy. article 8 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

166Voy. article 15, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

167Les critères sont les mêmes que nous avons examinés à propos des procureurs européens. Voy. à cet égard l'article 15, al. 2, qui prévoit : « À compter de leur nomination aux fonctions de procureur européen délégué et jusqu'à leur révocation, les procureurs européens délégués sont des membres actifs du ministère public ou du corps judiciaire de l'État membre qui les a désignés. Ils offrent toutes garanties d'indépendance, disposent des qualifications requises et possèdent une expérience pratique pertinente de leur système juridique national ».

pour devenir procureur européen délégué¹⁶⁸. Le choix des procureurs européens délégués est donc effectué par les États membres.

Le collège est également l'organe en charge de révoquer un procureur européen délégué « s'il constate qu'il ne remplit plus les conditions énoncées au paragraphe 2 ou qu'il n'est pas en mesure d'exercer ses fonctions, ou qu'il a commis une faute grave »¹⁶⁹. Les procureurs européens délégués ne sont donc plus révoqués par le (chef) du Parquet européen, comme il a été prévu dans la proposition de règlement de la Commission de 2013¹⁷⁰, mais par le collège, qui est l'organe le plus sensible à l'influence des États membres.

Conformément à la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, l'indépendance du Parquet européen est menacée. C'est probablement pour cette raison que la proposition de règlement, dans son article 36, al. 8, n'affecte pas le « contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice, conformément à l'article 263, quatrième alinéa, du TFUE, à l'égard [...] des décisions du Parquet européen qui ne sont pas des actes de procédure, telles que [...] une décision révoquant un procureur européen délégué adoptée conformément à l'article 15, paragraphe 3, du présent règlement »¹⁷¹. Les procureurs européens délégués pourront donc au moins exercer un recours en annulation contre les décisions de révocation à leur égard.

Toutefois, cette disposition ne résout pas le manque de garanties d'indépendance du Parquet européen. En effet, l'indépendance statutaire est menacée par le rôle prépondérant des autorités nationales dans la procédure de nomination et, dans certains cas, de révocation, des membres du Parquet européen. La proposition de règlement ne précise pas quel organe sera compétent dans ladite procédure, attribution pouvant bénéficier soit au Ministre de la Justice soit à un autre membre du pouvoir exécutif¹⁷².

De même, l'organisation interne affecte l'indépendance fonctionnelle du Parquet européen. Par exemple, les enquêtes doivent être menées par les procureurs européens délégués dont la fonction reste cumulable à celle de procureur national¹⁷³. La double nature des procureurs européens délégués, en particulier de ceux dépendant du pouvoir exécutif dans leur État, risque de mettre en

168Voy. article 15, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

169Voy. article 15, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

170Voy. article 10, al. 3 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 (Proposition de Règlement du Conseil, COM(2013) 534 final, 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen, {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}).

171Voy. article 36, al. 8 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

172Voy. à cet égard, WEYEMBERGH, A., BRIERE, C., *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU\(2016\)571399_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU(2016)571399_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2016, p. 18, où il a été souligné que *“Their appointment is much more in the hands of the national authorities than before. Although the College still has a possibility to reject the nominated candidates, the power to appointment has shifted from the European Public Prosecutor to the College, and the possibility to choose the most suited candidate among those pre-selected by the Member States has disappeared. Their appointment is thus marked by a reinforced national control”*.

173Voy. l'article 12, par. 3 della Proposition de règlement portant création du Parquet européen - Projet de règlement, n° 5766/17, la Présidence du Conseil de l'Union européenne, 21 janvier 2017.

péril l'indépendance du Parquet européen. De façon rationnelle, les États membres aspirent à conserver une forme de droit de regard sur les poursuites exercées, *via* « leurs » procureurs européens délégués. Même si ceux-ci ne peuvent recevoir aucune instruction de leur part, la qualité de procureur national dont ils sont nécessairement pourvus les fragilise dans les États où le bureau du parquet est hiérarchisé¹⁷⁴.

La préférence marquée en faveur de la composante nationale, par rapport à celle européenne, conduit à un système complexe où l'objectif tient à assurer l'indépendance des membres du Parquet européen dont la structure même affecte ce dernier. La multitude d'acteurs conjuguée à la répartition des fonctions du Parquet européen entre les différents niveaux décisionnels et d'organisation, ajoutée à la superposition des lois régissant les procédures du Parquet européen, freine l'intégration européenne des États et diminue l'incidence du droit de l'Union sur la législation nationale des États membres. Cela ne permet pas d'assurer de façon adéquate l'indépendance du Parquet européen.

La seule solution pour assurer l'indépendance du Parquet européen serait celle de créer une structure du Parquet européen centralisée, dans laquelle le chef du Parquet européen conserve le pouvoir de déclencher des enquêtes et des poursuites. Le chef du Parquet et les procureurs européens, intégrés au bureau du Parquet, devraient être sélectionnés par concours ou par un groupe d'experts décidant de la nomination des candidats sur la base de critères inscrits avec précision et détail dans la proposition de règlement portant création du Parquet européen. Les critères de nomination et de révocation devraient être préalablement établis avec clarté et précision. Les candidats ne devraient pas être désignés par les États membres, mais plutôt être évalués postérieurement à l'ouverture d'un appel à candidature, publié au Journal officiel de l'Union européenne, sans aucune désignation effectuée par les États membres.

Les critères qui permettent de révoquer un membre du Parquet européen doivent également être

¹⁷⁴Voy. à cet égard J.A.E. VERVAELE, Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (éds.), Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement, Edward Elgar 2017, p. 192, qui affirme: “*Second, as we have seen, the EPPO has a strong decentralized structure by which the major part of the investigation and prosecution activity will be carried out in the jurisdiction of the Member States by the Delegated Prosecutors, whilst taking into account that they are exercising EU duties while applying national law. This means that the EPPO will be dependent upon national prosecution services that institutionally are very different. In some jurisdictions these prosecution services do not even investigate and also have no powers of instruction over the police force or administrative agencies. In some jurisdictions, however, prosecution services are as independent as courts, whilst in others they belong to the executive and the executive nominates, on a political basis, the prosecutor general and dictates the criminal policy of the prosecutorial office. In these countries individual prosecutors are subject to overall control by the government, which may issue binding policy guidelines and appoint and select chief prosecutors, and to which the prosecution service is politically accountable. In other words, the constitutional standing of the prosecution services differs very much from one jurisdiction to another and does not always guarantee functional independence. In cases of criminal investigation in which public contracts, corruption and money laundering are very often involved, both at EU and national level, this difference in constitutional standing in national prosecution services is not really a guarantee for independent investigation, integrity and a sound system of political accountability*” et E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, The Independence of the European Public Prosecutor, in P. ASP (éd.), The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives, cit., pp. 275-276.

établis clairement dans la proposition de règlement portant création du Parquet européen.

L'indépendance fonctionnelle du Parquet européen pourrait être garantie en prévoyant des lignes directrices claires en vue de se prémunir de toutes sortes d'influence exercées par d'autres acteurs.

La garantie de l'indépendance du Parquet européen, en théorie comme en pratique, reste nécessaire pour assurer soit l'efficace répression des auteurs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union soit la protection des droits fondamentaux des individus concernés par les procédures du Parquet européen. Les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, commises par des fonctionnaires des institutions européennes ou concernant des membres politiques des États membres, seraient traitées de façon optimale si les membres du Parquet européen étaient nommés ou révoqués en toute indépendance.

En même temps, les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen seraient davantage protégés face à la certitude d'être poursuivis par des acteurs indépendants non guidés par d'autres intérêts que l'application de la loi. La légitimité et la crédibilité du Parquet européen à l'égard des citoyens, des institutions européennes, d'autres organes et organismes de l'Union, des États membres seront donc de même renforcées.

2.2.1.1.3 Responsabilité du Parquet européen

La création d'un Parquet européen indépendant ne conduit pas consubstantiellement à son irresponsabilité¹⁷⁵. Dès la création du *Corpus Juris*, l'obligation de rendre compte au public, notamment aux autres institutions européennes, est organisée¹⁷⁶.

Les lignes directrices et rapports tant internationaux qu'europeens soulignent la nécessité d'adopter des solutions permettant d'assurer simultanément l'indépendance et la responsabilité des membres du Parquet. En cela, « la décision d'engager ou non des poursuites devrait incomber au seul ministère public et non au pouvoir exécutif ou au pouvoir législatif » ; donc « la responsabilité devant le Parlement dans les affaires individuelles de poursuite ou de non-poursuite devrait être

¹⁷⁵La responsabilité politique a été définie comme “*a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgments, and the actor may face consequences*”. Voy. M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, *European Law Journal*, 2007, 13(4), pp. 449-450; M. BUSUIOC, *The Accountability of European Agencies - Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft, Eburon, 2010, pp. 6-9, cites par J.A.E. VERVAELE, *Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (éds.), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, cit., pp. 191-192. L'auteur spécifie par rapport au Parquet européen que “*In the case under discussion in this chapter, political accountability can be defined as a relationship between an agency and a representative forum in which the agency has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgment, and the actor may face consequences*”. Voy. également P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press 2012, p. 160.

¹⁷⁶Voy. Dispositif d'application de l'article 18 du *Corpus Juris* 2000.

supprimée »¹⁷⁷. Toutefois, « l'élaboration de la politique en matière de poursuite (par exemple priorité donnée à certains types d'affaires, délais, coopération plus étroite avec d'autres organes, etc.) semble être un domaine dans lequel le Parlement et le ministère de la Justice ou le gouvernement peuvent, à juste titre, jouer un rôle décisif »¹⁷⁸.

Les rapports adoptés au niveau européen précisent qu'entre les instruments spécifiques en matière de responsabilité qui semblent nécessaires, en particulier lorsque le ministère public est indépendant, la présentation de rapports publics par le procureur général pourrait en être un. En particulier, nous lisons dans le rapport de la Commission de Venise que « au besoin, dans ces rapports, le procureur général devrait rendre compte de manière transparente des modalités d'application des instructions générales données par le pouvoir exécutif. Les lignes directrices relatives à l'exercice de la fonction de procureur et les codes de déontologie destinés aux procureurs jouent un rôle important dans la fixation de normes. Ils peuvent être adoptés par les autorités de poursuite elles-mêmes, par le Parlement ou par le gouvernement »¹⁷⁹.

Les deux propositions de règlement de la Commission du 2013 et du Conseil du 31 janvier 2017 imposent, conformément aux rapports européens et internationaux, une obligation de rendre des comptes du Parquet européen aux institutions de l'Union¹⁸⁰.

177Voy. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) sur la base des observations de M. James HAMILTON (membre suppléant, Irlande) M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark) Mme Hanna SUCHOCKA (membre, Pologne), CDL -AD (2010)040, Etude n. 494 / 2008, Strasbourg, le 3 janvier 2011, point 42.

178Voy. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) sur la base des observations de M. James HAMILTON (membre suppléant, Irlande) M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark) Mme Hanna SUCHOCKA (membre, Pologne), CDL -AD (2010)040, Etude n. 494 / 2008, Strasbourg, le 3 janvier 2011, point 43.

179Voy. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, Rapport sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : partie II – le ministère public, Adopté par la Commission de Venise lors de sa 85e session plénière (Venise, 17-18 décembre 2010) sur la base des observations de M. James HAMILTON (membre suppléant, Irlande) M. Jørgen Steen SØRENSEN (membre, Danemark) Mme Hanna SUCHOCKA (membre, Pologne), CDL -AD (2010)040, Etude n. 494 / 2008, Strasbourg, le 3 janvier 2011, point 44.

180Le considérant 11 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 prévoit que « Cette obligation stricte de rendre des comptes est la contrepartie de l'indépendance et des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu du présent règlement. Le procureur européen est pleinement responsable de la bonne exécution de ses obligations en sa qualité de chef du Parquet européen et, à ce titre, il porte une responsabilité institutionnelle globale de ses activités générales devant les institutions de l'Union. En conséquence, n'importe quelle institution de l'Union peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne en vue de faire révoquer le procureur dans certaines circonstances, notamment en cas de faute grave. Cette obligation de rendre des comptes devrait être combinée à un régime strict de contrôle judiciaire dans le cadre duquel le Parquet européen ne peut faire usage de pouvoirs d'enquête coercitifs que sous réserve d'une autorisation judiciaire préalable, et les éléments de preuve présentés à la juridiction du fond devraient être vérifiés par cette même juridiction pour ce qui est de leur conformité avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Voy. dans le même sens les considérant 13 et 14 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Le considérant 13 a le même contenu que le considérant 11 de la proposition de règlement de la Commission du 2013. Le Considérant 14 précise que : « Le Parquet européen devrait

En particulier, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 précise le sens des termes « suivi général », « supervision et direction » et « surveillance », qui sont utilisés pour décrire différentes activités de contrôle exercées par le Parquet européen. Conformément au considérant 18, le terme « suivi général » devrait s'entendre comme désignant l'administration générale des activités du Parquet, dans le cadre de laquelle des instructions ne sont données que sur des questions revêtant une importance horizontale pour le Parquet; les termes « supervision et direction » devraient s'entendre comme désignant certains pouvoirs de superviser et de diriger des enquêtes et des poursuites particulières; le terme « surveillance » devrait s'entendre comme désignant un suivi plus étroit et régulier des enquêtes et des poursuites, y compris, lorsque c'est nécessaire, le fait d'intervenir et de donner des instructions sur des questions relatives aux enquêtes et aux poursuites »¹⁸¹.

L'article 6 établit que le Parquet européen « rend compte de ses activités générales au Parlement européen, au Conseil et à la Commission européenne et publie des rapports annuels conformément à l'article 6 bis ». Cet article prévoit à son tour que « Chaque année, le Parquet européen établit et publie un rapport annuel sur ses activités générales dans les langues officielles des institutions de l'Union. Il le transmet au Parlement européen et aux parlements nationaux, ainsi qu'au Conseil et à la Commission »¹⁸².

Conformément à la proposition de règlement du Conseil, c'est le collège, non le chef du parquet européen, qui, sur proposition du chef du Parquet européen, adopte « chaque année le document de programmation contenant la programmation annuelle et pluriannuelle du Parquet européen; une stratégie antifraude proportionnée aux risques de fraude, compte tenu du rapport coûts-avantages des mesures à mettre en œuvre ; des règles concernant les conditions d'emploi, les critères de réalisation, l'insuffisance professionnelle, les droits et les obligations des procureurs européens délégués, notamment des règles sur la prévention et la gestion des conflits d'intérêt »¹⁸³. Comme il a été souligné, l'organe chargé d'effectuer le « suivi général », tel que décrit au considérant 18, est le collège et non le chef du Parquet européen¹⁸⁴.

Selon la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, la répartition des fonctions dans le

publier un rapport annuel sur ses activités générales, contenant au minimum des statistiques sur celles-ci ».

181Voy. le considérant 18 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

182Voy. article 6 bis de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Au deuxième alinéa l'article 18 prévoit : « *Le chef du Parquet européen se présente une fois par an devant le Parlement européen et devant le Conseil, ainsi que devant les parlements nationaux à la demande de ces derniers, pour rendre compte des activités générales du Parquet européen, sans préjudice de l'obligation de réserve et de confidentialité qui incombe au Parquet européen en ce qui concerne les dossiers individuels et les données à caractère personnel. Le chef du Parquet européen peut être remplacé par l'un de ses adjoints lors des audiences organisées par les parlements nationaux ».*

183Voy. article 72, al. 1, lett. a), b), c) de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

184Voy. J.A.E. VERVAELE, Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (éds.), Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement, cit., p. 195.

Parquet européen ne permet pas d'identifier l'acteur responsable. Ce dernier, envers les autres organes et institutions de l'Union ainsi qu'envers les Parlements nationaux, est en effet le chef du Parquet européen. Toutefois, ce dernier ne détient ni pouvoir de contrôle de conduite des enquêtes menées par les procureurs européens délégués, de fixation des lignes directrices relatives à l'exercice de la fonction de procureur, le document de programmation contenant la programmation annuelle et pluriannuelle du Parquet européen, ou la stratégie antifraude du Parquet européen. Le seul moyen de mettre en cause la responsabilité du Parquet européen consiste en la révocation du chef du Parquet européen. Toutefois, cette procédure se révèle inefficace du fait de l'absence de pouvoirs le chef tant sur le plan opérationnel que programmatoire de l'activité du Parquet européen du Parquet européen¹⁸⁵.

La révocation du chef du Parquet européen n'influe donc pas directement sur la politique en matière de poursuite. L'absence de correspondance entre l'organe adoptant tant la programmation annuelle que les lignes directrices du Parquet européen et l'organe en mesure d'être révoqué suscite d'importantes problématiques en termes de responsabilité.

La seule solution serait de prévoir un Parquet européen centralisé où les choix de politique générale relèvent d'un seul et même acteur qui demeure révocable. Dans cette optique, la révocation du chef du Parquet européen correspondrait à la révocation de l'organe de décision et pèserait directement sur les choix d'organisation générale du Parquet européen.

2.2.1.2. SECTION DEUXIÈME Relations avec les autres organes de l'Union

2.2.1.2.1 Relations du Parquet européen avec *Eurojust*

L'article 86 du TFUE prévoit que « le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust »¹⁸⁶. La lettre de la disposition clarifie le rapport privilégié à entretenir entre le Parquet européen et *Eurojust*. Toutefois, la disposition ne précise pas ultérieurement le type de relation à mettre en place entre les deux organes¹⁸⁷.

Comme cela a été souligné, la relation entre le Parquet européen et *Eurojust* peut être examinée de

¹⁸⁵Voy. J.A.E. VERVAELE, Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (éds.), Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement, cit., p. 198.

¹⁸⁶Voy. article 86, al. 1 du TFUE.

¹⁸⁷Voy. à cet égard, Eurojust and the Lisbon Treaty, towards more effective action?, Conclusions of the Strategic seminar organised by Eurojust and the Belgian Presidency (Bruges, 20-22 septembre 2010), n° 17625/10 REV 1, 9 décembre 2010; EUROJUST/ERA CONFERENCE. 10 years of Eurojust. Operational achievements and future challenges, La Haye, 12-13 novembre 2012. Outcome Report, n. 8862/13, Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, 26 avril 2013, pp. 15-16; L. HAMRAN, E. SZABOVA, European public Prosecutor's Office – cui bono?, New Journal of European Criminal Law, 2013, 4(1-2), p. 46 et s..

deux points de vue, étant donné les liens particuliers qui les unissent tant au niveau structurel qu'au niveau des activités opérationnelles¹⁸⁸.

Du point de vue structurel, trois options sont envisagées. La première option appréhende le Parquet européen et *Eurojust* comme deux organes distincts et autonomes. Les organes dépendraient donc de deux budgets distincts et afficheraient deux structures différentes. Le Parquet européen pourrait donc demander un support administratif à *Eurojust*, mais seulement dans le cadre des possibilités offertes par les accords opérationnels conclus entre les deux organes ; les relations entre les deux organes seraient donc règlementées par des accords *interinstitutionnels*.

Toutefois, cette solution ne semble pas satisfaisante car elle ne prévoit la constitution de liens étroits entre le Parquet européen et *Eurojust*, comme l'expression « à partir d'*Eurojust* » semble envisager.

La deuxième solution envisage, au contraire, le Parquet européen comme une unité spécialisée faisant partie d'*Eurojust*. Les deux organes disposeraient donc d'un seul budget. Sur le plan de l'organisation, le Parquet européen ferait partie intégrante d'*Eurojust*, tout en étant fonctionnellement indépendant, les deux organes constitueraient un seul organe. Dans ce scénario d'intégration complète, *Eurojust* se transformerait en parquet collégial chargé, d'une part, d'instruire et de centraliser les enquêtes et les poursuites judiciaires et de déclencher l'action publique devant les tribunaux nationaux pour la protection des intérêts communautaires relevant de sa compétence et, d'autre part, d'assurer la coordination des actions nationales pour la criminalité transnationale en général¹⁸⁹.

Le choix en faveur de ce scénario ne garantira pas l'indépendance du Parquet européen car les membres d'*Eurojust* originaires de certains États membres, comme l'Italie, restent nommés par le Ministre de la Justice, lequel demeure compétent pour imposer ses propres instructions aux membres d'*Eurojust*¹⁹⁰. L'union d'*Eurojust* et du Parquet européen en un seul organe implique

188Voy. A. WEYEMBERG, I. ARMADA, C. BRIÈRE, The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area, [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU\(2014\)510000_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU(2014)510000_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2014, p. 49; Eurojust and the Lisbon Treaty, towards more effective action. Conclusions of the Strategic seminar organised by Eurojust and the Belgian Presidency (Bruges, 20-22 septembre 2010), n° 17625/10 REV 1, présidence du Conseil de l'Union européenne, 9 décembre 2010, soprattutto workshop 6, p. 22 ss. Voy. aussi K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, The European Public Prosecutor's Office: Certain constitutional issues, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ and M. PAWLICK (éds.), The European Public Prosecutor's Office. An extended arm or a two-headed dragon?, La Haye, Springer, 2015, p. 64 ss; S. WHITE, A Decentralised European Public Prosecutor's Office - Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?, *Eucrim*, 2012, 2, p. 73.

189Voy. Rapport de suivi, COM(2003) 128 final, de la Commission européenne du 19 mars 2003 du Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, point 3.1.2. Voy également H. LABAYLE, Mise en perspective, in P. G. MARZBAN (éd.), Quelles perspectives pour un ministère public européen?, Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union, Paris, Dalloz, 2010 p. 54; C. VISART DE BOCARMÉ, L'expérience belge, p. 81 ; J. A. E. VERVAELE, Quel statut pour le ministère public?, in P. G. MARZBAN (éd.), Quelles perspectives pour un ministère public européen?, cit., p. 193. Si veda anche B. BREZIGAR, in J. A. ESPINA RAMOS, I. VICENTE CARBAJOSA (éds.), The Future European Public Prosecutor's Office, Madrid, 2009, p. 95.

190Voy. l'arrêt de la Cour Constitutionnelle italienne n. 136 del 6.4.2011, où elle a déclaré que “ *le funzioni che la decisione istitutiva e la normativa di attuazione attribuiscono all'Eurojust ed ai suoi membri non sono riconducibili a quelle giudiziarie che il magistrato del pubblico ministero esercita nel nostro ordinamento e, conseguentemente,*

certaines questions en termes de régimes différenciés applicables aux États liés par le règlement instituant le Parquet européen. Tel est le cas du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark fondés à décider de ne pas être liés par les instruments du titre V de la troisième partie du TFUE et des États membres non liés au règlement portant création du Parquet européen, mais adhérents à *Eurojust*.

La troisième option, choisie par la Commission dans la proposition de règlement du 2013 portant création du Parquet européen et dans la proposition du 2013 concernant le renforcement d'*Eurojust*, envisage une solution où le Parquet européen et *Eurojust* apparaissent comme deux organes distincts tout en partageant tant leurs structures administratives que leurs ressources financières. Conformément à la proposition de règlement relative à *Eurojust* du 2013, *Eurojust* « établit et entretient une relation privilégiée avec le Parquet européen, fondée sur une coopération étroite et sur le développement de liens sur les plans opérationnel, administratif et de la gestion, comme décrit ci-après. À cette fin, le procureur européen et le président d'*Eurojust* se réunissent régulièrement pour examiner des questions d'intérêt commun »¹⁹¹.

Le lien envisagé entre les deux organes est donc plus opérationnel que structurel. Les deux organes resteront distincts, mais il devra être prévu un lien opérationnel et fonctionnel étroit entre le Parquet européen et *Eurojust*. Ce lien revêtira différentes formes¹⁹². Une coordination étroite entre les deux organes ne sera pas nécessaire en cas de la commission d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union sur le territoire des États membres non liés par le règlement instituant le Parquet européen. Dans ce cas, le Parquet européen ne sera pas compétent pour les poursuivre.

En cas de la commission d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union sur le

non sono applicabili le norme interne previste per l'assegnazione di dette funzioni e, neppure quelle che la Costituzione pone a garanzia dell'indipendenza della magistratura". Pour un commentaire, voy. C. PROTA, La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust, Cass. pen., 2011, p. 4278; G. DE AMICIS, La Corte costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile, Forum di quaderni costituzionali, [disponible en ligne: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0004_nota_136_2011_de_amicis.pdf], 5 mai 2011. L'article 2 de la loi 14.3.2005, n. 41, in GURI n. 72, 29.3.2005 prévoit: "*Il membro nazionale distaccato presso l'Eurojust è nominato con decreto del Ministro della giustizia tra i giudici o i magistrati del pubblico ministero, che esercitano funzioni giudiziarie, o fuori del ruolo organico della magistratura, con almeno venti anni di anzianità di servizio. Il magistrato che esercita funzioni giudiziarie è collocato fuori del ruolo organico della magistratura. Ai fini della nomina, il Ministro della giustizia, acquisite le valutazioni del Consiglio superiore della magistratura in ordine ad una rosa di candidati nell'ambito della quale provvederà ad effettuare la nomina stessa, richiede al medesimo Consiglio il collocamento del magistrato designato fuori del ruolo organico della magistratura o, nel caso di magistrato già in posizione di fuori ruolo, comunica al Consiglio superiore della magistratura la propria designazione. Il Ministro della giustizia può, per il tramite del Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, indirizzare al membro nazionale direttive per l'esercizio delle sue funzioni*". Voy. aussi l'article 1 co. 2 et l'article 2 co. 1 de la loi espagnole 26.5.2006, n. 16: "*El miembro nacional de Eurojust quedará adscrito orgánicamente al Ministerio de Justicia*", "*El miembro nacional de Eurojust será nombrado por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia*".

191 Voy. article 41 de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, COM(2013) 535 final, 17 juillet 2013, relatif à l'agence de l'union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (*Eurojust*).

192 Voy. C. DEBOYSER *European Public Prosecutor's Office and Eurojust: "love match or arranged marriage"?*, in in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), cit., p. 84; A. WEYEMBERG, I. ARMADA, C. BRIÈRE, *The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU\(2014\)510000_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU(2014)510000_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2014, p. 50 et s..

territoire des États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen, au contraire, la coopération entre le Parquet européen et *Eurojust* devra être étroite.

Dans le cas où le Parquet européen décide de ne pas exercer sa compétence et de renvoyer l'affaire aux autorités nationales compétentes, *Eurojust* devra faciliter la coordination entre autorités nationales et Parquet européen.

Enfin, au moins dans un premier temps, chaque fois que nécessaire, *Eurojust* utilisera les relations qu'elle a nouées avec les pays tiers, notamment avec ses magistrats de liaison, afin de soutenir l'exécution des mesures adoptées par le Parquet européen¹⁹³.

Cette solution a été maintenue également dans la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017¹⁹⁴. L'article 57, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil prévoit en effet que « le Parquet européen noue et entretient une relation étroite avec Eurojust, fondée sur une coopération mutuelle dans le cadre de leurs mandats respectifs et la création de liens opérationnels, administratifs et de gestion entre eux, tels que définis ci-après. À cette fin, le chef du Parquet européen et le président d'Eurojust se réunissent régulièrement pour examiner des questions d'intérêt commun »¹⁹⁵.

La définition des relations administratives entre les deux organes est contenue au dernier alinéa de l'article 57, où il a été prévu que « Le Parquet européen peut bénéficier des ressources et de l'appui de l'administration d'Eurojust. À cette fin, Eurojust peut fournir des services d'intérêt commun au Parquet européen. Les détails sont régis par un arrangement »¹⁹⁶. Contrairement à ce qui a été prévu dans la proposition de règlement de la Commission du 2013, l'article 57, al. 5 ne prévoit pas une liste de services qu'*Eurojust* doit fournir au Parquet européen¹⁹⁷. L'arrangement entre le Parquet européen et *Eurojust* devra établir également le type de service à fournir au Parquet européen.

Néanmoins, la coopération administrative entre *Eurojust* et le Parquet européen deviendrait plus compliquée si le siège des deux organes était situé sur le territoire de différents États membres¹⁹⁸.

Reste que le siège choisi demeure à l'heure actuelle différent dans la mesure où il s'agit du

193Voy. l'article 57, par. 3 de la proposition de Règlement du Conseil, COM(2013) 534 final, 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen, {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, et l'art. 41, par. 3 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, COM(2013) 535 final, 17 juillet 2013, relatif à l'agence de l'union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust).

194Voy. l'article 56 et l'article 57 della Proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, n° 5766/17, Présidence du Conseil de l'Union européenne, 31 janvier 2017, et l'article 41 de la Proposition de règlement relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) [première lecture] - Orientation générale, n 6643/15, Conseil de l'Union européenne, 27 février 2015, da ultimo approvata.

195Voy. article 57, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

196Voy. article 57, al. 5 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

197Voy. article 57, al. 6 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 (Proposition de Règlement du Conseil, COM(2013) 534 final, 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen, {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}).

198Voy. la Résolution du Parlement européen du 5 octobre 2016 sur le Parquet européen et Eurojust (2016/2750(RSP)), par. 10. Voy. également M. CONINSX, The European Commission's legislative proposal: an overview of its main characteristics, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two- Headed Dragon?, Springer, T.M.C. Asser Press, p. 38.

Luxembourg pour le Parquet européen¹⁹⁹.

Sur le plan opérationnel, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 a réduit le nombre de cas dans lesquels le Parquet européen peut associer *Eurojust* à ses activités. L'article 57, al. 2 de la proposition de règlement du 31 janvier 2017 mentionne en effet seulement les affaires transfrontières et non les affaires complexes et réduit de six à deux les modalités d'association entre le Parquet européen et *Eurojust*²⁰⁰. L'énumération des modalités n'est pas exhaustive, comme l'indique l'adverbe « notamment ». Si la liste des cas peut être élargie, le choix du législateur européen de supprimer les autres modalités, prévues dans la proposition de règlement de la Commission, demeure peu compréhensible.

Afin de valoriser l'expertise d'*Eurojust*, il serait également préférable de valoriser sa compétence en matière de résolution des conflits de juridiction²⁰¹.

En conclusion, une forme de coopération minimale est organisée entre les deux organes tant du point de vue opérationnel qu'administratif. Cela bride l'instauration d'une étroite coopération, pourtant requise à l'article 86, al. 1 du TFUE prévoyant l'institution du Parquet européen à partir d'*Eurojust*. La proposition de règlement de la Commission, déjà été critiquée à ce propos, semblait plus détaillée²⁰².

En l'absence d'une étroite coopération administrative et opérationnelle entre les deux organes, il existe un risque élevé d'impunité des auteurs d'infractions à cause d'un manque d'échange d'informations optimal entre les deux organes.

2.2.1.2.2 Relation du Parquet européen avec OLAF

Le traité prévoit l'institution du Parquet européen à partir d'*Eurojust*, et non de l'OLAF ; il ne sera pas une transmutation de l'OLAF, pourtant suggéré auparavant²⁰³. De même, la suppression, restant

199Voy. le considérant 49 de la Proposition de Règlement du Conseil, COM(2013) 534 final, 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen, cit.. Voy. également A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO), cit., note en bas de page 126, Conseil européen de Laeken, Conclusions de la présidence, 14 et 15 décembre 2001, par. 57, qui fait référence à la Décision 67/446/CEE, 67/30/Euratom des représentants des gouvernements des États membres relative à l'installation provisoire de certaines institutions et de certains services des Communautés, JO 152 du 13.7.1967, p. 18–20 (in particolare, art. 3). Les auteurs précisent: “the basis advanced for this choice is the ‘Decision of 8 April 1965’, which stated that ‘judicial and quasi-judicial bodies are also located in Luxembourg’”.

200Voy. l'article 57, par. 2 de la Proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, 31 janvier 2017, cit. et l'article 57, par. 2 de la Proposition de Règlement du Conseil portant création du Parquet européen, 17 juillet 2013, cit..

201Voy. A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO), [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU\(2016\)571399_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU(2016)571399_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2016, p. 43.

202Voy. C. DEBOYSER, European Public Prosecutor's Office and Eurojust: ‘Love Match or Arranged Marriage’?, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two- Headed Dragon?, cit., p. 79 et s.; K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two- Headed Dragon?, cit..

203Voy. D. FLORE, Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne, Bruxelles, 2009, p. 603.

possible, de l'OLAF n'a même pas été envisagée²⁰⁴.

Bien que l'article 86 du TFUE ne mentionne pas l'OLAF, la compétence du Parquet européen probablement ne concernera, au moins dans un premier temps, que les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union²⁰⁵. La responsabilité de l'Office européen de lutte antifraude, telle qu'établie par le législateur, concerne la sauvegarde d'intérêts financiers de l'Union contre des comportements irréguliers susceptibles de relever de poursuites administratives ou pénales. Lors de sa création, l'OLAF est doté de pouvoirs d'enquête de nature administrative, tout en ayant vocation à transmettre une partie des résultats de son travail opérationnel aux autorités judiciaires nationales, lesquelles peuvent décider de poursuivre ou non les infractions relevées par l'OLAF²⁰⁶.

La création d'un Parquet européen compétent pour la protection des intérêts financiers de l'Union aurait donc une incidence certaine sur le rôle actuel de l'OLAF, dans la mesure où les recherches et les poursuites judiciaires dans ce domaine seraient alors diligentées au niveau européen. Comme cela a été remarqué, les champs de compétence matérielle (« rassemblement des éléments de faits ») de l'Office et du procureur européen se recoupant en partie, il conviendrait de bien les articuler²⁰⁷.

204 Dans le sens d'une possible suppression de OLAF, voy. V. COVOLO, *From Europol to Eurojust – towards a European Public Prosecutor. Where does OLAF fit in?*, *Eucrim*, 2012, 2, pp. 86-87, laquelle affirme: “*According to Art. 86 TFEU, the EPPO shall be responsible not only for prosecuting and bringing to judgement but also for investigating perpetrators of offences against the EU’s financial interests. The latter task overlaps with OLAF’s mandate to carry out investigations related to irregularities that might also constitute criminal offences. Therefore, could OLAF’s role be sustained even after the setting-up of an EPPO? The elimination of OLAF has to be taken into consideration, all the more so as it is mentioned neither by the new treaty nor in the Stockholm programme. But some authors have painted a much more optimistic picture. The question arises as to whether OLAF might be given judicial investigation powers it could exert under the direction of the EPPO. Transforming OLAF into a sort of European police unit will certainly provoke fierce criticism by some Member States. Let us assume that such a solution would be chosen: does the treaty provide decision-makers with a legal basis for assigning judicial investigative powers to OLAF? De lege lata, OLAF is established on the basis of Art. 325 TFEU. In its new formulation, the last sentence of the former Art. 280 TCE was omitted, which prevented the European legislator from adopting on that basis measures concerning the application of national criminal law or the national administration of justice. However it would be difficult to argue that empowering OLAF with judicial investigative powers falls within the scope of Art. 325, whilst Art. 86 specifically aims at empowering the EPPO with judicial powers including those for the pre-trial investigation phase. Consequently, Art. 325 merely allows for administrative investigations. In addition, it is worth noting that Art. 85 states that Eurojust can request prosecution on the basis of operations conducted and information supplied by the Member States’ authorities and by Europol. No mention is made of OLAF or any other investigative body. The sole possibility for OLAF to gain criminal investigation powers is to become an investigative unit of the EPPO. Art. 86 is rather vague, however, concerning any powers the EPPO would have, and it does not explicitly refer to any type of European police taskforce. Assuming that OLAF becomes such a unit acting under the lead of the EPPO, what would its scope of competences cover? On the one hand, if OLAF continues to carry out external investigations, it risks entering into competition with national police authorities. On the other hand, some authors stress the added value of internal investigations that OLAF could carry out even as a unit of the EPPO. Ultimately, OLAF will be detached from the European Commission and act under the direction of the EPPO. Such a solution would ensure both its full operational independence and its reliability, as long as judicial review of its acts is ensured through judicial control over the EPPO*”.

205 Voy. C. DEBOYSER, *European Public Prosecutor’s Office and Eurojust: “love match or arranged marriage”?*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor’s Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, p. 87 et s..

206 Pour une analyse en profondeur du rôle de OLAF, voy. J.F.H. INGHELDRAM, *An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor’s Office*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011.

207 Dans le même sens, voy. Livre vert, COM(2001) 715 final, 11 décembre 2001, sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, punto 7.3.2., p. 70, où il est affirmé : “*Tout en préservant l’acquis communautaire en matière de contrôles administratifs, le statut et les fonctions de l’OLAF devraient donc être reconsidérés à la lumière des pouvoirs conférés au procureur européen. Plusieurs options sont envisageables, dont la présentation détaillée ne saurait faire l’objet du présent Livre vert. La Commission souhaite*

Une adéquate répartition des compétences entre l'OLAF et le Parquet européen est également nécessaire pour protéger les droits des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. En effet, les garanties procédurales présentes dans le règlement instituant le Parquet européen, seront plus élevées que celles prévues dans le règlement relatif à l'OLAF. L'utilisation, par le Parquet européen, des données produites dans le cadre d'enquêtes de l'OLAF violerait indirectement les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures dudit Parquet²⁰⁸. Dans la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, contrairement à la proposition de la Commission du 2013, une disposition spécifique est introduite sur les relations du Parquet européen avec l'OLAF²⁰⁹. Cette disposition prévoit que « Le Parquet européen noue et entretient une relation étroite avec l'OLAF, fondée sur une coopération mutuelle dans le cadre de leurs mandats

en effet procéder préalablement à l'évaluation du dispositif actuel, comme le prévoit la législation. Sont donc simplement indiqués ici certains choix fondamentaux qui devraient être effectués. En premier lieu, il conviendrait de s'interroger sur l'éventualité d'attribuer à l'OLAF des pouvoirs de recherche judiciaire à l'intérieur des institutions, organes et organismes européens, car la création d'un procureur européen sous la garantie d'un juge national des libertés ou d'une chambre spéciale de la Cour de justice ouvrirait la voie à l'exercice d'un contrôle judiciaire sur l'Office. Dans ce contexte, on pourrait examiner si la dualité fonctionnelle de l'OLAF – actuellement service de la Commission bénéficiant cependant d'une indépendance quant à la fonction d'enquête – devrait être maintenue ou si, en revanche, il ne conviendrait pas de détacher entièrement de la Commission une partie de l'Office. En tout état de cause, ces questions ne pourront trouver de réponse avant l'évaluation du dispositif actuel de l'OLAF que la Commission établira conformément à la législation en vigueur”.

208Voy. à cet égard la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2013) 533 final, 17 juillet 2013, Améliorer la gouvernance de l'OLAF et renforcer les garanties procédurales dans le cadre des enquêtes: une approche graduelle destinée à accompagner la création du Parquet européen. En particulier, la Commission a proposé dans cette communication de créer le «Contrôleur des garanties procédurales», chargé du contrôle juridictionnel des mesures d'enquête. « *Le «Contrôleur des garanties procédurales» serait rattaché administrativement à la Commission. Le règlement OLAF révisé garantirait expressément aux services du Contrôleur une complète indépendance vis-à-vis de l'OLAF, de la Commission et des autres institutions de l'UE. Le Contrôleur des garanties procédurales devrait être nommé par la Commission pour un mandat de cinq ans, à la suite d'une procédure faisant intervenir le comité de surveillance; issu du milieu judiciaire, il devrait posséder des compétences juridiques confirmées dans le domaine des droits fondamentaux et du droit pénal. Il devrait être chargé exclusivement de veiller au respect des garanties procédurales dans le cadre des enquêtes de l'OLAF et à la promptitude des enquêtes de manière à éviter tout retard excessif. Il devrait être en mesure d'intervenir de sa propre initiative ou à la suite d'une plainte déposée par toute personne concernée par une enquête. Le Contrôleur serait tenu de recevoir ces plaintes dans le cadre d'une procédure rapide mais contradictoire. Ses conclusions ne seraient pas formellement contraignantes pour le directeur général de l'OLAF, mais l'Office pourrait décider de ne pas donner suite aux constatations du Contrôleur à la seule condition de joindre une note motivée au rapport final transmis aux autorités judiciaires compétentes. Le directeur général de l'OLAF disposerait d'un droit de consultation général du Contrôleur sur toute question liée au respect des garanties procédurales, notamment dans certains cas où la personne concernée ne doit pas être informée. Le Contrôleur des garanties procédurales devra être doté des effectifs nécessaires à l'exécution rapide de ses fonctions. Cette nouvelle fonction ne remplacerait pas l'actuel système de contrôle judiciaire sur les enquêtes de l'OLAF. Elle pourrait toutefois le compléter utilement: les personnes concernées par des enquêtes de l'OLAF pourraient invoquer un nouveau droit de recours, ce qui signifie que les irrégularités de procédure qui auraient été commises par l'OLAF seraient moins souvent soumises au contrôle d'un juge national au stade contentieux, ou du Tribunal dans le cadre d'une action en dommages et intérêts. Le Contrôleur serait chargé de veiller au respect des règles dans l'ensemble des enquêtes menées de manière indépendante par l'OLAF, quelle que soit leur nature (interne/externe, qu'il y ait ou non atteinte aux intérêts financiers de l'Union). La fonction de Contrôleur des garanties procédurales devrait être clairement distincte de celle du comité de surveillance de l'OLAF, lequel devrait continuer à exercer les fonctions définies dans le règlement OLAF en cours de révision. Celles-ci comprennent le suivi de l'évolution systémique concernant le respect de certaines conditions (comme les droits procéduraux et le caractère raisonnable des délais pour le traitement des affaires), sans ingérence dans les enquêtes en cours. À cette fin, le Contrôleur des garanties procédurales devrait périodiquement informer le comité de surveillance des aspects essentiels de ses activités ».*

209Voy. l'article 57 bis della Proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, 31 janvier 2017, cit..

respectifs et sur l'échange d'informations. Cette relation vise en particulier à garantir l'utilisation de tous les moyens disponibles pour protéger les intérêts financiers de l'Union grâce au soutien que l'OLAF apporte au Parquet et à la complémentarité de ces deux organismes »²¹⁰.

La disposition énonce également que « lorsque le Parquet européen mène une enquête pénale conformément au présent règlement, l'OLAF n'ouvre pas d'enquête administrative parallèle sur les mêmes faits »²¹¹. Toutefois, le Parquet peut, au cours d'une enquête qu'il mène de son propre chef, demander à l'OLAF, conformément à son mandat, de soutenir ou compléter son action en fournissant des informations, des analyses – y compris de type criminalistique –, un service d'expertise et un support opérationnel ; en facilitant la coordination d'actions spécifiques menées par les autorités administratives nationales compétentes et les organes de l'UE ou en conduisant d'enquêtes administratives²¹².

La relation entre le Parquet européen et l'OLAF demeure plus détaillée dans la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 compte tenu des modifications apportées à la nouvelle version de ladite proposition. A titre d'exemple, la conduite d'enquêtes administratives par l'OLAF sera, fondamentale par rapport aux infractions causant ou susceptible de causer un préjudice aux intérêts financiers de l'Union dont le montant est inférieur à 10 000 EUR dans le cas où les répercussions de ces infractions, à l'échelle de l'Union, ne soient pas de nature à rendre nécessaire la conduite d'une enquête par le Parquet européen, ou dans le cas où des fonctionnaires ou d'autres agents de l'Union européenne, ou des membres des Institutions, pourraient être soupçonnés d'avoir commis l'infraction²¹³. Dans ce cas, le Parquet européen ne pourra pas exercer sa compétence, tandis que l'OLAF pourra conduire des enquêtes administratives. La réglementation des relations entre les deux organes est donc fondamentale.

Toutefois, l'article 57 *bis* de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 ne régit pas les relations entre l'OLAF et le Parquet européen dans les cas où les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union sont commises sur le territoire d'un État membre non lié au règlement instituant le Parquet européen²¹⁴. De façon comparable à l'analyse portant sur

210Voy. article 57 bis, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

211Voy. article 57 bis, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

212Voy. article 57 bis, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. L'article 57 bis, al. 4 et 5 prévoit enfin que « *Le Parquet européen peut, afin de permettre à l'OLAF d'envisager des mesures administratives appropriées conformément à son mandat, fournir des informations pertinentes à l'OLAF dans des situations où il a décidé de ne pas mener d'enquête ou a classé une affaire sans suite. Le Parquet européen dispose d'un accès indirect, sur la base d'un système de concordance/non-concordance, aux informations figurant dans le système de gestion des dossiers de l'OLAF. Chaque fois que se produit une correspondance entre les données introduites dans le système de gestion des dossiers par le Parquet européen et les données détenues par l'OLAF, l'OLAF et le Parquet européen en sont tous deux informés* ».

213Voy. en particulier, l'article 20, par. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

214La nécessité de réglementer plus précisément ces aspects a été soulignée aussi par le Parlement européen dans la Résolution du 12 mars 2014 *sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen* (COM2013)0534 – 2013/0255(APP)), par. 15-17. En particulier, le Parlement européen « *demande que soit effectuée, en raison de la probabilité que plusieurs États membres décident de ne pas adhérer à la proposition d'instituer un Parquet européen, une étude établissant quelles unités de l'OLAF et quels agents de l'Office devront*

Eurojust, l'absence d'une réglementation adéquate et précise comporte un risque suffisamment élevé, s'agissant des auteurs d'infraction, qui profiteraient d'une impunité en raison d'un manque d'échange d'informations essentielles entre les deux organes et d'un rapport étroit de coopération administrative et opérationnelle²¹⁵.

2.2.2. CHAPITRE DEUXIÈME Compétence matérielle du Parquet européen

2.2.2.1. SECTION PREMIÈRE Compétence du Parquet européen pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union

2.2.2.1.1 Base juridique plus adéquate pour la compétence du Parquet européen

D'après l'article 86, al. 1 du TFUE, le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à une procédure législative spéciale, peut instituer le Parquet européen « pour combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »²¹⁶.

L'objectif principal à atteindre pour le législateur européen, en créant un Parquet européen, est celui de combattre efficacement la commission d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Dans ce cadre, il s'agit de d'examiner quelle base juridique reste la plus appropriée et quelles infractions devraient relever de la compétence du Parquet européen afin que soit assurée l'efficace répression des auteurs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Pour cela la présente analyse se réfère au concept d'effectivité élaboré dans le premier titre de cette première partie. Selon cette définition, l'efficacité du Parquet européen dépend de sa capacité à atteindre les objectifs de l'Union dans le domaine d'intervention concerné, la protection des intérêts financiers de l'Union²¹⁷.

En premier lieu, il convient d'identifier les objectifs que l'Union veut atteindre dans le domaine de la protection des intérêts financiers de l'Union. Pour cela, il convient d'analyser l'article 325 du TFUE et la jurisprudence de la Cour de justice qui lui est rattaché. Conformément à cet article, l'Union et les États membres doivent « combattre la fraude et tout autre activité illégale portant

être transférés au Parquet européen, et quels unités et agents resteront au service de l'OLAF; tient à ce que l'OLAF continue de disposer des ressources nécessaires pour mener à bien les activités de lutte contre la fraude qui ne relèvent pas des missions du Parquet européen; signale que l'OLAF demeurera compétent pour les États membres qui ne participeront pas au Parquet européen et estime que ces États membres devraient bénéficier d'un niveau équivalent de garanties juridictionnelles; demande, dès lors, à la Commission, d'incorporer, parmi les modifications du règlement relatif à l'OLAF qui résultent de la mise en place du Parquet européen, des garanties juridictionnelles suffisantes, dont la possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures d'enquête prises par l'OLAF”.

215Voy. A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2016, 18 p. 140.

216Voy. article 86, al. 1 du TFUE.

217Voy. le premier Titre de cette première partie et J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5, pp. 370-387.

atteinte aux intérêts financiers de l'Union par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les États membres, ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union. Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers »²¹⁸.

Les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres ainsi que dans les institutions, organes et organismes de l'Union doivent être arrêtées, après consultation de la Cour des comptes, par le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire²¹⁹.

L'article 325 du TFUE constitue donc une base juridique pour l'adoption des mesures visées à prévenir et lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Cette disposition n'indique pas le type de mesures à adopter : peut être déduite la possibilité de légiférer par voie de directive comme de règlement.

Toutefois, le législateur européen opte pour une directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal sur la base de l'article 83, al. 2. Ce dernier énonce, comme examiné précédemment²²⁰, que des directives peuvent fixer des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné²²¹. L'harmonisation prévue par cette directive, lorsqu'elle entrera en vigueur, sera donc minimale et les États membres auront une large marge d'appréciation dans la mise en œuvre de cette directive²²².

Le législateur européen définit également la compétence du Parquet européen par renvoi à la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal fondée sur l'article 83, al. 2 du TFUE soit dans la proposition de règlement proposée par la Commission en 2013, que par la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017²²³. La compétence matérielle du Parquet européen ne pourra donc être déterminée en amont car elle dépendra de la législation nationale nécessaire à la mise en œuvre de la directive. Dans

218Voy. article 325, al. 1 et 2 du TFUE.

219Voy. article 325, al. 4 du TFUE.

220Voy. à cet égard le Titre premier de la Partie première, chapitre deuxième.

221Voy. l'article 83, al. 2, qui établit littéralement : « *Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76* ».

222La dernière version de la directive est la Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – Accord politique, n° 5478/17, Présidence du Conseil de l'Union européenne, 1^{er} février 2017.

223Voy. articles 12 et 13 de la proposition de règlement du 2013 et l'article 17 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

l'optique d'une harmonisation minimale imposée par la directive, la législation nationale deviendra extrêmement différente d'un État à l'autre et le Parquet européen n'aura donc pas une compétence uniforme sur le territoire des États membres. En effet, dans certains États membres, la même infraction est sanctionnée d'une peine d'amende, tandis que dans d'autres elle demeure punie d'une longue peine d'emprisonnement²²⁴.

En deuxième lieu, cette législation fragmentaire peut profiter aux auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union puisqu'ils peuvent décider de commettre les infractions sur le territoire de l'État membre où la législation est la plus favorable²²⁵.

Le choix d'utiliser une directive basée sur l'article 83, al. 2 du TFUE au lieu d'un règlement, en considérant que la Commission elle-même a affirmé que les défaillances dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne « s'expliquent en partie par la diversité des traditions et des systèmes juridiques, à l'origine de pratiques judiciaires distinctes selon les États membres »²²⁶, ne semble pas du tout un bon choix. Les difficultés demeurent intactes malgré l'intention du législateur européen de les résoudre par la création du Parquet européen.

L'instrument le plus adéquat pour la réduction de la diversité des traditions et des systèmes juridiques nationaux reste le règlement car il est directement applicable dans chaque État membre et obligatoire dans tous ses éléments. En cela, les États membres ne disposent d'aucune marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit européen et la législation nationale sera donc uniforme sur tout le territoire de l'Union²²⁷.

Les possibles bases juridiques pour adopter un règlement régissant les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union sont l'article 325 du TFUE et l'article 86, al. 2 du TFUE, qui établit que le Parquet européen « est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, *tels que déterminés par le règlement prévu au*

224Voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2011) 293 final, 26 mai 2011, sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables {SEC(2011) 621 final}, p. 3 della versione italiana.

225En ce qui concerne les infractions aux intérêts financiers de l'Union, la Commission a également souligné que « En cas d'infraction commise par une société, la responsabilité pénale des chefs d'entreprises et des personnes morales est engagée dans certains États membres, mais ne l'est pas dans d'autres États. Cette situation incite à rechercher la juridiction la plus accommodante (forum shopping) ». Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2011) 293 final, 26 mai 2011, sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables {SEC(2011) 621 final}, p. 7.

226Voy. à cet égard la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2011) 293 final, 26 mai 2011, sur la protection des intérêts financiers de l'Union européenne par le droit pénal et les enquêtes administratives Une politique intégrée pour protéger l'argent des contribuables {SEC(2011) 621 final}, p. 6.

227Les infractions qui relevaient de la compétence du Parquet européen étaient prévues dans le texte instituant le Ministère Public européen dans le *Corpus Juris*, qui règlementait huit incriminations pénales et des dispositions de droit pénal général.

paragraphe 1 »²²⁸. Conformément à cette disposition, il serait donc le même règlement instituant le Parquet européen à déterminer les infractions relevant de sa compétence²²⁹.

La réglementation des infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen par le règlement instituant cet organe de poursuite supranationale ne représenterait même pas un instrument portant atteinte aux systèmes de justice pénale des États membres, du moment que l'impossibilité d'activer le « frein d'urgence » sera compensée par la nécessité d'utiliser une procédure spéciale pour adopter le règlement instituant le Parquet européen²³⁰. Le Conseil doit statuer à l'unanimité, après approbation du Parlement européen. En cas de désaccord d'un État membre avec la proposition du règlement du Conseil, il pourrait opposer son veto, ou, en l'absence d'unanimité et en cas de désaccord, décider de ne pas adhérer à la proposition de règlement instituant le Parquet européen adoptée par voie de coopération renforcée²³¹.

La définition des infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen par voie d'un règlement qui se fonde sur l'article 86, al. 2 du TFUE permettrait aussi, à la différence d'un règlement basé sur l'article 325 du TFUE, de définir, dans le cas où le législateur européen décide

228Voy. article 86, al. 2 du TFUE. Italique ne figurant pas dans l'original.

229Dans ce domaine, il y a deux opinions divergentes. Pour la première, voy. M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office, Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Antwerp, Intersentia, 2011, p. 393. L'auteur affirme: *“This means that the Office will prosecute offenders in the national courts on the basis of veritable “Eurocrimes” and not on the basis of a – potentially differing – national definition of the crimes”*. Voy. aussi J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: a Harmonised National Patchwork?*, in VERVAELE, J.A.E., *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014; J.A.E. VERVAELE, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, ERA Forum Journal of the Academy of European Law, 2014, 2, pp. 1-17.; J.A. ESPINA RAMOS, *Towards a European Public Prosecutor's Office: the Long and Winding Road*, in A. KLIP (éd.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp, Maklu, 2011, pp. 44-45; A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in A. KLIP (éd.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp, Maklu, 2011, p. 28. D'autres auteurs affirment, au contraire, que *“si tratta di una conclusione che risulta difficilmente accettabile perché la previsione di un intervento diretto in materia penale (di dimensioni più o meno estese) risulterebbe “eversiva” degli attuali rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale e richiederebbe una base giuridica chiara e non ambigua che non può essere certamente costituita dall'art. 86”*. In tal senso, G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 745; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2344-2345.

230Voy. À cet égard J. VOGEL à la conférence sur le droit pénal matériel de l'Union européenne, 20 et 21 janvier 2011; M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office, Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, cit., p. 394. Voy. L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 65, lequel souligne qu'il ne *“può sostenersi che la sintetica locuzione contenuta nel par. 2 dell'art. 86 TFUE, che per indicare l'ambito di competenza della Procura europea richiama la “definizione” dei reati contenuta nel suo regolamento istitutivo (“reati che ledono gli interessi finanziari europei, quali definiti dal regolamento di cui al paragrafo 1”), non sia sufficiente a interpretarla quale base giuridica di un regolamento che contenga disposizioni di diritto penale sostanziale. Da un lato, infatti, essa deve combinarsi con gli obblighi precettivi di protezione da prendere con le “misure” menzionate dall'art. 325 TFUE, dall'altro la sua interpretazione letterale – nel significato “fatto palese dalle parole, secondo la connessione di queste”, come proclama l'art. 11 Disp. Prel. Cod. civ. sull'interpretazione della legge in generale, che sintetizza principi pacifici dell'ermeneutica giuridica – porta a concludere che un'unitaria fonte regolamentare (non certo una distinta direttiva) deve stabilire di quali reati si tratta e quali ne sono gli elementi costitutivi”*. Voy. également M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office, Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, cit., p. 394.

231Voy. article 86, al. 1 du TFUE.

d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière, dans le même règlement les infractions graves ayant une dimension transfrontière qui relèvent de la compétence du Parquet européen.

2.2.2.1.2 Détermination des incriminations qui relèvent de la compétence du Parquet européen

Après la recherche d'une base juridique adéquate pour régir les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, le deuxième aspect relève de l'identification des infractions relevant de la compétence du Parquet européen en vue d'assurer efficacement la protection des intérêts financiers de l'Union. Deux conceptions s'opposent : l'une plus restreinte limite sensiblement la compétence du Parquet européen par rapport aux intérêts financiers de l'Union ; l'autre relève d'une interprétation large car étendue même aux fraudes commises en matière de TVA et aux infractions ne produisant pas un préjudice direct au budget de l'Union²³².

L'extension aux fraudes commises en matière de TVA, entraînant leur soumission ou non à la directive relative à la lutte contre la fraude susmentionnée et *a fortiori* relevant de la compétence du Parquet européen, suscite un réel débat. L'existence d'un tel débat s'est d'abord attachée à la définition d'une fraude à l'article 1^{er} de la Convention PIF du 1995²³³.

La Cour de justice a récemment statué à propos que la notion de « fraude » définie à l'article 1^{er} de la convention PIF comme étant « tout acte ou omission intentionnel relatif [...] à l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets, ayant pour effet la diminution illégale de ressources du budget général [de l'Union] ou des budgets gérés par [l'Union] ou pour [son] compte » englobe « les recettes provenant de l'application d'un taux uniforme à l'assiette harmonisée de la TVA déterminée selon les règles de l'Union ». La Cour souligne que

232Voy. *contra* R. SICURELLA, Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office, in K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Vol 1., A Comparative Analysis*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 882-888; R. SICURELLA, Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pp. 36-37.

233Voy. J. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 16 et s.. Sur l'inclusion des fraude en matière de TVA dans la catégorie des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union par rapport au Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JO L 312 du 23.12.1995, pp. 1-4, voy. J. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 19 et s.. Voy. l'article 1 del règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités, JO L 292 du 15.11.1996, p. 2-5, p. 2 et J. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 75 et s..

« cette conclusion ne saurait être remise en cause par le fait que la TVA ne serait pas perçue directement pour le compte de l'Union, l'article 1^{er} de la convention PIF ne prévoyant précisément pas une telle condition qui serait contraire à l'objectif de cette convention visant à lutter avec la plus grande vigueur contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »²³⁴. L'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Taricco* a contribué à faire parvenir à un compromis entre le Conseil et la Commission, d'une part, et le Parlement européen, d'autre part, en ce qui concerne l'inclusion des fraudes en matière de TVA dans la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal²³⁵.

Le débat émanait des préoccupations de la majeure partie des États membres. Ces dernières estimaient en effet que la fraude à la TVA devait être exclue du champ d'application de la directive. Les préoccupations des États membres concernaient en particulier une « possible harmonisation indirecte dans le domaine de la fiscalité, la perte potentielle de recettes provenant de la TVA et le fait que l'inclusion de la fraude à la TVA dans le champ d'application de la directive PIF interférerait avec la compétence dont jouissent les États membres pour la structure, l'organisation et le fonctionnement de leurs administrations fiscales »²³⁶.

La Commission et le Parlement européen, au contraire, soutenaient que la fraude à la TVA devait être incluse dans le champ d'application de la directive, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice. La Cour de Justice avait en effet affirmé que « les ressources propres de l'Union comprenant notamment, [...] les recettes provenant de l'application d'un taux uniforme à l'assiette harmonisée de la TVA déterminée selon les règles de l'Union, un lien direct existe ainsi entre la perception des recettes provenant de la TVA dans le respect du droit de l'Union applicable et la mise à disposition du budget de l'Union des ressources TVA correspondantes, dès lors que toute lacune dans la perception des premières se trouve potentiellement à l'origine d'une réduction des secondes »²³⁷.

234Voy. CJUE, Ivo Taricco et autres, affaire C-105/14, du 8 septembre 2015, ECLI:EU:C:2015:555, point 41.

235Il faut remarquer à cet égard que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM(2012) 363, le 11.7.2012, final relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, {SWD(2012) 195 final} {SWD(2012) 196 final}, établissait au considérant 4 de la proposition de règlement que « *La fraude en matière de taxe sur la valeur ajoutée (TVA) réduit les recettes fiscales des États membres et, partant, les montants issus de l'application d'un taux uniforme à l'assiette TVA de ces États membres. Comme le confirme la jurisprudence de la Cour de justice, un lien direct existe entre la perception des recettes de TVA dans le respect du droit applicable de l'Union et la mise à disposition du budget de l'Union des ressources correspondantes, dès lors que toute lacune dans la perception des premières se trouve potentiellement à l'origine d'une réduction des secondes. La directive couvre par conséquent les recettes provenant de la TVA dans les États membres* ». Les fraudes en matière de TVA n'étaient toutefois pas réglementées dans le texte même de la proposition de directive à l'examen.

236Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (première lecture) – Débat d'orientation/Rapport sur l'état des travaux, n° 12686/1/16 REV 1, présidence du Conseil de l'Union européenne, 11 octobre 2016, p. 2.

237Voy. CJUE, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, n° C-617/10, 26 février 2013, ECLI:EU:C:2013:105, par. 26, in cui è menzionata la precedente sentenza Commission c. Allemagne, n° C-539/09, 15 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:733, par. 34 e 72. Voy. aussi Ivo Taricco e altri, n° C-105/14, 8 septembre 2015, ECLI:EU:C:2015:555, par. 38.

La Cour de justice dans l'affaire *Taricco* a clairement confirmé que la fraude à la TVA est couverte par la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (PIF) de 1995, qui est déjà applicable. Si la directive PIF n'était pas adoptée, la convention PIF de 1995 continuerait à s'appliquer, y compris en ce qui concerne la fraude à la TVA. Par ailleurs, la Commission a souligné que l'inclusion de la fraude à la TVA dans la directive PIF permettrait de préciser les types de fraude à la TVA qui devraient être couverts par la législation de l'UE²³⁸.

La Cour de justice dans l'arrêt *Taricco* affirme que l'efficace mise en œuvre de la politique de l'Union, s'agissant des intérêts financiers de l'Union prévue par l'article 325 du TFUE, exige l'adoption de mesures dissuasives et effectives qui, dans certains cas de crimes graves ayant une dimension transnationale, doivent revêtir une nature pénale²³⁹. L'arrêt de la Cour de justice revêt une importance fondamentale au regard de la compétence matérielle du Parquet européen. Celui-ci est compétent pour s'attaquer aux infractions à l'égard des intérêts financiers de l'Union. La Cour a affirmé que les ressources propres de l'Union incluent les recettes provenant de l'application d'un taux uniforme à l'assiette harmonisée de la TVA et que la fraude à la TVA constitue par conséquent une infraction aux intérêts financiers de l'Union qui doit être réprimée par des mesures dissuasives et effectives, qui dans certains cas de crimes graves ayant une dimension transfrontière doivent revêtir nature pénale, afin de combattre de manière efficace les infractions aux intérêts financiers de l'Union, la fraude à la TVA devrait relever de la compétence du Parquet européen. Au moins, les infractions graves ayant une dimension transfrontière en matière de TVA devraient relever de la compétence du Parquet européen.

Le 11 octobre 2016 aboutit un compromis aux termes duquel la fraude à la TVA ne serait incluse que de façon limitée dans le champ d'application de la directive. La compétence du Parquet européen serait en effet limitée aux affaires les plus graves, par exemple les carrousels à la TVA transfrontières, les fraudes intra-UE à l'opérateur défaillant, les fraudes à la TVA commises par des structures criminelles organisées ou les affaires dans lesquelles le préjudice total dépasse un certain seuil²⁴⁰.

238 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (première lecture) – Débat d'orientation/Rapport sur l'état des travaux, n° 12686/1/16 REV 1, présidence du Conseil de l'Union européenne, 11 octobre 2016, p. 2.

239 Voy. CJUE Ivo Taricco e altri, aff. C-105/14, de l'8 septembre 2015, cit., par. 39 et les Conclusions de l'Avocat Général Juliane Kokott présentées le 30 avril 2015 dans le même affaire C-105/14, ECLI:EU:C:2015:293. Voy. à cet égard S. PEERS, *The Italian Job: The CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, EU Law Analysis, [disponible en ligne: <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk>], 22 septembre 2015; M. TIMMERMAN, *Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco*, CML Rev, 2016, 53, pp. 779-796, 2016; E. BILLIS, *The European Court of Justice: A "Quasi-Constitutional Court" in Criminal Matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, New Journal of European Criminal Law, 2016, 7(1), pp. 20-38.

240 Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (première lecture) – Débat d'orientation/Rapport sur l'état des travaux, n° 12686/1/16 REV 1, présidence du Conseil de l'Union européenne, 11 octobre 2016, en particulier, point 3, considérant 4 et article 3, par. 1, lett. d) de la proposition de directive annexée. Voy. A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, cit., p. 136, lequel

La dernière version de proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal prévoit que la « notion d'infraction grave contre le système commun de TVA établi par la directive 2006/112/CE du Conseil vise les formes les plus graves de fraude à la TVA, en particulier la fraude carrousel, la fraude intracommunautaire à l'opérateur défaillant et la fraude à la TVA commise dans le cadre d'une organisation criminelle, qui constituent des menaces graves pour le système commun de TVA et, partant, pour le budget de l'Union. Il convient de considérer comme graves les infractions contre le système commun de TVA qui entretiennent un lien avec le territoire de deux États membres de l'Union ou plus, qui résultent d'un système frauduleux dans lequel ces infractions sont commises de manière structurée avec pour objectif de tirer indûment profit du système commun de TVA et qui entraînent un préjudice d'un montant total dépassant le seuil de 10 000 000 EUR. Par "montant total du préjudice", on entend le préjudice estimé, tant pour les intérêts financiers des États membres concernés que pour ceux de l'Union, qui résulte de l'ensemble du système de fraude. Les intérêts ou les sanctions en sont exclus. La présente directive vise à contribuer aux efforts de lutte contre ces phénomènes criminels »²⁴¹. Toutefois, certains États membres se sont montrés défavorables aux solutions apportées dans ce compromis²⁴².

Même si les États membres parviennent à un compromis, la nature même de l'instrument utilisé, à savoir la directive, ne permettra pas d'avoir une réglementation uniforme sur le territoire de tous les États membres. La définition des incriminations graves ayant une dimension transfrontière relevant de la compétence du Parquet européen variera d'un État à l'autre. La seule méthode pour assurer la répression efficace des auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union est celle de les réguler dans le règlement instituant le Parquet européen.

En effet, la fraude à la TVA sera dans ce cas réglementée de manière uniforme sur le territoire de tous les États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen et il n'existera pas de risques de *forum shopping* ou des difformités tels qu'existent actuellement ou qui existeraient en cas d'adoption d'une directive au titre de l'article 83, al. 2 du TFUE. Cette solution sera aussi conforme à la jurisprudence de la Cour de justice et permettra d'assurer la répression efficace des auteurs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union²⁴³.

souligne: "Which VAT fraud cases are to be considered serious and in what form will the Member States agree to include these offences in the PIF Directive? Would serious VAT fraud cases generally be under EPPO competence or only in a transnational context, such as carousel fraud?"

241 Considérant 4 de la Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – Accord politique, n° 5478/17, Présidence du Conseil de l'Union européenne, 1^{er} février 2017.

242 Voy. à cet égard la Proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – Accord politique, n° 5478/17, Présidence du Conseil de l'Union européenne, 1^{er} février 2017, p. 2 della versione italiana.

243 Voy. à cet égard l'arrêt de la CJUE, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, n° C-617/10, 26 février 2013, ECLI:EU:C:2013:105 ; Commission c. Allemagne, n° C-539/09, 15 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:733, par. 34 e 72. Voy. aussi CJUE Ivo Taricco e altri, n° C-105/14, 8 septembre 2015, ECLI:EU:C:2015:555, par. 38

2.2.2.1.3 Compétence accessoire du Parquet européen en ce qui concerne les infractions inextricablement liées à des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union

La perpétration d'une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union implique souvent la commission d'autres infractions strictement liées aux premières. Il est nécessaire donc de déterminer quelles infractions relèvent de la compétence du Parquet européen. Dans le cas où le législateur européen décide d'étendre la compétence du Parquet européen aux infractions accessoires à celles portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, il est nécessaire d'établir des critères précis pour déterminer en avance quelles infractions entrent dans les compétences du Parquet européen et quelles doivent être poursuivies par les procureurs des États membres. Les critères nécessaires pour déterminer la compétence du Parquet européen doivent être précisément définis afin d'assurer le respect de droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. En particulier, doivent être respectés le droit de défense et celui de chacun à ne pas être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi²⁴⁴. De même, la séparation des deux procédures pénales liées entre elles compromet l'effectivité des enquêtes menées par le Parquet européen, même pour des raisons d'économie procédurale. En effet, si un seul procès a lieu le même témoin devra être étendu seulement une fois et le procureur chargé de l'affaire pourra poursuivre de manière plus efficace les infractions graves et complexes en ayant une vue d'ensemble des infractions commises et des preuves recueillies²⁴⁵.

La proposition de règlement de la Commission du 2013 prévoit que la compétence du Parquet européen « devrait également couvrir les infractions que le droit interne n'érige pas techniquement en infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union lorsque leurs éléments constitutifs sont identiques et inextricablement liés à ceux des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »²⁴⁶. Cette compétence accessoire est définie au moyen de critères cumulatifs : il devrait s'agir des infractions inextricablement liées à des infractions pénales relevant de la compétence principale du Parquet européen et il devrait être « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'elles fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites conjointes ». La proposition de règlement spécifie également que devrait être satisfaite la double condition que les infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union « soient prépondérantes » et que « les autres infractions

²⁴⁴De l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ces droits fondamentaux sont consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne aux articles 48 et 50.

²⁴⁵Voy. à cet égard N. BITZILEKIS, *The Definition of Ancillary Competence According to the Proposal for an EPPO – regulation*, in ASP, P. (éd.), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015 pp. 112-119.

²⁴⁶Voy. considérant 22 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

pénales reposent sur des faits identiques »²⁴⁷.

Conformément à la proposition de règlement de la Commission du 2013, la compétence matérielle du Parquet européen est exclusive pour déclencher des enquêtes et engager des poursuites relatives à des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union²⁴⁸. Toutefois, la compétence matérielle du Parquet européen est déterminée par la loi nationale applicable²⁴⁹ et le Parquet européen et les autorités nationales chargées des poursuites doivent se concerter afin de déterminer l'autorité compétente en vertu de l'article 13 relatif à la compétence accessoire du Parquet européen²⁵⁰. En cas de désaccord entre le Parquet européen et les autorités nationales chargées des poursuites à propos de la compétence accessoire du premier, la proposition de règlement de la Commission prévoit que « l'autorité judiciaire nationale compétente pour statuer sur la répartition des compétences concernant les poursuites à l'échelle nationale se prononce sur la compétence accessoire »²⁵¹.

Dans le cas où les autorités judiciaires nationales décident que la compétence en matière d'infractions est inextricablement liée à celles afférentes aux intérêts financiers de l'Union mais ne relèvent pas de la compétence du Parquet européen, l'État membre compétent à l'égard des autres infractions est également compétent à l'égard des infractions relevant de la compétence principale du Parquet européen²⁵².

Le législateur européen privilégie donc la solution permettant de réunir dans un seul procès deux procédures liées entre elles, dans un souci d'économie de procédure et afin d'éviter une éventuelle violation du principe *ne bis in idem*. Les intérêts spécifiques de l'Union et le droit à l'égalité de traitement n'ont pas été tenus en considération. La détermination de la loi applicable et de l'autorité judiciaire compétente dépendra donc de l'interprétation des conditions énumérées de façon imprécise à l'article 13 de la proposition de règlement²⁵³. Il demeure impossible de connaître le moment à partir duquel les infractions sont considérées comme « inextricablement liées » ni quand

247Voy. article 13 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

248Voy. article 11, al. 4 de la proposition de règlement de la Commission du 2013. Les Considérant 23 explique que « les compétences du Parquet européen à l'égard des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union devraient primer les revendications nationales de compétence, de sorte que le Parquet européen puisse assurer la cohérence des enquêtes et des poursuites et piloter les unes et les autres à l'échelle de l'Union. En ce qui concerne ces infractions, les autorités des États membres ne devraient agir qu'à la demande du Parquet européen, à moins que des mesures urgentes ne s'imposent ».

249Le considérant 24 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 établit que « Puisque le Parquet européen devrait engager des poursuites devant les juridictions nationales, il conviendrait de définir ses compétences par renvoi au droit pénal des États membres, qui réprime les actes ou omissions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et détermine les peines applicables en transposant et en mettant en œuvre dans les systèmes juridiques nationaux la législation pertinente de l'Union, notamment la [directive 2013/xx/UE] ».

250L'article 13, al. 2 prévoit également que « Lorsqu'il y a lieu de faciliter la détermination de cette compétence, Eurojust peut être associé conformément à l'article 57 ».

251Voy. article 13, al. 3 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

252Voy. article 13, al. 1 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

253Voy. à cet égard N. BITZILEKIS, The Definition of Ancillary Competence According to the Proposal for an EPPO – regulation, in ASP, P. (éd.), The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 112 et seq..

une bonne administration de la justice imposerait qu'un ensemble d'infractions soit traité conjointement²⁵⁴.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 n'explicite pas les conditions nécessaires fixant le lien étroit entre infractions pénales permettant d'emporter la compétence principale du Parquet européen. La modification des dispositions n'a pas contribué à fier des critères précises pour déterminer la compétence du Parquet européen.

En premier lieu, contrairement à la proposition de règlement de la Commission, celle du Conseil de 31 janvier 2017 prévoit un partage de compétence relative aux intérêts financiers de l'Union entre le Parquet européen et les États membres, ce qui écarte l'hypothèse d'une compétence exclusive²⁵⁵.

En deuxième lieu, à la différence de la proposition de règlement de la Commission, il a été prévu que le Parquet européen est compétent « à l'égard de toute autre infraction pénale inextricablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application du paragraphe 1 du présent article » relative à la compétence du Parquet européen en ce qui concerne les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, aux conditions établies par l'article 20, paragraphe 3²⁵⁶. L'article 20, al. 3 liste les cas où le Parquet européen doit s'abstenir d'exercer sa compétence à l'égard de toute infraction relevant de sa compétence principale et, après consultation des autorités nationales compétentes, doit renvoyer l'affaire à ces dernières dans un délai raisonnable²⁵⁷. En particulier, le Parquet européen doit s'abstenir d'exercer sa compétence si la peine maximale, prévue par le droit national pour une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, est moins sévère que la peine maximale encourue pour une infraction inextricablement liée aux infractions relevant de la compétence principale du Parquet européen. La peine maximale prévue par le droit national pour une infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union est équivalente à la peine maximale encourue pour une infraction inextricablement liée aux infractions relevant de la compétence principale du Parquet européen à moins que cette dernière infraction ait contribué à la commission de l'infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union. S'il y a lieu de supposer que le préjudice causé ou susceptible d'être causé aux intérêts financiers de l'Union par une infraction visée à l'article 17 n'excède pas le préjudice causé ou susceptible d'être causé à une autre victime.

Les critères déterminant quelle infraction est prépondérante révèlent deux conditions distinctes : le préjudice causé ou susceptible d'être causé par l'infraction et l'ampleur de la peine maximale²⁵⁸. En

254Voy. C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOYS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, Collection Paradigme, 2016, p. 182.

255Voy. le considérant 7 et l'article 20 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, 31 janvier 2017, cit..

256Voy. article 17, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

257Voy. article 20, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

258Voy. le Considérant 49 ter della de la proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, 31 janvier 2017, cit..

l'absence d'une législation uniforme à l'échelle européenne, les deux conditions dépendent de la législation nationale fixant le niveau de sanctions pénales à appliquer où le préjudice causé ou susceptible d'être causé à l'État membre concerné. Les critères permettant de déterminer la compétence du Parquet européen ne relèvent pas d'une définition fixée au niveau européen mais de la législation nationale des différents États membres et entraînant des variations d'un État à l'autre²⁵⁹.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 a également supprimé la possibilité de consulter *Eurojust* pour résoudre le conflit de compétence. Conformément à ladite proposition, « en cas de désaccord entre le Parquet européen et les autorités nationales chargées des poursuites sur la question de savoir si le comportement délictueux relève ou non de l'article 17, paragraphe 1 *bis* ou 2, ou de l'article 20, paragraphe 2 ou 3, ce sont les autorités nationales compétentes pour statuer sur la répartition des compétences en cas de poursuites à l'échelle nationale qui déterminent qui doit être compétent pour instruire l'affaire. Les États membres désignent l'autorité nationale appelée à statuer sur la répartition des compétences »²⁶⁰.

La seule solution, assurant efficacité des enquêtes du Parquet européen et protection des droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures dudit Parquet européen, consiste au recours d'une réglementation précise au niveau européen, prévoyant les critères en vertu desquels est déterminée la compétence du Parquet européen et d'attribuer à la Cour de justice la compétence de décider en cas de désaccord entre le Parquet européen et les autorités nationales. De même, devrait être prévue la possibilité d'exercer un recours devant la Cour de justice dans le cas de désaccord entre le Parquet européen et les autorités nationales sur la répartition des compétences.

2.2.2.2. SECTION DEUXIÈME Extension de la compétence du Parquet européens aux crimes terroristes

L'article 86, par. 4 du TFUE prévoit que le Conseil européen « peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision modifiant le paragraphe 1 afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière et modifiant en conséquence le paragraphe 2 en ce qui concerne les auteurs et les complices de crimes graves affectant plusieurs États membres »²⁶¹.

La disposition prévoit le renvoi aux autres paragraphes de l'article 86 de TFUE, en statuant que,

²⁵⁹Voy. A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, cit., qui affirment: *“The replacement of a condition based on the good administration of justice by more “mathematical” conditions intended to verify the preponderance of the PIF offences results in less flexibility and margin of manoeuvre for the EPPO. Although this would help to guarantee more legal certainty, it will not necessarily correspond to the interest of justice”*.

²⁶⁰Voy. article 21, al. 5 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

²⁶¹Voy. article 86, al. 4 du TFUE.

dans le cas où le Conseil décide d'étendre la compétence du Parquet européen à certaines formes de criminalité grave ayant une dimension transfrontière, s'appliqueront les mêmes règles prévues dans le règlement fondateur du Parquet européen auxquelles l'article 86 du TFUE se réfère. Conformément à l'article 86, par. 4 du TFUE, ces règles seront modifiées en ce qui concerne la référence aux seules infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et seront remplacées par une disposition qui établit que les mêmes règles s'appliquent également aux formes de criminalité grave ayant une dimension transfrontière. La seule différence est constituée par la procédure. Pour étendre la compétence du Parquet européen à d'autres domaines de criminalité grave ayant une dimension transfrontière, la décision unanime du Conseil européen est requise après l'approbation du Parlement européen et la consultation de la Commission²⁶².

Les conditions exigées à l'article 86, par. 4 TFUE, pour emporter l'extension de la compétence du Parquet européen aux crimes ayant un caractère grave et une dimension transnationale. La vérification de l'insertion des délits de terrorisme, pouvant relever de la compétence du Parquet européen, implique de définir les deux conditions requises par l'article 86, par. 4 du TFUE, notamment la gravité et la dimension transfrontière. L'article 86 du TFUE n'explicite pas ces deux critères. En conséquence, il convient de vérifier s'ils existent d'autres dispositions dans le Traité qui se réfèrent à ces critères tout en les définissant. Les articles 83 et 85 du TFUE énoncent également des critères de la gravité et de la dimension transfrontière.

L'article 83 du TFUE établit de manière un peu plus précise ce que signifie l'expression « revêtant une dimension transfrontière », tandis que l'article 85 du TFUE utilise une formulation similaire à celle de l'article 86 du TFUE. L'article 83 prévoit en particulier que la dimension transfrontière résulte « du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes »²⁶³. En considérant que la définition de ces critères contenus à l'article 83 est plus spécifique que celle prévue à l'article 86 TFUE. Les conditions de gravité et de transnationalité requises par l'article 86 du TFUE peuvent être interprétées dans le même sens que l'article 83 du TFUE. Ces conditions doivent donc être interprétées de manière extensive. La gravité, en particulier, vise toutes les infractions en dehors de celles de portée mineure ou aux effets limités²⁶⁴.

262Voy. article 86, al. 4 du TFUE.

263Voy. article 83, par. 1 du TFUE.

264Voy. VOGEL in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union* (version électronique), München, 2011, Article 83, paragraphe 34 e P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 79, 2012, pp. 85-86, qui a souligné que *“it seems clear that the Treaty, as it is now framed, would not allow for criminal law harmonisation of every day road traffic offences, such as speeding, drunk driving etc.”*. Voy. Aussi M. L. WADE, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET\(2014\)493043_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET(2014)493043_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2014, pp. 21-27. Voy. également la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, 20.9.2011, *Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace*

La dimension transfrontière se définit à partir de trois critères précédemment examinés. Conformément à ces critères, « le rapprochement n'est pas limité aux infractions qui sont transfrontalières dans leurs éléments constitutifs, mais couvre aussi celles qui, bien qu'elles aient été commises sur le territoire d'un seul État membre, sont transfrontalières par leur portée ou par les effets qu'elles peuvent avoir sur d'autres États membres »²⁶⁵.

Les délits de terrorisme remplissent sans doute ces conditions, puisque le législateur européen *via* l'article 83, par. 1 du TFUE affiche, parmi les infractions qualifiées « eurocrimes », le terrorisme en tête de liste²⁶⁶.

Au regard de la gravité manifeste des délits de terrorisme et de leur dimension transfrontière, il convient d'évaluer si l'extension de la compétence du Parquet européen dans la poursuite de telles infractions assure leur efficace répression tout en garantissant la protection des droits fondamentaux des personnes concernées.

La législation en matière de terrorisme adoptée jusqu'à présent n'a pas permis de lutter efficacement contre cette menace²⁶⁷. Les attentats terroristes connus ces dernières années le démontrent tragiquement. Dans l'optique de lutter contre le terrorisme tout en assurant une meilleure protection possible aux citoyens européens, le Conseil a adopté en 2005 la stratégie de l'UE visant à lutter contre le terrorisme. Celle-ci s'appuie sur les quatre piliers principaux : la prévention, la protection, la poursuite et la réaction²⁶⁸. La prévention vise à appréhender la survenance d'attentats terroristes en ciblant et traitant les facteurs qui participent à la radicalisation et les processus de recrutement de personnes en vue de commettre des actes de terrorisme. Compte tenu des nouvelles tendances qui se dessinent, comme le phénomène des acteurs solitaires et des combattants étrangers ou les possibilités croissantes qu'offrent les médias sociaux en matière de mobilisation et de communication, le Conseil en juin 2014 a procédé à une révision de la stratégie de l'UE visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement de terroristes²⁶⁹.

des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 13.

265Voy. D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 124.

266Voy. article 83, par. 1 du TFUE.

267Pour une analyse approfondie de la législation en matière de terrorisme, voy. SIEBER, *The Forces behind the Harmonisation of Criminal Law*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (éds.), *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 385 ss. Si legga altresì T. WAHL, *The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism*, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (éds.), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 107 et s.. In generale sulla legislazione anti terrorismo, si legga L. CONDORELLI, *Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?*, *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, 105/4, p. 829.

268Voy. à cet égard, *Stratégie de l'Union européenne visant à lutter contre le terrorisme*, n° 14469/4/05 REV 4, Conseil de l'Union européenne, 30 novembre 2005 (01.12).

269Conseil de l'Union européenne, *Version révisée de la stratégie de l'UE visant à lutter contre la radicalisation et le recrutement de terroristes*, n° 9956/14, Conseil de l'Union européenne, 19 mai 2014. Voy. aussi la *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, COM(2016) 50 final*, 2 février 2016, relative à un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme, p. 2; *Lutte contre le financement du terrorisme*, n° 16089/04, Conseil de l'Union européenne, 14 décembre 2004, p. 2; *Stratégie révisée de lutte contre le financement du terrorisme*, n° 11778/1/08 Rev 1, Conseil de l'Union européenne, 17 juillet 2008, pp. 2 and 4.

La deuxième priorité de la stratégie de l'UE entend lutter contre le terrorisme en protégeant les citoyens et les infrastructures tout en réduisant leur vulnérabilité aux attentats. À cette fin, des mesures affèrent la protection des frontières extérieures et les cibles stratégiques, le renforcement de la sécurité dans les transports et la réduction de la vulnérabilité des infrastructures critiques. Dans cette perspective, une législation concerne l'utilisation des données des dossiers passagers (données PNR) à des fins répressives²⁷⁰.

En ce qui concerne la poursuite, l'Union a renforcé les capacités nationales, intensifié la coopération pratique et l'échange d'informations entre la police et les autorités judiciaires (en particulier par le biais d'Europol et d'Eurojust). Elle s'attaque également au financement du terrorisme et tend à priver les terroristes des moyens par lesquels ils organisent des attentats et communiquent²⁷¹.

Enfin, pour faire face aux conséquences d'un attentat terroriste et à les réduire le plus possible, soit la réaction, l'Union s'est engagé à améliorer les capacités de gérer les suites de l'attentat, la coordination de la réaction et les besoins des victimes. À cette fin ont été mises au point, au niveau de l'UE, des mesures de coordination en cas de crise, a été révisé le mécanisme de protection civile, a été développée l'analyse des risques et l'échange des meilleures pratiques en matière d'assistance aux victimes du terrorisme²⁷².

Afin de répondre à la menace terroriste ont également été adoptées des mesures visant à harmoniser les infractions en matière de terrorisme, en érigeant en infractions certains actes, comme le fait de recevoir un entraînement au terrorisme ou de voyager à des fins de terrorisme, ainsi que le fait d'organiser ou de faciliter de tels voyages²⁷³.

270 Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, JO L 119 du 4.5.2016, p. 132–149.

271 En mai 2015, à cette fin, le Conseil et le Parlement européen ont adopté de nouvelles règles visant à lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 141 du 5.6.2015, p. 73–117. En février 2016 a été adopté la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, COM(2016) 50 final, 2 février 2016, relative à un plan d'action destiné à renforcer la lutte contre le financement du terrorisme.

272 En particulier, voy. la décision du Consiglio adoptée en juin 2014, Décision 2014/415/UE du Conseil du 24 juin 2014 concernant les modalités de mise en œuvre par l'Union de la clause de solidarité, JO L 192 du 1.7.2014, p. 53–58). Voy. aussi Achèvement du processus de réexamen du dispositif de coordination dans les situations d'urgence et de crise (CCA): dispositif intégré de l'UE pour une réaction au niveau politique dans les situations de crise (IPCR), n° 10708/13, Conseil de l'Union européenne, 7 juin 2013 ; Décision n° 1313/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relative au mécanisme de protection civile de l'Union Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 347 du 20.12.2013, p. 924–947.

273 Voy. à cet égard la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164 du 22.6.2002, p. 3–7; la Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 330 du 9.12.2008, p. 21–23 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM(2015) 625 final, 2 décembre 2015, relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme approvata dal Parlamento europeo il 16 febbraio 2017. Nell'ottica di combattere più efficacemente contro il terrorismo è stato adottato anche il Règlement (UE) 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EiIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés, JO L 255 du 21.9.2016, p. 1–11; Décision (PESC)

Une première énumération des instruments, adoptés au niveau européen pour combattre le terrorisme, montre que le nombre des mesures est élevé et le contenu de ces instruments varie fortement²⁷⁴. C'est pourquoi il est nécessaire d'assurer la cohérence des instruments adoptés et d'éviter qu'ils soient contradictoires.

Le nombre élevé d'instruments adoptés se reflète dans le nombre élevé d'acteurs chargés de mettre en œuvre ces instruments. Considérant que les infractions terroristes ont normalement une dimension transfrontière, il est également essentiel que les autorités judiciaires nationales coopèrent entre elles et avec les organismes à ce propos créés au niveau européen. À cette fin, il a été institué *Eurojust* et adopté la décision-cadre sur le Mandat d'arrêt européen, qui remplace, dans les relations entre les États membres, tous les instruments antérieurs relatifs à l'extradition²⁷⁵. Ni les Mandats d'arrêt européen ni *Eurojust* avaient comme objectif spécifique la lutte contre le terrorisme. C'est pourquoi, le Conseil européen, en mars 2004, a adopté une déclaration sur la lutte contre le terrorisme²⁷⁶ et en janvier 2016 il a été annoncé la création d'un centre européen antiterrorisme au sein d'Europol²⁷⁷.

Les récents attentats terroristes ont donc conduit à la création de nouveaux acteurs et de nouvelles formes de coopération qui se sont ajoutés à celles déjà existantes²⁷⁸. Toutefois, la multiplication des

2016/1693 du Conseil du 20 septembre 2016 concernant des mesures restrictives à l'encontre de l'EIL (Daech) et d'Al-Qaida et de personnes, groupes, entreprises et entités associés, et abrogeant la position commune 2002/402/PESC, JO L 255 du 21.9.2016, p. 25–32. Sur la relation entre terrorisme et internet, voy. U. SIEBER, *International Cooperation against Terrorism Use of the Internet*, *Revue International de Droit Pénal*, 2006, 77, pp. 395-449; U. SIEBER, *Legitimation und Grenzen von Gefährungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im "Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten"*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, pp. 353-364; U. SIEBER, *Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet*, in WADE, M., MALJEVIĆ, A. (éds.), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 171 et s.

274Voy. T. WAHL, *The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism*, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (éds.), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 109, qui a affirmé, par rapport à la législation européenne en matière de terrorisme, que il y a un *"panoply of measures to counter terrorism emanating from the EU"*.

275Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JO L 63 du 6.3.2002, p. 1–13; Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres - Déclarations de certains États membres sur l'adoption de la décision-cadre, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1–20.

276Conseil européen, Déclaration sur la lutte contre le terrorisme, n° 7906/04, 29 mars 2004 (02.04).

277Voy., Europol, *Enhancing Europol's counter terrorism capabilities: European Counter Terrorism Centre (ECTC) at Europol*, n° 8881/16, 13 mai 2016. Si era auspicata la creazione di tale organismo nel Conclusione de la 3432^e session du Conseil, Justice et affaires intérieures, Bruxelles, 20 novembre 2015 (848/15).

278Voy. ce qui a été affirmé dans un étude pour le Comité : *"Currently, too many actors are involved in the design and implementation of this policy area, and the tasks of the individual actors at times overlap. This overcrowding of EU counter-terrorism policy is especially clear when it concerns strategies that can be issued by the European Council, the Council as well as by the Commission, making it unclear who is in the lead. Furthermore, it is at times unclear which responsibilities individual actors have, what the limits of their competences are, in which manner their interactions are to take place and who is in charge of coordination. Certainly not helpful to this situation is the lack of clarity on the scope of the term 'internal security', and the extent to which Member States are willing to call on that exceptional clause in order to give priority to their national competences. This seems to be at odds with the otherwise regularly expressed conviction that the nature of the threat of terrorism has a cross-border character, and therefore merely a sum of national actions would fall short of addressing the true nature of the threat. Furthermore, the dynamic of the six months rotation of the EU Presidency implies that expectations as to the European Council's or the Council's capabilities – driven by the ambitions of the various Presidencies – to design and follow-up on a long-term vision, strategy and implementation of action plans need to be limited"*. In tal senso, WENSINK, W.,

instruments existants n'a pas conduit à une amélioration de la lutte contre le terrorisme²⁷⁹. Une des raisons est représentée par le fait que la plupart des instruments adoptés doivent être mis en œuvre par les États membres et donc la portée en pratique de ces instruments dépendait de la législation nationale²⁸⁰. Europol et Eurojust ont souvent eu des problèmes à enrayer le terrorisme à cause du manque de coopération des autorités judiciaires nationales²⁸¹. Dans le cas où un État membre refuse de poursuivre une infraction, il ne peut être contraint de le faire.

La différence entre la théorie et la pratique se révèle importante et pose de sérieux problèmes pour endiguer efficacement le terrorisme²⁸². Dans ce cadre, l'attribution de la compétence au Parquet

WARMENHOVEN, B., HAASNOOT, R., WESSELINK, R., VAN GINKEL, B., WITTENDORP, S., PAULUSSEN, C., DOUMA, W., BOUTIN, B., GÜVEN, O., RIJKEN, T., The European Union's Policies on Counter-Terrorism Relevance, Coherence and Effectiveness, [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU\(2017\)583124_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU(2017)583124_EN.pdf)], Bruxelles, Etude pour le Parlement européen, 2017, pp. 52-53.

279Voy. GIJS DE VRIES in Le Monde, 18 mai 2004.

280Voy. T. WAHL, The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (éds.), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, cit., p. 160. Je cite: *“To name only a few examples relating to the so-called flagships of EU's post 9/11 actions: By the end of March 2004, i.e. in the month of the attacks of Madrid, only 10 out of the then 15 old Member States finalised their national legislation process for implementation of the FD on Combating Terrorism, which had actually to be implemented by 31 December 2001. In 2004, the Commission concluded that only three of the old Member States appear to have entirely fulfilled the obligation emerging from the FD, and yet, in 2007, the Commission found that key elements of the Framework Decision, such as the criminalisation of the terrorist offences (Art. 1) and the harmonisation of penalties relating to terrorist groups (Art. 5 (3)) are still deficiently implemented in several Member States. The list of legal deficiencies regarding the European Arrest Warrant is even longer. The EAW has been revealed as a model example for a very uneven and inadequate implementation (not to mention the fact that only half of the Member States met the envisaged deadline for transposition by 31 December 2003). The EAW mainly illustrates that diverse legal traditions collide with the requirements of EU framework decisions in the area of freedom, security and justice. Several Member States had to revise their implementation law after collisions with their constitutions came out, in particular as regards the abolishment of the “non-extradition of own nationals rule”. Other Member States introduced unforeseen elements regarding the grounds for refusals, implemented optional grounds for refusals as mandatory ones, or even maintained/reintroduced grounds for refusals that the EAW thought to have eliminated. Joint Investigation Teams “have so far not lived up to the high expectations”, their operational benefit as a tool for countering international terrorism – in particular Islamic terrorism – could not be assessed – now, more than 6 years after its coming into existence. The instrument remained on paper for a long time. By the end of December 2005, three old Member States could still not report successful legal implementation and the Commission had to state in January 2005 that only the legislation of 1 Member State (out of the 19 Member States whose legislation was examined) fully complied with the FD on Joint Investigation Teams. Not much has changed until today as demonstrate the annexes of the 6-month reports of the CTC on the implementation of the EU's Counter Terrorism Action Plan”*. Voy. aussi le rapport de la Commission, COM(2005) 63 final, 23 février 2005, fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres ; rapport de la Commission, COM(2006) 8 final 24 janvier 2006, fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (version révisée) ; rapport de la Commission, COM(2007) 407 final, 11 juillet 2007, sur la mise en œuvre, depuis 2005, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres ; rapport de la Commission COM(2004) 858 final, 7 janvier 2005, sur la transposition juridique de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête ; rapport de la Commission, COM(2004) 457 final, 6 juillet 2004, sur la transposition juridique de la décision du Conseil, du 28/2/2002, instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, Rapport annuel de Eurojust de 2005, [disponible en ligne: <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202005/Annual-Report-2005-FR.pdf>].

281Voy. Chairman's Summary of the High Level Conference on the Future of Europol (23 et 24 février 2006), n° 7868/06, Conseil de l'Union européenne, 29 mars 2006.

282Voy. T. WAHL, The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (éds.), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, cit., p. 161. Voy. aussi W. KNELANGEN, *Die innen- und justizpolitische Zusammenarbeit der EU und die*

européen de poursuivre les auteurs de délits terroristes pourrait fortement contribuer à une plus efficace répression de ces criminels²⁸³. Le Parquet européen sera en effet un organe de poursuite supranationale, doté de pouvoirs d'enquête et de poursuite sur le territoire des États membres liés à son règlement fondateur, et pourra donc poursuivre directement les auteurs des infractions en matière de terrorisme, sans devoir dépendre des autorités judiciaires nationales. Une telle solution semble donc indispensable à assurer une lutte plus efficace contre le terrorisme.

Bekämpfung des Terrorismus, in E. MÜLLER, P. SCHNEIDER (éds.), *Die Europäische Union im Kampf gegen den Terrorismus: Sicherheit vs. Freiheit?*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 107; A. REINISCH, *The Action of the European Union to Combat International Terrorism*, in A. BIANCHI (éds.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

283 Certaines auteurs avaient affirmé qu'il était nécessaire attribuer au Parquet européen la compétence à poursuivre les auteurs des délits terroristes déjà avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Voy. en particulier, J.A.E. VERVAELE, *Future of European Criminal Law and Harmonization of Criminal Law Enforcement*, intervention à Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 8 mars 2008; M.-L. WADE, *The European Union as a counter-terrorism actor: right path, wrong direction?*, *Crime Law and Social Change*, 2014, 62, p. 369; MURPHY, A. BORDA, L. ZAMMIT HOYTE, *The perspectives of counter-terrorism operatives on EU counter-terrorism law and policy*, in F. DE LONDRAS, J. DOODY (éds.), *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, London, 2015, p. 157 A. NATO, *The European Public Prosecutor's Office between Counter-Terrorism and Strengthening of the European Citizens' Safety*, *Civitas Europa*, 2016, 37(2), pp. 317-338. *Contra* C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2010, p. 189; J.-C. MARTIN, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2015, 2, p. 342.

3. DEUXIÈME PARTIE Droits fondamentaux et Parquet européen

3.1. TITRE PREMIER Les droits fondamentaux en droit pénal européen

L'article 67, al. 1, du TFUE précise que l'espace de liberté, de sécurité et de justice doit se constituer « dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres »²⁸⁴. Le premier élément auquel l'article renvoie sont les valeurs communes aux États membres, qui sont rappelées à l'article 6 du TUE. Il s'agit des droits, libertés et principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne a la même valeur juridique que le Traité des droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, dont le Traité précise qu'ils font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux²⁸⁵.

Dans ce cadre, la création du Parquet européen est envisagée, soit à dire d'un organe de poursuite national. Une telle création nécessite de vérifier le respect des droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. L'évaluation du respect de ces derniers appelle une définition tant de la portée que du contenu desdits droits fondamentaux afférents plus directement au droit pénal sinon à la procédure pénale. En effet, le Parquet européen devra respecter le même niveau de protection de ces droits garanti au niveau européen.

Dans ce titre, l'examen porte sur les principes fondamentaux consacrés au niveau européen qui concernent le droit pénal matériel, afin de vérifier si la configuration des infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen respecte lesdits principes. Il sera en particulier apprécié le niveau de protection à un échelon européen des principes de légalité, de culpabilité et de l'exigence de protection d'un intérêt légitime suffisant.

L'analyse de la portée et du contenu des droits fondamentaux procéduraux est également importante

²⁸⁴Voy. à cet égard l'article 67, al. 1 du TFUE. Voy. également l'article 82, al. 2 et 3 et l'article 83, al. 3 du TFUE, conformément auxquels le rapprochement des droits procéduraux fait l'objet d'une clause de sauvegarde des aspects fondamentaux du système de justice pénale des États membres. L'article 82, al. 2 du TFUE, en particulier, prévoit que les « règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres », tandis que l'alinéa 3 établit : « Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visée au paragraphe 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi ».

²⁸⁵Pour une analyse de l'évolution du système de protection des droits fondamentaux au niveau européen, voy. G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, in Scritti in onore di F. Mancini, II, Giuffrè, 1993, p. 831; A. TIZZANO, L'azione dell'Unione Europea per la promozione e protezione dei diritti umani, Il Diritto dell'Unione europea, 1999, 1, p. 149; F. BENOIT-ROHMER, Les droits de l'homme dans l'Union européenne: de Rome à Nice, in L.S. ROSSI (éd.), Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea, Giuffrè, 2002, p. 19; F.-X. ROUX-DEMARE, De l'entraide pénale à l'Europe pénale, thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012, pp. 235 et s..

pour vérifier si les règles de procédure relatives aux enquêtes et aux poursuites respectent le principe de légalité procédurale, le droit à un procès équitable, le droit à un recours effectif, la présomption d'innocence, les droits de la défense et le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction.

3.1.1. CHAPITRE PREMIER Les droits fondamentaux de droit pénal matériel

3.1.1.1. Le principe de légalité des délits et des peines

Le principe de légalité des délits et des peines est énoncé expressément à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le principe de légalité existait dans l'ordre juridique européen même avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en tant que principe général du droit de l'Union. Il était garanti en effet par la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et il résultait des traditions constitutionnelles communes aux États membres.

Conformément au principe de légalité consacré par la Charte « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée »²⁸⁶.

Le principe de légalité, qui est un principe fondamental de l'État de droit, est initialement compris comme une garantie contre l'arbitraire du pouvoir exécutif et judiciaire. La définition des infractions et des peines est une compétence attribuée au Parlement, qui ne peut pas être exercée par les représentants des autres pouvoirs législatifs.

Le principe de légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), consacré à l'article 49 de la Charte, a le même sens et la même portée que le droit garanti par la CEDH. Les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, lesquelles doivent être dûment prises en considération dans l'interprétation de la Charte par les juridictions de l'Union et des États membres²⁸⁷, précisent en effet que, « conformément à l'article 52, paragraphe 3, le droit garanti a donc le même sens et la même portée que le droit garanti par la CEDH »²⁸⁸.

Le principe de légalité des délits et des peines est consacré à l'article 7 de la CEDH, qui a été interprété par la Cour EDH²⁸⁹ dans le sens que ce principe « prohibe, en particulier, l'application

²⁸⁶Voy. article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁸⁷Voy. article 6, al. 1 du TUE et l'article 52, al. 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁸⁸Voy. Explications relatives à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

²⁸⁹Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour EDH sur l'article 7 de la CEDH voy. Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines, guide préparé par la Division de la recherche et de la bibliothèque, au sein de la Direction du juriconsulte, Conseil

rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé »²⁹⁰. « S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »²⁹¹. La notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité²⁹².

Sur le plan de l'accessibilité, la Cour contrôle si la « loi » pénale ayant fondé la condamnation litigieuse était suffisamment accessible au requérant, c'est-à-dire si elle était publiée²⁹³.

En ce qui concerne la prévisibilité, le justiciable doit pouvoir savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente, au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux et le cas échéant après avoir recouru à des conseils éclairés, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale et quelle peine il encourt de ce chef²⁹⁴. La prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé. La prévisibilité doit être appréciée du point de vue de la personne condamnée et au moment de la commission des faits poursuivis²⁹⁵.

La Cour a souligné que la nécessité d'adopter des lois claires et prévisibles ne proscriit pas la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible²⁹⁶. La prévisibilité de l'interprétation jurisprudentielle concerne les éléments constitutifs de l'infraction et la peine applicable.

de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, [disponible en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_FRA.pdf], manuscrit finalisé au 31 janvier 2016.

290Voy. Cour EDH Kokkinakis c. Grèce, n° 14307/88, 25 mai 1993, § 52.

291Voy. Cour EDH Cantoni c. France, n° 17862/91, 15 novembre 1996, § 29

292Voy. Cour EDH, sentenza Achour c. Francia, n° 67335/01, del 10 novembre 2004, cit., par. 41.

293En ce qui concerne l'accessibilité de la jurisprudence interne qui interprétait un article de la loi, voy. Cour EDH Kokkinakis c. Grèce, n° 14307/88, point 40, et G. c. France, n° 15312/89, 27 septembre 1995, § 25 ; en ce qui concerne l'accessibilité d'un décret, voir Custers, Deveaux et Turk c. Danemark (déc.), n° 11843/03, 11847/03 et 11849/03, 3 mai 2007, point 82.

294Voy. Cour EDH Cantoni c. France, n° 17862/91, 15 novembre 1996, § 29 ; Kafkaris c. Chypre, n° 21906/04, 12 février 2008, point 140 ; Del Río Prada c. Espagne, n° 42750/09, 21 octobre 2013, point 79.

295Voy. Cour EDH Del Río Prada c. Espagne, n° 42750/09, 21 octobre 2013, points 112 et 117.

296Voy. Cour EDH S.W. c. Royaume-Uni, n° 20166/92, 22 novembre 1995, point 36 ; Stretetz, Kessler et Krenz c. Allemagne, n° 34044/96, 35532/97 e 44801/98, 22 mars 2001, point 50 ; Kononov c. Lettonie, n° 36376/04, 17 mai 2010, point 185.

La Cour de justice a adopté dans ses arrêts le concept de prévisibilité et d'accessibilité qui avaient été définis par la Cour EDH en définissant le contenu du principe de légalité dans l'ordre juridique européen²⁹⁷. La jurisprudence de la Cour de justice a toutefois à son tour influencé la jurisprudence de la Cour EDH, laquelle, faisant suite à la jurisprudence de la Cour de justice, dans l'affaire *Scoppola c. Italie* est revenu sur la jurisprudence établie par la Commission dans l'affaire *X c. Allemagne* et a considéré que « l'article 7 § 1 de la Convention ne garantit pas seulement le principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères, mais aussi, et implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Ce principe se traduit par la règle voulant que, si la loi pénale en vigueur au moment de la commission de l'infraction et les lois pénales postérieures adoptées avant le prononcé d'un jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu »²⁹⁸.

Dès l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour de justice a fait de moins en moins référence à la jurisprudence de la Cour EDH, en se référant de plus en plus souvent à l'article 49 de la Charte²⁹⁹. Du principe de légalité descendent trois corollaires : le principe de « réserve de la loi », le principe de précision et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

Le principe de « réserve de la loi » implique que le droit pénal étant « l'arme la plus puissante » de l'État, dans une société démocratique l'adoption des lois en matière pénale doit être légitimée par le peuple aussi directement que possible. La compétence à adopter la législation pénale est attribué donc au Parlement, qui est l'organe le plus proche des citoyens. L'exigence d'une loi parlementaire présente toutefois des traits spécifiques au niveau européen en considérant qu'il n'y a ni stricte séparation des pouvoirs, ni stricte séparation des fonctions entre les institutions européennes.

En considérant ensuite que « l'Union est dotée d'un ordre juridique d'un genre nouveau, ayant une nature qui lui est spécifique, un cadre constitutionnel et des principes fondateurs qui lui sont propres, une structure institutionnelle particulièrement élaborée ainsi qu'un ensemble complet de règles juridiques qui en assurent le fonctionnement », « au profit duquel les États qui en sont membres ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement ces États, mais également leurs ressortissants »³⁰⁰, les relations entre

297Voy. CJUE, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, affaire C-303/05, du 3 mai 2007, ECLI:EU:C:2007:261, point 50 ; *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH et autres, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH et ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, du 28 juin 2005, ECLI:EU:C:2005:408, points 215-219.

298Voy. Cour EDH, *Scoppola c. Italia* (n° 2), n° 10249/03, 17 septembre 2009, point 109.

299Voy. CJUE, arrêt *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commission*, C-352/09 P, 29 mars 2011, ECLI:EU:C:2011:191 ; *Özlem Garenfeld*, C-405/10, 10 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:722, par. 48. Voy. aussi V. MITSILEGAS, Article 49, Principles of Legality and Proportionality, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart/Beck, 2014 p. 1359 et s..

300Voy. CJUE (assemblée plénière), avis 2/13, du 18 décembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, points 157-158.

institutions européennes et autorités nationales revêtent une importance fondamentale³⁰¹.

La jurisprudence de la Cour de justice a en particulier souligné que les infractions et les sanctions supposent « une base légale préalable qui en définit les conditions et la portée »³⁰² et que la nécessité de respecter le principe de légalité « ne peut pas en effet conduire à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée ni, à plus forte raison, conduire à déterminer ou à aggraver, sur la base de la directive et en l'absence d'une loi prise pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions communautaires »³⁰³.

Les dispositions d'une directive non transposée ne peuvent pas donc conduire à déterminer ou à aggraver, en l'absence d'une loi nationale prise pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale des personnes qui agissent en infraction aux dispositions de la directive, sous peine de violation du principe de légalité. Le même principe est valable en ce qui concerne l'obligation d'interprétation conforme aux actes européens. En particulier, la Cour a établi que l'obligation « pour le juge national de se référer au contenu d'une directive dans l'interprétation des règles pertinentes de son droit national trouve ses limites, notamment lorsqu'une telle interprétation conduit à déterminer ou à aggraver, sur la base de la directive et indépendamment d'une loi prise pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »³⁰⁴.

La même interdiction de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale des personnes qui agissent en infraction aux dispositions d'un instrument européen a été statuée par la Cour de justice à l'égard des dispositions d'une décision-cadre³⁰⁵.

La Cour de justice a affirmé que même une interprétation conforme des dispositions des règlements européens ne peut pas conduire à déterminer ou aggraver la responsabilité pénale des personnes qui agissent en infraction aux dispositions du règlement³⁰⁶.

301Voy. C. PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law*, Antwerp, Intersentia, 2015; C. PERISTERIDOU, *The principle of lex certa in national law and European perspectives*, in A. H. KLIP (éd.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp, Maklu, 2011, pp. 69-95; E. CLAES, *Legality and Lex Certa in the Criminal Law*, in A. H. KLIP, (éd.), *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., pp. 97-102.

302CJUE, *Milchwerke Köln/Wuppertal eG c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, affaire C-352/92, 14 juillet 1994, ECLI:EU:C:1994:294, point 22.

303Voy., notamment, arrêts *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, 8 octobre 1987, ECLI:EU:C:1987:431, point 14, et du 26 septembre 1996, *Arcaro*, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363, point 42 ; *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH et autres, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH et ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P, du 28 juin 2005, cit., point 221.

304Voy. CJUE, *procédures pénales contre X*, affaires jointes C-74/95 et C-129/95, du 12 décembre 1996, ECLI:EU:C:1996:239, point 24.

305Voy. CJUE, *Maria Pupino, causa C-105/03*, del 16 giugno 2005, ECLI:EU:C:2005:386, par. 45.

306Voy. CJUE, *X*, C-60/02, 7 janvier 2004, ECLI:EU:C:2004:10, par. 62-63. La Cour, en particulier statue: « *Même si, dans l'affaire au principal, la règle communautaire en cause est un règlement, à savoir une norme qui, par nature, ne nécessite pas de mesures nationales de transposition, et non une directive, il convient de relever que l'article 11 du règlement n° 3295/94 donne aux États membres compétence pour adopter les sanctions des infractions aux comportements interdits par l'article 2 de ce règlement, ce qui rend transposable à ladite affaire le raisonnement suivi par la Cour pour les directives* ». Au paragraphe 63 la Cour établit: « *Dans l'hypothèse où la juridiction de*

Le principe de précision s'adresse en même temps au législateur et au juge. Le législateur doit en effet adopter des règles claires et précises en matière pénale. Le juge est, au contraire, obligé à une interprétation stricte de la norme pénale : il ne peut donc pas interpréter analogiquement la loi pénale.

Le principe de précision est étroitement lié dans la jurisprudence de la Cour de justice au principe de prévisibilité ; conformément à ce principe, donc, chacun doit être en mesure de prévoir quels comportements le rendent passible de sanctions pénales. Les textes d'incrimination doivent-ils donc être rédigés de manière claire et précise. La Cour, d'après la jurisprudence de la Cour EDH, affirme que « Le principe de légalité des délits et des peines implique que les règles communautaires définissent clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »³⁰⁷.

L'interdiction d'interprétation analogique *in malam partem* est également affirmé par la Cour de justice, laquelle a affirmé que « le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie, lequel est le corollaire du principe de la légalité des délits et des peines, et plus généralement du principe de la sécurité juridique, s'oppose à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi. Ce principe, qui fait partie des principes généraux de droit se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres, a également été consacré par différents traités internationaux, et notamment par l'article 7 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »³⁰⁸.

En considérant la nature spécifique du droit européen, certains auteurs estiment que c'est le droit national qui met en œuvre une directive européenne. Pour cela, ce dernier doit être précis et déterminé, et non l'acte européen que la législation nationale met en œuvre³⁰⁹. D'autres auteurs, au

renvoi parviendrait à la conclusion que le droit national n'interdit pas le transit sur le territoire autrichien de marchandises de contrefaçon, le principe de la légalité des peines, tel que consacré par l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui est un principe général du droit communautaire commun aux traditions constitutionnelles des États membres, interdirait de sanctionner pénalement un tel comportement, même dans le cas où la règle nationale serait contraire au droit communautaire". Voy. à cet égard M. DOUGAN, From the Velvet Glove to the Iron Fist: Sanctions and Penalties for the Enforcement of Community Law, in M. CREMONA (éd.), Compliance and Enforcement of Union Law, Oxford, OUP, 2012, pp. 74-131, p. 120.

307Voy. CJUE, arrêt International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport, C-308/06, 3 juin 2008, ECLI:EU:C:2008:312, point 71.

308Voy. CJUE, X, n° C-74/95 e C-129/95, 12 décembre 1996, ECLI:EU:C:1996:239, par. 25. Dans le même sens, voy. les conclusions de l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer, du 18 juin 1996, ECLI:EU:C:1996:239, point 63. Je cite : « Compris de cette façon, le principe de la sécurité juridique empêche de se prévaloir d'une directive communautaire pour étendre, au détriment du prévenu, les comportements pénalement sanctionnés à des hypothèses différentes de celles qui correspondent strictement à la description des faits répréhensibles qui est donnée par le droit pénal national ».

309Voy. A. KLIP, European Criminal Law, An Integrative Approach, cit., p. 182, qui critique le point de vue des auteurs

contraire, soulignent que, « bien que l'exercice de ses compétences en matière pénale par l'Union européenne suppose la reconnaissance au profit des États membres d'un certain pouvoir d'appréciation – lequel se traduit par une relative imprécision dans la rédaction des actes juridiques européens –, la nécessité d'incriminations claires et précises vaut, en tant que principe général du droit communautaire et pilier élémentaire de tout État de droit, également pour les actes juridiques européens »³¹⁰. Ils ont cependant mis en évidence que « plus la marge d'appréciation laissée aux États est étroite, plus l'acte européen doit être clair et précis dans sa formulation. Lorsque l'acte européen vise l'uniformisation (l'« harmonisation totale ») des législations, il doit satisfaire à l'exigence d'incriminations claires et précises de la même manière que les États. Cette exigence de clarté et de précision s'impose tout autant dans le cas où la disposition qui impose le recours à des sanctions pénales renvoie à d'autres textes européens, afin que les États membres puissent eux-mêmes satisfaire aux exigences de la légalité criminelle en transposant l'acte européen dans leur droit »³¹¹.

Le troisième corollaire du principe de légalité, notamment la non-rétroactivité de loi pénale plus sévère, établit enfin que nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit. Ce corollaire du principe de légalité, qui résulte également de l'exigence de prévisibilité du droit, a pour conséquence que les infractions répressives ne peuvent pas s'appliquer de manière rétroactive.

L'article 49 de la Charte prévoit également le principe de rétroactivité des lois nouvelles plus douces ou rétroactivité *in mitius*, selon lequel l'interdiction de la rétroactivité connaît une seule exception, en cas de dispositions *in favorem*. La loi pénale comportant des dispositions favorables à la

du Manifeste pour une politique criminelle européenne.

310Voy. Manifeste pour une politique criminelle européenne (EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (eds.), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, [disponible en ligne: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf], 2009, 8, p. 743-744), qui estiment que certaines actes juridiques concernant le droit pénal répondent à l'exigence (découlant du principe de légalité) de la rédaction d'incriminations claires et précises. En particulier, ils se réfèrent à la Décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L 140 du 14.6.2000, p. 1–3 ; la Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, JO L 335 du 11.11.2004, p. 8–11 ; e la Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203 du 1.8.2002, p. 1–4. Ils ont toutefois estimé que les suivantes actes juridiques, du point de vue de la clarté et de la précision des incriminations, prêtent le flan à la critique: notamment la Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, JO L 13 du 20.1.2004, p. 44–48 ; la Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, JO L 328 du 6.12.2008, p. 55–58 ; la Décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, JO L 192 du 31.7.2003, p. 54–56 ; la Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO L 328 du 6.12.2008, p. 28–37.

311EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (eds.), Manifeste pour une politique criminelle européenne, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, [disponible en ligne: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf], 2009, 8, p. 738. Voy., L. FOFFANI, Il “Manifesto sulla politica criminale europea”, Criminalia, 2010, pp. 666-667.

personne poursuivie s'applique aux faits antérieurs à son entrée en vigueur. Les dispositions d'une loi nouvelle doivent être considérées plus douces dans les cas où elles font disparaître ou atténuent la répression. La Cour avait déjà affirmé avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne que « le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Il en découle que ce principe doit être considéré comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre le droit communautaire »³¹².

3.1.1.2. L'exigence de la protection d'un intérêt légitime suffisant

Dans les cas où le législateur européen se reconnaît une compétence en matière pénale, il ne peut exercer cette compétence qu'en vue de protéger des intérêts fondamentaux. Le contrôle de l'existence d'un intérêt légitime suffisant est donc fondamental afin de vérifier si l'adoption de l'instrument pénal est nécessaire pour réglementer et sanctionner ces infractions.

Cette exigence, qui n'est réglementée ni dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ni dans la CEDH, découle, en droit européen, du principe de proportionnalité³¹³. Il y a été affirmé que ce n'est que « lorsqu'une disposition pénale tend à protéger un tel intérêt, particulièrement important, qu'elle peut poursuivre un objectif légitime et être conforme aux exigences de proportionnalité ». Le législateur européen pourrait donc exercer sa compétence en matière pénale seulement dans le cas où il vise à protéger des intérêts fondamentaux (1) reconnus par le droit primaire de l'Union, (2) qui ne sont en contradiction ni avec les traditions constitutionnelles des États membres ni avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (3) et dont la méconnaissance cause un trouble particulièrement grave à la société³¹⁴.

L'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne constitue, comme l'article 5 du TUE, le fondement juridique du principe. Le droit à la liberté personnelle, dont une personne peut être dépourvue à la suite d'une condamnation pénale, peut être limité seulement si sont respectées les conditions prévues à l'article 52, al. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, il est établi que « Toute limitation de l'exercice des droits et

312Voy. CJUE, Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell'Utri e a., C-387/02, C-391/02, C-403/02, du 3 mai 2005, cit., points 68-69. Voy. à cet égard également les conclusions de l'Avocat Général Mme Julian Kokott présentées le 14 octobre 2004, ECLI:EU:C:2004:624.

313Voy. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (éds.), Manifesto sulla politica criminale europea, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, [disponible en ligne: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf], 2009, 8, p. 697.

314 Voy. à cet égard EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (éds.), Manifesto sulla politica criminale europea, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, [disponible en ligne: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf], 2009, 8, p. 738.

libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »³¹⁵.

Cette interprétation est aussi confirmée par la Commission dans la proposition de directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, où la Commission affirme que : « La présente proposition a des effets sur les droits et principes suivants de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: le droit à la liberté et le respect de la vie familiale (en cas de condamnation de l'auteur d'une infraction à une peine d'emprisonnement), la liberté professionnelle et la liberté d'entreprise (en cas d'interdiction d'exercer imposée à la personne condamnée), le droit de propriété (en cas de condamnation à fermer l'entreprise à l'origine des infractions, d'amendes pénales à la suite d'une condamnation et de confiscation), la légalité et la proportionnalité des délits (du fait de nouvelles définitions d'infractions) et le droit à ne pas être jugé deux fois pour une même infraction (en raison de l'interaction avec les régimes de sanctions administratives). Ces interférences sont justifiées parce qu'elles visent à répondre à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union (voir article 52, paragraphe 1, de la Charte) et, en particulier, à fournir des mesures effectives et dissuasives pour la protection des intérêts financiers de l'UE »³¹⁶.

La définition des intérêts fondamentaux qui méritent protection au niveau européen au moyen du droit pénal, qui a été adoptée par les auteurs du Manifeste pour une politique criminelle européenne adhère à la théorie du « bien juridiquement protégé » (*Rechtsgutslehre*)³¹⁷, selon laquelle l'objectif du droit est de protéger un bien juridique digne de protection pénale (*Rechtsgut*)³¹⁸.

Les intérêts fondamentaux qui sont protégés au niveau européen sont ceux qui ressortent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou des traités et qui sont objets des politiques européennes, telles que l'environnement, les marchés de capitaux, les intérêts financiers européens, la sécurité au travail ou la propriété intellectuelle³¹⁹.

315Voy. article 52, al. 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

316Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, le 11.7.2012, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final}, p. 8. Dans la proposition mentionnée, la Commission souligne également que « *Compte tenu de l'absence d'améliorations en ce qui concerne les niveaux des fraudes et irrégularités et de l'inefficacité des mesures actuellement en vigueur en vertu de la convention PIF, il est nécessaire d'adopter des mesures de droit pénal pour prévenir et combattre la fraude et les agissements illégaux qui s'y rapportent. On a soigneusement veillé à ce que ces mesures n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et à ce qu'elles soient proportionnées* ».

317Voy. M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, *European Criminal Law Review*, 2011, 1, p. 37.

318Voy. HASSEMER, NEUMANN, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Vol. 1, 3 éd., 2010, du paragraphe 1 n° 108 et s., 146 et s.; ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 éd., 2006, paragrafo 2 n. 1 et s.; RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, 13 Supplement 1990, du paragraph 1 n° 2.

319Voy. la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant

Dans la détermination des intérêts fondamentaux protégés au niveau européen, il faut établir, en premier lieu, si ces intérêts se limitent à ceux expressément réglementés dans les actes de droit primaire. A moins que la sanction par la voie du droit pénal englobe également comportements portant atteinte aux intérêts compatibles avec les intérêts prévus dans les Traités, mais ne sont pas expressément réglementés.

En deuxième lieu, il n'est pas toujours aisé de déterminer quels intérêts doivent être considérés comme fondamentaux et lesquels, au contraire, ne servent que d'instruments pour atteindre les objectifs des politiques européennes³²⁰.

En ce qui concerne la possibilité d'anticiper le seuil de protection des intérêts fondamentaux européens, le Conseil a établi que « Les dispositions pénales devraient se focaliser sur les comportements causant un préjudice réel ou menaçant gravement le droit ou l'intérêt essentiel qui fait l'objet de la protection, en d'autres termes, elles doivent éviter d'ériger en infraction un comportement à un stade trop précoce. Un comportement laissant seulement supposer l'existence d'un danger abstrait auquel serait exposé le droit ou l'intérêt protégé ne devrait être érigé en infraction que si cela est approprié compte tenu de l'importance particulière que revêt le droit ou l'intérêt faisant l'objet de la protection »³²¹.

Les activités criminelles doivent donc être punies seulement si elles affectent concrètement le bien juridique protégé par la disposition pénale ; le danger abstrait de nuire au bien juridique protégé peut être puni seulement dans le cas où l'anticipation du seuil de protection soit nécessaire pour protéger l'important bien juridique qui est objet de protection.

La législation européenne a surtout prévu l'anticipation du seuil de protection à une phase antérieure, en prévenant la menace terroriste. Le législateur européen a donc favorisé l'adoption des mesures destinées à éviter les dommages, à détecter au plus tôt le risque et à intervenir pour l'éviter ou le limiter. Ces mesures ne visent pas à supprimer les causes mais à éviter la réalisation du risque. Ces mesures concernent la détection, la surveillance, et la prévention immédiate du risque ou des dommages qu'il peut constituer ; ces mesures agissent donc sur la capacité du risque à se réaliser.

Les auteurs du Manifeste sur la politique pénale européenne estiment à ce propos que la décision-

atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, COM(2012) 363 final, le 11.7.2012, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final}. Voy. aussi N. BITZILEKIS, M. KAIIFA-GBANDI, E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter*, in B. SCHÜNEMANN (éd.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, pp. 222 et s.; R. HEFENDEHL, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, pp. 214 et s.; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005.

320Voy. à cet égard, M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, cit., p. 38; M. KAIIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, cit., p. 16.

321Conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les négociations menées par le Conseil dans le domaine du droit pénal, 2979^{ème} session du Conseil, Justice et affaires intérieures, Bruxelles, 30 novembre 2009, point 5.

cadre relative à la lutte contre le terrorisme prévoit des incriminations, qui « recouvrent toutefois des comportements qui se trouvent très en amont de la réalisation d'actes de terrorisme. L'Union européenne contraint ainsi les Etats membres à adopter des dispositions pénales destinées exclusivement à prévenir certains risques. Des personnes pourront être poursuivies pour en avoir incité d'autres à concevoir un projet criminel ou pour avoir soutenu une telle conception. Cet élargissement en amont du champ de la répression, à un moment où il n'y a encore aucune mise en danger (ni concrète ni abstraite) d'une personne ou d'un bien, n'est pas compatible avec le principe européen de proportionnalité, en tant que principe directeur de la politique criminelle. Il est impossible de soutenir que la répression d'un comportement qui ne présente aucun danger présent pour un intérêt protégé est nécessaire »³²².

Comme l'a souligné l'Avocat Général dans l'affaire *Spasic*, le législateur européen, en conclusion, pourra donc adopter une législation pénale qui limite le droit à la liberté personnelle des personnes seulement après avoir évalué si la législation pénale est la plus adéquate en l'espèce et si les mesures adoptées sont proportionnées aux objectifs qu'il veut atteindre³²³. En particulier, conformément à l'article 52, al. 1 de la Charte, en premier lieu, des limitations des droits fondamentaux consacrées par la Charte sont autorisées sous réserve qu'elles soient prévues par la loi et respectent le contenu essentiel des droits et libertés concernés.

En deuxième lieu, il est nécessaire de vérifier si ces limitations sont soumises à un critère de proportionnalité. À cet égard, « il convient de rappeler que le principe de proportionnalité exige, selon une jurisprudence constante de la Cour, que les actes des institutions de l'Union soient aptes à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation de ces objectifs »³²⁴. En vertu du principe de *ultima ratio*, en effet, un acte juridique imposant le recours à la répression pénale peut être considéré comme « nécessaire » au sens du principe européen de proportionnalité seulement s'il n'y a pas d'autre moyen plus doux de protéger les intérêts fondamentaux³²⁵. Il convient à cet égard de rappeler que dans le cas où le législateur européen ne respecte pas ces principes, la Cour de justice pourra vérifier la conformité de l'acte européen adopté avec le droit européen et, en

322Voy. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (éds.), Manifeste pour une politique criminelle européenne, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, [disponible en ligne: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf], 2009, 8, p. 720, à propos de la Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 330 du 9.12.2008, p. 21–23.

323Voy. les conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 2 mai 2014 n° C-129/14 PPU, Zoran Spasic, ECLI:EU:C:2014:739, paragraphes 79-109. L'arrêt de la Cour de justice est du 27 mai 2014. Voy. aussi à cet égard, CJUE, *WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, n° C-419/14, 17 décembre 2015, ECLI:EU:C:2015:832, paragraphe 70, 80-82.

324Voy. les conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen présentées le 2 mai 2014 n° C-129/14 PPU, Zoran Spasic, ECLI:EU:C:2014:739, paragraphe 91.

325Voy. Manifeste sur la politique criminelle européenne, cit., p. 717.

particulier, avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³²⁶.

3.1.1.3. Le principe de culpabilité

Au regard de la jurisprudence de la Cour de justice et de la législation européenne, l'accusation et la poursuite d'une personne à la suite d'une infraction criminelle, exige d'apporter la preuve, hors de tout doute raisonnable, de l'existence de deux éléments : l'*actus reus* et la *mens rea*. La condamnation d'une personne est subordonnée à la preuve d'un comportement interdit par la loi. Il est également nécessaire de prouver l'élément mental de l'infraction (*nulla poena sine culpa*), élément constitutif de cette dernière. Une accusation valide ne peut seulement se fonder sur la preuve de l'intention criminelle³²⁷.

Le principe de culpabilité n'est pas expressément organisé par les Traités européens³²⁸. Toutefois, sauf à résulter de traditions constitutionnelles communes aux États membres, ce principe point de façon implicite dans certaines dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Plus précisément, il resurgit aux articles 48 sur la présomption d'innocence, 6 concernant le droit à la liberté et 49 de la Charte.

Les explications de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, portant sur les articles précités, indiquent que ces mêmes droits correspondent à ceux garantis par la CEDH et révèlent, conformément à l'article 52, paragraphe 3, de la Charte, le même sens et la même portée. Dès lors, il paraît opportun d'exposer brièvement la jurisprudence de la Cour EDH.

326Voy. CJUE Wachauf, n° 5/88, 13 juillet 1989, ECLI:EU:C:1989:321, point 18; Dokter e a., n° C-28/05, 15 juin 2006, ECLI:EU:C:2006:408, point 75 e la jurisprudence citée ; G. e R., n° C-383/13 PPU, 10 septembre 2013, ECLI:EU:C:2013:533, point 33.

327Le principe de culpabilité dans le système juridique allemand est lié à la dignité humaine et revêt donc un rôle fondamental. Voy à cet égard arrêt Traité de Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 al paragrafo 364. Sur le principe de culpabilité, voy. A. ASHWORTH, J. HORDER, Principles of Criminal Law, 7 ed., Oxford University Press, 2013, p. 74; A. BRUDNER, Agency and Welfare in Criminal Law, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (éds.), Action and Value in Criminal Law, Clarendon Press, 1993, p. 35. In riferimento, in particolare al principio di colpevolezza nei sistemi di common law si legga, in generale, C. DE THAN, R. HEATON, Criminal Law, 4 ed., Oxford University Press, 2013, pp. 50–89; R. CARD, Card, Cross & Jones Criminal Law, 21 ed., Oxford University Press, 2014, pp. 69–109; N. PADFIELD, Criminal Law, 9 ed., Oxford University Press, 2014, pp. 47–75; A. ASHWORTH, Sentencing and Criminal Justice, 6 ed., Cambridge University Press, 2015, pp. 157–159. Per quanto riguarda le caratteristiche del principio di colpevolezza nei sistemi di civil law si legga, invece, in generale, F. MANTOVANI, Diritto penale, Cedam, 2011, pp. 283 e seg.; G. MAGGIORE, Prolegomeni al concetto di colpevolezza, Priulla, 1951; M. GALLO, Il concetto unitario di colpevolezza, Giuffrè editore, 1951; P. NUVOLONE, La concezione giuridica italiana della colpevolezza, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1976, 3; T. PADOVANI, Teoria della colpevolezza e scopi della pena, Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1987, p. 798; M. BADAR, Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals, International Criminal Law Review, 2005, 5(2), p. 203. Per quanto riguarda il principio di colpevolezza a livello europeo si legga M. BADAR, The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach, Bloomsbury Publishing, 2013.

328Pour une analyse du principe de culpabilité au niveau européen, voy. J. BLOMSMA, Fault Elements in EU Criminal Law: the Case for Recklessness, in A. KLIP, Substantive Criminal Law of the European Union, Antwerp, Maklu, 2011, pp. 161-171.

La Cour EDH qualifie le principe de culpabilité de principe fondamental en matière pénale et, bien qu'il ne soit pas expressément réglementé par la CEDH, il découle de l'article 6, al. 2 de la CEDH ayant trait à la présomption d'innocence³²⁹ et de l'article 7 de la CEDH relatif au principe de légalité³³⁰.

L'emploi de l'article 6, al. 2 de la CEDH, comme base juridique pour le principe de culpabilité, conduit à considérer ce principe comme un droit procédural, selon lequel la culpabilité de tout accusé doit être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable³³¹. Le principe de

329Voy. à cet égard l'arrêt de la Cour EDH A.P., M.P. e T.P. c. Suisse, n° 19958/92, 29 août 1997, par. 47 e 48 ; E.L., R.L. e J.O.-L. c. Suisse, n° 20919/92, 29 août 1997. Dans le premier arrêt la Cour a affirmé : *“En l'espèce, la Cour n'estime pas nécessaire de décider si la culpabilité du défunt a été légalement établie. Conformément à l'article 130 § 1 de l'arrêté concernant la perception d'un impôt fédéral direct, la procédure en recouvrement fut engagée contre les requérants eux-mêmes et c'est à eux que les amendes furent infligées (paragraphe 11 et 21 ci-dessus). Il faut dès lors admettre que, indépendamment du point de savoir si feu M. P. était ou non réellement coupable, les requérants ont fait l'objet d'une sanction pénale pour une fraude fiscale imputée au défunt. Or il existe une règle fondamentale du droit pénal, selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux. C'est ce que reconnaît en fait, en Suisse, le droit pénal général, notamment l'article 48 § 3 du code pénal, aux termes duquel l'amende tombe si le condamné vient à décéder (paragraphe 31 ci-dessus). De l'avis de la Cour, cette règle est aussi requise par la présomption d'innocence consacrée à l'article 6 § 2 de la Convention. Hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit. Il y a dès lors eu violation de l'article 6 § 2”*. Sur l'art. 6, par. 2 de la CEDH, voy. CHENAL, TAMIETTI, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (éds.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, p. 222 et s.; MEYER-LADEWIG, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention, 3 ed., 2011, p. 175 et s. Sulla presunzione d'innocenza si legga, altresì, G. PALMISANO (éd.), *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instruments*, Brill Nijhoff, 2014; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, 2014; S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (éds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Hart Publishing, 2015; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, 2005, p. 153 et s.

330Voy. CEDH Varvara c. Italie, n° 17475/09, 29 octobre 2013, par. 69. Voy. également Sud Fondi s.r.l. c. Italie, n° 75909/01, 10 mai 2002, par. 116, où la Cour affirme : *“En ce qui concerne la Convention, l'article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur. Cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de “guilty” (dans la version anglaise) et la notion correspondante de “personne coupable” (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction. A défaut, la peine ne serait pas justifiée. Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme “coupable” et la “punir” alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime”*.

331Voy. à cet égard, CEDH Salabiaku c. France, n° 10519/83, 7 octobre 1988, où la Cour affirme (par. 27 et s.): *“[omissis...] les États contractants demeurent libres, en principe, de réprimer au pénal un acte accompli hors de l'exercice normal de l'un des droits que protège la Convention (arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, p. 34, par. 81) et, partant, de définir les éléments constitutifs de pareille infraction. Ils peuvent notamment, toujours en principe et sous certaines conditions, rendre punissable un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence; leurs législations respectives en offrent des exemples. [omissis...] D'un fait matériel qui ne s'analyse pas nécessairement lui-même en délit ni en contravention, il induit que la “responsabilité pénale” de l'importation frauduleuse de marchandises, prohibées ou non, ou de leur défaut de déclaration pèse sur le détenteur. Il en tire une présomption légale en vertu de laquelle le tribunal de grande instance de Bobigny, puis la cour d'appel de Paris ont déclaré l'intéressé “coupable (...) d'importation en contrebande de marchandises prohibées” (paragraphe 13-14 ci-dessus), délit douanier qui se conçoit avec ou sans détention de la chose et que visent les articles 414 et 417. [omissis...] Le glissement ainsi opéré de l'idée de responsabilité pénale à la notion de culpabilité illustre le caractère très relatif de pareille distinction; il soulève un problème sous l'angle de l'article 6 par. 2 (art. 6-2) de la Convention. Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil. Si, comme semble le penser la Commission (paragraphe 64 du rapport), le paragraphe 2 de l'article 6 (art. 6-2) se bornait à énoncer une*

culpabilité n'était donc pas considéré un élément constitutif de l'infraction, mais le respect de ce principe avait été réduit à une évaluation relative à la charge de la preuve.

La Cour a donc affirmé dans sa jurisprudence postérieure que le principe de culpabilité découlait de l'article 7 de la CEDH relatif au principe de légalité dans l'arrêt *Sud Fondi srl e a.*³³². La Cour EDH a en effet affirmé que : « l'article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur. Cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de « guilty » (dans la version anglaise) et la notion correspondante de « personne coupable » (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction. A défaut, la peine ne serait pas justifiée. Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme « coupable » et la « punir » alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime. Sous l'angle de l'article 7, pour les raisons développées plus haut, un cadre législatif qui ne permet pas à un accusé de connaître le sens et la portée de la loi pénale est défaillant non seulement par rapport aux conditions générales de « qualité » de la « loi » mais également par rapport aux exigences spécifiques de la légalité pénale »³³³.

Le principe de culpabilité n'est pas expressément mentionné dans les Traités ou autres sources de droit de l'Union européenne. Toutefois, le législateur européen et la Cour de justice ont considéré le principe de culpabilité comme l'un des principes généraux régissant le droit pénal européen.

Ils ne déduisent le principe de culpabilité ni du principe de légalité ni de celui de présomption

garantie à respecter par les magistrats pendant le déroulement des instances judiciaires, ses exigences se confondraient en pratique, dans une large mesure, avec le devoir d'impartialité qu'impose le paragraphe 1 (art. 6-1). Surtout, le législateur national pourrait à sa guise priver le juge du fond d'un véritable pouvoir d'appréciation, et vider la présomption d'innocence de sa substance, si les mots "légalement établie" impliquaient un renvoi inconditionnel au droit interne. Un tel résultat ne saurait se concilier avec l'objet et le but de l'article 6 (art. 6) qui, en protégeant le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de la présomption d'innocence, entend consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit (voir, entre autres, l'arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, série A no 30, p. 34, par. 55). L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense. La Cour recherchera si elles ont été franchies au détriment de M. Salabiaku". Voy. également le commentaire à l'article 48, par. 1 de la Charte in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (éds.), The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary, Hart Publishing, 2014; S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (éds.), The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing, Hart Publishing, 2015; ABBADESSA, Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali, in MANES, ZAGRELBESKY (éds.), La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano, Milano, Giuffrè, 2011, p. 383 et s. Voy. aussi CEDH Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Suède, n° 36985/97, 23 juillet 2002, par. 112; Janosevic c. Suède, n° 34619/97, 23 juillet 2002, par. 100; Pham Hoang c. France, n° 13191/87, 25 septembre 1992, par. 33; Radio France e altri c. France, n° 53984/00, 30 mars 2004, par. 24; G. c. Royaume-Uni, n° 37334/08, 30 août 2011, par. 26.

³³²Voy. à cet égard, Cour EDH Sud Fondi srl c. Italie, n° 75909/01, 20 janvier 2009.

³³³Voy. CEDH, arrêt Sud Fondi srl c. Italie, n° 75909/01, 20 janvier 2009, par. 116 e 117.

d'innocence car il est davantage considéré comme un principe autonome régissant le droit pénal européen³³⁴.

Le caractère intentionnel d'une infraction est identifié par le législateur européen surtout face au degré le plus intense de culpabilité, notamment l'intentionnalité. Le Conseil, en rédigeant des conclusions relatives aux dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par celui-ci dans le domaine du droit pénal, affirme que : « la législation pénale de l'UE ne devrait, en principe, sanctionner que des actes commis délibérément. Les actes de négligence devraient être érigés en infractions lorsqu'une évaluation au cas par cas fait apparaître que cela est approprié en raison de l'importance particulière que revêt le droit ou l'intérêt essentiel faisant l'objet d'une protection, par exemple dans des cas de négligence grave mettant en danger la vie humaine ou causant un préjudice grave »³³⁵.

Dans une résolution du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal, le Parlement européen affiche la même position en « considérant que la législation pénale européenne devrait, en règle générale, prévoir des sanctions uniquement pour les actes commis intentionnellement ou, dans des cas exceptionnels, pour les actes résultant d'une grave négligence, et qu'elle doit reposer sur le principe de la culpabilité individuelle (*nulla poena sine culpa*), bien que, dans certains cas particuliers, il puisse être justifié d'invoquer la responsabilité des personnes morales pour certains types d'infractions »³³⁶.

La notion d'intentionnalité est utilisée par le législateur européen également dans les actes de rang secondaire, mais il n'est pas défini. Il est toutefois possible de trouver des indications qui permettent de définir le concept d'intentionnalité dans le considérant 18 de la Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie, où le législateur a précisé que « le caractère intentionnel de l'infraction peut notamment être déduit du fait qu'elle est récurrente

³³⁴Voy. Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal (2010/2310(INI)), JO C 264E du 13.9.2013, p. 7–11. La Cour de justice a développé sa jurisprudence relative au principe de culpabilité surtout dans le domaine de la concurrence. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de justice sur le principe de culpabilité, voy. l'arrêt *Maizena e a.*, affaire C-137/85, du 18 novembre 1987, ECLI:EU:C:1987:493, point 14, la Corte ha affermato che il principio *nulla poena sine culpa* è un principio “tipico del diritto penale”. La sua esistenza nell’ordinamento dell’Unione viene inoltre presupposta nella sentenza *Káserei Champignon Hofmeister*, C-210/00, 11 juillet 2002, ECLI:EU:C:2002:440, in particolare par. 35 e 44. Vedi, altresì, le conclusioni presentate dall’avvocato generale Lenz 11 juillet 1992 nella causa *Van der Tas*, causa C-143/91, ECLI:EU:C:1992:260, par. 11, nonché – in generale, sul principio di colpevolezza nell’applicazione di norme amministrative a carattere sanzionatorio – le conclusioni presentate dall’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer il 24 janvier 2008, affaire *Michaeler e a.*, cause riunite C-55/07 e C-56/07, ECLI:EU:C:2008:42, par. 56.

³³⁵Conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les négociations menées par le Conseil dans le domaine du droit pénal, 2979^{ème} session du Conseil, Justice et affaires intérieures, Bruxelles, 30 novembre 2009, p. 3 della versione inglese ; Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, le 27 novembre 2009, points 6-7.

³³⁶Voy. Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal (2010/2310(INI)), JO C 264E du 13.9.2013, p. 7–11, lettre J et point n. 4.

ou que l'infraction a été commise par l'intermédiaire d'un service en contrepartie d'un paiement »³³⁷.

A l'inverse d'autres instruments législatifs lacunaires, le Parlement européen esquisse une définition plus précise de l'élément intentionnel de l'infraction dans la directive relative à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal. Le Parlement européen propose d'insérer un considérant 9 *bis* précisant : « en ce qui concerne les infractions pénales commises par des personnes physiques telles qu'elles sont définies dans la présente directive, il est nécessaire d'établir le caractère intentionnel de tous les éléments constitutifs de ces infractions »³³⁸. Cette disposition souligne qu'il est nécessaire de vérifier si la conscience et la volonté d'accomplir un acte prohibé par la loi pénale couvre les éléments constitutifs des infractions. L'intention de commettre l'infraction reste insuffisante car elle ne couvre qu'un élément du fait commis.

La Cour de justice a confirmé cette approche en statuant que les termes "sciemment" et "volontairement" impliquent, d'une part, un élément de connaissance et, d'autre part, un élément de volonté. En l'espèce, la Cour, affirme que « ces deux éléments cumulatifs de connaissance et de volonté sont réunis lorsque la personne participant à une activité visée à l'article 7, paragraphe 4, du règlement n° 423/2007 recherche délibérément l'objet ou l'effet, direct ou indirect, de contournement attaché à celle-ci. Ils sont également remplis lorsque la personne en cause considère que sa participation à une telle activité peut avoir cet objet ou cet effet et qu'elle accepte cette possibilité »³³⁹.

Les conditions générales imposent donc que, « dans l'accomplissement de tout acte répréhensible, il faut que se trouvent réunies, chez l'auteur, une conscience et une volonté libres, c'est-à-dire qui ne soient pas annihilées par un trouble mental et/ou une contrainte »³⁴⁰.

Le législateur européen et la Cour de justice reconnaît également l'existence d'un degré mineur de la faute pénale, notamment la négligence³⁴¹.

Dans une Communication de 2011, la Commission a prévu que les définitions contenues dans les instruments de droit pénal de l'UE « comprennent toujours le comportement délibéré, mais aussi, dans certains cas, la négligence grave »³⁴². Cette solution reprend la position du Conseil elle-même

337Voy. le considérant 18 de la Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 26 du 28.1.2012, pp. 1–21.

338Voy. à cet égard la Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (COM(2012)0363 – C7-0192/2012 – 2012/0193(COD)) (Procédure législative ordinaire: première lecture).

339CJUE, Mohsen Afrasiabi et al., C-72/11, 21 décembre 2011, ECLI:EU:C:2011:874, points 66-67.

340Conclusions de l'Avocat Général Bot présentées dans l'affaire Mohsen Afrasiabi et al., C-72/11, du 16 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:737, par. 83.

341Voy. J. BLOMSMA, Fault elements in EU criminal law: the case of recklessness, in A. KLIP (éd.), Substantive Criminal Law of the European Union, Antwerp, Maklu, 2011, p. 144.

342Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer

confirmée par le Parlement européen en 2012. En effet, le Conseil avait affirmé que « les actes de négligence devraient être érigés en infractions lorsqu'une évaluation au cas par cas fait apparaître que cela est approprié en raison de l'importance particulière que revêt le droit ou l'intérêt essentiel faisant l'objet d'une protection, par exemple dans des cas de négligence grave mettant en danger la vie humaine ou causant un préjudice grave »³⁴³. De même, le Parlement européen a souligné que peuvent être prévues des sanctions seulement « dans des cas exceptionnels, pour les actes résultant d'une négligence grave »³⁴⁴.

Le degré minimal de faute requis au niveau européen est la négligence grave. Conformément aux recommandations des institutions européennes sus-mentionnées dans les instruments de droit pénal européens adoptés jusqu'à maintenant, il n'a pas été prévue la possibilité de punir l'auteur d'une infraction qui a été commise pour négligence. La notion de négligence grave a été définie par la Cour de justice dans l'arrêt *Intertanko*, où elle a affirmé que « la notion de « négligence grave » [...] doit être entendue comme impliquant une action ou omission involontaire par laquelle la personne responsable viole, d'une manière caractérisée, l'obligation de diligence qu'elle aurait dû et aurait pu respecter compte tenu de ses qualités, de ses connaissances, de ses aptitudes et de sa situation individuelle »³⁴⁵.

Enfin, le droit européen règlemente des cas de responsabilité stricte, bien que le Conseil eût affirmé que « une disposition pénale de l'UE ne devrait pas prévoir que l'on érige en infraction un acte commis sans intention délibérée ni négligence, en d'autres termes dans les cas de responsabilité sans faute »³⁴⁶.

Dans les affaires *Hansen et Vandevenne*³⁴⁷, la Cour de justice a affirmé, *a contrario*, que les principes de droit communautaire n'exigent ni n'empêchent l'introduction d'une responsabilité pénale objective. Cette conclusion a été mise en doute par l'Avocat Général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Aalborg Portland A/S c. Commission*³⁴⁸ et n'a pas été suivi par la Cour de justice dans l'affaire *van der Ham e van der Ham-Reijersen van Buuren c. College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*³⁴⁹. Dans cet arrêt, la Cour a établi qu'il est possible de considérer le bénéficiaire

une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 9.

343Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, le 27 novembre 2009, point 7.

344Résolution du Parlement européen du 22 mai 2012 sur une approche de l'Union européenne en matière de droit pénal (2010/2310(INI)), JO C 264E du 13.9.2013, p. 7–11, lettre J et point n. 4.

345CJUE, *The Queen*, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport, C-308/06, 3 juin 2008, cit., par. 77.

346Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal, 16542/2/09 REV 2, JAI 868 DROIPEN 160, le 27 novembre 2009, point 8.

347Voy. CJUE, *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, n° C-326/88, 10 juillet 1990, ECLI:EU:C:1990:291, par. 11-17 ; *Vandevenne et al.*, n° C-7/90, 2 octobre 1991, ECLI:EU:C:1991:363.

348CJUE, *Aalborg Portland A/S c. Commission*, n° C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, 7 janvier 2004, ECLI:EU:C:2004:6.

349CJUE, *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, n° C-396/12, 27 février 2014, ECLI:EU:C:2014:98.

d'aide comme responsable de la violation seulement s'il a agi par négligence ou par un acte intentionnel. Ainsi, la Cour a affirmé que la notion de négligence comprend l'acte ou l'omission d'un tiers à l'origine de la non-conformité aux règles. Dans une telle hypothèse, « même si le comportement propre du bénéficiaire d'aide n'est pas directement à l'origine de cette non-conformité, il peut l'être par le choix du tiers, par la surveillance de celui-ci ou par les instructions qui lui sont données. Par ailleurs, la responsabilité d'un bénéficiaire d'aide pour sa négligence ou son comportement intentionnel peut être établie indépendamment du caractère intentionnel ou négligent du comportement du tiers qui est à l'origine de la non-conformité aux règles de la conditionnalité »³⁵⁰.

La seule circonstance que des travaux ont été exécutés par d'autres personnes n'exclut pas, de l'avis de la Cour, une propre faute du propriétaire de l'exploitation. « Cette faute peut porter notamment sur le choix et la surveillance de l'exécutant ou sur les instructions qui lui sont données (*culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo*) »³⁵¹.

La possibilité d'étendre la responsabilité pénale aux personnes morales revêt une importance fondamentale dans la création du Parquet européen. Désormais, les formes de criminalité économique « impliquent une répartition à la fois horizontale (partage) et verticale (chaîne hiérarchique) du pouvoir de décision au sein de l'entreprise »³⁵².

Par conséquent, la responsabilité pénale personnelle se réfère au comportement coupable soit de personnes physiques soit de personnes morales³⁵³. Jusqu'à présent, le législateur européen n'a pas obligé les États membres à prévoir la responsabilité pénale des personnes morales, mais il leur a permis, au contraire, de choisir le type de responsabilité à prévoir en cas d'infractions commises par des personnes morales. La réglementation est donc très différente au niveau européen. Il y a des États membres où a été prévue une responsabilité administrative et des États membres où, au contraire, a été établie la responsabilité pénale des personnes morales³⁵⁴.

Cet approche a été suivi aussi récemment par la Commission, laquelle a affirmé que « d'une façon générale, la législation de l'UE recouvre les infractions commises tant par des personnes physiques que par des personnes morales comme des entreprises ou des associations. Ce dernier point a son

350 CJUE, A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland, n° C-396/12, 27 février 2014, cit., par. 45-46, notamment a été cité le point 51.

351 Conclusions de l'Avocat Général Juliane Kokott, présentées le 24 octobre 2013, A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland, n° C-396/12, ECLI:EU:C:2013:698, par. 67, et paragraphes 49-85.

352 Voy. M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres, Volume I, Antwerp, Groningen, Oxford, Intersentia, 2000, p. 35.

353 Voy. l'article 13 du *Corpus Juris* du 1997 (article 12 dans la version du 2000) et l'article 14 (article 13 dans la version du 2000).

354 Voy. pour la responsabilité des personnes morales au niveau européen, S. ADAM, N. COLETTE-BASECQZ, M. NIHOUL (éds.), La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, Corporate Criminal Liability in Europe, Bruxelles, La Charte, 2008. Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità penale dei dirigenti di impresa si legga l'interessantissimo contributo di K. LIGETI, Criminal Liability of Heads of Business, A Necessary Pillar in the Enforcement of the Protection of the Financial Interests of the EU, *Eu crim*, 2015, 4, p. 145.

importance dans de nombreux domaines comme, par exemple, les responsabilités en cas de déversements d'hydrocarbures. Cependant, dans la législation existante, le choix a toujours été laissé aux États membres du type de responsabilité pesant sur les personnes morales, le concept de responsabilité pénale des personnes morales n'existant pas dans tous les ordres juridiques nationaux »³⁵⁵.

Dans l'affaire *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, l'Avocat Général s'est prononcé en ce qui concerne la vérification de la culpabilité dans une infraction commise par des personnes morales. Il relève bien que l'application du principe de culpabilité « doit être modulée lorsqu'il s'agit de personnes morales, rien n'autorise à supprimer l'élément subjectif de la faute qu'il convient néanmoins d'objectiver quelque peu. En effet, l'élément volitif au sens strict est absent dans le cas d'entités collectives, mais une fiction juridique permet de leur imputer les infractions qui résultent de leurs comportements. Si elles sont incapables d'actes de volonté, elles sont en revanche capables d'enfreindre les normes auxquelles elles sont soumises. Le corollaire en est évidemment qu'on ne saurait leur imputer des infractions qu'elles n'ont pas commises »³⁵⁶.

La vérification de l'existence de l'élément subjectif de la faute doit donc être également effectuée en relation avec les personnes morales.

3.1.2. CHAPITRE DEUXIÈME Les droits fondamentaux relative au droit pénal procédural

3.1.2.1. Le droit à un recours juridictionnel effectif

Le droit à un recours effectif s'applique à toutes les branches du droit et correspond à une des composantes du droit à un procès équitable, notamment le droit d'accès à un tribunal. Ce principe représente un principe fondamental de l'État de droit.

La Cour de justice à cet égard a affirmé que l'Union européenne représente une « Union de droit » du moment que tous les actes adoptés par les institutions, organes ou organismes européens, sont soumis au contrôle de conformité à la charte constitutionnelle de base, constituée des Traités et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, la Cour a expressément énoncé que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité. Spécialement, par ses articles 173 et 184, d'une part, et par son article 177, d'autre part, le traité a établi un système complet de voies de recours et de

³⁵⁵Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2011) 573 final, le 20.9.2011, Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal, p. 9.

³⁵⁶Conclusions présentées par l'Avocat Général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, le 11 février 2003, n° C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S c. Commission*, ECLI:EU:C:2003:85, points 63-65.

procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions. Les personnes physiques et morales sont ainsi protégées contre l'application à leur égard des actes à portée générale qu'elles ne peuvent attaquer directement devant la Cour en raison des conditions particulières de recevabilité spécifiées à l'article 173, alinéa 2, du traité. Lorsque la mise en œuvre administrative de ces actes appartient aux institutions communautaires, les personnes physiques et morales peuvent introduire un recours direct devant la Cour contre les actes d'application dont elles sont les destinataires ou qui les concernent directement et individuellement et invoquer, à l'appui de ce recours, l'illégalité de l'acte général de base. Lorsque cette mise en œuvre incombe aux instances nationales, elles peuvent faire valoir l'invalidité des actes à portée générale devant les juridictions nationales et amener celles-ci à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles »³⁵⁷.

La mise en place d'un système complet de voies de recours et de procédures destiné à confier à la Cour de justice le contrôle de la légalité des actes des institutions, organes et organismes de l'Union représente donc un des traits distinctifs de l'Union européenne. Il permet en effet de caractériser l'Union comme une « Union de droit ». Le droit à un recours juridictionnel effectif, dès l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, a été consacré dans les articles 19 du TUE³⁵⁸ et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁵⁹.

Le système de voies de recours et de procédures au niveau européen prévoit que les États membres et les institutions, organes et organismes de l'Union coopèrent en vue d'établir les voies de recours

357CJUE, Parti écologiste “Les Verts” c. Parlement, 294/83, du 23 avril 1986, ECLI:EU:C:1986:166, par. 23. Voy. À cet égard l'analyse de PECH, L., *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, [disponible en ligne: <http://www.jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/090401.pdf>], Jean Monnet Working Paper 04/09. Pour la définition du « judicial review », voy. Q. C. WILSON, *Judicial review. An introduction to the Key Principles*, in P. VON BERG (éd.), *Criminal Judicial Review: A Practitioner's Guide to Judicial Review in the Criminal Justice System and Related Areas*, Hart Publishing, 2014, p. 6 et s..

358L'article 19 du TFUE dit littéralement : « *La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. La Cour de justice est composée d'un juge par État membre. Elle est assistée d'avocats généraux. Le Tribunal compte au moins un juge par État membre. Les juges et les avocats généraux de la Cour de justice et les juges du Tribunal sont choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et réunissant les conditions visées aux articles 253 et 254 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ils sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres pour six ans. Les juges et les avocats généraux sortants peuvent être nommés de nouveau.* 3. *La Cour de justice de l'Union européen ne statue conformément aux traités: a) sur les recours formés par un État membre, une institution ou des personnes physiques ou morales; b) à titre préjudiciel, à la demande des juridictions nationales, sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'actes adoptés par les institutions; c) dans les autres cas prévus par les traités ».*

359L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne stipule : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».* Sur la portée de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. D. SHELTON, *Sources of Article 47 Rights*, in A. WARD, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER (éds.), *The EU Charter of Fundamental rights. A Commentary*, Hart Publishing, 2014, p.p. 1210-1211. Voy. également les articles 6 et 13 de la CEDH.

nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union. En effet, la Cour de justice a souligné que les juridictions nationales « peuvent examiner la validité d'un acte communautaire et, si elles n'estiment pas fondés les moyens d'invalidité que les parties invoquent devant elles, rejeter ces moyens en concluant que l'acte est pleinement valide. En effet, en agissant de la sorte, elles ne mettent pas en cause l'existence de l'acte communautaire. En revanche, elles n'ont pas le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires. En effet, [...] les compétences reconnues à la Cour par l'article 177 ont essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales »³⁶⁰.

La Cour a souligné que l'exigence d'uniformité « est particulièrement impérieuse, lorsque la validité d'un acte communautaire est en cause. Des divergences entre les juridictions des États membres quant à la validité des actes communautaires seraient susceptibles de compromettre l'unité même de l'ordre juridique communautaire et de porter atteinte à l'exigence fondamentale de la sécurité juridique »³⁶¹.

Le contrôle de la Cour de Justice s'est élargi car il n'est plus seulement limité aux actes législatifs adoptés par les institutions européennes, mais il s'étend également aux actes d'organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers³⁶².

Toutefois, la nature juridique du Parquet européen ne demeure pas claire. Bien qu'éventuellement assimilé comme une agence européenne, il présente en tant qu'organe de poursuite supranational des caractéristiques spécifiques qui le distinguent des agences de régulation européennes. En ce qui concerne les actes adoptés par le Parquet européen, il faut prévoir des voies de recours spécifiques. En particulier, il convient de distinguer recours *ex ante* et recours *ex post*. L'identification des plus adéquates voies de recours contre les actes du Parquet européen sera examinée dans le deuxième titre de cette partie. Néanmoins, il faut mentionner à quelles conditions il est possible en général d'intenter un recours devant la Cour de justice.

En ce qui concerne le recours en annulation, voie de recours fondamentale dans l'ordre juridique européen, la Cour de justice est le seul organe compétent pour contrôler la légalité des actes adoptés par les institutions, organes ou organismes européens. En effet, comme la Cour l'a affirmé, « il y a d'ailleurs lieu de souligner que c'est la Cour qui est la mieux placée pour se prononcer sur la validité des actes communautaires. En effet, les institutions communautaires dont les actes sont mis en cause ont, en vertu de l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice de la CEE, le droit d'intervenir devant la Cour pour défendre la validité de ces actes. En outre, la Cour peut, en vertu de l'article 21, alinéa 2, du même protocole, demander aux institutions communautaires qui ne sont pas

360CJUE, arrêt Foto Frost, affaire 314/85, du 22 octobre 1987, ECLI:EU:C:1987:452, points 14-15.

361CJUE, arrêt Foto Frost, affaire 314/85, du 22 octobre 1987, ECLI:EU:C:1987:452, points 14-15.

362Voy. article 263 du TFUE et arrêt Sogelma c. EAR, affaire T-411/06, du 8 octobre 2008, ECLI:EU:T:2008:419.

parties au procès tous renseignements qu'elle estime nécessaires aux fins du procès »³⁶³.

Le recours en annulation consiste en un contrôle de la légalité des actes européens pouvant conduire à l'annulation de l'acte concerné. L'article 263 attribue la compétence exclusive à la Cour pour annuler un acte d'une institution européenne car la cohérence du système exige que le pouvoir de constater l'invalidité du même acte, si elle est soulevée devant une juridiction nationale, soit également réservé à la Cour³⁶⁴.

Conformément à l'article 263 du TFUE, le recours en annulation peut être introduit à certaines conditions. En premier lieu, la Cour de justice peut contrôler la légalité des actes émanant d'institutions, organes ou organismes de l'Union, qui soient « destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers »³⁶⁵.

La Cour a interprété cette condition dans le sens que « ne sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation que les mesures produisant des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du requérant, en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique »³⁶⁶.

Partant de la jurisprudence de la Cour, ce ne sont pas seulement les actes préparatoires qui échappent au contrôle juridictionnel prévu à l'article 263 CE, mais tout acte ne produisant pas d'effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts du justiciable, tels que les actes confirmatifs et les actes de pure exécution, les simples recommandations et avis et, en principe, les instructions internes³⁶⁷.

La Cour a donc décrété irrecevable un recours contre les actes d'investigation de l'OLAF, puisque, comme elle a affirmé, « il n'en résulte pas que les mesures préparatoires que constituent, pour ce fonctionnaire, l'ouverture et la conduite d'une enquête interne, puissent faire l'objet d'un recours indépendant, distinct de celui que l'intéressé est recevable à présenter contre la décision finale de

363CJUE, arrêt Foto Frost, affaire 314/85, du 22 octobre 1987, ECLI:EU:C:1987:452, points 18.

364CJUE Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, n° C-461/03, 6 décembre 2005, ECLI:EU:C:2005:742, par. 21-22 e jurisprudence citée ; Aziz Melki e Sélim Abdeli, C-188/10 et C-189/10, 22 juin 2010, ECLI:EU:C:2010:363, par. 54 ; Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA, n° C-119/05, 18 juillet 2007, ECLI:EU:C:2007:434, par. 53 ; R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et al. c. Commission, n° C-131/03 P, 12 septembre 2006, ECLI:EU:C:2006:541, par. 80 ; Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil, n° C-50/00, 25 juillet 2002, ECLI:EU:C:2002:197, par. 38-40 ; Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, affaire 314/85, 22 octobre 1987, ECLI:EU:C:1987:452, par. 15-20 ; SpA International Chemical Corporation c. Amministrazione delle finanze dello Stato, n° 66/80, 13 mai 1981, ECLI:EU:C:1981:102, par. 9-12. Voy. SCHONARD, Judicial review of EU acts affecting criminal proceedings, *European Criminal Law Review*, 2012, 2, pp. 63–64; M. LUCHTMAN, J.A.E. VERVAELE, European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office), *Utrecht Law Review*, 2014, 10(5), p. 144; J. INGHELDRAM, Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look forward to a European Public Prosecutor's Office, Groningen, Europa Law Publishing, 2011.

365Voy. article 263, al. 1 du TFUE.

366CJUE, Internationaler Hilfsfonds eV c. Commissione europea, n° C-362/08 P, 26 janvier 2010, ECLI:EU:C:2010:40, par. 51 ; R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et al. c. Commission, n° C-131/03 P, 12 septembre 2006, ECLI:EU:C:2006:541, par. 54 e giurisprudenza ivi citata. Voy. K. LENAERTS, Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union, *Cahiers de droit européen*, 2009, pp. 711-745.

367CJUE, arrêt R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et al. c. Commission, n° C-131/03 P, 12 septembre 2006, ECLI:EU:C:2006:541, points 55-56 et jurisprudence citée.

l'administration. En effet, contrairement à ce que soutient le requérant, ni l'existence, à la supposer établie, d'atteintes aux droits de la défense ni le fait que des enquêtes internes soient diligentées ne permettent à eux seuls de démontrer qu'un acte faisant grief, c'est-à-dire susceptible de recours contentieux, a été pris »³⁶⁸.

En vertu de l'article 263, al. 4 du TFUE, les particuliers sont également en mesure de saisir la CJUE, mais, contrairement aux requérants privilégiés, ils doivent démontrer un intérêt à agir pour demander l'annulation d'un acte européen. Ainsi, l'acte contesté doit être à destination du requérant ou le concerner directement et individuellement³⁶⁹. La Cour a insisté sur le fait que les conditions prévues par l'article 263 ne sont pas incompatibles avec l'article 47 de la Charte, qui prévoit le droit à un recours juridictionnel effectif. En effet, la Cour a affirmé que « Eu égard à la protection conférée par l'article 47 de la Charte, il convient de relever que cet article n'a pas pour objet de modifier le système de contrôle juridictionnel prévu par les traités, et notamment les règles relatives à la recevabilité des recours formés directement devant la juridiction de l'Union européenne, ainsi qu'il découle également des explications afférentes à cet article 47, lesquelles doivent, conformément aux articles 6, paragraphe 1, troisième alinéa, TUE et 52, paragraphe 7, de la Charte, être prises en considération pour l'interprétation de celle-ci. Ainsi, les conditions de recevabilité prévues à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doivent être interprétées à la lumière du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, sans pour autant aboutir à écarter les conditions expressément prévues par ledit traité. Quant au rôle des juridictions nationales, il y a lieu de rappeler que les juridictions nationales remplissent, en collaboration avec la Cour, une fonction qui leur est attribuée en commun, en vue d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Il incombe donc aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective. Cette obligation des États membres a été réaffirmée par l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE selon lequel ceux-ci établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de

368CJUE, Santiago Gómez-Reino c. Commission, n° C-471/02 P, 8 avril 2003, ECLI:EU:C:2003:210, point 65 et s., Tribunal *Gómez-Reino*, n° T-215/02, 18 décembre 2003, ECLI:EU:T:2003:352, par. 50; Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commission, n° T-29/03, 13 juillet 2004, ECLI:EU:T:2004:235; Guido Strack c. Commission, n° C-237/06 P, 8 mars 2007, ECLI:EU:C:2007:156; Manel Camós Grau c. Commission, n° T-96/03, 9 juin 2004, ECLI:EU:T:2004:172, par. 38; Hans-Martin Tillack c. Commission, n° T-193/04, 4 octobre 2006, ECLI:EU:T:2006:292, par. 82; Commission c. Antonello Violetti e Nadine Schmit, n° T-261/09 P, 20 mai 2010, ECLI:EU:T:2010:215, par. 73; Hans-Martin Tillack c. Commission, n° C-521/04 P, 19 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:240, par. 34. Pour l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice relative à OLAF, voy. J. F. H. INGHELDRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 203 et s.

369L'article 263, al. 4 du TFUE stipule : « *Toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ». Pour la définition de ces principes voy. l'arrêt de la CJUE *Plaumann c. Commission*, n° 25/62, 15 juillet 1963, ECLI:EU:C:1963:17.

l'Union »³⁷⁰.

Toutefois, il semble que cette jurisprudence de la Cour ne constitue pas un problème en ce qui concerne la possibilité d'exercer un recours en annulation contre les actes adoptés par le Parquet européen. En effet, les actes adoptés par cet organe concernent individuellement et directement les personnes physiques ou morales à l'égard desquelles ils sont adoptés. Ce ne sera donc pas difficile de prouver l'existence de ces conditions envers les actes adoptés par le Parquet européen.

Les personnes physiques ou morales pourraient également tenter une action en réparation, ou en responsabilité extra-contractuelle, pour demander la réparation des dommages causés par les actes adoptés par le Parquet européen. L'Union doit en effet réparer les dommages causés par ses institutions ou ses agents et déterminer les éventuelles réparations³⁷¹.

3.1.2.2. Droit à la présomption d'innocence et droits de la défense

3.1.2.2.1 Droit à la présomption d'innocence

L'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre le droit à la présomption d'innocence, selon lequel « Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie » et stipule que « Le respect des droits de la défense est garanti

370 CJUE, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlement et Conseil*, n° C-583/11 P, 3 octobre 2013, ECLI:EU:C:2013:625, par. 97 et s.. La Cour a également souligné que « À cet égard, il appartient, en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner, dans le respect des exigences découlant des points 100 et 101 du présent arrêt ainsi que des principes d'effectivité et d'équivalence, les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Quant aux voies de recours que doivent prévoir les États membres, si le traité FUE a institué un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées, le cas échéant, par des personnes physiques et morales devant le juge de l'Union, ni le traité FUE ni l'article 19 TUE n'ont entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit de l'Union, des voies de droit autres que celles établies par le droit national. Il n'en irait autrement que s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, ne fût-ce que de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union, ou encore si la seule voie d'accès à un juge était pour les justiciables de se voir contraints d'enfreindre le droit. Quant à l'argument des requérants selon lequel l'interprétation retenue par le Tribunal de la notion d'«actes réglementaires», prévue à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, entraînerait un déficit dans la protection juridictionnelle et serait incompatible avec l'article 47 de la Charte en ce qu'elle aurait pour conséquence que tout acte législatif serait pratiquement exempté de contrôle juridictionnel, il y a lieu de constater que la protection conférée par l'article 47 de la Charte n'exige pas qu'un justiciable puisse, de manière inconditionnelle, intenter un recours en annulation, directement devant la juridiction de l'Union, contre des actes législatifs de l'Union. Enfin, ni ce droit fondamental ni l'article 19, paragraphe 1, second alinéa, TUE n'exigent qu'un justiciable puisse former des recours contre de tels actes, à titre principal, devant les juridictions nationales ».

371 Voy. à cet égard les articles 268 du TFUE, 340, par. 2 e 3 du TFUE, et l'article 270 du TFUE. Les conditions d'engagement sont les mêmes que celles définies par la Cour pour la responsabilité extra contractuelle des États pour violation du droit de l'Union, notamment, violation par une institution de l'Union ou par un de ses agents d'une règle de droit qui confère des droits aux particuliers, cette violation doit être suffisamment caractérisée, il faut un lien de causalité entre la violation et le dommage subit par le particulier. Voy. CJUE, *Bergaderm*, n° C-352/98 P, du 4 juillet 2000, ECLI:EU:C:2000:361.

à tout accusé »³⁷².

Le droit à la présomption d'innocence, dit également *in dubio pro reo*³⁷³, est un principe procédural signifiant qu'un individu, même suspecté de la commission d'une infraction, ne peut être déclaré coupable avant d'en avoir été jugé comme tel par un tribunal. Le suspecté doit donc être présumé innocent jusqu'à la condamnation définitive.

Conformément au droit à la présomption d'innocence, toutes les personnes faisant « l'objet d'une accusation pénale » doivent être traitées comme s'ils n'avaient commis aucune infraction jusqu'à ce que l'État, par l'intermédiaire des autorités de poursuite, apporte suffisamment d'éléments de preuve pour convaincre un tribunal indépendant et impartial de sa culpabilité. La Cour EDH a affirmé que la présomption d'innocence « exige [...] que les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé »³⁷⁴.

Les règles sur la répartition de la charge de la preuve doivent assurer que soit respecté le droit à la présomption d'innocence. Par conséquent, il incombe à l'État de prouver la culpabilité de l'accusé et tout doute doit profiter à ce dernier. D'une façon générale, l'accusation doit établir la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable. La Cour EDH a considéré que « la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé. En outre, il incombe à celle-ci [...] d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité »³⁷⁵.

La Commission à cet égard, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour EDH, a recensé trois cas « dans lesquels la charge de la preuve ne repose pas entièrement sur l'accusation : (a) en cas d'infraction purement matérielle, (b) en cas d'infraction pour laquelle la charge de la preuve est renversée, et (c) en cas de prononcé d'une ordonnance de confiscation »³⁷⁶.

En ce qui concerne les cas d'infraction purement matérielle, la Commission a relevé que « l'accusation doit fournir des preuves permettant d'établir que l'accusé a effectivement perpétré l'acte physique (élément matériel) constitutif de l'infraction, mais elle ne doit pas prouver qu'il avait l'intention d'agir de la sorte ou de provoquer ce résultat. La procédure est conforme aux principes de la CEDH, bien que l'État soit dispensé de prouver l'« intention coupable » (intention délictueuse) de l'accusé »³⁷⁷. Pour ces infractions, il faut donc uniquement prouver que l'accusé a commis l'infraction, et, si cette perpétration est établie, il existe une présomption pouvant jouer à l'encontre de l'accusé. La Commission remarque également que la Cour a fait observer que ces

372Voy. article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

373Le principe a été ainsi défini par la CJUE, *Lafarge SA c. Commission*, n° C-413/08 P, 17 juin 2010, ECLI:EU:C:2010:346, par. 34.

374Voy. Cour EDH *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, n° 10590/83, 6 décembre 1998, point 77.

375Voy. Cour EDH *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, n° 10590/83, 6 décembre 1998, point 77.

376Voy. Livre Vert sur la présomption d'innocence présentée par la Commission, COM(2006) 174 final, le 26 avril 2006, p. 7.

377La Commission a souligné que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les législations répressives des États contiennent des exemples d'infractions purement matérielles. Voy. l'arrêt de la Cour EDH *Salabiaku c. France*, n° 10519/83, 7 octobre 1988, par. 28.

présomptions devaient être enserrées « dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense ».

En cas d'infraction pour laquelle la charge de la preuve est renversée, la Commission a souligné que « l'accusation doit établir que l'accusé a agi d'une certaine manière et ce dernier doit prouver qu'il existe une justification innocente à ses actions. La charge de la preuve incombe davantage à l'accusé »³⁷⁸. Toutefois, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une telle procédure est acceptable pour les infractions de moindre gravité³⁷⁹.

Un renversement de la charge de la preuve est enfin possible dans le cas du recouvrement d'avoirs auprès de l'accusé ou d'un tiers, « dans l'hypothèse où les avoirs résultent d'une activité criminelle, ce que le propriétaire de ces avoirs doit réfuter, ou une réduction du niveau de la preuve, l'accusation étant autorisée à établir la culpabilité au moyen d'une prépondérance de probabilités plutôt qu'en l'établissant au-delà de tout doute raisonnable, comme c'est le cas habituellement »³⁸⁰.

En termes de contenu, la Cour EDH a souligné que la présomption d'innocence comprend le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*nemo tenetur prodere seipsum*), qui inclut le droit de se taire et le droit de ne pas être contraint de produire des preuves à charge³⁸¹.

En ce qui concerne le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour a en particulier relevé que, « même si l'article 6 de la Convention (art. 6) ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et - l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article (art. 6). Leur raison d'être tient notamment à la

378Voy. Livre Vert sur la présomption d'innocence présentée par la Commission, COM(2006) 174 final, le 26 avril 2006, p. 7. La Commission précise également que « selon l'Étude sur les éléments de preuve, bien que, dans l'UE, il incombe habituellement à l'accusation de prouver la culpabilité de l'accusé, il arrive parfois, dans des cas exceptionnels, par exemple dans le cas d'infractions liées au non-respect de certaines obligations administratives ou à la non-communication de certains documents, que, dès l'établissement de l'existence d'une obligation par l'accusation, la charge de la preuve soit renversée et que ce soit à l'accusé d'établir qu'il a respecté cette obligation. Dans certains cas également, l'accusé doit invoquer un moyen de défense (légitime défense, démeance ou alibi, par exemple) qui doit ensuite être réfuté par l'accusation ».

379Cour EDH Salabiaku c. France, n° 10519/83, 7 octobre 1988, par. 28.

380Voy. Livre Vert sur la présomption d'innocence présentée par la Commission, COM(2006) 174 final, le 26 avril 2006, p. 7. La Commission souligne également que « toute récupération d'actifs doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel et être raisonnable et proportionnée. De toute évidence, les mêmes conditions s'appliquent aussi au recouvrement d'actifs dans un autre pays. Les réclamations présentées par des tiers de bonne foi doivent être prises au sérieux en cas d'atteinte à leur droit à la propriété et les États doivent veiller à l'existence de mécanismes permettant de les protéger ». Voy., toutefois, CEDH Phillips c. Royaume-Uni, n° 41087/98, 12 décembre 2001, par. 30-36; Van Offeren c. Pays Bas, n° 19581/04, 5 juillet 2005. VOY- aussi E. VAN SLIEDREGT, A contemporary reflection on the presumption of innocence, *Revue internationale de droit pénal*, 2009, 80(1), p. 247-267; HOLLANS, Confiscation of the proceeds from crime and the principle of presumption of innocence, in KIMMO NUOTIO (éd.), *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, Helsinki, Forum Iuris, 2007, p. 363; A. SANBEI European Court on Human Rights jurisprudence and civil recovery of illicitly obtained assets (confiscation in rem), [disponible en ligne: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebc98>], Project on Criminal Assets Recovery in Serbia, PrECU/CAR-02/2012, mai 2012; Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime, FRA Opinion – 03/2012, 4 décembre 2012. pp. 7-10.

381Cour EDH, arrêt Heaney and McGuinness c. Irlande, n° 34720/97, 21 décembre 2000 ; CEDH, arrêt Funke c. France, n° 10828/84, 25 février 1993; Murray c. Royaume-Uni, n° 18731/91, du 8 février 1996, par. 45; Saunders c. Royaume-Uni, n° 19187/91, du 17 décembre 1996.

protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6 (art. 6). En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 par. 2 de la Convention (art. 6-2). Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN »³⁸². Contraindre un accusé à coopérer avec les autorités au cours de la phase préalable au procès peut porter atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et compromettre son droit à un procès équitable, le cas échéant³⁸³.

Le droit de se taire s'applique pendant l'interrogatoire de police et au procès. En vertu de ce droit, l'accusé a le droit de ne pas témoigner, voire de ne pas révéler la nature de sa défense avant le procès. Cependant, ce droit n'est pas absolu. Il y a des éléments qui permettent de déterminer si le droit à un procès équitable est violé dans l'hypothèse où une juridiction tire des conclusions défavorables du silence de l'accusé. Des conclusions ne devraient être tirées qu'après que l'accusation a établi un commencement de preuve. Comme l'a souligné la Commission, « les preuves contre l'accusé doivent être accablantes ; dans ce cas, on peut recourir à des preuves obtenues par des pressions indirectes »³⁸⁴.

La Cour de justice a confirmé la jurisprudence de la Cour EDH en ce qui concerne le contenu du

382 Cour EDH affaire Saunders c. Royaume-Uni, requête no 19187/91, du 17 décembre 1996.

383 Voy. Livre Vert sur la présomption d'innocence présentée par la Commission, COM(2006) 174 final, le 26 avril 2006, p. 8.

384 Voy. Livre Vert sur la présomption d'innocence présentée par la Commission, COM(2006) 174 final, le 26 avril 2006, pp. 8-9. Dans l'affaire Murray c. Royaume-Uni, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que, « s'il existe un commencement de preuve et si la charge de la preuve a continué d'incomber à l'accusation, des conclusions négatives peuvent être tirées du refus de témoigner de l'accusé. Exiger de l'accusé qu'il témoigne n'a pas été jugé incompatible avec la CEDH, bien qu'une condamnation se fondant exclusivement ou principalement sur un refus de témoigner soit contraire à la CEDH. Ce sont le poids que les juridictions nationales accordent à des conclusions défavorables lorsqu'elles apprécient les éléments de preuve ainsi que le degré de contrainte exercé qui permettent de déterminer si le fait de tirer des conclusions défavorables du silence d'un accusé enfreint le droit à la présomption d'innocence. Les preuves de l'accusation doivent être suffisamment solides pour exiger une réponse. La juridiction nationale ne saurait conclure à la culpabilité de l'accusé simplement parce que celui-ci choisit de garder le silence. Ce n'est que si les preuves à charge « appellent » une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner, que l'absence d'explication « peut permettre de conclure, par un simple raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable ». Inversement, si les arguments de l'accusation ont une valeur probante tellement faible qu'ils n'appellent pas de réponse, l'absence de réponse de la part de l'accusé ne justifie pas de conclure à sa culpabilité ».

droit à la présomption d'innocence³⁸⁵. La Cour a également souligné la nature relative du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination et du droit de se taire, en relevant que dans le domaine de la concurrence et des enquêtes administratives menées par l'OLAF, il est nécessaire d'assurer un équilibre entre ces droits et l'obligation des personnes morales concernées³⁸⁶ de coopérer avec les autorités compétentes³⁸⁷.

L'encadrement de la présomption d'innocence au niveau européen passe par la Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016, portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales³⁸⁸. La directive, adoptée sur la base de l'article 82, al. 2, b) du TFUE, possède un champ d'application limité aux personnes physiques qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales³⁸⁹. La directive ne s'applique donc pas aux personnes morales et sont seulement concernées les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. Les personnes poursuivies dans le cadre de procédures administratives ayant un caractère punitif ne pourront donc pas invoquer l'application de la directive.

En termes de contenu, la directive transpose la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour EDH, bien que dans certains cas elle prévoit une protection mineure du droit à la présomption d'innocence³⁹⁰.

La directive n'établit pas si sont utilisables sur le territoire d'un État membre les preuves recueillies

385Voy. CJUE, Tomasz Rubach, affaire C-344/08, 16 juillet 2009, ECLI:EU:C:2009:482, par. 30-31. Voy. en ce qui concerne le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (*Nemo tenetur prodere seipsum*), qui inclut le droit de se taire et le droit de ne pas être contraint de produire des preuves à charge, CJUE, sentenza Orkem c. Commission, n° 374/87, 18 octobre 1989, ECLI:EU:C:1989:387, par. 28 et s. ; CJUE, arrêt Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Commission, n° C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, 15 octobre 2002, ECLI:EU:C:2002:582, par. 273-276 .

386Voy. sur le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination et sur le droit à se taire des personnes morales, S. LAMBERIGTS, *The Directive on the Presumption of Innocence A Missed opportunity for Legal Persons?*, *Eu crim*, 2016, 1, p. 36 et s. e quanto al diritto a non auto incriminarsi in relazione alle persone giuridiche, S. LAMBERIGTS, *The Privilege against Self-Incrimination. A Chameleon of Criminal Procedure*, *New Journal of European Criminal Law*, 2016, 7(4), p. 418 et s.

387Dans le domaine de la concurrence, voy. Tribunal, arrêt *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commission*, n° T-112/98, 20 février 2001, ECLI:EU:T:2001:61, par. 64-67, nonché 78. En ce qui concerne OLAF, voy. *Hans-Martin Tillack c. Commission*, n° T-193/04, 4 octobre 2006, ECLI:EU:T:2006:292, e *Franchet e Byk c. Commission*, n° T-48/05, 8 juillet 2008, ECLI:EU:T:2008:257 ; Tomasz Rubach, affaire C-344/08, 16 juillet 2009, ECLI:EU:C:2009:482. Voy. à cet égard J. F. H. INGHELRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 159-160.

388Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales JO L 65 du 11.3.2016, pp. 1–11.

389Voy. article 2 de la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales JO L 65 du 11.3.2016, pp. 1–11

390Voy. à cet égard l'article 5 de la directive aussi bien que la jurisprudence de la Cour EDH dans l'affaire *Ramishvili e Kokhraidze c. Georgie*, n° 1704/06, 27 janvier 2009; *Jiga c. Roumanie*, n° 14352/04, 16 mars 2010. Voy. pour une analyse critique de la directive D. SAYERS, *The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread'*, in *EU Law Analysis Blog*, del 15 novembre 2015.

dans un autre État membre en violation du droit à la présomption d'innocence, du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination ou au droit de se taire. La directive en effet n'appréhende pas le cas des enquêtes transfrontières. Ce manque de réglementation est particulièrement fâcheux par rapport au Parquet européen, en considérant qu'il mènera fréquemment des enquêtes sur le territoire de différents États membres.

3.1.2.2.2 Droits de la défense

La notion de droit de la défense formulée à l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne englobe différentes garanties procédurales offertes aux accusés afin que soit préservé le droit à un procès équitable³⁹¹.

Les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précisent que l'article 48, al. 2 de la Charte est le même que l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la CEDH et que, conformément à l'article 52, paragraphe 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « ce droit a le même sens et la même portée que le droit garanti par la CEDH »³⁹². L'article 6, al. 3 de la CEDH assure à toute personne accusée cinq droits procéduraux. En particulier, il se lit ainsi : « Tout accusé a droit notamment à : a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ; d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience »³⁹³.

La portée de l'article 6, al. 3, a) doit notamment s'apprécier à la lumière du droit plus général à un procès équitable que garantit l'article 6, al. 1 de la Convention. En matière pénale, une information précise et complète des charges pesant contre un accusé, et donc la qualification juridique que la juridiction pourrait retenir à son encontre, est une condition essentielle de l'équité de la procédure³⁹⁴. Le droit de l'accusé d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui est

391 En anglais il a été utilisé le terme "umbrella concept" par H. P. NEHL, *Good Administration as Procedural Right and/or General Principle?*, in H. HOFMANN, A. TÜRK (éds.), *Legal Challenges in EU Administrative Law – Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, pp. 322-325.

392 Voy. les explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, sub article 48.

393 Voy. article 6, al. 3 de la CEDH.

394 CEDH, arrêt *Pélissier e Sassi c. France*, n° 25444/94, 25 mars 1999.

une composante essentielle du principe du droit à l'égalité des armes puisqu'il permet à toute accusé de préparer adéquatement sa propre défense et donc à se défendre de manière adéquate devant le juge³⁹⁵.

L'article 6, al. 3, b) porte sur deux éléments d'une défense véritable, à savoir la question des facilités et celle du temps. Cette disposition implique que les activités se rattachant à la défense au fond de l'accusé peuvent inclure tout ce qui est « nécessaire » à la préparation du procès³⁹⁶. L'accusé doit pouvoir organiser sa défense de manière appropriée et sans restriction quant à la possibilité de soulever tout moyen de défense au procès et ainsi d'influencer l'issue de la procédure³⁹⁷. La Cour a affirmé que la question du caractère adéquat des facilités et du temps accordés à un accusé s'apprécie à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce³⁹⁸. Le respect de ce droit est de même lié au principe de l'égalité des armes.

Le paragraphe 3 alinéa c) de l'article 6 présente des aspects particuliers du droit à un procès équitable garanti le paragraphe 1. Il garantit que la procédure dirigée contre un accusé ne se déroulera pas sans que celui-ci soit adéquatement représenté aux fins de sa défense. Il énonce trois droits distincts : celui de se défendre soi-même, celui d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et celui d'être assisté gratuitement par un avocat³⁹⁹.

L'article 6, al. 3, d) consacre « le principe selon lequel, avant qu'un accusé puisse être déclaré coupable, tous les éléments à charge doivent en principe être produits devant lui en audience publique, en vue d'un débat contradictoire. Ce principe ne va pas sans exceptions, mais on ne peut les accepter que sous réserve des droits de la défense ; en règle générale, ceux-ci commandent de donner à l'accusé une possibilité adéquate et suffisante de contester les témoignages à charge et d'en interroger les auteurs, soit au moment de leur déposition, soit à un stade ultérieur. De ce

395CEDH, arrêt *Pélessier e Sassi c. France*, n° 25444/94, 25 mars 1999 ; *Mattoccia c. Italie*, n° 23969/94, 25 juillet 2000, par. 65 ; CEDH, arrêt *Kamasinski c. Autriche*, n° 9783/82, 19 décembre 1989, par. 79 ; *Padalov c. Bulgarie*, n° 54784/00, 10 août 2006, et *Talat Tunc c. Turquie*, n° 32432/96, 27 mars 2007 ; arrêt *Panovits c. Chypre*, n° 4268/04, 11 décembre 2008, par. 72-73.

396Voy. Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, préparé par la Division de la recherche et de la bibliothèque, au sein de la Direction du juriconsulte, [disponible en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf], texte finalisé au 31 décembre 2013.

397CEDH, *Can c. Autriche*, n° 9300/81, 30 septembre 1985 ; *Hadjinastassiou c. Grèce*, n° 12945/87, 16 décembre 1992 ; *Albert e Le Compte c. Belgique*, n° 7299/75 et 7496/76, 1 février 1983, par. 41.

398CEDH, *Iglin c. Ukraine*, requête no. 39908/05, du 12 janvier 2012 ; *Galstyan c. Arménie*, requête no. 26986/03, du 15 novembre 2007.

399Voy. Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, préparé par la Division de la recherche et de la bibliothèque, au sein de la Direction du juriconsulte, [disponible en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf], texte finalisé au 31 décembre 2013. CEDH arrêt *Salduz c. Turchia*, n° 36391/02, 27 novembre 2008, par. 50 ; *Imbrioscia c. Suisse*, n° 13972/88, 24 novembre 1993 ; *Hermi c. Italie*, n° 18114/02, 18 octobre 2006, par. 96 ; *Booker c. Italie*, n° 12648/06, 14 septembre 2006, *Lagerblom c. Suède*, n° 26891/95, 14 janvier 2003, par. 56 ; *Czekalla c. Portugal*, n° 38830/97, 10 octobre 2002, par. 60 ; *Daud c. Portugal*, n° 22600/93, 21 avril 1998, par. 38 ; *Kamasinski c. Autriche*, n° 9783/82, 19 décembre 1989, par. 65 ; *Benham c. Royaume-Uni*, n° 19380/92, 10 juin 1996 ; *Perks e altri c. Royaume-Uni*, n° 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 e 28456/95, 12 octobre 1999.

principe général découlent deux exigences : premièrement, l'absence d'un témoin doit être justifiée par un motif sérieux ; deuxièmement, lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dépositions faites par une personne que l'accusé n'a pu interroger ou faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats, les droits de la défense peuvent se trouver restreints d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6 (règle de la preuve « unique ou déterminante »). Eu égard à la place éminente qu'occupe le droit à une bonne administration de la justice dans une société démocratique, toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire. Dès lors qu'une mesure moins restrictive peut suffire, c'est elle qu'il faut appliquer »⁴⁰⁰.

Enfin, l'article 6, al. 3, e) garantit le droit à l'assistance gratuite d'un interprète afin que lui soit traduit ou interprété tout acte ou toute déclaration dans la procédure engagée contre lui dont il lui faut, pour bénéficier d'un procès équitable, saisir le sens ou le faire rendre dans la langue du tribunal⁴⁰¹.

La Cour de justice a confirmé la jurisprudence de la Cour EDH en ce qui concerne le contenu des droits de défense, en statuant, en général, que « le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental du droit communautaire qui doit être assuré, même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure. Ce principe exige que les destinataires de décisions qui affectent de manière sensible les intérêts de ceux-ci soient mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue au sujet des éléments retenus à leur charge pour fonder la décision litigieuse »⁴⁰². La Cour a toutefois reconnu qu'il demeure possible dans certains cas de déroger aux droits de la défense, ne revêtant pas un caractère absolu⁴⁰³.

400Voy. Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, préparé par la Division de la recherche et de la bibliothèque, au sein de la Direction du juriconsulte, [disponible en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf], texte finalisé au 31 décembre 2013. Cour EDH Carta c. Italie, n° 4548/02, 20 avril 2006, par. 48; Ferrantelli e Santangelo c. Italie, n° 19874/92, 7 août 1996, par. 51; Saïdi c. France, n° 14647/89, 20 septembre 1993, par. 43; Lüdi c. Suisse, n° 12433/86, 15 juin 1992, par. ; Kouzmin c. Russie, n° 58939/00, 18 mars 2010, par. 78-83; Tarău c. Roumanie, n° 3584/02, 24 février 2009, par. 71; Perna c. Italie, n° 48898/99, 6 mai 2003, par. 29 e 32; Priebke c. Italie, n° 48799/99, 5 avril 2001.

401Voy. Cour EDH Kamasinski c. Autriche, n° 9783/82, 19 décembre 1989, par. 75 ; Hermi c. Italie, n° 18114/02, 18 octobre 2006, par. 69; Luedicke, Belkacem e Koç c. Allemagne, n° 6210/73, 6877/75 e 7132/75, 28 novembre 1978, par. 48 ; Güngör c. Allemagne, n° 31540/96, 17 mai 2001; Diallo c. Suède, n° 13205/07, 5 janvier 2010, par. 23.

402CJUE, arrêt G. J. Dokter, Maatschap Van den Top e W. Boekhout c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, n° C-28/05, 15 juin 2006, ECLI:EU:C:2006:408, par. 74 e giurisprudenza ivi citata, tra cui le sentenze della CJUE Commissione c. Lisrestal e a., n° C-32/95 P, 24 octobre 1996, ECLI:EU:C:1996:402, par. 21; Mediocurso c. Commission, n° C-462/98 P, 21 septembre 2000, ECLI:EU:C:2000:480, par. 36, e Espagne c. Commission, n° C-287/02, 9 juin 2005 ECLI:EU:C:2005:368, par. 37 ; Appeal of SGL Carbon AG, n° C-328/05 P, 10 mai 2007, ECLI:EU:C:2007:277, par. 59.

403CJUE, arrêt Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission, n° C-402/05 P e C-415/05 P, du 3 septembre 2008, ECLI:EU:C:2008:461, points 338-341. J. F. H. INGHELAM, Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF) - An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 138. A conferma di tale interpretazione, si legga anche la sentenza della CJUE, Eurofood IFSC, n° C-341/04, 2 mai 2006, i ECLI:EU:C:2006:281, par. 66.

L'encadrement récent des droits de la défense au niveau européen s'observe par l'adoption de directives sur la base de l'article 82, al. 2, b du TFUE, et en exécution de la résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales⁴⁰⁴.

Ainsi,, trois directives voient le jour en matière de droits de la défense : d'abord, la directive 2010/64/UE du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales⁴⁰⁵, puis la directive 2012/13/UE, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales⁴⁰⁶ et enfin la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers des la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires⁴⁰⁷.

Toutefois, ces directives⁴⁰⁸ ne réglementent pas la protection adéquate des droits de tout accusé concerné par les procédures du Parquet européen. Au même titre que la directive sur la présomption d'innocence, elles n'établissent pas la possibilité d'utiliser sur le territoire d'un État membre les preuves recueillies dans un autre État membre en violation des droits de la défense. En effet, les directives ne régissent pas le cas des enquêtes transfrontières. Ce manque de réglementation demeure particulièrement problématique au regard du Parquet européen, en considérant qu'il mènera fréquemment des enquêtes sur le territoire de différents États membres.

En deuxième lieu, elles ne prévoient qu'une harmonisation minimale et donc, en pratique, la portée des droits reconnus par les directives dépendra largement de la législation nationale de mise en œuvre des directives. Les différences les plus importantes entre la législation des différents États membres ne concernent pas en effet l'absence de réglementation de ces droits, mais la différente

404Voy. Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO C 295 du 4.12.2009, pp. 1–3.

405Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, JO L 280 du 26.10.2010, p. 1–7.

406Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JO L 142 du 1.6.2012, pp. 1–10.

407Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, JO L 294 du 6.11.2013, p. 1–12. Voy. L. BACHMAIER WINTER, *The establishment of a European Public Prosecution's Office and the right to defence: critical approach to the EU proposal for a Directive of access to a lawyer*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2014, pp. 505–531.

408Ils ont été adoptés aussi la Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, JO L 132 du 21.5.2016, p. 1–20, et la Directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, JO L 297 du 4.11.2016, p. 1–8.

mise en œuvre en pratique de ces droits⁴⁰⁹.

3.1.2.3. Le principe *ne bis in idem*

Le droit de ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction est un principe fondamental consacré à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En particulier, cet article prévoit que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »⁴¹⁰.

Comme l'a souligné l'Avocat Général dans l'affaire *Gözütok e Brügge*, « ce principe est fondé sur les deux piliers de tout système juridique. L'un est la sécurité juridique, l'autre l'équité. Lorsque l'auteur de l'infraction est poursuivi et condamné, il doit savoir que, par l'exécution de la peine, il a expié sa faute, et n'a plus à craindre une nouvelle sanction. Lorsqu'il est acquitté, il doit avoir la certitude qu'une autre procédure ne sera pas ouverte pour le juger de nouveau »⁴¹¹.

Le principe *ne bis in idem* revêt un rôle essentiel dans l'espace judiciaire européen en évitant que la même personne soit puni deux fois en raison de la même infraction sur le territoire de deux États membres différents. En effet, en l'absence tant d'une réglementation commune au niveau européen que d'une coopération réciproque entre autorités judiciaires nationales, le risque pour la même personne d'être puni deux fois pour la même infraction est élevé⁴¹².

Le principe *ne bis in idem* à l'origine n'était réglementé ni dans les Traités européens ni dans la CEDH. Ce principe a été prévu pour la première fois dans la CEDH à l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme, ouvert à la signature le 22 novembre 1984 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1988.

La Cour EDH a élargi le champ d'application de la disposition en interprétant de manière extensive la notion d'« accusation pénale ». Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'existence ou non d'une « accusation en matière pénale » doit s'apprécier sur la base de trois critères, couramment

409Voy. à cet égard, S. SCHUMANN, K. BRUCKMÜLLER, R. SOYER (éds.), *Pre-trial emergency defence*, Anwerp, Intersentia, 2012.

410Voy. article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

411Conclusions de l'Avocat Général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentée le 19 septembre 2002, affaire *Gözütok e Brügge*, n° C-187/01 et C-385/01, ECLI:EU:C:2002:516, par. 49.

412Sur la réglementation du principe de *ne bis in idem* au niveau européen, voy. J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, *Utrecht Law Review*, 2013, 9, pp.211–229 ; R. ROTH, *Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes?*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (éds.), *Le Contrôle Juridictionnel dans l'Espace Pénal Européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 121–141. Voy. également les conclusions de l'Avocat Général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 19 septembre 2002, affaire *Gözütok e Brügge*, n° C-187/01 et C-385/01, ECLI:EU:C:2002:516, par. 54-55. Voy. H. VAN DER WILT, *The European Arrest Warrant and the Principle Ne Bis In Idem*, in R. BLEKXTOON, V. VAN BALLEGOOIJ (éds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 100 et s., il quale individua tre principali ragioni.

désignés sous le nom de « critères Engel »⁴¹³. Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le second la nature même de l'infraction et le troisième le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé(e). Les deuxième et troisième critères sont alternatifs et pas nécessairement cumulatifs. Cela n'empêche pas l'adoption d'une approche cumulative si l'analyse séparée de chaque critère ne permet pas d'aboutir à une conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale. Selon cette interprétation, sont visées non seulement les procédures pénales au sens strict, mais aussi toutes les procédures qui aboutissent aux sanctions de nature répressive.

Il faut remarquer à cet égard que la Cour de justice a utilisé les « critères Engels » pour déterminer si le principe *ne bis in idem* pouvait s'appliquer dans les affaires *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*⁴¹⁴ e *Bonda*⁴¹⁵.

Bien que la Cour EDH ait adopté une interprétation extensive du champ d'application de la disposition, l'article 4 du Protocole 7 à la CEDH n'a pas une valeur contraignante à l'égard des États membres qui ne l'ont pas encore ratifié et il s'applique seulement dans la juridiction de chaque État, ne s'appliquant pas dans un contexte transfrontier. Cette disposition ne permet donc pas d'assurer le respect du principe *ne bis in idem*.

Avant l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Cour de justice s'est prononcée sur le principe *ne bis in idem* en se fondant sur l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen⁴¹⁶. A cet égard, la Cour a donné son interprétation des termes « *ne bis* » et « *idem* ». Le *ne bis* se réfère à la « décision ou au jugement préalablement rendu qui doit être considéré et pris en compte pour éviter un double jugement ». Le *idem* se réfère aux « faits ou aux infractions qui sont à la base de la première décision ou du premier jugement et qui sont reconsidérés lors de la seconde décision ou du second jugement »⁴¹⁷.

En particulier, la Cour a statué que, « en raison de l'absence d'harmonisation des législations pénales nationales, un critère fondé sur la qualification juridique des faits ou sur l'intérêt juridique protégé serait de nature à créer autant d'obstacles à la liberté de circulation dans l'espace Schengen qu'il existe de systèmes pénaux dans les États contractants ». Le terme « même infraction » aux fins de l'application de l'article 54 de la CAAS doit être interprété dans le sens qu'il existe « l'identité des faits matériels, compris comme l'existence d'un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles »⁴¹⁸.

413CEDH Engel et autres c. Pays-Bas, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 et 5370/72, 8 juin 1976.

414CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, n° C-617/10, 26 février 2013, ECLI:EU:C:2013:105.

415CJUE, *Lukasz Marcin Bonda*, n° C-489/10, 5 juin 2012, ECLI:EU:C:2011:845.

416Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, signée à Schengen le 19 juin 1990, JO L 239 du 22.9.2000, p. 19.

417Voy. M. HENZELIN, « Ne bis in idem », un principe à géométrie variable, *Revue pénale suisse*, 2005, 123(4).

418CJUE, *Leopold Henri Van Esbroeck*, n° C-436/04, 9 mars 2006, ECLI:EU:C:2006:165, points 35-36. Voy. B. VAN BOCKEL, 'Case C-436/04, Criminal Proceedings against Léopold Henri Van Esbroeck, Case C-150/05, Jean Leon Van Straaten v. Netherlands and Italy, Case C-467/04, Criminal proceedings against G. Francesco Gasparini, José

Le terme *bis* a été également interprété de manière extensive par la Cour de justice afin de renforcer la confiance des citoyens dans l'Union européenne, et en particulier dans l'espace de liberté, sécurité et justice. L'article 54 de la CAAS a en effet pour objectif « d'éviter qu'une personne, par le fait d'exercer son droit de libre circulation, ne soit poursuivie pour les mêmes faits sur le territoire de plusieurs États membres »⁴¹⁹. Le notion de *bis* ne comprend donc pas seulement les jugements de condamnation, mais elle couvre également les procédures d'extinction de l'action publique, telles que celles par lesquelles le ministère public d'un État membre met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet État, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations et, notamment, a acquitté une certaine somme d'argent fixée par le ministère public⁴²⁰ et la décision d'une juridiction d'un État contractant, rendue à la suite de l'exercice de l'action pénale, par laquelle un prévenu est définitivement acquitté en raison de la prescription du délit ayant donné lieu aux poursuites⁴²¹.

En ce qui concerne la définition des termes composants le principe *ne bis in idem*, la Cour EDH a fini pour s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice. Elle a opéré un revirement par l'arrêt *Zolothukin c. Russie* de 2009, dans lequel elle a repris la définition donnée par la Cour de justice à laquelle elle se réfère expressément⁴²².

En ce qui concerne la compatibilité entre l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la règle selon laquelle, dans l'espace Schengen, l'application du principe *ne bis in idem* requiert que la sanction infligée dans un État membre a été subie ou est actuellement en cours d'exécution, la Cour de justice a affirmé que la condition d'exécution supplémentaire contenue dans la CAAS constitue une limitation du principe *ne bis in idem* qui est compatible avec la Charte des droits fondamentaux⁴²³.

Ma L.A. Gasparini, G. Costa Bozzo, Juan de Lucchi Calcagno, Francesco Mario Gasparini, José A. Hormiga Marrero, *Sindacatura Quiebra*, CML Rev, 2008, 45(1), p. 223.

419Conclusions de l'Avocat Général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer présentée le 19 septembre 2002, *Gözütok e Brügge*, n° C-187/01 e C-385/01, cit., par. 38.

420CJUE, *Gözütok e Brügge*, n° C-187/01 e C-385/01, 11 février 2003, ECLI:EU:C:2003:87, par. 48.

421CJUE Gasparini et al., n° C-467/04, 28 septembre 2006, ECLI:EU:C:2006:610, par. 33.

422CEDH, *Zolothukin c. Russie*, n° 14939/03, 10 février 2009, par. 78–84. En particulier, la Cour EDH affirme que “*La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace*”.

423CJUE Zoran Spasic, n° C-129/14 PPU, 27 mai 2014, ECLI:EU:C:2014:586, point 74. Voy. *contra* Conclusions de l'Avocat Général Niilo Jääskinen, présentées le 2 mai 2014, n° C-129/14 PPU, Zoran Spasic, ECLI:EU:C:2014:739. Voy. V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(4), p. 465. Sur le rapport entre l'article 55 de la CAAS et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voy. l'affaire Piotr Kossowski, n° C-486/14, 29 juin 2016, ECLI:EU:C:2016:483 et les Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 décembre 2015, n° C-486/14, ECLI:EU:C:2015:812.

3.2. TITRE DEUXIÈME Configuration des règles de procédure du Parquet européen dans le respect des droits fondamentaux

3.2.1. CHAPITRE PREMIER Pouvoirs du Parquet européen et règles de procédure du Parquet européen

3.2.1.1. SECTION PREMIÈRE Modalité d'exercice des poursuites et lois procédurales applicables aux activités du Parquet européen

3.2.1.1.1 Pouvoirs du Parquet européen. Modalité d'exercice des poursuites

Le deuxième élément à définir en créant un Parquet européen, après la détermination de son statut, est la délimitation des pouvoirs qui lui sont attribués et la modalité d'exercice des poursuites, en particulier l'opportunité ou la légalité des poursuites.

Nous nous pencherons surtout sur la vérification de la compatibilité des pouvoirs conférés au Parquet européen avec le contenu et la portée des droits fondamentaux que nous avons étudié dans le premier titre de cette partie de la thèse.

Il convient d'indiquer d'emblée que la réglementation, issue de la proposition de règlement de la Commission du 2013 et du Conseil du 31 janvier 2017, ne permet pas d'assurer une adéquate protection des droits fondamentaux de toute personne concernée par les procédures du Parquet européen. En effet, l'entendue des pouvoirs du Parquet européen dépendrait étroitement de la législation des différents systèmes nationaux des États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen. En considérant la diversité des règles de procédure pénale en vigueur au sein de l'Union européenne, beaucoup plus grande que celles matérielles, le respect de droits fondamentaux dépendra du système judiciaire applicable ; le suspect bénéficiera plus ou moins de droits en fonction des règles procédurales applicables⁴²⁴. Une telle solution n'est pas satisfaisante surtout en ce qui concerne le respect du principe de légalité du droit de la procédure pénale, en vertu duquel les règles de procédure pénale applicables doivent être prévisibles et accessibles préalablement.

En ce qui concerne la modalité d'exercice des poursuites, le système retenu pour le déclenchement des poursuites, tant dans la proposition de règlement de la Commission du 2013⁴²⁵ que dans celle du

424 Pour une analyse des différents systèmes judiciaires nationaux, voy. les rapports relatifs aux différents États membres dans l'étude réalisé sous la direction de l'Université de Luxembourg, K. LIGETI (éds.) *Toward a Prosecutor for the European Union, A comparative Analysis*, Vol. 1, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013.

425 Voy. à cet égard, les considérants 20 e 31 de la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen, 17 juillet 2013 et les articles 27 e 28 de la même proposition.

règlement du Conseil du 31 janvier 2017⁴²⁶, est celui d'une légalité des poursuites atténuée. La légalité est posée en tant que principe-guide de l'action du nouvel organe, tout en autorisant la possibilité d'exceptions. Dans ces cas exceptionnels, après vérification, le Parquet européen peut décider de classer sans suite, par une décision motivée, sans déclencher d'enquête⁴²⁷.

Cette solution correspond à celle adoptée dans la plupart des systèmes juridiques nationaux relativement aux problèmes rencontrés soit dans les systèmes qui adoptent le principe de légalité de poursuite soit dans ceux adoptant le principe d'opportunité des poursuites. Malgré une opposition théorique des deux systèmes, en pratique, leurs évolutions respectives révèlent des tendances communes⁴²⁸. Les systèmes d'opportunité de poursuite n'existent qu'aux termes d'un encadrement, notamment par l'exigence d'une motivation des décisions de classement et par l'organisation de recours contre les décisions⁴²⁹. Les systèmes de légalité sont, au contraire, assouplis par diverses possibilités de classement sous conditions prévues expressément par loi⁴³⁰ ou développées seulement dans la pratique⁴³¹.

426 Voy. l'article 22 de la Proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, 31 janvier 2017, cit., qui établit: “*Lorsque, conformément à la législation nationale applicable, il y a de bonnes raisons de croire qu'une infraction relevant de la compétence du Parquet européen est en train d'être commise ou a été commise, un procureur européen délégué d'un État membre qui, en vertu de sa législation nationale, est compétent à l'égard de ladite infraction, ouvre une enquête, sans préjudice des règles prévues à l'article 20, paragraphes 2 et 3, et en fait état dans le système de gestion des dossiers*”.

427 Le même choix en faveur du principe de légalité tempérée a été suivi dans le *Corpus Juris*, Article 19, par. 4 et dans le Livre Vert, COM(2001) 715 final, 11 décembre 2001, sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, p. 47, punto 6.2.2.1. En particulier, il a été précisé que “*La Commission marque pour ces raisons sa préférence en l'espèce pour un système de légalité des poursuites, doté d'exceptions destinées à le tempérer*”.

428 Voy. A. PERRODET, *Quante figure di pubblico ministero*, in M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (version italienne, éd.), *Procedura penale d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, Padova, CEDAM, 2001, p. 413; S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in M. G. COPPETTA (éd.), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2005, pp. 235-236, laquelle affirme que “*è sotto gli occhi di tutti un progressivo avvicinamento, che dietro cortine rigide, spesso fatte di dichiarazioni di principio, si nutre di movimenti talvolta secondari, talvolta settoriali o parziali, ma tutti diretti ad una crescente convergenza fra la famiglia di common law ed i paesi di tradizione romano-germanica, e di portata tale da attenuare i caratteri originari dei vari ordinamenti ... Questo progressivo avvicinamento è avvenuto anche in tema di esercizio dell'azione penale, ove la circolazione dei modelli processuali ha fatto sì che il “riferimento alle due tradizionali famiglie europee può al più assumere una funzione orientativa”. Si assiste ad “una ricerca di legalità da parte dei sistemi ad originaria matrice discrezionale e una apertura ad inediti momenti di discrezionalità nei modelli storicamente legati all'obbligo di azione”*”. Pour l'analyse du statut des ministères publics dans 25 États membres, voy. P.J.P. TAK (éd.), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Opera in due volumi, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, Olanda, 2004 e 2005.

429 Voy. pour les formes de contrôle adoptées contre les décisions de classement sans suite, voy. C. LAZERGES (éd.), *Figures du Parquet*, Presses Universitaires de France, 2006; M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (version italienne, éd.), *Procedura penale d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, cit.; K. LIGETI (éd.) *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, cit..

430 Voy. pour le système juridique allemand, C. LAZERGES (éd.), *Figures du Parquet*, cit.; M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (version italienne, éd.), *Procedura penale d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, cit.; K. LIGETI (éd.) *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, cit..

431 Voy. en ce qui concerne le système juridique italien, G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno “*Obbligatorietà dell'azione penale nell'Italia del 2008: un tabù da superare*, Roma, 29-30 settembre 2008, lequel affirme que “*poiché solo in pochissimi casi i capi delle procure fissano quei criteri in modo articolato (non sono tenuti a farlo), il CSM riconosce che di regola sia legittimo che ogni sostituto fissi le sue priorità. Peraltro, che i singoli sostituti procuratori in casi del tutto simili tra loro seguano spesso criteri e priorità diversi l'uno dall'altro nell'uso dei mezzi di indagine e nell'esercizio*”.

Le principal motif, ayant conduit les rédacteurs du *Corpus Juris* à prévoir le principe de légalité des poursuites, a été la nécessité d'assurer une égalité de traitement pour les fraudes budgétaires dans l'Union européenne. Dans le *Corpus Juris*, ce concept a été expliqué au moyen d'un exemple. « Si le procureur d'un État X poursuit une infraction en application du principe de la légalité alors que son homologue dans un État Y peut classer définitivement une affaire identique, l'inégalité que l'on voulait éliminer est évidemment maintenue »⁴³². L'attention des rédacteurs du *Corpus Juris* se penchait donc sur la nécessité d'assurer l'efficace protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Les droits fondamentaux des individus n'étaient pas mentionnés⁴³³.

La raison d'unifier la protection des intérêts financiers communautaires a inspiré aussi le choix du Livre Vert de 2001 en faveur du principe de légalité atténuée⁴³⁴. L'obligation de poursuivre, afin « d'assurer une protection équivalente et uniforme au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice », a été prévue aussi dans les Règles Modèles de procédure du Parquet européen⁴³⁵. Les droits fondamentaux des accusées et autres personnes concernées par les enquêtes du Parquet européen, ont été toutefois objet d'une attente réglementation dans les Règles Modèles. Malgré l'absence de leur mention dans les notes explicatives relatives à l'obligation de poursuivre

dell'azione penale è ampiamente confermato dalla stragrande maggioranza delle interviste che abbiamo fatto a 3000 avvocati penalisti tra il 1992 ed il 2000”. Voy aussi G. DI FEDERICO, *Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy*, in Open Society Institute, *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia 2008, pp. 301-338; *Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia*, in *Il giusto processo*, n. 1, maggio 2002, pp. 216-246; *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno XLI, Fasc. 1, 1998, pp. 230-252; *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in *L'Indice penale*, XXIX, n. 2, 1995, pp. 399-437; *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in A. GAITO (éd.), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 170-208; nonché L. VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 3, pp. 1-9.

432 Voy. les explications relatives à l'article 19. M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Volume 1, Intersentia, Antwerp, Groningen, Oxford, 2000, p. 84.

433 Voy. les explications relatives à l'article 19 in M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, cit., p. 84 pour la référence à la possible violation du principe *ne bis in idem*.

434 Livre vert, COM(2001) 715 final, 11 décembre 2001, sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, punto 6.2.2.1. Ceci implique en principe une poursuite uniforme dans tout l'espace judiciaire européen, donc sans marge d'appréciation laissée au procureur européen.

435 Voy. article 63 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen. Je cite : « *Lorsque le Parquet européen estime que les preuves offrent une perspective raisonnable d'obtenir une condamnation, il est tenu d'engager des poursuites, excepté lorsque les Règles suivantes en disposent autrement* ». Les notes explicatives en bas de l'article prévoient : « *L'objectif principal du Parquet européen est d'assurer une protection équivalente et uniforme au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La meilleure manière d'atteindre cet objectif est d'établir une obligation de poursuivre et de limiter la marge d'appréciation du Parquet européen quant à la détermination du caractère suffisant des éléments de preuve. L'engagement de poursuites devrait être effectué dès lors que la condamnation semble plus probable que la relaxe. Le Parquet européen devrait établir des lignes directrices précisant les critères d'un test de perspective raisonnable de condamnation. Il résulte de cette Règle qu'est posée une double condition à l'engagement des poursuites : premièrement, le Parquet européen doit établir son action prioritaire conformément à la Règle 3 (action prioritaire pour les enquêtes et les poursuites). Si le Parquet européen décide d'exercer son action prioritaire, il dispose d'une marge d'appréciation pour décider d'enquêter ou non. Le Parquet européen n'est pas tenu d'enquêter sur tous les faits signalés susceptibles de relever de sa compétence (Règle 21, ouverture de l'enquête). Au terme de l'enquête, le Parquet européen apprécie les preuves et applique le test de perspective raisonnable de condamnation décrit ci-dessus* ».

incombant au Parquet européen, lesdits droits bénéficient d'une quand même protection dans d'autres dispositions.

Les garanties procédurales des personnes impliquées dans la procédure du Parquet européen n'étaient pas adéquatement protégées, au contraire, dans la proposition du règlement portant création du Parquet européen de la Commission du 2013 et, dans la proposition amendée par le Conseil dans la dernière version de proposition de règlement du 31 janvier 2017⁴³⁶. Dans la proposition du règlement de la Commission du 2013, il n'était prévu aucun contrôle juridictionnel sur les décisions du Parquet européen de classer l'affaire sans suite⁴³⁷. Les personnes concernées, telles que les victimes, ne pouvaient donc proposer un recours contre la décision du Parquet européen non plus. En l'absence d'un contrôle du juge, l'égalité des citoyens face à la loi était particulièrement à risque et le principe de légalité des poursuites prévu dans les considérant ne pouvait pas être considéré comme respecté⁴³⁸.

Dans la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, l'égalité de toutes les personnes devant la loi paraît aussi mise à mal, du moment que les pouvoirs du Parquet européen de déclencher les poursuites ou de classer l'affaire sans suite sont encadrés par renvoi au « droit de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire »⁴³⁹.

Conformément à la proposition de règlement du Conseil, les enquêtes sont ouvertes par le procureur européen délégué d'un État membre qui, en vertu de sa législation nationale, est compétent à l'égard de l'infraction, si, conformément à la législation nationale applicable, il y a de bonnes raisons de

436 Les raisons étaient toutefois toujours les mêmes. En particulier, dans le considérant 20 de la proposition de règlement de la Commission, est établi : « Afin de garantir la sécurité juridique et de veiller à ce qu'aucune infraction portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ne soit tolérée, les activités d'enquête et de poursuite du Parquet européen devraient être fondées sur le principe de légalité des poursuites, selon lequel le Parquet européen devrait déclencher les enquêtes et, sous réserve du respect de conditions supplémentaires, poursuivre les auteurs de chaque infraction relevant de sa compétence ».

437 Le Parquet européen peut classer une affaire sans suite si le délit est un délit mineur ou en l'absence de preuves pertinentes. L'article 28 de la proposition de règlement de la Commission de juillet 2013 prévoit aussi des autres cas dans lesquels il peut classer l'affaire sans suite. Voy. à cet effet l'article 28 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 et le paragraphe suivant de ce chapitre. Il est nécessaire considérer aussi que des difficultés concrètes pourraient se faire jour, notamment si le Parquet européen classait sans suite des infractions connexes que les autorités judiciaires nationales entendraient poursuivre. L'expiration du délai national de prescription renvoie à la problématique du « forum shopping ». La proposition de directive relative à la protection des intérêts financiers de l'Union ne parviendra pas à harmoniser les délais de prescription. Si une infraction est prescrite dans un État membre mais demeure susceptible de poursuites dans un autre également concerné par l'affaire, le règlement ne fixe pas de règle de conduite, se contentant d'indiquer que l'expiration du délai national de prescription constitue un motif de classement. Il convient de relever que la proposition de directive ne formalise pas la décision de classer sans suite ou de ne pas poursuivre.

438 Le principe de légalité des poursuites était décrit dans le considérant 31 de la proposition de règlement où était établi : « Compte tenu du principe de légalité des poursuites, les enquêtes menées par le Parquet européen devraient normalement entraîner des poursuites devant les juridictions nationales compétentes s'il existe de solides éléments de preuve et si aucun motif juridique n'éteint l'action publique. En l'absence de tels éléments de preuve et si les chances que ceux-ci soient produits lors du procès sont faibles, l'affaire peut être classée sans suite. Le Parquet européen devrait, en outre, avoir la possibilité de procéder au classement de l'affaire lorsqu'est en cause une infraction mineure. Lorsque l'affaire n'est pas classée pour ces motifs mais que les poursuites ne sont pas non plus justifiées, le Parquet européen devrait avoir la possibilité de proposer une transaction au suspect, si celle-ci est dans l'intérêt de la bonne administration de la justice ».

439 Voy. à cet égard l'article 22, al. 1, 29, al. 1, 30, al. 1, 33, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

croire qu'une infraction relevant de la compétence du Parquet européen est en train d'être commise ou a été commise⁴⁴⁰. Lorsque le procureur européen délégué en charge de l'affaire considère que l'enquête est achevée, « il soumet au procureur européen chargé de la surveillance un rapport contenant un résumé de l'affaire et un projet de décision visant d'éventuelles poursuites devant une juridiction nationale ou un éventuel renvoi de l'affaire, un classement sans suite ou une procédure simplifiée en matière de poursuites conformément à l'article 28 bis, 33 ou 34. Le procureur européen chargé de la surveillance transmet ces documents à la chambre permanente compétente, accompagnés, s'il l'estime nécessaire, de sa propre analyse »⁴⁴¹.

La chambre permanente se prononce sur ce projet, conformément aux procédures définies à l'article 29, dans un délai de 21 jours. La chambre permanente ne peut pas décider de classer une affaire sans suite si un projet de décision propose de porter ladite affaire en jugement⁴⁴². Dans le cas où le procureur européen délégué en charge de l'affaire soumet un rapport dans lequel il propose de classer sans suite la procédure, la chambre permanente suit cette décision lorsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites conformément au droit de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire pour l'un des motifs énumérés dans la disposition⁴⁴³.

La décision de poursuivre ou de classer l'affaire sans suite est donc prise par le procureur délégué chargé de l'affaire et par la chambre permanente, laquelle devra prendre en considération aussi l'analyse du procureur européen chargé de la surveillance. La décision de poursuivre ou de classer l'affaire sans suite est en plus prise conformément à la législation nationale applicable à la procédure et donc sera différente d'un État à l'autre. Dans la proposition de règlement, aucun critère précis n'est prévu pour déterminer la loi applicable rendant la prévision de cette dernière malaisée. La multiplication des personnes compétentes dans la prise de décision peut complexifier la phase décisionnelle et empêcher les personnes intéressées d'identifier facilement ladite personne compétente pour rendre la décision.

440 Article 22, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, qui prévoit : « *Lorsque, conformément à la législation nationale applicable, il y a de bonnes raisons de croire qu'une infraction relevant de la compétence du Parquet européen est en train d'être commise ou a été commise, un procureur européen délégué d'un État membre qui, en vertu de sa législation nationale, est compétent à l'égard de ladite infraction, ouvre une enquête, sans préjudice des règles prévues à l'article 20, paragraphes 2 et 3, et en fait état dans le système de gestion des dossiers* ».

441 Article 29, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, qui établit : « *Lorsque le procureur européen délégué chargé de l'affaire considère que l'enquête est achevée, il soumet au procureur européen chargé de la surveillance un rapport contenant un résumé de l'affaire et un projet de décision visant d'éventuelles poursuites devant une juridiction nationale ou un éventuel renvoi de l'affaire, un classement sans suite ou une procédure simplifiée en matière de poursuites conformément à l'article 28 bis, 33 ou 34. Le procureur européen chargé de la surveillance transmet ces documents à la chambre permanente compétente, accompagnés, s'il l'estime nécessaire, de sa propre analyse. Lorsque la chambre permanente, en application de l'article 9, paragraphe 3, adopte la décision proposée par le procureur européen délégué, celui-ci agit en conséquence* ».

442 Article 30 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

443 Article 33, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, qui prévoit : « *la chambre permanente décide, sur la base d'un rapport soumis par le procureur européen délégué chargé de l'affaire conformément à l'article 29, paragraphe 1, de classer sans suite la procédure engagée à l'encontre d'une personne lorsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites conformément au droit de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire pour l'un des motifs suivants* ».

Les droits des suspects et des autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen seront en outre affaiblis par le fait que les procureurs européens délégués chargés de l'affaire ont une nature hybride, en agissant au nom du Parquet européen dans leurs États membres respectifs et pouvant également exercer les fonctions de procureur national⁴⁴⁴. Dans certains États membres, les procureurs sont en effet dépendants du Ministre de la Justice et donc leurs choix pourraient être influencés par le pouvoir exécutif et pourraient être conduit à poursuivre certaines infractions et à classer sans suite d'autres infractions. Les règles procédurales nationales varient beaucoup d'un État à l'autre et les modalités d'exercice de poursuites, aussi bien que la structure du ministère public, sont significativement différentes. L'objectif poursuivi d'assurer l'égalité de traitement pour les fraudes budgétaires dans l'Union européenne en raison duquel la Commission et le Conseil ont opté pour l'adoption du principe de légalité des poursuites n'est donc pas atteint par la proposition de règlement, la modalité d'exercice de poursuite en dépendant amplement de la loi de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire.

L'incertitude liée à la détermination de la loi applicable, au-delà de contrevenir au principe de légalité pour les raisons exposées précédemment, enfreint les droits de défense des suspects, lesquels ne pourront pas préparer de manière appropriée leur défense.

3.2.1.1.2 Classement sans suite de l'affaire et procédures simplifiées en matière de poursuites

Le principe d'opportunité des poursuites, « déchargée de critères et d'obligations de justification, aggraverait le danger d'une politique criminelle conduite selon le seul arbitrage du nouvel organe ou, pire, sous l'influence des auteurs ou des victimes potentiels des infractions »⁴⁴⁵. Toutefois, dans les systèmes s'inspirant du principe de légalité des poursuites, l'inflation pénale et la surcharge de travail transforment souvent, dans les faits, la légalité en une forme d'opportunité. Dans ce cas, les droits des suspects sont davantage fragilisés compte tenu de l'absence de critères précis encadrant préalablement la possibilité de classer l'affaire sans suite par le ministère public⁴⁴⁶.

444 Article 12, al. 1 et 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

445 G. GAMBERINI, Quel modèle pour un ministère public européen?, in C. LAZERGES (sous la direction de), *Figures du parquet*, Presses Universitaires de France, 2006, p. 139.

446 Voy. G. DI FEDERICO, *Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy*, in *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia, Open Society Institute, 2008, pp. 301-338; *Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia*, *Il giusto processo*, 2002, 1, pp. 216-246; *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, XLI(1), pp. 230-252; *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, *L'Indice penale*, 1995, 29(2), pp. 399-437; *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in GAITO, A. (éds.), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 170-208. Per un'esame del sistema giurisdizionale vigente nei diversi Stati membri europei, si legga K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A comparative analysis*, Hart, 2013, p. 7 ss.; E. LUNA, M. L. WADE, *The Prosecutor as Policy Maker, Case Manager*,

En cela, le législateur européen organise un système de légalité des poursuites atténuée par des exceptions expressément prévues par la proposition de règlement. Ainsi, l'article 28 de la proposition de règlement prévoit cinq cas dans lesquels le Parquet européen doit procéder au classement sans suite de l'affaire et deux cas dans lesquels le Parquet européen peut décider de procéder au classement sans suite de l'affaire⁴⁴⁷. Toutefois, les situations, dans lesquelles le Parquet européen peut classer l'affaire sans suite, sont imprécises et non prévisibles en avance.

En premier lieu le Parquet européen peut classer l'affaire sans suite si « l'infraction est un délit mineur en vertu de la législation nationale transposant la directive 2013/xx/UE relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ». La législation nationale, transposant la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen de droit pénal, sera toutefois différente d'un État à l'autre, en considérant que la directive prévoit seulement une harmonisation minimale de la législation des États membres. La définition d'infraction mineure ne sera donc pas la même sur le territoire européen.

Deuxièmement, le Parquet européen pourrait décider de classer une affaire sans suite en l'absence de preuves pertinentes. Le considérant 31 habilite le Parquet européen à classer l'affaire sans suite en l'absence de solides éléments de preuve et si les chances que ceux-ci soient produits lors du procès sont faibles⁴⁴⁸. Dans la proposition de règlement, il n'y a pas toutefois aucune explication à propos de ce que signifie « solides éléments de preuve ». Le Parquet européen pourrait donc bien interpréter cette disposition afin de classer sans suite des affaires sur la base des évaluations arbitraires. Dans l'absence d'un contrôle sur la décision du Parquet européen de classer l'affaire sans suite, les droits de défense des personnes concernées par la procédure du Parquet européen sont donc mis en jeu.

Selon l'article 29 de la proposition de règlement, le Parquet européen peut proposer une transaction au suspect, si celle-ci reste dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, lorsque l'affaire ne

and Investigator, in E. LUNA, M. L. WADE (éds.), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford, OUP, 2012, p. 2; J.-M. JEHLE, *The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System*, in J.-M. JEHLE, M. WADE (éds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Berlin, Springer, 2006, p. 24.

447 L'article 28 de la proposition de règlement de la Commission établit : « *Le procureur européen procède au classement sans suite de l'affaire lorsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites pour l'un des motifs suivants: a) le décès du suspect; b) le comportement faisant l'objet de l'enquête ne constitue pas une infraction pénale; c) l'amnistie ou l'immunité accordée au suspect; d) l'expiration du délai national de prescription en matière de poursuites; e) le suspect a déjà été définitivement acquitté des mêmes faits ou condamné pour ceux-ci dans l'Union, ou bien l'affaire a été traitée conformément aux dispositions de l'article 29. Le procureur européen peut procéder au classement sans suite de l'affaire pour l'un des motifs suivants: a) l'infraction est un délit mineur en vertu de la législation nationale transposant la directive 2013/xx/UE relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal; b) l'absence de preuves pertinentes. Le Parquet européen peut renvoyer les affaires qu'il a classées à l'OLAF ou aux autorités administratives ou judiciaires nationales compétentes aux fins de recouvrement, d'un suivi administratif autre ou de contrôle. Lorsque l'enquête a été déclenchée sur la base d'informations fournies par la partie lésée, le Parquet européen en informe cette dernière* ».

448 Voy. Considérant 31 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

peut pas être classée pour ces motifs mais que les poursuites ne sont pas non plus justifiées⁴⁴⁹. Les critères selon lesquels le Parquet européen peut proposer une transaction au suspect ne sont donc pas déterminés et donc le Parquet européen dispose d'une large marge d'appréciation. La seule condition requise est que la décision contribue à la « bonne administration de la justice ». Les seuls critères auxquels la disposition se réfère concernent le montant de la sanction, mais ceux selon lesquels le Parquet européen peut décider de proposer une transaction ou suspect ne sont pas définis. Il est donc établi le *quomodo*, mais pas l'*an*.

En ce qui concerne le classement sans suite de l'affaire, au contraire, l'article 33 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 établit que « la chambre permanente décide, sur la base d'un rapport soumis par le procureur européen délégué chargé de l'affaire conformément à l'article 29, paragraphe 1, de classer sans suite la procédure engagée à l'encontre d'une personne lorsqu'il est devenu impossible de déclencher des poursuites conformément au droit de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire » pour l'un des sept motifs énumérés dans la proposition du règlement⁴⁵⁰. Le cas d'absence de preuves pertinentes a été prévu aussi dans la proposition de règlement du Conseil du 2013. Les Règles Modèles de procédure du Parquet européen établissaient de même que « lorsque le Parquet européen estime devoir mettre fin aux poursuites pour des motifs juridiques ou lorsque les preuves n'offrent pas une perspective raisonnable d'obtenir une condamnation, il clôt l'affaire »⁴⁵¹. Cependant, elles prévoyaient aussi que le Parquet dût exposer par écrit les motifs de sa décision et que « lorsqu'il clôt l'affaire pour insuffisance de preuves, le Parquet européen peut à tout moment reprendre l'enquête ». Il était aussi prévu pour l'UE ou toute personne lésée de former un recours devant la Cour européenne contre la décision de clôture du Parquet européen.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 ne prévoit aucune de ces conditions dans le cas où le Parquet européen souhaite clore l'affaire. Les cas dans lesquels le Parquet européen peut classer l'affaire sans suite sont énumérés dans la proposition de règlement du Conseil du 31

449Voy. article 29 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 qui prévoit : « Lorsque l'affaire n'est pas classée sans suite mais qu'une décision en ce sens contribuerait à une bonne administration de la justice, le Parquet européen peut, après réparation du préjudice, proposer au suspect de payer une amende forfaitaire qui, une fois réglée, entraîne le classement définitif de l'affaire (transaction). Si le suspect accepte, il paie l'amende forfaitaire à l'Union. Le Parquet européen supervise le recouvrement du paiement sur lequel porte la transaction. Lorsque le suspect accepte la transaction et paie l'amende forfaitaire, le procureur européen procède au classement définitif de l'affaire et le notifie officiellement aux autorités répressives et judiciaires nationales compétentes; il en informe également les institutions, organes et organismes de l'Union concernés. Le classement sans suite prévu au paragraphe 3 n'est pas susceptible de contrôle juridictionnel ».

450Article 33 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Les sept motifs sont les suivants : « a) le décès du suspect ou de la personne poursuivie ou la dissolution de la personne morale soupçonnée ou poursuivie; a bis) la démence du suspect ou de la personne poursuivie; b) l'amnistie accordée au suspect ou à la personne poursuivie; c) l'immunité accordée au suspect ou à la personne poursuivie, à moins que celle-ci ait été levée; d) l'expiration du délai national de prescription en matière de poursuites; e) une affaire concernant la personne visée a déjà été définitivement jugée en liaison avec les mêmes actes; f) l'absence de preuves pertinentes ».

451Article 65 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen (LIGETI, K. et al., Règles Modèles de procédure du Parquet européen, [disponibles en ligne : <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules/french>].

janvier 2017 et sont plus détaillés par rapport aux critères qui étaient prévus dans la proposition de règlement de la Commission. À première vue, il semble donc que la marge d'appréciation du Parquet européen soit réduite. Une analyse plus approfondie montrera par contre que le renvoi à la législation nationale renforce le pouvoir d'appréciation du Parquet européen. Ce dernier pourrait en effet décider de renvoyer l'affaire aux autorités nationales qui appliquent le principe d'opportunité des poursuites et classer sans suite subrepticement l'affaire. Une telle réglementation ne protège donc pas adéquatement les droits fondamentaux des personnes concernées par la procédure du Parquet européen⁴⁵².

De même, ne sont pas prévues d'adéquates garanties procédurales dans le cas où le Parquet européen décide de proposer une procédure simplifiée en matière de poursuites visant au règlement définitif d'une affaire selon les modalités fixées d'un commun accord avec le suspect⁴⁵³. Les éléments à prendre en compte par la chambre permanente, dans sa décision d'appliquer une procédure simplifiée en matière de poursuites, sont la gravité de l'infraction, en fonction notamment du préjudice causé aux intérêts financiers de l'Union, la volonté de l'auteur présumé de l'infraction de réparer le préjudice causé par son comportement illégal et le fait que le recours à la procédure soit conforme aux objectifs généraux et aux principes fondamentaux du Parquet européen énoncés dans le règlement en le instituant⁴⁵⁴.

Le premier critère n'est pas déterminé puisque, comme souligné, il dépendra de la législation nationale transposant la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, en considérant que la directive prévoit seulement une harmonisation minimale de la législation des États membres.

La condition, selon laquelle le recours à la procédure doit être conforme aux objectifs généraux et aux principes fondamentaux du Parquet européen énoncés dans le règlement, n'est également précise en considérant que le règlement poursuit plusieurs objectifs et ces objectifs peuvent aussi être contradictoires. Par exemple, la contradiction s'observe entre un objectif issu de la proposition de règlement, la répression efficace des fraudes causées aux intérêts financiers de l'Union, un

452Voy. A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2016, 18, p. 148; A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU\(2016\)571399_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU(2016)571399_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2016, p. 20.

453Voy., au contraire l'annexe à la Règle 65 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen. « *Dans la mesure où nous estimons que le Parquet européen devrait mettre en mouvement l'action publique dès lors qu'il existe des preuves suffisantes et qu'il est dans l'intérêt public de l'UE de poursuivre, nous déconseillons de permettre au Parquet européen de clore une affaire sur la base du respect par le suspect d'obligations déterminées. Cependant, si l'éventualité d'une clôture sous condition est retenue, les conditions suivantes devraient alors être remplies : - le suspect devrait donner son accord à la mesure proposée, - la partie lésée devrait être entendue, - la décision de clôture ne devrait pas pouvoir être prise en dépit des objections émanant des autorités nationales de poursuite pertinentes, - la proposition devrait être approuvée par le juge du fond, - les conditions imposées devraient être proportionnées à l'infraction et devraient, en principe, inclure le versement de dommages et intérêts, et - les conditions sur la base desquelles l'affaire est close devraient être consignées* ».

454Article 34, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

principe fondamental, bénéficiant aux personnes concernées par les enquêtes du Parquet européen. Quelle exigence doit donc avoir la prévalence ?

La seule solution, en vue d'assurer tant la protection des droits fondamentaux des personnes concernées par la procédure du Parquet européen que l'efficace répression des auteurs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, consiste à prévoir des règles uniformes au niveau européen. En l'absence du renvoi au droit national, le Parquet européen pourrait classer l'affaire sans suite ou appliquer une procédure simplifiée en matière de poursuites seulement aux conditions établies dans la proposition de règlement qui seront les mêmes sur tout le territoire de l'Union européenne. Elles seront donc prévisibles en avance et ne pourront pas être détournées par le Parquet européen.

3.2.1.1.3 Choix des règles de procédure applicables aux activités du Parquet européen

L'article 86, al. 3 TFUE prévoit que « Les règlements visés au paragraphe 1 fixent le statut du Parquet européen, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités, ainsi que celles gouvernant l'admissibilité des preuves, et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions »⁴⁵⁵. La même disposition établit que le Parquet européen « exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative » aux infractions qui relèvent de sa compétence⁴⁵⁶.

La scission, entre la phase préparatoire du procès pénal et la phase du jugement entre Parquet européen et autorités judiciaires nationales, emporte des conséquences sur le choix de la loi de procédure applicable aux activités du Parquet européen. Le Parquet européen, en choisissant les règles procédurales applicables à la phase préparatoire du procès, déterminera donc les règles procédurales de la phase du jugement qui auront des caractéristiques très différentes, par exemple, entre un système judiciaire de type inquisitoire ou accusatoire.

Au niveau général, il est possible d'envisager trois scénarios différents en ce qui concerne le choix de loi applicable par le Parquet européen.

Dans la première option, en l'absence d'harmonisation législative des règles procédurales au niveau européen, s'applique la *lex loci commissi delicti* et le règlement instituant le Parquet européen effectuera un renvoi à la procédure pénale de la législation nationale applicable en l'espèce. Il n'existera donc pas une législation de procédure pénale uniformément applicable par le Parquet européen, mais autant de réglementations différentes dans l'Union européenne qu'elle ne compte d'États membres⁴⁵⁷. Les mesures d'enquête du Parquet européen seront donc réglées par la

⁴⁵⁵Voy. article 86, al. 3 du TFUE.

⁴⁵⁶Voy. article 86, al. 2 du TFUE.

⁴⁵⁷Cette solution, à notre avis, ne respecte pas la lettre de l'article 86, par. 3 du TFUE.

législation nationale de l'État membre où le Parquet européen conduit les enquêtes. Une telle solution ne permettrait pas de résoudre les problèmes actuels. Les enquêtes, conduites par le Parquet européen sur le territoire des différents États membres, seront en effet soumises à des législations différentes. Ainsi, pour la même mesure d'enquête, le Parquet européen dans certains cas devra demander l'autorisation judiciaire préalable conformément à la législation de certains États membres ; cette autorisation judiciaire sera néanmoins nécessaire en vertu de la législation des autres États membres. De même, les garanties procédurales des suspects seront différentes en fonction de la législation pénale applicable.

La deuxième option prévoit l'application du principe de la *lex fori*. Les enquêtes conduites par le Parquet européen seront donc régies par le droit national de l'État où se déroulera probablement la phase de du jugement⁴⁵⁸. Il faut noter toutefois qu'il n'est pas toujours possible de prévoir en avance quelle sera la loi applicable à la phase du jugement dans le cas où les infractions ont été commises sur le territoire des différents États membres. Dans le cas où la législation du jugement diffère de celle du lieu où sont conduites les enquêtes, le problème point quant à l'admissibilité des preuves recueillies, pourtant conformes à la législation d'un État membre, mais recueillies par le Parquet européen sur le territoire d'un autre État membre. Un problème supplémentaire se pose lorsqu'une autorisation judiciaire est nécessaire pour ordonner la mesure d'enquête. Le Parquet européen devra-t-il demander l'autorisation à l'autorité judiciaire de l'État où il mène les enquêtes ou à l'autorité judiciaire de l'État du lieu où se déroulera le jugement ?

La troisième option envisage la création d'une législation pénale uniforme au niveau européen en ce qui concerne les règles de procédure relatives aux enquêtes et aux poursuites du Parquet européen. Dans ce cas, les pouvoirs d'enquête du Parquet européen seront uniformes sur tout le territoire européen et les garanties procédurales, applicables aux suspects et aux personnes concernées par la procédure du Parquet européen, seront les mêmes sur le territoire de tous les États membres. Le niveau de protection des droits fondamentaux devra être équivalent au niveau de protection prévu par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux⁴⁵⁹.

La législation applicable en l'espèce sera donc prévisible en avance et accessible à toute personne

⁴⁵⁸Ce système présente des similarités au système prévu par la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, JO C 197 du 12.7.2000, p. 1–23 (en particulier, article 4). Voy, pour une analyse en profondeur, S. GLESS, Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights, in J.A.E. VERVAELE (éds.), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, p. 121. Voy. également S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 691 et s.; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München, Becker, 2008.

⁴⁵⁹Article 6 du TUE.

concernée et le Parquet européen ne pourra pas décider de conduire des enquêtes sur le territoire d'un État plutôt que sur un autre en vue d'ordonner la mesure d'enquête sans nécessité de l'autorisation judiciaire puisque les règles procédurales applicables seront les mêmes sur le territoire de tous les États qui participeront à la création du Parquet européen.

Selon la proposition de règlement de la Commission, les enquêtes sont régies par le droit de l'État membre sur le territoire duquel l'enquête ou les poursuites sont menées dans la mesure où une question n'est pas régie par le règlement. En considérant que le règlement ne fixe ni les critères en vertu desquels le Parquet européen peut demander ou ordonner les mesures d'enquêtes ni la manière dont les mesures d'enquêtes sont réalisées, ce sera surtout le droit national qui déterminera la réglementation applicable en l'espèce⁴⁶⁰. Le règlement se limite en effet à l'énumération des mesures d'enquêtes que le Parquet européen peut demander ou ordonner⁴⁶¹.

En ce qui concerne le choix du droit applicable au procès, la proposition de règlement de la Commission prévoit que « le procureur européen, en étroite concertation avec le procureur européen délégué qui présente l'affaire et en tenant compte de la bonne administration de la justice, choisit la compétence de jugement et détermine la juridiction nationale compétente, en prenant en considération les critères suivants : a) le lieu où l'infraction ou, en cas de pluralité d'infractions, la majorité des infractions a été commise ; b) le lieu où la personne poursuivie a sa résidence habituelle; c) le lieu où se trouvent les éléments de preuve ; d) le lieu où les victimes directes ont leur résidence habituelle »⁴⁶². Malgré la formulation similaire de la disposition à celle prévue dans le *Corpus Juris*, il reste une différence substantielle. Dans le *Corpus Juris*, il était établi que la Cour de justice était compétente pour statuer à la demande de l'accusé sur le choix de juridiction de jugement effectué par le Ministère Public européen⁴⁶³. La proposition de règlement de la Commission, au contraire, n'envisage pas une telle possibilité, l'article 36 prévoyant que « Lorsqu'il adopte des mesures procédurales dans l'exercice de ses fonctions, le Parquet européen est considéré comme une autorité nationale aux fins du contrôle juridictionnel »⁴⁶⁴. Dans le cas d'un conflit de compétence ou si l'accusé veut attenter un recours contre la décision du Parquet européen, ce sera donc l'autorité judiciaire nationale à décider. Elle décidera conformément à la législation de l'État auquel elle appartient, c'est-à-dire en ne tenant pas compte des intérêts spécifiquement européens⁴⁶⁵. La proposition de règlement du Conseil arrêté le 31 janvier 2017 n'améliore pas la situation. Elle

460Voy. à cet égard A. WEYEMBERGH, K. LIGETI, The European Public Prosecutors Office: certain constitutional issues, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ AND M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, pp. 64-68.

461Voy. article 26 de la proposition de règlement de la Commission du juillet 2013.

462Voy. article 27, al. 4 de la proposition de règlement de la Commission du 2013. La formulation est similaire à celle adopté dans l'article 27, al. 4 du *Corpus Juris*.

463Article 28, al. 1, lett. d) du *Corpus Juris*.

464Voy. article 36 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

465Voy. M. WASMEIER, The Choice of Forum by the European Public Prosecutor, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 153 et s.

renvoie, comme l'article 11, al. 3 de la proposition de règlement de la Commission, à la législation nationale de l'État membre dont le procureur européen délégué traite l'affaire, dans la mesure où une question n'est pas réglée par le règlement⁴⁶⁶.

Les enquêtes et poursuites menées au nom du Parquet européen sont principalement régies par la législation nationale des États membres puisque la proposition de règlement se limite à l'énumération de mesures d'enquêtes pouvant être demandées ou ordonnées par le Parquet européen. Toutefois, ladite proposition n'établit ni les critères en vue de déterminer les situations dans lesquelles le Parquet européen pourra demander ou ordonner les mesures d'enquêtes, ni les modalités guidant l'accomplissement de ces mesures. En plus d'être sujettes à restrictions, le nombre de mesures d'enquêtes, ordonnées ou demandées par les procureurs européens délégués, a été réduit par rapport à la proposition de règlement de la Commission⁴⁶⁷. Les procureurs européens délégués sont en effet habilités à ordonner ou à demander les mesures d'enquête énumérées dans la proposition de règlement exclusivement dans les cas où l'infraction qui fait l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale d'au moins quatre années d'emprisonnement⁴⁶⁸. De plus, certaines mesures d'enquête⁴⁶⁹ peuvent être assorties d'autres conditions, y compris des limitations, prévues par la législation nationale applicable. Ainsi, les États membres peuvent limiter l'application à certaines infractions graves des interceptions « de communications électroniques reçues ou passées par le suspect ou la personne poursuivie, sur tout support de communications électroniques que le suspect ou la personne poursuivie utilise et le repérage et le traçage d'un objet par des moyens techniques, y compris les livraisons contrôlées de biens »⁴⁷⁰.

En ce qui concerne le droit national applicable à la phase du jugement, s'appliquera la législation de l'État membre auquel appartient le procureur européen délégué chargé de l'affaire⁴⁷¹.

Pour limiter le risque de *forum shopping*, l'article 22, al. 4, prévoit que « en principe, une procédure est ouverte et gérée par un procureur européen délégué de l'État membre dans lequel l'activité criminelle a lieu principalement ou, si plusieurs infractions liées relevant de la compétence du Parquet ont été commises, de l'État membre dans lequel la plus grande partie des infractions ont été commises. Un procureur européen délégué d'un autre État membre, qui est compétent pour

466Voy. article 5, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

467Voy. à cet égard l'article 25 de la proposition de règlement du Conseil de 31 janvier 2017.

468Voy. article 25, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil de 31 janvier 2017.

469Les mesures auxquelles se réfère l'article 25, al. 1 ter de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 sont les « *la production de données informatiques stockées, cryptées ou non, soit au format original, soit à un autre format précisé, y compris des coordonnées bancaires ou des données relatives au trafic, à l'exception des données spécifiquement conservées conformément au droit national en application de l'article 15, paragraphe 1, deuxième phrase, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil; e) l'interception de communications électroniques reçues ou passées par le suspect ou la personne poursuivie, sur tout support de communications électroniques que le suspect ou la personne poursuivie utilise; f) le repérage et le traçage d'un objet par des moyens techniques, y compris les livraisons contrôlées de biens* ».

470Voy. article 25, 1 bis et 1 ter de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

471Voy. l'article 22, l'article 29 et l'article 30 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

connaître de l'affaire, ne peut ouvrir une enquête ou être chargé par la chambre permanente compétente d'ouvrir une enquête que lorsqu'un écart par rapport au principe énoncé dans la phrase précédente est dûment justifié, compte tenu des critères qui suivent, par ordre de priorité : a) le lieu où le suspect ou la personne poursuivie a sa résidence habituelle ; b) la nationalité du suspect ou de la personne poursuivie ; c) le lieu où le principal préjudice financier a eu lieu »⁴⁷². Dès lors, émergent des critères plus précis afin de déterminer la législation nationale applicable. De l'identification des critères, assurant davantage de prévisibilité du droit applicable, s'opposent deux conceptions⁴⁷³.

Certains auteurs estiment que, pour tendre vers la prévisibilité de la décision du droit pénal applicable, il demeure nécessaire que les principes soient exhaustivement énumérés et organisés en suivant une certaine hiérarchie. Les exceptions à cette règle doivent être expressément énoncées et faire l'objet d'une interprétation stricte. De plus, elles doivent être inspirées par le principe de complémentarité visé dans le Statut de la Cour pénale internationale. Au sommet de la hiérarchie, devrait être placé le principe de territorialité, suivi, dans les cas des infractions commises en dehors du territoire de l'Union, du principe du lieu de nationalité du suspect ou de la personne poursuivie ou du lieu où il réside habituellement⁴⁷⁴.

Au contraire, d'autres auteurs considèrent l'énumération de critères hiérarchiquement organisés, comme le principe de territorialité ou celui de nationalité du suspect, ne garantit pas un juste équilibre entre les différents intérêts. Les critères devraient donc être déterminés au cas par cas selon les circonstances du cas d'espèce. La prévisibilité doit être garantie au même titre que la flexibilité. Il devrait également être possible de proposer un recours devant une autorité indépendante et impartiale⁴⁷⁵.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, par contre, ne prévoit pas la possibilité de proposer un recours direct contre la décision relative à la législation applicable prise par le

472Voy. article 22, al. 4 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

473Voy. également H.H. HERRNFELD, Mechanism for Settling Conflicts of Jurisdiction, in M. LUCHTMAN (éds.), Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests, La Haye-Portland, Eleven International Publishing, 2013, p. 206 et s.; A. BIEHLER, R. KNIEBÜHLER, J. LELIEUR-FISCHER, S. STEIN, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, [disponible en ligne: <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>], 2003, p. 14 et s.

474Voy. F. ZIMMERMANN, Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office, in P. ASP (éd.), The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives, cit., 2015, pp. 168-177L'article 64, par. 1 et 2 des Règles Modèles établit: "*The EPPO shall prosecute the case in the jurisdiction which is most appropriate, taking into consideration, in the following sequence: a) the Member State in which the greater part of the conduct occurred, b) the Member State of which the perpetrator(s) is (are) a national or resident, and c) the Member State in which the greater part of the relevant evidence is located. 2. If none of the criteria listed in subsection (1) apply, the case shall be prosecuted in the jurisdiction where the EPPO has its seat. 3. The accused and the aggrieved party may appeal against the EPPO's choice of forum to the European court*".

475Voy. J.A.E. VERVAELE, European Territoriality and Jurisdiction: The Protection of the EU's Financial Interests in its Horizontal and Vertical (EPPO) Dimension, in M. LUCHTMAN (éd.), Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests, cit..

Parquet européen⁴⁷⁶.

3.2.1.2. SECTION DEUXIÈME Admissibilité des éléments de preuve présentés par le Parquet européen et enquêtes transfrontières

3.2.1.2.1 Admissibilité des éléments de preuve présentés par le Parquet européen

La réglementation concernant l'admissibilité des preuves collectées par le Parquet européen est particulièrement importante puisque les règles de procédure pénale des autorités judiciaires qui statueront sur le cas seront différentes d'un État à l'autre et donc concourir à l'inadmissibilité des preuves collectées par le Parquet européen selon la législation de l'État du jugement⁴⁷⁷. Dans ce cas, toutes les enquêtes menées par le Parquet européen seront vaines.

Le législateur européen, en soulignant l'importance de tel aspect de la procédure, prévoit que les « règlements visés au paragraphe 1 fixent [...] les règles de procédure applicables à ses activités, ainsi que celles gouvernant l'admissibilité des preuves »⁴⁷⁸.

La proposition de règlement de la Commission du 2013 et du Conseil du 31 janvier 2017 établit donc des règles de procédure qui gouvernent l'admissibilité des preuves. Toutefois, à la différence du *Corpus Juris* ou des Règles Modèles de procédure, il n'est pas prévu un modèle de « preuve européenne »⁴⁷⁹. Les preuves collectées, conformément aux critères établis dans le *Corpus Juris*, devaient être admises dans les États membres⁴⁸⁰. À cet égard, une preuve doit être écartée en cas de violation : soit des droits fondamentaux consacrés par CESDH, soit des règles européennes posées par le *Corpus Juris*, « soit [...] du droit national applicable, sans être justifiée par les règles européennes » prévues dans le *Corpus Juris*. La disposition du *Corpus Juris* précise également que la preuve obtenue doit être écartée qu'en cas d'admission portant atteinte aux principes du procès équitable⁴⁸¹.

Le dispositif d'application de l'article 33 énonce que « en matière de preuve, les techniques

476L'article 36, al. 3 attribue à la Cour de justice seulement la compétence à statuer, à titre préjudiciel, « a) sur la validité des actes de procédure du Parquet européen, pour autant qu'une telle question de validité soit soulevée devant une juridiction d'un État membre directement sur la base du droit de l'Union; b) sur l'interprétation ou la validité de dispositions du droit de l'Union, y compris le présent règlement; c) sur l'interprétation des articles 17 et 20 du présent règlement en ce qui concerne tout conflit de compétence entre le Parquet européen et les autorités nationales compétentes ».

477Voy. L. HAMRAN, E. SZABOVA, European public Prosecutor's Office – cui bono?, *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4(1-2), p. 54 et s.

478Voy. article 86, al. 3 du TFUE.

479Voy. à cet égard les explications à l'article 32 contenues en M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (éds.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Volume I, Antwerp, Groningen, Oxford, Intersentia, 2000, p. 101.

480Voy. à cet égard l'article 32 du *Corpus Juris*.

481Voy. article 33 du *Corpus Juris* et le dispositif d'application de l'article 33.

procédurales du droit national s'appliquent pour autant que les règles du *Corpus Juris* ne contiennent pas de dispositions spécifiques ». En considérant que les règles du *Corpus Juris* sont spécifiques s'agissant des critères de formation des preuves, le droit national aura dans ce cas effectivement une application marginale. Par exemple, les témoignages doivent être soit présentés à l'audience par une liaison audiovisuelle, soit recueillis par le Ministère Public européen sous la forme d'un « procès-verbal européen d'audition ». L'audition doit être faite devant un juge, la défense doit être présente et doit être accordée la possibilité de poser des questions. Enfin, toute l'opération doit être enregistrée par vidéo⁴⁸². Des procédures spécifiques concernent aussi les interrogatoires de l'accusé : les documents présentés par un expert et ceux existants que l'accusé a été obligé de produire dans une enquête préliminaire administrative ou durant l'enquête pénale⁴⁸³.

Les mesures d'enquête que le Parquet européen peut prendre se rangent dans trois catégories des Règles Modèles de procédure. Les différentes catégories de mesures d'enquête impliquent des conditions différentes, telles que détaillées dans les Règles. Dans les notes explicatives, il est précisé également que « les pouvoirs énoncés dans ces Règles sont exhaustifs ; les pouvoirs qui ne sont pas prévus dans les Règles ne sont pas à la disposition du Parquet européen »⁴⁸⁴. Cependant, les Règles Modèles ne contiennent pas une réglementation exhaustive s'agissant du régime d'admissibilité des preuves. En effet, l'article 19 se limite à énoncer que « Les juridictions nationales ne peuvent considérer les preuves collectées conformément à ces Règles comme ayant été illégalement ou irrégulièrement obtenues »⁴⁸⁵.

À première vue, il semble que les autorités judiciaires nationales ne peuvent écarter les preuves collectées par le Parquet européen même lorsqu'elle résulte de la violation des droits fondamentaux des suspects ou de l'équité de la procédure.

Toutefois, un examen, prenant en compte l'explication au-dessous de la disposition, montre que la disposition explicitée ne prévoit pas une telle règle puisque « dans la mesure où l'appréciation des éléments de preuve fait partie du procès, l'énoncé de dispositions relatives à l'admissibilité des preuves ne relève pas du champ d'application des Règles Modèles ». Cette Règle sert donc à garantir que les preuves ne soient « exclues sur le seul motif qu'elles ont été collectées en contrariété avec les dispositions nationales du pays où l'affaire est jugée, si les preuves ont été

482Voy. article 32 du *Corpus Juris*.

483Voy. article 32 du *Corpus Juris*.

484Voy. l'article 22 et la note explicative au-dessous de l'article 22 des règles modèles de procédure du Parquet européen. La note explicative précise également que « *Cela peut conduire à une situation dans laquelle le Parquet européen pourrait faire moins qu'un procureur national (par exemple, le Parquet européen est dépourvu du pouvoir d'ordonner la perquisition en ligne dans un Etat Membre dans lequel le procureur national en est pourvu), ou faire davantage que le procureur national (par exemple, ordonner l'interception des contenus des communications là où le procureur ne le peut pas)* ». La réglementation applicable est visée dans les Règles 23 (règle générale relative aux mesures non coercitives), 31 (règles générales relatives aux mesures coercitives sans autorisation judiciaire préalable), et 47 (règles générales relatives aux mesures coercitives sur autorisation judiciaire préalable).

485Voy. article 19 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen.

collectées conformément aux Règles Modèles »⁴⁸⁶.

Les autorités judiciaires nationales ne peuvent donc pas considérer les preuves collectées par le Parquet européen en conformité aux Règles de procédure, qu'elles soient obtenues de façon illégale ou irrégulière. Les autorités judiciaires nationales auront donc seulement la possibilité d'apprécier librement les preuves, mais pas celle de les déclarer inadmissibles⁴⁸⁷. Cependant, un tel modèle de preuves peut assurer de façon adéquate la protection des droits fondamentaux des personnes concernées par les enquêtes du Parquet européen lorsque la législation de procédure pénale européenne prévoit des garanties procédurales adéquates. Cette solution tend vers une efficacité des enquêtes du Parquet européen et, dans le même temps, vers la protection des droits des personnes concernées par la procédure du Parquet européen. Toutefois, l'ambiguïté de l'article entrave sa compréhension susceptible d'interprétations contradictoires, dont certaines ne permettent pas de considérer la disposition légitime.

La proposition de règlement de la Commission du 2013 et du Conseil du 31 janvier 2017, à la différence du *Corpus Juris* et des Règles Modèles, ne prévoit pas une réglementation commune en matière de collecte des preuves. L'article 30 de la proposition de règlement de la Commission établit que les « éléments de preuve présentés par le Parquet européen à la juridiction du fond, lorsque cette dernière considère que leur admission ne porterait pas atteinte à l'équité de la procédure ni aux droits de la défense consacrés aux articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, sont admis au procès sans validation ou processus juridique similaire même si la législation nationale de l'État membre dans lequel siège cette juridiction prévoit des règles différentes en matière de collecte ou de présentation de tels éléments de preuve. Une fois les éléments de preuve admis, il n'est pas porté atteinte à la compétence des juridictions nationales pour apprécier librement les éléments de preuve présentés lors du procès par le Parquet européen »⁴⁸⁸.

486Voy. la note explicative au-dessous de l'article 19 des Règles Modèles. La note explicative précise également que « Cette Règle ne préjuge pas, cependant, du droit de la juridiction de jugement d'apprécier librement les preuves ».

487Voy. à cet égard J. SPENCER, qui a affirmé que « [b]roadly speaking, it is surely up to each Member State to frame its own rules as to the admissibility of evidence in criminal cases; and it is not the business of the EU to tell Member States what types of evidence should or should not be admissible in their criminal courts, unless there is some compelling practical reason to require this ». J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: The Reaction of one British Lawyer*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, 9(5), p. 604-605. Voy. également M. LUCHTMAN, J.A.E. VERVAELE, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, *Utrecht Law Review*, 2014, 10(5), p. 147.

488Voy. article 30 de la proposition de règlement de la Commission. Le Considérant 32 de la même proposition de règlement prévoit : « Les éléments de preuve présentés par le Parquet européen à la juridiction du fond devraient être reconnus comme des éléments de preuve recevables, partant être présumés satisfaire à toutes les exigences pertinentes en matière de preuve imposées par le droit national de l'État membre dans lequel siège la juridiction du fond, pour autant que cette dernière considère que ces éléments de preuve respectent l'équité de la procédure et les droits de la défense que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confère au suspect. La juridiction du fond ne saurait exclure comme étant irrecevables les éléments de preuve présentés par le Parquet européen, au motif que les conditions et les règles permettant de recueillir ce type de preuve sont différentes en vertu du droit national qui leur est applicable ».

La Commission envisage donc un système de reconnaissance mutuelle des preuves, notamment de libre circulation des preuves⁴⁸⁹. Malgré l'apport significatif de la création d'un espace judiciaire commun de libre circulation des preuves, la solution envisagée par la Commission génère certains problèmes. A défaut d'une législation de procédure pénale commune au niveau européen, les autorités judiciaires nationales devraient reconnaître les preuves collectées par le Parquet européen conformément aux règles en matière de collecte des preuves d'un autre État membre, même si les preuves recueillies restent illégitimes dans ce système juridique. Les mêmes problèmes qui existent actuellement donc pourraient resurgir en raison du dysfonctionnement de la reconnaissance mutuelle, fondée sur le principe de la *lex loci*, résultant de l'absence de règles de procédure pénale harmonisées. Les législations de procédure pénale des États membres sont en effet considérablement différentes entre elles⁴⁹⁰.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 n'a guère amené d'amélioration. L'article 31 de la proposition de règlement prévoit en effet : « Les éléments de preuve présentés à une juridiction par les procureurs du Parquet européen ou par la partie défenderesse ne peuvent être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément à la législation d'un autre État membre. Le présent règlement ne porte pas atteinte au pouvoir dont dispose la juridiction du fond d'apprécier librement les éléments de preuve présentés par la partie défenderesse ou par les procureurs du Parquet européen »⁴⁹¹.

Par rapport à la proposition de règlement de la Commission, la proposition de règlement du Conseil établit que les éléments des preuves sont présentés par les « procureurs du Parquet européen ou par la partie défenderesse » ; ce n'est plus le « Parquet européen » qui présente les preuves à la juridiction du fond. La proposition de règlement du Conseil a également ajouté la possibilité pour la partie défenderesse de présenter les preuves à une juridiction. La différence entre les deux versions n'est pas seulement terminologique. La nouvelle structure du Parquet européen, envisagée dans la proposition de règlement du Conseil, confère un rôle marginal au chef du Parquet européen, lequel

⁴⁸⁹Voy. à cet égard S. GLESS, *Grenzüberschreitende Beweissammlung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013, pp. 590-591. La Commission avait envisagé un système d'admissibilité des preuves se basant sur la reconnaissance mutuelle aussi dans le Livre Vert du 2001. Voy. à propos, le Livre vert, COM(2001) 715 final, 11 décembre 2001, sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, point 6.3.4.1.

⁴⁹⁰Sur l'incapacité à protéger les droits fondamentaux des personnes concernées par la clause énoncée dans l'article 30 de la proposition de règlement de la Commission, conformément à laquelle les preuves ne doivent pas être admises au procès lorsque la juridiction de fond considère que leur admission porterait « atteinte à l'équité de la procédure » ou « aux droits de la défense consacrés aux articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », voy. S. GLESS, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9, p. 103; D. HELENIUS, *Admissibility of Evidence and the European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (éd.), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, cit., p. 196-202; I. ZERBES, *Collecting and Using Evidence: a Patchwork of Legal Orders*, in P. ASP (éd.), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, cit., p. 223-228 ; J. INGHLERAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 126.

⁴⁹¹Voy. article 31, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

a principalement une fonction de représentation et d'organisation du bureau du Parquet européen. Les procureurs européens délégués sont responsables des enquêtes et des poursuites qu'ils engagent au nom du Parquet européen dans leurs États membres respectifs, et dans le même temps, peuvent exercer les fonctions de procureur national. Le droit national, applicable aux enquêtes et aux poursuites, est celui de l'État auquel ils appartiennent. L'article 31 précité souligne donc la dimension nationale du Parquet européen, en remarquant que les preuves ont été recueillies conformément à la législation nationale du procureur délégué chargé de l'affaire. La seule affirmation, contenue dans l'article 31 de la proposition de règlement du Conseil, relève que les preuves « ne peuvent être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément à la législation d'un autre État membre », cela n'empêche pas des preuves d'être conformes à la législation d'un État membre, et, au contraire, compatibles avec la juridiction devant laquelle elles ont été présentées. En l'absence de confiance entre États membres et d'une harmonisation à niveau européen, ressurgissent les mêmes problématiques exposées précédemment.

En deuxième lieu, la proposition de règlement du Conseil ne prévoit plus la possibilité aux autorités nationales de refuser l'admission des preuves lorsque la juridiction du fond considère que leur admission porterait « atteinte à l'équité de la procédure » ou « aux droits de la défense consacrés aux articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Il résulte toutefois de l'examen des considérants que l'intention du législateur ne puisse pas éliminer cette possibilité⁴⁹². Reste peu compréhensible la suppression, par le législateur, de toute référence à la possibilité d'exclure les preuves obtenues en violation de l'équité de la procédure ou des droits de la défense consacrés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En l'absence d'une réglementation européenne, organisant des garanties adéquates pour les personnes concernées par les procédures du Parquet européen, les droits fondamentaux de ces personnes sont compromis. En effet, ils pourraient faire l'objet des mesures d'enquêtes collectées dans un système où les garanties procédurales pour l'accusé sont prévues dans la phase du jugement et être jugés par une juridiction où telles garanties sont prévues dans la phase préparatoire du

⁴⁹² Le considérant 70 de la proposition de règlement du Conseil établit : « *Les éléments de preuve présentés par le Parquet européen à la juridiction ne devraient pas être déclarés inadmissibles au simple motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément au droit d'un autre État membre, pour autant que la juridiction du fond considère que leur admission respecte l'équité de la procédure et les droits de la défense que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne confère au suspect ou à la personne poursuivie. Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et observe les principes inscrits à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et dans la Charte, notamment son titre VI, dans le droit international et les accords internationaux auxquels l'Union ou l'ensemble des États membres sont parties, y compris la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et dans les constitutions des États membres dans leur champ d'application respectif. Conformément à ces principes et dans le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres en vertu de l'article 67, paragraphe 1, du TFUE, aucune disposition du présent règlement ne saurait être interprétée comme interdisant aux juridictions d'appliquer les principes fondamentaux du droit national relatifs à l'équité de la procédure qui s'appliquent dans les systèmes nationaux, y compris les systèmes de "common law" ».*

procès. Les personnes concernées ne bénéficieraient donc jamais de ces garanties procédurales et les droits de la défense seraient irrémédiablement enfreints.

La seule méthode pour protéger les droits fondamentaux de ces personnes serait de prévoir une réglementation européenne comme organisée par le *Corpus Juris* ou les Règles Modèles. Elle énoncerait des règles précises s'agissant des modalités de collecte de la preuve et des garanties procédurales des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. Dans ce cas, les autorités judiciaires nationales admettraient les preuves collectées par le Parquet européen en raison de l'uniformité des modalités de collecte de la preuve sur le territoire des États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen. Aux accusés sera également garanti le respect des droits de défense selon le degré de protection prévu au niveau européen.

3.2.1.2.2 Enquêtes transfrontières

Le Parquet européen jouera un rôle important dans la poursuite des auteurs d'infractions relevant de sa compétence malgré une commission sur le territoire de différents États membres. En effet, comme le souligne la Commission : « Alors que la lutte contre la fraude transfrontière exigerait une coordination étroite et efficace des enquêtes et des poursuites au niveau européen, les niveaux actuels d'échange d'informations et de coordination ne sont guère suffisants, malgré l'intensification des efforts déployés par les organes de l'Union tels qu'Eurojust, Europol et l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). La coordination, la coopération et l'échange d'informations se heurtent à de nombreuses difficultés et limitations, dues à une répartition des responsabilités entre des autorités relevant de juridictions territoriales et fonctionnelles diverses. L'action judiciaire de lutte contre la fraude bute quotidiennement sur des lacunes à différents niveaux et dans la liaison entre les différentes autorités, qui sont un obstacle majeur à l'efficacité de l'instruction et de la poursuite des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union »⁴⁹³.

La création d'un Parquet européen relève d'abord de la volonté d'assurer une répression plus efficace des infractions ayant une dimension transfrontière.

Toutefois, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 n'apporte pas de solutions aux problématiques existantes et ne lutte pas efficacement contre les infractions au caractère transfrontière. Ainsi, l'article 26 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 prévoit que « Lorsqu'une mesure doit être prise dans un État membre autre que l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire, ce dernier se prononce sur l'adoption de la mesure nécessaire et délègue celle-ci à un procureur européen délégué situé dans l'État membre dans lequel

⁴⁹³In tal senso, Proposition de Règlement du Conseil, COM(2013) 534 final, 17 juillet 2013, portant création du Parquet européen, {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, Relazione, Punto 1 Contesto della Proposta, p. 1.

ladite mesure doit être exécutée »⁴⁹⁴. La disposition précise également que le procureur européen délégué chargé de l'affaire « peut déléguer toutes les mesures auxquelles il peut avoir recours conformément à l'article 25. La justification et l'adoption de ces mesures sont régies par le droit de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire. Lorsque le procureur européen délégué chargé de l'affaire délègue une mesure d'enquête à un ou plusieurs procureurs européens délégués d'un autre État membre, il en informe dans le même temps le procureur européen chargé de la surveillance dont il dépend »⁴⁹⁵.

Face à la nécessité d'une autorisation judiciaire pour ordonner la mesure d'enquête, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 prévoit deux réglementations différentes. L'exigence d'une autorisation judiciaire dépend soit de la législation de l'État membre du procureur européen délégué assistant, soit de la législation de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire.

Dans le premier cas, « si la mesure requiert une autorisation judiciaire en vertu de la législation de l'État membre du procureur européen délégué assistant, ce dernier se charge de l'obtention de cette autorisation conformément à la législation de cet État membre. Si l'autorisation judiciaire relative à la mesure déléguée est refusée, le procureur européen délégué chargé de l'affaire retire la délégation »⁴⁹⁶. Dans le second cas, « lorsque la législation de l'État membre du procureur européen délégué assistant n'exige pas une telle autorisation judiciaire, mais que celle-ci est néanmoins requise par la législation de l'État membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire, l'autorisation est obtenue par le procureur européen délégué chargé de l'affaire et présentée en même temps que la délégation »⁴⁹⁷.

La proposition de règlement prévoit ensuite que, en cas de désaccord sur l'exécution de la mesure contenue dans la délégation⁴⁹⁸, « si les procureurs européens délégués ne peuvent résoudre la question dans un délai de sept jours ouvrables et que la délégation est maintenue, la question est renvoyée à la chambre permanente compétente. Il en va de même lorsque la mesure déléguée n'est pas prise dans le délai fixé dans la délégation ou dans un délai raisonnable. La chambre permanente compétente entend, dans la mesure où cela est nécessaire, les procureurs européens délégués concernés par l'affaire et décide ensuite, conformément au droit national applicable ainsi qu'au présent règlement, sans retard injustifié, si et à quel moment au plus tard la mesure déléguée

494Voy. article 26, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

495Voy. article 26, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

496Voy. article 26, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

497Voy. article 26, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

498L'article 26, al. 5 de la proposition du Conseil du 31 janvier 2017 établit que « *Lorsque le procureur européen délégué assistant estime que: a) la délégation est incomplète ou comporte une erreur manifeste significative; b) la mesure ne peut pas être prise dans le délai fixé dans la délégation, pour des raisons objectives et justifiées; c) une autre mesure moins intrusive permettrait d'atteindre les mêmes résultats que la mesure déléguée; ou d) la mesure déléguée n'existe pas, ou qu'il ne pourrait y avoir recours dans le cadre d'une procédure nationale similaire en vertu de la législation de son État membre, il informe le procureur européen chargé de la surveillance dont il dépend et consulte le procureur européen délégué chargé de l'affaire en vue de régler la question au niveau bilatéral* ».

nécessaire ou une mesure de remplacement est prise par le procureur européen délégué assistant, et communique cette décision auxdits procureurs européens délégués par l'intermédiaire du procureur européen compétent »⁴⁹⁹.

En cas d'enquêtes transfrontières, la proposition de règlement prévoit donc que le droit national sera applicable. Toutefois, elle ne précise pas sur la base de quels critères le procureur européen délégué chargé de l'affaire pourra choisir dans quel État membre conduire les enquêtes. Le procureur européen délégué chargé de l'affaire pourrait choisir de déléguer l'exécution de la mesure à plusieurs procureurs européens délégués situés dans différents États membres et demander l'autorisation judiciaire aux autorités judiciaires de tous les États membres dans lesquels sont situés les procureurs européens délégués afin d'obtenir l'autorisation judiciaire au moins par un des procureurs délégués concernés.

L'absence d'une discipline uniforme empêche l'anticipation du caractère nécessaire de l'autorisation judiciaire pour ordonner une mesure d'enquête. Ainsi, le Parquet européen pourrait choisir d'effectuer les mesures d'enquêtes dans un État où l'autorisation judiciaire n'est pas requise. Le défaut de garantie du principe de légalité procédurale menacerait sérieusement les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen car elles ne pourraient se défendre de manière appropriée faute de prévoir la loi applicable⁵⁰⁰. En plus, les accusés devraient se faire assister par un défenseur d'autres États membres qui connaissent la loi applicable en l'espèce.

La seule option, en mesure de protéger les droits des personnes impliquées dans les enquêtes menées par le Parquet européen, serait celle de prévoir une réglementation uniforme au niveau européen, prévisible en avance et applicable sur le territoire de tous les États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen. Dans ce cas, l'avocat de chaque État membre devrait connaître la réglementation commune européenne.

⁴⁹⁹Voy. article 26, al. 6 et 7 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. L'article 27 prévoit que « Les mesures déléguées sont mises en œuvre conformément au présent règlement et à la législation de l'État membre du procureur européen délégué assistant. Les formalités et procédures expressément indiquées par le procureur européen délégué chargé de l'affaire sont respectées à moins qu'elles ne soient contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État membre du procureur européen délégué assistant » et l'article 28 stipule : « Le procureur européen délégué chargé de l'affaire peut ordonner ou demander l'arrestation ou le placement en détention provisoire du suspect ou de la personne poursuivie, conformément au droit interne applicable dans le cadre de procédures nationales similaires. 2. Lorsqu'il est nécessaire de procéder à l'arrestation et à la remise d'une personne qui ne se trouve pas dans l'État membre sur le territoire duquel est établi le procureur européen délégué chargé de l'affaire, ce dernier délivre ou demande à l'autorité compétente de cet État membre de délivrer un mandat d'arrêt européen conformément à la décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil ».

⁵⁰⁰Voy. à cet égard K. LIGETI, The European Public Prosecutor's Office, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (éds.), Research Handbook on EU Criminal Law, Cheltenham, Edward Elgar, 2015 ; A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO), [disponible en ligne: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU\(2016\)571399_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU(2016)571399_EN.pdf)], Bruxelles, Étude pour le Parlement européen, 2016.

3.2.2. CHAPITRE DEUXIÈME Garanties procédurales, protection des données à caractère personnel et contrôle juridictionnel

3.2.2.1. SECTION PREMIÈRE Garanties procédurales, protection des données à caractère personnel

3.2.2.1.1 Garanties procédurales des suspects et personnes poursuivies

L'adoption de règles spécifiques, ayant trait aux garanties procédurales des suspects et personnes concernées par les procédures du Parquet européen, demeure essentielle tant à la légitimité qu'à la compatibilité du règlement instituant ledit Parquet par rapport au droit européen. En effet, la protection des droits fondamentaux apparaît comme une condition essentielle pour tout instrument européen⁵⁰¹. Par conséquent, même si l'article 86, al. 3 du TFUE n'établit pas expressément que le règlement instituant le Parquet européen doit fixer les règles concernant la portée des droits conférés aux suspects et aux personnes poursuivies, les garanties procédurales de ces personnes doivent être régies par le règlement instituant le Parquet européen⁵⁰².

La proposition de règlement de la Commission de 2013 prévoit, en général, que le Parquet européen « veille à ce que ses activités respectent les droits inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »⁵⁰³ et consacre un chapitre complet aux garanties procédurales des suspects et des personnes poursuivies ainsi que d'autres personnes concernées⁵⁰⁴. Toutefois, la proposition de règlement ne traite pas expressément des garanties procédurales applicables à ces personnes, mais se contente d'un renvoi aux définitions inscrites dans d'autres instruments législatifs.

L'article 32 de la proposition de règlement de la Commission établit que « Les activités du Parquet européen sont exercées dans le respect total des droits des personnes soupçonnées consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment le droit à un procès équitable et les droits de la défense. Toute personne soupçonnée et poursuivie impliquée dans la procédure engagée par le Parquet européen jouit, au minimum, des droits procéduraux énumérés ci-après, tels

501Voy. à cet égard l'article 6 du TUE et la première partie de cette deuxième partie.

502Voy. l'article 86, al. 3 du TFUE, qui prévoit : « *Les règlements visés au paragraphe 1 fixent le statut du Parquet européen, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités, ainsi que celles gouvernant l'admissibilité des preuves, et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions* ».

503Voy. article 11, al. 1 de la proposition de règlement de la Commission. Cette disposition précise un concept qui est évidente. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne elle-même précise que « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités* » (article 51, al. 1).

504Voy. chapitre VI de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

qu'ils sont prévus dans la législation de l'Union et le droit interne de l'État membre »⁵⁰⁵. La disposition énumère les droits réservés à toute personne lorsque celle-ci est impliquée dans une procédure engagée par le Parquet européen. Cette énumération se réfère aux directives adoptées pour la mise en œuvre de la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales du 30 novembre 2009⁵⁰⁶. En dehors de ces droits, la Commission définit également de manière autonome d'autres droits sur lesquels l'Union n'avait pas encore légiféré⁵⁰⁷. L'article 32, al. 5 de la proposition de règlement de la Commission établit également que sans « préjudice des droits prévus au présent chapitre, les suspects et les personnes poursuivies ainsi que les autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen jouissent de tous les droits procéduraux que le droit interne applicable leur accorde »⁵⁰⁸.

Les droits procéduraux sont donc réglementés par renvoi à la législation interne de l'État membre. Ladite législation résulte à la fois de la transposition des directives relatives aux droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et par renvoi du droit interne régissant les droits procéduraux garantis à ces personnes.

Contrairement au *Corpus Juris*⁵⁰⁹ et aux Règles Modèles de procédure du Parquet européen⁵¹⁰, les garanties procédurales assurées à toute personne concernée par la procédure du Parquet européen ne sont pas réglementées par la proposition de règlement, mais par la législation nationale. En effet, l'harmonisation prévue par les directives reste minimale ce qui suppose des législations nationales variant significativement d'un État à l'autre. Les droits procéduraux des suspects sont surtout à risque dans le cas des enquêtes transfrontières. Dans ce cas, dans un but de défendre adéquatement le suspect, un avocat devrait connaître la législation des différents États membres, à moins que les suspects obtiennent une défense par autant d'avocats que le nombre d'États dont les enquêtes ont été prises par le Parquet européen. L'autre risque consiste à la décision du Parquet européen de

505Voy. article 32 de la proposition de règlement de la Commission, qui énumère les droits suivants : « a) le droit à l'interprétation et à la traduction, prévu dans la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil, b) le droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier, prévu dans la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, c) le droit d'accès à un avocat et le droit de communiquer avec des tiers en cas de détention, prévu dans la [directive 2013/xx/UE du Parlement européen et du Conseil du xx xxxx 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et au droit de communiquer après l'arrestation], d) le droit de garder le silence et le droit d'être présumé innocent, e) le droit à l'aide juridictionnelle, f) le droit de présenter des éléments de preuve, de désigner des experts et d'entendre des témoins » .

506Résolution du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO C 295 du 4.12.2009, p. 1–3.

507Voy. article 32, al. 2, lett. d), e), f), article 33, article 34 et article 35 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

508Voy. article 32, al. 5 de la proposition de règlement de la Commission du 2013.

509Voy. l'article 29 du *Corpus Juris*.

510Les articles de 12 à 18 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen (LIGETI, K. et al., Règles Modèles de procédure du Parquet européen, [disponibles en ligne : <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules/french>], régissent en manière uniforme les droits des personnes concernées par les procédures du Parquet européen.

conduire ses enquêtes sur le territoire de l'État membre où les garanties procédurales sont faibles. Ainsi, ledit Parquet européen conserve la possibilité de prendre des mesures d'enquêtes intrusives du point de vue des droits fondamentaux de l'individu concerné sans être obligé par le respect de règles strictes de procédure.

Dans la proposition de règlement de la Commission, figure une définition qui opère largement un renvoi au droit interne, de manière autonome à d'autres droits dépourvus d'un encadrement au niveau européen. La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 la supprime. La proposition dédie également un chapitre, le chapitre V, aux garanties procédurales des suspects et aux personnes poursuivies impliquées dans les procédures pénales du Parquet européen. Les garanties procédurales sont toutefois entièrement définies par renvoi aux directives concernant les droits des suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales, « telles qu'elles ont été transposées en droit interne »⁵¹¹.

La disposition est similaire à celle prévue dans la proposition de règlement de la Commission du 2013 s'agissant de la prévision générale : les « activités du Parquet européen sont exercées dans le respect total des droits des suspects et personnes poursuivies qui sont consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment le droit à un procès équitable et les droits de la défense » et établi de même que sans « préjudice des droits prévus au présent chapitre, les suspects et les personnes poursuivies ainsi que les autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen jouissent de tous les droits procéduraux que le droit interne applicable leur accorde »⁵¹². La disposition précise également que doit être garantie aux suspects et les personnes poursuivies ainsi que les autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen « la possibilité de présenter des éléments de preuve, de demander la désignation d'experts ou une expertise et l'audition de témoins, et de demander que le Parquet européen obtienne de telles mesures au nom de la défense »⁵¹³.

La portée des garanties procédurales dépendra donc de la législation pénale nationale applicable en l'espèce. Les directives énumérées dans la proposition de règlement assurent seulement une harmonisation minimale ce qui suppose des disparités compte tenu d'une transposition en droit interne propre à chaque État membre⁵¹⁴.

511 Article 35 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

512 Voy. article 35, al. 1 et 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

513 Voy. article 35, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

514 L'article 35, al. 2 se réfère aux directives déjà adoptées au niveau européen. En particulier, je cite : « *Tout suspect ou personne poursuivie impliqué dans les procédures pénales du Parquet européen jouit, au minimum, des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union, y compris les directives concernant les droits des suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales, telles qu'elles ont été transposées en droit interne, comme: a) le droit à l'interprétation et à la traduction, prévu dans la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil, b) le droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier, prévu dans la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, c) le droit d'accès à un avocat et le droit de communiquer avec des tiers et d'informer des tiers en cas de détention, prévus dans la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil, d) le droit de garder le silence et le droit d'être présumé innocent, prévus dans la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen*

En outre, le degré d'harmonisation des directives est *per se* insuffisant à protéger adéquatement les droits procéduraux des personnes concernées⁵¹⁵. Par exemple, la directive 2016/343 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence ne s'applique qu'aux personnes physiques qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales. Les personnes morales ne jouissent donc pas du droit à la présomption d'innocence et, comme susmentionné, la plupart des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne sont commises par des personnes morales⁵¹⁶.

La directive n'envisage pas une réglementation spécifique dans le cas des enquêtes transfrontières. Elle n'évoque donc pas le caractère inutilisable des preuves collectées en violation de la présomption d'innocence, du droit de garder le silence ou du droit de ne pas s'incriminer soi-même⁵¹⁷.

L'ample marge d'appréciation dont disposent les États membres, en assurant la mise en œuvre des directives sur les droits procéduraux, freine la mise en œuvre uniforme des directives et conduit à de profondes disparités entre les législations nationales⁵¹⁸.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 ne contient pas une sanction en cas de preuves collectées par le Parquet européen en violation des droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures dudit Parquet. À l'inverse du *Corpus Juris*, il ne figure aucune règle d'exclusion à propos de la collecte de preuves dans la proposition de règlement de la Commission. Les suspects ou les autres personnes concernées par les procédures du Parquet européen ne pourront donc pas être certains du caractère inutilisable des preuves en raison d'une violation de leurs droits

et du Conseil, e) le droit à l'aide juridictionnelle, prévu dans la directive (UE) 201x/xx du Parlement européen et du Conseil ».

515Certains auteurs se sont référés à cette situation en utilisant la métaphore d'une « difesa a uomo » puisque « *l'azione difensiva andrà calibrata con un riferimento ad ogni singola attività posta in essere dal Procuratore europeo, sfruttando volta per volta le possibilità di fungere da scudo nel corso delle indagini, di partecipare attivamente all'assunzione delle prove dichiarative sin dalla fase preliminare qualora il sistema nazionale di riferimento lo consenta, di attivare ogni meccanismo di controllo previsto dal diritto locale, ricorrendo alle impugnazioni consentite nel luogo di adozione e di esecuzione delle misure coercitive* ». Voy. à cet égard S. ALLEGREZZA, *Pubblico Ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (éds.), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 487.

516Voy. l'article 2 et les considérants 13-15 de la directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, JO L 65 du 11.3.2016, p. 1–11.

517Pour les problèmes qui dérivent du fait que la directive est applicable seulement au procès pénal stricto sensu et donc elle ne s'applique pas aux enquêtes conduites par OLAF, voy. J. INGHELRAM, *Garanzie procedurali nelle indagini OLAF: riflessioni sull'impatto della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE*, in V. BAZZOCCHI (éds.), «L'ufficio del Procuratore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali», Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, iBooks, 2014, pp. 291-293.

518Voy. le chapitre deuxième du premier titre de la deuxième partie pour l'analyse de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JO L 142 du 1.6.2012, p. 1–10 ; Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, JO L 294 du 6.11.2013, p. 1–12.

devant la juridiction du fond⁵¹⁹.

La seule méthode pour assurer une adéquate protection des droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen serait celle de prévoir une réglementation spécifique dans le règlement instituant le Parquet européen. Dans ce cas, le niveau de protection des droits devrait être le même que celui assuré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, comme interprétée par la Cour de Justice, ainsi que par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux⁵²⁰.

3.2.2.1.2 Protection des données à caractère personnel

L'adoption d'une législation précise concernant la protection des données à caractère personnel constitue une étape essentielle dans la création d'un organe de poursuite supranational, chargé de conduire des enquêtes et de poursuivre les auteurs des infractions relevant de sa compétence. Le progrès technologique et la nécessité d'adopter des instruments de lutte efficaces contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière comme le terrorisme ont conduit à adopter un système de traitement des données très intrusif qui peut définir l'identité des individus de manière extrêmement détaillée. Des instruments permettent en effet de détecter une importante quantité d'informations à caractère personnel et confidentielles révélant le mode de vie des personnes concernées⁵²¹.

Le niveau d'intrusion dans la vie privée des citoyens est donc très élevé et une adéquate réglementation visant à protéger les données à caractère personnel est indispensable afin de prévenir leur utilisation abusive par le Parquet européen.

519 Sur l'importance de prévoir une règle d'exclusion, voy. L. BACHMAIER WINTER, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (éd.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, 2015, p. 114, 122, qui écrit: *“To that end, the importance of respecting the exclusionary rule of evidence is essential: no incriminatory statement of the defendant made without respecting the right to legal assistance shall be admitted as evidence. The case law of the ECtHR is very clear on this point; however, if the EU Directive seeks to reinforce the right to access to lawyer and prevent that law enforcement agents keep on interviewing a person as a witness, when they already consider him as a suspect, the exclusionary rule should have been added into the Directive”* (p. 114) e *“To my mind at this point the Directive should have been more ambitious, including at least a general requirement that the MS shall provide the widest possible participation of the defence lawyer in the investigative stage, as long as this does not prejudice the success of the investigation and establish the exclusionary rule or evidence for not complying with the right of access to a lawyer during those three investigative acts set out under Article 3(3)(c) DAL”* (p. 122). Voy également M. KAIAFA-GBANDI, *The Establishment of an EPPO and the Rights of the Suspects and Defendants: Reflections upon the Commission's 2013 proposal and the Council's amendments*, in P. ASP (éd.), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, pp. 234-254, in particolare p. 254.

520 Voy. article 6 du TUE.

521 Voy. pour le concept de surveillance de masse, SURVEILLANCE STUDIES NETWORK, *A Report on the Surveillance Society*, [disponible en ligne: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/1042390/surveillance-society-full-report-2006.pdf>], septembre 2006.

Dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'exigence de fixer « les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données »⁵²² a été expressément prévue dans les Traités. Ainsi, le droit de toute personne à la protection de ses données à caractère personnel a été consacré par l'article 16 du TFUE et par l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵²³. Ces deux articles disposent que le respect des règles relatives à la protection des données à caractère personnel doit être soumis au contrôle d'autorités indépendantes.

En ce qui concerne la protection des données à caractère personnel dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière, la Déclaration 21 annexée au Traité de Lisbonne prévoit que « des règles spécifiques sur la protection des données à caractère personnel et sur la libre circulation de ces données dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière se basant sur l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pourraient s'avérer nécessaires en raison de la nature spécifique de ces domaines »⁵²⁴.

Il ressort d'une lecture combinée de ces dispositions, que le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, doivent fixer les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le cas où ces données sont traitées par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres à certaines conditions. Ces données peuvent en tout cas être traitées seulement à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Ces règles doivent prévoir le droit de toute personne d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. Le respect de ces règles, en plus, doit être soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

La principale caractéristique des règles relatives à la protection des données dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale reste la fragmentation⁵²⁵.

522Voy. à cet égard l'article 16 du TFUE.

523L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne établit : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ».

524Voy. Déclaration n. 21 sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière annexée au Traité de Lisbonne.

525Voy. S. BRAUM, V. COVOLO, From Proven Fragmentation to Guaranteed Data Protection within the Virtual Criminal Law Enforcement Area: A Report on Personal Data Protection within the Framework of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters, in K. LIGETI (éd.), *Toward a Prosecutor for the European Union, A comparative Analysis*, Vol. 1, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 1011 et s.; P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area, [disponible en ligne:

Chaque organe européen, exerçant des fonctions dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale, applique les règles prévues par son propre acte constitutif⁵²⁶. Il y a donc autant de règles que d'organismes européens. La directive 2016/680 en passe d'harmoniser théoriquement les règles en la matière ne s'applique pas au traitement de données à caractère personnel effectué par les institutions, organes, et organismes de l'Union⁵²⁷ tandis que le règlement 45/2001 n'a pas été modifié au cours des années suivantes⁵²⁸.

La proposition de règlement portant création du Parquet européen s'inscrit dans ce contexte. La fragmentation des différents instruments existants est donc accrue par l'adoption d'un autre texte fixant des règles relatives à la protection des données à caractère personnel⁵²⁹.

La proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 portant création du Parquet européen régit la protection des données à caractère personnel dans le cadre du Chapitre VI.

La proposition distingue les données administratives à caractère personnel des données à caractère personnel opérationnelles. À cet ensemble de données administratives à caractère personnel traité par le Parquet européen, s'applique le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil⁵³⁰. Les modalités de traitement des données à caractère personnel opérationnelles sont, au

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510001/IPOL_STU\(2014\)510001_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510001/IPOL_STU(2014)510001_EN.pdf)], Bruxelles, Etude pour le comité LIBE du Parlement européen, complété en novembre 2014.

526Voy. à cet égard, en ce qui concerne Europol, le Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI, JO L 135 du 24.5.2016, p. 53–114. En ce qui concerne Eurojust, la décision Eurojust è stato istituito con Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JO L 63 du 6.3.2002, p. 1–13 ; Décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JO L 138 du 4.6.2009, p. 14–32, n'est pas encore été substituée. Voy. la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, COM(2013) 535 final, 17 juillet 2013, relatif à l'agence de l'union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust). En ce qui concerne OLAF, l'article 10, al. 4 du Règlement (UE, Euratom) n° 883/2013 du Parlement européen et du Conseil du 11 septembre 2013 relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) et abrogeant le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (Euratom) n° 1074/1999 du Conseil, JO L 248 du 18.9.2013, p. 1–22, renvoi au règlement 45/2001 (Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12.1.2001, p. 1–22).

527Voy. l'article 2, al. 3, lett. b) de la Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016, p. 89–131.

528Voy. le Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12.1.2001, p. 1–22.

529Voy. en ce sens MEIJERS COMMITTEE (STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL IMMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW), Note on the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office – Judicial Review, Forum Choice, Access to the Case File and Data Protection, CM1612, dernier point relative à la protection des données à caractère personnel.

530Voy. l'article 36 septies della Proposition de règlement portant création du Parquet européen – Projet de règlement, 31 janvier 2017, cit., che recita: “ *Le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil s'applique à l'ensemble des données administratives à caractère personnel traitées par le Parquet européen. Le Parquet européen fixe les délais de conservation des données administratives à caractère personnel dans les dispositions de son règlement intérieur afférentes à la protection des données* ”. Voy. également le considérant 82 de la proposta di

contraire, prévues par les articles 37 et suivants de la proposition de règlement du Conseil.

Ainsi, l'article 37 prévoit que « Le Parquet européen traite les données à caractère personnel par voie automatisée ou dans des fichiers manuels structures, conformément au présent règlement, et ce uniquement aux fins suivantes : a) les enquêtes et poursuites pénales menées conformément au présent règlement ; ou b) l'échange d'informations avec les autorités compétentes des États membres et d'autres institutions, organes ou organismes de l'Union conformément au présent règlement ; ou c) la coopération avec les pays tiers et les organisations internationales menée conformément au présent règlement »⁵³¹.

Dans l'objectif d'évaluer la pertinence de telles données à la vue des tâches et des finalités susmentionnées, le Parquet européen peut traiter temporairement des données à caractère personnel. Dans ce cas, « Le collège, statuant sur proposition du chef du Parquet européen et après consultation du contrôleur européen de la protection des données, précise davantage les conditions applicables au traitement de ces données à caractère personnel, en particulier en ce qui concerne l'accès à ces données et leur utilisation, ainsi que les délais afférents à leur conservation et à leur effacement »⁵³².

S'applique le droit procédural national relativement à « l'obligation d'information des personnes concernées et à la possibilité de ne pas fournir, de limiter ou de retarder cette information », lorsque le Parquet européen applique les articles 37 *septies* à 37 *duodecies* du règlement⁵³³.

La proposition de règlement fixe également la durée de conservation des données à caractère personnel opérationnelles. Ainsi, il est prévu qu'au plus tard trois ans après le premier traitement desdites données, puis tous les trois ans, le Parquet européen réexamine à intervalles réguliers la nécessité de conserver les données à caractère personnel ayant fait l'objet d'un traitement. En tout cas, les données à caractère personnel opérationnelles traitées par le Parquet européen ne peuvent être conservées au-delà de cinq ans après qu'une décision d'acquiescement définitif ait été prononcée dans le cadre de l'affaire concernée. Si la personne poursuivie est déclarée coupable, les délais sont prorogés jusqu'à ce que la peine prononcée soit exécutée ou ne puisse plus être exécutée en vertu du droit de l'État membre de condamnation. Le contrôleur européen de la protection des données est informé lorsque des données à caractère personnel sont conservées pendant plus de cinq ans⁵³⁴. La disposition précise également que, avant l'expiration de l'un des délais mentionnés, « le Parquet européen vérifie s'il y a lieu de continuer à conserver les données à caractère personnel si et aussi

regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, che prevede: “ *Le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données* est applicable aux opérations de traitement de données administratives à caractère personnel effectuées par le Parquet européen ”.

531Voy. article 37, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

532Voy. article 37, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

533Voy. article 37, al. 4 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

534Voy. article 37 bis de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

longtemps que nécessaire pour accomplir ses missions. Les raisons de prolonger la conservation des données sont justifiées et consignées. En l'absence de décision de prolonger la conservation des données à caractère personnel, celles-ci sont effacées automatiquement »⁵³⁵.

En ce qui concerne la transmission de données à caractère personnel aux institutions, organes et organismes de l'Union, la proposition de règlement établit que « le Parquet européen ne transmet les données à caractère personnel opérationnelles à une autre institution ou à un autre organe ou organisme de l'Union que si elles sont nécessaires à l'exécution légitime de missions relevant de la compétence de cette autre institution ou de cet autre organe ou organisme de l'Union »⁵³⁶. La proposition de règlement précise également que « L'autre institution, organe ou organisme de l'Union traite les données à caractère personnel uniquement aux fins qui ont motivé leur transmission »⁵³⁷.

Afin de protéger la sphère la plus personnelle de la personne, la proposition de règlement prévoit que « le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, ou l'appartenance syndicale, et le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique est autorisé uniquement en cas de nécessité absolue pour les enquêtes du Parquet européen, sous réserve de garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée, et uniquement si elles complètent d'autres données à caractère personnel déjà traitées par le Parquet européen. Le délégué à la protection des données est immédiatement informé du recours au présent article »⁵³⁸.

L'article 37 *sexies* établit ainsi un droit très important. Il prévoit que « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision du Parquet européen fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, qui produit des effets juridiques la concernant ou qui, de façon similaire, l'affecte de manière significative »⁵³⁹.

Cette disposition importe au regard du profilage automatisé et de toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel évaluant certains aspects personnels d'une personne physique. Ces aspects visent l'analyse ou la prédiction d'éléments multiples. Ils concernent le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique. L'ensemble de ces données constitue le profil de la personne concernée. Cette technique présente des dangers puisque subsiste un risque élevé de création, par l'ordinateur, d'un profil aux données

535Voy. article 37 bis, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

536Voy. article 37 quater ter de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

537Voy. article 37 quater ter, al. 3 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

538Voy. article 37 quinquies de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

539Voy. article 37 *sexies* de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

inexactes, mais servant à la poursuite elle-même erronée d'une personne.

Dans le but de parer à cette éventualité, la directive 2016/680 interdit « toute décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, qui produit des effets juridiques défavorables pour la personne concernée ou l'affecte de manière significative ». Toutefois, la directive pose une dérogation à cette règle qui est de nature à affaiblir l'interdiction de la disposition. En effet, l'article 11 considère qu'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, est interdite, « à moins qu'elle ne soit autorisée par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui fournit des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée, et au minimum le droit d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement »⁵⁴⁰.

Toutefois, la proposition de règlement portant création du Parquet européen du 31 janvier 2017 n'envisage pas de dérogation à l'interdiction pour ledit Parquet de fonder sa décision exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage.

La proposition de règlement prévoit aux dispositions suivantes les modalités tant de communication que d'exercice des droits de la personne concernée. De manière générale, le Parquet européen doit procéder à toute information en ce qui concerne le traitement à la personne concernée « d'une façon concise, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples. Les informations sont fournies par tout moyen approprié, y compris par voie électronique. De manière générale, le responsable du traitement fournit les informations sous la même forme que la demande »⁵⁴¹.

Quant aux informations à mettre à la disposition de la personne concernée ou à lui fournir, selon la proposition de règlement, le Parquet européen doit mettre à la disposition de la personne concernée au moins les informations énumérées à l'article 37 *octies*, al. 1. Toutefois, dans certains cas où la fourniture des informations peut soit gêner enquêtes, recherches ou procédures officielles ou judiciaires, soit nuire à la prévention ou à la détection d'infractions pénales, aux enquêtes ou aux poursuites en la matière ou à l'exécution de sanctions pénales, soit constituer un danger pour la sécurité publique ou nationale dans les États membres, ou pour les droits et libertés d'autrui, la fourniture des informations à la personne concernée peut être retardée ou limitée, aussi bien que les informations peuvent ne pas être fournies « dès lors et aussi longtemps qu'une mesure de cette nature constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique, en tenant dûment compte des droits fondamentaux et des intérêts légitimes de la personne physique concernée »⁵⁴².

540Voy. article 11 de la directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016, pp. 89–131 .

541Voy. article 37 septies de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

542Voy. article 37 octies de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

En ce qui concerne le droit d'accès, « la personne concernée a le droit d'obtenir du Parquet européen la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel ainsi que les informations » visées à l'article 37 *nonies*⁵⁴³. La disposition suivante énumère, au contraire, les cas dans lesquels le Parquet peut limiter, entièrement ou partiellement, le droit d'accès de la personne concernée, « dès lors et aussi longtemps qu'une telle limitation partielle ou complète constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique, en tenant dûment compte des droits fondamentaux et des intérêts légitimes de la personne physique concernée »⁵⁴⁴.

Conformément à l'article 16 du TFUE et à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 établit que le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante comme le contrôleur européen de la protection des données⁵⁴⁵. Ce dernier « est chargé de surveiller et d'assurer l'application des dispositions du présent règlement concernant la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel opérationnelles effectués par le Parquet européen, ainsi que de conseiller le Parquet européen et les personnes concernées pour toutes les questions concernant le traitement des données à caractère personnel opérationnelles ». Ledit contrôleur rend un rapport annuel sur les activités de contrôle portant sur le Parquet européen⁵⁴⁶. Il correspond à l'acteur auprès duquel toute personne concernée a le droit d'introduire une réclamation si elle considère que le traitement, par le Parquet européen, de données à caractère personnel opérationnelles la concernant constitue une violation du règlement⁵⁴⁷.

La proposition de règlement, au-delà du contrôleur susmentionné, prévoit la désignation d'un délégué à la protection des données, sur la base d'une proposition du chef du Parquet européen. Ledit délégué est un membre du personnel spécialement nommé à cette fin. Dans l'exercice de ses fonctions, le délégué à la protection des données agit en toute indépendance et ne peut recevoir

543Voy. article 37 *nonies* de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017, qui énumère les informations suivantes : « *a) les finalités du traitement ainsi que sa base juridique; b) les catégories de données à caractère personnel concernées; c) les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été communiquées, en particulier les destinataires qui sont établis dans des pays tiers ou les organisations internationales; d) lorsque cela est possible, la durée de conservation des données à caractère personnel envisagée ou, lorsque ce n'est pas possible, les critères utilisés pour déterminer cette durée; e) l'existence du droit de demander au Parquet européen la rectification ou l'effacement des données à caractère personnel, ou la limitation du traitement des données à caractère personnel relatives à la personne concernée; f) le droit de saisir le contrôleur européen de la protection des données et les coordonnées de ce dernier; g) la communication des données à caractère personnel en cours de traitement, ainsi que toute information disponible quant à leur source* ».

544Voy. article 37 *decies* de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

545Voy. article 44 *quater* de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Il Garante europeo per la protezione dei dati è stato istituito con il Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, JO L 8 du 12.1.2001, p. 1–22.

546Voy. article 44 *quater*, al. 1 et 5, de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

547Voy. l'article 46 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

aucune instruction. Il exerce notamment les missions visées dans la proposition de règlement en ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel⁵⁴⁸.

Pour le recours contre les décisions du Parquet européen qui affectent les droits des personnes concernées au titre du chapitre VI, la proposition de règlement prévoit la possibilité pour la Cour de justice d'exercer un contrôle juridictionnel, conformément à l'article 263, quatrième alinéa, du TFUE⁵⁴⁹. Contrairement aux autres décisions du Parquet européen, la personne concernée pourra exercer aussi un recours en annulation contre les décisions relatives à la protection des données à caractère personnel.

La proposition de règlement, traitant de la protection des données à caractère personnel, apparaît donc comme précise et détaillée, mais il demeure nécessaire d'évaluer le niveau de détail de la réglementation par rapport à *Eurojust*, *Europol* ou l'*OLAF*. En effet, face à l'absence de détail, le Parquet européen pourrait contourner le règlement fondateur en utilisant dans les enquêtes des données recueillies par d'autres agences européennes sans les garanties prévues dans le règlement fondateur.

La seule solution serait d'adopter une législation commune pour toutes les agences et tous les organes de l'Union, au moins, pour ceux qui agissent dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁵⁵⁰.

3.2.2.2. SECTION DEUXIÈME Contrôle juridictionnel

3.2.2.2.1 Contrôle juridictionnel

L'article 86, al. 3 du TFUE prévoit que les « règlements visés au paragraphe 1 fixent [...] les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure [que le Parquet européen] arrête dans l'exercice de ses fonctions »⁵⁵¹.

L'adoption d'une réglementation adéquate, en matière de contrôle juridictionnel portant sur les décisions prises par le Parquet européen, revêt une importance fondamentale car, en l'absence d'un contrôle par une autorité indépendante et impartiale, ledit Parquet pourrait prendre arbitrairement des décisions qui enfreignent les droits des individus, sans que les personnes concernées puissent

548Voy. les articles 41, 41 bis, 41 ter de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

549Voy. l'article 36, al. 8 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

550Voy. MEIJERS COMMITTEE (STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL IMMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW), Note on the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office – Judicial Review, Forum Choice, Access to the Case File and Data Protection, CM1612 ; P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINOU, The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area, cit., p. 32.

551Voy. article 86, al. 3 du TFUE.

exercer un recours contre ces décisions⁵⁵².

En ce qui concerne les mesures d'enquêtes et les décisions prises par le Parquet européen, deux types de contrôle doivent être prévus par rapport aux actes du Parquet européen. En effet, il est nécessaire de prévoir un contrôle *ex ante*, *via* une autorisation préalable de l'autorité judiciaire quant aux mesures les plus intrusives du point de vue des droits fondamentaux de l'individu concerné, et un contrôle *ex post* sur toutes les mesures coercitives destinées à produire des effets juridiques à l'égard des tiers⁵⁵³.

L'article 86, al. 3 du TFUE ne précise pas l'autorité juridictionnelle en charge de ce contrôle. C'est donc le règlement instituant le Parquet européen qui devra attribuer la compétence de réexaminer les décisions adoptées par ledit Parquet à une autorité juridictionnelle soit nationale soit européenne. Jusqu'à présent, certaines propositions accueillent la solution attribuant la compétence à une autorité nationale tandis que d'autres l'accordent à la Cour de justice de l'Union européenne.

La proposition de règlement de la Commission de 2013, celle du Conseil et le Livre Vert attribuent la compétence de contrôle des décisions du Parquet européen aux autorités nationales. Quant au *Corpus Juris*, il attribue à la Cour de Justice un pouvoir de réexamen limitatif sur ces décisions⁵⁵⁴. Alors que les Règles Modèles de procédure du Parquet européen énoncent que « les décisions du Parquet européen affectant les libertés individuelles sont soumises au contrôle de la Cour européenne »⁵⁵⁵.

Choisir l'une ou l'autre solution entraîne des implications variées pour les droits des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. Le Parquet européen est un organe de l'Union doté de personnalité juridique⁵⁵⁶. En tant que tel, la Cour de Justice contrôle les actes dudit Parquet dès lors qu'ils sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers⁵⁵⁷. Les Traités prévoient un large éventail des voies de recours par rapport aux actes des institutions, organes et organismes de l'Union européenne⁵⁵⁸.

A cet égard, les actes du Parquet européen produisent probablement des effets juridiques à l'égard des tiers, compte tenu de leur incidence directe sur la liberté personnelle des personnes concernées⁵⁵⁹.

552Le droit à un recours juridictionnel effectif est consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui, aux alinéa 1 et 2 prévoit : « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ».

553Voy., en général, en ce qui concerne le recours en annulation des actes européens, l'article 263 du TFUE.

554Voy. l'article 28 du Corpus Juris, ainsi que l'article 25 bis et 27.

555Voy. article 7 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen.

556Voy. l'article 3, al. 1 et 2 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 et l'article 3, al. 1 et 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

557Voy. article 263 du TFUE.

558Voy. à cet égard l'examen effectué dans le deuxième chapitre du premier titre de la deuxième partie.

559En ce qui concerne les décisions du Parquet européen il n'est même pas possible rencontrer les problèmes qui s'est

De même, les actes du Parquet européen produisent normalement des effets juridiques à l'égard des personnes physiques et morales. D'ailleurs, l'article 263, al. 4 du TFUE dispose que « toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues au premier et deuxième alinéa, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement »⁵⁶⁰. Toutefois, les personnes physiques ou morales concernées par les mesures coercitives du Parquet européen, au regard de la nature particulière des actes dudit Parquet, sont probablement concernées directement et individuellement.

Dès lors aucun obstacle juridique n'empêche la Cour de Justice de contrôler la légalité des actes du Parquet européen.

Néanmoins, le règlement portant création du Parquet européen de la Commission et du Conseil n'attribue pas à la Cour de Justice la compétence de contrôler les décisions dudit Parquet.

La proposition de règlement de la Commission du 2013 assimilait le Parquet européen à une autorité nationale aux fins du contrôle juridictionnel de ses actes d'enquête et de poursuite. En conséquence, le contrôle juridictionnel de l'ensemble des actes d'enquête et de poursuite du Parquet européen relevait des juridictions nationales. Les juridictions de l'Union n'étaient donc pas directement compétentes pour connaître de ceux-ci au titre des articles 263, 265 et 268 du Traité, puisque, en utilisant une *fiction iuris*, la Commission avait prévu que les actes du Parquet européen ne doivent pas être considérés, aux fins du contrôle juridictionnel, comme des actes adoptés par un organisme de l'Union⁵⁶¹. La proposition de règlement prévoyait en plus que certaines décisions du

posé à l'égard des enquêtes administratives menées par OLAF. Le Parquet européen a en effet le pouvoir de poursuivre renvoyer à jugement les auteurs des infractions qui relèvent de sa compétence. Dans le cas d'OLAF la Cour de justice a considéré le recours contre les décisions ou les mesures d'enquêtes prises par OLAF irrecevable puisque elles ne pouvaient pas être considérées des actes définitifs. En effet toute enquête de l'OLAF fait l'objet d'un rapport comprenant des recommandations sur les suites qu'il convient d'y donner. Dans le cadre de ses pouvoirs actuels l'OLAF ne peut poursuivre les auteurs d'infractions dans les Etats membres. S'il ressort de l'enquête que les poursuites sont justifiées, l'OLAF transmet le dossier à l'autorité nationale compétente. L'autorité nationale compétente peut décider sur une base discrétionnaire si poursuivre les auteurs des infractions détectés par OLAF. Les rapports de l'OLAF ne sont donc pas des actes définitifs. La Cour a en effet statué que « *il n'en résulte pas que les mesures préparatoires que constituent, pour ce fonctionnaire, l'ouverture et la conduite d'une enquête interne, puissent faire l'objet d'un recours indépendant, distinct de celui que l'intéressé est recevable à présenter contre la décision finale de l'administration* ». Voy. CJUE, Santiago Gómez-Reino c. Commission, affaire C-471/02 P, 8 avril 2003, ECLI:EU:C:2003:210, par. 65, così come la precedente sentenza del Tribunale, n° T-215/02, 18 décembre 2003, ECLI:EU:T:2003:352, par. 50; Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commission, n° T-29/03, 13 juillet 2004, ECLI:EU:T:2004:235; Guido Strack c. Commission, n° C-237/06 P, 8 mars 2007, ECLI:EU:C:2007:156; Manel Camós Grau c. Commission, n° T-96/03, 9 juin 2004, ECLI:EU:T:2004:172, par. 38; Hans-Martin Tillack c. Commission, n° T-193/04, 4 octobre 2006, ECLI:EU:T:2006:292, par. 82; Commission c. Antonello Violetti e Nadine Schmit, n° T-261/09 P, 20 mai 2010, ECLI:EU:T:2010:215, par. 73; Hans-Martin Tillack c. Commission, n° C-521/04 P, 19 avril 2005, ECLI:EU:C:2005:240, par. 34. En ce qui concerne OLAF, voy. J. F. H. INGHELDRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, p. 203 et s..

⁵⁶⁰Voy. article 263, al. 4 du TFUE.

⁵⁶¹Voy. article 36 de la proposition de règlement de la Commission du 2013 et le point 3.3.5. relative aux éléments juridiques de la proposition, contenu dans l'exposé de motifs au dessus de la proposition de règlement, p. 7. L'article 36 de la proposition de règlement de la Commission, en particulier, prévoit : « *Lorsqu'il adopte des mesures procédurales dans l'exercice de ses fonctions, le Parquet européen est considéré comme une autorité nationale aux fins du contrôle juridictionnel. Lorsque des dispositions de droit interne sont rendues applicables par le présent règlement, ces dispositions ne sont pas considérées comme des dispositions du droit de l'Union aux fins de l'article 267 du traité* ».

Parquet européen ne soient pas susceptibles de recours⁵⁶².

La Commission avait donc réduit au maximum la compétence de la Cour de Justice en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des décisions du Parquet européen⁵⁶³. Conformément à la proposition de règlement de la Commission, la Cour de Justice pouvait seulement statuer à titre préjudiciel sur la validité et l'interprétation des dispositions de la proposition de règlement, mais elle ne pouvait pas statuer, pas même à titre préjudiciel, sur la validité des décisions prises par le Parquet européen⁵⁶⁴.

La proposition de règlement de la Commission ne prévoyait donc pas la possibilité d'exercer un recours juridictionnel effectif contre les décisions d'un organisme de poursuite supranational, notamment le Parquet européen. Les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen étaient donc menacés tout comme l'uniformité du droit de l'Union et la sécurité juridique. L'attribution à la Cour de justice de la compétence de contrôler la validité et la juste interprétation des actes adoptés par les organes et organismes européens sert en effet également à assurer l'uniforme interprétation et application du droit européen⁵⁶⁵. L'élimination de la possibilité d'exercer quelconque type de recours contre les actes adoptés par un organe européen, tel que le Parquet européen, ne se justifie même pas en raison de l'article 263, al. 5 du TFUE. Cette disposition prévoit en effet que « Les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard »⁵⁶⁶. Cette disposition permet en effet de prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes émanant d'organes ou organismes européen destinés à produire des effets juridiques à leur égard. Or, elle ne permet pas d'éliminer complètement chaque forme de recours contre les actes des organes et organismes de l'Union. L'élimination complète de toute forme de recours devant la Cour

562Voy. l'article 13, al. 4 de la proposition de règlement de la Commission qui prévoit : « *La détermination de la compétence en vertu du présent article n'est pas susceptible de recours* » et l'article 29, al. 4 de la même proposition de règlement, qui établit : « *Le classement sans suite prévu au paragraphe 3 n'est pas susceptible de contrôle juridictionnel* ».

563Voy. P. CSONKA, Le choix du juge national par la Commission, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (éds.), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, Paris, Collection de L'UMR de droit comparé de Paris, volume 37, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 249-254.

564Voy. V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon, Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2016, pp. 93-94; M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, The Hague, Asser Press, Springer, 2015, pp. 139-164; J. TRICOT, *Observations Critiques sur la Proposition de Règlement portant Création du Parquet Européen*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (éds.), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, cit., pp. 155-174; S. MANACORDA, *La Localisation de la Garantie Juridictionnelle du Parquet Européen*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (éds.), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, cit., p. 255-274.

565Voy. à cet effet, la décision de la CJUE dans l'affaire Foto Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost, affaire 314/85, du 22 octobre 1987, ECLI:EU:C:1987:452.

566Voy. l'article 263, al. 5 du TFUE.

de justice n'apparaît pas opportune⁵⁶⁷.

La proposition de règlement de la Commission ne permet donc pas d'assurer ni l'uniforme application du droit européen, et donc l'égalité des citoyens devant la loi, ni le respect : du droit à un recours juridictionnel effectif, du principe de légalité, des droits de la défense des personnes concernées par les procédures du Parquet européen⁵⁶⁸.

La proposition de règlement du Conseil arrêté le 31 janvier 2017 modifie celle de la Commission s'agissant du contrôle juridictionnel des décisions du Parquet européen. Toutefois, elle n'attribue pas à la Cour de justice une compétence générale en matière du contrôle de validité des actes adoptés par le Parquet européen. L'article 36 de la proposition de règlement de la Commission prévoit : « Les actes de procédure du Parquet européen qui sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers sont soumis au contrôle des juridictions nationales compétentes conformément aux exigences et procédures prévues par la législation nationale. Il en va de même lorsque le Parquet européen s'abstient d'adopter des actes de procédure destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers que celui-ci était légalement tenu d'adopter en application du présent règlement »⁵⁶⁹. La lettre de la disposition attribue la compétence de contrôle de la validité des actes de procédure du Parquet européen, destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers, aux juridictions nationales compétentes « conformément aux exigences et procédures prévues par la législation nationale ».

La proposition de règlement du Conseil n'attribue donc pas la compétence de contrôle des décisions du Parquet européen à la Cour de justice, ni prévoit des règles européennes en ce qui concerne les critères permettant d'attaquer les décisions du Parquet européen. La réglementation applicable relève de la législation nationale, elle sera donc différente d'un État à l'autre. La définition des actes soumis à contrôle, des critères et de l'étendue du contrôle exercé dépendra de la législation nationale applicable.

Toutefois, la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 prévoit une réglementation différente s'agissant de la compétence de la Cour de justice à statuer à titre préjudiciel sur les actes de procédure du Parquet européen. Ainsi, la Cour sera compétente pour statuer à titre préjudiciel « sur la validité des actes de procédure du Parquet européen, pour autant qu'une telle question de validité soit soulevée devant une juridiction d'un État membre directement sur la base du droit de

567Voy. à cet égard V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon, Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, cit., p. 115.

568Pour une analyse critique de contrôle juridictionnel dans la proposition de règlement de la Commission du 2013, voy. A. MEIJ, *Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, The Hague, Asser Press, Springer, 2015, pp. 112- 118; J. INGHELRAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., pp. 130-136; M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor's Office*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., pp. 153-160.

569Voy. article 36, al. 1 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

l'Union »⁵⁷⁰.

En considérant que la proposition de règlement ne régit pas les critères et modalités d'exercice des pouvoirs d'enquête et de poursuite du Parquet européen, la portée de la disposition susmentionnée est extrêmement limitée.

L'article 36 énonce également que le Parquet européen peut statuer à titre préjudiciel « sur l'interprétation ou la validité de dispositions du droit de l'Union, y compris le présent règlement »⁵⁷¹. Cette possibilité était prévue dans la proposition de règlement de la Commission, mais, comme évoqué, ne permet pas de contrôler les décisions prises par le Parquet européen. En effet, il sera seulement possible de statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation ou la validité des dispositions du règlement, ceci écartant la possibilité de contrôler les décisions du Parquet européen prises conformément au règlement.

Enfin, la proposition de règlement confère une compétence à la Cour pour statuer à titre préjudiciel « sur l'interprétation des articles 17 et 20 du présent règlement en ce qui concerne tout conflit de compétence entre le Parquet européen et les autorités nationales compétentes »⁵⁷². La Cour de justice ne pourra donc se prononcer sur la validité de la décision du Parquet européen relative au choix de la juridiction compétente, mais pourra se prononcer sur l'interprétation des articles 17 et 20 de la proposition de règlement en ce qui concerne tout conflit de compétence entre le Parquet européen et les autorités nationales compétentes.

L'alinéa 3 de l'article 36 de la proposition de règlement du Conseil inscrit une exception à la règle énoncée au premier alinéa. Selon cette dernière, il demeure impossible d'exercer un recours en annulation devant la Cour de justice contre les décisions du Parquet européen portant sur un classement sans suite, « pour autant qu'elles soient contestées directement sur la base du droit de l'Union »⁵⁷³.

Les cas, où l'exercice d'un recours en annulation contre les décisions du Parquet européen demeure

⁵⁷⁰Voy. article 32, al. 2 de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. Le Considérant 79 de la même proposition de règlement établit que « *[les juridictions nationales] ne peuvent toutefois pas saisir la Cour de justice de questions préjudicielles portant sur la validité des actes de procédure du Parquet européen au regard du droit procédural national ou des mesures nationales de transposition des directives, même si le présent règlement y fait référence. Cela s'entend néanmoins sans préjudice des renvois préjudiciels concernant l'interprétation de toute disposition du droit primaire, y compris le traité et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ou l'interprétation et la validité de toute disposition du droit dérivé de l'Union, y compris le présent règlement et les directives applicables. Par ailleurs, le présent règlement n'exclut pas que les juridictions nationales puissent contrôler la validité des actes de procédure du Parquet européen qui sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard de tiers au regard du principe de proportionnalité, tel qu'il est consacré dans le droit national* ».

⁵⁷¹Voy. article 36, al. 2, b de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

⁵⁷²Voy. article 36, al. 2, c de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017.

⁵⁷³Voy. article 36, al. 3, de la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017. L'article 36, al. 8, établit également que « *Le présent article s'entend sans préjudice du contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice, conformément à l'article 263, quatrième alinéa, du TFUE, à l'égard des décisions du Parquet européen qui affectent les droits des personnes concernées au titre du chapitre VI et des décisions du Parquet européen qui ne sont pas des actes de procédure, telles que les décisions du Parquet européen relatives au droit d'accès du public aux documents, ou d'une décision révoquant un procureur européen délégué adoptée conformément à l'article 15, paragraphe 3, du présent règlement, ou de toute autre décision administrative* ».

impossible, sont listés expressément à l'article 36. Ils dérogent à la règle selon laquelle les personnes physiques ou morales concernées par les décisions du Parquet européen ne peuvent pas introduire un recours contre les décisions de cet organe européen de poursuite devant la Cour de justice. La suppression de la possibilité d'introduire un recours direct devant la Cour de justice contre des actes adoptés par un organe européen constitue une violation de l'article 263 du TFUE : elle paraît donc illégitime. De même, l'élimination de toute forme de recours effectif devant la Cour de justice contre les décisions du Parquet européen ne permet pas de respecter le droit à un recours juridictionnel effectif consacré par l'article 47 de la Charte.

En vue d'assurer le respect de ce droit fondamental et de respecter les Traités, il serait nécessaire d'envisager d'autres solutions. Ainsi, il convient de distinguer entre la réglementation du contrôle juridictionnel *ex ante* et *ex post*.

Le contrôle juridictionnel *ex ante*, c'est-à-dire l'autorisation judiciaire préalable, devrait relever de la compétence des autorités judiciaires nationales, lesquelles, à la différence de la réglementation prévue dans la proposition de règlement du Conseil, devraient appliquer une législation uniforme, prévue dans le règlement instituant le Parquet européen. Cette solution est similaire à celle adoptée dans les Règles Modèles de procédure du Parquet européen⁵⁷⁴. En l'absence d'une législation uniforme des règles de procédure du Parquet européen, il pourrait exécuter des mesures d'enquête dans un État membre dont la législation de procédure ne prévoit pas l'autorisation judiciaire préalable de cette mesure d'enquête et ensuite utiliser en jugement les preuves recueillies dans cet État membre dans un autre où, au contraire, serait nécessaire l'autorisation judiciaire préalable pour le même type de mesure d'enquête. En présence de règles de procédure différentes, le Parquet européen pourrait donc éluder les garanties procédurales des personnes concernées par la législation de certains États membres.

L'attribution de la compétence, à la Cour de justice ou à un Tribunal européen spécialisé, ne correspondrait pas la meilleure solution, du moment que la compétence des autorités juridictionnelles européennes se limite normalement à un contrôle *ex post*. Jusqu'à maintenant, la compétence de rendre une autorisation préalable en matière pénale n'a jamais été attribuée à une juridiction européenne⁵⁷⁵. La création d'un tribunal *ad hoc*, ou l'attribution de cette compétence à la Cour de justice de l'Union européenne, correspondrait donc à la création d'une chambre préliminaire

574Voy. les articles de 22 à 62 des Règles Modèles de procédure du Parquet européen (LIGETI, K. et al., Règles Modèles de procédure du Parquet européen, [disponibles en ligne : <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules/french>].

575Voy. J.F.H. INGLERAM, Search and Seizure Measures and Their Review, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (éds.), The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?, cit., p. 131. Voy. Contra E. PERILLO, EPPO, la Procura europea. Europea solo di nome o anche di diritto?, in V. BAZZOCCHI (éd.), L'ufficio del Procuratore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali?, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, iBooks, 2014; E. PERILLO, Ma se Cesare Beccaria fosse di nuovo qui tra noi, scriverebbe ancora «Dei delitti e delle pene»?., in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (éds.), Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 334.

européenne dotée de pouvoirs que le juge européen peine à utiliser. Dès lors, concrètement, cette solution demeure impossible.

Au contraire, dans un contrôle *ex post*, une autorité juridictionnelle européenne apparaît comme le niveau de juridiction le plus adéquat en vue de garantir le droit à un recours juridictionnel effectif pour les raisons susmentionnées. Au regard de la nature spécifique des actes du Parquet européen, il serait préférable de « prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes »⁵⁷⁶ dudit Parquet ou de créer un Tribunal spécialisé chargé du contrôle des actes de ce même Parquet⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶Voy. article 263, al. 5 du TFUE.

⁵⁷⁷Voy. à cet égard l'article 257 du TFUE.

4. Conclusion

Dans la mythologie grecque, Europe est une princesse phénicienne, fille d'Agénor, roi de Tyr, et de Téléphassa. Elle est également sœur de Cadmos et a été enlevée par Zeus métamorphosé en taureau sur l'île de Crète. Son père Agénor, en deuil, envoya son fils Cadmos à la recherche de sa sœur. Il lui donna l'ordre de ne pas revenir sans Europe. Il la chercha partout, mais il ne réussit pas à la trouver. Comme il ne pouvait pas revenir chez lui, il consulta l'oracle de Delphes. Il reçut alors du dieu le conseil de suivre une vache qui porterait sur ses flancs un dessin en forme de lune et de s'arrêter seulement quand la vache se serait arrêtée. Là où la vache se serait arrêtée il aurait dû bâtir la ville Cadmée, qui plus tard aurait été appelée Thèbes. Europe dans la mythologie représente donc une entité qui doit être cherchée sans cesse et sous formes différentes. Finalement, d'après la mythologie, Europe, bien qu'elle n'ait pas été trouvée sous son apparence originaire, permettra à son frère de bâtir une ville prospère, née de la rencontre entre l'Orient et l'Occident.

En dehors de la métaphore, l'Union européenne représente une entité difficile à atteindre, mais en même temps constitue une occasion unique pour créer un espace commun unique où sont garanties les valeurs de respect de la « dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».

L'article 3 du TUE, en particulier, établit que l'Union a pour but d'offrir à ses citoyens « un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène ».

Comme dans le mythe d'Europe, donc, notre mission est celle de chercher sans cesse la configuration qui doit caractériser le Parquet européen afin qu'il assure l'efficace répression des infractions pénales qui relèvent de sa compétence matérielle et, en même temps, qu'il assure la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans la procédure qui serait engagée.

Il convient de souligner dès le début que les conclusions de la thèse ne correspondent pas à ce qui a été décidé au sein du Conseil à propos de la proposition de règlement du Parquet européen. Les négociations au sein du Conseil ont en effet démontré que les États membres, très attachés à leur souveraineté en matière de droit pénal, n'ont pas vraiment l'intention de créer un organe de poursuite réellement supranational.

Depuis que quatorze chambres des Parlements nationaux ont exercé le droit d'alerte que leur confère le Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité,

annexé aux traités, en transmettant des avis motivés à la Commission, ce qui a eu pour effet de déclencher le mécanisme de contrôle de la subsidiarité, il est clair que les États membres ne sont pas favorables à la création d'un Parquet européen centralisé.

Les discussions au sein du Conseil ont également démontré la réticence des États membres à ce sujet. La proposition de règlement de la Commission a été en effet modifiée dans le sens visant à renforcer la dimension nationale et intergouvernementale du Parquet européen. Cette solution ne semble toutefois pas être le reflet de la volonté du législateur européen, lequel a prévu à l'article 86 du TFUE la création du Parquet européen afin d'aller au-delà de la logique intergouvernementale qui caractérise Eurojust et qui s'est révélée inadéquate pour résoudre les problèmes existants et pour poursuivre de manière efficace la criminalité ayant une dimension transfrontière, ainsi que les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne. La création d'un Parquet européen représente une étape fondamentale vers une intégration verticale et donc vers la création d'un organe de poursuite supranational, plutôt que d'un organe collégial dépendant des États membres, qui ne serait alors qu'une duplication d'Eurojust, dans le cas de figure où ses compétences venaient à être étendues conformément à la lettre de l'article 85 du TFUE tel qu'amendé par le Traité de Lisbonne.

La réticence des États membres à la création d'un organe de poursuite supranational, en particulier le Parquet européen, est également démontrée par le récent constat d'absence d'unanimité au sein du Conseil sur la proposition de règlement portant création du Parquet européen. À la suite de ce constat, en date 3 avril 2017, seize États membres ont notifié aux trois institutions compétentes leur intention de lancer une coopération renforcée pour la création du Parquet européen. La lettre de notification a été signée par les États suivants : la Belgique, la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la République tchèque, l'Allemagne, la Grèce, l'Espagne, la Finlande, la France, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la Roumanie, la Slovénie et la Slovaquie. L'Italie ne fait pas partie des États signataires. Les discussions au sein du Conseil se tiendront sur la base du dernier texte de compromis du règlement portant création du Parquet européen qui a été arrêté le 31 janvier 2017.

Douze États sur vingt-huit ont décidé de ne pas participer à la création du Parquet européen ; cette décision est pour le moins surprenante en considérant le fait que le Parquet européen sera institué dans le but de combattre efficacement les formes de criminalité qui relèvent de sa compétence. En particulier, relèveront de sa compétence les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, et pourraient à l'avenir relever de sa compétence également l'infraction de terrorisme, qui affecte tragiquement un grand nombre d'États membres.

Le texte de compromis adopté et le faible taux de participation des États membres à la proposition de règlement portant création du Parquet européen risquent de compromettre gravement tant l'effectivité des enquêtes menées par le Parquet européen que les droits fondamentaux des

personnes impliquées dans la procédure engagée de son initiative.

L'analyse de la législation européenne et des arrêts de la Cour de justice nous ont en effet conduit à conclure que la seule méthode pour assurer une répression efficace des auteurs des infractions relevant de la compétence du Parquet européen, et afin de garantir dans le même temps le respect des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans la procédure engagée par le Parquet européen, est celle d'accompagner l'institution du Parquet européen de l'adoption de règles communes en matière de procédure pénale et de droit pénal substantiel, par voie de règlement, en utilisant comme base juridique l'article 86 du TFUE. Aucune autre solution n'est capable d'atteindre cet objectif.

Nous avons abouti à cette conclusion en divisant la thèse en deux parties.

La première partie de la thèse est dédiée à l'analyse de la configuration qui devrait caractériser le Parquet européen afin que soit assurée l'efficace répression des infractions relevant de la compétence du Parquet européen et que soit donc également assurée l'efficace mise en œuvre des politiques européennes.

La deuxième partie porte sur l'examen de la configuration qui devrait caractériser le Parquet européen afin que soient adéquatement protégés les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen.

Afin d'effectuer de manière détaillée cette analyse, chaque partie a été subdivisée en deux titres. Le premier titre de chaque partie est dédié à l'examen de la législation et des jugements de la Cour de justice relatifs à l'effectivité et aux droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne. Cette analyse a été nécessaire pour contextualiser la création du Parquet européen et pour comprendre quels objectifs le législateur européen s'est concrètement proposé d'atteindre par la création d'un Parquet européen. En particulier, il a été nécessaire de définir la notion d'effectivité au niveau européen afin de comprendre ce que signifie l'impératif d'assurer une plus grande effectivité et une plus grande efficience de l'instruction et de la poursuite des infractions relevant de la compétence du Parquet européen. Il a été également indispensable de déterminer le contenu et la portée des droits fondamentaux au niveau européen en matière pénale, tant en ce qui concerne le droit matériel que la procédure pénale, afin de déterminer quelle configuration doit avoir le Parquet européen pour que ces droits soient protégés.

Dans le premier titre de la première partie, nous avons défini la notion d'effectivité. En particulier, de l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la notion d'effectivité dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, nous avons conclu que le droit pénal est efficace dans la mise en œuvre des politiques de l'Union s'il contribue à atteindre les objectifs de l'Union dans le domaine considéré. Nous avons donc utilisé cette notion d'effectivité au cours de la thèse, en particulier pour vérifier quelle configuration doit caractériser le Parquet européen pour assurer l'efficace mise en

œuvre des politiques européennes, par la voie de la répression des auteurs des infractions relevant de sa compétence.

Dans le deuxième titre de la deuxième partie nous sommes parvenus à la conclusion que la seule solution qui permette d'assurer l'efficace répression des infractions relevant de la compétence du Parquet européen et, en même temps, qui permette de protéger les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen, est celle de doter le Parquet européen d'une structure centralisée et hiérarchique. Le fonctionnement du Parquet européen ne devra dépendre des autorités nationales que dans une faible mesure. Une telle solution permettrait d'assurer en même temps l'indépendance et la responsabilité du Parquet européen. Les membres du Parquet européen devraient être sélectionnés par concours par un groupe d'experts indépendants et d'importants pouvoirs d'enquête devraient être attribués au procureur européen, lequel sera l'acteur responsable devant les institutions européennes.

En ce qui concerne la compétence du Parquet européen, nous sommes parvenus à la conclusion que la solution qui permet de réprimer de manière plus efficace les auteurs des infractions relevant de la compétence du Parquet européen est celle de régler les infractions relevant de la compétence du Parquet européen dans le règlement qui le crée, sur la base de l'article 86, par. 2 du TFUE. Une telle solution permettrait de réduire la diversité des traditions et des systèmes juridiques nationaux. Le règlement, en effet, est un acte directement applicable dans tout État membre et obligatoire dans tous ses éléments. Par conséquent, les États membres ne disposent pas de marge d'appréciation dans la mise en œuvre du droit européen et les infractions relevant de la compétence du Parquet européen seront donc uniformes sur tout le territoire de l'Union. Afin d'assurer la répression efficace des auteurs des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, il sera également préférable d'inclure les infractions de fraude à la TVA dans le règlement instituant le Parquet européen. Dans ce cas les infractions seront règlementées de manière uniforme sur le territoire de tous les États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen, et il n'existera pas de risques de forum shopping ou de difformités comme il en existe actuellement, ou qui existeraient si une directive était adoptée au titre de l'article 83, al. 2 du TFUE. La définition dans le règlement instituant le Parquet européen des critères nécessaires à la détermination des infractions inextricablement liées à des infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union sera également indispensable pour garantir la prévisibilité des infractions qui relèvent de la compétence du Parquet européen.

En ce qui concerne la possibilité d'étendre la compétence du Parquet européen aux infractions de terrorisme, nous avons conclu que l'attribution de la compétence au Parquet européen pour poursuivre les auteurs des délits terroristes pourrait fortement contribuer à une plus efficace répression des auteurs des infractions terroristes.

Dans le premier titre de la deuxième partie, nous nous sommes penchés sur l'analyse du contenu et de la portée des droits fondamentaux des individus qui touchent le plus directement au droit pénal et à la procédure pénale. En créant un organe de poursuite supranational, il est en effet nécessaire de vérifier que sont respectés les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen ; ce dernier devra en effet au moins respecter le niveau de protection de ces droits garantis au niveau européen. En ce qui concerne les droits fondamentaux matériels, ont été étudiés la portée et le contenu du principe de légalité substantielle (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), du principe de culpabilité et de l'exigence que soit protégé un intérêt légitime suffisant. En ce qui concerne les principes fondamentaux procéduraux, la portée et le contenu du principe de légalité procédurale, le droit à un recours juridictionnel effectif, le droit à la présomption d'innocence, les droits de la défense, et le droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction ont fait l'objet d'une analyse. De cette analyse nous avons déterminé le niveau de protection qui est assuré à ces droits fondamentaux au niveau européen, et nous avons vérifié, dans le deuxième titre de la même partie, quels pouvoirs devraient être attribués au Parquet européen, afin que ces droits, dont le contenu et la portée sont ceux décrits dans le premier titre, soient respectés.

Dans le deuxième titre de la deuxième partie nous sommes parvenus à la conclusion qu'il est nécessaire d'adopter des règles de procédure uniformes sur la base de l'article 86, par. 3 du TFUE afin que soient garantis les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. En particulier, en ce qui concerne les pouvoirs du Parquet européen et la possibilité de classer une affaire sans suite, il est nécessaire de déterminer dans le règlement instituant le Parquet européen de manière claire et précise les critères et les conditions dans lesquelles le Parquet européen peut décider de classer sans suite l'affaire, ou selon quels critères et conditions il peut proposer une procédure simplifiée en matière de poursuites visant au règlement définitif d'une affaire. En effet, le renvoi à la législation nationale des États membres ne permet pas aux personnes concernées de connaître en avance la législation applicable. La même solution, c'est-à-dire l'adoption de règles de procédures uniformes dans le règlement instituant le Parquet européen a été également considérée comme la solution la plus efficace pour garantir le respect du principe de légalité et des droits de la défense en ce qui concerne le choix de la loi applicable et l'autorité judiciaire compétente pour décider de l'affaire. Les accusés ne pourront en effet pas prévoir en avance quelle loi sera applicable si la loi est déterminée par renvoi à la législation nationale, et variera donc d'un État à l'autre. Dans cette situation ne seront même pas protégés les droits de défense des accusés qui devront se faire défendre par un défenseur de l'État dont la loi est appliquée.

L'adoption de règles de procédure uniformes prévues dans le règlement instituant le Parquet

européen est également la solution la plus efficace qui permet d'assurer l'admissibilité des preuves recueillies sur le territoire d'un État membre différent de celui auquel appartient l'autorité judiciaire qui statuera sur le cas. Dans ce cas, il sera légitime de prévoir que les autorités judiciaires nationales admettent les preuves collectées par le Parquet européen, puisque les modalités de collecte de la preuve seront uniformes sur le territoire des États membres qui sont liés par le règlement instituant le Parquet européen. Aux accusés sera également garanti le respect des droits de défense selon le niveau de protection prévu au niveau européen. Une telle solution est également la plus efficace pour régler les enquêtes transfrontières menées par le Parquet européen. L'absence d'une réglementation uniforme ne permet même pas de prévoir en avance si l'autorisation judiciaire pour ordonner une mesure d'enquête sera nécessaire, du moment que le Parquet européen pourrait choisir d'effectuer les mesures d'enquêtes dans un État où l'autorisation judiciaire n'est pas requise ; les droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen seraient donc sérieusement menacés, du moment que n'est pas garanti le principe de légalité procédurale et qu'elles ne pourront pas se défendre de manière appropriée sans connaître en avance la loi applicable. La seule méthode pour protéger les droits des personnes impliquées dans les enquêtes menées par le Parquet européen serait celle de prévoir une réglementation uniforme au niveau européen, qui serait prévisible et qui serait la même sur le territoire de tous les États membres liés par le règlement instituant le Parquet européen.

En ce qui concerne les garanties procédurales des personnes concernées par les procédures du Parquet européen, nous sommes parvenus à la même conclusion. L'adoption de règles de procédure uniformes prévues dans le règlement instituant le Parquet européen est la seule solution qui permette d'assurer une protection adéquate des droits fondamentaux des personnes concernées par les procédures du Parquet européen. Le niveau de protection des droits devrait être dans ce cas le même que celui assuré à la fois par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, comme interprétée par la Cour de Justice, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et par les droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. La réglementation relative à la protection des données à caractère personnel prévue dans la proposition de règlement du Conseil du 31 janvier 2017 est, au contraire, détaillée. Étant donné la fragmentation de la législation concernant la protection des données à caractère personnel dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, il est toutefois nécessaire de déterminer si la meilleure solution à ce propos est celle d'adopter une législation commune pour toutes les agences et tous les organes de l'Union, ou du moins, pour ceux qui agissent dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice. En ce qui concerne l'adoption des formes de contrôle sur les décisions adoptées par le Parquet européen et par conséquent les formes effectives de recours

juridictionnel, nous sommes parvenus à la conclusion que, pour ce qui est du contrôle juridictionnel ex ante, c'est-à-dire l'autorisation judiciaire préalable, le pouvoir d'autoriser les mesures d'enquête du Parquet européen devrait relever de la compétence des autorités judiciaires nationales, lesquelles devraient appliquer une législation uniforme, prévue dans le règlement instituant le Parquet européen. Il devrait donc être prévu dans le règlement instituant le Parquet européen des règles uniformes qui précisent les conditions dans lesquelles les autorités judiciaires nationales peuvent décider d'accorder l'autorisation judiciaire ou de ne pas l'accorder. En ce qui concerne le contrôle ex post sur les décisions adoptées par le Parquet européen, une autorité juridictionnelle européenne serait, au contraire, la juridiction la plus adéquate pour assurer le respect du droit à un recours juridictionnel effectif. En considérant que le Parquet européen sera un organe européen, la compétence pour statuer sur le contrôle juridictionnel ex post devra être attribuée à la Cour de justice ; dans le cas contraire, les Traités européens courront le risque d'être enfreints.

En général, donc, de l'analyse effectuée il en résulte que la seule solution qui permette d'assurer l'efficace répression des infractions pénales qui relèvent de la compétence matérielle du Parquet européen, et afin d'assurer dans le même temps la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans la procédure engagée à son initiative, est celle d'adopter des règles de droit pénal matériel et de procédure uniforme sur la base de l'article 86 du TFUE. Le Parquet européen devra en plus être doté d'une structure centralisée et les décisions du Parquet européen devront être contrôlées par la Cour de justice.

Bien qu'étant conscient que cette solution ne corresponde pas à la volonté politique actuelle des États membres, nous espérons qu'il sera accepté, à l'avenir, petit à petit, que la solution proposée est la seule qui permette d'assurer la répression efficace des infractions pénales qui relèvent de la compétence matérielle du Parquet européen et, qui dans le même temps, permet d'assurer la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans la procédure engagée à son initiative.

Nous espérons donc que, comme dans le mythe d'Europe, le Parquet européen, bien que représentant une entité difficile à atteindre, permettra enfin de créer un espace commun unique où seront garanties les valeurs de respect de la « dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».

THÈSE

Verso una Procura europea?

Tra effettività e diritti fondamentali

*Alla mia Mimmi,
che amo alla follia
e che mi ha insegnato
il valore della resistenza*

1. Introduzione

Nel mito Europa è una principessa fenicia, figlia del re Agenore e sorella di Cadmo, che era stata rapita da Zeus in forma di toro e portata a Creta. Il re suo padre, disperato, mandò Cadmo in cerca della sorella, minacciando di esiliarlo se fosse tornato senza averla ritrovata. Sfinito a causa dell'infertile ricerca che aveva compiuto in ogni angolo della terra allora conosciuta e raggiungibile, il mito narra che lo stesso si fosse rivolto all'oracolo di Delfo, il quale rispose che, anche se l'avesse cercata per altri lunghi anni, non l'avrebbe mai trovata. La Pizia esortò, quindi, Cadmo a tralasciare la ricerca della sorella e a seguire una vacca con macchie sui fianchi a forma di mezzaluna fino a che non si fosse fermata. Nel punto in cui si fosse fermata a riposare la vacca, là avrebbe dovuto fondare la città detta Cadmea, che più tardi sarebbe stata chiamata Tebe. Europa nel mito greco rappresenta, quindi, un'entità che va cercata continuamente e sotto diverse forme. Secondo il mito, alla fine, Europa, pur non essendo rinvenuta nelle sue sembianze originarie, quelle ricercate dal fratello, permetterà di fondare una solida e fiorente città, nata dall'incontro tra Oriente e Occidente.

Fuori di metafora, anche l'Unione europea rappresenta un'entità difficile da raggiungere, dai confini incerti e dalle forme non ancora pienamente definite, ma al tempo stesso rappresenta un'occasione unica per gettare le fondamenta di uno spazio unico comune in cui siano garantiti i valori della “dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani”, in una società caratterizzata, tra gli altri valori, dalla giustizia. L'articolo 3 del TUE, in particolare, stabilisce che tra gli obiettivi dell'Unione rientra quello di offrire ai propri cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne tra l'altro, “la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”.

Il Trattato di Lisbona che, ai sensi dell'articolo 1 del TUE, “segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”, consolidando la precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia e riprendendo alcuni importanti approdi raggiunti in seno al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa apre la strada al riconoscimento di un vero e proprio diritto penale, sia sostanziale che processuale, dell'Unione europea.

L'abolizione della suddivisione in pilastri nella nuova struttura istituzionale europea, la conseguente attribuzione di una competenza concorrente tra Unione europea e Stati membri nel settore dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, ora espressamente prevista dall'articolo 4, par. 2 lett. j) del TFUE, e l'espresso riconoscimento di valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali del-

L'Unione europea aprono una nuova fase dei rapporti tra diritto europeo e diritto penale rispetto a quanto previsto dal previgente quadro normativo risultante dalle limitate modifiche apportate con il Trattato di Nizza.

Uno degli elementi più innovativi del Titolo V del TFUE, dedicato allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, è rappresentato, per quanto concerne la cooperazione giudiziaria in materia penale, dall'articolo 86 del TFUE, il quale prevede la possibilità di istituire una Procura europea che abbia il compito di “individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione”, e i loro complici, nonché gli autori di reati di “criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale”, nel caso in cui la competenza del PME venisse estesa, mediante una decisione unanime del Consiglio.

La previsione della possibilità di istituire una Procura europea rappresenta un passo significativo nella direzione di “un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”, dal momento che con l'istituzione di un organo inquirente sovranazionale, almeno teoricamente, si abbandona la logica di mera cooperazione, di attività meramente amministrativa e di coordinamento intergovernamentale tra autorità giudiziarie degli Stati membri per entrare in uno scenario di “integrazione verticale” dei sistemi processuali e giudiziari degli Stati membri, di fronte ai cui organi giurisdizionali competenti la Procura europea avrà il compito di esercitare l'azione penale.

La Procura europea, così come delineata nell'articolo 86 del TFUE, avrà, quindi, il compito di condurre le indagini e raccogliere il materiale probatorio necessario a provare la fondatezza delle accuse rivolte nei confronti degli autori dei reati rientranti nella propria competenza, chiedendo il rinvio a giudizio o l'archiviazione nei confronti degli indagati e rappresentando l'accusa dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale. L'articolo 86 TFUE, infatti, sembra accogliere una delle soluzioni elaborate fin dagli anni '90, ossia la scissione tra “azione” europea e “giurisdizione” nazionale.

L'articolo 86 del TFUE, lungi dal rappresentare una disposizione imprevista e imprevedibile, costituisce il risultato finale di un acceso dibattito scientifico e politico che dura da oltre venti anni, oggetto di articolati studi e timide iniziative legislative europee.

Si auspicò la creazione di un Pubblico Ministero europeo per la prima volta nel 1997, anno di pubblicazione della versione finale del progetto (denominata *Corpus Juris*) realizzato da un gruppo di accademici provenienti da diversi Paesi europei che erano stati investiti dalla Commissione del compito di elaborare alcuni principi fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nel quadro di uno spazio giudiziario europeo. Il *Corpus Juris* prevedeva, in particolare, otto reati, con le relative pene, e l'istituzione di una nuova figura, il Pubblico Ministero europeo. Quest'ultimo era inteso come autorità indipendente sia nei confronti delle autorità naziona-

li che degli organi comunitari, responsabile delle indagini, del rinvio a giudizio e dell'esercizio dell'azione penale su tutto il territorio degli Stati membri dell'Unione europea.

Il progetto era stata commissionato nella consapevolezza che la tutela degli interessi dell'allora Comunità europea non risultava né efficace né omogenea sul territorio dei diversi Stati membri. Il gruppo di esperti ritenne che il metodo più adeguato per assicurare l'efficace repressione degli autori dei crimini lesivi degli interessi finanziari europei consistesse nel prevedere la creazione di un Pubblico Ministero europeo a cui si affiancasse la predisposizione, seppur limitata ad una certa categoria di reati, di regole uniformi di diritto penale europeo, non solo di carattere processuale ma anche sostanziale, sia di parte speciale che di parte generale.

All'idea, all'epoca rivoluzionaria, di istituire una Procura europea si affiancò l'idea altrettanto innovativa di predisporre regole penali comuni, sia sostanziali che processuali, ponendo le basi per creare un diritto penale e un diritto processuale penale uniformi a livello europeo.

La reazione degli Stati membri al progetto pubblicato nel 1997 e allo studio elaborato dal gruppo di esperti sovvenzionato dalla Commissione, su richiesta del Parlamento europeo, sulla fattibilità del *Corpus Juris* è stata categorica. In particolare, questi ultimi si erano fermamente opposti all'idea di creare un corpo di regole sostanziali e processuali uniformi in materia penale, nonché alla possibilità di istituire un Pubblico Ministero europeo, dal momento che le peculiarità del settore penale rispetto ad altri rami del diritto hanno sempre alimentato preoccupazioni in capo agli Stati membri, i quali sono particolarmente gelosi della propria sovranità in materia penale.

La determinazione del penalmente rilevante rappresenta, infatti, una prerogativa statale di particolare rilevanza, di matrice illuministica, che rispecchia i valori intrinseci dello Stato, il quale, tramite la riserva di legge parlamentare, è l'unico titolare della potestà di determinare quali interessi giuridici vadano tutelati e, di conseguenza, quali condotte vadano sanzionate perché lesive di tali interessi giuridicamente protetti. Ciò comporta che, pur a fronte del continuo incremento di fenomeni criminali che assumono connotati transnazionali, gli Stati membri, in generale, sono restii ad accettare una penetrante ingerenza del diritto europeo in tale ambito.

Tale tendenza era stata confermata in occasione del vertice di Tampere, in cui, nel dettare le priorità e l'agenda politica relativa allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia per il quinquennio 2000-2004, i Capi di Stato e di Governo evitarono di affrontare la questione riguardante la creazione di una Procura europea, preferendo sollecitare l'istituzione di *Eurojust*.

Consapevole della ferma opposizione degli Stati membri alla creazione di regole penali uniformi a livello europeo, la Commissione ha cercato di perseguire l'obiettivo di assicurare un'adeguata protezione degli interessi finanziari europei seguendo due diverse linee direttrici.

Da un lato, nella Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000 ha nuovamente rilevato l'inadeguatezza degli strumenti fino ad allora adottati a livello europeo, quali il coordinamento amministrativo offerto dall'Ufficio europeo per la lotta contro le frodi, in quanto l'azione penale restava incerta. Mancando strumenti che completassero l'azione di prevenzione e di inchiesta amministrativa mediante un organo responsabile di esercitare l'azione penale, la Commissione ha, pertanto, auspicato l'introduzione di una base giuridica che consentisse la nomina di un Procuratore europeo indipendente, con il compito di esercitare l'azione pubblica dinanzi alle giurisdizioni competenti degli Stati membri, e l'adozione, in sede di diritto derivato, dello statuto del Procuratore europeo, delle norme di diritto sostanziale relative alla tutela degli interessi finanziari, delle regole di procedura penale e di ammissibilità delle prove, nonché delle regole relative al controllo giurisdizionale degli atti disposti dal Procuratore nell'esercizio delle sue funzioni.

Dall'altro, ha abbandonato l'approccio "sistemico" adottato nel *Corpus Juris* nelle iniziative legislative successive, tra cui figura in primo piano il "Libro Verde sulla tutela degli interessi finanziari e la creazione di una Procura europea", pubblicato nel 2001, che sebbene di poco successivo alla pubblicazione del *Corpus Juris* 2000, e sebbene ampiamente ispirato alle proposte di tale documento, presenta la creazione della Procura europea, da un lato, e l'introduzione di disposizioni comuni di diritto penale sostanziale e procedurale, dall'altro, come questioni diametralmente opposte e autonome tra loro; cosicché l'introduzione di fattispecie sovranazionali risulta in tale testo una delle opzioni possibili, accanto ad altre fondate su una più o meno spinta armonizzazione delle disposizioni nazionali.

Tuttavia, pur essendo stata ridimensionata la portata delle innovazioni da apportare al tessuto normativo esistente, entrambe le iniziative della Commissione non si tradussero in una precisa proposta legislativa. È stato necessario aspettare la Convenzione presieduta da Valéry Giscard d'Estaing, incaricata di redigere il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, per trovare un'espressa base giuridica nel Trattato. L'articolo III-274 del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, pur se in modo riduttivo rispetto a quanto era stato previsto dall'art. III-175 del progetto di trattato, prevedeva espressamente la possibilità di istituire una Procura europea.

La formulazione accolta dal testo costituzionale nell'articolo III-274 era nuovamente una soluzione compromissoria che, in primo luogo, limitava la competenza della Procura europea ai soli reati suscettibili di ledere gli interessi finanziari dell'Unione, e non la estendeva, come, invece, era previsto dall'art. III-175 del progetto, anche ai reati di criminalità grave aventi carattere transnazionale, ai quali poteva essere estesa solo con una successiva decisione del Consiglio, ed, in secondo luogo, richiedeva una decisione del Consiglio all'unanimità per poter istituire la Procura europea.

L'articolo 86 del TFUE, introdotto con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, ricalca quasi integralmente il contenuto dell'articolo III-274, prevedendo che possa essere istituita una Procura europea a partire da *Eurojust*.

L'adozione del Trattato di Lisbona ha alimentato nuovamente il dibattito sulla Procura europea, stimolando ulteriori approfondimenti scientifici. Si segnala, in particolare, uno studio, diretto dalla Prof.ssa Katalin Ligeti dell'Università del Lussemburgo, denominato *Model Rules for the European Public Prosecutor Office*, in cui è stato predisposto un articolato di regole comuni per le indagini del nuovo organo europeo. Su queste premesse, il 17 luglio del 2013 la Commissione ha presentato una proposta di regolamento per l'istituzione di una Procura europea. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'introduzione dell'articolo 86 nel TFUE, quindi, il percorso iniziato ormai più di venti anni fa, nel 1997, con la redazione del *Corpus Juris*, è finalmente giunto ad un approdo fondamentale.

L'articolo 86 del TFUE costituisce una delle più delicate e controverse disposizioni introdotte con il Trattato di Lisbona, sia da un punto di vista politico che giuridico: l'istituzione della Procura europea, infatti, sia a causa del forte valore simbolico che la caratterizza che a causa degli ampi poteri che possono esserle attribuiti, può potenzialmente mettere a rischio sia la sovranità statale che la configurazione istituzionale e organizzativa delle agenzie europee che operano attualmente nel settore penale a livello europeo, come OLAF, *Eurojust* o *Europol*.

Dal punto di vista giuridico, inoltre, gli aspetti problematici originati dalla creazione della Procura europea sono molteplici e rilevanti. Tali dubbi e criticità, oltre che dalle resistenze degli Stati membri alla creazione di una vera e propria Procura europea, dotata del potere di esercitare l'azione penale a livello sovranazionale, sono originati dal fatto che l'articolo 86 del TFUE lascia pressoché interamente al futuro regolamento che istituirà la Procura europea il compito di definire tutti gli aspetti fondamentali concernenti il futuro organo inquirente europeo, a partire dalla struttura che la stessa assumerà, alla definizione dei reati rientranti nella sua competenza, alle regole processuali che regolano la fase delle indagini preliminari di cui essa rappresenta il *dominus*, alla definizione dei rapporti con le altre agenzie operanti in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale. Al secondo comma dell'articolo 86 si legge infatti: “la Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, *quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1*, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri”. Del pari, nel terzo comma del medesimo articolo, si legge che “*i regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono* lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e

le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni”.

La definizione della struttura e delle funzioni che assumerà la Procura europea, così come stabilito dall'articolo 86 del TFUE, è, pertanto, rimessa al regolamento che ne decreterà l'istituzione. La scelta dell'opzione organizzativa e funzionale che meglio permetta di raggiungere gli obiettivi previsti dal Trattato con la creazione della Procura europea è, dunque, in larga misura nelle mani degli Stati membri, i quali dovranno accordarsi sullo statuto e le funzioni da attribuire all'istituenda Procura europea. Del pari, saranno gli Stati membri a decidere se la competenza di quest'ultimo e le regole processuali applicabili alle indagini dalla stessa condotte saranno determinate in modo uniforme nello stesso regolamento istitutivo o se, invece, in assenza di tale sforzo unificatorio, sarà prevista un'armonizzazione minima delle stesse o addirittura un rinvio alle leggi nazionali applicabili al caso di specie.

Si ritiene, al proposito, che alcuni eventi recenti come la crisi economica e finanziaria che ha colpito sia i Paesi europei che l'intero sistema economico e finanziario a livello internazionale, nonché i tragici attentati terroristici che hanno colpito negli ultimi anni il cuore dell'Europa influenzeranno l'attitudine degli Stati membri nel definire le regole disciplinanti l'istituenda Procura europea. In questo contesto, come ha sottolineato il Vice Presidente Viviane Reding, la Procura europea rappresenta un organo in grado di assicurare crescita e stabilità all'interno del territorio europeo. Esso può, infatti, aiutare a consolidare l'unione economica e monetaria rafforzando la fiducia dei contribuenti nel funzionamento delle istituzioni europee e nel proteggere i valori fondamentali su cui si fonda l'Unione. Come ha sottolineato la Commissione nella Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea del 17 luglio 2013, l'istituzione della Procura europea, rafforzando la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, persegue l'obiettivo a lungo termine di rafforzare lo sviluppo dello spazio di giustizia e accrescere la fiducia delle imprese e dei cittadini dell'Unione nelle sue istituzioni, nel rispetto di tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Allo stato attuale, pur se l'obbligo di tutelare il bilancio dell'Unione incombe tanto sull'Unione quanto sugli Stati membri, di fatto l'Unione ha un controllo ridotto sulle spese degli Stati membri e praticamente nessun potere di intervento in caso di distrazione a fini illeciti dei fondi dell'UE.

Questo è dovuto al fatto che la stragrande maggioranza del bilancio dell'Unione è gestito dalle autorità nazionali, che hanno il compito, per esempio, di concedere le sovvenzioni finanziate dal bilancio UE; di conseguenza, le indagini e le azioni penali per i reati a danno del bilancio dell'Unione sono di competenza degli Stati membri, le cui autorità competenti decidono se e come intervenire a tutela del bilancio dell'Unione in base al carico di lavoro e alle priorità della politica penale nazio-

nale. Di conseguenza, il livello di tutela degli interessi finanziari dell'Unione varia notevolmente da uno Stato membro all'altro.

Il quadro complessivo che ne risulta delinea un sistema inadeguato di contrasto agli illeciti contro gli interessi finanziari dell'Unione in cui, a causa delle divergenze normative nazionali e della disomogeneità degli sforzi di contrasto degli Stati membri, le indagini penali su frodi e altri reati a danno del bilancio dell'UE sono, di fatto, ostacolate. Tale inadeguatezza è confermata dai dati diffusi dalla Commissione e dall'OLAF, in base ai quali tra più di 1000 casi trasferiti dall'OLAF alle competenti autorità nazionali nei casi in cui l'Ufficio ravvisa elementi di illiceità penale, meno della metà trova una risposta giudiziale a livello nazionale e, inoltre, tra i casi che hanno ricevuto una risposta giudiziale, circa la metà si è tradotto in pronunce di archiviazione. Un tale dato è tanto più allarmante se si considera che, in base al *report* sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione stilato dalla Commissione nel 2010, le presunte frodi al bilancio dell'Unione ammontano approssimativamente a 600 milioni di euro annui.

Secondo i rapporti elaborati da OLAF, inoltre, gli illeciti commessi contro gli interessi finanziari dell'Unione assumono sempre di più una dimensione transnazionale, per cui una collaborazione stretta tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri risulta essenziale per avere una visione complessiva del reato commesso. In molti casi, invece, nella pratica la dimensione europea della frode è trascurata dalle autorità inquirenti nazionali poiché la lentezza e la difficoltà di coordinamento tra autorità giurisdizionali di diversi Stati membri scoraggia le autorità nazionali competenti dal perseguire il reato nella sua complessità e queste ultime si limitano a perseguire la condotta commessa nel proprio Stato membro. Sebbene *Eurojust* possa in teoria aiutare le autorità inquirenti nazionali a coordinarsi, per sua stessa natura *Eurojust* implica la frammentazione del potere inquirente tra diverse autorità inquirenti nazionali.

L'istituzione della Procura europea permetterebbe, al contrario, di porre rimedio a tale situazione in quanto, dirigendo le indagini e le azioni penali negli Stati membri, ne garantirebbe l'efficace coordinamento e sormonterebbe le difficoltà legate alla diversità degli ordinamenti giuridici. La Procura europea potrà, infatti, mettere in comune le risorse investigative e giudiziarie necessarie per un determinato caso, migliorando così l'efficienza dell'attività di contrasto a livello sia europeo che nazionale. Ad avviso della Commissione, inoltre, un migliore uso delle risorse e dello scambio di informazioni necessarie per condurre a buon fine le indagini e l'azione penale rafforzerà l'azione generale di contrasto contro tali reati e aumenterà l'effetto preventivo e dissuasivo al fine di scoraggiare i potenziali criminali.

Come ha affermato il Vice Presidente Reding, l'istituzione di un organo inquirente europeo assicurerà la "tutela federale" per il "bilancio federale" dell'Unione. La Procura europea è rappresentata

come uno strumento federale, la cui natura federale scaturisce dal carattere federale del bilancio dell'Unione. Una tale affermazione discende dalla convinzione che la violazione di certi interessi dell'Unione deve essere considerata come un problema dell'intera comunità e non come la somma degli interessi individuali degli Stati membri. Ne scaturisce, quale logico corollario, che tali violazioni che ledono gli interessi dell'Unione devono essere perseguite da un unico organo specializzato, che abbia il potere di esercitare l'azione penale nei confronti degli autori di tali illeciti e che sia organizzato gerarchicamente, così da poter prendere decisioni unitarie e rapide.

Un tale approccio appare tanto più giustificato alla luce del fatto che, come evidenziato prima, tali reati assumono sempre più frequentemente una dimensione transnazionale, basata su organizzazioni criminali che non agiscono solamente sul territorio di uno Stato membro, ma sfruttano le potenzialità derivanti dalla libera circolazione di movimento riconosciuta dai Trattati. Del resto, occorre sottolineare che molti altri reati possiedono per natura o stanno assumendo, in seguito all'abbattimento delle frontiere tra gli Stati europei, una dimensione transnazionale. Tra di essi, a mero titolo esemplificativo, è possibile ricordare la tratta di esseri umani, i crimini ambientali, gli illeciti commessi in violazione delle regole concorrenziali, i reati di terrorismo, il traffico illecito di organi, di stupefacenti o la pedopornografia digitale, tutti reati caratterizzati da transnazionalità e difficili da contrastare con un'azione repressiva esclusivamente nazionale.

Non si comprende, quindi, perché il legislatore europeo abbia deciso di limitare l'azione di un organo inquirente sovranazionale alla sola tutela del bilancio dell'Unione, come se gli altri delicatissimi settori ora menzionati non meritassero un'azione investigativa centralizzata a livello europeo. L'articolo 86 del TFUE, invero, prevede la possibilità di estendere la competenza *ratione materiae* della Procura europea solo a condizione che vi sia una decisione unanime del Consiglio per estendere la competenza alla "lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale". Nel Trattato non è prevista un'alternativa all'unanimità in termini procedurali, come per esempio la possibilità di adottare una procedura di cooperazione rafforzata tra alcuni Stati membri, nel caso in cui si volesse estendere la competenza della Procura europea.

Per senza volerci addentrare in tale sede nella discussione sulla natura federale o meno della Procura europea, occorre rilevare che l'articolo 86 TFUE ha esplicitamente previsto un modello di integrazione europea verticale, che si contrappone al tradizionale modello di cooperazione orizzontale basato sul principio del mutuo riconoscimento.

In quanto tale, la proposta di istituzione di un organo inquirente sovranazionale europeo che svolga le indagini ed eserciti l'azione penale chiedendo, se lo ritenga necessario, il rinvio a giudizio degli indagati è stata oggetto di numerose critiche, soprattutto da parte degli Stati membri che temono di perdere il proprio monopolio legislativo in materia penale.

La Commissione, consapevole dell'opposizione degli Stati membri a creare un organo inquirente accentrato, a differenza di quanto era stato auspicato nel *Corpus Juris* e nelle *Model Rules*, ha configurato una Procura europea dotata di poteri di indagine limitati, competente a perseguire solamente certe fattispecie di reato definite tramite rinvio ad una direttiva, che non si fonda su regole sostanziali e processuali penali uniformi.

Occorre, al proposito, evidenziare che le modifiche successivamente apportate alla Proposta in seno al Consiglio hanno ulteriormente diminuito il valore aggiunto della Proposta fino a far dubitare dell'utilità dell'istituzione di una Procura europea così configurata. Paradossalmente, come è stato affermato, una Procura europea così configurata assomiglierebbe di più ad una sorta di “*Eurojust* rafforzata”: un organo con la funzione di impartire ordini e direttive alle autorità giudiziarie degli Stati membri, piuttosto che quella di intervenire direttamente nella conduzione dei casi. *Eurojust* è un'unità composta da magistrati giudicanti e requirenti distaccati dagli Stati membri, con il compito di agevolare il coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale, di prestare assistenza nelle indagini di criminalità organizzata e di cooperare strettamente con la Rete giudiziaria europea allo scopo di semplificare l'esecuzione delle rogatorie internazionali. La competenza attribuita ad *Eurojust*, tuttavia, non è limitata alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, in quanto, pur se limitata al solo coordinamento tra autorità giurisdizionali nazionali, abbraccia tutte le ipotesi di “criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni, sulla scorta delle operazioni effettuate e delle informazioni fornite dalle autorità degli Stati membri e da *Europol*”.

La Procura europea, strutturata in forma collegiale e fortemente decentrata, così come configurata nella Proposta di regolamento istitutiva della stessa emendata dal Consiglio, si risolverebbe in un duplicato di *Eurojust*, con una competenza penale più ristretta. L'unica funzione supplementare sarebbe quella di poter dare avvio alle indagini penali e di esercitare l'azione penale, competenza che, tuttavia, in seguito alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona all'articolo 85 del TFUE, potrebbe essere conferita anche ad *Eurojust*.

La varietà di modelli proposti circa la struttura e le funzioni della Procura europea, porta ad interrogarsi su quale sia il valore aggiunto insito nell'istituzione di una Procura europea e sul perché essa debba essere istituita. A seconda delle ragioni che si ritiene siano poste a fondamento della sua istituzione, infatti, sia la forma che lo statuto, che i poteri della stessa, così come il riparto di competenze con le autorità nazionali varierà significativamente, potendosi configurare come un organo accentrato che si fonda su regole sostanziali e processuali uniformi o come un organo decentrato e collegiale che applica per lo più le norme penali nazionali, siano esse norme che implementano la legislazione europea o norme puramente nazionali.

Definita “Giano bifronte”, “cavallo di Troia”, “drago a due teste”, “chimera irraggiungibile”, “embrione di una nascente giustizia penale europea” o “temibile superpoliziotto dotato di poteri continentali”, la Procura europea è, infatti, una figura che, come abbiamo avuto modo di sottolineare, è oggetto di severe critiche da parte di chi ritiene che sarà un organo federale dotato di superpoteri, in grado di minacciare la sovranità degli Stati membri in uno dei settori più intrinsecamente caratterizzanti la conformazione istituzionale degli Stati moderni e chi, al contrario ritiene che la sua istituzione rappresenterà un'occasione unica per raggiungere una sempre più stretta integrazione a livello europeo e creare un'area comune in cui sia garantita, al contempo, la libera circolazione e la sicurezza dei cittadini europei.

Al fine di stabilire quale sia l'obiettivo che si vuole raggiungere con la creazione della Procura europea, occorre previamente cercare di definire e raggruppare le ragioni per cui la proposta di regolamento istitutiva della Procura europea è stata così severamente criticata da parte degli Stati membri. Le ragioni, in parte sono state già state esposte, ma occorre, a fini di chiarezza, riepilogarle e riassumerle in quattro ordini di motivi principali.

In primo luogo, gli Stati membri temono che con l'istituzione di tale organo essi perderanno la propria competenza ad esercitare la propria potestà punitiva in ambito penale. Al proposito, risulta particolarmente problematico il riparto di competenze tra Unione e Stati membri e la definizione di quali compiti spetteranno all'istituenda Procura europea e quali, invece, alle autorità giurisdizionali nazionali.

In secondo luogo, strettamente connesso all'aspetto ora evidenziato, si pone il problema di instaurare forme di cooperazione adeguate tra le autorità giurisdizionali nazionali deputate a condurre azioni penali per quanto concerne i reati attribuiti alla competenza della Procura europea. Al riguardo, non è, infatti, possibile configurare un sistema gerarchico tra Procura europea e autorità giurisdizionali nazionali, secondo un modello di federalismo forte poiché l'Unione europea non ha ancora raggiunto un tale livello di integrazione, per cui il piano di azione europeo e quello nazionale devono considerarsi complementari ma autonomi.

In terzo luogo, gli Stati membri temono la *vis expansiva* della competenza e dei poteri attribuiti alla Procura europea. In base al quarto comma dell'articolo 86 del TFUE, infatti, pur se a certe e ristrette condizioni, è possibile ampliare la competenza della Procura europea. Gli Stati membri temono, quindi, che la Procura europea diventi un'autorità inquirente federale con il potere di perseguire non solo i reati che ledono interessi propriamente europei, ma una “Super Procura” che persegua tutti i reati “gravi” aventi “una dimensione transnazionale”. Considerata l'indeterminatezza di tali termini e la possibilità di inserirvi un elevato numero di reati, oltre a quelli accessori, ossia che siano strettamente connessi ai primi. In definitiva, gli Stati membri temono che, passo dopo passo,

se non sottoposta fin dalla sua istituzione a precise limitazioni, la Procura europea possa diventare un soggetto munito di una competenza smisurata.

In quarto luogo, di conseguenza, gli Stati membri temono altresì che la creazione di una Procura europea dotata di poteri processuali autonomi, a cui i poteri siano attribuiti direttamente dal regolamento istitutivo, possa costituire un mezzo per creare un diritto processuale penale uniforme, a cui essi stessi dovranno conformarsi, modificando, in alcuni casi, la propria legislazione nazionale in tema di ammissibilità o valutazione delle prove raccolte, o, ancora più significativamente, di indipendenza o dipendenza dal potere esecutivo dei propri procuratori nazionali.

Paradossalmente dalla ricerca che ci proponiamo di svolgere risulterà che il metodo più efficace per preservare l'autonomia degli Stati membri è proprio quello di prevedere un sistema di regole sostanziali e processuali uniformi a livello europeo.

Tuttavia, considerate le rilevanti e profonde preoccupazioni degli Stati membri, occorre ancora di più interrogarsi sul valore aggiunto insito nella creazione di una Procura europea e occorre chiedersi quale sia la forma che la stessa dovrà assumere per rispondere agli obiettivi che ci si propone con la sua istituzione.

Come possiamo desumere dall'analisi svolta sopra, il principale obiettivo che il legislatore europeo persegue con la creazione della Procura europea è quello di perseguire in maniera efficace gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e, in caso di decisione unanime del Consiglio, di combattere efficacemente la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale. In base ai dati raccolti dalle istituzioni e agenzie europee operanti nel settore, infatti, il sistema attuale, in cui solo gli Stati membri, assistiti da *Eurojust* e *Europol*, sono competenti per svolgere le indagini e azioni penali, e in cui OLAF può svolgere solamente indagini amministrative, non è abbastanza efficiente per contrastare il numero elevato di reati e il danno che ne consegue.

Al proposito, la Commissione ha sottolineato nella propria proposta che l'aumento dell'efficienza nella persecuzione di tali reati rappresenterebbe un valore aggiunto per tutti gli attori coinvolti, ossia sia per i cittadini europei, che godrebbero della possibilità di circolare in modo sicuro nell'area di libertà, sicurezza e giustizia, che per l'Unione europea e per gli stessi Stati membri, che hanno il dovere di cooperare nella repressione di tali reati.

Accanto a tale esigenza, occorre considerare che i diritti fondamentali degli individui costituiscono valori essenziali che devono essere tutelati all'interno dell'Unione europea, in quanto "Unione di diritto". Tali principi, prima riconosciuti a livello giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia, sono stati, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, espressamente consacrati nel testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, come sottolineato dalla stessa Commissione, devono essere tutelati a livello europeo, tanto più nel prevedere l'istituzione di un organo inquirente sovra-

nazionale, che ha per sua stessa natura il potere di incidere negativamente sui diritti fondamentali degli individui e di privare questi ultimi di uno dei diritti più importanti che l'individuo possiede, ossia il diritto alla libertà personale.

Riteniamo, pertanto, che qualunque sia la soluzione proposta circa i caratteri che deve possedere la Procura europea, questa debba essere in grado di assicurare il perseguimento degli obiettivi previsti dall'articolo 86 del TFUE e, più in generale, dall'articolo 3 del TFUE, garantendo, al contempo l'efficace repressione dei reati di competenza di quest'ultimo e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale dalla stessa iniziato.

Al tempo stesso, la soluzione adottata deve garantire che la Procura europea possieda un valore aggiunto rispetto agli attuali strumenti di cooperazione orizzontale, poiché altrimenti risulterebbe inutile istituire un nuovo organo a livello europeo, con dispendio di energie e risorse, mentre il medesimo obiettivo potrebbe essere raggiunto con il rafforzamento degli attuali strumenti esistenti, in particolare, nell'ambito che a noi interessa, tramite un rafforzamento delle funzioni di OLAF o *Eurojust*.

A tal fine ci siamo riproposti di indagare quale sia l'obiettivo perseguito con l'istituzione della Procura europea. Nell'articolo 86, par. 1 del TFUE leggiamo che: “per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio [omissis...] può istituire una Procura europea [omissis...]”. L'obiettivo delineato dal Trattato sembra, pertanto, quello di garantire la repressione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. L'articolo 86, oltre a prevedere al quarto paragrafo, la possibilità di estenderne la competenza alla criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, non specifica ulteriormente le ragioni sottese all'istituzione della Procura europea.

Tali obiettivi devono, quindi, essere ricercati in altre disposizioni del Trattato. In particolare, vengono in rilievo l'articolo 3 del TUE, l'articolo 67 del TFUE e l'articolo 325 TFUE. Il primo nel definire gli obiettivi dell'Unione precisa che l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne “in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne [omissis...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”. L'articolo 67 del TFUE dispone al terzo paragrafo che “l'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, [omissis...]”. Infine, l'articolo 325 del TFUE concernente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione prevede al primo paragrafo che “l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una *protezione efficace* negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e

organismi dell'Unione". Dal combinato disposto di tali articoli è, quindi, possibile desumere che l'obiettivo che si intende perseguire con la creazione della Procura europea è quello di garantire un elevato livello di sicurezza nello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia mediante misure di lotta contro la criminalità, approntando, in particolare, una protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione.

L'obiettivo che il legislatore europeo intende perseguire con l'istituzione della Procura europea, in linea con quanto affermato dalla Commissione nella propria proposta di regolamento del 2013, consiste nel garantire l'efficace repressione dei reati contro il bilancio dell'Unione. In tal senso, la nozione di efficacia è intesa in due sensi parzialmente distinti. In primo luogo, è intesa nel senso di efficace attuazione delle politiche europee e, in secondo luogo, sta a significare che le indagini svolte dalla Procura europea devono essere effettive, dato determinabile in base al rapporto tra mezzi utilizzati e fini perseguiti.

Allo stesso tempo, occorre, tuttavia rilevare che non sarebbe giuridicamente corretto effettuare un'analisi che tenda ad individuare quale sia la configurazione che la Procura europea deve assumere per reprimere efficacemente gli autori dei reati di sua competenza, senza tenere in considerazione i diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale iniziato dalla Procura europea. Nell'ambito del diritto penale europeo esiste, infatti, da sempre, una tensione tra effettività nella repressione delle condotte criminose e tutela dei diritti fondamentali.

Tale tensione è riscontrabile a livello generale in numerose pronunce della Corte di Giustizia e si è tradotta, a livello normativo, in particolari scelte del legislatore europeo. Dopo una prima fase in cui sono prevalse le istanze securitarie e, quindi, la volontà di assicurare la sicurezza dei cittadini europei anche, talvolta, a scapito dei diritti degli imputati, l'Unione europea si è dotata di un sistema uniforme di garanzie per l'imputato.

In seguito ai numerosi interventi tesi a rafforzare l'apparato repressivo a livello sovranazionale e a tutelare la posizione della vittima, infatti, la Corte di Giustizia ha dimostrato un'attenzione crescente per la tutela dei diritti fondamentali sia nell'ambito del diritto della concorrenza che in quello più strettamente penalistico. Si è così sviluppato un dettagliato sistema casistico sui diritti fondamentali quali il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e il principio del *ne bis in idem*, in cui la Corte di Giustizia ha allineato l'interpretazione di tali principi con quella adottata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in relazione ai diritti previsti dalla CEDU. Con l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, ai sensi dell'articolo 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, al riconoscimento di tali diritti in via giurisprudenziale si è affiancato l'espressa e formale consacrazione di tali diritti in un atto di diritto primario.

In seguito alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona è stata anche prevista un'espressa base giuridica, l'articolo 82, par. 2, lett. b) del TFUE, per armonizzare i diritti della persona sottoposta alle indagini penali o al processo. Utilizzando tale base giuridica sono state adottate le direttive in attuazione della cosiddetta *Road Map* definita a Stoccolma il 30 novembre 2009, con cui l'Unione europea ha deciso di introdurre un catalogo di garanzie processuali per le persone sottoposte al processo penale. Tale tensione è testimoniata anche dal disposto del primo paragrafo dell'articolo 67 del TFUE, in cui si legge che "l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali [*omissis...*]".

Alla luce delle suesposte considerazioni e del valore primario che i diritti fondamentali rivestono nel sistema europeo, risulta, pertanto imprescindibile nel corso di un'analisi sulla più adeguata configurazione che la Procura europea dovrà assumere, lo studio delle caratteristiche che la stessa dovrà possedere per garantire il rispetto dei diritti processuali dell'imputato e dei diritti fondamentali che, quali il principio di legalità, governano il processo penale.

Al fine di trovare una soluzione che coniughi le esigenze contrapposte sopra menzionate, è stata formulato il seguente quesito a cui si intende dare risposta nella parte conclusiva del lavoro:

Quale configurazione deve assumere la Procura europea al fine di avere un valore aggiunto rispetto agli strumenti attualmente esistenti e di garantire, al medesimo tempo, l'efficace repressione degli autori dei reati oggetto della sua competenza e la protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale dalla stessa iniziato?

La necessità di rispondere a tale quesito ci ha portato a dividere il lavoro in due parti.

La prima parte è dedicata all'analisi delle ripercussioni che la conformazione del principio di effettività, come delineato a livello europeo, ha sulla struttura e le funzioni della Procura europea.

La seconda parte si occupa, invece, dello studio del contenuto e della portata dei diritti fondamentali a livello europeo in ambito di diritto penale sia sostanziale che processuale e analizza le caratteristiche che l'istituenda Procura europea dovrà possedere per garantirne un'adeguata tutela.

La definizione di questi aspetti si pone al centro di un dibattito che nel momento in cui si scrive interessa le modifiche apportate con il Trattato di Lisbona e, in particolare, l'introduzione dell'articolo 86 del TFUE quale base giuridica per la creazione di una Procura europea e, più in generale, l'intera riconfigurazione dei rapporti tra Unione europea e Stati membri in ambito penale, tramite la scelta di adottare o meno regole penali sostanziali e processuali uniformi. Di qui l'idea di analizzare l'istituzione della Procura europea calandola in un contesto più ampio, considerando la sua forza innovativa in relazione allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e al processo di integrazione europea, in termini ancora più generali. Risulta, infatti, difficile comprendere le ragioni sottese alla scel-

ta di una piuttosto che di un'altra soluzione senza contestualizzare l'analisi della Procura europea. Le resistenze che gli Stati membri hanno opposto alla creazione della Procura europea rispecchiano, infatti, le obiezioni che essi hanno sempre posto a fronte dell'attribuzione all'Unione di una competenza ad adottare atti vincolanti in ambito penale. Basti considerare che è stata attribuita all'Unione la competenza, di tipo concorrente, ad adottare norme di armonizzazione in materia di diritto penale sostanziale e processuale, a determinate e rigorose condizioni, solo in seguito alle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, che ha in parte codificato la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

Un'analisi della configurazione che dovrà assumere la Procura europea per assolvere agli obiettivi alla stessa assegnati dai Trattati non può, dunque, prescindere dall'analisi di tali obiettivi a livello generale, nell'ambito del diritto penale europeo.

Per tale motivo si è ritenuto necessario suddividere ogni parte in due titoli. Il primo titolo di ogni parte analizza il contenuto e la portata che tali principi hanno assunto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e negli atti legislativi adottati a livello europeo, mentre il secondo titolo di ogni parte è dedicato alle applicazioni pratiche che discendono dall'applicazione di tali principi generali in relazione alla Procura europea. In sostanza, nel secondo Titolo della prima Parte si delineerà quale struttura debba avere la Procura europea al fine di garantire l'efficace attuazione del diritto dell'Unione e l'effettività delle indagini. Nel Titolo secondo della seconda Parte, si esaminerà, invece, quale conformazione debba avere la Procura europea per garantire il rispetto dei diritti fondamentali tutelati a livello europeo.

Nel corso del lavoro sono state esaminate le questioni più controverse concernenti l'istituenda Procura europea. In particolare, sono stati affrontati i seguenti temi: la struttura istituzionale della Procura europea e le principali caratteristiche ad essa collegate, ossia l'organizzazione sia interna che esterna, con particolare riferimento all'indipendenza dal potere esecutivo e alla responsabilità della Procura europea dinanzi alle istituzioni e agli altri organi e organismi europei; la definizione della giurisdizione e della competenza sostanziale della Procura europea, ossia la definizione dei reati che rientrano nella sua competenza; i poteri investigativi e le funzioni attribuite alla Procura europea, nonché il quadro di riferimento concernente le regole processuali che regolano la fase delle indagini preliminari di cui la Procura europea è il *dominus*, incluso il regime di ricerca e ammissibilità della prova, così come la necessità di prevedere un ricorso giurisdizionale effettivo avverso i provvedimenti dallo stesso adottati; il sistema di protezione dei dati personali dei soggetti coinvolti nel procedimento; le relazioni della Procura europea con le agenzie europee operanti nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, con particolare riferimento a *Eurojust* e *OLAF*.

Al fine di evitare ripetizioni, saranno trattati nel secondo Titolo della Prima parte gli argomenti in cui la correlazione con l'esigenza di assicurare l'effettività è più evidente, mentre saranno approfonditi nel Titolo secondo della Seconda parte gli ambiti in cui è forte la necessità di garantire la tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale.

Considerato, tuttavia, che il presupposto da cui parte l'analisi è che nell'istituire la Procura europea occorre tener conto dell'esigenza di garantire le due contrapposte esigenze sopra delineate, ossia, da un lato, l'effettività nella repressione dei reati di sua competenza e, dall'altro, la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento dallo stesso iniziato, risulta necessario analizzare tutti gli aspetti fondamentali concernenti la Procura europea da ambedue le prospettive. Per questo motivo, nel Titolo secondo della Prima parte si valuterà anche l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali in rapporto agli argomenti trattati e nel Titolo secondo della Seconda parte sarà presa in considerazione anche l'esigenza di assicurare l'efficace attuazione delle politiche europee e l'effettività delle indagini svolte dalla Procura europea. Un esempio di questo approccio è rappresentato dall'esame del ruolo che riveste il principio di effettività; nella Prima parte verrà, infatti, esaminato con riferimento al ruolo che riveste in relazione al principio di efficacia, nonché quale criterio essenziale nel delineare il riparto di competenze tra Stati membri; nella Seconda Parte, invece, verrà esaminata la dimensione del principio in relazione al bilanciamento tra diritti fondamentali e garanzia di effettività, oltre che nella sua dimensione quale principio essenziale nel determinare la misura della pena, ai sensi dell'articolo 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Scopo del lavoro è, infatti, quello di verificare in quale modo la Procura europea debba essere configurata per rappresentare uno strumento in grado di risolvere questa tensione e riconciliare in sé le due contrapposte esigenze.

In particolare, nel Titolo Primo della Parte Prima saranno scrutinati i molteplici significati della nozione di effettività in ambito di diritto penale europeo, nonché la rilevanza dell'effettività nel determinare la base giuridica applicabile per armonizzare la disciplina penale sia sostanziale che processuale. Il Titolo Secondo della Prima parte sarà, invece, dedicato allo studio dello statuto che la Procura europea dovrebbe possedere e delle relazioni di questa sia con le autorità giurisdizionali degli Stati membri che con OLAF e *Eurojust*, al fine di garantire l'effettiva attuazione delle politiche europee e l'effettività delle indagini. In tale Titolo analizzeremo anche quale debba essere la competenza sostanziale della Procura europea alla luce dell'effettività. A tal proposito, occorre precisare che nel definire le ipotesi di reato a cui potrebbe essere estesa la competenza della Procura europea, la nostra analisi si è concentrata sulla possibilità di estenderla ai reati di terrorismo, ai reati ambientali e agli illeciti commessi in violazione delle regole di concorrenza. Abbiamo scelto di concentrarci su queste tre fattispecie per esplorare la portata espansiva dell'articolo 86, par. 4 del TFUE. Mentre i reati in materia di terrorismo rientrano, infatti, tra quelli menzionati nell'articolo 83 del TFUE

come esempio di reati particolarmente gravi che presentano una dimensione transnazionale, i crimini ambientali non sono ivi espressamente menzionati ma la tutela dell'ambiente è stata inserita dalla Commissione nella propria comunicazione del 10 settembre 2011 tra gli altri settori d'intervento armonizzati in cui potrebbe essere "ulteriormente esaminato il ruolo potenziale del diritto penale come strumento necessario per garantire un'applicazione efficace". Gli illeciti commessi in violazione delle regole di concorrenza sono, invece, considerate, allo stato attuale, sanzioni amministrative a livello europeo, nonostante che la Corte europea dei Diritti dell'Uomo abbia avuto modo di affermare che occorre effettuare una verifica in concreto delle caratteristiche delle sanzioni formalmente definite amministrative al fine di verificare se esse abbiano natura sostanzialmente penale. In tale capitolo, intendiamo, quindi, verificare se imporre una sanzione penale per la violazione di tali regole renda più effettiva la loro attuazione e, in caso di risposta affermativa, se il perseguimento delle stesse possa essere incluso nella competenza della Procura europea.

Nel Titolo Primo della Parte Seconda sarà scrutinato il contenuto e la nozione che i diritti fondamentali, sia di diritto sostanziale che processuale, hanno assunto in ambito penale, a livello europeo. Il Titolo Secondo della Parte Seconda sarà, quindi, dedicato alla verifica di quali funzioni dovranno essere attribuite alla Procura europea e della configurazione che dovranno assumere le norme relative allo svolgimento delle indagini affinché sia garantita la tutela dei diritti fondamentali garantiti a livello europeo, nonché le regole processuali che dovrebbero applicarsi al procedimento penale condotto dalla Procura europea al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali.

Nelle conclusioni, infine, cercheremo di tirare le fila della nostra analisi e di delineare le caratteristiche che la Procura europea dovrà possedere per garantire, al medesimo tempo, l'efficace repressione dei reati di sua competenza e la tutela dei diritti fondamentali.

Il taglio che si è inteso dare al lavoro non consente di coprire alcune questioni, altrettanto controverse, che sorgono in relazione all'istituzione della Procura europea. In particolare, non sarà affrontato, se non nei limiti di quanto necessario per rispondere al quesito che ci siamo posti, il tema della procedura speciale richiesta dall'articolo 86 del TFUE per istituire la Procura europea. L'argomento delle relazioni della Procura europea con gli altri attori presenti nel panorama istituzionale europeo sarà analizzato, ma solo nei termini necessari a rispondere al quesito che abbiamo illustrato sopra. Di conseguenza, non soffermeremo la nostra attenzione sullo studio dettagliato delle relazioni che lo stesso potrà avere con gli alcuni organismi operanti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come Europol, se non nella misura necessaria a rispondere al quesito a cui ci siamo riproposti di dare risposta.

Come nel mito di Europa, quindi, il nostro compito consiste nel cercare continuamente quale sembianze debba assumere la Procura europea per garantire la creazione di una solida e fiorente

Unione europea che si fonda su uno spazio unico comune in cui siano garantiti i valori del rispetto della “dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani”, in una società caratterizzata, tra gli altri valori fondamentali, dalla giustizia.

1. PRIMA PARTE Effettività e Procura europea

1.1. TITOLO PRIMO Significato e portata dell'effettività nel diritto penale europeo

1.1.1. CAPITOLO PRIMO Il principio di effettività nel diritto penale europeo

1.1.1.1. SEZIONE I Effettività e integrazione europea nell'ambito del diritto penale europeo

4.1.1.1.1 Delimitazione del campo di indagine

L'articolo 86 del TFUE prevede che “(p)er combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, [omissis...] può istituire una Procura europea [omissis...]”⁵⁷⁸. Fin dall'*incipit* della disposizione che costituisce la base giuridica per istituire la Procura europea è evidenziato che lo scopo per cui la stessa deve essere istituita è quello di “combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”.

La proposta della Commissione concernente l'istituzione della Procura europea, di conseguenza, stabilisce che uno degli obiettivi principali della proposta è quello di “aumentare l'efficienza e l'efficacia delle indagini e dell'azione penale per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”⁵⁷⁹. La necessità di “pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”⁵⁸⁰ degli interessi finanziari dell'Unione è altresì garantita a livello costituzionale⁵⁸¹ dall'articolo 325, par. 4 del TFUE, cui l'articolo articolo

⁵⁷⁸Si legga in proposito l'articolo 86 del TFUE.

⁵⁷⁹Si legga in tal senso la Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, Bruxelles, del 17 luglio 2013 COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final}, {SWD(2013) 275 final}, punto 3.3.

⁵⁸⁰In tal senso, articolo 325, par. 4 TFUE.

⁵⁸¹Con il termine “costituzionale” ci riferiamo alle disposizioni previste dai Trattati (TUE e TFUE) e Protocolli allegati, nonché alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

86, par. 1 fa implicitamente riferimento nel richiamare la necessità di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

L'esigenza di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione è richiamata anche dall'articolo 83, 2 del TFUE che concerne l'adozione a livello europeo di norme minime comuni “relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale”⁵⁸², per cui la necessità di garantire l'efficacia delle politiche dell'Unione e delle indagini svolte a livello europeo dalla Procura europea è necessaria anche nel caso in cui si decidesse di “estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale”, ai sensi del quarto paragrafo dell'articolo 86 del TFUE⁵⁸³.

Per tale motivo risulta di fondamentale importanza in tal sede definire la portata e il significato dell'effettività a livello europeo, al fine di comprendere in che misura quest'ultima può incidere sulla predisposizione di una Proposta concernente l'istituzione di una Procura europea.

Prima di iniziare l'analisi del principio di effettività in rapporto al diritto penale a livello europeo, occorre sottolineare che lo stesso assume due significati diversi nel contesto dell'istituzione della Procura europea. In un senso assume i connotati propri che l'esigenza di garantire l'effettività ha assunto in ambito penale; in tal senso, deve intendersi il riferimento all’“efficace protezione” di cui all'articolo 83 TFUE e 325 TFUE, di cui parleremo diffusamente nel testo.

In un secondo senso, si dubita altresì che all'effettività sia riconosciuta natura di principio. L'effettività in tal senso assume, infatti, un significato più ristretto e preciso, che è utilizzato in ambito aziendale ed è stato trasposto nell'ambito del diritto, soprattutto amministrativo. In tal senso l'efficienza si definisce come il rapporto tra quantità\qualità dei servizi erogati (*output*) e quantità\qualità delle risorse impiegate (*input*), mentre l'efficacia è ritenuta consistere nel rapporto tra quantità\qualità dei bisogni soddisfatti (*outcome*) e quantità\qualità dei servizi erogati (*output*).

Tale concetto si riferisce, quindi, più propriamente al raggiungimento di obiettivi prefissati mediante l'utilizzo di certe risorse materiali e trova applicazione nei confronti della Procura europea nel momento in cui si voglia definire se le indagini dalla stessa effettuate siano più effettive di quelle attualmente poste in essere da altri soggetti, ossia dalle autorità nazionali o dalle agenzie europee a tal uopo istituite. Al fine di verificare tale assunto è necessario effettuare un calcolo che tenga in considerazione i diversi fattori da valutare e verifichi se il rapporto tra servizi erogati e risorse impiegate dia un risultato più soddisfacente di quello che si ottiene calcolando il rapporto tra servizi erogati e risorse impiegate, nel caso in cui, per esempio, siano svolte indagini amministrative da parte di OLAF.

L'effettività in tale contesto non rappresenta un principio e non sarà analizzata nel corso di questo

⁵⁸²In tal senso articolo 83, par. 2 TFUE.

⁵⁸³In tal senso articolo 86, par. 4 TFUE.

capitolo, poiché non è il concetto cui la Corte di Giustizia o il legislatore europeo hanno fatto riferimento, pur parlando di effettività o di efficacia, in relazione al diritto penale a livello europeo e che viene in rilievo ai fini di determinare se l'azione della Procura europea sia efficace. L'effettività in tal senso consiste, infatti, in un mero calcolo che può essere effettuato sulla base di dati e *input* matematici, per cui non necessita di ulteriori spiegazioni in tale sede.

L'analisi del principio di effettività in relazione al diritto penale europeo risulta di fondamentale importanza, dal momento che, come avremo modo di analizzare nel corso della trattazione, quest'ultimo è stato uno dei principi che ha contribuito a creare il diritto penale europeo, almeno sotto quattro differenti aspetti.

In primo luogo, ha giocato un ruolo essenziale nei primi anni di creazione della Comunità economica europea e poi nella Comunità europea, obbligando gli Stati membri ad assicurare l'effettiva attuazione del diritto e degli obiettivi stabiliti a livello europeo, anche mediante il diritto penale⁵⁸⁴.

In secondo luogo, il principio di effettività ha giocato un ruolo essenziale a livello di diritto penale europeo, in quanto, in seguito alle note sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio* nei casi C-176/03 e C-440/05, la necessità di garantire l'effettiva attuazione delle politiche europee è stato altresì un criterio dirimente per riallocare la competenza dell'allora Comunità europea in materia penale dal Terzo Pilastro al Primo Pilastro, con tutte le rilevanti conseguenze che ciò comporta⁵⁸⁵.

In terzo luogo, il principio di effettività ha assunto un ruolo essenziale anche in punto di interpretazione del diritto europeo da parte delle autorità degli Stati membri. La Corte di Giustizia ha, infatti, esteso con la sentenza *Pupino*⁵⁸⁶ il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale alla luce anche delle decisioni quadro adottate nell'ambito dell'allora Terzo Pilastro, stabilendo che, in base al principio di cui all'art. 10 TCE pre-Lisbona (ora articolo 4, par. 3 TUE), per contribuire efficacemente al perseguimento degli obiettivi dell'Unione. In tal senso, il principio di effettività è inteso piuttosto nel senso di *effet utile* e rileva, pertanto, in ambito interpretativo; in tal senso, occorre ricordare che, secondo parte della dottrina, con cui si ritiene di concordare, il principio dell'*effet utile* assume caratteristiche peculiari e si differenzia, quindi dal principio di effettività⁵⁸⁷.

Infine, il principio di effettività è stato il principio sulla scorta del quale la Corte di Giustizia e il

584Ci occuperemo dell'analisi della giurisprudenza e del formante legislativo che hanno portato all'affermazione del principio di effettività, in quanto principio in base al quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare una legislazione che garantisca la corretta attuazione del diritto europeo nel corso di questo paragrafo, a cui, pertanto, si rinvia, per ogni riferimento giurisprudenziale o legislativo.

585Un'analisi delle conseguenze verificatesi in seguito all'attribuzione della competenza alla Comunità nell'ambito del Primo Pilastro, anziché del Terzo Pilastro, è stata effettuata nell'ambito del Primo Capitolo, Titolo Primo, Parte Prima.

586Corte di Giustizia, sentenza *Maria Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5309.

587La differenza tra il principio di effettività e di *effet utile* verrà esposta nel corso del paragrafo.

legislatore hanno fondato, rispettivamente, la propria giurisprudenza e le giustificazioni contenute negli atti legislativi emanati a livello europeo, per affermare e propugnare l'utilizzo del principio del mutuo riconoscimento quale principio cardine su cui impernare la cooperazione giudiziaria penale a livello europeo. La Corte di giustizia ha in alcuni casi addirittura riconosciuto la prevalenza del principio del mutuo riconoscimento sui diritti di difesa dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

Come è possibile desumere da questa breve introduzione, pertanto, il principio di effettività ha giocato un ruolo essenziale nello sviluppo del diritto penale europeo e ha contribuito considerevolmente alla vera e propria attribuzione di una competenza dell'Unione a stabilire norme minime in materia penale, come è attualmente previsto dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea⁵⁸⁸. In tale capitolo, intendiamo analizzare il rapporto tra il principio di effettività e il diritto penale a livello europeo sotto i quattro punti di vista che abbiamo menzionato. Nel corso dell'analisi intendiamo focalizzarci, in particolare, su due aspetti che risultano di fondamentale importanza per lo studio che qui interessa. Cercheremo, in particolare, di comprendere se la necessità di attuare il principio di effettività a livello europeo si coniughi con il rispetto dei diritti fondamentali in materia penale o sia, invece, fonte di contrasto con essi e, in secondo luogo, cercheremo di esaminare come vadano interpretate le disposizioni contenute nel TFUE in materia penale alla luce del principio di effettività, verificando, in particolare, se il rispetto di tale principio porti alla creazione di un diritto penale sostanziale e processuale uniforme a livello europeo, o tenda, invece, a legittimare una diversa attuazione del diritto europeo da parte degli Stati membri.

Come noto, il diritto penale si fonda su alcuni principi basilari che costituiscono le teorie poste alla base della parte generale del diritto penale in ogni Stato membro. A livello europeo non esiste ancora una teoria generale del diritto penale che ponga le basi di un diritto penale europeo; al termine di tale capitolo si cercherà, quindi, di verificare se il principio di effettività abbia posto le fondamenta per un'eventuale futura creazione di una parte generale di diritto penale europeo.

4.1.1.1.2 Effettività quale mezzo di integrazione europea

Prima di analizzare il rapporto tra principio di effettività e diritto penale a livello europeo, occorre illustrare, seppur brevemente, il significato che il principio di effettività assume a livello europeo in generale.

Il principio di effettività riveste un ruolo fondamentale nel sistema giuridico europeo. Si è altresì affermato che il principio di effettività è profondamente connesso a certi principi essenziali del

⁵⁸⁸Si leggano, al riguardo, gli articoli 82 TFUE, 83 TFUE, 86 TFUE e 325 TFUE, per quanto riguarda la competenza dell'Unione ad adottare misure, anche penali, per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea.

diritto europeo, tra cui il principio di leale cooperazione, il principio del primato del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri e il principio dell'effetto diretto⁵⁸⁹. Tali principi, infatti, sono stati riconosciuti come principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in procedimenti concernenti l'attuazione del diritto europeo da parte delle autorità degli Stati membri, ambito in cui la Corte di Giustizia ha ritenuto, al fine di garantire l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione, che spettasse alle autorità giurisdizionali nazionali il compito di assicurare l'effettività del diritto europeo⁵⁹⁰. Il principio di effettività è in tal senso strettamente collegato a livello europeo alla garanzia di assicurare la tutela giurisdizionale, ossia la tutela giudiziaria delle situazioni soggettive garantite dal diritto dell'Unione. La Corte è stata fin da subito ben consapevole del fatto che tale tutela giurisdizionale debba anzitutto essere assicurata con gli strumenti predisposti dagli Stati membri, i quali, in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione, dei principi dell'*effet utile* e di leale collaborazione, devono non solo assicurare la corretta applicazione delle norme di diritto dell'Unione, ma devono anche apprestare e rendere concretamente operante un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti intesi a garantire in modo pieno e effettivo la tutela delle situazioni giuridiche rilevanti nel caso di specie. La Corte di Giustizia, pur ritenendo che “in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta”⁵⁹¹, ha stabilito che la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri non può esercitarsi in modo tale da mettere a rischio l'effettiva e piena tutela dei diritti riconosciuti negli atti di diritto europeo. La Corte ha, quindi, ulteriormente chiarito che, nel caso in cui si tratti di diritti fondati su norme dell'Unione, gli ordinamenti nazionali non possono disporre liberamente in ordine alla portata e alle modalità di tutela; questi hanno, infatti, l'obbligo di assicurare alle stesse condizioni che non siano “meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna”⁵⁹² e che “non rendano in

⁵⁸⁹Al proposito, è opportuno ricordare che nel caso *Simmenthal* (*Simmenthal*, causa 106/77, del 9 giugno 1978, in *Racc.* p. 629) la Corte di Giustizia ha stabilito che le stesse fondamenta del diritto comunitario sarebbero state messe in pericolo se le leggi nazionali confliggenti con il diritto non fossero state disapplicate. Si legga, riguardo alla correlazione tra principio di effettività e i principi generali di diritto dell'Unione europea menzionati nel testo, TRIDIMAS, *The general principles of EU law*, Oxford University Press, 2007, p. 419; A. SUOMINEN, *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, 2014, p. 396.

⁵⁹⁰Il principio di effettività è stato definito un “*general legal principle*” sviluppato dalla Corte di Giustizia in P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 5 edizione, Oxford University Press, 2011, p. 218.

⁵⁹¹In tal senso è stato codificato dalla Corte di Giustizia il principio dell'autonomia procedurale a partire dalle sentenze *Rewe*, causa 33/76, del 16 dicembre 1976, in *Racc.* p. 01989, par. 5; *Comet*, causa 45/76, del 16 dicembre 1976, in *Racc.* p. 2043, par. 13; *Factortame*, causa C-213/89, del 19 giugno 1990, in *Racc.* p. I-2433; *Peterbroeck*, causa C-312/93, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4599; *Safalero*, causa C-13/01, dell'11 settembre 2003, in *Racc.* p. I-8679; *Unibet*, causa C-432/05, del 13 marzo 2007, in *Racc.* p. I-2271; *Impact*, causa C-268/06, del 15 aprile 2008, in *Racc.* p. I-2483.

⁵⁹²In tal senso è stato elaborato dalla Corte di Giustizia il cosiddetto principio di equivalenza, tra le altre, nelle sentenze *Van Schijndel*, causa C-430/93 e C-431/93, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4705; *Van der Weerd*, procedimenti da C-222/05 a C-225/05, del 7 giugno 2007, *Racc.* p. I-04233; *Duarte Hueros*, causa C-32/12, del 3 ottobre 2013,

pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario"⁵⁹³.

Essendo il diritto nazionale che permette di garantire la corretta ed efficace attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, è naturale che l'effettività abbia rappresentato un principio fondamentale nel processo di integrazione europea, essenziale per la stessa esistenza dell'ordinamento giuridico europeo. L'ordinamento giuridico europeo dipende, infatti, dall'effettiva attuazione di esso nell'ordinamento giuridico degli Stati membri⁵⁹⁴. Secondo taluni autori, dal punto di vista costituzionale, uno Stato deve innanzitutto dotarsi di mezzi volti a rafforzare l'effettività della legge. Tuttavia, l'Unione europea non aveva a disposizione mezzi coercitivi per assicurare l'effettività dei propri atti di diritto primario e secondario ed è per questo motivo che creò un principio giuridico che assicurasse la corretta attuazione del diritto europeo; in tal senso, il principio di effettività rappresenterebbe l'elemento fondamentale del principio di Stato di diritto e rappresenterebbe, quindi, il prerequisito per assicurare lo sviluppo costituzionale dell'Unione europea⁵⁹⁵.

Il principio di effettività a livello europeo, oltre a svolgere il ruolo di principio che garantisce l'attuazione del diritto europeo nell'ordinamento degli Stati membri, ha altresì rappresentato un principio essenziale per garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo sul territorio degli Stati membri e di, conseguenza, l'eguale trattamento di tutti i soggetti, indipendentemente dallo Stato membro in cui è richiesta l'attuazione del diritto europeo.

In tal senso, è opportuno notare che non è una coincidenza che il principio di effettività in ambito penale sia stato, almeno in un primo tempo, riconosciuto dalla Corte di Giustizia in relazione a casi di integrazione negativa, in cui si lamentava la lesione del principio di non discriminazione⁵⁹⁶.

pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

593Questo uno dei significati assunti dal principio di effettività a livello europeo come stabilito, tra le altre, nelle sentenze *Asturcom*, causa C-40/08, del 6 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-9579; *Inter-Environment Wallonie*, causa C-41/11, del 28 febbraio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); *Banco Español de Crédito*, causa C-618/10, del 14 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); *Aziz*, causa C-415/11, del 14 marzo 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); *G. e R.*, causa C-383/13 PPU, del 10 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

594Si leggano, al proposito, i contributi di F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, p. 19 e seguenti; M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, *European Public Law*, 11, 2005, p. 375. Nonché, in giurisprudenza si rinvia alla nota sentenza della Corte di Giustizia *Costa c. Enel*, causa 6/64, del 15 luglio 1964, in *Racc.* p. 1141. Sull'importanza del principio di effettività da un punto di vista costituzionale si legga, inoltre, K. TUORI, *The Many Constitutions of Europe*, in K. TUORI, S. SANKARI (a cura di), *The Many Constitutions of Europe*, Ashgate, 2010, p. 15.

595A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in A. VON BOGDANGY, J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, C.H. Beck & Nomos, 2009, p. 30. Per un approfondimento del ruolo del principio di effettività nell'ambito dell'ordine giuridico europeo si legga anche S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, 2014, p. 279 e seguenti, nonché J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, 1999, pp. 35–36; G. DE BÚRCA, J.H.H. WEILER (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012 e A. VON BOGDANDY, *Doctrine of Principles*, Jean Monnet Working Paper 9/03, in *The Jean Monnet Programme*, p. 36.

596Si veda al proposito la sentenza della Corte di Giustizia *Cowan c. Le Trésor Public*, causa 186/87, del 2 febbraio

Occorre inoltre ricordare che l'ambito di applicazione del principio di effettività, oltre che all'attuazione delle norme di diritto europeo, si estende anche alla necessità di interpretare gli atti di diritto nazionale conformemente a quanto prescritto a livello europeo. Le autorità giudiziarie nazionali sono, infatti, tenute ad interpretare il diritto nazionale nel senso che assicura la massima effettività del diritto europeo e dei suoi obiettivi⁵⁹⁷.

Il principio di effettività, come abbiamo avuto modo di osservare precedentemente, ha rappresentato un principio essenziale nel processo di integrazione europea e ha costituito uno dei principali elementi che ha permesso di inserire la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata “la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima” tra gli obiettivi dell'Unione⁵⁹⁸. L'inclusione del diritto penale tra gli obiettivi dell'UE ha rappresentato uno dei più ambiziosi traguardi che l'Unione si sia prefissata di raggiungere nel processo di creazione di “un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa” poiché, come noto, esso è sempre stato considerato un settore del diritto avente le proprie peculiarità, strettamente connesso alla sovranità statale, motivo per cui gli Stati membri sono sempre stati restii ad attribuire all'Unione una parte della propria sovranità in tale ambito. Alla base del processo che ha portato ad inserire la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia tra gli obiettivi dell'Unione vi è, senza dubbio, il principio di effettività, come avremo modo di esaminare nel prosieguo della trattazione.

Il principio di effettività ha inoltre giocato un ruolo essenziale nel far diventare il principio del mutuo riconoscimento la forma di cooperazione principale in materia penale a livello europeo. Come avremo modo di osservare in seguito, infatti, la Corte di Giustizia nelle proprie decisioni ha sostenuto la necessità da parte degli Stati membri di riconoscere le decisioni emesse in altri Stati membri al fine di garantire l'osservanza del principio di effettività facendo prevalere, in alcuni casi, tale necessità su quella di tutelare i diritti fondamentali⁵⁹⁹. A tal proposito, riteniamo opportuno rinviare ad un momento successivo l'analisi della giurisprudenza concernente il rapporto tra principio di effettività e diritti fondamentali, onde concentrarsi sugli altri aspetti che il principio di effettività ha assunto a livello europeo. Prima di effettuare questa analisi occorre, tuttavia, analizzare il contenuto del principio di leale cooperazione a livello europeo, considerato che la portata del principio di effettività a livello europeo è stata influenzata e in gran parte determinata dal principio di leale cooperazione. L'effettività rappresenta, infatti, un'estrinsecazione di tale principio, considerato che gli Stati membri sono tenuti a dare una corretta ed efficace attuazione al diritto

1986, in *Racc.* p. 195 e E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart, 2012, pp. 18-19 e pp. 51-52; P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 5th ed., Oxford University Press, 2011, pp. 538-539.

⁵⁹⁷Sul fatto che il principio di effettività possa in alcune situazioni richiedere un'ulteriore attività legislativa da parte degli Stati membri, si legga *Hannl Hofstetter*, causa C-91/02, del 16 ottobre 2003, in *Racc.* p. I-2077, par. 17.

⁵⁹⁸Si legga, al proposito l'articolo 3, par. 2 TUE, che descrive gli obiettivi dell'Unione europea.

⁵⁹⁹Si legga, al riguardo, l'analisi svolta nel **Capitolo , Titolo , Parte Prima**. Oltre alla giurisprudenza e ai contributi dottrinali citati nel capitolo ora menzionato, si legga anche S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?*, in *Common Market Law Review*, 24, 2004, p. 5.

europeo in attuazione dell'obbligo di leale cooperazione nel garantire l'attuazione del diritto europeo.

4.1.1.1.3 Il principio di leale cooperazione

Il principio di leale cooperazione disciplinato precedentemente dall'articolo 10 TCE e ora dall'articolo 4, par. 3 del TUE, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia rappresenta il principio che ha permesso alla Corte di imporre dei limiti all'autonomia nazionale al fine di garantire l'effettiva attuazione del diritto europeo. Lo studio dell'interpretazione e della portata che ha assunto il principio di leale cooperazione in ambito europeo è quindi strettamente interconnesso e funzionale a capire la portata del principio di effettività a livello europeo. Tale interconnessione è dovuta all'assenza nei Trattati di una disposizione che definisca e sancisca il campo di applicazione del principio di effettività, o, per quanto riguarda l'aspetto che in tale sede interessa, l'attribuzione della competenza alla Comunità, almeno fino alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona, ad imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive al fine di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee.

In base al principio di leale cooperazione, gli Stati membri hanno l'obbligo di cooperare con le istituzioni europee, al fine di garantire l'esecuzione del diritto europeo. A tal fine agli Stati membri incombe sia un obbligo positivo che un obbligo negativo. Da un lato, devono facilitare all'Unione l'adempimento dei propri compiti; dall'altro, devono astenersi dall'adottare qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione⁶⁰⁰.

L'importanza di tale principio è tale nel garantire l'efficacia del diritto europeo che è stato definito un "principio fondamentale" nell'attuazione degli obblighi incombenti agli Stati membri⁶⁰¹ ed è stata ritenuta la "base del funzionamento dell'intero progetto di integrazione"⁶⁰².

Prima di esaminarne la portata in ambito penale, occorre tracciarne le linee essenziali nel diritto europeo in generale e cercare di fornirne una definizione.

La Corte di Giustizia ha desunto l'esistenza del principio di leale cooperazione dal disposto

600L'articolo 4, par. 3 TUE espressamente stabilisce: *"In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione"*.

601J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7 edizione, Paris, Dalloz, 2012, p. 599.

602In tal senso, R. STREINZ, (a cura di), *EUV/EGV. Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2003, articolo 10 EGV par. 4. Nei medesimi termini anche la Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Italia*, causa C-101/91, del 19 gennaio 1993, in *Racc.* p. I-00191, par. 23; *Commissione c. Italia*, causa 39/72, del 7 febbraio 1973, in *Racc.* p. 00101, par. 25. Nel senso che il principio di leale cooperazione rappresenta la pietra miliare dell'ordine giuridico europeo, si legga anche E. NEFRAMI, *Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne. Revue de l'Union européenne*, 2012, p. 201.

dell'articolo 5 del TCE pre-Amsterdam⁶⁰³. Con le modifiche apportate con il Trattato di Amsterdam, tale obbligo è stato ribadito nell'articolo 10 TCE⁶⁰⁴, nel quale, tuttavia, non vi era ancora menzione né del concetto di “leale” né del concetto di “cooperazione”, e, infine, in seguito alle modifiche che il Trattato di Lisbona ha portato, lo stesso è stato trasposto nell'articolo 4, par. 3 TUE. In tale articolo, per la prima volta vi è un esplicito riferimento al concetto di “leale cooperazione”; infatti, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di giustizia è stato introdotto in *incipit* un paragrafo che stabilisce che “in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”.

Il concetto di “leale cooperazione” è emerso dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁰⁵, in cui la Corte ha postulato l'esistenza, sulla base di un'interpretazione “utile” dei Trattati, di numerosi obblighi di cooperazione, collaborazione, fedeltà⁶⁰⁶ e solidarietà⁶⁰⁷ in capo agli Stati membri.

Tale esigenza era dovuta al fatto che l'efficacia del diritto europeo è in ultima analisi devoluta agli Stati membri, i quali devono volontariamente attenersi alle regole di diritto europeo⁶⁰⁸; in tale

603L'articolo 5 del TCE Maastricht recitava in questi termini: “*Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*”.

604L'articolo 10 TCE post Amsterdam stabiliva quanto segue: “*Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato*”.

605Corte di Giustizia, *Hurd c. Jones*, causa 44/84, del 15 gennaio 1986, in *Racc.* p. 00029, par. 38; *Zwartveld e altri*, causa 2/88, del 13 luglio 1990, in *Racc.* p. 04405, par. 17; *Commissione c. Belgio*, causa C-6/89, del 5 aprile 1990, in *Racc.* p. I-01595; *Commissione c. Belgio*, causa C-374/89, del 19 febbraio 1991, in *Racc.* p. I-00367, par. 15; *Francovich e Bonifaci e altri c. Italia*, procedimenti riuniti C-6/90 e C-9/90, del 19 novembre 1991, in *Racc.* p. I-05357, par. 36. In casi precedenti, la Corte di Giustizia aveva fatto riferimento ad una sorta di “dovere di solidarietà” nella sentenza *Commissione c. Francia*, procedimenti riuniti 6 e 11/69, del 10 dicembre 1969, in *Racc.* p. 523, par. 14. Per un richiamo dettagliato di ulteriori decisioni rilevanti della Corte di Giustizia si legga A. VON BOGDANDY, *Grundprinzipien*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht*, seconda edizione, Munich, C.H. Beck, 2009, p. 54, note a piè di pagina 238 e 239.

606H. SAUER, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Heidelberg, Springer, 2008, p. 388 ha rilevato che a suo avviso vi era il rischio di un ricorso eccessivo da parte della Corte di Giustizia al principio di leale cooperazione anche in ambiti riservati alla competenza degli Stati membri.

607È stato affermato che essenziale presupposto e conseguenza, al tempo stesso, del principio di leale cooperazione è la solidarietà tra Stati membri. Da una parte, infatti, la leale cooperazione è fonte di un obbligo solidaristico tra gli Stati, dal momento che gli stessi sono tenuti ad assistersi reciprocamente e non ostacolare l'attuazione degli obiettivi europei. Dall'altra parte, la solidarietà contribuisce a spiegare il contenuto della leale cooperazione; si presume, infatti, che gli Stati vogliano costruire uno spazio giuridico e politico comune in un clima di solidarietà tra gli stessi e che lo strumento migliore per raggiungere una comunità di valori e obiettivi sia certamente la leale cooperazione. Si legga, in tal senso, C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 104. Si legga, inoltre, M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 208 e seguenti.

608Gran parte della legislazione europea, infatti, non prevede alcuna sanzione in caso di violazione delle norme da essa stabilite. È per questo che la lealtà e il rispetto volontario delle regole europee è rivestono un ruolo essenziale nel diritto europeo. Secondo taluni autori (H. SAUER, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, cit., p. 388 e seguenti) tale obbligo di lealtà racchiude in sé i due concetti di lealtà nei confronti della federazione (“*Bundestreue*”) e di lealtà tra le istituzioni (“*Organstreue*”). Il concetto di leale cooperazione

contesto, quindi, il principio di leale cooperazione serve ad evitare conflitti tra il livello nazionale e quello sovranazionale e a disegnare i rapporti tra Unione e Stati membri nel senso di una leale cooperazione, anziché di tensione e conflitto⁶⁰⁹.

Il principio di leale cooperazione, in primo luogo, si riferisce all'“adempimento dei compiti derivanti dai trattati” e all'“esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”, oltre che a tutte le materie ricomprese tra gli obiettivi dell'Unione, sanciti all'articolo 3 TUE⁶¹⁰. L'obbligo di leale cooperazione serve a garantire l'attuazione degli obblighi discendenti dagli atti di diritto primario o secondario dell'Unione, in assenza di poteri coercitivi da parte delle istituzioni europee. Nella maggior parte degli casi, infatti, gli atti di diritto primario o secondario europee prevedono una disciplina specifica in determinati settori, ma non stabiliscono, al tempo stesso, delle sanzioni in caso di violazione di essa, per cui l'obbligo di darvi attuazione è rimesso alla buona fede degli Stati membri nel darne attuazione. Il principio di leale cooperazione serve, quindi, da supporto a tali obblighi e si applica direttamente solo nei casi in cui non sono previsti simili obblighi di comportamento positivi o negativi di intervenire o non intervenire in capo agli Stati membri⁶¹¹.

Quanto alla portata applicativa del principio, occorre sottolineare che lo stesso è applicabile anche in relazione a materie riservate alla competenza esclusiva degli Stati membri, nei casi in cui le misure adottate in tale ambito abbiano per conseguenza quella di mettere a rischio la realizzazione degli obiettivi dell'Unione o di indebolirne l'effettività⁶¹² e relativamente alle disposizioni sulla politica estera e di sicurezza comune⁶¹³.

Il principio di leale cooperazione comporta sia un obbligo positivo, di azione, che un obbligo negativo, di astensione. L'obbligo positivo, ai sensi dell'articolo 4, par. 3 TUE, consiste nella

sarebbe anche legato al concetto di buona fede che costituisce parte del sistema giuridico europeo in generale e rappresenta una delle fonti del principio di protezione della fiducia e dei legittimi interessi (“*Vertrauensschutz*”). In tale ultimo senso, si legga H.-J. BLANKE, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

609Nello stesso senso A. VON BOGDANDY, *Grundprinzipien*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., p. 55. È stato altresì affermato che il principio di leale cooperazione assolve tre obiettivi principali: salvaguardare l'autonomia degli Stati membri, assicurare la coordinazione al fine di raggiungere obiettivi concordati e moderare il conflitto. In tal senso, A. HATJE, *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 63 e seguenti.

610Al riguardo Corte di Giustizia, parere 2/91, *Organizzazione Internazionale del Lavoro*, del 19 marzo 1993, in *Racc.* I-01061, par. 10.

611Si legge, inoltre in H.-J. BLANKE, *Article 4 [The Relations Between the EU and the Member States]*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty On European Union (TEU). A Commentary*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2013, p. 233: “*However, the negative obligations are subsidiarily applicable to cases where there are no corresponding duties flowing from specific provisions (fundamental freedoms; competition law—Art. 106 TFEU; prohibition of State aid—Art. 107 TFEU)*”.

612VON BOGDANDY, SCHILL, in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, (a cura di), *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar. Loose leaf*, Munich, C.H. Beck, 2011, Art. 4 par. 57; R. STREINZ, (a cura di), *EUV/AEUV. Kommentar*, seconda edizione, Munich, C.H. Beck, 2012, articolo 4 par. 25. Per quanto riguarda gli atti che attuano accordi conclusi da uno degli Stati membri al di fuori dell'ambito dei Trattati, quando essi possano ledere l'applicazione di alcune disposizioni del diritto europeo, si veda la sentenza della Corte di Giustizia *Hurd c. Jones*, causa 44/84, del 15 gennaio 1986, in *Racc.* 00029, par. 38 e seguenti.

613Si legga, in tal senso, l'articolo 24, par. 3 del TUE.

reciproca assistenza, informazione e dialogo tra Unione e Stati membri. L'obbligo negativo che incombe agli Stati membri è rappresentato dall'astenersi da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione. Secondo quanto stabilito dalla Corte, infatti, la legislazione nazionale non deve mettere a rischio l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione o l'effettività delle misure adottate per garantirne l'esecuzione⁶¹⁴.

Dal principio di leale cooperazione, la Corte di Giustizia ha anche desunto l'esistenza del generale principio di buona fede⁶¹⁵, che vieta agli Stati membri di commettere ogni abuso del diritto. Gli Stati devono, quindi, astenersi dall'indebolire o abusare del diritto dell'Unione⁶¹⁶.

Quanto ai destinatari dell'obbligo, occorre sottolineare che mentre il precedente articolo 10 TCE stabiliva che gli Stati membri erano tenuti ad adottare le misure necessarie ad assicurare l'esecuzione derivanti dai Trattati o dagli atti di diritto secondario dell'Unione e ad astenersi da qualsiasi misura che rischiasse di comprometterne la realizzazione, il Trattato di Lisbona, sulla base di quanto è stato stabilito dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza⁶¹⁷, ha espressamente incorporato nel Trattato l'obbligo reciproco di leale cooperazione. Al fine di sottolineare la caratteristica peculiare dell'Unione, consistente nell'essere una comunità giuridica unica⁶¹⁸, il dovere di leale cooperazione è, infatti, descritto nell'articolo 4, par. 3 del TUE come un'obbligazione reciproca dell'Unione, in tutte le sue articolazioni, ossia istituzioni⁶¹⁹, organi, organismi e agenzie, e degli Stati membri e si indirizza ad entrambi i livelli. Il principio svolge due funzioni leggermente diverse a seconda che debba essere attuato dagli Stati membri o dall'Unione europea. Gli Stati devono, infatti, impegnarsi a promuovere l'efficace attuazione del diritto dell'Unione, in modo che esso sia effettivo. L'Unione deve, invece, rispettare le identità nazionali degli Stati membri, favorendo la diversità culturale all'interno dell'Unione.

Nei confronti degli individui, invece, il principio di leale cooperazione non crea né diritti né

614Si legga, al proposito, la sentenza della Corte di Giustizia *INNO v ATAB*, causa 13/77, del 16 novembre 1977, in *Racc.* p. 02115, par. 30, 35; *Leclerc c. Au blé vert*, causa 229/83, del 10 gennaio 1985, *Racc.* p. 00001, par. 14.

615Corte di Giustizia, sentenza *Commissione c. Grecia*, causa 192/84, dell'11 dicembre 1985, in *Racc.* p. 03967, par. 19.

616Si leggano al proposito le seguenti pronunce: Corte di Giustizia, sentenza *Lussemburgo c. Parlamento*, causa 230/81, del 10 febbraio 1983, in *Racc.* p. 00255, par. 37. Corte di Giustizia, sentenza *Hurd c. Jones*, causa 44/84, del 15 gennaio 1986, in *Racc.* p. 02115, par. 48 e seguenti. Corte di Giustizia, sentenza *Lord Bruce of Donington c. Aspden*, causa 208/80, del 15 settembre 1981, in *Racc.* p. 02205, par. 14. Corte di Giustizia, sentenza *Commissione c. Consiglio (AETR)*, causa 22/70, del 31 marzo 1971, in *Racc.* p. 00263, par. 20, 22. Corte di Giustizia, sentenza *HZA Mainz c. Kupferberg & Cie. (Kupferberg I)*, causa 104/81, del 26 ottobre 1982, in *Racc.* p. 03641, par. 13.

617Si legga, ad esempio, in tal senso Corte di Giustizia, sentenza *Lussemburgo c. Parlamento*, causa 230/81, del 10 febbraio 1983, in *Racc.* 00255, par. 37.

618Al riguardo cfr. A. CANTARO, *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo I. I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 559.

619Al proposito, occorre ricordare che l'articolo 13, par. 2 del TUE ribadisce che le istituzioni devono attuare tra loro una leale cooperazione. In particolare, letteralmente recita: "Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione". Sulla cooperazione interistituzionale tra istituzioni, organi, organismi e agenzie dell'Unione, si rinvia alla sentenza della Corte di Giustizia *Grecia c. Consiglio*, causa 204/86, del 27 settembre 1988, in *Racc.* 05323, par. 16, nonché *Parlamento c. Consiglio*, causa C-65/93, del 30 marzo 1995, in *Racc.* 00643, par. 23.

obblighi⁶²⁰: l'articolo 4, par. 3 TUE e l'articolo 3 TUE stabiliscono, infatti, il dovere di attenersi agli obblighi derivanti dalla leale cooperazione solo in capo agli Stati membri, intesi in una concezione onnicomprensiva, per cui tutte le autorità e organi statali depositari di funzioni pubbliche sono responsabili della corretta attuazione del diritto europeo.

Il principio di leale cooperazione, oltre che a livello di relazioni verticali, tra Unione e Stati membri, opera anche a livello orizzontale, tra Stati membri nei casi in ciò sia necessario per ottenere gli obiettivi previsti nei Trattati. Un esempio in tal senso è costituito dal principio del mutuo riconoscimento, che è uno strumento essenziale per garantire l'effettivo instaurarsi e funzionamento del mercato interno. Al riguardo, come avremo modo di esaminare nel paragrafo successivo⁶²¹, il principio del mutuo riconoscimento è stato trasposto dall'ambito del mercato comune anche nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, al fine di facilitare il riconoscimento delle decisioni emanate negli altri Stati membri.

La corretta attuazione del principio all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui ha attualmente assunto particolare importanza⁶²², si basa principalmente sull'instaurazione di un clima di fiducia reciproca e leale cooperazione tra Stati membri; il raggiungimento degli obiettivi previsti dalle misure adottate a livello europeo in tale ambito, tra cui assume particolare rilevanza il Mandato di Arresto Europeo, si fonda, quindi, sulla leale collaborazione tra Stati membri nel dare attuazione alla disciplina prevista a livello europeo. Il principio di cui all'articolo 4, par. 3 del TUE rappresenta, pertanto, in tale ambito la base su cui costruire uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Per quanto riguarda le ripercussioni che il principio di leale cooperazione ha avuto sulla legislazione penale nazionale e europea, occorre valutare distintamente l'effetto che ha avuto sulla predisposizione di una legislazione penale nazionale al fine di attuare la normativa europea e l'influenza che, altresì, ha avuto nell'interpretazione delle disposizioni di diritto penale nazionale.

Quanto al rapporto tra principio di leale cooperazione, principio di effettività e diritto penale nazionale, occorre ricordare innanzitutto che i principali responsabili della corretta attuazione del diritto europeo sono le autorità nazionali, le quali, come prevede l'articolo 4, par. 3 TFUE, sono tenute, al medesimo tempo, ad adottare “ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione” e a facilitare all'Unione l'adempimento dei suoi compiti, astenendosi “da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

In materia penale, fino alle note pronunce della Corte di Giustizia nelle cause C-176/03 e C-

⁶²⁰Per un approfondimento, R. STREINZ, (a cura di), *EUV/AEUV. Kommentar*, cit., articolo 4 par. 9.

⁶²¹Si legga, al riguardo, il Capitolo Primo, Titolo Secondo, Parte Prima.

⁶²²L'importanza del principio è desumibile dal richiamo continuo che il legislatore europeo opera al principio del mutuo riconoscimento in ambito di cooperazione giudiziaria penale. Si vedano, al proposito, gli articoli 67, par. 3 e 4 del TFUE, nonché 82, par. 2 del TFUE.

440/05 in materia ambientale l'Unione interveniva a regolare la materia tramite decisioni quadro. Allo stato attuale, il legislatore europeo può adottare, al fine di armonizzare la disciplina penale, direttive e in alcuni settori, come la protezione degli interessi finanziari dell'Unione, anche regolamenti⁶²³.

4.1.1.1.4 Diritto penale quale strumento di efficace attuazione delle politiche europee. Effettività e potere sanzionatorio

La previsione di un adeguato sistema di attuazione del diritto europeo (in inglese il concetto è espresso dal più pregnante concetto di *enforcement*) è, come noto, stato sottovalutato nei Trattati istitutivi delle Comunità europee⁶²⁴. A parte alcune eccezioni⁶²⁵, infatti, nei Trattati non erano previste basi legali che attribuissero la competenza né direttamente alla Comunità europea, fatta eccezione per il solo settore della concorrenza, né agli Stati membri, a cui la giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia ha riconosciuto il potere di esecuzione indiretta del diritto comunitario. Gli Stati membri erano, quindi, inizialmente completamente liberi di decidere come dare attuazione alle politiche europee in materia di pesca e agricoltura, politica ambientale, frode ai sussidi erogati dalla Comunità, così come in ogni altro settore in cui la Comunità europea, in base ai Trattati, avesse la competenza ad emanare atti di diritto secondario⁶²⁶.

Tale lacuna legislativa venne posta in rilievo dalla Commissione alla metà degli anni Settanta. Dopo un primo tentativo nel 1976⁶²⁷, nel periodo compreso tra il 1975 e il 1990, la Commissione, supportata dal Parlamento europeo, ritenendo che il vigente sistema di attuazione delle politiche europee messo in atto dagli Stati membri fosse insufficiente, pose all'attenzione del Consiglio numerose proposte legislative, in cui si prevedeva l'obbligo per gli Stati membri di predisporre un

623L'articolo 325 TFUE non limita, infatti, la potestà legislativa del legislatore europeo alle sole direttive ma fa riferimento genericamente alle “*misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*”.

624Per un'analisi delle forme di attuazione del diritto europeo previste dai Trattati e sviluppatasi successivamente ad opera della Corte di Giustizia, si legga l'accurato contributo di J.A.E. VERVAELE, *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in Search of a Criminal Law Policy?*, in J.A.E. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 11 e seguenti.

625Tra essi è possibile citare l'obbligo in capo agli Stati membri di prevedere sanzioni penali per le violazioni della riservatezza o spergiori Euratom di fronte alla Corte di Giustizia. Art. 194(1) Euratom Treaty; Art. 30 of the Statute of the European Court of Justice.

626Per un'analisi più approfondita dall'evoluzione degli strumenti di attuazione del diritto europeo, si veda J.A.E. VERVAELE, *The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration*, in P. DEMARET, I. GOVAERE, D. HANF (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Liber Professorum, Bruxelles, 2005, pp. 277-298; N. HÆKKERUP, C.R. WAGTMANN, *Controls and Sanctions in the EU Law*, Copenhagen, 2001.

627Nel 1976 la Commissione cercò di elaborare due Protocolli da allegare ai Trattati concernenti la frode e la corruzione dei funzionari europei; tali Protocolli, tuttavia, non ottennero l'approvazione dell'allora Consiglio dei Ministri. Per un approfondimento di legge, J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European Fraud Legislation*, Deventer, 1992, pp. 85 e seguenti.

sistema sanzionatorio, fosse esso di tipo amministrativo o penale, per garantire l'attuazione del diritto europeo⁶²⁸. I regolamenti così emanati dal Consiglio⁶²⁹, soprattutto in ambito di politica agricola comune⁶³⁰, assegnavano all'allora Comunità il potere di prevedere sanzioni punitive.

Occorre, tuttavia, in primo luogo evidenziare che le disposizioni che riguardavano l'applicazione delle sanzioni si dividevano in due categorie. Occorre, infatti, distinguere le sanzioni che potevano essere inflitte direttamente dalla Commissione⁶³¹, da quelle di cui la normativa comunitaria poteva richiedere l'applicazione da parte degli Stati membri⁶³². In tal caso gli Stati membri potevano anche

628Il Consiglio approvò alcune proposte legislative della Commissione che obbligavano gli Stati membri a predisporre un sistema di sanzioni amministrative, soprattutto in materia di politica agricola. A tal proposito, occorre rilevare che alcune delle sanzioni così predisposte, pur essendo formalmente amministrative, avevano, in sostanza natura penale secondo la giurisprudenza elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. La Corte EDU aveva, infatti, individuato tre parametri (i cosiddetti criteri *Engel*), in base ai quali determinare se una sanzione dovesse ritenersi penale o meno, e di conseguenza, rispettare i parametri di cui all'articolo 6 della CEDU, che si riferiscono al processo penale.

629Tra i più recenti regolamenti emanati dal Consiglio che conferivano alla Commissione il potere di infliggere sanzioni e penalità di mora per punire coloro che avevano violato le disposizioni del regolamento stesso, si annoverano il regolamento 11/60, concerning the abolishment of discrimination in freight charges and transport conditions, GU C 1121/60; il regolamento 1017/68, concerning application of competition law in the area of rail, road and canal transport, GU 1968, L 175 e il Regolamento 4056/86, to lay down the manner in which Articles 85 and 86 of the Treaty are to be applied in transport by sea, GU 1986, L 378/4. L'irrogazione di tali sanzioni poteva, poi, essere contestata di fronte alla Corte di Giustizia. Al proposito, bisogna sottolineare che la Commissione non ha, tuttavia, fatto uso di questo potere in pratica.

630La Corte di Giustizia ha, da principio, riconosciuto alla Comunità europea il potere di adottare le sanzioni che sono necessarie per l'applicazione effettiva dei regolamenti esistenti nel campo della politica agricola comune sulla base dell'art. 40, n. 3 e dell'art. 43, n. 2 del Trattato CEE. Secondo la giurisprudenza della Corte, le sanzioni possono rivestire diverse forme. La Corte ha ammesso la liceità di provvedimenti consistenti nell'imporre ad un operatore il rimborso, maggiorato degli interessi, di un beneficio indebitamente percepito (sentenza *Piange Kraftfutterwerke*, causa 288/85, del 5 febbraio 1987, in *Racc.* p. 611) o la perdita della cauzione equivalente a questo beneficio (sentenza *Italtrade*, causa C-199/90, del 27 novembre 1991, in *Racc.* p. I-5545). Allo stesso modo, essa ha ritenuto che la perdita di una cauzione costituisca una sanzione compatibile con il diritto comunitario in ipotesi in cui questa cauzione serviva solo a garantire l'obbligo di esportare, contratto dagli interessati, ed in cui questi ultimi non avevano ricevuto alcun beneficio pecuniario da parte della Comunità (sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, del 17 dicembre 1970, in *Racc.* p. 1125 e *Maizena*, causa 137/85, del 18 novembre 1987, in *Racc.* p. 4587).

631Nell'ambito della concorrenza, l'articolo 87, n. 2 TCEE stabiliva che i regolamenti e le direttive che il Consiglio era tenuto ad adottare ai sensi dell'art. 87, n. 1, hanno per scopo in particolare di: “a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'art. 85, n. 1 e all'art. 86, comminando ammende e penalità di mora, (...), d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo, (...)”. Le sanzioni cui si riferisce l'articolo ora menzionato vengono, quindi, inflitte con decisione della Commissione e non dalle autorità degli Stati membri, benché la loro esecuzione possa essere perseguita, in caso di necessità, dinanzi ai giudici degli Stati membri (si legga, in tal senso l'art. 192 del Trattato CEE). Il primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE, il regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, ha, di conseguenza conferito alla Commissione il potere di infliggere alle imprese ammende e penalità di mora (art. 15, per le ammende, e art. 16, per le penalità di mora). Le ammende possono essere inflitte in caso di comunicazione di informazioni inesatte, alterate o incomplete (art. 15, n. 1) e in caso di violazione delle norme sostanziali di concorrenza o delle decisioni (art. 15, n. 2), inteso che, in ogni caso, l'impresa interessata abbia agito intenzionalmente o per negligenza. Tuttavia, ai sensi dell'art. 15, n. 4: “le decisioni prese a norma dei nn. 1 e 2 non hanno un carattere penale”. Il carattere non penale delle sanzioni emanate in ambito di concorrenza è stato formalmente ribadito anche nell'articolo 23, par. 5 del successivo e vigente Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*. Al proposito, va inoltre ribadito che la Corte di Giustizia ha ribadito che l'articolo 172 del TCEE riguarda solo le sanzioni che sono determinate e inflitte direttamente dalle istituzioni comunitarie. In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, nella causa C-240/90, del 27 ottobre 1992, in *Racc.* I-5423, par. 34.

632Benché prima delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona, i Trattati istitutivi non contenessero alcuna disposizione esplicita relativa alle sanzioni inflitte dalle autorità nazionali, la Corte di giustizia ha pacificamente

prevedere sanzioni penali, se una tale risposta punitiva fosse stata ritenuta proporzionata allo scopo da raggiungere.

In seguito all'attribuzione alla Comunità di un tale potere sanzionatorio, pur se indiretto, la Corte di Giustizia è stata chiamata a delineare i confini di tale potere sanzionatorio a livello europeo ed a fugare i dubbi sollevati dagli Stati membri in merito all'esistenza di una base giuridica che conferisse alla Comunità il potere di emanare sanzioni. Nell'analizzare l'evoluzione giurisprudenziale e legislativa che è occorsa sul punto, occorre tenere distinto, da un lato, il potere dell'Unione europea di irrogare sanzioni di natura amministrativa rispetto a quello di prevedere sanzioni penali; dall'altro lato, occorre altresì differenziare la competenza diretta delle istituzioni a ciò delegate dell'Unione ad irrogare sanzioni dal distinto potere di richiedere la predisposizione di un sistema sanzionatorio agli Stati membri.

La Corte ha avuto occasione di delimitare l'ambito applicativo e la legittimità del potere conferito all'allora Comunità di emanare sanzioni amministrative applicabili dalle autorità nazionali, nella pronuncia *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, resa nel 1992⁶³³. Con tale sentenza, respingendo le obiezioni sollevate dal governo tedesco, la Corte ha ribadito che “nel campo della politica agricola comune, la Comunità è autorizzata ad adottare sanzioni applicabili dalle autorità nazionali nei confronti degli operatori economici che si sono resi colpevoli di frode”⁶³⁴. Nel riconoscere la competenza della Comunità a prevedere quale sanzione l'esclusione del diritto di usufruire di un beneficio durante un certo periodo di tempo, la Corte ha affermato che la sola condizione che deve essere rispettata affinché il potere sanzionatorio rientri nei poteri della Comunità è rappresentato dal fatto che le “misure considerate debbano essere necessarie per la realizzazione degli obiettivi della Politica agricola comune”⁶³⁵. Nella medesima sentenza la Corte ha altresì riconosciuto che la Comunità è competente ad adottare sanzioni che, come le esclusioni di cui all'art. 6, n. 6, del regolamento (CEE) della Commissione 26 ottobre 1984, n. 3007⁶³⁶ e all'art. 13, n. 3, lett. c) Regolamento (CEE) della Commissione 19 dicembre 1989, n.

interpretato l'art. 5 del TCEE nel senso che richiede che, in talune circostanze, gli Stati membri infliggano sanzioni per violazione della normativa comunitaria. Nella causa 50/76, *Amsterdam Bulb/Produktschap voor Siergewassen* (del 2 febbraio 1977, in *Racc.* p. 137), relativa alla questione se fosse consentito al Regno dei Paesi Bassi adottare talune misure relative alla fissazione dei prezzi all'esportazione per bulbi da fiore non considerati dai regolamenti relativi alle istituzioni di un'organizzazione comune di mercato in questo settore, la Corte ha fatto rilevare, al punto 33 della motivazione della sentenza che, “(...) qualora la normativa comunitaria non commini sanzioni particolari a carico dei singoli che non si conformino a quanto da essa disposto, gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire le sanzioni che ritengano opportune”.

633Corte di Giustizia, sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, del 27 ottobre 1992, in *Racc.* I-5423.

634Corte di Giustizia, sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, cit., par. 13.

635Corte di Giustizia, sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, cit., par. 18.

636Regolamento (CEE) della Commissione 26 ottobre 1984, n. 3007, *che stabilisce le modalità di applicazione del premio ai produttori di carni ovine*, (in GU L 283, pag. 28), come modificato dal regolamento (CEE) 11 maggio 1990, n. 1260 (in GU L 124, pag. 15).

3813⁶³⁷, vanno al di là della semplice restituzione di una prestazione indebitamente versata⁶³⁸.

La Corte ha, inoltre, altresì riconosciuto la competenza della Commissione e non del solo Consiglio a fissare le maggiorazioni e le esclusioni di cui agli articoli 6, n. 6 del primo regolamento di applicazione e 13, n. 3, lett. b) e c) del secondo regolamento di applicazione prima citati⁶³⁹.

La Corte ha riconosciuto, quindi, con questa sentenza la competenza della Comunità europea ad armonizzare le sanzioni punitive amministrative⁶⁴⁰, in particolare nel settore della politica agricola comune. In tale decisione, la Corte non si è tuttavia pronunciata sulla competenza della Corte ad emettere sanzioni di natura penale⁶⁴¹. Al proposito, occorre rilevare che il fatto di far dipendere l'attribuzione della competenza alla Comunità dalla distinzione tra sanzioni amministrative e penali pone alcuni problemi ermeneutici e, di conseguenza, pratici, di non poco conto. I criteri distintivi tra i due tipi di sanzione enunciati dall'Avvocato Generale nel caso in esame⁶⁴² si pongono, infatti, in contrasto con la giurisprudenza costante della Corte EDU in merito all'articolo 6 della CEDU; in base a tale giurisprudenza, pertanto, una sanzione ritenuta amministrativa almeno a livello formale dal diritto europeo potrebbe rivelarsi sostanzialmente penale e comportare, quindi, il problema se la Comunità abbia, ciononostante, la competenza ad emanare quel tipo di sanzioni.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte, la Comunità, almeno fino all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, non aveva alcuna competenza ad emettere sanzioni di natura penale. Questo non significa, tuttavia, che il sistema penale degli Stati membri non sia stato influenzato nel suo svilupparsi dal diritto europeo⁶⁴³.

637Regolamento (CEE) della Commissione 19 dicembre 1989, n. 3813, *recante modalità di applicazione del regime di aiuti transitori al reddito agricolo* (in GU L 371, pag. 17), come modificato dal regolamento (CEE) 15 maggio 1990, n. 1279 (in GU L 126, pag. 20).

638Corte di Giustizia, sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, cit., par. 29.

639Corte di Giustizia, sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, cit., par. 43.

640Per un'analisi dettagliata riguardo la competenza della Comunità europea in ambito di sanzioni amministrative e penali, si legga J.A.E. VERVAELE, *Administrative Sanctioning Powers of and in the Community. Towards a System of European Administrative Sanctions?*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in The Netherlands*, Deventer, 1994, pp. 161 e seguenti, <http://igiturarchive>, J. SCHWARZE, *Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, in EuZW, 2003, p. 261; M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004.

641Pur escludendone la rilevanza nella causa oggetto di analisi, l'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni ha *incidenter tantum* affrontato il problema, chiarendo che “certo, nel suo stato attuale, il diritto comunitario non conferisce quindi alla Commissione (né al Tribunale di primo grado o alla Corte di giustizia) funzioni che sarebbero quelle di un giudice penale. Si deve tuttavia rilevare che ciò non impedisce alla Comunità di esercitare competenze che le consentano ad esempio di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri se ciò si rivelasse necessario per la realizzazione di uno degli obiettivi della Comunità. Rimane comunque che, in talune circostanze, sanzioni pecuniarie possono essere inflitte al fine di persuadere talune imprese a cercare di rispettare le regole comunitarie e che queste sanzioni non devono essere equiparate a sanzioni penali”. In tal senso, le Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs nella causa *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, C-240/90, presentate il 3 giugno 1992, in *Racc.* p. I-5404.

642Conclusioni dell'Avvocato Generale F. G. Jacobs, presentate in data 3 giugno 1992, in relazione alla sentenza *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, in *Racc.* p. I-5404, par. 24 e seguenti.

643Si leggano, al proposito, le sentenze della Corte di Giustizia *SAIL*, causa 82/71, del 21 marzo 1972, in *Racc.* p. 0119; *H. Röser*; causa 234/84, del 10 luglio 1985, in *Racc.* p. 0795.

L'analisi dell'influenza che il diritto europeo ha dispiegato nei confronti del diritto penale nazionale non può prescindere dal contemporaneo esame del processo di integrazione europea in ambito penale; quest'ultimo è, infatti, strettamente interconnesso a quello di attuazione del diritto penale europeo. Così come, a livello generale, si fa generalmente riferimento, infatti, ad un processo di integrazione positiva e di integrazione negativa, anche in ambito di diritto penale i rapporti tra diritto penale nazionale e diritto europeo possono essere spiegati in questi termini.

4.1.1.1.5 Delinearsi di una competenza dell'Unione in materia penale

Il diritto penale nazionale non viene, infatti, solamente in rilievo nel momento in cui lo stesso contrasta con il diritto europeo poiché, criminalizzando determinate condotte, limita una delle quattro libertà fondamentali sancite nei Trattati (integrazione negativa). Il diritto europeo stabilisce anche dei parametri che il diritto penale nazionale deve rispettare al fine di attuare effettivamente il diritto europeo (integrazione positiva); in tal caso, vi è la possibilità che i sistemi giuridici nazionali debbano modificare la normativa esistente e sostituirla con una conforme a quella europea⁶⁴⁴.

Si può dunque affermare che, pur non esistendo, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una competenza specifica della Comunità a legiferare in materia penale, non è mai esistita una netta separazione tra la politica criminale degli Stati membri e quella dell'Unione. A causa dell'originaria assenza di un'espressa disposizione normativa nei Trattati, il grado di influenza che il diritto europeo poteva avere sul sistema giuridico penale nazionale è stato definito dalla Corte di Giustizia, la quale ha utilizzato due principi per giustificare l'ingerenza del legislatore comunitario nella definizione delle fattispecie penali nazionali: il principio di effettività e il principio di leale cooperazione⁶⁴⁵.

L'assenza della previsione espressa di una competenza diretta dell'Unione ha portato alla creazione di un processo di armonizzazione indiretta dei sistemi giuridici penali nazionali, che si sono così adeguati sotto alcuni aspetti alla disciplina europea. Il processo di integrazione europea e la creazione di un spazio giuridico europeo implica, infatti, l'armonizzazione dei sistemi giuridici penali e processuali penali degli Stati membri, dal momento che una totale assenza di dialogo tra il livello europeo e quello nazionale in materia penale è assolutamente incompatibile con il processo

⁶⁴⁴Sussiste il dovere di redigere la propria legislazione conformemente ai parametri stabiliti da legislatore europeo anche nel caos in cui gli Stati membri decidano che la sanzione penale è lo strumento che useranno per dare attuazione alle politiche europee. Si vedano, in tal senso già le note sentenze *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979 e *Lemmens*, causa C-226/97, del 16 giugno 1998, in *Racc.* p. 195. Per alcuni esempi in cui questa circostanza si verifica, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Francia*, causa C-265/95, del 9 dicembre 1997, in *Racc.* p. I-6959. Si legga, sul dovere di attuazione del diritto europeo da parte degli Stati membri anche C.W.A. TIMMERMANS, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in FIDE II, *La sanction des infractions au droit communautaire*, Lisbona, 1992, p. 45-55.

⁶⁴⁵Il principio di leale cooperazione era sancito dall'articolo 5 del Trattato CEE ed è ora previsto dall'articolo del TUE.

di integrazione europea⁶⁴⁶.

Tenuto conto di ciò, occorre sottolineare che il quesito a cui la Corte di Giustizia, prima, e il legislatore europeo, dopo, ha dovuto fornire risposta si concreta quindi nella domanda seguente: la competenza europea ad armonizzare i sistemi giuridici nazionali si estende a ricomprendere il potere dell'Unione europea di obbligare direttamente gli Stati membri a criminalizzare le violazioni del diritto europeo? In dottrina il dibattito è ricco e le conclusioni raggiunte dai vari autori in alcuni casi diametralmente opposte⁶⁴⁷. Le proposte legislative emanate al fine di dare attuazione al diritto europeo mediante il diritto penale, per esempio nel caso del riciclaggio di denaro e l'abuso di informazioni privilegiate, hanno optato in conclusione per un sistema di armonizzazione limitata. In base a tale sistema, queste proposte obbligavano gli Stati membri a criminalizzare certe condotte intenzionali e a stabilire una sanzione penale, imponendo nel caso di offese gravi, una misura restrittiva della libertà personale. In realtà le proposte non contenevano alcuna disposizione circa la natura delle sanzioni. L'atteggiamento del Consiglio andava, tuttavia, a detrimento dell'attuazione del diritto europeo mediante il diritto penale. Secondo prassi consolidata, infatti, il Consiglio normalmente approvava le proposte, ma solo dopo averle modificate nel senso di cancellare ogni riferimento alla natura penale delle obbligazioni incombenti in capo agli Stati membri, rimarcando la natura amministrativa di queste ultime⁶⁴⁸. Questo atteggiamento portò la Commissione a scontrarsi con il Consiglio in occasione di molte proposte legislative promosse tra il 1993 e il 2005, anno in cui la Corte di Giustizia ha emanato l'importante sentenza *Commissione c. Consiglio* in materia ambientale di cui parleremo più avanti. Senza analizzare singolarmente tutti i casi in cui la Commissione e il Consiglio sono entrati in disaccordo a questo riguardo, ci limitiamo ad esporre in tale sede i diversi metodi adottati dal Consiglio per ridimensionare sensibilmente o, in alcuni casi, modificare completamente le proposte legislative della Commissione⁶⁴⁹.

In base alla prima modalità di azione, la Commissione sottopone una proposta per l'armonizzazione penale del diritto europeo al Consiglio, il quale successivamente la rifiuta. Nel migliore dei casi, la proposta è resa neutra e depurata degli elementi intrinsecamente penali. Un esempio di tale *modus operandi* è rappresentato dalla proposta di regolamento relativa ai controlli ufficiali dei mangimi e

646Si legga, in senso conforme, J.A.E.VERVAELE, *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in Search of a Criminal Law Policy?*, in I. CAMERON, M. ULVANG, *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala, 2014.

647La maggior parte della dottrina ha negato che la Comunità europea, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avesse alcun potere di armonizzare direttamente il diritto penale e processuale penale vigente negli Stati membri. Vi era, tuttavia, una minoritaria, seppur autorevole parte della dottrina che riteneva che la Comunità europea godesse di una competenza funzionale limitata. Tra di esse, è possibile citare, Grasso, Tiedemann, Delmas-Marty, Vogel e Vervaele. Per un'illustrazione delle varie posizioni difese dai diversi autori, si legga, B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln, 2004.

648Si veda in proposito, per esempio .

649Tale suddivisione è stata proposta, tra gli altri, da J.A.E.VERVAELE, *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in Search of a Criminal Law Policy?*, in J.A.E. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 17 e seguenti.

degli alimenti⁶⁵⁰. In tale proposta la Commissione enfatizzò la necessità di effettuare un'armonizzazione funzionale del diritto penale al fine di rafforzare la tutela offerta del sistema di attuazione del diritto europeo di natura amministrativo⁶⁵¹. Ad avviso della Commissione, è quindi necessario “definire un insieme minimo comune di gravi violazioni nell'ambito della normativa europea sui mangimi e gli alimenti o nell'ambito di norme adottate dagli Stati membri per conformarsi a tale normativa, per le quali gli Stati membri sono tenuti a comminare sanzioni penali”. Al fine di punire le infrazioni che si traducono in una minaccia maggiore per la sicurezza dei mangimi e degli alimenti e, quindi, per la salute del pubblico, è, perciò, necessario stilare un elenco di gravi infrazioni alla legislazione comunitaria in materia di mangimi e alimenti commesse intenzionalmente o per grave negligenza, e per le quali gli Stati membri devono prevedere sanzioni penali. La Commissione aveva altresì sottolineato nella proposta che, “considerata la gravità della minaccia che essi costituiscono per la salute del pubblico, è importante che tali infrazioni siano punibili “per sé” indipendentemente dal fatto che esse determinino o meno l'immissione sul mercato di alimenti o mangimi non sicuri”⁶⁵². Nonostante la seria minaccia alla salute pubblica che le gravi violazioni della legislazione comunitaria in materia di mangimi e alimenti possono comportare, il Consiglio in sede di adozione del regolamento, ha eliminato tutti i riferimenti alle sanzioni di tipo penale contenuti nella proposta della Commissione, riscrivendo l'articolo 55 in modo neutro, senza alcun riferimento alla necessità che gli Stati membri puniscano le violazioni della legislazione tramite il diritto penale⁶⁵³.

650Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo ai controlli ufficiali dei mangimi e degli alimenti*, Bruxelles, 5 febbraio 2003, COM(2003)52 definitivo, 2003/0030 (COD).

651Si legge, infatti, al punto 57 della Proposta di regolamento che “*In molti casi soltanto sanzioni penali hanno un forte effetto dissuasivo. L'imposizione di tali sanzioni rispecchia una disapprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle misure amministrative di attuazione. Vi è inoltre una garanzia addizionale di imparzialità delle autorità che espletano le indagini poiché autorità diverse da quelle che hanno concesso le licenze di esercizio vengono coinvolte in un'indagine penale*”.

652Tali obiettivi elencati al punto 57 della proposta sono stati trasposti nell'articolo 55 della stessa, in cui si legge: “*Gli Stati membri stabiliscono le regole in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della legislazione sui mangimi e sugli alimenti e prendono tutte le misure necessarie per assicurare che esse siano attuate. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano senza indugio tali disposizioni e tutte le successive modifiche alla Commissione. Ai fini del paragrafo 1 le attività di cui all'allegato VI sono reati d'ordine penale se commessi intenzionalmente o per seria negligenza, nella misura in cui violano le norme della legislazione comunitaria sui mangimi o sugli alimenti o le norme adottate dagli Stati membri per recepire tale legislazione comunitaria. Le violazioni di cui al paragrafo 2 e l'istigazione a parteciparvi sono, per quanto concerne le persone fisiche, punibili con sanzioni d'ordine penale, comprese appropriate pene detentive, e, per le persone giuridiche, con sanzioni che comprendono multe d'ordine penale o non penale e possono comprendere altre forme di sanzionamento come l'esclusione dal diritto a fruire di aiuti o benefici pubblici, la squalifica temporanea o permanente dalla partecipazione ad attività economiche, la messa sotto controllo giudiziario o un ordine giudiziario di chiusura dell'azienda*”.

653L'articolo 55 dell'adottato regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, *relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali*, (in GU L 165/97, 2004) non menzionando più la necessità che gli Stati membri adottino sanzioni penali per punire le violazioni gravi alla normativa europea in materia di mangimi e alimenti, recita: “*Gli Stati membri stabiliscono le regole in materia di sanzioni applicabili in caso di violazione della normativa sui mangimi e sugli alimenti e di altre disposizioni comunitarie concernenti la tutela della salute e del benessere degli animali e prendono tutte le misure necessarie per assicurare che siano attuate. Le sanzioni previste devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. 2. Gli Stati membri notificano senza indugio alla Commissione le disposizioni applicabili in caso di violazione della normativa in materia di mangimi e*

Un'altra tecnica utilizzata dal Consiglio per svuotare di contenuto penale le proposte legislative della Commissione consisteva nel copiare il contenuto di una proposta di direttiva o regolamento in una proposta per una decisione quadro, o viceversa. La proposta inerente l'attuazione attraverso il diritto penale della politica ambientale ne costituisce un eccellente esempio⁶⁵⁴. In alcuni casi questo *modus agendi* ha portato ad uno stallo legislativo, mentre in altri ha portato ad adottare decisioni quadro non conformi a quanto espresso dalla Commissione e il Parlamento europeo.

L'ultimo modo che il Consiglio ha utilizzato per ostacolare l'adozione di atti legislativi proposti dalla Commissione consiste nell'elaborare contemporaneamente due proposte; nella direttiva o regolamento sono contenute le norme sostanziali e, se necessario, le norme di armonizzazione delle sanzioni amministrative, mentre gli aspetti concernenti l'armonizzazione delle norme penali sono contenute nella decisione quadro. La direttiva 2002/90, congiuntamente alla decisione quadro 2002/946, disciplinanti l'immigrazione irregolare⁶⁵⁵, rappresenta un esempio calzante di questo duplice approccio. Entrambe le proposte sull'inquinamento prodotto dalle navi redatte dalla Commissione⁶⁵⁶ rappresentano un altro buon esempio di questa tecnica legislativa. L'articolo 6 della proposta di direttiva della Commissione⁶⁵⁷ imponeva agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali a carico di coloro che scaricano illecitamente in mare sostanze inquinanti, secondo quanto previsto dalla Convenzione Internazionale Marpol. La proposta di decisione quadro, a sua volta, rinviava all'articolo 6 della direttiva, oltre a prevedere disposizioni sulle squadre investigative comuni, sulla mutua assistenza e altri strumenti utili per punire coloro che inquinavano. Nella direttiva definitivamente approvata dal Consiglio, invece, non troviamo alcun riferimento al diritto penale.

Infine, prima della sentenza della Corte nella causa C-176/03 *Commissione c. Consiglio*, la Commissione propose l'adozione di una direttiva e di una decisione quadro riguardante le misure penali da adottare per assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale⁶⁵⁸. Nella proposta di

di alimenti e qualsiasi successiva modifica".

654 Ci riferiamo nel testo alla decisione quadro 2003/80 del 27 gennaio 2003 sulla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale (in GU L 29, 2003), che è stata annullata dalla Corte di Giustizia e alla proposta di direttiva sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, COM(2001) 139 del 13 marzo 2001, in GU C 180, 2001, come modificata dalla proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale COM(2002) 544, in GU C 020 E, 2003.

655 Direttiva del Consiglio 2002/90/CE del 28 novembre 2002, *volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, in GU L 328/17, 2002, e la decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, *intesa a rafforzare il quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, in GU L 328/1, 2002.

656 Direttiva 2005/35/CE del 7 settembre 2005 relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, in GU L 255/11, 2005 e la decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, *intesa a rafforzare il quadro normativo penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi*, in GU L 255/164, 2005.

657 Si veda in proposito la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni, comprese sanzioni penali, per i reati di inquinamento*, Bruxelles, 5 marzo 2003, COM(2003) 92 definitivo, 2003/0037 (COD).

658 Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale* e Proposta di decisione quadro del Consiglio, *relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione delle violazioni della proprietà intellettuale*, {SEC(2005)848}, Bruxelles, 12

direttiva la Commissione la Corte aveva previsto l'obbligo per gli Stati membri di criminalizzare le violazioni intenzionali e di imporre sanzioni penali, inclusa la custodia in carcere. La decisione quadro regolava, invece, più dettagliatamente il tipo di sanzioni, le questioni di giurisdizione e alcuni aspetti più marcatamente processuali, come l'avvio dell'azione penale indipendentemente dalla querela della persona offesa dal reato.

Le conseguenze di tale presa di posizione del Consiglio sono evidenti nel senso di ostacolare l'armonizzazione delle regole processuali e sostanziali penali necessarie ad assicurare l'attuazione del diritto dell'Unione⁶⁵⁹. Oltre ai casi in cui quest'ultimo svuotava di contenuto la proposta di direttiva o regolamento della Commissione, depurandola da ogni riferimento ad un sistema sanzionatorio di natura penale, infatti, anche nelle circostanze in cui il contenuto penale della direttiva o regolamento veniva trasposto in una decisione quadro, l'effetto di tali previsioni era significativamente diminuito, considerato che, come vedremo nel prossimo capitolo⁶⁶⁰, le decisioni quadro non erano provviste di effetto diretto, a differenza dei regolamenti i quali sono provvisti di efficacia diretta e delle direttive chiare, precise e dettagliate, e non erano soggette al controllo della Commissione, la quale non poteva proporre un'azione di infrazione nei casi di violazione delle stesse.

luglio 2005, COM(2005)276 definitivo, 2005/0127(COD), 2005/0128(CNS). Tali proposte rappresentavano lo sviluppo della precedente direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, *sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale*, in GU L 195/16.

659Al riguardo, occorre sottolineare che all'interno del Consiglio, tuttavia, non vi era unanimità di vedute tra i rappresentanti degli Stati membri. Non tutti gli Stati membri, infatti, erano contrari ad un'armonizzazione delle regole penali di attuazione della normativa europea ed erano, anzi, favorevoli alla fissazione di *standard* minimi circa la configurazione delle sanzioni penali da parte del legislatore europeo. Si legga, per avere un quadro più approfondito della posizione dei singoli Stati in argomento, il rapporto che è stato stilato dal gruppo *ad hoc* di esperti che venne istituito dal Consiglio nella formazione composta dai Ministri di Giustizia degli Stati membri. Il gruppo di lavoro *ad hoc* istituito nel 1990 dai Ministri di Giustizia testimonia il fatto che mancava unanimità di vedute degli Stati membri circa tale *modus operandi* e tale atteggiamento restrittivo del Consiglio nei confronti dell'attuazione del diritto europeo mediante il diritto penale. Tale gruppo di lavoro formato da pubblici funzionari aveva il compito di studiare la relazione tra diritto comunitario e diritto penale. Il gruppo di lavoro *ad hoc* "*Community Law and Criminal Law*" e il sotto-gruppo sulla "*cooperation judiciaire*", preparò a novembre del 1991 un report per il Consiglio dei Ministri di Giustizia. Il report è stato pubblicato nel numero speciale *Europees strafrecht in intergouvernementeel en communautaire perspectief*, Panopticon, 1992, p. 560. Per un commento del report elaborato dal gruppo di lavoro, si legga J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community. The need for European Fraud Legislation*, Deventer, 1992, p. 313. conclude che, nonostante la Comunità potesse imporre certi parametri alla legislazione penale nazionale, non vi era ancora accordo circa l'esistenza di una competenza comunitaria diretta ad armonizzare i sistemi penali nazionali. A tal proposito, occorre rimarcare inoltre che anche gli Stati membri che erano a favore dell'attribuzione di una tale competenza alla Comunità esigevano che fossero posti dei limiti ad una tale competenza. In primo luogo, doveva essere una competenza solo funzionale a garantire la corretta attuazione delle politiche europee e non una competenza propria della Comunità, indipendentemente dalla necessità di garantire l'attuazione di determinate politiche europee. Una tale armonizzazione inoltre era possibile solo nel caso in cui fossero rispettati e garantiti alcuni principi fondamentali e coesenziali al sistema giuridico degli Stati membri. I risultati del report non comportarono, tuttavia, un mutamento di prospettiva significativo e i tentativi di includere il potere di diretta armonizzazione in materia penale in capo alla Comunità portati avanti dal governo olandese durante la conferenza intergovernamentale per la preparazione del trattato di Maastricht fallirono. Il compromesso raggiunto, ossia l'architettura in tre Pilastri, relegò la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'ambito del Terzo Pilastro, di natura prettamente intergovernamentale. Solo con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nel 1999, la struttura in Pilastri si dissolse e il terzo pilastro fu inglobato nelle politiche europee.

660Si legga, al proposito, il Capitolo I della Titolo I, Parte Prima.

Lo stallo venutosi a creare a livello legislativo a causa dei diverbi tra Commissione e Consiglio aveva provocato una situazione schizofrenica il cui risultato era, in assenza di un'espressa base giuridica che attribuisse all'allora Comunità europea la competenza ad armonizzare la legislazione penale degli Stati membri, l'aumento di legislazioni assai diversificate nel territorio degli Stati membri in materia di sanzioni volte a reprimere le violazioni del diritto europeo e, conseguentemente, l'assenza di un'efficace attuazione degli obiettivi e delle politiche europee. Considerata l'incapacità istituzionale di farvi fronte, l'unico soggetto che poteva sbloccare tale situazione di immobilità era la Corte di Giustizia, la quale, infatti, valorizzando il principio di effettività, riconobbe con la pronuncia *Commissione c. Consiglio* del 2003 che, nonostante, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrino nella competenza della Comunità, non può essere impedito al legislatore comunitario, "allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente"⁶⁶¹. Come avremo modo di valutare più avanti nell'analizzare le sentenze emanate dalla Corte di Giustizia, quindi, il principio di effettività, inteso nella sua accezione di principio che garantisce l'effettiva attuazione del diritto europeo nel sistema giuridico degli Stati membri, ha assunto una valenza fondamentale.

Lo studio dell'evoluzione e della portata del principio di effettività risulta essenziale all'interno del presente lavoro, poiché una delle ragioni che è stata enucleata dalla Commissione a supporto della proposta di creazione di una Procura europea consiste nel garantire l'effettiva protezione degli interessi finanziari dell'Unione. In tal senso, occorre studiare, quindi, fino a che punto il principio di effettività e di leale cooperazione possano giustificare un intervento più penetrante sul sistema giuridico nazionale penale degli Stati membri, mediante l'istituzione di una Procura europea.

Passando ad esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di principio di effettività, occorre sottolineare che l'applicazione del principio di effettività a livello europeo ha comportato due tendenze opposte; l'integrazione negativa e l'integrazione positiva. La prima comporta l'effetto di decriminalizzare alcune fattispecie di reato previste a livello statale. La seconda porta, invece, a criminalizzare fattispecie prima non penalmente rilevanti⁶⁶². L'obiettivo comune alle due tendenze sopra riportate è comunque rappresentato dalla necessità di garantire l'effettiva attuazione delle politiche europee.

⁶⁶¹Corte di Giustizia, sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7907, par. 47-48.

⁶⁶²Per un'analisi sugli effetti positivi del diritto penale europeo, si legga G. CORSTENS, J. PRADEL, *European Criminal Law*, Kluwer Law International, 2002, p. 512.

La necessità di garantire l'effettiva attuazione del diritto europeo ha, quindi, rappresentato l'obiettivo che ha portato, da un lato, a promuovere l'uso del diritto penale e, dall'altro, a limitarne l'utilizzo.

Considerando, in primo luogo, i casi in cui il diritto penale rappresenta lo strumento più adeguato per assicurare l'effettività del diritto europeo nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, il fine di assicurare l'effettività del diritto europeo ha rappresentato un incentivo a criminalizzare certe fattispecie di reato che prima non avevano carattere penale; l'applicazione del principio di effettività e di assimilazione come mezzo per assicurare l'attuazione del diritto europeo ha portato, quindi, ad incrementare l'utilizzo dello strumento penale ove questo fosse ritenuto necessario per raggiungere tale fine.

Il principio di effettività è stato inoltre utilizzato per legittimare l'adozione di misure sanzionatorie aventi carattere penale a livello europeo, nei casi in cui l'uso di tale strumento si rivelasse necessario per garantire l'attuazione delle politiche europee; in questo senso si è parlato di "*functional criminalisation*"⁶⁶³, poiché il diritto penale non è stato considerato un autonomo settore di intervento o materia di competenza dell'Unione europea, ma piuttosto come un mezzo per assicurare l'effettiva realizzazione delle politiche europee e degli obiettivi previsti nei Trattati.

Si affiancano a questi due ambiti di intervento in cui l'attuazione delle politiche e degli obiettivi europei portano sia gli Stati membri che il legislatore europeo a criminalizzare fattispecie prima penalmente irrilevanti, settori in cui, al contrario, l'attuazione del principio di effettività ha posto dei limiti alla legislazione penale nazionale. Una indiretta decriminalizzazione di determinate fattispecie di reato si verifica anche nei casi in cui il diritto europeo pone dei limiti allo stesso legislatore europeo in materia di diritto penale europeo, in particolare, nelle situazioni che riguardano casi limite tra diritto penale e diritto amministrativo.

Ad una prima lettura di questo quadro riepilogativo è possibile desumere che la relazione tra il principio di effettività e il diritto penale assume varie forme, che possono declinarsi anche in senso diametralmente opposto, ma che hanno tutte in comune la particolarità di considerare il diritto penale quale mezzo per garantire il raggiungimento dello scopo di dare attuazione al diritto e alle politiche europee.

L'effettività in questo contesto, dunque, non dispiega effetti solo sull'attuazione del diritto europeo a livello europeo, ma ha assunto un valore preminente anche nel giustificare la competenza dell'Unione a legiferare in materia penale, oltre che nel definire la relazione tra il diritto penale europeo e altri settori del diritto europeo.

In assenza di un'espressa disposizione nei Trattati, è stata la Corte di Giustizia a delineare la competenza dell'Unione europea in materia di sanzioni penali. In questo è essenziale analizzare la

663V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law Competence After Lisbon: From Securitized to Functional Criminalisation*, in D. ACOSTA, C. MURPHY (a cura di), *EU Security and Justice Law*, Hart, 2014, pp. 110-129.

giurisprudenza della Corte di Giustizia al fine di comprendere le due opposte tendenze a cui ha portato l'esigenza di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee. Come abbiamo visto, infatti, al fine di dare attuazione alle politiche europee la Corte ha obbligato gli Stati membri a prevedere sanzioni penali e ha riconosciuto la competenza dell'Unione europea in materia penale nei casi in cui questo fosse essenziale per garantire l'efficace attuazione delle politiche europee. Al tempo stesso, in altri casi, l'esigenza di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee ha portato la Corte a ritenere incompatibile con i Trattati la disciplina penale nazionale poiché le sanzioni penali a tal uopo previste e, in particolare, l'arresto e la detenzione, impedivano l'efficace attuazione delle politiche perseguite a livello europeo. Al fine di comprendere il significato da dare al principio di effettività a livello europeo, occorre, pertanto, esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto.

4.1.1.1.6 Giurisprudenza della Corte di Giustizia ed effettività. Strumento per criminalizzare o per decriminalizzare certe fattispecie di reato a livello nazionale?

Nella giurisprudenza della Corte, in primo luogo, il principio di effettività ha portato ad auspicare l'utilizzo delle sanzioni penali per assicurare l'effettiva attuazione del diritto europeo nel sistema giuridico degli Stati membri. La Corte ha in tal senso statuito che il principio di assimilazione deve essere il criterio guida per assicurare l'effettività del diritto europeo. Risale agli anni Settanta la pronuncia *Amsterdam Bulb*⁶⁶⁴ in cui la Corte di Giustizia ha affermato che “sebbene l'articolo 5 del Trattato CEE imponga agli Stati membri il compito di prendere tutte le misure appropriate, siano esse generali o particolari, per assicurare l'attuazione degli obblighi risultanti dalle iniziative prese dalle istituzioni comunitarie, esso permette agli Stati membri di scegliere le misure che considerino più appropriate, tra cui anche le sanzioni che possono avere natura penale”⁶⁶⁵. Con questa decisione, la Corte ha chiarito, quindi, che spetta al diritto comunitario prevedere sanzioni a tutela della propria efficacia; in mancanza, gli Stati membri possono adottare i mezzi del tipo che ritengano più opportuni; occorre lasciare agli Stati membri la scelta delle modalità che ritengano più adeguate, anche se tale sistema implica necessariamente delle divergenze. Il diritto penale poteva essere utilizzato quale mezzo per raggiungere l'obiettivo di assicurare l'effettività del diritto comunitario, ma la scelta circa il tipo di sanzione da adottare permaneva comunque in capo agli Stati membri. Negli anni successivi, in un giudizio del 1989 inerente l'imposizione di sanzioni penali nazionali per assicurare la protezione degli interessi finanziari della Comunità⁶⁶⁶, la Corte ha compiuto un

⁶⁶⁴Corte di Giustizia, sentenza *Amsterdam Bulb*, causa 50/76, del 2 febbraio 1977, in *Racc.* p. 137.

⁶⁶⁵Corte di Giustizia, sentenza *Amsterdam Bulb*, causa 50/76, del 2 febbraio 1977, *cit.*, par. 32.

⁶⁶⁶Nel testo ci riferiamo alla ben nota sentenza della Corte di Giustizia *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979.

ulteriore passo avanti⁶⁶⁷, stabilendo che “qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o che rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, l'art. 5 del trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando la scelta delle sanzioni, essi devono segnatamente vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva. Inoltre, le autorità nazionali devono procedere nei confronti delle violazioni del diritto comunitario con la stessa diligenza usata nell'esecuzione delle rispettive legislazioni nazionali”⁶⁶⁸.

Con tale importante pronuncia, quindi, la Corte, sulla base del principio di effettività e di equivalenza⁶⁶⁹, ha affermato l'esistenza del principio di assimilazione, in ossequio al quale le violazioni del diritto europeo devono essere sanzionate “in termini analoghi” a quelli previsti per le violazioni del diritto interno di simile natura e importanza. Tramite il ricorso al principio di assimilazione e di effettività, la Corte giunge, quindi, ad affermare che sia necessario criminalizzare certe condotte a livello nazionale anche nei casi in cui il diritto europeo non prescrive espressamente di criminalizzare quelle condotte⁶⁷⁰.

In particolare nella pronuncia *Nunes e de Matos* la Corte di Giustizia ha statuito che le misure cui si riferisce l'articolo 10 del TCE includono le sanzioni penali. A tal proposito, la Corte ha, in particolare, stabilito due principi che costituiscono un ulteriore passo avanti nel percorso giurisprudenziale iniziato con la sentenza *Amsterdam Bulb*: in primo luogo, ha stabilito che se il diritto comunitario non prevede misure per garantire l'efficacia delle sue disposizioni, gli Stati membri sono tenuti ad adottarle; se le prevede, gli Stati membri svolgono un ruolo complementare inteso a rafforzare la tutela di tali disposizioni. In secondo luogo, ha affermato che la scelta del tipo di sanzione spetta alle autorità nazionali, ma tale sanzione dev'essere equiparabile a quella inflitta in

667Al proposito l'Avvocato Generale Tesauro aveva, invece, solo richiamato la precedente giurisprudenza della Corte, in base alla quale “L'obbligo, che l'art. 5 del trattato impone agli Stati membri, di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni delle Comunità implica infatti il dovere di perseguire e di sanzionare in maniera adeguata gli autori di violazioni del diritto comunitario in maniera tale da evitare che ne sia pregiudicata l'efficacia”. In tal senso, si leggano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Giuseppe Tesauro presentate il 30 giugno 1989 nella causa 68/88, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, in *Racc.* p. 2972, par. 12.

668Corte di Giustizia *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, cit., par. 23-25.

669Sulle relazioni tra il principio di effettività e il principio di equivalenza, si legga T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, seconda edizione, OUP, 2006, p. 423.

670La Corte ha successivamente stabilito che in taluni casi misure sanzionatorie nazionali effettive possono includere le sanzioni penali anche quando la legislazione europea prevede solamente l'irrogazione di sanzioni civili. In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Nunes e de Matos*, causa C-186/98, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. 4883, par. 14. La Corte in tal caso si è pronunciata relativamente ad una domanda di pronuncia pregiudiziale con cui il Tribunal de Círculo do Porto chiedeva se uno Stato membro potesse perseguire penalmente comportamenti contrari agli interessi patrimoniali comunitari che la normativa comunitaria puniva solo con sanzioni civili.

caso di violazioni del diritto nazionale simili per natura e per importanza e avere carattere concreto, proporzionato e dissuasivo⁶⁷¹. La Corte in molti casi concernenti misure di conservazione e controllo della pesca, ha chiarito che sussiste un obbligo di perseguire penalmente o adottare sanzioni amministrative nei confronti degli individui che violano il diritto europeo⁶⁷².

Questa giurisprudenza è stata successivamente confermata in numerose occasioni dalla Corte di Giustizia ed è stata codificata nel Trattato, per quanto riguarda i casi di frode contro il bilancio dell'Unione, nell'attuale articolo 325 TFUE.

L'articolo 325 TFUE codifica il principio di assimilazione, di equivalenza e di effettività, richiedendo che gli Stati membri adottino, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari ed auspicando l'adozione delle "misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione"⁶⁷³. Il principio di effettività, secondo quanto stabilito da questa disposizione, quindi, dispiega effetti non solo sulla legislazione degli Stati membri, attraverso il principio di assimilazione, ma anche a livello europeo, richiedendo l'adozione di misure adeguate e di atti europei di diritto derivato.

Al fine di assicurare l'effettività del diritto europeo, la Corte di Giustizia ha previsto che in taluni casi fosse necessario criminalizzare condotte prima ritenute penalmente irrilevanti. Il diritto penale non è considerato un settore di competenza autonomo dell'Unione europea, ma è piuttosto considerato un mezzo per raggiungere l'effettività delle politiche e degli obiettivi europei.

671 Per un approfondimento, si legga M. DELMAS-MARTY, *The European Union and Penal Law*, in *European Law Journal*, vol. 4/1, 1998, pp. 87-115; H. LABAYLE, *L'ouverture de la jarre de Pandore: réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *Cahiers de droit européen*, 2006, pp. 382-428; C. HARDING, *Exploring the Intersection of European Law and National Criminal Law*, in *European Law review*, vol. 25, 2000, pp. 374-390; U. SIEBER, *Union européenne et droit pénal européen*, in *Revue de science criminelle et du droit pénal comparé*, 1993, pp. 249-264; G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA (a cura di), *L'intégration pénale indirecte*, Paris, Société de législation comparée, 2005.

672 Si leggano, al proposito, le sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Francia*, causa C-333/99, del 1° febbraio 2001, in *Racc. p. I-1025*; *Commissione c. Francia*, procedimenti riuniti C-418/00 e C-419/00, del 25 aprile 2002, in *Racc. p. I-3969*; *Commissione c. UK*, causa C-454/99, del 14 novembre 2002, in *Racc. p. I-10323*; *Commissione c. UK*, causa C-140/00, del 14 novembre 2002, in *Racc. p. I-10379*.

673 L'articolo 325 del TFUE prevede espressamente: "L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti. 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo".

L'esistenza della penalizzazione funzionale è stata riconosciuta e promossa dalla Corte di Giustizia nell'ambito dell'accesso dibattuto che si era instaurato prima delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona in merito alla base giuridica sulla cui base il legislatore comunitario poteva preveder l'irrogazione delle sanzioni penali.

Risulta, in tal senso, di fondamentale importanza l'analisi delle note decisioni emanate nel 2005 e nel 2007 in materia ambientale⁶⁷⁴.

La prima delle due sentenze, ossia *Commissione c. Consiglio*, nella causa C-176/03, è stata originata da un ricorso per annullamento promosso dalla Commissione avverso la decisione quadro del Consiglio del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale⁶⁷⁵. In particolare, la Commissione con tale ricorso contestava la scelta come base giuridica, da parte del Consiglio, dell'art. 34 TUE, in combinato disposto con gli articoli 29 TUE e 31, lett. e), TUE, come fondamento normativo per gli articoli da 1 a 7 della decisione quadro sopra menzionata. Essa riteneva, infatti, che la finalità e il contenuto di tale decisione rientrino nelle competenze comunitarie in materia ambientale, quali enunciate agli articoli 3, n. 1, lett. 1), TCE e 174 TCE-176 TCE, e quindi, nell'ambito delle competenze della Comunità rientranti nel Primo Pilastro⁶⁷⁶. Adottando quale base giuridica l'art. 175, n. 1, TCE, la Commissione aveva, infatti, presentato, il 15 marzo 2001, una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale⁶⁷⁷ fondata sul detto articolo, la quale elencava, in allegato, gli atti di diritto comunitario violati dalle attività costitutive dei reati elencate all'art. 3 di tale proposta. Il 9 aprile 2002 si era altresì pronunciato il Parlamento europeo, il quale, condividendo l'approccio auspicato dalla Commissione in merito alla portata delle competenze comunitarie, aveva invitato il Consiglio a fare della decisione quadro uno strumento complementare della direttiva da adottare in materia di protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale per i soli aspetti della cooperazione giudiziaria e ad astenersi dall'emanare la decisione quadro prima dell'adozione della proposta di direttiva⁶⁷⁸. Nonostante l'opposizione del Consiglio e dei dieci Stati membri⁶⁷⁹ che sono intervenuti a supporto della posizione del Consiglio, la Corte di Giustizia ha

674Ci riferiamo nel testo alla nota sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc. p. I-7907* e alla altrettanto nota sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc. p. I-9128*.

675La decisione quadro del Consiglio 27 gennaio 2003, 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale è stata pubblicata in *GU L 29*, p. 55.

676Sulla controversia circa la base giuridica, ossia se la stessa dovesse rientrare nell'ambito del Primo o del Terzo pilastro, si legga F. COMTE, *Droit pénal de l'environnement et compétence communautaire*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 4, 2002, pp. 775-799, e L. BLANCO CORDERO, *El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-05, 2004.

677La proposta di direttiva menzionata nel testo è pubblicata in *GU C 180*, p. 238. Si legga, al riguardo, F. COMTE, *Criminal Environmental Law and Community Competence*, in *European Environmental Law Review*, 2003, pp. 147 e seguenti.

678Si leggano al riguardo i testi adottati dal Parlamento il 9 aprile 2002 e recanti i riferimenti A5-0099/2002 (prima lettura) e A5-0080/2002.

679Gli Stati membri che sono intervenuti a supporto della posizione del Consiglio sono: Regno di Danimarca, Repubblica Federale di Germania, Repubblica ellenica, Regno di Spagna, Repubblica francese, Irlanda, Repubblica

ritenuto il ricorso fondato e, per l'effetto, ha annullato la decisione quadro del Consiglio 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale.

La Corte, dopo aver sottolineato che, come stabiliva l'articolo 47 del TUE pre-Lisbona⁶⁸⁰, nessuna disposizione del Trattato sull'Unione deve pregiudicare le disposizioni del Trattato CE⁶⁸¹, prosegue il proprio ragionamento valutando se gli articoli da 1 a 7 della decisione quadro non pregiudichino la competenza che la Comunità detiene in forza dell'art. 175 CE, nel senso che avrebbero potuto, come sostiene la Commissione, essere adottati sul fondamento di quest'ultima disposizione.

A conclusione del proprio ragionamento ritiene che la Comunità abbia una competenza accessoria in materia penale nell'ambito del Primo Pilastro, funzionale ad assicurare l'effettiva attuazione della disciplina sostanziale contenuta nelle norme di diritto europeo⁶⁸².

Dopo aver ribadito che la tutela dell'ambiente costituisce uno degli obiettivi essenziali della Comunità⁶⁸³, che gli articoli 174 TCE-176 TCE costituiscono, “in via di principio, la cornice normativa entro la quale deve attuarsi la politica comunitaria in materia ambientale”⁶⁸⁴ e che, “secondo una costante giurisprudenza della Corte, la scelta del fondamento normativo di un atto comunitario deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali,

portoghese, Repubblica di Finlandia, Regno di Svezia e, infine, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. Occorre sottolineare che per quanto riguarda il Regno dei Paesi Bassi, quest'ultimo, pur concordando con le conclusioni del Consiglio, ha difeso una posizione parzialmente diversa. Esso sosteneva, infatti, che, nell'esercizio delle competenze demandate dal Trattato CE, la Comunità possa obbligare gli Stati membri a prevedere la possibilità di sanzionare penalmente taluni comportamenti a livello nazionale, purché la sanzione sia inscindibilmente connessa alle disposizioni comunitarie sostanziali e purché possa effettivamente dimostrarsi che una politica repressiva del genere è necessaria al conseguimento degli obiettivi del Trattato nel settore di cui trattasi (v. sentenza 27 ottobre 1992, causa C-240/90, Germania/Commissione, Racc. pag. I-5383). È quanto potrebbe avvenire nel caso in cui l'applicazione di una regola di armonizzazione fondata, ad esempio, sull'art. 175 CE richiedesse l'adozione di sanzioni penali.

680L'articolo 47 del TUE pre-Lisbona stabiliva in questi termini: “*Fatte salve le disposizioni che modificano il trattato che istituisce la Comunità economica europea per creare la Comunità europea, il trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio ed il trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, nonché le presenti disposizioni finali, nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee né i trattati e atti successivi che li hanno modificati o completati*”.

681Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 38-40.

682L'Avvocato Generale Colomer (Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Commissione c. Consiglio*, causa 176/03, in data 26 maggio 2005, in *Racc.* p. I-7881), conformemente a quanto stabilito da J.P. JACQUÉ, *La question de la base juridique dans le cadre de la Justice et des affaires intérieures*», in GILLES DE KERCHOVE (a cura di) *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Bruxelles 2002, pp. 255 e 256, ritiene che “*la Comunità ha la facoltà di definire con precisione il bene giuridico tutelato e la natura della sanzione, mentre agli Stati membri spetta l'elaborazione della norma sanzionatoria, sia individualmente che in maniera coordinata attraverso la cooperazione intergovernativa disciplinata dal terzo pilastro del Trattato UE*”.

683Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 41. A sostegno di tale affermazione, la Corte cita le precedenti sentenze *ADBHU*, causa 240/83, del 7 febbraio 1985, in *Racc.* p. 531, par. 13; *Commissione c. Danimarca*, causa 302/86, del 20 settembre 1988, in *Racc.* p. 4607, par. 8, e *Outokumpu*, causa C-213/96, del 2 aprile 1998, in *Racc.* p. I-1777, par. 32. La Corte fonda la propria constatazione anche sul contenuto dell'articolo 2 TCE, che dispone che la Comunità ha il compito di promuovere “un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo” e, a tal fine, l'art. 3, n. 1, lett. 1), TCE prevede l'attuazione di una “politica nel settore dell'ambiente”. Nel successivo paragrafo (par. 42), la Corte sottolinea altresì che “*Inoltre, ai sensi dell'art. 6 CE, “le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie”, disposizione questa che sottolinea il carattere trasversale e fondamentale di tale obiettivo*”.

684Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 43.

in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto⁶⁸⁵, la Corte passa ad analizzare la finalità e il contenuto della decisione quadro⁶⁸⁶.

Dal momento che dall'analisi dalla stessa compiuta risulta che gli articoli da 2 a 7 di tale decisione quadro prevedono una parziale armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, in particolare per quanto riguarda gli elementi costitutivi di vari reati contro l'ambiente, nel passaggio successivo del proprio ragionamento la Corte prosegue nel valutare se la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, rientrino nella competenza della Comunità. Il giudizio della Corte risulta particolarmente innovativo nello stabilire in via definitiva che, pur non essendo attribuita alla Comunità, in via di principio, la competenza ad emanare norme di diritto penale o processuale penale⁶⁸⁷, ciononostante, al legislatore comunitario è attribuita la possibilità di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri nel caso in cui esso li ritenga necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisca una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi⁶⁸⁸.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto, quindi, che gli articoli da 1 a 7 della decisione quadro hanno ad oggetto principale la protezione dell'ambiente e, perciò, sarebbero potuti essere stati validamente adottati sul fondamento dell'art. 175 TCE. Al proposito, è altresì interessante sottolineare il rilievo della Corte secondo cui la circostanza che gli articoli 135 TCE e 280, n. 4 TCE escludano dal proprio campo di applicazione, rispettivamente nel settore della cooperazione doganale e della lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, l'applicazione del diritto penale nazionale e l'amministrazione della giustizia negli Stati membri, non è idonea a inficiare il proprio il ragionamento. Come sottolineato dalla Corte, infatti, “non può dedursi da tali disposizioni che, in sede di attuazione della politica ambientale, qualunque armonizzazione penale, ancorché limitata come quella derivante dalla decisione quadro, debba essere esclusa, quand'anche si rivelasse necessaria a garantire l'effettività del diritto comunitario”⁶⁸⁹.

Con questa sentenza, la Corte ha considerato il diritto penale un mezzo di intervento strumentale al raggiungimento degli obiettivi previsti nel Trattato e non una sfera di competenza in sé dell'Unione; da tale constatazione deriva la legittimazione del legislatore comunitario ad armonizzare la

685Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 45.

686Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 46-47.

687Al riguardo, la Corte cita la propria precedente giurisprudenza e, in particolare, le sentenze *Casati*, causa 203/80, dell'11 novembre 1981, in *Racc.* p. 2595, par. 27, e *Lemmens*, causa C-226/97, del 16 giugno 1998, in *Racc.* p. I-3711, par. 19. Si leggano, in dottrina, al riguardo, J. VOGEL, *Stand und Tendenzen der Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union*, in F. ZIESCHANG, E. HILGENDORF e K. LAUBENTHAL (a cura di), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, 2003, p. 232, e G. DANNECKER, *Strarecht in der Europäischen Gemeinschaft*, in *Juristen-zeitung*, 1996, p. 869; J. BIGAY, *Droit communautaire et droit pénal*, in *Revue trimestrielle du droit européen*, 1972, n. 4, p. 734.

688Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 48.

689Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 52.

legislazione penale degli Stati membri sulla base delle disposizioni contenute nel Trattato che istituisce la Comunità europea, e quindi, nell'ambito del Primo Pilastro, con tutte le conseguenze che ne discendono⁶⁹⁰, al fine di assicurare l'“effettività del diritto comunitario”.

Considerata la portata innovativa della sentenza della Corte quanto all'individuazione della base giuridica sul cui fondamento il legislatore comunitario avrebbe potuto armonizzare la legislazione penale e processuale penale, la Commissione nel novembre del 2005 ha presentato all'attenzione del Parlamento europeo e del Consiglio una comunicazione sulle implicazioni della decisione della Corte di Giustizia nel caso *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03⁶⁹¹.

Nella Comunicazione la Commissione ha, in primo luogo, analizzato il contenuto della sentenza, specificando che “la Corte si è spinta oltre quel che le proponeva l'avvocato generale. Questi riteneva infatti che il legislatore comunitario disponesse della competenza per stabilire il principio del ricorso a sanzioni penali per violazioni gravi all'equilibrio ambientale, non però per determinare in concreto e specificamente il regime delle sanzioni medesime”.

In secondo luogo, ha esaminato la portata della decisione resa dalla Corte e, infine, ne ha evidenziato le conseguenze.

Nel definire la portata della sentenza, la Commissione ritiene che sia chiaramente evincibile dalla sentenza un aspetto che è stato oggetto di grande dibattito. Uno degli aspetti più problematici cui si è cercato di dare risposta in seguito all'emanazione della sentenza da parte della Corte consiste, infatti, nello stabilire se il *dictum* della Corte sia riferibile alla sola materia ambientale o se, invece, si estenda a tutte le politiche europee. Nella Comunicazione si legge in un linguaggio scevro da dubbi che sebbene, nel caso di specie, la politica comunitaria in questione sia relativa alla tutela ambientale, “si tratta comunque di una sentenza di principio, che travalica ampiamente la materia specifica”. Ad avviso della Commissione, perciò, “il medesimo ragionamento può applicarsi per intero alle altre politiche comuni e alle quattro libertà (libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi di capitali)”⁶⁹². Al proposito, la Commissione sottolinea inoltre che “la sentenza mette in chiaro che il diritto penale di per sé non costituisce una politica comunitaria. L'azione della Comunità in materia penale può infatti fondarsi soltanto su una competenza implicita, connessa con

⁶⁹⁰Si legga, al riguardo il **Primo Capitolo, Titolo I, Parte I**. In estrema sintesi, bisogna ricordare che se si fosse ribadita la competenza dell'Unione ad emanare la legislazione penale, inscrivendola all'interno del terzo pilastro, l'intensità dell'armonizzazione sarebbe stata inferiore, giacché, a parte la mancanza di effetto diretto delle decisioni quadro, alla loro omessa trasposizione non può porsi rimedio mediante un ricorso per inadempimento, come quello previsto all'art. 226 TCE, e inoltre la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, come prevista dall'art. 35 TUE-pre Lisbona, non ha carattere obbligatorio, dato che dev'essere accettata dagli Stati membri.

⁶⁹¹Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, Bruxelles, 23 novembre 2005, COM(2005) 583 definitivo. Occorre, al proposito ricordare che anche il Parlamento europeo ha presentato un parere sulle conseguenze della sentenza nella causa C-176/03. Ci riferiamo al Parere del Parlamento europeo sulle conseguenze della sentenza della Corte di giustizia 13 settembre 2005 (causa C-176/03, Commissione/Consiglio) [2006/2007(INI)].

⁶⁹²Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, cit., punto 1.2, par. 6.

una specifica base giuridica. Di conseguenza, l'adozione di misure penali consone è possibile, a livello comunitario, solo su base settoriale ed esclusivamente ove sia accertata la necessità di lottare contro gravi inadempienze all'attuazione degli obiettivi della Comunità, nonché di prevedere misure penali per garantire la piena efficacia di una politica comunitaria e il buon funzionamento di una libertà⁶⁹³.

Secondo l'interpretazione della sentenza fornita dalla Commissione, nell'ottica funzionale adottata dalla Corte, spetta al legislatore europeo il compito di accertare caso per caso l'esigenza di prevedere misure nella sfera penale al fine di assicurare il rispetto della normativa comunitaria. Nel caso in cui la Commissione, nel formulare la proposta legislativa, ritenga indispensabile, con riferimento a un dato settore, fare ricorso a provvedimenti penali per garantire la piena efficacia del diritto comunitario, tali provvedimenti potranno includere il principio stesso del ricorso a sanzioni penali, la definizione degli elementi costitutivi della fattispecie di reato ed eventualmente della natura e del livello delle sanzioni penali applicabili, o di altri elementi connessi con il diritto penale. La sentenza della Corte, almeno nell'interpretazione proposta dalla Commissione, si applica quindi a tutte le politiche europee e include sia i casi di integrazione negativa che positiva.

Infine, nel descrivere le conseguenze della sentenza, la Commissione stabilisce che, in base alla ripartizione di competenze tra Primo e Terzo pilastro, come delineata dalla Corte, le disposizioni di diritto penale necessarie all'effettiva attuazione del diritto comunitario rientrano nel TCE.

Attraverso la predisposizione delle norme penali e processuali penali sulla base delle disposizioni contenute nel TCE di volta in volta individuate, a seconda del settore cui si intende dare attuazione, la Commissione auspica la fine del meccanismo del doppio testo (direttiva o regolamento e decisione-quadro), cui abbiamo fatto riferimento prima nel testo, dal momento che nel caso in cui sia necessario adottare una misura sanzionatoria di tipo penale per garantire l'efficacia del diritto comunitario, la norma viene adottata esclusivamente nell'ambito del Primo pilastro, mediante

⁶⁹³Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, cit., punto 1.2, par. 7. La Corte prosegue nella propria Comunicazione meglio specificando i concetti evidenziati nel testo. Si legge ai paragrafi da 8 a 10 che “*In concreto, al di là dell'ambito della tutela ambientale, il ragionamento della Corte si applica a tutte le politiche comunitarie e libertà entro le quali esistono norme vincolanti la cui efficacia potrebbe essere garantita solo da sanzioni penali. La Corte non distingue in base alla natura delle misure penali. La sua è un'impostazione di tipo funzionale. La possibilità, per il legislatore comunitario, di prevedere misure nella sfera penale discende dall'esigenza di far rispettare la normativa comunitaria. Questa esigenza andrà accertata caso per caso, e nelle sue proposte spetterà alla Commissione valutarla. Ove quest'ultima tuttavia, con riferimento a un dato settore, ritenesse indispensabili provvedimenti penali per garantire la piena efficacia del diritto comunitario, tali provvedimenti, a seconda delle necessità dei singoli ambiti, potranno includere il principio stesso del ricorso a sanzioni penali, la definizione della fattispecie di reato – vale a dire degli elementi costitutivi della violazione – ed eventualmente della natura e del livello delle sanzioni penali applicabili, o di altri elementi connessi con il diritto penale. Il collegamento con la base giuridica del TCE che giustifica misure del genere è l'esigenza specifica inerente a una data politica o libertà comunitaria, e anche qui la Commissione valuterà caso per caso, in funzione del fabbisogno, il grado dell'intervento comunitario nella sfera penale, privilegiando al massimo il ricorso a disposizioni orizzontali che travalichino il mero settore in causa. E dunque la libertà riconosciuta agli Stati membri in ordine alle sanzioni applicabili, ove l'efficacia del diritto comunitario lo richieda, può essere disciplinata eventualmente dal legislatore comunitario*”.

direttive o regolamenti⁶⁹⁴.

Al contrario, le disposizioni orizzontali di diritto penale volte a favorire la cooperazione giudiziaria e di polizia in senso lato, comprese le misure di reciproco riconoscimento delle decisioni di giustizia, oltre alle misure di armonizzazione del diritto penale in sede di creazione dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia non connesse con l'attuazione delle politiche o delle libertà fondamentali comunitarie, ricadono nel titolo VI del TUE e, quindi, nell'ambito del Terzo pilastro.

Prima di esaminare le conseguenze della sentenza sugli atti adottati e sulle proposte pendenti⁶⁹⁵, la Commissione sottolinea che nel caso in cui il legislatore comunitario voglia avvalersi del diritto penale per conseguire i propri obiettivi, deve verificare che sia stata rispettata la duplice condizione che il ricorso a tale strumento risulti necessario e coerente. In base al controllo sulla necessità del provvedimento, il legislatore comunitario deve verificare che l'armonizzazione delle disposizioni penali in relazione a quel determinato settore sia strettamente necessario per rendere effettiva la politica comunitaria in questione⁶⁹⁶.

La reazione degli Stati membri è stata severa, più che nei confronti della sentenza della Corte, in rapporto all'interpretazione che della stessa era stata fornita dalla Commissione nella Comunicazione ora esaminata. In particolare, le critiche vertevano sull'ampia interpretazione accolta dalla Commissione, in base alla quale dalla sentenza della Corte era dato desumere una competenza generale ad armonizzare mediante il diritto penale tutti settori inerenti le politiche europee e le quattro libertà fondamentali nei casi in cui ciò fosse strettamente necessario e il diritto penale rappresentasse lo strumento migliore per assicurare l'effettività del diritto europeo⁶⁹⁷.

I dubbi insorti circa la necessità di stabilire definitivamente se la portata della sentenza del 2005 si estendesse a tutti i casi in cui si dovesse garantire l'effettiva attuazione delle politiche dell'Unione o

694In base a tale interpretazione, la Commissione aveva presentato alcune proposte di direttive che obbligavano gli Stati membri a introdurre sanzioni penali nel loro ordinamento interno. Si vedano al riguardo la Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, COM(2006) 168 def., e la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, COM(2007) 51 def.. Non prevedevano l'obbligo in capo agli Stati membri di prevedere sanzioni penali, invece, le coeve proposte in materia doganale, uno dei settori più armonizzati a livello europeo e in ambito di sistema informativo sui visti. Si leggano, al riguardo, la proposta di Regolamento (CE) del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario COM(2005) 608 e la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata COM(2004) 835.

695Per un approfondimento circa gli argomenti della Commissione circa tale aspetto si rinvia alla lettura della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)*, cit., punto 2.3, par. 14-19.

696Per quanto riguarda il requisito della necessità, la Commissione espressamente stabilisce: *“Qualsiasi ricorso a misure in relazione con il diritto penale va motivato dalla necessità di rendere effettiva la politica comunitaria in questione. In linea di principio, infatti, la responsabilità della buona applicazione del diritto comunitario incombe agli Stati membri. In determinati casi è tuttavia opportuno inquadrare l'azione degli Stati membri precisando esplicitamente i) quali comportamenti facciano scattare un'incriminazione penale, ovvero ii) il tipo di sanzioni da applicare, ovvero iii) le altre misure correlate al diritto penale specifiche per un dato settore. I controlli della necessità dei provvedimenti, nonché del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità devono intervenire per ogni singola fase”*.

697Si veda, in tal senso, la dura reazione della Commissione Affari Europei dell'*Assemblée Nationale*, la quale sostenne che la Corte avesse agito al di là della propria competenza, dimostrando un certo *fédéralisme judiciaire*.

se fosse, invece, applicabile esclusivamente alla materia ambientale o alle altre materie trasversali sono stati chiariti dalla Corte di Giustizia con un'altra importante sentenza decisa due anni dopo, la sentenza *Commissione c. Consiglio*, resa nella causa C-440/05⁶⁹⁸. Tale controversia è stata originata da un ricorso con cui la Commissione delle Comunità europee chiedeva alla Corte di annullare la decisione quadro del Consiglio 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi⁶⁹⁹. Nel procedimento sono intervenuti a sostegno delle ragioni del Consiglio diciannove Stati membri⁷⁰⁰, mentre il Parlamento europeo, come nella precedente causa 176/03, ha sostenuto le ragioni della Commissione.

La Commissione e il Parlamento europeo, propugnando l'interpretazione estensiva della sentenza *Commissione c. Consiglio* del 2005 che avevano già sostenuto, rispettivamente, in una comunicazione e un parere, sostenevano che il ragionamento effettuato dalla Corte nella causa 176/03 si applicasse al di là del settore della tutela dell'ambiente; il legislatore comunitario, perciò, in linea di principio, possiederebbe la competenza ad adottare, nell'ambito del Primo pilastro, tutte le disposizioni in relazione al diritto penale degli Stati membri che risultino indispensabili per garantire la piena efficacia delle norme di diritto comunitario.

Per contro, gli Stati membri intervenienti e il Consiglio sostenevano che la sentenza della Corte nella causa C-176/03 andasse interpretata restrittivamente nel senso che riguardi esclusivamente la politica ambientale e che, in ogni caso, non rientri nella competenza della Comunità stabilire il tipo e il livello delle sanzioni penali che gli Stati membri devono prevedere.

La Corte ha accolto il ricorso della Commissione e ha, di conseguenza, annullato la decisione quadro 2005/667/GAI. Il ragionamento giuridico in base al quale ha annullato l'atto riprende quello svolto dalla Corte nella precedente sentenza del 2005, salvo che per un aspetto importante che era già stato evidenziato dall'Avvocato Generale Colomer nella precedente causa C-176/03 ed è stato ribadito nelle proprie conclusioni relative alla causa C-440/05 dall'Avvocato Generale Mazák.

Prima di esaminare tale aspetto, occorre ripercorrere il ragionamento portato avanti dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni.

In primo luogo, l'Avvocato Generale Ján Mazák⁷⁰¹ ha chiarito quale interpretazione debba essere data all'articolo 47 del TUE pre-Lisbona. In particolare ha sostenuto che, a differenza di quello che hanno sostenuto alcuni governi, "l'art. 47 UE sancisce dunque il principio della "prevalenza" del

698Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* p. I-9128.

699Decisione quadro del Consiglio, del 12 luglio 2005, 2005/667/GAI, *intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi*, in GU L 255, p. 164.

700I diciannove Stati intervenienti sono il Regno del Belgio, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica di Estonia, la Repubblica ellenica, la Repubblica francese, l'Irlanda, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Repubblica slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, nonché il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

701Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-9100.

diritto comunitario o, più in particolare, la prevalenza dell'azione comunitaria fondata sul Trattato CE rispetto alle azioni intraprese sulla base del titolo V o del titolo VI del Trattato UE, in quanto il Consiglio e, se del caso, le altre istituzioni dell'Unione devono agire sul fondamento del Trattato CE se e nella misura in cui esso fornisca una base giuridica adeguata ai fini dell'azione prevista"⁷⁰². Da tale constatazione, derivano secondo l'Avvocato Generale due corollari: in primo luogo, è necessario stabilire se le disposizioni di diritto penale controverse della decisione quadro avrebbero potuto essere adottate, alla luce di quanto dichiarato dalla Corte nella causa C-176/03, sul fondamento dell'art. 80, n. 2, CE, ed, in secondo luogo, l'Avvocato Generale sottolinea che nel caso in cui la Corte concludesse che, per un motivo o per l'altro, tale competenza conferita dalla politica dei trasporti non sussiste, ciò non significherebbe che non esiste una base giuridica adeguata nel Trattato CE. Come precisa egli stesso, infatti, il fatto che l'art. 80, n. 2, CE sia stato scelto quale fondamento normativo della direttiva in esame, non significa che nessun'altra disposizione del Trattato CE possa costituire la base giuridica per l'adozione delle misure controverse previste dalla decisione quadro. Conclude, quindi, nel senso che "in linea di principio, qualora si accertasse che le disposizioni della decisione quadro avrebbero potuto essere adottate utilizzando un fondamento normativo che si ritrova altrove nel Trattato CE, ciò significherebbe che la decisione quadro costituisce un'infrazione dell'art. 47 UE"⁷⁰³.

Nell'esaminare il punto centrale della sentenza, ossia la questione se la competenza ad emanare misure armonizzatrici della legislazione penale degli Stati membri dichiarata sussistente in capo al legislatore comunitario dalla Corte nella causa C-176/03, si estenda oltre la materia ambientale, l'Avvocato Generale articola il proprio ragionamento in tre passaggi logico-argomentativi.

Constata dapprima le peculiarità del diritto penale rispetto ad altri settori del diritto. Sottolinea, infatti, che lo stesso, "disponendo del più rigido e del più dissuasivo strumento di controllo sociale -le pene-, [omissis...] protegge in tal modo i valori ritenuti più importanti dalla comunità." "Pertanto, più che in altri settori del diritto, il diritto penale rispecchia ampiamente le peculiari caratteristiche culturali, morali, economiche e di altro tipo di una comunità ed è particolarmente sensibile alle evoluzioni della società"⁷⁰⁴. Prosegue, quindi, stabilendo che, sebbene il potere di

702Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 53. Ai paragrafi 57 e 62, l'Avvocato Generale sottolinea altresì che "In secondo luogo, contrariamente a quanto suggeriscono alcuni governi, ai fini della presente controversia non si possono trarre validi indizi dal fatto che, al momento dell'adozione della decisione quadro, la Comunità non aveva ancora adottato disposizioni nelle materie interessate (dato che la direttiva è stata adottata successivamente)" e che "In terzo luogo, ritengo che ai fini dell'art. 47 UE non sia decisivo - come ha giustamente osservato la Commissione - che, conformemente all'art. 80, n. 2, CE, il Consiglio sia competente a decidere se o in quale misura possano essere stabilite disposizioni concernenti il trasporto marittimo e aereo. Anche se è vero che il Trattato CE subordina tale competenza all'esistenza di una previa decisione del Consiglio, resta il fatto che il Consiglio è competente, conformemente al detto Trattato, ad intervenire nel settore del trasporto marittimo".

703Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 65.

704L'Avvocato Generale prosegue stabilendo che "in quanto espressione fondamentale della volontà comune, le sanzioni penali sono il riflesso di una particolare disapprovazione sociale e sotto questo profilo hanno una natura

comminare sanzioni penali è stato tradizionalmente considerato intimamente connesso alla sovranità, motivo per cui, di regola, né il diritto penale né le norme di procedura penale rientrano nella competenza della Comunità, “si deve sottolineare che il diritto penale non è assolutamente un settore riservato agli Stati membri secondo il Trattato CE”⁷⁰⁵. Nel delineare il rapporto tra diritto europeo e diritto penale, inoltre, nei paragrafi successivi si riferisce sia alla tendenza all'integrazione positiva che alla tendenza all'integrazione negativa, di cui abbiamo fatto menzione nel testo, e conclude la ricostruzione dei rapporti tra diritto europeo e diritto penale chiarendo che l'ultimo passo è stato compiuto dalla Corte nella causa C-176/03, in cui ha ammesso che il legislatore comunitario sia competente ad adottare misure che rechino una parziale armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri⁷⁰⁶. Al proposito, l'Avvocato Generale sottolinea che l'obiettivo primario della sentenza della Corte nella causa C-176/03 era quello di garantire la piena efficacia del diritto comunitario⁷⁰⁷ e che “l'obiettivo comunitario consistente nella tutela dell'ambiente e il suo effetto utile sarebbero compromessi, secondo la ratio della citata sentenza, qualora il legislatore comunitario non fosse competente ad adottare i provvedimenti di diritto penale necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente”⁷⁰⁸.

Valorizzando l'argomento secondo cui il potere di imporre l'attuazione del diritto europeo attraverso il diritto penale costituisce un corollario del principio generale di effettività del diritto comunitario⁷⁰⁹, l'Avvocato Generale conclude che tale potere non può essere limitato al settore dell'ambiente, considerato che la tutela dell'ambiente non è l'unico obiettivo o l'unico settore della politica comunitaria e che, “sotto questo aspetto, è difficile distinguerla da altre finalità e azioni comunitarie menzionate agli artt. 2 CE e 3 CE, quali l'instaurazione di un mercato interno caratterizzato dalle libertà fondamentali, la politica agricola comune o le norme comuni in materia di concorrenza”⁷¹⁰.

Nell'esaminare la portata della competenza del legislatore comunitario a comminare sanzioni penali,

qualitativamente diversa rispetto ad altre sanzioni, come quelle amministrative”. Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 67.

705Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 72.

706Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 73-78.

707Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 89. Egli sottolinea, infatti, che “Ciò emerge non solo dal passaggio chiave sopra citato, ma anche - oltre che dalle conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer - dal punto 52 della sentenza, in cui la Corte ha dichiarato che dagli artt. 135 CE e 280, n. 4, CE non può dedursi che debba essere esclusa qualunque armonizzazione penale, “quand'anche si rivelasse necessaria a garantire l'effettività del diritto comunitario””.

708Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 90.

709Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 97.

710Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 94.

egli, tuttavia, conformemente a quanto ritenuto dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, sostiene che “il legislatore comunitario può obbligare gli Stati membri a stabilire sanzioni penali e prescrivere che tali sanzioni siano efficaci, proporzionate e dissuasive, ma, a parte questo, non può stabilire con precisione le sanzioni da comminare”⁷¹¹. Pertanto, sebbene il legislatore comunitario possa adottare provvedimenti che comportino l'irrogazione di sanzioni penali qualora ritenga che tali sanzioni siano indispensabili per garantire la piena efficacia delle norme che emana e a condizione che i provvedimenti penali siano misure indispensabili di lotta contro le violazioni gravi nel settore considerato, esso non può stabilire il tipo e il livello delle sanzioni applicabili⁷¹².

A suo avviso, un'interpretazione secondo cui siano gli Stati membri “a “tradurre” la nozione di “sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive” nei rispettivi sistemi giuridici e contesti sociali”⁷¹³, è anche quella che garantisce maggiormente il rispetto del principio di sussidiarietà.

La Corte, a sua volta, accoglie l'interpretazione propugnata dall'Avvocato Generale, correggendo in tal senso la sentenza emanata nel 2005. La sentenza rappresenta, quindi, al tempo stesso, un passo avanti nella direzione di garantire l'effettività del diritto europeo, poiché estende l'interpretazione fornita dalla Corte nella causa C-176/03 anche alla materia dei trasporti, e allo stesso tempo ne restringe la portata, stabilendo che “per quanto riguarda invece la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili, occorre evidenziare che questa non rientra nella competenza della Comunità, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione”⁷¹⁴.

Il percorso argomentativo della Corte ricalca quello già svolto nel 2005, almeno fino a quando giunge a definire la portata del potere sanzionatorio del legislatore europeo ritenendo che la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni rimane di competenza degli Stati membri.

La questione che la Corte doveva risolvere, e che ha risolto in senso affermativo, era se le misure penali previste dalla decisione quadro controversa in causa potessero essere adottate in forza dell'art. 80, n. 2, TCE, in materia di trasporti. Al riguardo la Corte ha anzitutto ricordato che la politica comune dei trasporti si annovera tra i fondamenti della Comunità. La Corte ha poi ricordato la costante giurisprudenza secondo cui la scelta del fondamento normativo di un atto comunitario deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali, in particolare,

711 Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 103.

712 Ad avviso dell'Avvocato Generale, infatti, “si deve ricordare che, in tale contesto, la questione non riguarda un eventuale potere della Comunità di comminare essa stessa sanzioni penali, quanto il potere di obbligare gli Stati membri a qualificare come reati penali, nei rispettivi ordinamenti penali, alcune forme di comportamento, come strumento per preservare l'ordinamento giuridico comunitario. È quindi evidente che ciò solleva questioni concernenti non solo la coerenza interna del diritto penale dell'Unione, che la Commissione ha esaminato correttamente nella comunicazione relativa alla sentenza nella causa C-176/03, ma anche la coerenza di ogni sistema penale nazionale”. Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 104.

713 Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 108.

714 Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 70.

lo scopo e il contenuto dell'atto⁷¹⁵. Pertanto, per quanto riguarda lo scopo della decisione quadro, la Corte ha dedotto che essa persegue un obiettivo di miglioramento della sicurezza marittima e, nel contempo, rafforzamento della tutela dell'ambiente marino contro l'inquinamento provocato dalle navi⁷¹⁶. Per quanto riguarda il contenuto della decisione quadro in esame, la Corte ha poi ammesso che la stessa reca una parziale armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, stabilendo, in particolare, l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni penali per le persone giuridiche o fisiche che abbiano commesso, che abbiano istigato a commettere o abbiano concorso ad un reato di cui agli articoli 4 e 5 della direttiva 2005/35 e fissando agli articoli 4 e 6 il tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili in funzione dei danni che detti reati abbiano cagionato alla qualità delle acque, alle specie animali o vegetali o alle persone. In tale sede, la Corte ribadisce che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità. Nel corso del medesimo paragrafo della sentenza, tuttavia, la Corte riprende quanto già affermato nella precedente sentenza del 2005, stabilendo che “resta nondimeno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito⁷¹⁷”.

A differenza della decisione *Commissione c. Consiglio* del 13 settembre 2005, la Corte in tale pronuncia aggiunge che non rientra nella competenza della Comunità il potere di determinare il tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili⁷¹⁸. La Corte ha, quindi, ritenuto che la determinazione del tipo e livello di sanzioni applicabili rientrasse nell'ambito di competenza del Terzo pilastro. A tal proposito, occorre sottolineare che, sebbene questo argomento fosse stato sostenuto anche da entrambi gli avvocati Generali nelle conclusioni di entrambe le decisioni, in concreto, molti atti di diritto derivato fino ad allora adottati contenevano anche la descrizione del tipo e del livello delle sanzioni applicabili.

Con questa sentenza, quindi, la Corte ha ribadito l'esistenza della competenza del legislatore comunitario ad adottare una disciplina di armonizzazione della legislazione penale degli Stati membri per garantire l'efficace attuazione delle politiche europee, ribadendo che si tratta di una competenza di tipo funzionale e non di un ambito di competenza della Comunità in sé considerato. Il legislatore comunitario può, quindi, quando ciò sia strettamente necessario per assicurare l'efficace attuazione del diritto comunitario, decidere la natura penale delle sanzioni, ma non il

⁷¹⁵Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 61, con rinvio alle sentenze *Commissione c. Consiglio*, detta *Biossido di titanio*, causa C-300/89, dell'11 giugno 1991, in *Racc.* p. I-2867, par. 10, *Huber*, causa C-336/00, del 19 settembre 2002, in *Racc.* p. I-7699, par. 30 e *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 45.

⁷¹⁶Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 62.

⁷¹⁷Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 66.

⁷¹⁸Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 70.

livello e il tipo delle stesse.

Per quanto concerne la portata della competenza del legislatore europeo a imporre agli Stati membri la previsione di sanzioni penali al fine di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee, secondo taluni autori⁷¹⁹, conformemente a quanto è stato altresì stabilito dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, con tale pronuncia la Corte ha chiarito i dubbi insorti con la precedente pronuncia del 13 settembre 2005 e ha stabilito che la competenza del legislatore europeo si estende anche al di là della materia ambientale. Secondo altri autori⁷²⁰, invece, la Corte, non solo non ha espressamente stabilito che la competenza del legislatore comunitario a prescrivere sanzioni penali si estenda ad altri obiettivi e politiche europee, ma, anzi, facendo riferimento al fatto che la tutela dell'ambiente deve essere considerata un obiettivo appartenente alla politica comune dei trasporti e ritenendo, pertanto, che il legislatore comunitario può, “sulla base dell'art. 80, n. 2, CE e nell'esercizio delle attribuzioni conferitegli da tale disposizione, decidere di promuovere la tutela dell'ambiente”, abbia ricondotto anche la politica dei trasporti nell'alveo della tutela dell'ambiente, lasciando così aperti i dubbi in merito all'estensione della competenza del legislatore europeo ad altri settori. I dubbi sono stati definitivamente fugati solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e la predisposizione dell'articolo 83, par. 2 TFUE, che esplicitamente si riferisce a settori di intervento non riconducibili alla materia ambientale.

Le pronunce ora descritte rappresentano un esempio paradigmatico delle conseguenze che l'applicazione del principio di effettività comporta a livello istituzionale, nel ridelineare l'ambito di competenza del legislatore europeo. In tale occasione, pertanto, l'applicazione del principio di effettività ha portato a sostenere la necessità di criminalizzare le condotte commesse in violazione della legislazione europea. In tal senso, oltre a ribadire l'obbligo degli Stati membri di prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, la Corte di Giustizia è giunta anche ad affermare l'esistenza della competenza dell'allora Comunità a legiferare in materia penale al fine di garantire

⁷¹⁹In tal senso, J.A.E. VERVAELE, *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: in Search of a Criminal Law Policy?*, in J.A.E. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, 2014, p. 31. Tale interpretazione è stata accolta anche dalla Commissione, la quale ha adottato una direttiva in un ambito non correlato alla tutela dell'ambiente, concernente il divieto di assunzione dei migranti irregolari, includendovi la previsione di sanzioni penali. Il riferimento è a Dir. 2009/52, in GU L 168/24.

⁷²⁰In tal senso, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, terza edizione, Oxford University Press, 2012, p. 773, il quale scrive: “*More fundamentally, the Court failed to give a clear ruling on whether the EC had competence to define criminal offences with a view to protecting the environment could be integrated into a transport law measure, as in this case*”; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009, p. 84, il quale sottolinea che “*Moreover, the Court embarked on a delicate balancing act regarding the question of whether Community criminal law competence is limited to the achievement of “essential” Community objectives, or whether it extends to all Community objectives and/or policies. The Court certainly refrained from doing the latter. While it accepted that a first pillar measure with a transport legal basis may include criminal law provisions, this appears to be justified on the grounds of the strong link between the measure in question with the protection of the environment – an essential Community objective whose protection may necessitate criminal law. The extent of Community criminal law competence in this context remains thus still contested; it appears, however, that the Court has left the door open to Member States sceptical to further “communitarisation” of criminal law at this stage (before the Treaty of Lisbon enters into force) to argue that such “communitarisation” does not extend beyond measures having an environmental protection objective*”.

l'efficace attuazione delle politiche europee. In assenza di una disciplina sanzionatoria armonizzata a livello europeo, infatti, gli interessi tutelati dalla legislazione di diritto primario dell'Unione sarebbero stati posti seriamente a rischio.

La Corte di Giustizia, tuttavia, non ha esitato a dichiarare incompatibile con il diritto europeo la legislazione penale adottata a livello nazionale nel caso in cui essa impedisse l'efficace attuazione delle politiche europee. In tal caso, quindi, la giurisprudenza della Corte ha sortito l'effetto opposto, portando a ritenute incompatibili con il diritto europeo talune fattispecie di reato che erano state sanzionate alla stregua di reati in base alla legislazione penale nazionale.

Uno dei casi in cui il principio di effettività ha portato a decriminalizzare alcune fattispecie precedentemente previste come penali a livello nazionale è costituito dal caso in cui il diritto europeo ponga dei limiti alla legislazione penale nazionale al fine di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione.

La Corte di Giustizia ha, infatti, chiarito che la legislazione nazionale non può porsi in contrasto con il diritto europeo e, quindi, anche la criminalizzazione di determinati comportamenti è compatibile con il diritto dell'Unione e, quindi, lecita nella misura in cui non limiti sproporzionatamente i diritti riconosciuti dai Trattati, tanto più se sono lesi i diritti ricollegati al godimento delle quattro libertà fondamentali. Il primo caso in cui la Corte ha affermato tali principi è la decisione *Casati* in cui ha stabilito che “In via di principio, la legislazione penale e le norme di procedura penale restano di competenza degli Stati membri. Tuttavia, dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che, anche in questo settore, il diritto comunitario pone dei limiti per quel che concerne le misure di controllo ch'esso consente agli Stati membri di mantenere in vigore nell'ambito della libera circolazione delle merci e delle persone. Le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario, le modalità di controllo non devono essere concepite in modo da limitare la libertà voluta dal Trattato e non è lecito comminare in proposito sanzioni talmente sproporzionate rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo a tale libertà.”⁷²¹.

La Corte ha ripetuto tale ragionamento in successive occasioni, ponendo dei limiti alla possibilità di criminalizzare determinate condotte offensive da parte dei legislatori nazionali, nei casi in cui la disciplina adottata costituisca una violazione sproporzionata dei diritti di libertà sanciti nei Trattati e posti alla base della costruzione del mercato comune⁷²². In particolare, la legislazione di uno Stato

⁷²¹Corte di Giustizia, *Casati*, causa 203/80, del 1981, in *Racc.* p. 2595, par. 27. Autorevole dottrina (T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, seconda edizione, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 234) ha rilevato che l'approccio della Corte è basato sul principio di proporzionalità. La Corte, a suo avviso, ha quindi effettuato un *test* di proporzionalità e ha confermato tale attitudine anche nelle pronunce successive. Si legga sul punto anche S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, terza edizione, Oxford University Press, 2012, p. 777 e seguenti.

⁷²²In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia nella sentenza *Skanavi e Chryssanthakopoulos*, causa C-193/94, del 29 febbraio 1996, in *Racc.* p. I-929; sentenza *Placanica, Palazzese e Sorricchio*, procedimenti riuniti C-338/04, C-359/04 e C-360/04, del 6 marzo 2007, in *Racc.* p. I-1891; *Calfa*, causa C-348/96, del 19 gennaio 1999, in *Racc.* p. I-11. In ambito di garanzie processuali, la Corte ha altresì stabilito che la facoltà dello Stato membro di scegliere la

membro può essere ritenuta incompatibile con gli obblighi discendenti dal diritto europeo quando esso stabilisca che costituisce reato la vendita di un bene proveniente da un altro Stato membro, l'offerta di un servizio da parte dei professionisti di un altro Stato membro, così come molti casi che si sono verificati in violazione della libera circolazione dei capitali, dei lavoratori o della libertà di stabilimento.

In tali casi, l'effetto diretto degli articoli 34, 45, 49, 56 e 63 del TFUE conferisce alle persone fisiche e giuridiche il diritto di godere di tale libertà e svolgere quella determinata attività e, quindi, gli Stati membri non possono punire un individuo per aver usufruito del proprio diritto⁷²³.

Dalle pronunce della Corte è dato osservare che non è in assoluto vietato per gli Stati membri prevedere una legislazione penale che limiti le quattro libertà fondamentali tutelate dai Trattati punendo determinati comportamenti; è, infatti, possibile per lo Stato punire dette condotte, ma solamente a condizione che la sanzione prevista non violi il principio di non discriminazione e non sia sproporzionata all'obiettivo che lo Stato intende perseguire, o che la limitazione in questione rientri in una delle deroghe che è possibile apportare alle quattro libertà secondo quanto stabilito dai Trattati.

Come è possibile osservare dall'analisi di tale sentenze, la presunzione per cui la legislazione penale e di procedura penale rientrano nella competenza degli Stati membri è stata vinta dalla Corte di Giustizia sia nel caso *Casati*, che successivamente nelle cause *Commissione c. Consiglio* del 2005 e del 2007, per assicurare in entrambi i casi l'effettività del diritto europeo, ma con conseguenze diametralmente opposte. Nel primo caso, il risultato, infatti, è stato quello di limitare la facoltà di criminalizzare determinate fattispecie di reato a livello nazionale, in quanto così facendo gli Stati membri porrebbero delle limitazioni alla legislazione europea, impedendone l'efficace attuazione; nel secondo caso, il risultato è stato, invece, quello di legittimare il legislatore europeo ad imporre agli Stati membri di adottare sanzioni penali adeguate per assicurare l'effettiva attuazione delle politiche europee.

In tempi recenti, la Corte ha incluso nella propria giurisprudenza l'esigenza di porre dei limiti alla legislazione penale degli Stati membri per assicurare l'effettività delle politiche europee nello

lingua del procedimento penale può essere limitata al fine di garantire la non discriminazione nei confronti delle persone alle quali il diritto comunitario assicura diritti di parità di trattamento, così come di libertà di movimento. In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Bickel e Franz*, causa C-274/96, del 24 novembre 1998, in *Racc.* p. I-7637. Per un'analisi dei casi ora menzionati, si legga V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009, pp. 59 e seguenti.

⁷²³È possibile citare ad esempio le pronunce della Corte di Giustizia *Dassonville*, causa 8/74, del 11 luglio 1974, in *Racc.* p. 837; *Auer I*, causa 136/78, del 7 febbraio 1979, in *Racc.* p. 437; *Heylens*, causa 222/86, del 15 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4097; *Sanz de Lera*, procedimenti riuniti C-163/94, 165/94 e 250/94, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4821. Allo stesso modo, gli Stati membri non possono punire con lo strumento penale i cittadini europei con l'accusa di "immigration offences", poiché il loro diritto a risiedere in uno Stato membro è desumibile direttamente dai Trattati. Al proposito, Corte di Giustizia, sentenza *Royer*, causa 48/75, del 8 aprile 1976, in *Racc.* p. 497. Lo stesso principio è stato affermato quando gli Stati membri puniscono come reato un comportamento rientrante nella libertà di movimento o costituente un diritto riconosciuto da un atto europeo di diritto secondario. Al riguardo, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Bordessa*, procedimenti riuniti C-358/93 e C-416/93, del 23 febbraio 1995, in *Racc.* p. I-361.

Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Un caso emblematico in tal senso è rappresentato dalla sentenza *El Dridi*, in cui la Corte ha ribadito che, sebbene l'adozione della legislazione penale e delle regole di procedura penale sono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri, esse sono, tuttavia, influenzate dal diritto europeo⁷²⁴; tale influenza si ripercuote, per esempio, sulla possibilità di adottare una determinata disciplina penale. Secondo quanto stabilito dalla Corte, infatti, gli Stati membri possono non applicare leggi, anche se di natura penale, che hanno per effetto quello di rendere difficile il raggiungimento degli obiettivi perseguiti da un atto di diritto europeo, privandolo, di conseguenza, dei suoi effetti⁷²⁵. In tale pronuncia, la Corte ha confermato l'applicabilità del principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, par. 3 del TUE⁷²⁶, di cui parleremo nel prossimo paragrafo. I risultati raggiunti dalla Corte circa il principio di effettività nella sentenza *El Dridi* sono stati poi ribaditi dalla Corte in altri casi concernenti la compatibilità della legislazione penale nazionale con la Direttiva rimpatri⁷²⁷.

Tali sentenze della Corte di Giustizia sono particolarmente interessanti perché mostrano un'evoluzione della giurisprudenza della Corte. Nella giurisprudenza *El Dridi* e nei casi successivi conformi, infatti, le restrizioni alla legislazione penale nazionale sono giustificate al fine di raggiungere l'efficace attuazione della politica migratoria europea.

L'ultimo caso da prendere in considerazione in cui il principio di effettività può portare a decriminalizzare fattispecie prima costituenti reato riguarda quei casi in cui il legislatore europeo autolimita sé stesso nell'adottare misure di diritto penale, soprattutto nei casi in cui gli atti di diritto europeo prevedono l'adozione sia di sanzioni penali, che di sanzioni di natura non penale. Questa tecnica legislativa è stata adottata dalla Commissione nella proposta di direttiva concernente la previsione di sanzioni per l'abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione di mercato⁷²⁸. L'esigenza di assicurare l'effettività del diritto europeo porta in questi casi a limitare la potestà nazionale di criminalizzare determinate condotte. Nel caso di interazione tra diritto amministrativo europeo e diritto penale nazionale, la scelta del legislatore europeo di punire un determinato

724Corte di Giustizia, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU, del 28 aprile 2011, in *Racc.* p. I-03015, par. 53.

725Corte di Giustizia, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU, del 28 aprile 2011, in *Racc.* p. I-03015, par. 55.

726Corte di Giustizia, *El Dridi*, causa C-61/11 PPU, del 28 aprile 2011, in *Racc.* p. I-03015, par. 56.

727Corte di Giustizia, sentenza *Achughbavian*, causa C-329/11, del 6 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-12695; *Sagor*, causa C-430/11, del 6 dicembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); *Filev and Osmani*, causa C-297/12, del 19 dicembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

728Si legga al riguardo la *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, Bruxelles, 20 ottobre 2011, COM(2011) 654 definitivo, 2011/0297 (COD), {SEC(2011) 1217}, {SEC(2011) 1218}. Il testo finale è la **Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato)**, in GU L 173 del 12 giugno 2014, pp. 179-189. Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), COM(2011) Bruxelles, 20.10.2011 651 definitivo, 2011/0295 (COD), {SEC(2011) 1217 definitivo}, {SEC(2011) 1218 definitivo} accompanying a proposal for a Regulation under Article 114 TFEU (COM (2011) 651 final, Brussels, 20 October 2011. Il regolamento che ne è seguito è il **Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione**, in GU L 173 del 12 giugno 2014, pp. 1-61.

comportamento offensivo, nel caso di specie, l'abuso di mercato, mediante mere sanzioni amministrative, e non penali, significa che l'effettività del diritto europeo sarebbe menomata se gli Stati membri decidessero di attuare una risposta sanzionatoria più grave, di natura penale⁷²⁹. La legislazione penale nazionale correrebbe anche il rischio in tal caso di essere incompatibile con il principio di proporzionalità, disciplinato nell'articolo 49, par. 3 della Carta⁷³⁰. Seppure in via indiretta, pertanto, anche in tal caso la necessità di garantire l'effettività del diritto europeo può limitare la criminalizzazione di certe fattispecie a livello nazionale e portare, invece, ad una decriminalizzazione di fattispecie già punite con il più alto grado di sanzione, quella penale⁷³¹.

4.1.1.1.7 Definizione del contenuto e dell'ambito applicativo del principio di effettività

Dalle sentenze sopra esaminate non è, tuttavia, agevole definire il contenuto del principio di effettività o delimitarne l'ambito applicativo.

Per quanto riguarda le sentenze adottate dalla Corte di Giustizia nel 2005 e nel 2007 nei casi ambientali, in particolare, il riferimento al principio di effettività ivi contenuto non permette di enucleare tutte le situazioni, in concreto, in cui il legislatore comunitario può adottare una disciplina armonizzatrice della legislazione penale degli Stati membri.

Come evidenziato dall'Avvocato Generale Mazák, infatti, l'effettività, sotto vari aspetti, non costituisce un criterio preciso per stabilire la competenza ad adottare provvedimenti inerenti il diritto penale, dal momento che è difficile determinare quando le norme di uno specifico settore non sono sufficientemente efficaci o “pienamente efficaci” e necessitano quindi dello strumento del diritto penale⁷³².

A tal proposito, è anche difficile stabilire in quali circostanze le sanzioni penali rappresentino lo strumento migliore per garantire l'effettiva attuazione del diritto, dal momento che non è possibile presumere che le sanzioni penali siano sempre lo strumento più adeguato.

La Commissione nella propria comunicazione ha fatto riferimento al requisito della necessità e della coerenza e la Corte, pur non prevedendolo esplicitamente, ha a sua volta richiamato la necessità che il ricorso al diritto penale sia “necessario” o “indispensabile” per garantire l'efficace attuazione del diritto europeo. Il fatto che la competenza sia di tipo funzionale comporta altresì che le condizioni dell'adozione di provvedimenti mediante il diritto penale e la procedura legislativa adottata

⁷²⁹Giunge a tali conclusioni V. MITSILEGAS, *From Overcriminalisation to Decriminalisation, The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, 2014, p. 423.

⁷³⁰L'articolo 49, par. 3 della Carta prescrive: “*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”.

⁷³¹Nello stesso senso, si legga V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law Competence After Lisbon: From Securitised to Functional Criminalisation*, in D. ACOSTA, C. MURPHY (a cura di), *EU Security and Justice Law*, Hart, 2014, pp. 110–129.

⁷³²Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák, presentate il 28 giugno 2007, in relazione alla causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., par. 115 e seguenti.

dipendano dal settore dell'azione comunitaria entro cui si agisce e varino di conseguenza.

L'indeterminatezza della portata applicativa della competenza dell'Unione in materia penale poteva essere scongiurata solamente mediante la creazione di un'apposita base giuridica nei Trattati, per cui si è dovuto attendere l'entrata in vigore del trattato di Lisbona e l'inserimento nel corpo dei Trattati degli Articoli 82 TFUE e 83 TFUE.

L'articolo 83, par. 2 TFUE, in particolare, attribuisce al legislatore europeo la competenza a stabilire tramite direttive norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in un settore in cui “il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione”. La formulazione dell'articolo 83, par. 2 TFUE accoglie una concezione funzionale del diritto penale, secondo quanto prescritto dalla Corte nelle prima menzionate sentenze *Commissione c. Consiglio*, del 2005 e del 2007; il diritto penale è, quindi, considerato un mezzo per raggiungere un fine, e il fine consiste nell'efficace attuazione delle politiche europee⁷³³.

Il rischio di eccessiva criminalizzazione in questo contesto è dovuto al fatto che l'attenzione potrebbe essere spostata dall'interrogativo se il legislatore europeo abbia la competenza di legiferare, al problema di definire la questione sostanziale se la criminalizzazione è il modo più efficace per assicurare l'effettività. Al fine di evitare questo rischio, l'articolo 83, par. 2 TFUE è, pertanto, strutturato in modo tale che siano necessari altri due requisiti affinché il legislatore europeo possa esercitare la propria competenza: in particolare, le misure penali devono essere “essenziali” per garantire l'effettiva attuazione delle politiche europee “in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione”.

Come avremo modo di precisare nel prossimo capitolo⁷³⁴, il problema maggiore è definitorio, poiché il Trattato usa il termine “essenziale”, senza però indicare quali situazioni devono essere considerate “essenziali”⁷³⁵. Deve essere altresì chiarita la portata del requisito della previa armonizzazione della legislazione di quel settore, cercando di comprendere perché il legislatore europeo abbia fatto riferimento alle politiche e non agli obiettivi dell'Unione⁷³⁶.

Il contenuto del principio di effettività nel diritto penale è allo stato attuale oggetto di discussione, dal momento che nessun atto legislativo europeo ne definisce il contenuto, limitandosi a stabilire che deve essere garantita l'effettività del diritto dell'Unione, senza meglio specificare cosa debba intendersi per “effettività” in ambito penale⁷³⁷. L'unico organo deputato a fornire la corretta

⁷³³In tal senso, V. MITSILEGAS, *The Transformation of Criminal Law in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 2007, vol. 26, pp. 1–32.

⁷³⁴Si veda al riguardo il Capitolo I, titolo I, Parte Prima.

⁷³⁵Si legga, al proposito, anche J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 19, 2011, pp. 289–318, in particolare, p. 290.

⁷³⁶Si legga, al riguardo P. CRAIG, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, OUP, 2010, p. 365.

⁷³⁷Al riguardo, anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato

interpretazione di tale concetto a livello europeo, se non il legislatore, è la Corte di Giustizia, nelle cui sentenze è infatti dato rintracciare il tentativo di definire il concetto.

In particolare, l'Avvocato Generale Kokott nelle conclusioni presentate in relazione alla sentenza *Berlusconi*⁷³⁸ ha tentato di stabilire cosa debba intendersi in concreto per proporzionalità, efficacia e capacità dissuasiva delle sanzioni. Prendendo in considerazione il requisito dell'effettività delle stesse che in tale sede interessa, la stessa ha sottolineato che una disciplina sanzionatoria è efficace nel caso in cui sia strutturata in modo tale che “l'irrogazione della sanzione prevista (e quindi la realizzazione degli scopi previsti dal diritto comunitario) non venga resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile”⁷³⁹⁷⁴⁰.

Ad avviso della stessa, tale carattere deriva dal principio di effettività, “il quale secondo la giurisprudenza, trova applicazione in tutti i casi in cui una fattispecie ha una relazione con il diritto comunitario, ma - ad esempio, per la procedura da seguire - non esiste una disciplina comunitaria e di conseguenza gli Stati membri applicano norme nazionali”⁷⁴¹. L'Avvocato Generale prosegue nel proprio ragionamento stabilendo che “il principio di effettività non si applica solo quando un soggetto fa valere i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario nei confronti di uno Stato membro, ma anche al contrario, quando uno Stato membro applica nei confronti di un soggetto i precetti del diritto comunitario”⁷⁴². Nel definire la portata del requisito dell'effettività, occorre altresì

Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, Bruxelles, 20.9.2011 COM(2011) 573 definitivo, p. 3, nel paragrafo rubricato “garantire un'applicazione efficace” ha ribadito quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nel 2005 e nel 2007 e, successivamente, trasposto nell'articolo 83, par. 2 TFUE ma non ha chiarito cosa debba intendersi per “effettività” in ambito penale. Nella Comunicazione possiamo leggere, infatti: “*Il diritto penale può svolgere un ruolo importante nell'assicurare l'attuazione delle politiche dell'Unione europea, che dipendono da una loro esecuzione effettiva da parte degli Stati membri. Da sola, l'Unione non può garantire che le sue norme, che vanno dalla tutela dell'ambiente e la conservazione delle risorse ittiche alla sicurezza stradale, alla regolamentazione dei servizi finanziari, alla tutela dei dati personali e alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione, producano sui cittadini l'effetto sperato. Gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che le politiche dell'Unione vengano applicate e di norma possono decidere autonomamente in merito ai mezzi di esecuzione. Al riguardo, sono di fondamentale importanza i controlli e le ispezioni. Laddove le scelte degli Stati membri non portino ai risultati attesi e i livelli di attuazione rimangano disomogenei, l'Unione può stabilire norme comuni relative alle modalità di attuazione, ivi comprese, se necessarie, sanzioni penali per le violazioni del diritto dell'Unione*”.

738Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nella causa *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in *Racc.* p. I - 3568.

739Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nella causa *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, cit., par. 88.

740L'Avvocato Generale Van Gerven nelle conclusioni da lui presentate il 5 dicembre 1989 nella causa *Hansen*, causa C-326/88, del 5 dicembre 1989, in *Racc.* 1990, p. I-2930, stabilisce che *efficace*, a suo avviso, “significa tra l'altro che gli Stati membri sono tenuti a cercare di raggiungere e a realizzare gli scopi delle disposizioni di diritto comunitario di cui trattasi”.

741Lo stesso Avvocato Generale si riferisce a tal proposito alle sentenze *Delena Wells*, causa C-201/02, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-723, par. 67, ove figurano ulteriori riferimenti), e *Peterbroeck*, causa C-312/93, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4599, par. 12.

742Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nella causa *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, cit., par. 88, in cui cita ad esempio le sentenze *Commissione c. Spagna*, causa C-404/00, del 26 giugno 2003, in *Racc.* p. I-6695, par. 24; *Oelmühle Hamburg e Schmidt Söhne*, causa C-298/96, del 16 luglio 1998, in *Racc.* p. I-4767, par. 24, e *Deutsche Milchkontor e a.*, procedimenti riuniti 205/82-215/82, del 21 settembre 1983, in *Racc.* p. 2633, par. 19.

esaminare quello dell'efficacia dissuasiva, poiché, come sottolineato dall'Avvocato Generale Kokott nel proprio ragionamento, il profilo della capacità dissuasiva si sovrappone a quello dell'efficacia nel momento in cui si debba considerare la probabilità con la quale la stessa possa essere irrogata. Una sanzione è, infatti, dissuasiva nel caso in cui induca l'individuo ad astenersi dal violare gli scopi e le norme di diritto comunitario⁷⁴³. A tal proposito, l'Avvocato Generale sottolinea che non contano solo il tipo e la misura della sanzione⁷⁴⁴, ma anche “la probabilità con la quale la stessa può essere irrogata: chi commette un'infrazione deve temere di essere effettivamente punito con una sanzione”⁷⁴⁵.

Come parte della dottrina ha rilevato⁷⁴⁶, tuttavia, il ragionamento circa l'effettività e la l'efficacia dissuasiva delle sanzioni svolto dall'Avvocato Generale è valido nell'ambito di uno studio sulla deterrenza effettuato secondo uno scenario di analisi economica del diritto classico, in cui cioè gli autori dei reati sono soggetti che calcolano razionalmente le conseguenze delle proprie azioni. Se un potenziale criminale svolge previamente un'analisi razionale dei costi e benefici valuterà, infatti, l'entità della pena calcolando la probabilità di detenzione, la rapidità con cui la stessa verrà irrogata⁷⁴⁷, la probabilità di essere condannato e la severità della potenziale sanzione⁷⁴⁸. In questa ottica secondo cui la probabilità di commettere un reato diminuisce all'aumentare della severità della sanzione, prontezza nel sanzionare e l'elevato rischio che il periodo di detenzione debba essere scontato, risulta sensato il ragionamento proposto dall'Avvocato Generale Kokott, in base al quale l'effettività di una sanzione dipende anche dalla probabilità con la quale la stessa può essere irrogata.

Del pari, risulta ficcante la definizione fornita dall'Avvocato Generale Kokott rispetto al principio di effettività, secondo cui le sanzioni penali, per essere effettive devono essere idonee a perseguire la realizzazione degli scopi previsti dal diritto europeo⁷⁴⁹. Pur essendo una definizione ampia e non circoscritta che può essere oggetto di molte interpretazioni, rispecchia il contenuto delle definizioni

⁷⁴³Si era espresso nello stesso ordine di idee l'Avvocato Generale Van Gerven nelle conclusioni da lui presentate il 5 dicembre 1989 nella causa *Hansen*, causa C-326/88, del 5 dicembre 1989, in *Racc.* 1990, p. I-2930, paragrafo 8, in cui si legge che “I termini “dissuasive” e “proporzionali” significano che le sanzioni debbono essere sufficienti ma non sproporzionate quanto al loro rigore, alla luce degli scopi perseguiti”.

⁷⁴⁴Al proposito, come evidenziato dall'Avvocato Generale stesso, vengono in rilievo le sentenze *Commissione c. Irlanda*, causa C-354/99, del 18 ottobre 2001, in *Racc.* p. I-7670, par. 47, inoltre le conclusioni dell'avvocato generale Geelhoed presentate il 5 aprile 2001, in *Racc.* p. I-7660, par. 27, nonché le sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Regno Unito*, causa C-382/92, dell'8 giugno 1994, in *Racc.* p. I-2435, par. 56-58, e *Commissione c. Regno Unito*, causa C-383/92, dell'8 giugno 1994, in *Racc.* p. I-2479, par. 41 e 42.

⁷⁴⁵Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nella causa *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, cit., par. 89.

⁷⁴⁶J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, pp. 370-387.

⁷⁴⁷Si veda al riguardo R. PATERNOSTER, *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, 100, p. 765,783.

⁷⁴⁸Per un approfondimento sul tema, si legga G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169, 207-209; J. BENTHAM, *The Rationale of Punishment*, pubblicato da Robert Heward nel 1830, pp. 19-20.

⁷⁴⁹Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nella causa *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, cit., par. 88.

fornite sia dalla Commissione che dalla Corte di Giustizia.

La Commissione ha, infatti, statuito che “l'effettività implica che la sanzione sia adeguata all'ottenimento del risultato auspicato, ossia il rispetto delle norme europee”⁷⁵⁰ e la Corte nel caso *Commissione c. Consiglio* del 2007 ha adottato un concetto di effettività molto simile a questo. Dalla sentenza della Corte, infatti, si ricava che l'effettività si riferisce alla capacità delle sanzioni penali di assicurare il rispetto della normativa europea⁷⁵¹.

In base a tale definizione, quindi, in conclusione il diritto penale è efficace nell'attuazione delle politiche dell'Unione se contribuisce al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel settore di intervento preso in considerazione e se contribuisce all'attuazione delle regole europee che le disciplinano⁷⁵².

Alla luce di tale definizione bisogna, pertanto, leggere la prima parte del secondo paragrafo dell'articolo 83 TFUE; il legislatore europeo dovrà di volta in volta verificare se le sanzioni penali garantiscono la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in conformità con il rispetto della disciplina sostanziale che regola la materia. Se tale requisito non è soddisfatto, l'Unione non può esercitare la propria competenza in base a questa disposizione.

La verifica circa l'effettività della misura penale adottata va tenuta distinta dallo scrutinio circa il rispetto del requisito dell'“indispensabilità” della misura penale⁷⁵³, il cui vaglio è ora espressamente richiesto dall'articolo 83, par. 2 TFUE, in cui si legge che “allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela *indispensabile* per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel

750In tal senso sia Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, Bruxelles, 20.9.2011 COM(2011) 573 definitivo, p. 11, nel riquadro intitolato: “*Quale può essere il contenuto di norme minime di diritto penale dell'Unione?*”, che Commission, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, Accompanying Document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: *Reinforcing sanctioning regimes in the financial services sector*, SEC(2010) 1496 final, p. 4 e 11, in cui si legge, rispettivamente che “*to be effective, sanctions must achieve the aim of the legislative act*” e “*sanctions can be considered effective when they are capable of ensuring compliance and consequently effective application of EU law*”.

751Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 68-69.

752Parimenti, alle medesime conclusioni, J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, cit.. Si legga, in proposito, anche Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM 2011/573, cit., p. 11; la sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit.; M. G. FAURE *The Implementation of the Environmental Crimes Directives in Europe*, Ninth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement, 2011, 6, consultabile online al seguente indirizzo: <http://inece.org/conference/9/proceedings/41_Faure.pdf>.

753Ritiene due requisiti separati quello dell'effettività e quello dell'indispensabilità, J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, cit.. E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart, 2012, pp. 57-60 affronta, invece, l'argomento della verifica circa la maggiore effettività delle misure penali rispetto a quelle non penali nel capitolo relativo all'“*Effectiveness in the Context of Case C-176/03*”, non differenziandolo in tale sede dal principio di indispensabilità, o *ultima ratio* del diritto penale.

settore in questione possono essere stabilite tramite direttive”⁷⁵⁴.

La necessaria verifica della sussistenza di tale requisito era già stata evidenziata dalla Corte di Giustizia nelle cause in materia ambientale del 2005 e del 2007, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; in tali sentenze, come abbiamo visto, la Corte aveva, infatti, ritenuto che per stabilire se fosse necessario adottare una normativa penale a livello europeo, occorreva effettuare, accanto ad una verifica circa l'effettività della misura, un controllo in merito alla necessità della misura penale per raggiungere quell'obiettivo.

Pur senza soffermarci in tale sede sullo studio delle caratteristiche che deve rivestire il principio di “indispensabilità” in materia penale⁷⁵⁵, occorre esaminarne le differenze e, al tempo stesso, i punti di contatto con il principio di effettività⁷⁵⁶, al fine di illuminare le caratteristiche di quest'ultimo in ambito di diritto penale europeo.

Dal punto di vista linguistico, il termine “indispensabile” connota la qualità di qualcosa che è essenziale o assolutamente necessario nell'ottenimento di un dato obiettivo⁷⁵⁷.

Dal punto di vista sistematico, occorre invece analizzare la relazione tra il principio di indispensabilità e il principio di effettività. Molti autori in dottrina hanno considerato che il primo fosse assorbito nella definizione del concetto di effettività⁷⁵⁸. Altri autori hanno fatto riferimento alle caratteristiche del principio di indispensabilità, riconducendolo, pur sempre, nell'alveo del principio di effettività poiché strettamente interconnessi. A tali autori, occorre, tuttavia, riconoscere il merito di aver analizzato in modo critico entrambi gli aspetti⁷⁵⁹. Mentre la verifica del rispetto del principio di effettività implica la necessità di stabilire se le leggi penali contribuiscono in alcun modo all'attuazione delle politiche europee, lo scrutinio circa il rispetto del principio di indispensabilità richiede di stabilire se le sanzioni penali sono più efficaci di quelle non aventi natura penale nel garantire l'attuazione delle politiche europee in termini di dissuasione e raggiungimento degli obiettivi sottesi alla legislazione europea in oggetto. Il vaglio che dovrà essere compiuto, in prima istanza, dal legislatore europeo e, in secondo luogo, dalla Corte di Giustizia è, pertanto duplice.

Nello stabilire se sia effettivamente necessario ricorrere ad un sistema sanzionatorio penale, il

⁷⁵⁴Articolo 83, par. 2 TFUE. Il corsivo è nostro.

⁷⁵⁵Per tale analisi si rinvia al Capitolo Primo, Titolo Primo, Parte prima.

⁷⁵⁶Per un'analisi approfondita sul punto, si consiglia la lettura di J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, cit..

⁷⁵⁷È possibile trovare riscontro di quanto affermato nel testo in tutti i più noti dizionari della lingua italiana e per i termini corrispondenti nelle altre lingue europee, è possibile trovare il medesimo significato nei rispettivi dizionari. Per un'analisi del termine nelle sette principali versioni linguistiche del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, si legga J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, cit., p. 9.

⁷⁵⁸Cfr., in tal senso, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, OUP, 2011, pp. 762-766, 774-777; M. DOUGAN, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, OUP, 2012, pp. 108-113; C. TOBLER, *Case C-176/03, Commission v Council*, in *Common Market Law Review*, 43, 2006, pp. 847-849.

⁷⁵⁹Cfr., in tal senso, E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, cit., pp. 57-60; E. HERLIN-KARNELL, *EU Competence in Criminal Law after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (a cura di), *EU Law After Lisbon*, OUP, 2012, pp. 338-344.

legislatore dovrà previamente verificare che le sanzioni amministrative o di altra natura non siano nel caso di specie più efficaci di quelle penali. A tal proposito, non è corretto, infatti, dare per scontato che le sanzioni penali siano di per sé più efficaci, poiché in tal caso l'esplicito riferimento che il legislatore europeo ha compiuto nell'articolo 83, par. 2 TFUE e che la Corte di Giustizia ha precedentemente riconosciuto come essenziale, al carattere "indispensabile" della misura sarebbe superfluo.

Al riguardo, alcuni autori, a commento della sentenza emanata dalla Corte nella causa C-176/03, hanno sottolineato che a loro avviso l'idea che il diritto penale sia sempre l'arma più effettiva con cui proteggere l'ambiente è ingenua, poiché le sanzioni amministrative sono spesso più efficienti⁷⁶⁰. Secondo tale ordine di idee, infatti, le sanzioni amministrative irrogate in base ad un sistema di responsabilità oggettiva sono molto più efficaci delle sanzioni penali, le quali richiedono che prima venga accertato l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, la cui esistenza deve essere provata, come di tutti gli elementi costitutivi del reato, oltre la soglia del ragionevole dubbio⁷⁶¹.

A supporto della maggiore efficacia delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali sono state, inoltre, portate altri tre ordini di ragioni.

È stato rilevato, in primo luogo, che il diritto penale costituisce uno strumento deterrente efficace solo se crea norme che sono corrispondenti al sentire sociale di una determinata società⁷⁶². Il fatto che le persone si conformino al precetto penale dipende dalla circostanza se la legislazione penale corrisponda alle aspettative dei cittadini riguardo a cosa debba considerarsi un comportamento riprovevole e, quindi, punibile penalmente⁷⁶³.

In secondo luogo, è stato accertato che la minaccia di sanzioni penali costituisce un deterrente effettivo solo se è correlata con la percezione soggettiva del rischio e minaccia di sanzione; in tal senso, è stato rilevato che non vi è necessariamente correlazione tra la sanzione legalmente imposta e la percezione soggettiva del rischio di punizione⁷⁶⁴.

Infine, la dottrina giuridica e criminologica ha più volte evidenziato che la minaccia di una determinata sanzione sortisce il suo effetto solo quando i potenziali trasgressori sono attori

⁷⁶⁰In questi termini, M. FAURE, *European Environmental Criminal Law: Do we really Need it?*, in *European Environmental Law Review*, 13, 2004, p. 18.

⁷⁶¹In tali termini, E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, cit., p. 58.

⁷⁶²Per un approfondimento del tema, si legga G. S. MOOHR, *An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime*, in *Florida Law Review*, 2003, 55, p. 937 e seguenti; R. A. KAGAN, J. T. SCHOLZ, *The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Strategies*, in K. HAWKINS, J. M. THOMAS (a cura di), *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff, 1984, pp. 71-72; D. M. KAHAN, *Social influence, Social Meaning and Deterrence*, in *Virginia Law Review*, 1997, 83 p. 349 e seguenti; I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, OUP, 1992, pp. 22-23.

⁷⁶³Si legga al riguardo J. T. SCHOLZ, N. PINNEY, *Duty, Fear, and Tax Compliance: The Heuristic Basis of Citizenship Behaviour*, in *American Journal of Political Science*, 1995, 39, p. 490, pp. 508-509. Tali autori hanno effettuato una ricerca sul sistema di tassazione negli Stati Uniti e hanno avuto modo di verificare che gli individui non si attengono ai precetti legislativi per paura delle sanzioni, ma per il senso del dovere, perché ritengono di avere un obbligo morale di aderirvi.

⁷⁶⁴Al riguardo, R. PATERNOSTER, *How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence?*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 100, 2010, pp. 785-787.

“razionali”; in tal senso, val la pena ricordare che non tutti gli individui hanno la capacità di identificare i comportamenti illeciti, valutare i rischi della propria condotta o effettuare una scelta razionale⁷⁶⁵.

Dai rilievi ora evidenziati, si desume che la verifica circa la maggiore effettività delle misure penali rispetto a quelle amministrative non riveste carattere meramente formale e non deve essere data per scontata. Tale verifica si iscrive, tuttavia, nello scrutinio circa il rispetto del principio di indispensabilità, in base al quale il diritto penale, oltre che effettivo, deve risultare indispensabile per ottenere gli obiettivi prescritti dalla legislazione europea. A tal proposito, occorre, quindi, chiedersi quali sono le prove necessarie per dimostrare l'assoluta necessità delle leggi penali.

In tale sede non approfondiremo l'argomento poiché inerente al requisito dell'indispensabilità del diritto penale e non tanto a quello dell'effettività, che riteniamo distinto dal primo⁷⁶⁶. Analizzeremo, tuttavia, le soluzioni proposte al fine di ricavare principi utili che valgono anche per l'accertamento del principio di effettività.

Innanzitutto, occorre premettere che è necessario ricercare nei documenti preparatori delle proposte legislative, come valutazioni di impatto o documenti preparatori che spiegano le ragioni sottese alla proposta legislativa, prove “rilevanti”. La Corte, nell'esame di ogni singolo atto legislativo deve, quindi, valutare prove rilevanti per valutare se la discrezionalità è stata legittimamente spesa dal legislatore europeo⁷⁶⁷. Al fine di provare che il requisito dell'assoluta necessità della misura penale è stato rispettato, è, infatti, necessario provare che le misure penali adottate hanno un effetto più deterrente e sono, in sostanza, più efficaci, di quelle amministrative o di altra natura, non penali.

Nel definire, il requisito della “rilevanza”, la Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione e altri c. Kadi*⁷⁶⁸, ha stabilito che deve essere preso in considerazione sia il dato quantitativo che quello qualitativo. Dal punto di vista quantitativo, per provare la maggiore efficacia delle sanzioni penali, occorre fare riferimento a più di una fonte. Sostenere la maggiore efficacia di una determinata misura penale sulla sola base di uno studio o un articolo scientifico, è, in via di principio, insufficiente.

Dal punto di vista qualitativo, inoltre, occorre prendere in considerazione prove che siano affidabili e attendibili; tra tale tipo di fonti si annoverano gli studi statistici, gli studi di analisi politica, o gli

765Cfr. al proposito, D. C. LANGENVOORT, *On Leaving Corporate Executives Naked, Homeless and Without Wheels: Corporate Fraud, Equitable Remedies, and the Debate Over Entity Versus Individual Liability*, in *Wake Forest Law Review*, 42, 2007, p. 635; J. C. COFFEE Jr, *No Soul To Damn - No Body To Kick - An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 79, 1981, p. 400.

766Per un'analisi approfondita e ragionata dell'argomento, si rinvia a J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, cit., p. 12 e seguenti.

767In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Spagna c. Consiglio*, causa C-310/04, del 7 settembre 2006, in *Racc.* p. I-07285, par. 122-123 e 133-134.

768Corte di Giustizia, sentenza *Commissione e altri c. Kadi*, detta 'Kadi II', procedimenti riuniti C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, del 18 luglio 2013, par. 151-162. Al riguardo, si legga E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, cit., p. 59; P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU - Towards an Area of Freedom, Security & Justice - Part I*, *Jure*, 2013, p. 131.

articoli scientifici. Non sono, quindi, sufficienti convinzioni stereotipate e prive di fondamento logico, ma basate solo sul sentito dire, essendo, al contrario, necessario utilizzare a supporto delle proprie conclusioni articoli di dottrina rilevanti o articoli scientifici rilevanti.

Al riguardo, occorre sottolineare che tuttavia tale *standard* probatorio non è stato utilizzato dalla Corte di Giustizia, la quale ha, al contrario, in molti casi quasi del tutto omissivo il controllo circa il rispetto del principio di assoluta necessità della sanzione penale.

La Corte, infatti, anche nei casi che abbiamo sopra nel testo analizzato, nelle cause C-176/03 e 440/05, in materia ambientale, si è meramente limitata ad accettare la constatazione del Consiglio che le sanzioni penali fossero indispensabili in tali casi per l'efficace attuazione del diritto europeo in concreto oggetto di controversia⁷⁶⁹. La Corte si è, quindi, limitata ad accettare, senza alcuna verifica, la valutazione del Consiglio, il quale, a sua volta, senza ulteriori verifiche, aveva solamente affermato che le misure penali fossero necessarie per il raggiungimento degli obiettivi previsti dai Trattati.

A tal proposito, non si concorda con quanti sostengono che il giudice non possa effettuare un esame approfondito circa l'indispensabilità delle misure penali per assicurare il rispetto della legislazione europea. Tali autori ritengono, infatti, che questo sindacato è riservato al legislatore, poiché a loro avviso avrebbe una connotazione meramente politica⁷⁷⁰.

A nostro avviso, invece, il sindacato da parte del giudice in materia penale deve essere quantomeno di pari intensità rispetto a quello compiuto dalla Corte nelle altre materie di competenza dell'Unione, nelle quali è utilizzato il criterio del “manifestamente inappropriato”, considerata l'importanza dei beni giuridici che il diritto penale tutela e i diritti fondamentali delle persone, quali la stessa libertà personale, di cui vengono privati gli individui con l'irrogazione della sanzione penale.

Lasciare al solo legislatore la scelta di decidere se una misura di carattere penale sia veramente necessaria comporterebbe, infatti, anche la violazione del principio generalmente riconosciuto a livello europeo secondo cui il diritto penale deve costituire l'*ultima ratio* e comporterebbe una grave

⁷⁶⁹In tal senso, Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, cit., par. 50 e Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, cit., par. 68, nonché Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák presentate il 28 giugno 2007, cit., par. 119, 121. Tale interpretazione risulta addirittura più restrittiva di quella adottata in generale nella verifica del rispetto del principio di proporzionalità in riferimento agli atti legislativi normativi dell'Unione. In tale ambito ha, infatti, adottato il criterio del “manifestamente inappropriato” per stabilire se un atto avesse violato o meno il principio di proporzionalità. In base a tale giurisprudenza, pertanto, le misure penali sarebbero ritenute inadeguate solo se “manifestamente inappropriate” per raggiungere l'efficace attuazione di una specifica politica dell'Unione. Vedi, al riguardo, P. CRAIG, *EU Administrative Law*, OUP, 2012, pp. 592-602, con il relativo riferimento alla giurisprudenza della Corte rilevante in materia. Si leggano, comunque, Le sentenze della Corte di Giustizia *Swedish Match*, causa C-210/03, del 14 dicembre 2004, in *Racc.* p. I-11893, par. 36-45, 48; *Parlamento c. Consiglio*, procedimenti riuniti C-317/04 e C-318/04, del 30 maggio 2006, in *Racc.* p. I-04721, par. 56, 57, 60, 67-69.

⁷⁷⁰Tale argomento è sostenuto da M. DOUGAN, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law* in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, cit., p. 102.

violazione dei diritti degli individui⁷⁷¹ in una società che considera quale valore fondamentale lo Stato di diritto, come nel caso dell'Unione europea⁷⁷², e che ritiene diritto fondamentale il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo⁷⁷³. Come noto, infatti, in base al principio secondo cui l'Unione si fonda sul principio dello Stato di diritto, le istituzioni europee sono soggette al sindacato circa la conformità dei propri atti con i Trattati e i principi generali di diritto, così come lo sono gli atti emanati negli Stati membri quando danno attuazione al diritto europeo⁷⁷⁴. Una tale interpretazione del potere della Corte di sindacare l'operato del legislatore europeo in punto di necessità della legislazione penale risulta, pertanto, inaccettabile⁷⁷⁵.

Si ritiene, pertanto, che la Corte di Giustizia debba eseguire un controllo più approfondito sulle ragioni che hanno portato il legislatore europeo ad adottare una disciplina di diritto penale, soprattutto per quanto riguarda la verifica del rispetto del principio di necessità delle misure penali, in base al quale è dato stabilire che altre misure coercitive meno invasive fossero insufficienti a

771 Si leggano, al proposito, G. DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 13, 1993, p. 105, 113, 147; M. KAIAFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *European Criminal Law Review*, vol. 1, 2011, pp. 17-21; S. MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 3, 2013, p. 45, 52.

772 L'inclusione dello "stato di diritto" tra i valori fondamentali cui l'Unione europea si ispira è testimoniata anche dal paragrafo 2 e 4 del Preambolo al Trattato sull'Unione europea, in cui si legge, rispettivamente: "ISPIRANDOSI alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto" e "CONFERMANDO il proprio attaccamento ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto". Esso è altresì inserito tra i valori su cui si fonda l'Unione europea, come si legge all'articolo 2 TUE, che recita: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". Al riguardo, si legga anche l'articolo 21 TUE, che stabilisce: "L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale". Lo "stato di diritto" figura altresì tra i principi fondamentali tutelati con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al cui secondo paragrafo del Preambolo si legge: "Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". In alcune sentenze la Corte di Giustizia ha inoltre definito il Trattato economico comunitario "la carta costituzionale di una Comunità basata sullo stato di diritto". Cfr., al riguardo, sentenza *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, del 23 aprile 1986, *Racc.* p. 01339, par. 23; Parere 1/91, *European Economic Area*, del 14 dicembre 1991, *Racc.* p. I-06079, par. 21; *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, procedimenti riuniti C-402 e 415/05 P, del 3 settembre 2008, in *Racc.* p. I-6351, Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro, presentate il 16 gennaio 2008, par. 34 e 45.

773 A livello europeo, si legga in tal senso la codificazione di tale principio nell'articolo 47, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

774 In tal senso, si è espressa la giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, tra cui, ad esempio, le sentenze *Gestoras Pro Amnistia c. Consiglio*, causa C-354/04 P, del 27 febbraio 2007, *Racc.* p. I-01579, par. 51; *Segi c. Consiglio*, causa C-355/04 P, del 27 febbraio 2007, in *Racc.* I-01657, par. 51; *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* I-03633, par. 45.

775 Si veda, altresì B. V. HARRIS, *Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy*, in *Cambridge Law Journal*, 62, 2003, p. 631 e seguenti.

raggiungere gli obiettivi prefissati dai Trattati⁷⁷⁶.

Un'altra importante questione da affrontare in relazione al principio di effettività, che potrebbe svuotare di significato l'affermazione che la verifica circa il rispetto del principio di effettività debba essere basata su criteri oggettivi, è quella della funzione simbolica del diritto penale.

Al proposito, occorre altresì ricordare quanto stabilito dall'Avvocato Generale Colomer nelle conclusioni rese nella causa C-176/03, in cui ha affermato che “le sanzioni amministrative spesso sono sufficienti, ma non assicurano una tutela adeguata in tutti i casi di danni gravi. La sanzione penale, invece, determina una pressione maggiore che può portare in molti casi al rispetto delle norme”; per tale motivo, “l'ingresso dell'ecologia nei codici persegue, oltre a una maggiore efficacia delle misure di prevenzione generale, il rafforzamento della coscienza del pubblico per quanto riguarda la “lesività” sociale degli atti contro la natura, riaffermando l'elevazione dei beni giuridici ambientali allo stesso rango dei classici valori tutelati dal diritto penale”. Ad avviso dello stesso, infatti, “non si deve dimenticare la *dimensione etica* della sanzione penale: quando si persegue penalmente un comportamento, si ritiene che esso sia meritevole della massima riprovazione in quanto trasgressione ai fondamenti dell'ordinamento giuridico”⁷⁷⁷.

Se si accoglie una visione simbolica, pertanto, la sanzione penale, avente una dimensione etica e stigmatizzante, viene considerata di per sé deterrente ed efficace, anche se in pratica non ci sono prove concrete che ne accertano tale effetto⁷⁷⁸. Sul punto, risulta particolarmente interessante l'analisi svolta da parte di quella dottrina⁷⁷⁹ che ha analizzato la diversa struttura che dovrebbe assumere il Procura europea a seconda dell'obiettivo che si intende perseguire con la sua istituzione. Da tale analisi, pertanto, comprendiamo agilmente l'importanza dell'esame di tale questione nell'ambito del lavoro che stiamo svolgendo. Se assumessimo, infatti, che il diritto penale e l'istituzione della Procura europea abbiano solamente una funzione simbolica, non vi sarebbe la necessità di provare che lo stesso serva ad assicurare l'effettività delle politiche europee; ciò

⁷⁷⁶Non riteniamo opportuno soffermarci in tale sede sull'analisi del grado di sindacato che può esercitare la Corte di Giustizia, in quanto non strettamente pertinente al principio di effettività, ma per un'analisi compiuta della questione, si rinvia a J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, cit., p. 17 e seguenti, in cui si legge: “*The suggestion here is that the Court should employ a procedural review enquiry to check for compliance under Article 83(2) TFEU. Procedural review of the ‘essentiality’ condition allows the Court to control compliance with the ‘essentiality’ condition without intruding upon the Union legislator’s margin of appreciation to the appropriateness of a criminal law measure. Procedural review also facilitates the judicial task since the Court with adequate reasoning and evidence from the EU legislative institutions will be able to properly review whether the ‘essentiality’ condition has been adhered to.*”.

⁷⁷⁷In tal senso, si leggano le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Commissione c. Consiglio*, causa 176/03, in data 26 maggio 2005, cit., par. 74. Il corsivo è nostro. Per un approfondimento sul punto, si veda N JAREBORG, *What kind of Criminal Law Do We Want?*, in A. SNARE (a cura di), *Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law*, *Scandinavian Studies in Criminology*, Oslo, Scandinavian Studies in Criminology, 1995, p. 17.

⁷⁷⁸Al proposito, è interessante notare che anche la circostanza che negli ordinamenti nazionali e a livello europeo sia ritenuto un principio fondamentale in materia penale il principio di *ultima ratio*, in base al quale il diritto penale deve essere utilizzato quale ultima risorsa, nel caso in cui tutti gli altri strumenti si rivelino inadeguati, presuppone implicitamente, senza alcuna verifica in pratica, il fatto che il diritto penale sia il mezzo più intrusivo che il legislatore possa utilizzare.

⁷⁷⁹Si legga al proposito P. ASP. .

sarebbe, infatti, un corollario inevitabile della funzione svolta dal diritto penale e, in particolare, dell'istituzione del Procura europea.

Di conseguenza, si ritiene opportuno definire cosa debba intendersi per “diritto penale simbolico”. Per rispondere a tale quesito sarebbe necessario stabilire quale è la funzione del diritto penale e, quindi, analizzare tutte le teorie elaborate sul contenuto e lo scopo del diritto penale. Rispondere a tale domanda richiederebbe, quindi, un'analisi che non riteniamo opportuno svolgere in tale sede⁷⁸⁰; è per tale motivo che ci limiteremo ad analizzare le ripercussioni di una simile funzione attribuita al diritto penale sul principio di effettività. In primo luogo, bisogna evidenziare che un atteggiamento che ritenga che il diritto penale inevitabilmente crea una sorta di stigma sociale e, pertanto, costituisce un simbolo in ogni caso deterrente risulterebbe alla fine controproducente, perché darebbe per scontata l'effettività del diritto penale e porterebbe ad una criminalizzazione eccessiva. Tale concezione del diritto penale contrasterebbe anche con il principio generale secondo cui il diritto penale dovrebbe rappresentare l'*ultima ratio* e dovrebbe, pertanto, essere utilizzato nel caso in cui tutte le altre misure meno repressive non siano efficaci. Bisogna, in secondo luogo, aggiungere che non è possibile qualificare un illecito sostanzialmente amministrativo, formalmente penale, al solo scopo di aumentare l'efficacia deterrente, sfruttandone la funzione simbolica. Una tale tecnica legislativa si porrebbe, infatti, in contrasto con la giurisprudenza adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo relativamente all'articolo 6 CEDU⁷⁸¹, di cui abbiamo discusso nel precedente capitolo⁷⁸².

In un'ottica di diritto penale simbolico, per mezzo della penalizzazione di certe condotte il legislatore stabilisce cosa è moralmente sbagliato. In tale ottica, quindi, se lo scopo è rappresentato dal voler stabilire quali debbano essere considerati dai cittadini comportamenti giusti o sbagliati, nel verificare l'effettività delle misure penali adottate, sarebbe sempre possibile obiettare che una mancanza di risultati immediati non prova l'ineffettività della misura, considerato che occorre attendere un lasso di tempo più lungo per valutare se tali condotte sono diventate biasimevoli secondo la morale collettiva⁷⁸³.

Tuttavia, a tal proposito, si è affermato che “l'Unione europea non è ancora abbastanza formata

780Per un approfondimento sulle teorie concernenti il diritto penale e l'importanza del diritto penale simbolico, si legga A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, capitolo 2; A. ASHWORTH, L. ZEDNER, *Preventive Orders: A Problem of Undercriminalization?*, in DUFF e altri (a cura di), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, capitolo 3.

781Tra le sentenze più note è possibile citare le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, del 20 aprile 1977, e *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984.

782Si rinvia, al proposito, al Capitolo Primo, Titolo Secondo, Parte Prima.

783E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, cit., p. 59 afferma che “*What is of major concern, however, being the very crux of the matter, is that in practice the burden of proof for the effectiveness at issue seems to be on the limiter rather than the proponent of criminalisation. This appears to be the case even though it is often held in criminal law theory that such a burden of proof should fall on the legislator. There seems to be a similar pattern in the EU context. As will be explained in the next chapter, in the framework of EU legislation such an approach is not in line with conferral of powers nor with the principle of subsidiarity*”.

per assumere tale missione simbolica, dal momento che la definizione e l'uso del diritto penale – a parte la questione della competenza- è un ruolo di un altro calibro rispetto a, per esempio, la creazione della cittadinanza⁷⁸⁴.

1.1.1.2. SEZIONE II Effettività e diritti fondamentali

4.1.1.1.8 *Effet utile*, effettività e sovranità nazionale

La necessità di dover effettuare un *test* di proporzionalità nello scegliere le sanzioni punitive più adeguate e l'esigenza di garantire il rispetto dei diritti fondamentali che, dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, sono stati consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, porta a interrogarci circa il futuro del principio di effettività nel diritto penale europeo. I diritti fondamentali concernenti il diritto sostanziale e processuale penale sono disciplinati negli articoli da 47 a 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁸⁵, come vedremo nel Capitolo successivo⁷⁸⁶.

La Corte di Giustizia, nel bilanciamento tra principio di effettività, declinato nella veste di principio volto ad assicurare l'efficace attuazione del diritto dell'Unione, e diritti fondamentali in materia penale ha assunto un atteggiamento ambivalente, che ha portato in alcuni casi a riconoscere la prevalenza del diritto fondamentale che si riteneva leso nel caso di specie e in talaltri a far prevalere il principio di effettività e l'effettiva attuazione del diritto europeo.

È possibile valutare la posizione che la Corte ha assunto a tal proposito analizzando, in particolare, tre casi.

Pur non soffermandoci ad analizzare in tale sede⁷⁸⁷ la posizione della Corte in merito al bilanciamento tra principio di effettività e diritti fondamentali in materia di cooperazione giudiziaria, con particolare riferimento ai casi concernenti il Mandato di Arresto europeo, ci limiteremo ad esaminare il ragionamento svolto dalla Corte nel caso *West*⁷⁸⁸. L'analisi di tale sentenza ci permette, altresì, di analizzare un altro aspetto strettamente collegato al principio di effettività, ossia l'effetto indiretto delle norme di diritto europeo, il quale è stato altresì fatto discendere nell'interpretazione della Corte dall'articolo 4, par. 3 TUE⁷⁸⁹. Si parla, al proposito, di

784In tal senso, E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, cit., p. 59. La traduzione è nostra.

785Per un commento, si veda S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart/Beck, 2014.

786Per un'analisi dei principi fondamentali a livello europeo si legga il Capitolo Secondo del Titolo Primo della Parte Prima.

787Si veda, al proposito, questo medesimo Capitolo, Titolo Secondo, Parte Prima.

788Corte di Giustizia, sentenza *West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, in *Racc.* p. 414.

789Al propositi, assume un rilievo fondamentale la sentenza *Pupino*, in cui la Corte ha affermato che le autorità

effetto indiretto, in quanto che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare la norma nazionale che dà attuazione o rientra nell'ambito di applicazione del diritto europeo⁷⁹⁰ conformemente al contenuto e all'obiettivo perseguito dal diritto europeo. Tuttavia, la norma che trova applicazione al rapporto tra privati è pur sempre la norma nazionale⁷⁹¹.

Al proposito, il principio di effettività, declinato nel senso di *effet utile*, assume un ruolo molto penetrante nel definire l'interpretazione da fornire al diritto nazionale adottato in attuazione di norme di diritto europeo. In base al principio dell'effetto utile, l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione non può avere quale risultato quello di privare l'atto oggetto di interpretazione di ogni effetto utile⁷⁹²; il giudice nazionale deve interpretare la disciplina europea in un senso che consenta di conseguire un effetto utile, ossia di raggiungere gli obiettivi dalla stessa perseguiti.

Al riguardo, occorre osservare che recenti pronunce della Corte di Giustizia in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale illustrano chiaramente ed in modo esplicito che la necessità di assicurare l'effettività del diritto europeo, inteso nel senso di garantire l'effetto utile degli atti adottati in ambito europeo, può avere profondi effetti sia sugli ordinamenti giuridici nazionali che, in alcuni casi, addirittura, sulla definizione delle teorie generali di diritto penale degli Stati membri.

Nella pronuncia *West* la Corte si è occupata della questione se fosse necessario il consenso di tutti gli Stati membri coinvolti nel caso in cui fossero stati adottati molteplici Mandati di Arresto

giudiziarie nazionali sono tenute ad interpretare il diritto nazionale in conformità al diritto europeo, anche nel caso in cui le norme di diritto europeo siano rappresentate da una decisione quadro, emanata, quindi, nell'ambito dell'ex Terzo Pilastro, al fine di garantire la corretta attuazione dell'articolo 4. par. 3 TUE. In dottrina (E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart, 2012, p. 44) è stato affermato che il principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, par. 3 del TUE ha giocato un ruolo fondamentale nel definire i contorni dell'effettività del diritto europeo. L'esempio tratto a conferma di tale assunto è proprio il fatto che il principio di cui all'articolo 4, par. 3 TUE “*has given birth to the doctrine of indirect effect*”. A sostegno di tale affermazione, l'autrice cita la sentenza della Corte di Giustizia *Marleasing*, causa C-106/89, del 1990, in *Racc.* p. I-4135.

⁷⁹⁰Per una definizione di cosa debba intendersi per ambito applicativo del diritto europeo, si legga la sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), la quale ha definito l'espressione “nell'attuazione del diritto dell'Unione” contenuta nell'articolo 51 della Carta.

⁷⁹¹La Corte ha chiarito ulteriormente definito la nozioni di effetto diretto, effetto indiretto e interpretazione conforme nella sentenza *Pfeiffer* (Corte di Giustizia, sentenza *Pfeiffer e altri*, cause riunite C-397 a C-403/01, del 5 ottobre 2004, in *Racc.* 2004, p. I-8835). In tale pronuncia, dopo avere ribadito l'impossibilità di far valere una direttiva direttamente nei confronti dei singoli, la Corte ha ribadito che l'obbligo di interpretazione conforme rappresenta una tecnica che consente di superare la situazione di contrasto tra diritto europeo e diritto nazionale senza tradire il legittimo affidamento riposto dai singoli nel diritto nazionale. Il problema degli effetti orizzontali si è presentato nuovamente all'attenzione della Corte di Giustizia negli anni successivi. Si leggano, in particolare, le note sentenze *Mangold*, causa 144/04, del 25 novembre 2005, in *Racc.* 2005, p. I-9981, par. 74 e seguenti e *Kücükdeveci*, causa 555/07, del 19 gennaio 2010, in *Racc.* p. I-365. Per un'approfondimento sulla giurisprudenza della Corte in materia di effetti diretti e indiretti delle direttive, si legga P. CRAIG, *Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation*, ELR, 22, 1997, 542; M. DOUGAN, *Disguised vertical direct effect of directive*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586 e seguenti; A. ARNULL, *The incidental effect of directives*, ELR, 1999, p. 1 e seguenti; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2005.

⁷⁹²In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Commissione c. Belgio*, causa C-437/04, del 22 marzo 2007, in *Racc.* p. I-02513, par. 56.

Europeo nei confronti di una medesima persona da parte di diversi Stati membri⁷⁹³. La Corte in tal caso risolse la questione basando il proprio ragionamento principalmente sulla necessità di garantire l'effettività della procedura prevista per l'emissione di un Mandato di Arresto Europeo.

Sulla scorta dell'argomento per cui l'obiettivo della decisione quadro sul Mandato di Arresto Europeo è quello di accelerare e semplificare la cooperazione giudiziaria tra Stati membri⁷⁹⁴, la Corte ha stabilito in tale pronuncia che richiedere il consenso di tutti gli Stati membri coinvolti avrebbe inficiato e minato l'effettività della procedura di emissione di un MAE. Per questo motivo, ritenne nel caso di specie che l'articolo 28, par. 2 della Decisione quadro sul Mandato di Arresto Europeo andasse interpretata nel senso che, quando una persona è stata oggetto di più di una consegna tra Stati membri a seguito di successivi mandati d'arresto europei, la consegna successiva della medesima persona ad uno Stato membro diverso dallo Stato membro che l'ha consegnata da ultimo è subordinata unicamente all'assenso dello Stato membro che ha proceduto a tale ultima consegna.⁷⁹⁵ In base a tale ragionamento, la Corte fece, pertanto, prevalere in tale occasione la necessità di garantire l'effettività del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale instaurato dalla decisione quadro sul Mandato di Arresto Europeo rispetto ad altri argomenti che erano stati sostenuti dalle parti in causa, quali il Governo finlandese, il quale aveva sostenuto che una tale interpretazione avrebbe leso la sovranità dello Stato membro che per primo aveva eseguito il MAE⁷⁹⁶.

In nome della garanzia dell'effettiva attuazione degli obiettivi propri dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte ritenne inconsistente questo come gli altri argomenti proposti contro tale interpretazione. La prevalenza dell'effettività del diritto europeo è stata affermata dalla Corte di Giustizia anche in altre pronunce, in cui il bilanciamento da effettuare non era solamente tra principio di effettività e sovranità statale, ma piuttosto tra garanzia dell'effettività delle politiche europee e diritti fondamentali.

Considerata la giurisprudenza della Corte di Giustizia in punto di principio di effettività e *effet utile*, occorre ora passare ad esaminare come tale giurisprudenza si sia tradotta nel dettato normativo europeo. Oltre all'articolo 325 del TFUE che viene in rilievo per quanto concerne la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, nel corpo del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea è stata inserita un'altra previsione, di carattere generale, che in parte codifica la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa al principio di effettività, ossia l'articolo 83 del

793Corte di Giustizia, sentenza *West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, pubblicata nella raccolta digitale (Raccolta generale), par. 30. Il caso riguardava una procedura in cui erano stati emanati numerosi Mandati di Arresto Europeo. Il signor West era stato, infatti, assoggettato a tre successivi Mandati di Arresto Europeo; il primo era stato adottato dalle autorità francesi, il secondo da quelle finlandesi e il terzo dalle autorità ungheresi.

794Corte di Giustizia, sentenza *West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, cit., par. 54-56.

795Corte di Giustizia, sentenza *West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, cit., par. 80. Nel caso di specie, pertanto, era sufficiente il consenso delle autorità ungheresi.

796Corte di Giustizia, sentenza *West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, cit., par. 63.

TFUE⁷⁹⁷. Il secondo paragrafo dell'articolo 83 TFUE stabilisce che allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive⁷⁹⁸. Come è possibile notare ad una prima lettura della disposizione, essa non contiene il riferimento alla creazione di una parte generale del diritto penale mediante misure di armonizzazione tramite direttive, riferendosi, invece, solamente all'adozione di “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni”. L'approccio adottato dal legislatore europeo, seppure funzionale all'efficace attuazione delle politiche europee, risulta pertanto minimale⁷⁹⁹.

Tale impostazione è il risultato della concezione tradizionale in base alla quale la definizione della parte generale del diritto penale, rappresentando le fondamenta su cui ogni sistema di giustizia penale poggia⁸⁰⁰, è una prerogativa statale e non può essere oggetto di armonizzazione a livello europeo⁸⁰¹.

D'altra parte, non può sottacersi che molti strumenti diretti ad armonizzare certi settori del diritto penale a livello europeo, inevitabilmente, influenzano e obbligano gli Stati membri a rimodulare in conformità al diritto europeo alcuni istituti della parte generale del diritto penale. Molte direttive contengono, infatti, disposizioni concernenti il tentativo di reato, il concorso nel reato di altri soggetti⁸⁰² o la previsione di specifici requisiti soggettivi⁸⁰³. Queste disposizioni, tuttavia, non hanno l'obiettivo di armonizzare i fondamenti della parte generale del diritto penale degli Stati membri, ma cercano solamente di regolare in modo uniforme la disciplina prevista a livello europeo per gli

797Per un'analisi di tale disposizione, si rinvia al Capitolo Primo, Titolo Primo, Parte Prima.

798In tal senso si esprime l'articolo 83, par. del TFUE, il quale integralmente dispone: “Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76”.

799Si legga, al riguardo, S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 290.

800Al riguardo, si veda A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of The European Union*, Maklu Publishers, 2012, p. 15 e seguenti.

801Cfr., ad esempio, A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, 166-168. Sulle interrelazioni con l'articolo 4, par. 2 TUE, si legga, altresì, A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for the National Identity Under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 1417.

802Tra i molti esempi in tal senso, si può citare l'articolo 3 della Direttiva 2011/36/EU sulla prevenzione e la lotta contro il traffico di esseri umani e a protezione delle vittime, che sostituisce la Decisione Quadro del Consiglio 2002/629/JHA, in GU L 101, 15 aprile 2011, p. 1.

803Un esempio è costituito in tal senso dalla decisione quadro sulla lotta al terrorismo, in cui è prevista una forma di dolo specifico in relazione alla commissione dei reati. (articolo 1 della decisione quadro del Consiglio 2002/475/JHA sulla lotta contro il terrorismo, in GU L 164, 22 giugno 2003, p. 3, in cui si legge: “[c]ommitted with the aim of: seriously intimidating a population, or unduly compelling a Government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organisation”). Per l'analisi della disciplina dell'elemento soggettivo del reato a livello di diritto penale europeo, si legga il Capitolo Secondo, Parte Prima, Titolo Primo.

istituti disciplinati dalla direttiva. Tali atti europei di diritto derivato, in un certo senso, hanno creato una propria disciplina parziale di parte generale in relazione ai soli reati ivi disciplinati⁸⁰⁴.

Il processo di integrazione europea ha, pertanto, portato ad avvicinare la parte generale di diritto penale degli Stati membri, ma solo parzialmente e in alcuni specifici settori⁸⁰⁵.

Al fine di garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione, la Corte di Giustizia è, tuttavia, giunta in alcuni casi a fornire una definizione generale a livello europeo, applicabile, quindi, nel territorio di tutti gli Stati membri, di alcuni concetti di diritto penale di parte generale, quali quello di colpa, di responsabilità oggettiva o del tentativo. In particolare, la Corte ha definito il concetto di negligenza grave usato nella direttiva sull'inquinamento prodotto da navi nella sentenza *Intertanko*⁸⁰⁶, il concetto di presunzione dell'elemento soggettivo del reato e di responsabilità oggettiva nelle sentenze *Spector Photo*⁸⁰⁷, *Urbán*⁸⁰⁸ e *Hansen*⁸⁰⁹, nonché, infine, il concetto di tentativo nella sentenza *Ebony Maritime*⁸¹⁰.

L'elemento comune in tutti queste pronunce che hanno portato, di fatto, ad armonizzare la nozione di tali concetti a livello nazionale era l'esigenza di garantire l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione. La Corte ha sostenuto tale posizione in casi concernenti misure diverse; vi sono sentenze della Corte al riguardo sia in ambito di Mandato di Arresto Europeo, che in materia di

804In tal senso, anche A. KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, p. 167.

805Come evidenziato da parte della dottrina, pertanto, il progetto di creare un diritto penale europeo sarebbe incompleto se la parte generale del diritto penale non fosse armonizzata a livello europeo, dal momento che è quest'ultima che rappresenta l'identità di un sistema di giustizia penale. Si veda, sul tema, K. AMBOS, *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12, 2005, p. 175.

806Occorre sottolineare che in tale pronuncia la Corte ha fornito una nozione generale, idonea ad influire sul concetto di negligenza grave, almeno a livello interpretativo della legislazione di diritto interno adottata in attuazione del diritto europeo, ma non ha fatto espresso riferimento all'esigenza di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione in tale pronuncia. Corte di Giustizia, sentenza *Intertanko*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc.* p. 4057 par. 69-80. Sono state svolte osservazioni critiche da V. MITSILEGAS, *The Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice*, in *European Law Review*, 34, 2009, p. 534.

807In tale pronuncia la Corte ha fatto esplicito riferimento all'esigenza di garantire l'effettiva attuazione della direttiva al paragrafo 37, in cui si legge: “L'attuazione effettiva del divieto delle operazioni di mercato si basa quindi su una struttura semplice nella quale i mezzi soggettivi di difesa sono limitati al fine non solo di sanzionare, ma anche di prevenire efficacemente le violazioni di tale divieto”. Corte di Giustizia, sentenza *Spector Photo Group and Van Raemdonck*, causa C-45/08, del 23 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-12073. In tale sentenza la Corte di Giustizia ha ritenuto rispettosa della presunzione di innocenza, come sancita dall'art. 6, par. 2 della CEDU, la direttiva in materia di abuso di informazioni privilegiate 2003/6, che definisce le pratiche vietate senza alcuna indicazione esplicita circa la consapevolezza dell'operazione vietata, richiesta invece dalla precedente normativa europea di settore. Al riguardo la Corte ha stabilito che gli elementi costitutivi della fattispecie di abuso di informazioni privilegiate consentono di supporre l'intenzione, salvo il diritto di confutare la presunzione. La Corte ha negato il carattere intenzionale o negligente della condotta ai fini della responsabilità per le pratiche vietate; infatti, a suo avviso, per la sussistenza dell'illecito punitivo rimesso alla disciplina sanzionatoria degli Stati membri, risulterebbe sufficiente la constatazione della pratica delle operazioni di mercato descritte dal legislatore europeo sugli strumenti finanziari cui le informazioni si riferiscono, indipendentemente dalla consapevolezza del loro carattere privilegiato da parte dell'insider primario. Per una descrizione della fattispecie si legga G. PANEBIANCO, *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 2014, p. 1326.

808Corte di Giustizia, sentenza *Urbán*, causa C-210/10, del 9 febbraio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (raccolta generale), par. 64.

809Corte di Giustizia, sentenza *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, causa C-326/88, del 10 luglio 1990, in *Racc.* p. I-2930.

810Corte di Giustizia, sentenza *Ebony Maritime*, causa C-177/95, del 27 febbraio 1997, in *Racc.* p. I-1111, par. 25.

principio di *ne bis in idem*, che con riguardo al principio di legalità o ad altri principi consacrati agli articoli da 47 a 50 della Carta.

Per quanto riguarda il principio di legalità, la Corte di Giustizia ha stabilito dei limiti piuttosto stringenti alla facoltà degli Stati membri di prevedere nuove fattispecie di reato, anche in casi in cui la necessità di adottare la legislazione penale fosse stata ritenuta necessaria per assicurare l'effettività del diritto dell'Unione. Nella sentenza *Berlusconi*⁸¹¹, per esempio, la Corte ha ritenuto prevalente il principio di applicazione retroattiva della legge più favorevole al reo rispetto al principio di assimilazione, che è stato comunque citato nella motivazione della sentenza⁸¹².

Il principio di proporzionalità è intervenuto altresì a limitare la predisposizione di sanzioni penali a livello nazionale, seppure non in via diretta, limitando il potere di rendere penalmente sanzionabili determinate condotte, in modo indiretto nel contesto della cooperazione giudiziaria, con particolare riferimento al Mandato di Arresto Europeo. La prospettiva di rifiutare l'esecuzione di un Mandato di Arresto europeo perché emesso in violazione del principio di proporzionalità era stata avanzata dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni nella causa *Radu*⁸¹³. Il principio di proporzionalità in questo caso potrebbe, quindi, svolgere il ruolo di limite indiretto ad un'eccessiva criminalizzazione.

Vi è stato chi ha sottolineato che il ruolo dei diritti fondamentali in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale è ancora troppo poco definito, mentre un approccio orientato in senso securitario e l'effettiva attuazione delle politiche europee sono molto sviluppati⁸¹⁴. I casi *Radu*⁸¹⁵ e *Melloni*⁸¹⁶ sono citati in tal senso ad esempio del fatto che i diritti fondamentali ricoprono un ruolo importante in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale, ma che la protezione degli stessi è piuttosto limitata e continuamente messa a rischio dal primato, nel ragionamento della Corte di Giustizia, dell'effettiva attuazione degli obiettivi perseguiti a livello europeo in ambito di cooperazione giudiziaria.

811Corte di Giustizia, sentenza *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, del 3 maggio 2005, in *Racc.* p. I-3585.

812Corte di Giustizia, sentenza *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 68, 69 e 65, in cui la Corte fa riferimento al principio di assimilazione.

813Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Sharpston presentate in data 18 ottobre 2012 nella causa C-396/11 *Radu*, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 103.

814Si legga, al proposito, anche S. MELANDER, *The Blurred Architecture of European Criminal Law*, in M. FICHERA, J. KREMER (a cura di), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, Intersentia, 2013; S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the General Part of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, 2014, p. 288.

815Corte di Giustizia, sentenza *Radu*, causa C-396/11, del 29 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), p. 39.

816Corte di Giustizia, sentenza *Melloni*, causa C-399/11, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), p. 107.

4.1.1.1.9 Effettività e diritti fondamentali tra cooperazione giudiziaria in materia penale e mutuo riconoscimento

Il principio cardine su cui si fonda la costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il principio che, insieme a quello di effettività e a quello di leale cooperazione, è stato utilizzato dalla Corte di Giustizia per garantire l'attuazione delle politiche europee, anche e soprattutto in materia di cooperazione giudiziaria penale, è il principio del mutuo riconoscimento.

Il principio di fiducia reciproca tra gli Stati membri è, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia, un principio direttivo del diritto dell'Unione⁸¹⁷. Si ritiene, quindi, opportuno esaminare in questa sede quale sia il rapporto tra il principio del reciproco riconoscimento e i diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo, al fine di indagare se i diritti fondamentali siano messi a rischio dall'esigenza di voler garantire l'effettività degli strumenti di reciproco riconoscimento⁸¹⁸. Indagare il rapporto esistente tra di essi risulta altresì fondamentale per capire come possano essere meglio garantiti i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea.

Un'analisi di tal genere risulta altresì opportuna ai fini dell'analisi che qui interessa, dal momento che il principio del mutuo riconoscimento è stato adottato in ambito sovranazionale al fine di legittimare la diversa disciplina predisposta dai diversi Stati membri e non uniformarne la legislazione in materia penale⁸¹⁹. Il principio della reciproca fiducia e del mutuo riconoscimento permette, infatti, agli Stati membri di cooperare in materia penale senza dover adattare la propria legislazione nazionale a quella europea. Comprendere se lo stesso abbia un peso così elevato da poter essere bilanciato con gli altri principi che esamineremo in dettaglio nella seconda Parte del lavoro, risulta, quindi, fondamentale al fine di scrutinare se anche nel determinare le regole disciplinanti l'istituzione della Procura europea se ne debba tener conto e occorra, pertanto, bilanciarlo con gli altri principi, oppure possa prescindere nel momento in cui si ritenga preferibile adottare una disciplina uniforme in materia penale, sia dal punto di vista sostanziale che

⁸¹⁷Vedi, in tal senso, i paragrafi 191-192 del parere 2/13, del 18 dicembre 2014, emesso dalla Corte di Giustizia in merito all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale). Per un rilievo critico in tal senso, si legga, altresì, V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, pp. 472 e 480.

⁸¹⁸Si legga, al proposito, Y. BOT, *La tutela dei diritti fondamentali in riferimento a indagini transnazionali nel caso di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo*, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco; Olaf, 2014, pp. 49 e seguenti.

⁸¹⁹La differenza tra unificazione, armonizzazione mutuo riconoscimento della legislazione degli altri Stati membri è descritta in termini molto chiari e precisi da A. KLIP, *European Criminal Law, An integrative approach*, 2012, Intersentia, pp. 23-24, il quale letteralmente scrive che *“the mutual recognition of legal differences is, in fact, an acknowledgement of the Member States' right to be different and their desire not to change. The concept aims to make these differences irrelevant. In the legal developments of the of the European Union, there is a clear relationship between ideas about harmonisation and mutual recognition. In some cases, the two concepts are considered to be alternatives, while in others they are deemed to be instruments that can be used simultaneously. This may have to do with political considerations. If Member States cannot agree on the harmonisation of the law in a certain area, they may resort to mutual recognition.*

processuale.

Il rapporto tra fiducia reciproca e diritti umani è stato affrontato dalla Corte di giustizia nelle decisioni che esamineremo tra poco e scrutinato dalla dottrina sotto diversi punti di vista. Vi è chi⁸²⁰ nell'esaminare la relazione "simbiotica" che esiste tra fiducia reciproca e diritti umani prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha individuato quattro tipi di relazioni che possono instaurarsi tra essi e vi è chi⁸²¹, invece, si è concentrato sulle limitazioni che devono essere imposte al principio di reciproca fiducia al fine di garantire il rispetto dei diritti umani dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

Si ritiene opportuno, in tale sede, esaminare le ragioni sottese alle varie posizioni assunte in materia, così da verificare se il principio del mutuo riconoscimento, affermatosi inizialmente in materia di mercato interno, abbia assunto attualmente il medesimo valore in ambito penale oppure no. Una tale analisi risulta altresì indispensabile per capire se lo stesso sia effettivamente in rapporto di antagonismo con la possibile armonizzazione delle discipline nazionali in materia penale o se sia, invece, ad esso complementare.

Secondo quanto affermato dalla Corte⁸²², "il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo"⁸²³.

Il fatto che sussista uno stretto legame tra principio di reciproca fiducia e diritti fondamentali in materia penale è evidente nelle parole della Corte; secondo quanto dalla stessa affermato, in base al principio di fiducia reciproca gli Stati membri sono tenuti a presumere che gli altri Stati membri rispettino i diritti fondamentali⁸²⁴. La tutela multilivello accordata ai diritti fondamentali ha portato, tuttavia, a frizioni tra la giurisprudenza delle Corti Costituzionali degli Stati membri e le decisioni della Corte di Giustizia in merito alla portata da riconoscere al principio del mutuo riconoscimento,

820V. MITSILEGAS, "The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice", cit., p. 458.

821Si veda, in tal senso, quanto stabilito nel *Manifesto on European Criminal Procedure Law*, finanziato dal Programma del 2010 della Commissione europea sulla giustizia penale e dal Ragnar Söderbergs Stiftelse, redatto in seno alla *European Criminal Policy Initiative*, i cui membri provenienti da diversi Stati membri, sono Petter Asp, Nikolaos Bitzilekis, Sergiu Bogdan, Thomas Elholm, Luigi Foffani, Dan Frände, Helmut Fuchs, Dan Helenius, Maria Kaiafa-Gbandi, Jocelyne Leblois-Happe, Adán Nieto-Martín, Helmut Satzger, Annika Suominen, Elisavet Symeonidou-Kastanidou, Ingeborg Zerbes, Frank Zimmermann. Lo stesso è stato pubblicato nel 2013 in ZIS 2013, pp. 430 e seguenti, consultabile *online* all'indirizzo internet: www.zis-online.com.

822Si legga in tal senso, Corte di Giustizia, parere 2/13, del 18 dicembre 2014, *cit.*, paragrafo 191.

823A sostegno della propria affermazione, la Corte cita la propria precedente giurisprudenza, riferendosi, in particolare, alle sentenze *N.S. e a.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13905, par. da 78 a 80, nonché *Melloni*, causa C-399/11, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 37 e 63.

824Si veda al riguardo il paragrafo 192 del parere 2/13 reso dalla Corte di Giustizia il 18 dicembre 2014, *cit.*.

soprattutto nei casi in cui la tutela dei diritti fondamentali riconosciuta a livello nazionale sia superiore al grado di tutela assicurato a livello europeo.

L'evoluzione del rapporto sussistente tra le forme di cooperazione giudiziaria in materia penale adottate a livello europeo dagli anni Settanta fino ad oggi ripercorre l'evoluzione a cui si è assistito in ambito penale, la quale ha segnato il passaggio dall'adozione di strumenti in un'ottica securitaria alla progressiva consapevolezza di dover adottare forme di cooperazione penale che garantiscano al contempo i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.

La creazione della Procura europea si iscrive in quest'ottica e rappresenta un'ulteriore tappa in questo processo in continua evoluzione. È altresì per tale ragione essenziale che la struttura e le funzioni della Procura europea coniughino in sé entrambe le esigenze, egualmente importanti a livello europeo, quella securitaria e quella garantista.

Con l'analisi che ci accingiamo a svolgere ci riproponiamo di verificare se l'approccio securitario inizialmente adottato in ambito di mutua assistenza giudiziaria e poi mantenuto con l'adozione del principio del mutuo riconoscimento abbia avuto come effetto quello di abbassare il grado di tutela dei diritti fondamentali degli individui, oppure no.

Si cercherà, in seguito, di verificare se il progressivo e diffuso riconoscimento dell'importanza dei diritti fondamentali a livello europeo anche, e soprattutto, in materia penale, abbia determinato un diverso contenuto e una diversa funzione del principio del mutuo riconoscimento o se, invece, quest'ultimo abbia contribuito a garantire, anche allo stato attuale, un minor grado di tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale.

Si esaminerà, infine, quale relazione sussista tra il principio del mutuo riconoscimento e l'istituzione della Procura europea, ossia in che modo la Procura europea possa contribuire a garantire il rispetto dei diritti fondamentali a livello europeo.

Si esamineranno, inoltre, i limiti che devono essere imposti al principio del mutuo riconoscimento per essere conformi con la tutela dei diritti fondamentali.

4.1.1.10 Cooperazione giudiziaria in materia penale e istanze securitarie

I primi interventi legislativi che hanno istituito degli strumenti di cooperazione in materia penale a livello europeo sono stati adottati, almeno secondo quanto affermato a livello istituzionale⁸²⁵, per creare delle “misure compensatorie” atte a controbilanciare la perdita di sicurezza conseguita

⁸²⁵Vi è chi, infatti, ha criticato tale impostazione e ha ritenuto che la riconduzione delle ragioni di una tale scelta alla sola logica compensatoria non spiegasse adeguatamente le ragioni sottese alle politiche restrittive adottate, soprattutto in alcuni ambiti quali quello migratorio e concernente il diritto d'asilo. Si veda, al riguardo, C. COSTELLO, *Administrative Governance and the Europeanisation of Asylum and Immigration Policy*, in H. HOFMANN, A. TÜRK (a cura di), *EU Administrative Governance*, Edwar Elgar, 2006, p. 289 e, in senso critico anche P. CRAIG e G. DE BURCA, *EU Law, Textes, Cases and Materials*, cit., pp. 967-972.

all'eliminazione, parziale, in ambito di mercato interno, e totale, in seguito agli accordi di Schengen, dei controlli alle frontiere interne. L'abolizione dei controlli alle frontiere aveva, infatti, facilitato la circolazione degli autori di reati, con particolare riferimento ai reati di terrorismo e ai reati di criminalità organizzata. La necessità di dover adottare delle “misure compensatorie” a causa dello stretto collegamento tra mercato interno, apertura delle frontiere e diffusione della criminalità a carattere transnazionale ha costituito la ragione che è stata inizialmente invocata dalle istituzioni europee e dai commentatori⁸²⁶ per adottare strumenti di cooperazione in ambito penale.

Tali misure furono in un primo tempo adottate al di fuori dell'allora Comunità europea, grazie ad accordi raggiunti tra alcuni Stati in seno al Consiglio d'Europa e alla Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen (CAAS), stipulata tra Francia, Germania, Paesi Bassi, Belgio e Lussemburgo nel 1990. L'obiettivo principale che gli Stati si proponevano di raggiungere con la stipula di tali convenzioni era quello di assicurare ai propri cittadini la sicurezza di circolare liberamente. Si trattava, quindi, prevalentemente di accordi che prevedevano strumenti di coordinazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, nei quali non erano neanche prese in considerazione le garanzie che dovevano, del pari, essere garantite al soggetto indagato.

Questa tendenza a far prevalere le istanze securitarie su quelle garantiste non è stata sovvertita neanche con l'adozione del principio del mutuo riconoscimento, il quale, trasposto dall'ambito del mercato interno a quello inerente la cooperazione giudiziaria, ha funto da principio cardine grazie al quale garantire una maggior sicurezza ai cittadini europei, tramite la più efficace repressione degli autori di crimini aventi carattere transnazionale, almeno fino all'adozione, nel novembre 2009, della Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali⁸²⁷ e la redazione del Programma di Stoccolma nel 2010⁸²⁸.

Il principio del mutuo riconoscimento, ormai pacificamente ritenuto la pietra miliare del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale⁸²⁹, rappresenta il frutto di un'elaborazione politica e

⁸²⁶Si legga, al riguardo, W. DE LOBKOWICZ: *L'Europe et la sécurité intérieure*, Paris, La documentation française 2002, pp. 25-61. S. LAVENEX, W. WALLACE, *Justice and Home Affairs: Towards a “European Public Order”?*, in H. WALLACE, W. WALLACE, M. POLLACK (a cura di), *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, 2005, pp. 459-461. Si legga, inoltre, quanto statuito dal Consiglio Giustizia e Affari Interni citato in P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law, Texts, Cases and Materials*, sesta edizione, 2015, pp. 967-969, e il Working Paper del Parlamento europeo intitolato *The impact of the Amsterdam Treaty on Justice and Home Affairs issues*, Civil Liberties Series, completato nel marzo 2000, LIBE 110 EN, 3-2000. Si legga, in merito alla necessità di porre termine al disequilibrio che si era venuto a creare nel processo di integrazione europea, più recentemente, quanto affermato dal Conseil d'État francese in *Réflexions sur l'institution d'un parquet européen*, Étude adopté le 24 février 2011 par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État, Paris, 2011, p. 20. Al proposito anche, R. ANDRÉ, J. FLOCH, *Rapport d'information (n. 445) sur la création d'un procureur européen*, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, reperibile al sito internet: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i0445.asp>.

⁸²⁷Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, 2009, in GU C295/1.

⁸²⁸Programma di Stoccolma nel 2010, in GU C115/01.

⁸²⁹Si veda, al riguardo, l'art. 67, par. 3 TFUE, in cui si legge che “l'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento

legislativa che risale alla metà degli anni '90, la quale è progredita grazie ad importanti comunicazioni e “piani” elaborati dalle istituzioni europee, in particolare, dalla Commissione. Un importante momento di svolta in tale ambito è rappresentato dal Consiglio europeo di Tampere del 1999⁸³⁰, in cui si ritenne che la fiducia reciproca tra gli Stati membri fosse abbastanza solida da consentire l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento in ambito di cooperazione giudiziaria penale⁸³¹ anche in mancanza, parziale o totale, di armonizzazione in materia. Da allora esso è diventato un elemento di raccordo tra mercato interno, libera circolazione delle persone e cooperazione giudiziaria⁸³².

Prima di allora, fino all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e alla creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁸³³, il regime di cooperazione giudiziaria in materia penale, chiamato anche di mutua assistenza giudiziaria⁸³⁴, non era unitariamente disciplinato a livello europeo; per tale motivo, si era delineato un quadro notevolmente complesso in cui la cooperazione tra Stati era molto diversificata a seconda delle aree geografico territoriali in cui gli Stati erano situati. Nel corso

delle legislazioni penali” e l'art. 82 TFUE.

830Si leggano, a tal proposito, il punto 33 e seguenti delle conclusioni raggiunte al Consiglio europeo di Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999.

831Il principio del mutuo riconoscimento è stato mutuato dal settore inerente il mercato interno e, in particolare, la libera circolazione delle merci. La Corte di Giustizia lo ha, infatti, ritenuto un principio fondamentale in tale ambito fin dal 1979. Il principio del mutuo riconoscimento è stato, per la prima volta, riconosciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Cassis De Dijon* in ambito di libera circolazione delle merci. (Corte di Giustizia, del 20 febbraio 1979, C-120/78, in *Racc.* p. 649. Come è noto, in tale causa si discuteva della compatibilità comunitaria del divieto imposto alla Germania all'importazione del liquore francese *Cassis de Dijon* a causa della non conformità dello stesso alla legislazione tedesca sul contenuto alcolico minimo delle bevande). In tale decisione, la Corte, dopo aver ribadito che “in mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio, spetta agli Stati membri disciplinare, ciascuno nel suo territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio [di tale prodotto]”, ha aggiunto che “gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere a esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori”. In assenza di tali esigenze, le normative di uno Stato membro relative ai requisiti tecnici non possono trovare applicazione nei confronti dei prodotti importati da altri Stati membri, con la conseguenza che in materia andrà rispettato il principio secondo cui i prodotti legittimamente fabbricati e commercializzati in uno Stato membro devono poter liberamente circolare negli altri Stati membri. Per una riaffermazione in tempi recenti del principio si veda la decisione *Elenca* della Corte di Giustizia, causa C-385/10, del 18 ottobre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), in cui la Corte, al punto 23 cui si rinvia con la giurisprudenza *ivi* citata, ribadisce che “l'art. 34 TFUE riflette l'obbligo di rispettare i principi di non discriminazione e di mutuo riconoscimento dei prodotti legalmente fabbricati e commercializzati in altri Stati membri e di assicurare, altresì, ai prodotti dell'Unione libero accesso ai mercati nazionali”.

832Si legga al proposito B. NASCIMBENE, *Le Traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, in *Revue des affaires européennes*, n. 4, 2011, pgg. 787-791.

833Oltre al Consiglio europeo di Tampere, occorre in tale sede menzionare che la prima volta che il Consiglio europeo ha sostenuto la necessità ricorrere al principio del mutuo riconoscimento in materia di cooperazione giudiziaria penale risale al Consiglio europeo di Cardiff, tenutosi il 15 e 16 giugno 1998. Nelle conclusioni, al paragrafo 39, il Consiglio europeo aveva chiesto al Consiglio di “*identify the scope for greater mutual recognition of decisions of each others' courts*”.

834Per un'analisi del sistema di mutua assistenza giudiziaria prima che con il Consiglio europeo di Tampere si propendesse per l'attribuzione di un ruolo centrale anche in materia penale al principio del reciproco riconoscimento, si legga G. DE AMICIS, *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam*, in *Dir. famiglia*, fasc.1, 2002, p. 290; B. NASCIMBENE, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2006; D. FLORE, pp. 488 e seg., A. KLIP, pp. 336 e seg., S. PEERS, V MITSILEGAS, *EU criminal law*.

degli anni hanno avuto luogo dei processi di c.d. “regionalizzazione” della cooperazione giudiziaria in materia penale, consistenti nella istituzionalizzazione di forme di assistenza giudiziaria tra Stati appartenenti ad un'area geografica omogenea⁸³⁵.

Le due aree geografiche più importanti, sia per intensità delle forme di cooperazione adottate, che per dimensione dell'area geografica interessata sono senza dubbio le aree interessate dalle convenzioni multilaterali adottate in seno al Consiglio d'Europa e, a partire dagli anni Settanta, per far fronte al dilagare di nuove forme di criminalità di carattere transnazionale, quale la minaccia terroristica, l'area corrispondente al territorio degli Stati membri dell'Unione europea⁸³⁶. Nel primo ventennio di vita della Comunità europea, la cooperazione giudiziaria in materia penale era disciplinata per mezzo di convenzioni multilaterali del Consiglio d'Europa⁸³⁷.

⁸³⁵Si legga, a tal proposito, J.J.E. SCHUTTE, *The regionalisation of international criminal law and the protection of human rights in international cooperation in criminal proceedings*, General Report for the XVth International Congress, in *Revue Internationale de Droit pénal*, 1994, p. 84 e seg.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, cit., p. 111 e seg.; R. KOERING-JOULIN, *L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, Economica, 1993, pp. 173-174; C. VAN DEN WYNGAERT e G. STESENS, *Mutual legal assistance in criminal matters in the European Union*, in C.J.C.F. FIJNAUT, J. GOETHALS, L. WALGRAVE e T. PETERS (a cura di), *Changes in society, crime and criminal justice in Europe: a challenge for criminological education and research*, vol. II, Antwerpen, Kluwer, 1996, p. 138.

⁸³⁶Occorre, a tal uopo, ricordare che accanto agli accordi di cooperazione giudiziaria sviluppatosi in seno al Consiglio d'Europa e all'Unione europea si sono sviluppate anche forme di cooperazione coinvolgenti un numero minore di Stati, tra cui assumono particolare rilievo la Convenzione sull'estradizione e l'assistenza giudiziaria in ambito penale adottata tra Belgio, Lussemburgo e Olanda il 27 giugno 1962 e il Trattato Nordico sull'estradizione, stipulato tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia nel 1962. Occorre osservare, al proposito, che, dal momento che le regole processuali penali sono in tali Stati più simili e la fiducia nel sistema penale vigente negli altri Stati è elevata, è stato possibile instaurare tra gli stessi un sistema di cooperazione giudiziaria più stretto ed efficiente. Si legga, al proposito, B. DE SCHUTTER, *International Criminal Law in Evolution: Mutual Assistance in Criminal Matters between the Benelux Countries*, 1967, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 14(4), pp. 382-410; B. DE SCHUTTER, *L'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre du Benelux*, in *Revue belge de droit International*, 1967, p. 102 e seg.; H. ROMANDER, *Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques*, in *Droit pénal européen*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970, p. 557 e seg.; J. VESTERGAARD, S. ADAMO, *Mutual recognition in criminal matters: the Danish experience*, in A. WEYEMBERGH, L. SURANO, G. VERNIMMEN-VAN TIGGELEN (a cura di), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009.

⁸³⁷Tra le Convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale, occorre ricordare, in ordine temporale di adozione: la *Convenzione europea di estradizione*, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, (in *Serie dei Trattati Europei* n. 24), concerne l'estradizione di soggetti sottoposti a procedimenti penali o cui confronti deve essere eseguita una pena o una misura di sicurezza. Quest'ultima, non più applicabile agli Stati membri dell'UE, in quanto tra gli stessi assume ora valore vincolante la Decisione-quadro 2002/584 sul mandato di arresto europeo, a differenza dei Protocolli addizionali che sono stati ratificati solamente da alcuni Stati membri (Primo Protocollo, del 1975, in *Serie dei Trattati Europei* n. 86; il Secondo Protocollo, del 1978, in *Serie dei Trattati Europei* n. 98; il Terzo Protocollo, del 2010, in *Serie dei Trattati del consiglio d'Europa* n. 209), è stata ratificata da tutti gli Stati membri. Ad essa è seguita la *Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale*, del 20 aprile 1959 (in *Serie dei Trattati Europei* n. 30), di cui sono parte tutti gli Stati membri dell'UE. Quest'ultima disciplina l'esecuzione delle commissioni rogatorie relative a taluni atti di indagine, o riguardanti la comunicazione di mezzi di prova nell'ambito di un'indagine penale condotta dalle autorità giudiziarie di uno Stato (richiedente l'assistenza) da parte delle autorità di un altro Stato (richiesto dell'assistenza). Altri strumenti rilevanti del settore sono la *Convenzione europea sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione*, del 30 novembre 1964 (in *Serie dei Trattati Europei* n. 51), la *Convenzione europea sull'efficacia internazionale delle sentenze penali*, del 28 maggio 1970 (in *Serie dei Trattati Europei* n. 70), la *Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali*, del 15 maggio 1972 (in *Serie dei Trattati Europei* n. 73) e la *Convenzione sul trasferimento delle persone condannate*, del 21 marzo 1983 (in *Serie dei trattati Europei* n. 112). Sulle criticità riscontrate in merito all'adozione di tali convenzioni, si legga J.J.E. SCHUTTE, *The regionalisation of international criminal law and the protection of human rights in international cooperation in criminal proceedings*, General

Nel periodo compreso tra il 1975⁸³⁸ e il 1990, l'allora Comunità europea non sviluppò, infatti, una politica autonoma in ambito di assistenza giudiziaria in materia penale ma si limitò ad affiancare, integrare o sostituire le convenzioni adottate fin dalla fine degli anni '50 in seno al Consiglio d'Europa, al fine di semplificare le procedure e di intensificare i mezzi di cooperazione allora esistenti tra gli Stati membri⁸³⁹. Si iscrive nell'ottica di potenziamento del processo di integrazione e di intensificazione delle forme di cooperazione tra Stati membri, l'iniziativa del Presidente Valéry Giscard d'Estaing, il quale propose, per la prima volta, nei Consigli europei che si svolsero nel 1976, 1977⁸⁴⁰ e 1978, di affiancare allo spazio economico comune già instauratosi a partire dal Trattato di Roma, la creazione di uno "spazio giudiziario europeo"⁸⁴¹. In questa prospettiva sono stati adottati numerosi accordi⁸⁴², i quali, tuttavia, erano ben lontani dal porre le fondamenta di uno

Report for the XVth International Congress, in *Revue Internationale de Droit pénal*, 1994, p. 90; A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne: mise en perspective*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 34 e seg.; R. KOERING-JOULIN, *L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, Economica, 1993, p. 178.

838 Il 1975 è normalmente considerato l'anno a cui risale il primo momento in cui le Comunità europee si sono interessate alla cooperazione giudiziaria in materia penale poiché risale al 1975 l'istituzione del gruppo di cooperazione composto dai Ministri degli Interni, meglio noto come gruppo di TREVI, preposto a facilitare la cooperazione intracomunitaria per reprimere più efficacemente il terrorismo. Il gruppo è stato creato a Roma durante il Consiglio tenutosi a Roma l'1 e il 2 dicembre 1975 sotto la Presidenza italiana. I ministri dell'Interno vi trattavano questioni inerenti l'ordine pubblico e la lotta contro il terrorismo. Da questo processo, impostato sulle regole della cooperazione intergovernativa e focalizzato sul coordinamento delle forze di polizia, le istituzioni europee erano escluse, in quanto nei Trattati non era stabilita alcuna competenza europea riguardo alla cooperazione giudiziaria in ambito penale.

839 Si veda, al riguardo A. KLIP, *European Criminal Law, An integrative approach*, cit., p. 337; D. FLORE, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, cit., p. 488; J. CHARPENTIER, *Vers un espace judiciaire européen*, in *Annuaire français de droit international*, 1978, p. 927 e seg.; R. KOERING-JOULIN, *L'entraide judiciaire répressive au sein de l'Union européenne*, in M. DELMAS-MARTY (a cura di), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, Economica, 1993, p. 175; A. WEYEMBERGH, *L'espace pénal européen*, in L. DEFALQUE (a cura di) *Actualités en droit européen et rappel de quelques principes*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 76.

840 Nel Consiglio europeo, tenutosi a Bruxelles, il 5 dicembre 1977, in particolare, il Presidente Giscard D'Estaing si è espresso significativamente nei seguenti termini: "Je propose que nous franchissions un nouveau pas dans l'organisation de l'Union de l'Europe. Les pays membres de la Communauté sont engagés dans un processus qui doit les conduire à l'union, c'est-à-dire à la création d'un espace organisé. Les traités de Paris et de Rome ont jeté les bases d'un espace économique : le Marché commun, et aussi d'un espace commercial. Nos peuples se rendent compte qu'il faut que la construction européenne ne se limite point à cela. Ayant pris progressivement conscience de leur unité de destin, ils considèrent de plus en plus anachroniques les barrières de nature variée qui cloisonnent encore l'Europe. La construction de l'Union de l'Europe devrait donc s'enrichir d'un nouveau concept, celui de l'espace judiciaire. Certes, il n'est pas question d'en réaliser du jour au lendemain toutes les limites. A tout le moins faut-il l'entreprendre. Je suggère donc que, par l'adoption d'une convention d'extradition automatique assortie des garanties appropriées pour les cas de crimes particulièrement graves, quels qu'en soient les mobiles, les Neuf mettent en place le premier élément d'un espace judiciaire unique. Ceci n'exclut pas, bien entendu, que l'on traite du terrorisme dans des cadres plus larges. Mais nos concitoyens souhaitent qu'en ce domaine la Communauté des Neuf mette en œuvre une coopération d'une nature spécifique, à l'image de la solidarité qui unit désormais nos pays".

841 Si legga, al proposito, R. DE GOUTTES, *Vers un droit pénal européen?*, in *Rev. sc. crim.*, 1993, p. 643; R. DE GOUTTES, *De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal paneuropéen*, in *Mélanges Levasseur*, 1992, p. 4.

842 In particolare, essi consistono nell'Accordo concernente l'applicazione, tra gli Stati membri delle Comunità europee, della Convenzione del Consiglio d'Europa per la repressione del terrorismo, firmato a Dublino, il 4 dicembre 1979, da tutti gli Stati membri delle Comunità europee (l'accordo, tuttavia, non ha ricevuto il numero sufficiente di ratifiche e, quindi, non è mai entrato in vigore); la Convenzione relativa all'applicazione del principio *ne bis in idem*, del 25 maggio 1987; l'Accordo concernente l'applicabilità tra gli Stati membri delle Comunità europee della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate, firmata lo stesso giorno, ossia il 25

“spazio giudiziario europeo”, in quanto si limitavano, perlopiù, a recepire il contenuto degli accordi già adottati in seno al Consiglio d'Europa e a prevedere forme molto deboli di cooperazione tra Stati membri.

La scarsa effettività di tali accordi era anche dovuta allo strumento giuridico prescelto, la convenzione; quest'ultima, infatti, al fine di poter entrare in vigore ed essere vincolante nei confronti degli Stati firmatari, deve essere ratificata da tutti gli Stati membri e il processo di ratifica è normalmente lungo, oltre che a non essere sempre portato a termine con successo da parte di tutti gli Stati firmatari. A tal proposito, occorre ricordare che nessuno degli accordi adottati tra il 1975 e il 1990 è mai entrato in vigore per mancanza delle ratifiche necessarie.

Un'ulteriore causa va ravvisata nello strumento in sé, ossia la mutua assistenza giudiziaria, che differisce notevolmente dal mutuo riconoscimento. La mutua assistenza giudiziaria è, infatti, uno strumento che permette di non invadere l'altrui sfera di giurisdizione, rispettando la sovranità nazionale di ciascuno Stato membro; attraverso di essa uno Stato fornisce aiuto nelle investigazioni e nel perseguimento dei reati ad un altro Stato che richieda tale ausilio.

La mutua assistenza giudiziaria è, quindi, basata sul cosiddetto principio “della richiesta”, in base al quale la cooperazione prende avvio da un'esplicita richiesta di uno Stato (Stato richiedente) nei confronti un altro Stato (Stato richiesto), il quale, nel caso in cui non esistano strumenti pattizi vincolanti⁸⁴³ può decidere in via assolutamente discrezionale se ottemperare alla richiesta di assistenza oppure no⁸⁴⁴. Oggetto della mutua assistenza giudiziaria sono, in primo luogo, le rogatorie, ossia le richieste dirette ad ottenere lo svolgimento all'estero di attività di acquisizione probatoria⁸⁴⁵. Accanto alle rogatorie si pongono⁸⁴⁶, in secondo luogo, le richieste di consegna di documenti giudiziari e le attività dirette a consentire l'esame di testimoni e periti, oltre a quelle richieste che sono dirette all'esecuzione di altre attività processuali, non aventi direttamente finalità probatorie, ma necessarie per lo svolgimento di un procedimento penale, quali le richieste di consegna di documenti giudiziari e le attività dirette a consentire l'esame di testimoni e periti.

L'inadeguatezza degli strumenti fino ad allora emanati ha portato gli Stati membri a prevedere, a

maggio 1987; l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle forme di trasmissione delle richieste di estradizione, firmato a San Sebastian il 26-27 maggio 1989; l'Accordo sul trasferimento dei procedimenti in materia penale, firmato a Roma il 6 novembre 1990 e la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'esecuzione delle sentenze penali straniere, firmata a Bruxelles il 13 novembre 1991. Nessuno di tali accordi è mai entrato in vigore, per mancanza delle ratifiche necessarie.

843L'assistenza giudiziaria viene, in tal caso, richiesta sulla base della c.d. “cortesia internazionale” e della promessa di reciprocità.

844Non esiste, infatti, nella comunità internazionale alcuna norma consuetudinaria che faccia obbligo agli Stati di prestarsi reciproca assistenza giudiziaria. Al fine di creare tale obbligo e stabilirne la portata vengono normalmente stipulati accordi tra gli Stati sia in via bilaterale che multilaterale. Nei casi in cui sussista uno strumento convenzionale destinato a regolare la mutua assistenza tra molte parti contraenti, le regole dettate dallo strumento convenzionale possono caso per caso variare a seconda dello Stato interessato, sulla base dei meccanismi delle riserve e delle dichiarazioni da esso effettuate.

845Tali possono definirsi, inoltre, le richieste dirette all'acquisizione di prove già raccolte dall'autorità straniera. Vedi in tal senso l'art. 3 della Convenzione europea di mutua assistenza del 1959.

partire dagli anni Novanta, nuove forme di cooperazione. In quegli anni sono stati adottati nuovi strumenti normativi che hanno contribuito a rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale: in primo luogo, è stata adottata, al di fuori del quadro istituzionale europeo, in un'ottica prettamente securitaria, la Convenzione di applicazione degli accordi di Schengen (d'ora innanzi CAAS). In secondo luogo, con le modifiche apportate dal Trattato di Maastricht, è stato inserito all'interno del Terzo Pilastro del Trattato sull'Unione europea il Titolo VI, significativamente rubricato "Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni". Sebbene questi due strumenti abbiano rappresentato un passo importante verso la predisposizione di adeguate forme di cooperazione giudiziaria in materia penale, l'approccio dagli stessi adottato è rimasto, assai timido e poco incisivo.

Per quanto riguarda la CAAS, firmata il 19 giugno 1990⁸⁴⁶, quest'ultima mantiene una visione ancora ispirata al passato, in cui le misure di cooperazione tra Stati in materia penale sono considerate "misure compensatorie" volte a riequilibrare la situazione di insicurezza che si è venuta a creare in seguito all'eliminazione dei controlli alle frontiere⁸⁴⁷. L'art. 17 dell'Accordo espressamente statuisce che gli Stati devono cercare "di eliminare i controlli alle frontiere comuni, trasferendoli alle proprie frontiere esterne. A tal fine, si adopereranno [omissis] per adottare misure complementari per la salvaguardia della sicurezza [omissis]"⁸⁴⁸. L'ottica è, quindi, quella di

846Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen il 19.6.1990 ed entrata in vigore il 1.9.1993, in GUCE L 239, 22.09.2000, p. 1. Nell'ambito della Convenzione di Applicazione viene disciplinato un insieme assai vasto di questioni, che investono, tra le altre, la soppressione dei controlli alle frontiere interne e l'attraversamento delle frontiere esterne, la regolamentazione dei visti e delle domande di asilo, la cooperazione di polizia, l'assistenza giudiziaria in materia penale, l'applicazione del principio *ne bis in idem*, l'estradizione, la trasmissione dell'esecuzione delle sentenze penali. Prima di tale Convenzione erano altresì stati conclusi il 14 giugno 1985, gli Accordi di Schengen tra cinque Stati, ossia la Francia, la Germania, il Belgio, il Lussemburgo e i Paesi Bassi. Agli Stati fondatori dello spazio Schengen se ne sono aggiunti altri successivamente tra cui, in particolare, l'Italia, il 27 novembre 1990, la Spagna e il Portogallo, il 25 giugno 1991, la Grecia, il 6 novembre 1992, l'Austria, il 28 aprile 1995, la Danimarca, la Finlandia, l'Islanda, la Norvegia e la Svezia il 19 dicembre 1996. In forza di uno specifico accordo, le disposizioni della Convenzione di Schengen si applicano, a partire dal 25 marzo 2001, anche a Paesi cd. "osservatori", come l'Islanda e la Norvegia, a seguito delle verifiche relative all'effettuazione di taluni adempimenti tecnici previsti nelle norme pattizie. Sulla cooperazione Schengen, si legga R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Rivista di diritto europeo*, 1994, p. 233; S. ALMASEANU, *Espace Schengen: une impulsion nouvelle*, in *Gazette du Palais*, 2005, p. 2568 seg.; J. COSTA-LASCOUX, *De Schengen à Maastricht: libertés et contrôles dans l'Europe des citoyens*, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal. Droit pénal européen*, Paris, Litec, 1992, p. 130 e seg.; S. DE BIOLLEY, II. *Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne, 1. Les débuts: acquis de Schengen*, in *Revue internationale de droit pénal*, 2006, p. 23 e seg.; A.M. DELVAUX, *La suppression des contrôles aux frontières internes et les mesures compensatoires*, in *Actualités du droit*, 1994, pp. 329-337; V. HREBLAY, *Les accords de Schengen: origine, fonctionnement et avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1998; G. RENAULT, *Schengen, un modèle pour l'Europe pénale?*, Bruxelles, Larcier, 1995.

847Quali misure compensatorie alla soppressione delle frontiere interne erano previste nel titolo III della CAAS disposizioni in materia di: cooperazione tra forze di polizia (capitolo I), assistenza giudiziaria in materia penale (capitolo II), applicazione del principio del *ne bis in idem* (capitolo III), estradizione (capitolo IV), trasmissione dell'esecuzione delle sentenze penali (capitolo V); inoltre, si dettavano alcune disposizioni in merito a due settori specifici, quelli del traffico di stupefacenti (capitolo VI) e di armi da fuoco e munizioni (capitolo VII). Infine veniva istituito il Sistema d'Informazione Schengen (titolo IV), un sistema informatico composto da diversi server ubicati in ogni paese per lo scambio automatizzato di segnalazioni su persone ed oggetti.

848In tal senso, si legga l'articolo 17 dell'*Accordo di Schengen fra i Governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni*, (OJ L 239, 22.9.2000, pp. 13-18) che integralmente dispone: "In materia di circolazione delle

garantire uno spazio comune privo di frontiere interne che sia, allo stesso tempo, sicuro, in cui, quindi, i cittadini degli Stati facenti parte dell'accordo possano circolare liberamente e tranquillamente.

Pur non avendo innovato considerevolmente i meccanismi tradizionali della procedura di estradizione, la CAAS ha avuto il merito di creare un apparato informativo, il SIS (Servizio informativo Schengen), che ha permesso di migliorare notevolmente due aspetti: ha, infatti, reso più rapida la trasmissione dei flussi di informazione tra gli Stati membri per quanto riguarda l'individuazione delle persone ricercate, e ha permesso di facilitare e snellire i contatti tra le autorità nazionali nel caso di arresto di un soggetto indagato.

Per quanto in tale sede interessa, occorre, inoltre ricordare che l'art. 54 CAAS, concernente il principio del *ne bis in idem*, è stato ritenuto essere la prima disposizione contenuta nel Trattato sull'Unione Europea pre-Lisbona⁸⁴⁹ che abbia implicitamente fatto proprio il principio del mutuo riconoscimento e presupposto la sussistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Accordo⁸⁵⁰. Tale interpretazione è stata avvalorata altresì dalle parole della Corte di Giustizia nei casi congiunti *Gözütok and Brügge*⁸⁵¹, in cui la stessa ha affermato che il principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 54 CAAS implica necessariamente che esista una fiducia reciproca tra gli Stati membri “nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”.

Nonostante il collegamento operato dalla Corte *a posteriori*, nel 2003, tra l'art. 54 CAAS e il principio del mutuo riconoscimento, quest'ultimo non sarà espressamente disciplinato nei Trattati neanche con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. La collocazione sistematica della cooperazione giudiziaria in materia penale all'interno del c.d. Terzo Pilastro, nel Titolo VI, e la lettura degli articoli da K a K.9 del Trattato permette di comprendere che la procedura per adottare

persone, le Parti cercheranno di eliminare i controlli alle frontiere comuni, trasferendoli alle proprie frontiere esterne. A tal fine, si adopereranno in via preliminare per armonizzare, se necessario, le disposizioni legislative e regolamentari relative ai divieti ed alle restrizioni sulle quali si basano i controlli e per adottare misure complementari per la salvaguardia della sicurezza e per impedire l'immigrazione clandestina di cittadini di Stati non membri delle Comunità europee”.

849Come è noto, infatti, la CAAS e l'Accordo Schengen del 1985 sono stati incorporati nel Titolo VI del Trattato sull'Unione europea, in quanto Schengen *acquis*, secondo quanto disposto dal Protocollo n. 2 annesso al Trattato di Amsterdam.

850In tal senso, si legga M. WASMEIER, N. THWAITES, *The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU Law: comments on recent developments*, in *European Law Review*, 31(3) (2006), pp. 3-4, richiamato da J. W. OUWERKERK, *Quid Pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011.

851CGUE, *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, dell'11 febbraio 2003, in *Racc. p.* I-1345, par. 33. Nel paragrafo 33 letteralmente si legge: “Alla luce di ciò, il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, a prescindere dal fatto che sia applicato nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale che necessitino o meno dell'intervento di un giudice o di pronunce giudiziali, implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”.

gli strumenti di cooperazione ivi previsti fosse prevalentemente intergovernativa⁸⁵². In tale ambito, infatti, assumevano un ruolo preponderante il Consiglio e gli Stati membri. La procedura per l'adozione di questi atti era sostanzialmente concentrata nelle mani del Consiglio, cui era affidato il compito di adottare posizioni congiunte ed azioni comuni, nonché di elaborare convenzioni, su iniziativa degli Stati membri, che godevano di larga autonomia in tale ambito⁸⁵³, o della Commissione⁸⁵⁴.

La mancanza di effettività di tali basi giuridiche è stata confermata anche dalla sorte che ha subito il primo atto adottato per combattere le frodi al bilancio dell'Unione, il quale è stata adottato sulla base dell'art. K.3 del TUE, ossia la Convenzione PIF del 26 luglio 1995⁸⁵⁵. La Convenzione, infatti, è stata ratificata molto lentamente dagli Stati e non ha sortito gli effetti sperati. I processi di ratifica da parte dei diversi Stati furono lenti e la Convenzione PIF non entrò in vigore prima dell'ottobre 2002. Inoltre, in base ai dati raccolti dalla Commissione⁸⁵⁶, solamente i Paesi Bassi e Cipro

852Tra gli strumenti giuridici adottati grazie alla nuova cornice legislativa disciplinata dal Titolo VI vi erano la Convenzione in materia di estradizione semplificata del 1995 (*Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea*, del 10 marzo 1995, in GUCE C 78 del 30 marzo 1995, p. 1 e seg.), la Convenzione di estradizione del 1996 (*Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea*, del 27 settembre 1996, in GUCE C 313 del 23 ottobre 1996, p. 11 e seg.) e la *Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, del 29 maggio 2000, in GUCE C 197, 12.7.2000, p. 1.

853Mentre agli Stati membri era lasciato ampio margine di manovra, alla Comunità residuava poca autonomia nel regolamentare le materie in esso comprese, soprattutto perché gli atti emanati nell'ambito del Terzo pilastro erano soggetti ad un controllo giurisdizionale limitato e non era possibile per la Commissione avviare la procedura d'infrazione nei confronti degli Stati che non adempivano agli obblighi loro imposti a livello europeo. Si leggano, sul punto S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law (Non-Civil)*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 270-272; R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht*, cit., p. 236; D. O'KEEFFE, *A critical view of the Third Pillar*, in A. PAULY (a cura di), *De Schengen à Maastricht: voie royale et course d'obstacles*, Maastricht, 1996, p. 7; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 102.

854Il Consiglio doveva deliberare all'unanimità, salvo che per le questioni di procedura e tranne nei casi in cui fosse espressamente prevista una regola di voto diversa. Si leggano, al proposito, gli articoli K.4, par. 3 e l'art. K.3 del Trattato sull'Unione europea adottato in seguito alle modifiche apportate con il Trattato di Maastricht.

855*Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (PIF)*, GUCE C 316, 27 novembre 1995, p. 48 e seg., corredata da tre Protocolli: *Protocollo addizionale del 27 settembre 1996, contro la corruzione dei funzionari comunitari (c.d. I protocollo PIF)*, GUCE C 313, 23 ottobre 1996, p. 1 e seg.; *Protocollo addizionale del 19 giugno 1997, in materia di confisca, di riciclaggio dei proventi da reato, di responsabilità della persona giuridica (c.d. II protocollo PIF 1997)*, GUCE C 221, 19 luglio 1997, p. 11 e seg.; *Protocollo addizionale del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia e delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, GUCE C 151, 20 maggio 1997, p. 1 e seguenti.

856In tal senso *Second Report from the Commission - Implementation of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols - Article 10 of the Convention*, COM(2008) 77, 14.2.2008. Sulla direttiva PIF si vedano i contributi di J.F.H. INGHELDRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 16 e seg.; A. MISSIR DI LUSIGNANO, *La protection des intérêts financiers de la Communauté*, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, Bruxelles, Année 4, n. 28, 1996, pp. 73-78; DIEMUT R. THEATO, *Bilan et perspectives en matière de protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Agon n. 25, dicembre 1999, p. 3; CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, *Protection "PIF" espace et judiciaire européen: balance and perspectives à l'aube du troisième millénaire*, Agon, n. 25, 1999, p. 10. Si vedano, inoltre in contributi contenuti in *Quelles perspectives pour un Ministère public européen?, Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, 2010, con particolare riferimento ai contributi di JACQUES BARROT, *Vers une Europe de l'action publique? Enjeux, acquis, perspectives*, p. 25 e seg.; MIREILLE DELMAS- MARTY, *La genèse du projet du procureur européen*, p. 163 e seguenti; YVES BOT, *Le principe de reconnaissance mutuelle et l'institution d'un*

avrebbero ratificato e applicato correttamente ed integralmente la Convenzione ed i Protocolli⁸⁵⁷.

La palese inadeguatezza e inefficienza degli strumenti adottati in seno al c.d. Terzo Pilastro, sulla base degli articoli contenuti nel Titolo VI del TUE post Trattato di Maastricht, hanno reso evidente la necessità di modificare la disciplina prevista a livello europeo per perseguire gli autori dei reati aventi carattere transnazionale. Ha senza dubbio costituito un passo in tale direzione il fatto di aver previsto espressamente tra gli obiettivi dell'Unione quello di “conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”⁸⁵⁸.

4.1.1.11 Principio del mutuo riconoscimento e diritti fondamentali

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, al fine di raggiungere l'obiettivo di fornire ai cittadini un “elevato livello di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”, si era deciso di privilegiare lo strumento del ravvicinamento delle normative degli Stati membri in materia penale⁸⁵⁹. A tale scopo, accanto alle convenzioni, alle posizioni comuni e alle decisioni era stato aggiunto un ulteriore e importante strumento: la decisione-quadro. L'introduzione di tale strumento, in realtà, non ha modificato sensibilmente la situazione, in quanto, come ogni altra misura

parquet européen, p. 201 e seg..

857Al fine di approntare una tutela adeguata degli interessi finanziari dell'Unione, nello stesso periodo in cui è stata adottata nell'ambito del Terzo pilastro la convenzione PIF per la protezione degli interessi finanziari comunitari, nel dicembre del 1995 è stato altresì emanato un regolamento per la protezione degli interessi finanziari europei sulla base dell'art. 235 TCE (*Regolamento del Consiglio (EC, Euratom) No 2988/95 del 18 dicembre 1995 sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea*, O.J. 1995, L 312/1). Il regolamento, è stato adottato sulla base della clausola di flessibilità in quanto l'art. 209A TCE, pur includendo tra gli obiettivi della Comunità quello di proteggere gli interessi finanziari della stessa, non prevedeva una base giuridica per l'adozione di atti di diritto derivato da parte delle istituzioni europee. Per l'analisi della base giuridica prescelta per l'adozione di questo regolamento, si veda il Titolo I, Capitolo I, Sezione I.

858Art. 2 del Trattato sull'Unione europea pre-Lisbona, come modificato con l'entrata in vigore del trattato di Amsterdam.

859Si faceva riferimento al ravvicinamento delle disposizioni penali degli Stati membri e alla predisposizione di norme minime sia nell'art. 29, par. 2 TUE pre-Lisbona, in cui si stabiliva che: “*Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante: [omissis] il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31, lettera e)*”, che nell'art. 31, lett. e) TUE pre-Lisbona, il quale espressamente recitava: “*L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: [omissis] la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti*”. L'art. 34 del TUE pre-Lisbona prevede, inoltre, che “*1. Nei settori di cui al presente titolo, gli Stati membri si informano e si consultano reciprocamente, in seno al Consiglio, per coordinare la loro azione; essi instaurano a tal fine una collaborazione tra i servizi competenti delle loro amministrazioni. 2. Il Consiglio adotta misure e promuove, nella forma e secondo le procedure appropriate di cui al presente titolo, la cooperazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi dell'Unione. A questo scopo, deliberando all'unanimità, su iniziativa di uno Stato membro o della Commissione, il Consiglio può : [omissis] adottare decisioni-quadro per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Le decisioni-quadro sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Esse non hanno efficacia diretta*”.

legislativa in tale settore, la decisione-quadro, oltre a non essere dotata di effetti diretti, doveva essere adottata su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, in base ad una delibera adottata all'unanimità in seno al Consiglio e poi avrebbe dovuto essere recepita nell'ordinamento nazionale dagli Stati membri, che, di regola, erano inadempienti o, comunque, impiegavano tempi molto lunghi per trasporle⁸⁶⁰. Come noto, inoltre, in tale ambito la competenza della Corte di giustizia era più limitata rispetto a quella generale prevista per tutti gli atti legislativi dell'Unione.

Alla fine degli anni Novanta, più precisamente nel 1999, il Consiglio europeo organizzò un incontro speciale sullo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a Tampere⁸⁶¹, in cui venne stabilito che il principio del mutuo riconoscimento avrebbe dovuto assumere il ruolo di principio cardine su cui fondare la cooperazione giudiziaria in materia penale⁸⁶² e in cui fu, del pari, deciso di creare una nuova agenzia europea in materia di cooperazione giudiziaria penale, chiamata *Eurojust*, composta da pubblici ministeri o magistrati distaccati di ciascuno Stato membro. Tale nuova agenzia europea avrebbe dovuto costituire un importante passo avanti nella direzione di un progressivo accentramento della cooperazione tra autorità giudiziarie, superando il paradigma bilaterale del quadro dei magistrati di collegamento e quello eccessivamente decentrato della Rete Giudiziaria Europea⁸⁶³.

Le ragioni della scelta di promuovere il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie anziché continuare a promuovere l'armonizzazione delle discipline giuridiche nazionali si devono rintracciare nella diffidenza degli Stati membri riguardo alla questione del ravvicinamento delle normative nazionali in materia penale⁸⁶⁴. Il Regno Unito, in particolare, il quale era sfavorevole ad un ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali in tale ambito, si fece propugnatore dell'idea di fondare la cooperazione giudiziaria sul principio del mutuo riconoscimento, anziché su quella

860Il ruolo del Parlamento europeo, d'altra parte, era rimasto pressoché invariato, in quanto il parere da trasmettersi al Consiglio in merito alla misura da adottare non era vincolante né in alcun modo influente sulla procedura complessiva. Si veda, per quanto riguarda il peculiare regime riservato agli atti del Terzo pilastro si veda C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, del 1 dicembre 2014. Si rinvia, inoltre, per quanto riguarda l'analisi di tale strumento al Titolo I, Capitolo I, Sezione I.

861Consiglio europeo di Tampere, Conclusioni della presidenza, del 15 et 16 ottobre 1999, SN 200/99, consultabili all'indirizzo: Parlement européen <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm> o <http://ue.eu.int>.

862Prima del Consiglio europeo di Tampere il Consiglio europeo aveva già sottolineato l'importanza di un'efficace cooperazione giudiziaria nella lotta contro la criminalità transnazionale ed aveva riconosciuto che occorresse "potenziare la capacità dei sistemi giuridici nazionali di operare in stretto contatto", oltre "determinare in quale misura si debba estendere il riconoscimento reciproco delle decisioni dei rispettivi tribunali" nel Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998. Si vedano, al riguardo, le *Conclusioni della Presidenza* raggiunte nel Consiglio di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998, SN 150/1/98 REV 1, paragrafo 39. Si legga, al riguardo, G. DE KERCHOVE, *La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 113.

863Per un accurato resoconto delle negoziazioni relative alla creazione di *Eurojust* e al ruolo in esse giocato dal Segretariato generale del Consiglio, si legga M. MANGENOT, *Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de création d'Eurojust (1996-2004)*, in *Cultures & Conflits*, 2006, p. 43.

864V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice. From Automatic Inter-state Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, vol. 31, pp. 319-372.

dell'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali⁸⁶⁵.

Il principio del reciproco riconoscimento, mutuato dall'area del mercato interno, è stato ritenuto preferibile perché meno incisivo rispetto all'armonizzazione delle disposizioni nazionali e, quindi, politicamente più accettabile all'epoca da parte di tutti gli Stati membri⁸⁶⁶.

In questa prima fase esso venne utilizzato al posto degli ordinari strumenti di mutua assistenza giudiziaria perché questi ultimi si erano rivelati inefficienti e inadeguati ad assicurare un grado di sicurezza soddisfacente per i cittadini europei; l'ottica era, pertanto, anche in questo caso meramente securitaria e le garanzie processuali dei soggetti coinvolti nel procedimento non erano state, neanche in tale fase, prese in considerazione.

I diritti dei cittadini europei erano presi in considerazione solo in relazione alla loro libertà di circolare liberamente in tutta l'Unione, “in uno spazio comune di prosperità e di pace”, godendo della possibilità di usufruire di un mercato unico e di un'unione economica e monetaria. Come si legge nelle conclusioni rassegnate al Consiglio europeo di Tampere “la sfida insita nel trattato di Amsterdam è ora quella di garantire che tale libertà, che comprende il diritto alla libera circolazione in tutta l'Unione, possa essere goduta in condizioni di sicurezza e di giustizia accessibili a tutti. Si tratta di un progetto che risponde alle preoccupazioni frequentemente espresse dai cittadini e che ha ripercussioni dirette sulla loro vita quotidiana”⁸⁶⁷.

L'ottica, come si può osservare, rimane sempre quella di adottare delle misure che compensino il disequilibrio venutosi a creare in seguito all'eliminazione dei controlli alle frontiere e alla conseguente libertà di circolazione anche dei soggetti appartenenti alla criminalità organizzata, ad associazioni terroristiche, o a organizzazioni criminose che sfruttano l'eliminazione dei controlli alle

865Si veda, in tal senso, il Documento sottoposto dalla delegazione del Regno Unito al Comitato K.4, *Mutual recognition of judicial decisions and judgements in criminal matters*, doc. 7090/99, Bruxelles 29 marzo 1999, paragrafo 9. Si legga, altresì, S. LAVENEX, *Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 766; V. MITSILEGAS, *The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2006, pp. 1278-1279; H.G. NILSSON, *Mutual trust or mutual mistrust?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, pp. 29-30. Si legga, al proposito, quanto affermato da G. DE KERCHOVE, *La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, cit., p. 116; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3512.

866Il Consiglio Giustizia e Affari interni, il 30 novembre 2000, ha, inoltre, adottato un *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali* (in GUCE C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10 e seg.). La necessità di adottare il principio del reciproco riconoscimento è stata propugnata anche dalla Commissione (*Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters*, COM(2000) 495 final, p. 2). Si veda sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, cit., pp. 383-385; A. P. PEITEADO MARISCAL, *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión europea*, Madrid, Editorial Colex, 2006, p. 34 e seg.; A. WEYEMBERGH, *Droit pénal et reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne*, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2001, p. 198 e seg..

867In tal senso, Consiglio europeo di Tampere, Conclusioni della presidenza, del 15 et 16 ottobre 1999, SN 200/99, punto n. 2.

frontiere per commettere crimini sul territorio di più Stati membri.

In base al principio del reciproco riconoscimento, le sentenze e i provvedimenti giudiziari adottati legalmente in uno Stato membro devono essere riconosciuti, e se necessario, eseguiti all'interno del territorio di un altro Stato membro automaticamente senza necessità di una procedura di *exequatur*, “anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”⁸⁶⁸. Secondo quanto auspicato in seno al Consiglio di Tampere, il principio in parola dovrebbe riguardare anche le misure cautelari e le misure di sicurezza adottate in una fase preprocessuale, così come le prove legittimamente raccolte dalle autorità di uno Stato membro, le quali dovrebbero essere ritenute ammissibili dinanzi agli organi giurisdizionali degli altri Stati membri⁸⁶⁹. Gli eventuali dubbi o problemi applicativi derivanti, per esempio, dalla diversa disciplina regolante l'ammissibilità ed utilizzabilità delle prove che giustificavano l'emissione del mandato di arresto o erano poste a fondamento del provvedimento adottato potevano essere contestati solo nello Stato membro emittente.

L'idea di fondo era che, nonostante le differenze tra i regimi procedurali negli Stati Membri, il sistema di tutela dei diritti fondamentali fosse il medesimo in tutti gli Stati membri e questi potessero, quindi, fidarsi l'uno dell'altro⁸⁷⁰. La fiducia reciproca era presupposta e considerata abbastanza solida per applicare il mutuo riconoscimento⁸⁷¹. La possibilità di prevedere norme minime comuni serviva, quindi, a facilitare l'applicazione del mutuo riconoscimento e a rafforzare la fiducia reciproca tra Stati nei rispettivi ordinamenti giuridici.

La logica si era, dunque, invertita: le misure di armonizzazione non erano più considerate lo strumento per permettere una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri, ma erano considerate strumentali al rafforzamento della fiducia reciproca tra Stati e,

868Si legga, in tal senso quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso precedentemente citato *Hüseyin Güzütok e Klaus Brügge*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, dell'11 febbraio 2003, in *Racc.* p. I-1345, par. 33. BÖSE, *Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege in der EU*, in C. MOMSEN, R. BLOY, P. RACKOW (a cura di), *Fragmentarisches Strafrecht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003, p. 233 e seguenti.

869Il punto n. 36 delle Conclusioni raggiunte al Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 letteralmente dispone: “*Il principio del reciproco riconoscimento dovrebbe altresì applicarsi alle ordinanze preliminari, in particolare a quelle che permettono alle autorità competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili; le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili*”.

870Per un approfondimento sulle origini e sul contenuto del principio del reciproco riconoscimento, si legga J. OUWERKERK, *Quid Pro Quo? A Comparative Law Perspective on the Mutual Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters*, Cambridge, 2011; A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters: A Study of the Principle in Four Framework Decisions and in the Implementation Legislation in the Nordic Member States*, Cambridge, 2011.

871Si legga sul punto V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice. From Automatic Inter-state Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, 2012, vol. 31, pp. 319–372. Per determinare le modalità di attuazione del principio del riconoscimento reciproco, è stato emanato il *Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali*, del 30 novembre 2000, in GUCE C 12 del 15 gennaio 2001, p. 10 e seg.; la *Comunicazione sul riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM (2000) 495 final, e la *Comunicazione della Commissione, Il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri*, COM (2005) 195 definitivo.

quindi, funzionali al reciproco riconoscimento delle decisioni.

Tale inversione di tendenza è stata da taluni autori criticata e ritenuta un passo indietro nel processo di integrazione europea, dal momento che il principio in questione legittimava gli Stati membri a non adeguare la propria legislazione in materia penale, sia sostanziale che procedurale, a norme armonizzatrici emanate a livello europeo e comportava in sé l'implicita rinuncia alla predisposizione di un corpo unico di norme in materia penale a livello europeo⁸⁷². Taluni autori⁸⁷³ hanno, inoltre, rilevato l'esistenza di differenze troppo profonde tra l'area del mercato interno e l'ambito penale, lamentando, di conseguenza, l'inopportunità di applicare analogicamente il principio del mutuo riconoscimento, affermatosi al fine di facilitare la libera circolazione di merci e servizi senza dover procedere ad una previa armonizzazione delle regole disciplinanti il settore⁸⁷⁴.

La prima importante differenza tra i due settori di riferimento risiede nell'elemento che è fatto

872Cfr. V. MITSILEGAS, *The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU*, in *Common Market Law Review*, vol.43, 2006, pp. 1277–1311. Secondo K. NICOLAIDIS e G. SHAFFER, (*Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, pp. 263–317), il principio del mutuo riconoscimento crea extraterritorialità. Nel medesimo senso, vedi anche K. NICOLAIDIS, *Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, pp. 682–698.

873In senso critico rispetto alla trasposizione del mutuo riconoscimento in ambito penale, seppure sulla scorta di diversi rilievi critici, si legga Così S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?*, in *Common Market Law Review*, n. 41, 2004, p. 5; V. MITSILEGAS (n. 57 Grainne De Burca); M. MADURO, *So Close and Yet So Far: The Paradoxes of Mutual Recognition*, in 14 *JEPP*, 2004, p. 814; B. SCHÜNEMANN, *Presentazione, Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007, p. 6 e seg.; S. LAVENEX, *Mutual Recognition and the Monopoly of Force: Limits of the Single Market Analogy*, in 14 *JEPP*, 2007, p. 762, pp. 764-766; S. WOLFF, *The Rule of Law in The Area of Freedom, Security and Justice: Monitoring at Home what the European Union Preaches Abroad*, in 5 *Hague Journal on the Rule of Law*, 2013, p. 119; U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 13 e seg.; A. BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 5 e seg.; F. ZIMMERMANN, in BURCHARD, VOGEL, TRIFFTERER (a cura di), *The Review Conference and the Future of the ICC*, the Hague, Kluwer Law International, 2010, pp. 287 e seg..

874Il principio del mutuo riconoscimento, sebbene fosse già previsto in alcune disposizioni del Trattato istitutivo della CEE (tra cui l'articolo 57, par. 1 TCEE, relativo al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli, e l'articolo 220, par. 1 TCEE, in materia di reciproco riconoscimento della società nonché di mutuo riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali; al riguardo, J. LELIEUR, L. SINOPOLI, *Approche critique du vocabulaire juridique européen: la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire*, in *Petites affiches*, 37/2010, p. 7;), è con la celebre sentenza *Cassis de Dijon* del 20 febbraio 1979 (CGCE *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, causa C-120/78, del 20 febbraio 1979, in *Racc.* p. 649 e seg.), che tale principio ha assunto il ruolo e le caratteristiche che possiede tutt'oggi. La Corte ha affermato con tale sentenza che un prodotto legalmente fabbricato e posto in vendita all'interno di uno Stato membro dev'essere, in principio, ammesso nel mercato di un altro Stato membro, e ha imposto conseguentemente l'obbligo di riconoscere e rispettare le normative nazionali vigenti in materia. Gli ostacoli alla libera circolazione delle merci derivanti dalla presenza di divergenze tra le legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti, vengono considerati compatibili con il Trattato soltanto se rispondenti ad "esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori" (in tal senso, si legga il paragrafo 8 della sentenza in discorso). Il principio è stato, successivamente, ulteriormente definito dalla Commissione con la *Comunicazione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 ("Cassis de Dijon")* (GU C 256 del 3 ottobre 1980, pp. 2-3), con il Libro Bianco del 1985 sul *completamento del mercato interno. Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo* (Milano, 28-29 giugno 1985, COM(85) 310 definitivo) e il Consiglio la *Risoluzione del 7 maggio 1985 relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione*, (in GU n. C 136 del 04 giugno 1985, pp. 1-9). Si legga, al riguardo, P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998, pp. 131-132.

oggetto di mutuo riconoscimento e nelle conseguenti implicazioni per la sfera di sovranità degli Stati membri. Nel caso del mercato interno, infatti, oggetto di riconoscimento è la disciplina inerente un determinato prodotto propria di un altro Stato membro; nell'area di libertà, sicurezza e giustizia, al contrario, sono fatti oggetto di riconoscimento gli atti emanati dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro, come interpretati ed applicati in quello Stato. In ambito penale, quindi, non sono riconosciute come equivalenti solo le norme di un altro Stato, ma, in modo ben più pregnante, riconoscendo quel determinato atto, lo Stato accetta di “cooperare nel dare attuazione a tutto il sistema giuridico statale di un altro Stato”⁸⁷⁵.

Il meccanismo del mutuo riconoscimento, senza la contestuale armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali, potrebbe provocare una carente tutela dei diritti difensivi del soggetto indagato nel procedimento⁸⁷⁶. Come è stato affermato, infatti, “*there is a fundamental difference in the nature of the flows addressed: in the first case, single market integration, mutual recognition eases the cross-border movement of societal interaction, thus contributing to processes of liberalization and socialization. The private sphere and the rights of individuals engaged in trade and consumption are enhanced while the regulatory scope of the member states is reduced. In the case of judicial cooperation in JHA, in contrast, the introduction of mutual recognition does not expand the rights of individuals vis-à-vis the state. On the contrary, it facilitates the cross-border movement of sovereign acts exercised by states' executives and judicial organs...*”⁸⁷⁷.

Secondo quanto affermato da una parte della dottrina, il principio del mutuo riconoscimento deve essere soggetto a limitazioni al fine di garantire la tutela dei diritti umani⁸⁷⁸.

Tali autori ritengono che al fine di tutelare adeguatamente i diritti dei soggetti coinvolti nel processo penale non deve essere riconosciuto valore assoluto al principio del mutuo riconoscimento; lo stesso deve, al contrario, essere soggetto a limitazioni. Secondo quanto stabilito dagli stessi il principio del mutuo riconoscimento “*must recede where the criminal proceeding would risk violating legitimate interests either of the individual or the Member State*”⁸⁷⁹. La limitazione del principio in commento

875Leggi, al proposito, S. LAVENEX, *Mutual Recognition and the Monopoly of Force: Limits of the Single Market Analogy*, in 14 JEPP, 2007, p. 762, pp. 764-766.

876Si legga, in tal senso, H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, 2012, Verlag C.H. Beck oHG, p. 118, il quale rileva un altro punto debole. Usando le parole dell'autore “*Additionally, while in the law of free movement of goods there has always been a reservation for considerations of public policy (“ordre public”, cf art. 30 TEC and the subsequent provision of art. 36 TFEU) to deal with the remaining diversity of legal systems, such a reservation is missing from the concept of mutual recognition in criminal matters. Especially in view of the considerable differences between the structures of criminal (procedural) law from state to state, this can only be seen as a huge shortcoming of the principle of mutual recognition*”.

877In tal senso, S. LAVENEX, *Mutual Recognition and the Monopoly of Force: Limits of the Single Market Analogy*, in 14 JEPP, 2007, p. 762, pp. 764-766

878Si legga, in tal senso, A. SUOMINEN, *Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts*, in *European Criminal Law Review*, 4, 2014, p. 210 e seg.; si sono espressi, in tal senso anche gli autori del Manifesto sulla procedura penale europea, *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, ZIS 2013, pp. 430 e seg., consultabile online all'indirizzo internet: www.zis-online.com, p. 430 e seg..

879Vedi, a tal proposito, *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, ZIS 2013, pp. 430 e seg., consultabile online all'indirizzo internet: www.zis-online.com, p. 430 e seguenti.

in tali circostanze deve essere effettuata facendo applicazione del principio di proporzionalità e tenendo in considerazione sia gli interessi individuali dei soggetti coinvolti nel procedimento che quelli degli Stati membri.

La limitazione del principio è ritenuta essenziale al fine di accrescere il fondamento del principio stesso, ossia la fiducia reciproca tra gli Stati membri e quella dei cittadini nell'Unione. In particolare, è stato sostenuto che il principio del mutuo riconoscimento debba essere limitato nel caso in cui occorran le seguenti evenienze.

In primo luogo, deve essere limitato in caso di rischio di violazione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, i quali sono maggiormente a rischio di violazione quando nei confronti del medesimo autore sono applicabili e, in alcuni casi, si sovrappongono le leggi di diversi Stati membri. In un procedimento penale gestito dalle autorità giudiziarie di diversi Stati membri, le cui decisioni, così come le prove raccolte, saranno poi riconosciute da un altro Stato membro in base al principio del mutuo riconoscimento, comporta un rischio di detrimento maggiore dei diritti difensivi dell'indagato, il quale potrebbe non essere in grado di difendersi in modo idoneo. La stessa considerazione vale altresì per i diritti della vittima del reato, la quale, inoltre, riceve una tutela molto differenziata negli ordinamenti giuridici degli Stati membri; per tale motivo, i diritti che le sono attribuiti in seno ad un determinato Stato potrebbero non esserle riconosciuti in egual misura in un altro Stato. Viene, del pari, sottolineata la necessità di tutelare di terzi soggetti coinvolti nel processo quali testimoni o altri soggetti incisi dal procedimento penale iniziatosi.

In secondo luogo, è stato affermato che il principio debba essere limitato in caso di contrasto dell'atto da riconoscere con l'ordine pubblico o l'identità costituzionale dello Stato che dovrebbe riconoscere il provvedimento. Tale assunto è giustificato dai sostenitori di tale teoria sulla base del disposto degli articoli 4, par 2 TUE e 67 TFUE, in cui si legge che l'Unione europea rispetta gli Stati membri nella “loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale”⁸⁸⁰.

Da ultimo, nell'opinione di questa parte della dottrina, il principio del mutuo riconoscimento deve essere soggetto a limitazioni o aggiustamenti in considerazione del principio di proporzionalità. Operando tale sorta di limitazione al principio del mutuo riconoscimento, quindi, lo Stato tenuto ad eseguire il provvedimento potrebbe applicare una misura meno repressiva nei confronti dell'imputato, ma sufficiente a raggiungere l'obiettivo perseguito con la misura. Allo Stato di esecuzione dovrebbe, pertanto, essere permesso di modulare la gravità del provvedimento secondo

⁸⁸⁰Si legga, in tal senso, quanto disposto dall'art. 4, par. 2 TUE, in cui letteralmente si legge: “L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

quanto previsto dal proprio diritto nazionale, in seguito ad uno scrutinio sul rispetto del principio di proporzionalità e non dovrebbe, viceversa, essere tenuto a riconoscere automaticamente e *in toto* lo stesso provvedimento adottato⁸⁸¹.

Mentre non ci soffermeremo in tale sede sull'analisi del motivo da ultimo citato quale causa di restringimento del principio del mutuo riconoscimento da parte dello Stato membro esecutore della misura, per cui rimandiamo all'esame critico circa la relazione tra principio di proporzionalità e diritto penale svolto altrove⁸⁸², ci soffermeremo ad analizzare gli altri due aspetti richiamati da tali autori per ricavarne alcuni principi di carattere generale circa la relazione sussistente sia tra i diritti umani e il principio del mutuo riconoscimento, che tra quest'ultimo e i principi inerenti l'identità costituzionale degli Stati membri.

Al fine di meglio comprendere le problematiche ora menzionate, riteniamo opportuno prendere ad esempio la Decisione-quadro sul mandato di arresto europeo⁸⁸³, che è stato il primo importante strumento di cooperazione giudiziaria basato sul principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali⁸⁸⁴.

Questa decisione-quadro, l'adozione della quale non è stata accompagnata da contestuali atti legislativi che prevedessero l'armonizzazione delle garanzie procedurali o, almeno, *standard* procedurali minimi⁸⁸⁵, è stata emanata grazie ad una procedura accelerata, dopo gli eventi che si sono tragicamente verificati l'11 settembre 2001 a New York e Washington D.C.. La Decisione quadro in argomento è stata adottata al fine di sostituire il tradizionale meccanismo estradizionale con una procedura semplificata e più efficace di consegna tra autorità giudiziarie delle persone condannate o sospettate, ai fini dell'esecuzione di sentenze o dell'instaurazione di azioni penali. Precipuo scopo della misura in oggetto è quello di "facilitare e ad accelerare la cooperazione

881Per un approfondimento delle ragioni sottese e del contenuto di tale argomentazione, si legga A SUOMINEN, *Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts*, cit., p. 217-221.

882Si legga al riguardo il paragrafo, capitolo, Titolo Primo della Parte Prima.

883Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, del 13 giugno 2002, in *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1. Decisione-quadro del Consiglio 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009 che modifica le decisioni-quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, in *GUUE* L 81, del 27 marzo 2003.

884Cfr. in tal senso il Considerando 6 della Decisione-quadro del Consiglio 2002/584/GAI.

885Sull'analisi del rapporto tra diritti umani e principio del mutuo riconoscimento attraverso lo studio delle decisioni della Corte di Giustizia emanate in rapporto al mandato di arresto europeo, si legga J.A.E. VERVAELE, L'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea (CDF) in materia di giustizia penale: valore aggiunto alla CEDU?, in *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 2 (Maggio-Agosto) 2015, p. 131-164, la cui versione in lingua originale corrisponde a J.A.E. VERVAELE, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in *Review of European Administrative Law*, 2013-2, vol. 6, pp. 37-54; V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, pp. 472 e 480; C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?* note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013.

giudiziaria allo scopo di contribuire a realizzare l'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri⁸⁸⁶.

Sul presupposto della fiducia reciproca che, almeno teoricamente, connota i rapporti tra gli Stati membri⁸⁸⁷, la decisione-quadro prevede che gli Stati sono tenuti ad eseguire il mandato di arresto europeo⁸⁸⁸, tranne che nei casi espressamente previsti dalla decisione-quadro, i quali costituiscono motivi tassativi di rifiuto dell'esecuzione del MAE⁸⁸⁹. Per quanto in tale sede interessa, occorre sottolineare che, pur prevedendo in modo generico che non devono essere pregiudicati i diritti fondamentali degli individui⁸⁹⁰, la decisione-quadro non contiene alcuna disposizione che sancisca un autonomo e generale motivo di diniego della esecuzione di un mandato di arresto europeo costituito dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali⁸⁹¹.

886Si legga, in tal senso quanto affermato dalla Corte di Giustizia, nella sentenza *Melloni*, causa C-399/11, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punti 36 e 37 e *Radu*, causa C-396/11, del 29 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punti 33 e 34.

887Per cui si legga il Considerando 10 della Decisione-quadro del Consiglio 2002/584/GAI.

888Si legga, in tal senso, l'articolo 1, paragrafo 2, della suddetta decisione quadro 2002/584/GAI.

889L'individuazione dei casi tassativi di rifiuto di esecuzione del mandato di arresto europeo sono previsti negli articoli 3, 4 e 4bis della decisione-quadro 2002/584/GAI. Inoltre, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo soltanto alle condizioni di cui all'articolo 5 della suddetta decisione quadro. In tal senso cfr. le sopra citate sentenze *Radu* e *Melloni*.

890Tale previsione è contenuta nei Considerando 12 e 13 e nell'articolo 1, par. 3 della decisione-quadro, il quale dispone che “[l]’obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall’articolo 6 del trattato sull’Unione europea non può essere modificata per effetto della presente decisione quadro”. Il Considerando n. 12 prevede, d'altra parte, che “rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall’art. 6 del trattato sull’Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un [MAE] qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il [MAE] sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi. La decisione quadro non osta a che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al giusto processo, al rispetto del diritto alla libertà di associazione, alla libertà di stampa e alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione”. Egualmente, il Considerando n. 13 prescrive che: “[n]essuna persona dovrebbe essere allontanata, espulsa o estradata verso uno Stato allorché sussista un serio rischio che essa venga sottoposta alla pena di morte, alla tortura o ad altri trattamenti o pene inumane o degradanti”.

891Occorre, a tal fine, sottolineare che questa rappresenta una significativa differenza rispetto al settore della cooperazione giudiziaria civile, in cui è sempre previsto quale motivo di rifiuto di ordine generale, normalmente utilizzato quale clausola per garantire il rispetto dei diritti fondamentali, l'“ordine pubblico”. Si legga sul punto anche la *Relazione della Commissione basata sull’art. 34 della Decisione Quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* (SEC (2005) 267), COM/2005/0063 finale, punto 2.2.1. Vi è tuttavia, chi ha ritenuto che, alla luce delle disposizioni previamente menzionate, fosse possibile per uno Stato rifiutare l'esecuzione di un MAE laddove si riscontri la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo. In tal senso, S. DE BIOLLEY, *Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale: cristallisation de la tension sous la présidence belge*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, cit., p. 169 e seg.; D. FLORE, *Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in *Journal des tribunaux*, 2002, p. 273 e seg.; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 43; N. PARISI, *Centralità della persona e Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia: il ruolo della Procura europea*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo*, cit., p. 80; G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *L'espace de liberté, de sécurité et de justice. 3. Quelle Europe pénale dans la Constitution?*, in M. DONY, E. BRIBOSIA (a cura di), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005, p. 344 e seg.

Questa scelta legislativa è il corollario della visione in base alla quale vige una presunzione secondo cui i diritti fondamentali sono rispettati da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione europea. Tuttavia, in pratica, le differenze esistenti nei sistemi processuali degli Stati membri hanno comportato notevoli problemi applicativi, soprattutto nel momento in cui vengano in gioco differenze di disciplina che incidono sui diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

L'interpretazione della Corte di Giustizia sul punto è sempre stata molto restrittiva relativamente all'interpretazione da fornire ai motivi tassativi di rifiuto e, al contrario, estensiva nell'interpretare il concetto di mutuo riconoscimento; a tal proposito, infatti, la Corte ha costantemente dichiarato che fosse necessario assicurare la maggiore effettività possibile alla procedura di esecuzione di un mandato di arresto europeo e, quindi, limitare ai soli casi espressamente previsti nella decisione-quadro la possibilità di non riconoscere o non eseguire da parte di uno Stato membro la decisione di arresto emessa da un altro Stato membro.

La Corte non ha ritenuto opportuno prevedere ulteriori eccezioni neanche nel caso in cui lo Stato di esecuzione della misura lamenti la violazione di diritti fondamentali tutelati dal proprio ordinamento giuridico⁸⁹². Tale interpretazione restrittiva dei motivi di rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione del mandato di arresto europeo ha fatto sorgere ancora più dubbi in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati ed ha così formalizzato il rango giuridico dei diritti umani all'interno dell'Unione europea; questi ultimi, infatti, si pongono sullo stesso piano delle quattro libertà fondamentali⁸⁹³, e la tutela dei diritti riconosciuti dalla Carta rappresenta un "legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato"⁸⁹⁴.

⁸⁹²Si leggano, tra le altre, in tal senso, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le sentenze della Corte di Giustizia *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3633, par. 28; *Leymann and Pustovarov*, causa C-388/08 PPU, del 1° dicembre 2008, in *Racc.* p. I-8993, par. 42; *Melvin West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 56; *Jeremy F.*, causa C-168/13 PPU, del 30 maggio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 35.

⁸⁹³Partendo dal presupposto che diritti fondamentali e libertà fondamentali hanno lo stesso valore, la Corte ha in numerose occasioni, anche precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, effettuato un bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali. Mentre il bilanciamento delle libertà economiche con alcuni diritti civili aveva visto la prevalenza di questi ultimi nei casi *Schmidberger* (sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, in *Racc.* p. I-5659) e *Omega* (sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, in *Racc.* p. I-9609), il bilanciamento delle libertà economiche con i diritti sociali ha visto, nei casi *Laval und Partneri* (sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, in *Racc.* p. p. I-11767) e *Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti* (sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, in *Racc.* p. I-10779), una prevalenza delle prime.

⁸⁹⁴Si legga, al proposito, quanto stabilito dalla sentenza *Viking*, dell'11 dicembre 2007, C-438/05, sopra citata, ai paragrafi 45 e seguenti, di cui si legge quanto segue. "A tale proposito la Corte ha già affermato che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libera circolazione delle merci (v. sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, *Racc.* pag. I-5659, punto 74) o la libera prestazione dei servizi (v. sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, *Racc.* pag. I-9609, punto 35). Tuttavia, nelle citate sentenze *Schmidberger* e *Omega* la Corte ha affermato che l'esercizio dei

In ambito di cooperazione giudiziaria, la tutela dei diritti fondamentali è stata ritenuta un elemento essenziale “per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell’Unione”⁸⁹⁵ e fin dall’adozione della *Tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali* redatta nel 2009⁸⁹⁶ è stata sottolineata l’esigenza di adottare atti legislativi che rafforzino i diritti procedurali degli indagati o imputati in procedimenti penali al fianco degli strumenti volti a facilitare la cooperazione giudiziaria. Pertanto, in seguito all’adozione del programma di marcia nel 2009 e al Programma di Stoccolma del 2010⁸⁹⁷, il legislatore europeo ha deciso di rafforzare e sviluppare una disciplina che tutelasse i diritti

diritti fondamentali in questione, cioè rispettivamente le libertà di espressione e di riunione e il rispetto della dignità umana, non esula dall’ambito applicativo delle disposizioni del Trattato, e ha dichiarato che tale esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato stesso, oltre che conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, citate sentenze Schmidberger, punto 77, e Omega, punto 36). Deriva da quanto precede che il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un’azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive in questione nella causa principale dall’ambito di applicazione dell’art. 43 CE”. Ai paragrafi 77 e seguenti, inoltre, la Corte aggiunge: “Occorre in proposito osservare che il diritto di intraprendere un’azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato (v., in tal senso, sentenza Schmidberger, cit., punto 74), e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte (v., in particolare, sentenze 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e a., Racc. pag. I-8453, punto 36; 15 marzo 2001, causa C-165/98, Mazzoleni e ISA, Racc. pag. I-2189, punto 27, e 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, Finalarte e a., Racc. pag. I-7831, punto 33). Si deve aggiungere che, ai sensi dell’art. 3, n. 1, lett. c) e j), CE, l’azione della Comunità comporta non soltanto «un mercato interno caratterizzato dall’eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali», ma anche «una politica nel settore sociale». L’art. 2 CE afferma infatti che la Comunità ha il compito, in particolare, di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale». Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall’art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale”.

⁸⁹⁵Si legga, in tal senso, quanto affermato al punto 2.4 del Programma di Stoccolma, *Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010, in cui si legge che “la tutela dei diritti degli indagati e imputati nei procedimenti penali è un valore fondante dell’Unione, essenziale per garantire la fiducia reciproca tra gli Stati membri e la fiducia dei cittadini nei riguardi dell’Unione. Il Consiglio europeo si compiace pertanto dell’adozione da parte del Consiglio della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, la quale rafforzerà i diritti in questione quando sarà pienamente attuata. La tabella di marcia farà parte d’ora in avanti del programma di Stoccolma”.

⁸⁹⁶La *Road Map*, adottata il 30 novembre 2009 (GUUE C 295 del 4 dicembre 2009), è stata seguita dall’adozione di tre direttive (2010/64/UE sul diritto all’interpretazione e alla traduzione; 2012/13/UE relativa al diritto all’informazione, direttiva sulla presunzione di innocenza), di una proposta di direttiva relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell’arresto COM(2011) 326 def. dell’8 giugno 2011. La *Road Map* prevede inoltre l’adozione di una disciplina in tema di comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (Misura D), di garanzie speciali per indagati e imputati vulnerabili (Misura E), nonché di un Libro verde sulla detenzione preventiva (Misura F). Sul tema v. M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (a cura di), *Garanties individuelles dans l’espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, 2011; N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *St. int. eur.*, 2012, p. 33 e seg.. In modo molto critico sull’applicazione del mutuo riconoscimento al campo delle garanzie processuali si esprime M. KAIKIFA-GBANDI, *Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles. The Eu’s Challenge for rule-of-law Transnational Crime Control*, in C. FIJNAUT, J. OUWERKERK, *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leiden-Boston, 2010, p. 370 e seguenti.

⁸⁹⁷Programma di Stoccolma, *Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010, p. 1 e seguenti., rispettivamente punti 2.4 e 1.1. La Commissione europea ha poi presentato un piano d’azione per l’attuazione del Programma di Stoccolma il 20 aprile del 2010.

fondamentali degli indagati, adottando in tal modo uno sguardo garantista accanto all'ottica meramente securitaria che aveva caratterizzato gli strumenti di cooperazione giudiziaria penale adottati fino ad allora.

In attuazione di quanto previsto dalla Tabella di marcia, integrata nel Programma di Stoccolma nel 2010⁸⁹⁸, sono state adottate le prime direttive vincolanti sulle garanzie procedurali in materia penale⁸⁹⁹, una direttiva in materia di tutela della vittima nel procedimento penale⁹⁰⁰ e due in materia di mutuo riconoscimento⁹⁰¹; pur contenendo soluzioni spesso compromissorie e, quindi, insoddisfacenti⁹⁰², lo stesso dato numerico è indicativo della presa di coscienza del legislatore europeo di cercare di porre rimedio alla lacuna legislativa che era dato registrare precedentemente al 2009 in ambito di diritto penale europeo quanto al riconoscimento di specifici diritti ai soggetti indagati in un procedimento penale avente carattere transnazionale.

4.1.1.1.12 Giurisprudenza della Corte di Giustizia tra mutuo riconoscimento, effettività e diritti fondamentali

898Si legga, al riguardo, quanto stabilito dal punto 2.4 del Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in GUUE C 115 del 4 maggio 2010.

899Tali direttive sono state adottate utilizzando quale base giuridica l'art. 82, par. 2 TFUE e il principio del mutuo riconoscimento. Tali atti sono specificamente *la Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in GU L 280, 26.10.2010, pp. 1-7; *la Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in GU L 142, 1.6.2012, p. 1-10; *la Direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in GU L 294 del 6.11.2013; *la Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in GU L 65, 11.3.2016, pp. 1-11; *la Direttiva UE 2016/800 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in GU L 132, 21.5.2016, pp. 1-20; *la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, per cui si veda la Posizione del Parlamento europeo definita in prima lettura il 4 ottobre 2016 in vista dell'adozione della suddetta direttiva (UE) 2016/....

900Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

901Le direttive che rinforzano il mutuo riconoscimento sono: Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale; Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

902Depono in tal senso, per esempio, la scelta di aver consentito anche alle forze di polizia, e non solo a un magistrato, il potere di negare all'indagato il contatto con il difensore, o il non aver previsto che fossero inutilizzabili le prove raccolte in violazione dei diritti contenuti nelle direttive. A tal proposito, occorre sottolineare che al momento l'unica disposizione che prevede la possibilità di escludere una prova illegittimamente acquisita si trova nell'art. 31 par. 3 lett. b della direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale. Del pari, non vi è coerenza o uniformità tra i diritti affermati nelle diverse direttive. Basti citare ad esempio il fatto che l'avviso concernente il diritto di restare in silenzio è menzionato nella direttiva sull'informazione all'indagato, ma non è contenuto nella direttiva sull'accesso a un difensore o la circostanza che l'informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa è disciplinata nella direttiva 2012/13/UE, ma non è menzionata in quella di accesso a un difensore: in apparenza, si potrebbe procedere a sentire l'indagato senza previamente contestargli il fatto. Si leggano, al riguardo A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Routledge, London and New York, 2014, p. 45 e seg. e M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, pp. 317-329.

A tale accresciuta sensibilità verso le garanzie processuali dell'indagato, non è tuttavia corrisposto un mutamento di prospettiva nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Nel bilanciamento tra mutuo riconoscimento e protezione dei diritti processuali dell'imputato, la Corte ha infatti finora fatto prevalere il primo, tanto che autorevole dottrina ha ritenuto che nell'ambito del MAE i diritti fondamentali si siano rivelati una causa dell'affievolimento della fiducia reciproca tra Stati membri, anziché un motivo di maggior coesione⁹⁰³.

Tale affermazione nasce dalla constatazione che, nonostante il ravvicinamento delle disposizioni processuali operato grazie alle direttive sopra citate, esistono ancora differenze significative nella regolamentazione approntata dagli Stati membri riguardo a molte questioni inerenti la protezione dei diritti umani che possono verificarsi in sede di riconoscimento o esecuzione del mandato di arresto europeo. Il quesito cui la Corte è stata chiamata a dare risposta consiste, quindi, nello stabilire se gli Stati membri possano esigere un livello più elevato di tutela dei diritti umani rispetto a quello garantito a livello europeo e, rifiutarsi, sulla scorta di tali argomentazioni, di riconoscere o dare esecuzione ad un MAE che non si conformi al proprio *standard* di protezione dei diritti umani. La risposta a tale domanda ci permette di definire come debba essere interpretato l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove si riferisce alle “costituzioni degli Stati membri” e di fornire una corretta interpretazione dell'art. 4, par. 2 TUE, laddove prescrive di rispettare l'identità costituzionale degli Stati membri. Si dovrà, quindi, comprendere se il maggior livello di protezione accordato ai diritti umani dalle Costituzioni nazionali e la protezione dell'identità nazionale degli stessi possano essere effettivamente considerati delle limitazioni del principio del mutuo riconoscimento in ambito penale, oppure no.

Rispondere a tale interrogativo risulta di fondamentale importanza in uno studio dedicato alla Procura europea, in quanto nell'istituire un organo inquirente a livello europeo, occorrerà disciplinare come lo stesso sarà strutturato, ossia quali competenze dovranno essere attribuite al Procuratore europeo e quali ai procuratori delegati degli Stati membri, oltre che stabilire sulla base di quali norme processuali lo stesso dovrà condurre le indagini ed esercitare l'azione penale. Nello svolgere tale analisi, risulterà di fondamentale importanza valutare quale grado di tutela dei diritti fondamentali debba essere garantito ai soggetti coinvolti nel procedimento penale ed entro che limiti gli Stati membri possano rivendicare il rispetto della propria identità nazionale. La soluzione a tale quesito di ordine generale risulta tanto più essenziale nell'ambito del diritto penale, in cui

⁹⁰³In tal senso, cfr. V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, pp. 472 e 480, il quale descrive il rapporto tra principio del mutuo riconoscimento e diritti umani riconducendolo a quattro categorie. In primo luogo, ritiene che i diritti umani siano il risultato della fiducia tra Stati membri e cita a tal proposito l'esempio del *ne bis in idem*; considera, in secondo luogo, i diritti umani come limite alla fiducia reciproca tra Stati, prendendo ad esempio le decisioni della Corte di Giustizia emanate in materia di mandato di arresto europeo. Ritiene, in terzo luogo, i diritti fondamentali fonte di fiducia reciproca, in quanto idonei a costituire la base per l'emanazione di norme minime in determinati ambiti di intervento e, in fine, li ritiene fonte di fiducia reciproca in quanto vettori di sviluppo di concetti autonomi ed uniformi a livello europeo.

tradizionalmente gli Stati sono restii a cedere la propria sovranità.

La Corte si è trovata a statuire sulla questione per la prima volta nel caso *Radu*⁹⁰⁴. In particolare, è stata chiamata a decidere se fosse stato leso il diritto di difesa del destinatario del MAE⁹⁰⁵, al quale non era stata garantita da parte delle autorità dello Stato emittente la possibilità di essere ascoltato prima dell'emissione del mandato di arresto europeo. Si chiedeva, quindi, in sostanza, se lo Stato di esecuzione potesse rifiutarsi di eseguire il MAE a motivo della lesione da parte dello Stato emittente di un diritto fondamentale del soggetto sottoposto ad arresto.

La Corte in tale pronuncia ha fornito un'interpretazione restrittiva delle cause di rifiuto di esecuzione di un MAE e ha stabilito che “il rispetto degli articoli 47 e 48 della Carta non esige che un'autorità giudiziaria di uno Stato membro possa rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio di un'azione penale a motivo del fatto che la persona ricercata non è stata sentita dalle autorità giudiziarie emittenti prima dell'emissione di tale mandato d'arresto”⁹⁰⁶. La Corte, quindi, nella pronuncia in esame ha privilegiato un'interpretazione secondo cui il livello di tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione⁹⁰⁷ non deve essere compromesso dall'applicazione di più elevati *standard* di protezione dei diritti fondamentali previsti a livello nazionale.

Nel bilanciamento tra automatica applicazione del principio del mutuo riconoscimento al fine di assicurare l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti fondamentali

904Decisione della Corte di Giustizia *Radu*, causa C-396/11, del 29 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale). Per un commento alla decisione si legga, *inter alia*, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013; A. TINSLEY, *The Reference in Case C-396/11 Radu: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant*, in *ECLR*, 2012, p. 338 e seg.; V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, pp. 467 e seguenti.

905Il diritto di difesa è tutelato a livello europeo sia dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

906Corte di Giustizia, sentenza *Radu*, causa C-396/11, del 29 gennaio 2013, *cit.*, punto 39. Al punto 36 della decisione, la Corte, inoltre, confermando quanto già affermato precedentemente nei casi *Leymann e Pustovarov*, causa C-388/08 PPU, 1 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-8983, punto 51, nonché *Mantello*, causa C-261/09, del 16 novembre 2010, in *Racc.* p. I-11477, punto 37, ha ribadito che “ai sensi delle disposizioni della decisione quadro 2002/584, gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di un mandato siffatto soltanto nei casi di non esecuzione obbligatoria previsti all'articolo 3 della stessa decisione nonché nei casi di non esecuzione facoltativa di cui ai suoi articoli 4 e 4 bis. Inoltre, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo soltanto alle condizioni di cui all'articolo 5 della suddetta decisione quadro”.

907Il riferimento alla necessità di dover garantire l'effettività del diritto dell'Unione è implicitamente prevista nei punti 40 e 41 della sentenza, in cui la Corte Stabilisce che “un obbligo, per le autorità giudiziarie emittenti, di sentire la persona ricercata prima dell'emissione di un siffatto mandato d'arresto europeo vanificherebbe inevitabilmente il sistema stesso di consegna previsto dalla decisione quadro 2002/584 e, pertanto, la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dal momento che, in particolare al fine di evitare la fuga dell'interessato, un siffatto mandato d'arresto deve potersi giovare di un certo effetto sorpresa. In ogni caso, il legislatore europeo ha garantito il rispetto del diritto all'audizione nello Stato membro di esecuzione in modo tale da non compromettere l'efficacia del meccanismo del mandato d'arresto europeo”. Come efficacemente afferma V. MITSILEGAS (*The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, *cit.*, p. 468) commentando la sentenza *Radu*, “Too extensive a protection of fundamental rights (in both the issuing and the executing state) would undermine the effectiveness of law enforcement cooperation in this context”.

dell'individuo, la Corte ha ritenuto che la prima esigenza dovesse prevalere sulla seconda. La necessità di ritenere prevalente l'esigenza di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione ed l'effettività dei meccanismi di cooperazione giudiziaria approntati a livello europeo è ribadita, ancora più incisivamente e chiaramente dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Melloni*⁹⁰⁸, decisa a breve distanza di tempo dalla sentenza *Radu*.

La controversia trae origine dal contrasto insorto tra quanto affermato dalla giurisprudenza costante del *Tribunal Constitucional* spagnolo, in forza della quale l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una sentenza pronunciata *in absentia* deve essere subordinata alla condizione che la persona condannata possa beneficiare di un nuovo processo nello Stato membro emittente e quanto, invece, prescritto dall'articolo 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro 2002/584, il quale prevede che quando l'accusato è al corrente del processo fissato e ha conferito un mandato a un difensore per patrocinarla in giudizio, la consegna non può essere sottoposta ad una condizione di tal sorta. La Corte è stata, quindi, invitata dal *Tribunal Constitucional* spagnolo a pronunciarsi su tre questioni pregiudiziali con le quali si chiedeva, in sostanza, se fosse possibile fornire un'interpretazione dell'art. 4 *bis* della suddetta decisione quadro che consentisse di garantire nei confronti dell'accusato il maggior grado di tutela approntato in forza della giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* spagnolo.

Risolvendo le questioni pregiudiziali sottoposte al suo esame⁹⁰⁹ in linea con le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale⁹¹⁰, quanto alle prime due questioni, la Corte ha statuito, in primo luogo, che l'art. 4 *bis* della decisione-quadro 2002/584 osta a che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati da tale disposizione, subordini l'esecuzione del mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente⁹¹¹. In secondo luogo, ha deciso nel senso che l'articolo 4

908Corte di Giustizia, *Melloni*, causa C-399/11, del 26 febbraio 2013, *cit.* Per un commento approfondito della decisione si legga J.A.E. VERVAELE, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in *Review of European Administrative Law*, 2013-2, vol. 6, pp. 37-54 e C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, *cit.*; A. TORRES PÉREZ, *Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door*; *Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 105 e seg.; M.P. MANZANO, *The Spanish Constitutional Court and the Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe; Matters Relating to ATC 86/2011, of 6 June*, in *European Criminal Law Review*, 2013, p. 79 e seg..

909Con la prima questione il *Tribunal Constitucional* chiedeva se l'articolo 4 *bis*, par. 1 della decisione quadro 2002/584 dovesse essere interpretato nel senso che ostasse alla circostanza che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi indicati dalla medesima disposizione, subordinasse l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente. Con la seconda questione, la Corte era invece chiamata a statuire sulla compatibilità dell'articolo 4 *bis*, par. 1 della decisione quadro 2002/584 con le esigenze derivanti dal diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo tutelate dall'articolo 47 della Carta, nonché dai diritti della difesa garantiti dall'articolo 48, paragrafo 2, della Carta stessa.

910Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 2 ottobre 2012 nella causa C-399/11, nel procedimento penale a carico di Stefano Melloni.

911Quanto alla prima questione, dopo aver ribadito (ai punti 36 e 37), come aveva già fatto con la sentenza *Radu*, che la Decisione quadro sul MAE mira a sostituire e semplificare il regime estradizionale, al fine di rafforzare lo spazio di

bis, par. 1 della decisione quadro 2002/584 fosse compatibile con le esigenze di tutela giurisdizionale effettiva e con il principio dell'equo processo di cui agli articoli 6, par. 2 e 6, par. 3 CEDU, nonché con gli articoli 47 e 48, par. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea⁹¹². La Corte è giunta a tale conclusione analizzando la portata dell'articolo 4 *bis*, par. 1 della decisione quadro 2002/584, di cui ha scrutinato il tenore letterale, l'ambito di applicazione con particolare riferimento alla collocazione sistematica e la finalità.

Tramite un'interpretazione di tipo teleologico del disposto dell'art. 4 *bis* e delle finalità che hanno portato ad adottare la decisione quadro sul MAE, la Corte ha ribadito che la finalità di tale strumento legislativo è quella di garantire, al contempo, una maggiore efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale facilitando il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e quello di rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale. Passando dall'argomento teleologico a quello sistematico, ha, quindi, interpretato in quest'ottica in modo rigoroso e restrittivo l'art. 4 *bis* della decisione-quadro. Privilegiando il dato letterale del testo, ha, infatti, limitato i casi in cui uno Stato può rifiutarsi di riconoscere o di eseguire un mandato di arresto europeo a quelli espressamente elencati dalla disposizione.

Inoltre, nello scrutinare la compatibilità delle eccezioni previste dall'art. 4 *bis* della decisione quadro con la tutela del diritto ad un equo processo e il rispetto dei diritti di difesa dell'imputato, rispettivamente garantiti dagli articoli 47 e 48 della Carta, ne ha affermato la compatibilità sulla

libertà, sicurezza e giustizia che deve fondarsi su un elevato livello di fiducia tra Stati membri, e che, pertanto, solo nelle ipotesi tassativamente previste dagli articoli 4 e 4 *bis* della decisione quadro gli Stati membri possono rifiutare l'esecuzione di mandati d'arresto europeo (punto 38), afferma che qualora si riscontri, nel procedimento principale in cui è stata adottata la sentenza di condanna in relazione alla quale è stato emesso un MAE, una delle quattro condizioni previste da tale disposizione, lo Stato richiesto non può subordinare la consegna della persona condannata in contumacia alla possibilità di riesame, in sua presenza, della sentenza di condanna (punti 39-40). La risposta al primo quesito è, quindi, nel senso che lo Stato richiesto non può subordinare la consegna della persona condannata in contumacia alla condizione che la sentenza di condanna in questione possa essere oggetto di revisione per garantire i diritti della difesa dell'interessato, dal momento che tale condizione non rientra tra alcuna delle quattro previste dall'art. 4 *bis* della Decisione quadro 2002/584 e l'armonizzazione dei motivi di non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente operata con la Decisione-quadro, compiuta per facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale e migliorare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri, risulta uno dei principali obiettivi perseguiti con l'emanazione della Decisione-quadro.

⁹¹²Tale controllo di compatibilità è operato dalla Corte al fine di dare risposta alla seconda questione sottoposta al suo esame richiamata, per la cui formulazione si rinvia alla nota 193. A tal proposito, la Corte afferma che l'articolo 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro 2002/584 è compatibile con le esigenze derivanti dagli articoli 47 e 48, par. 2 della Carta (punto 54). Essa ricorda che il diritto a comparire personalmente al processo, pur essendo un elemento essenziale del diritto all'equo processo, non è assoluto, conformemente a quanto, del pari, stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; l'imputato, infatti, "può rinunciarvi, di sua spontanea volontà, espressamente o tacitamente, a condizione che la rinuncia risulti in modo inequivocabile, che sia accompagnata da garanzie minime corrispondenti alla sua gravità, e che non contrasti con un interesse pubblico importante" (punti 49-50). Ne consegue, secondo il ragionamento della Corte, che "l'articolo 4 *bis*, par. 1 della decisione quadro 2002/584 stabilisce dunque, alle lettere a) e b), i presupposti in presenza dei quali si ritiene che l'interessato abbia rinunciato volontariamente e in modo inequivocabile a comparire nel processo a suo carico, con la conseguenza che l'esecuzione del mandato d'arresto europeo ai fini dell'applicazione della pena alla persona condannata *in absentia* non può essere subordinata alla condizione che essa possa beneficiare di un nuovo processo alla sua presenza nello Stato membro emittente" (punto 52). Preso atto di tali considerazioni, la Corte arriva dunque ad affermare che "l'articolo 4 *bis*, par. 1 della decisione quadro 2002/584 non lede né il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva e ad un processo equo né i diritti della difesa, garantiti rispettivamente dagli articoli 47 e 48, paragrafo 2, della Carta".

scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹¹³ e dell'argomento secondo cui le limitazioni disciplinate nell'art. 4 *bis* della decisione quadro in relazione a questi diritti, sono pienamente compatibili con i diritti riconosciuti dalla Carta, dal momento che essi non costituiscono dei diritti assoluti, ma, al contrario, dei diritti che possono essere soggetti a limitazioni in determinati casi.

Ha osservato, infine, che tali limitazioni sono state previste in quanto l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione dei mandati d'arresto europei emessi ai fini dell'esecuzione delle decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente, attuata dalla decisione quadro 2009/299, tende, come indica l'articolo 1 della stessa, a rafforzare i diritti processuali delle persone sottoposte a procedimento penale, migliorando al contempo il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie tra gli Stati membri. Tali limitazioni sono state, quindi, previste in conformità con la protezione dei diritti fondamentali per garantire il rispetto di entrambe le esigenze sopra richiamate. Verificata la conformità dell'art. 4 *bis* della decisione quadro con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Corte è passata, quindi, a valutare quale fosse il rapporto esistente tra lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello europeo e l'eventuale più elevato livello di tutela dei medesimi diritti assicurato a livello nazionale.

Con riferimento alla terza questione, ben più complessa⁹¹⁴, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla portata dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁹¹⁵.

Come prospettato dalla Corte Costituzionale spagnola e sottolineato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni è possibile fornire tre diverse interpretazioni dell'articolo 53 della Carta. La Corte non ha accolto né la prima né la terza opzione ermeneutica, optando, al contrario, per la seconda.

In base alla prima possibilità interpretativa, l'articolo 53 della Carta dovrebbe essere equiparato ad una clausola tipica degli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo, di contenuto equivalente all'articolo 53 della CEDU⁹¹⁶. In base a tali tipo di clausole, la Convenzione adottata in

913Del resto, occorre evidenziare che la Decisione Quadro, così come modificata nel 2008, rappresenta una codificazione della giurisprudenza della Corte EDU sul punto. Le decisioni della Corte EDU menzionate al riguardo dalla Corte sono le seguenti. Decisioni della Corte EDU, rese nei casi *Medenica c. Svizzera*, ricorso n. 20491/92, del 14 giugno 2001, paragrafi 56-59; *Sejdovic c. Italia*, ricorso n. 56581/00, del 1 marzo 2006, paragrafi 84, 86 e 98; *Haralampiev c. Bulgaria*, ricorso n. 29648/03, del 24 aprile 2012, paragrafi 32 e 33.

914Si legga, riguardo alle diverse opinioni che sono state formulate dagli Stati membri in passato, J. KOMAREK, *European constitutionalism and the European arrest warrant: contrapunctual principles in disharmony*, in 44 *CML Rev.*, 2007, pp. 9-40.

915L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea letteralmente dispone: “*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri*”.

916L'art. 53 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) così recita: “*Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o*

materia di protezione dei diritti umani impone uno *standard* minimo di tutela dei diritti fondamentali, che deve essere garantito dagli Stati aderenti alla Convenzione, ma può, allo stesso tempo, essere innalzato dagli stessi. Gli Stati, in base a tale previsione, sarebbero quindi liberi di applicare il livello di tutela più elevato dei diritti fondamentali garantito dalla propria Costituzione o legislazione interna⁹¹⁷. Aderendo a tale interpretazione, nel caso di specie, l'articolo 53 della Carta autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. Nel caso di specie, in particolare, tale interpretazione permetterebbe ad uno Stato membro di "subordinare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso per eseguire una decisione pronunciata *in absentia* a condizioni finalizzate ad evitare un'interpretazione limitativa dei diritti fondamentali riconosciuti dalla propria Costituzione o lesiva degli stessi, anche se l'applicazione di tali condizioni non fosse autorizzata dall'articolo 4 bis, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584"⁹¹⁸.

La seconda opzione interpretativa valorizza invece il riferimento contenuto nell'articolo 53 della Carta al "rispettivo ambito di applicazione"⁹¹⁹. Secondo questa lettura ermeneutica, l'articolo 53 serve solo a chiarire quale sia il regime applicabile nei diversi ambiti di applicazione del diritto internazionale, del diritto europeo e dei diritti nazionali dei diversi Stati membri. Tale disposizione, letta congiuntamente con l'articolo 51 e 52 della Carta servirebbe a delimitare i rispettivi ambiti di applicazione e a garantire che nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione il grado di protezione dei diritti fondamentali che deve essere applicato sia quello desumibile dalla Carta. "Di

pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi".

917A sostegno di tale posizione, il *Tribunal Constitucional* richiama le sentenze *Schmidberger*, causa C-112/00, del 12 giugno 2003, in *Racc.* p. I-5659, punto 74; *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, causa C-438/05, dell'11 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-10779, punto 45, nonché *Laval un Partneri*, causa C-341/05, del 18 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-11767, punto 93. Come evidenziato dall'Avvocato Generale Yves Bot nella nota 31 "dagli aspetti affrontati in tali sentenze si evince che la protezione dei diritti fondamentali costituisce un interesse legittimo idoneo a giustificare, in linea di principio, una restrizione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, anche in forza di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci o la libera prestazione dei servizi".

918Si legga, in tal senso, il punto 56 della decisione della Corte di Giustizia *Melloni*.

919Tale interpretazione si fonda altresì sull'argomento storico. Si ritiene, infatti, che i redattori della Carta abbiano inserito tale locuzione ("nel loro rispettivo campo di applicazione") al fine di non violare il principio del primato del diritto UE. La ricostruzione di tale volontà storica si ricava da quanto esplicitamente affermato nella dichiarazione 17 del Trattato di Lisbona firmato il 13 Dicembre 2007, rinvenibile online all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/12007L/htm/C2007306EN.01025602.htm>. In seguito alla dichiarazione 17 il contenuto dell'art. I-6 del Progetto di Trattato Costituzionale è stato mantenuto: "La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite hanno prevalenza sul diritto degli Stati membri". Leggi, sulla genesi dell'art. 53 della Carta J. B. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, in Jean Monnet Working Paper n. 4/01 e J.A.E. VERVAELE, *L'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea (CDF) in materia di giustizia penale: valore aggiunto alla CEDU?*, in *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 2 (Maggio-Agosto) 2015, p. 160 e seguenti, in cui si legge che "analizzando la genesi dell'art. 53 CDF56 appare chiaro che la locuzione in analisi sia stata inserita su richiesta della Commissione Europea, al precipuo scopo di rimarcare tale primato".

contro, al di fuori del campo di applicazione del diritto dell'Unione, la Carta non impedirebbe di applicare gli standard di protezione dei diritti fondamentali previsti nella Costituzione di uno Stato membro"⁹²⁰. L'elemento critico che viene in rilievo ed è stato prontamente rilevato dal *Tribunal Constitucional* consiste nel fatto che una tale lettura dell'articolo 53 della Carta, "che si giustifica sulla base dell'esigenza di applicare in modo uniforme il diritto dell'Unione, presenterebbe l'inconveniente, da una parte, di privare il suddetto articolo di un contenuto normativo proprio, con l'effetto che esso diventerebbe ridondante rispetto all'articolo 51 della Carta e, dall'altra, di riconoscere che la Carta può determinare, negli Stati membri, una riduzione del livello di protezione dei diritti fondamentali derivanti dalle loro norme costituzionali"⁹²¹.

Infine, la terza interpretazione consiste nell'adottare l'una o l'altra delle prime due opzioni interpretative a seconda del problema concreto di protezione dei diritti fondamentali in esame e del contesto nel quale va valutato il livello di tutela che deve prevalere.

La Corte ha, come accennato sopra, sposato la seconda opzione interpretativa rigettando risolutamente la prima. Ha, infatti, rilevato che una tale interpretazione del principio in parola "sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato"⁹²². L'art. 53 della Carta deve, infatti, nell'opinione della Corte, essere interpretato nel senso che le autorità nazionali possano applicare gli *standard* più elevati di tutela dei diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento interno, a condizione che "tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"⁹²³.

Passando ad analizzare il caso di specie, dopo aver ribadito che la decisione quadro 2009/299, che ha inserito l'art. 4 *bis* nel corpo della decisione quadro 2002/584, riflette l'accordo raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato

920Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 2 ottobre 2012 nella causa C-399/11, nel procedimento penale a carico di Stefano Melloni, al punto 93.

921Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 2 ottobre 2012 nella causa C-399/11, nel procedimento penale a carico di Stefano Melloni, al punto 93.

922In tal senso, punto 58 della sentenza *Melloni*. In via esplicativa, nel punto successivo della sentenza la Corte precisa che "Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, Racc. pag. I-6079, punto 21, e 1/09, dell'8 marzo 2011, Racc. pag. I-1137, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61)".

923In tal senso, si legga il paragrafo 60 della sentenza *Melloni*. Occorre osservare, al proposito, che la stessa affermazione è contenuta al punto 29 della sentenza *Åkerberg Fransson*, decisa lo stesso giorno, ovvero il 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

d'arresto europeo, rileva che l'articolo 4 *bis*, par. 1, della decisione quadro 2002/584 non attribuisce agli Stati membri, quando l'interessato si trovi in una delle quattro situazioni indicate in tale disposizione, la facoltà di rifiutare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Di conseguenza, nel ragionamento della Corte, consentire ad uno Stato membro di utilizzare l'art. 53 della Carta per subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione, non prevista dalla decisione quadro 2009/299, che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, per evitare una lesione del diritto ad un processo equo e dei diritti di difesa garantiti dalla Costituzione dello Stato di esecuzione, comporterebbe, una rimessione in discussione dell'uniformità dello *standard* di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, nonché “una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro”⁹²⁴.

La Corte di Giustizia, mostrando “un alto grado di deferenza nei confronti del legislatore europeo”⁹²⁵, con la sentenza *Melloni* ha, quindi, accordato priorità al principio del mutuo riconoscimento piuttosto che garantire una più elevata protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. Tale scelta è criticabile, in particolare, sotto due distinti profili.

In primo luogo, è stato rilevato il mancato riferimento nella pronuncia della Corte di Giustizia⁹²⁶ all'art. 4, par. 2 TUE⁹²⁷, il quale prescrive che l'Unione è tenuta a rispettare l'identità nazionale degli

924Si leggano, in tal senso, i paragrafi 63 e 64 della sentenza *Melloni*, causa C-399/10, del 23 marzo 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

925Si legga sul punto il commento alla sentenza di V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in europe's area of criminal justice*, cit., p. 469 e seg., (con particolare riferimento a p. 470 per l'espressione segnalata nel testo tra virgolette). Per un approfondimento, si rinvia, altresì a L.F.M. BESSELINK, *The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni*, in *European Law Review*, 2014, 39(4), pp. 531–552, p. 542; A. TORRES PÉREZ, *Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, 10, pp. 308–331, pp. 317–318; A. TIZZANO, *La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Rev. dr. Un. eur.*, 2006, p. 9 e seg., spec. 17.

926Occorre, a tal proposito, tuttavia rilevare che tali disposizioni sono state espressamente prese in considerazione e ritenute non rilevanti nel caso di specie dall'Avvocato Generale Bot ai punti 137 e seguenti delle Conclusioni presentate il 2 ottobre 2012. In riferimento alla insussistenza della lesione dell'art. 4, par. 2 TUE, si legge, in particolare, al punto 140 che “*le discussioni che si sono tenute sia in seno al Tribunal Constitucional sia dinanzi alla Corte mi convincono del fatto che la determinazione della portata del diritto ad un processo equo e dei diritti della difesa in caso di sentenza contumaciale non è tale da ledere l'identità nazionale del Regno di Spagna*”. Per quanto concerne, invece, il rispetto degli “elementi distintivi che caratterizzano gli ordinamenti giuridici nazionali”, la cui tutela è garantita dalla previsione contenuta negli articoli 67 e 82, par. 2 del TFUE, l'Avvocato Generale, al punto 145 delle Conclusioni, ritiene che l'approccio comune adottato con riguardo alle condizioni alle quali deve essere emesso un mandato di arresto europeo nei casi in cui l'imputato sia assente è “*compatibile con la diversità delle tradizioni e dei sistemi giuridici degli Stati membri*”.

927L'articolo 4, par. 2 TUE letteralmente dispone: “*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro*”. Si legga, al proposito, D. SIMON, *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Éditions A. Pedone, Parigi, 2011, p. 27; V. CONSTANTINESCO, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales, convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, in J.-C. MASCIET (a cura di), *L'Union européenne: Union de droit, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Éditions A. Pedone, Parigi, 2010, p. 79, e, nella stessa opera, J.-D. MOUTON, *Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, p. 145.

Stati membri⁹²⁸, né agli art. 67 e 82, par. 2 TFUE⁹²⁹, che riguardano più in particolare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In base a tali disposizioni, si sarebbe potuto giustificare una soluzione che ritenesse prevalente la garanzia disposta dalla Costituzione nazionale spagnola rispetto alla necessità di garantire il reciproco riconoscimento delle decisioni.

Benché nel caso di specie né l'Avvocato Generale né la Corte Costituzionale spagnola avessero qualificato, in quanto riconducibile al principio dell'equo processo e al diritto di difesa, la condizione procedurale del riesame della decisione di arresto emanato in contumacia un elemento di importanza tale da pregiudicare un elemento costitutivo dell'identità costituzionale spagnola, occorre interrogarsi sulla portata da attribuire a tale locuzione. Dalle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale e dalla completa assenza di menzione dell'articolo 4, par. 2 TUE nel corpo della sentenza decisa dalla Corte, è dato, infatti, desumere che non tutti i diritti fondamentali rientrano nella nozione di identità nazionale. Occorre, quindi, a tal proposito interrogarsi se vi siano dei criteri interpretativi, e in tal caso quali essi siano, atti a determinare quali diritti fondamentali attinenti ai valori costituzionali di uno Stato membro rientrino in tale concetto. Nel caso non vi siano dei criteri di tal genere, occorrerà altresì domandarsi se non si incorra in tal modo nel rischio di lesione del principio di legalità, per la cui analisi si rinvia alla seconda parte della trattazione⁹³⁰.

4.1.1.1.13 Clausola di salvaguardia dell'identità nazionale degli Stati membri e effettività

Il requisito del “rispetto dell'identità nazionale” è apparso esplicitamente nel corpo degli atti primari del diritto dell'Unione europea in seguito all'adozione del Trattato di Maastricht. È, tuttavia, solo in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona che lo stesso ha assunto la rilevanza che gli è oggi attribuita e che la Corte di Giustizia ha potuto pienamente sindacarne la legittimità⁹³¹.

⁹²⁸La necessità di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri è prevista anche nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui si legge: “L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale; essa si sforza di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, nonché la libertà di stabilimento”.

⁹²⁹Si legga, al riguardo, A. RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”* (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscale*), in www.diritticomparati.it/, 2 aprile 2013. Per un'analisi dell'art. 4, par. 2, TUE, si veda H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013, p. 185 e seguenti; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty*, in *CMLR*, 2011, p. 1417 e seguenti; G. VAN DER SCHYFF, *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU*, in *ELR*, 2012, p. 563 e seguenti.

⁹³⁰Si veda, per quanto riguarda il contenuto e la portata del principio di legalità in ambito penale a livello europeo, il paragrafo, capitolo, Titolo Primo della Parte Seconda.

⁹³¹In tal senso, si legga l'articolo F del Trattato di Maastricht, che recita: “L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici”. Il principio è stato poi successivamente disciplinato dall'art. 6, par. 3 TUE Amsterdam e dall'art. I-5.1 TCE. Per un approfondimento sull'evoluzione storica del principio si legga F. BENOÎT-ROHMER, *Identité européenne et identité nationale* –

Pur non sminuendo le rilevanti modifiche apportate con il Trattato di Lisbona⁹³², occorre rilevare che, tuttavia, come sottolineato dall'Avvocato Generale Maduro, la clausola di garanzia delle identità nazionali ha fatto parte del diritto dell'Unione europea fin dalla sua nascita⁹³³. La clausola di salvaguardia della propria identità nazionale, infatti, è stata inserita nei Trattati istitutivi dagli Stati membri al fine di ribadire che per quanto possa progredire il processo di integrazione europea, l'identità nazionale di ciascuno Stato membro deve essere rispettata e conservata⁹³⁴. L'affermazione progressiva di un'identità europea, infatti, non deve sostituire l'identità nazionale degli Stati membri, i cui valori devono coesistere, quando non coincidenti o non contrastanti con quelli affermati a livello europeo⁹³⁵.

Nel definire cosa debba intendersi per "identità nazionale", occorre evidenziare che esistono dei valori fondamentali che sono comuni sia agli Stati membri che all'Unione europea.

L'elencazione dei valori su cui si fonda l'Unione europea è contenuta nell'art. 2 del TUE⁹³⁶.

I valori su cui si fonda l'identità nazionale di uno Stato può comprendere un catalogo più ampio rispetto a quelli contenuti nell'articolo 2 TUE, ma non potrà richiedere il rispetto di valori che sono contrari a quelli contenuti in tale articolo. Oltre a quelli di cui all'art. 2 TUE, che sono comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione⁹³⁷, ogni ordinamento nazionale possederà, infatti, dei propri valori costitutivi insiti "nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale"⁹³⁸, normalmente

absorption, complémentarité ou conflit?, in G. COHEN-JONATHAN (a cura di), *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacque*, 2010, Paris, Dalloz, pp. 63-80. La Corte di Giustizia, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tuttavia, non ha avuto molte occasioni di pronunciarsi sulla portata interpretativa di tale locuzione, considerato altresì l'esclusione della giurisdizione della Corte in merito alla c.d. "identity clause". Come noto, infatti, la giurisdizione della Corte era esclusa con riferimento all'*identity clause* in base all'articolo 46 TUE conseguente alle modifiche del Trattato di Nizza. Prima delle modifiche legislative apportate con il Trattato di Lisbona, la Corte si era pronunciata in relazione a tale norma nella causa C-473/93, *Commissione c Lussemburgo*, del 2 luglio 1996, in *Racc.* p. I-03207, par. 35 e seguenti. In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte ha fatto riferimento all'art. 4, par. 2 TUE nelle sentenze *Sayn-Wittgenstein*, causa C-208/09, del 22 dicembre 2010, in *Racc.* pag. I-13693, punto 92; *Runevič-Vardyn e Wardyn*, causa C-391/09, del 12 maggio 2011, in *Racc.* p. I-3787, par. 86, e *Commissione/Lussemburgo*, causa C-51/08, del 24 maggio 2011, in *Racc.* p. I-4231, par. 124.

932I due nuovi elementi del rispetto dell'eguaglianza degli Stati membri dinanzi ai Trattati e del rispetto per le funzioni essenziali dello Stato è apparsa nell'articolo I-5.1 TCE ed ha tratto origine dalla cosiddetta "*Christophersen clause*", una proposta della Convenzione Costituzionale la quale ha inserito l'espressione "identità nazionale" per ribadire che l'Unione è tenuta a rispettare certe prerogative degli Stati membri. Si veda, al proposito, CONV 375/1/02, p. 10 e seguenti. Con riferimento al nome "*Christophersen clause*", CONV 251/02, p. 3.

933Si leggano, a tal riguardo, le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale P. Maduro l'8 ottobre 2008 nella causa C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, par. 31.

934Si legga, al riguardo R. STREINZ, (a cura di), *EUV/AEUV. Kommentar*, 2012, 2 ed., Munich, C.H. Beck.

935Per un approfondimento sul punto si rimanda a V. CONSTANTINESCO, *La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?*, in J.-C. MASCLÉ (a cura di), *L'Union Européenne: union de droit, union des droits; mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 87.

936L'articolo recita in questi termini: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

937A tal proposito, occorre ricordare, infatti, che tutti gli Stati membri condividono i valori riconosciuti nell'articolo 2 TUE, considerato che il meccanismo previsto dal combinato disposto degli articoli 2, 7 e 49 TUE prevede che gli Stati che vogliono entrare a far parte dell'Unione europea devono garantire il rispetto dei valori previsti dall'art. 2 TUE.

938In tal senso si esprime l'art. 4, par. 2 TUE.

disciplinati nelle Costituzioni nazionali.

Il concetto di “identità nazionale” assume, quindi, forme parzialmente diverse a seconda dello Stato membro a cui è fatto riferimento ed è determinato in relazione ai valori costituzionali propri di ogni Stato, ma, allo stesso tempo è sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia; non ogni “identità nazionale” è quindi tollerata all'interno dell'Unione, ma solo quelle identità nazionali che promuovono e condividono i valori su cui l'Unione si fonda⁹³⁹. Bisogna, inoltre, sottolineare che l'identità nazionale di uno Stato, composta da valori e concetti che sono propri di ciascun ordinamento statale, è rilevante ai fini del diritto dell'Unione solo in quanto essi siano espressamente riconosciuti e tutelati nelle rispettive Costituzioni o leggi attuative; non è, infatti, ammissibile ritenere che possano venire in rilievo ai fini del diritto dell'Unione anche i valori e concetti preesistenti al diritto che sono alla base dell'identità storico-culturale⁹⁴⁰ di un determinato Stato membro, ma non sono stati ivi legalmente riconosciuti⁹⁴¹.

Devono essere in ogni caso ricompresi nel concetto di “identità nazionale” solamente i valori costituzionali fondamentali di ogni Stato membro, con la conseguenza che i valori che non assumono tale rango non possono prevalere rispetto al diritto dell'Unione, il quale conserverà il proprio primato sul diritto nazionale secondo quanto affermato fin dalla sentenza *Costa*⁹⁴².

Tale interpretazione è confermata da quanto affermato dall'Avvocato Generale Poiares Maduro nelle conclusioni presentate in relazione al caso *Michaniki*. Ad avviso di quest'ultimo, infatti, il concetto di identità nazionale non è assoluto; ci sono regole costituzionali il cui rispetto è assicurato a livello giurisdizionale, e ci sono regole che, invece, non meritano questo rispetto⁹⁴³. Utilizzando le parole

939Si veda, al proposito, S. RODIN, *National identity and market freedoms after the treaty of Lisbon*, 2011, Draft Paper, consultabile online all'indirizzo: <http://www.uaces.org/pdf/papers/1101/rodin.pdf>; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 70(4), pp. 701-734.

940È controverso e ancora in discussione se l'identità culturale degli Stati membri sia tutelata dall'art. 4, par. 2 TUE. Vi è chi ritiene che l'identità culturale non coincida con l'identità di uno Stato e chi, invece, ritiene che tale concetto sia ricompreso nel concetto di identità nazionale richiamato dall'art. 4, par. 2 TUE. Si legga, al proposito quanto affermato dall'Avvocato Generale Kokott nel caso *UTECA* (causa C-222/07, *Unión de Televisiónes Comerciales Asociadas (UTECA)*), conclusioni presentate il 4 settembre 2008, in *Racc.* 2009 p. I-01407, par. 93) e dall'Avvocato Generale Maduro nel caso *Spagna c. Eurojust* (causa C-160/03, *Spain v Eurojust*, conclusioni presentate il 16 dicembre 2004, in *Racc.* p. I-2079, par. 24).

941Si sono espressi, a nostro avviso, correttamente, in tal senso P. KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOFS (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, 2004, 3 ed., Heidelberg: Müller, Vol. II, pp. 261-316; E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 48; A. VON BOGDANDY, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 2003, 62, p. 187; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, cit., p. 713 e seg.; I. PERNICE, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union. Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011, 136(2), p. 189 e seg.; B. DE WITTE, *The Lisbon Treaty and National Constitutions – More or less Europeanisation?*, in C. CLOSA (a cura di), *The Lisbon Treaty and National Constitutions – Europeanisation and democratic implications*, 2009, Oslo, Centre for European Studies, ARENA Report No 3/09, p. 34.

942Si legga, al riguardo F.M.L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, *Utrecht Law Review*, 2010, 6(3), p. 49 (<http://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/viewFile/139/135>).

943Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro rassegnate l'8 ottobre 2008 nella decisione *Michaniki AE v*

dell'Avvocato Generale, infatti, “il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri non può essere inteso come deferenza assoluta a tutte le norme costituzionali nazionali. Se così fosse, le costituzioni nazionali potrebbero diventare uno strumento che consentirebbe agli Stati membri di distaccarsi dal diritto comunitario in determinati ambiti”⁹⁴⁴.

Ciò rilevato, assume ancora maggior rilevanza l'esigenza di delineare i contenuti del concetto di “identità nazionale” di cui all'art. 4, par. 2 TUE. Come precedentemente accennato, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il concetto di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2 TUE è stato prevalentemente interpretato come coincidente con il concetto di identità nazionale sviluppato dalla giurisprudenza di ciascuno Stato membro⁹⁴⁵. Come ha sottolineato l'Avv. Gen. Maduro nelle conclusioni del caso *Marrosu*, tuttavia, “Resta peraltro il fatto che la Corte ha il dovere di verificare che tale valutazione sia conforme ai diritti e agli obiettivi fondamentali di cui essa assicura il rispetto nell'ambito comunitario”⁹⁴⁶. Il problema si pone, quindi, nei casi di contrasto tra i valori fondamentali della Costituzione di un determinato Stato membro ritenuti parte della propria identità nazionale, e il contenuto di un atto di diritto derivato dell'Unione europea.

In tal caso, il principio del rispetto dell'identità nazionale costituisce un limite rispetto al principio di uniformità del diritto dell'Unione e la Corte di Giustizia, a cui spetta l'ultima parola, dovrà effettuare una valutazione caso per caso⁹⁴⁷. Nell'effettuare tale valutazione la Corte è tenuta ad

Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias, causa C-213/07, par. 33, in cui letteralmente si legge: “se il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri può così rappresentare un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, esso può essere invocato a fortiori da uno Stato membro per giustificare la propria valutazione dei provvedimenti costituzionali destinati a completare la normativa comunitaria per garantire il rispetto, sul proprio territorio, dei principi e delle regole da quest'ultima enunciati o che sono ad essa sottesi. Cionondimeno, è doverosa una precisazione: il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri non può essere inteso come deferenza assoluta a tutte le norme costituzionali nazionali. Se così fosse, le costituzioni nazionali potrebbero diventare uno strumento che consentirebbe agli Stati membri di distaccarsi dal diritto comunitario in determinati ambiti”.

944Nello stesso anche l'Avvocato Generale A.G. Kokott, nelle conclusioni presentate l'8 maggio 2008 nei casi riuniti dal C-428/06 al C-434/06, *Union General de Trabajadores de la Rioja (UGT-Rioja) e al. v Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e al.*, in *Racc.* 2008 p. I-06747, par. 57; cfr. anche caso *Germania c. Commissione*, causa C-344/01, del 4 marzo 2004, in *Racc.* p. I-02081, par. 78 e seg.; *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, caso C-212/06, del 1 aprile 2008, in *Racc.* p. I-01683.

945Sul punto si rimanda di nuovo a quanto affermato dall'Avvocato Generale Poiares Maduro nelle conclusioni rese l'8 ottobre 2008 in relazione al caso C-213/07, *Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, par. 31, in cui si legge che “The national identity concerned clearly includes the constitutional identity of the Member State”.

946Si leggano in tal senso le Conclusioni presentate il 20 settembre 2005 dall'Avvocato Generale Poiares Maduro nella causa C-53/04, *Cristiano Marrosu et al. v Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, in *Racc.* p. I-7215, par. 40; cfr. anche CONV 375/1/02 REV 1, p. 11, e la decisione *Ilonka Sayn-Wittgenstem v Landeshauptmann von Wien*, causa C-208/09, del 22 dicembre 2010, in *Racc.* p. I-13693, par. 87.

947La Corte di Giustizia ha, in caso di violazione dell'identità nazionale di uno Stato membro, il potere di annullare l'atto o la disposizione che è in contrasto con essa. L'annullamento sulla scorta di tale motivo avrà, tuttavia, luogo solo in casi eccezionali. Si esprime in tal senso anche la Corte Costituzionale tedesca, del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08 et al., par. 240, 340—Lisbon (in BVerfGE 123, 267 [354, 400 et seq.]). Secondo la giurisprudenza elaborata dalla giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati membri, essi, avrebbero, inoltre, il diritto di disapplicare tale atto. Ma vedi al riguardo le note successive. Leggasi, al proposito VOSSKUHL, in H. VON MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6 ed., Munich, Vahlen, 2010, Art. 93 GG par. 84a–84c; L. GERKEN, V. RIEBLE, G. H. ROTH, T. STEIN, R. STREINZ, “Mangold” als ausbrechender Rechtsakt, Munich, Sellier, 2009, p. 69; I. PERNICE, *Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit*, in *Europarecht*, 2011, 46(2), pp. 158 e

instaurare un dialogo collaborativo con le Corti Costituzionali nazionali, molte delle quali, tra cui quella italiana⁹⁴⁸, francese⁹⁴⁹, tedesca⁹⁵⁰, polacca⁹⁵¹ e ceca⁹⁵², hanno negli anni passati rivendicato il proprio diritto a sindacare l'eventuale lesione della propria identità nazionale⁹⁵³.

Al fine di adeguatamente apprezzare i frutti che il dialogo tra Corti ha portato, basti considerare come esempio paradigmatico, per tutti, quanto affermato dalla Corte Costituzionale tedesca (il *Bundesverfassungsgericht*), la quale nella propria pronuncia sul Trattato di Lisbona⁹⁵⁴ si è notevolmente distanziata dal precedente atteggiamento di diffidenza nei confronti del diritto europeo assunto nelle decisioni *Solange*. Nella sentenza sul Trattato di Lisbona si legge, infatti, che il “*Bundesverfassungsgericht controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell'identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell'art. 23 comma 1 per. 3 in combinazione con art. 79 comma 3 Legge fondamentale*”. Continua, tuttavia, successivamente la Corte, “*l'esercizio di questa competenza di controllo radicata nel diritto costituzionale si conforma al principio del favore per il diritto europeo ((Europarechtsfreundlichkeit) sancito dalla Legge fondamentale e, pertanto, non contraddice il principio della leale collaborazione (art. 4 par. 3 TUE-Lisbona); di fronte all'integrazione che progredisce non possono essere salvaguardate*

seguenti.

948 Nei primi anni del 1970 la Corte Costituzionale italiana, pur riconoscendo il primato del diritto dell'Unione, si era riservata il diritto di verificare che gli attuativi dei Trattati garantissero il rispetto dei principi basilari stabiliti nella Costituzione italiana e dei diritti inalienabili della persona. In tal senso, si legga la sentenza *Granital* della Corte Costituzionale italiana, n. 170 dell'8 giugno 1984, in *Giur. Cost.* 1984, p. 1222 e seg.. In tali casi, la Corte si era arrogata il diritto di esaminare caso per caso la compatibilità costituzionale delle disposizioni contenute nei Trattati con questi principi fondamentali.

949 Il Consiglio Costituzionale francese, a sua volta, con la decisione n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006 (*Conseil Constitutionnel*, n. 2006-540 DC, del 27 luglio 2006, *préc*, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (Loi DADVSI)*) ha consolidato l'operatività della sua riserva costituzionale (*reserve de constitutionnalité*), in base alla quale la trasposizione di una direttiva non può compromettere i principi fondamentali inerenti l'identità costituzionale della Francia, salvo che sia consentito dai poteri costituzionali.

950 La protezione dell'identità costituzionale dello Stato è stata per la prima volta rivendicata dalla Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) nella decisione *Solange I* (German Federal Constitutional Court, 2 BvL 52/71 (Order of 29 May 1974) par. 43, *Solange I* (“As long as I”) (in BVerfGE 37, 271 [279 et seq.]) del 1974 e *Solange II* (German Federal Constitutional Court, 2 BvR 197/83 (Order of 22 October 1986) para 104 et seq.—*Solange II* (“As long as II”) (in BVerfGE 73, 339 [375 et seq.])) del 1986.

951 Per quanto riguarda la Polonia, si ritiene opportuno evidenziare quali ambiti si ritengono compresi nell'identità costituzionale dello Stato in questione, i quali non possono essere intaccati dalla legislazione europea. La protezione della dignità umana e i diritti costituzionali, il principio di sovranità, il principio di *governance* democratica, il principio dello Stato di diritto, il principio di giustizia sociale, il principio di sussidiarietà, così come il requisito di assicurare un'attuazione migliore dei valori costituzionali e il divieto di conferire il potere di modificare la Costituzione e la competenza ad attribuire le competenze.

952 La Corte Costituzionale ceca ha affermato che la legislazione nazionale, così come la Costituzione devono essere interpretate conformemente al processo di integrazione europea. Allo stesso tempo ha, però, ribadito che questo principio trova il proprio limite nel metodo di interpretazione nazionale della legge costituzionale. Al proposito, Corte Costituzionale ceca, Pl. U S 434/2006 Sb (sentenza del 3 maggio 2006) par. 81, 82—European Arrest Warrant (English translation available online) e Pl. U S 50/04 (sentenza dell'8 marzo 2006)—sugar quotas regulation II.

953 Per un approfondimento sul punto si legga H.-J. BLANKE, *The protection of fundamental rights in Europe*, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, 2012, Heidelberg, Springer, p. 214 e seg.; M. WENDEL, *Lisbon before the courts. Comparative perspectives*, in J. M. BENEYTO & I. PERNICE (a cura di), *Europe's constitutional challenges in the light of the recent case law of national constitutional courts*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

954 *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, decisione del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona.

*diversamente le strutture politiche e costituzionali che fondano gli Stati membri e che sono riconosciute dall'art. 4 par. 2 per 1 TUE-Lisbona. Nello spazio giudiziario europeo, le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto "mano nella mano" (Hand in Hand)*⁹⁵⁵.

Passando, infine, a considerare quali valori siano stati ritenuti, in concreto, inerenti l'identità nazionale, molti Stati membri hanno indicato il principio di certezza giuridica⁹⁵⁶, il principio di tutela giuridica contro gli atti delle autorità pubbliche⁹⁵⁷, il principio di proporzionalità⁹⁵⁸, il divieto di retroattività della legge penale sfavorevole⁹⁵⁹ e l'obbligo di motivazione delle decisioni⁹⁶⁰.

Per quanto concerne i diritti umani, quindi, è possibile affermare che, pur se la tutela degli stessi ha teso ad uniformarsi nel corso degli anni a livello europeo, permangono ancora delle differenze di tutela all'interno degli Stati membri e la definizione di quali di essi debbano ritenersi coesenziali all'identità nazionale di un determinato Stato e, quindi, non intaccabili dalla legislazione europea dipende sia dalla valutazione compiuta dalle Corti Supreme dello Stato membro in questione, che dalla decisione finale della Corte di Giustizia.

La non predisposizione di un catalogo di valori caratterizzanti l'identità nazionale degli Stati è stata una scelta presa di comune accordo dagli Stati membri, al fine di non limitare la tutela ai soli valori espressamente disciplinati⁹⁶¹; tuttavia, una tale decisione porta con sé tutte le conseguenze negative

955In tal senso il paragrafo 188 della decisione del *Bundesverfassungsgericht*, del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona.

956Cfr., in tal senso, Corte Costituzionale tedesca, 2 BvR 1107, 1124/77 and 195/79, ordinanza del 23 giugno 1981, para 107—Eurocontrol I (in BVerfGE 58, 1 [37]); 2 BvR 2134, 2159/92, sentenza del 12 ottobre 1993, para 105—Maastricht (in BVerfGE 89, 155 [187 et seq.]); Corte Suprema danese, Ref. No. I 361/1997, sentenza del 6 aprile 1998, (traduzione non ufficiale all'indirizzo <http://www.euo.dk/upload/application/pdf/938b9745/Supreme%20Court.pdf>); Corte Costituzionale lituana, Ref. No. 2008-35-01 sentenza del 7 aprile 2009, para 18.2; Corte costituzionale polacca, Ref. No. K 18/04, sentenza dell'11 maggio 2005 (traduzione in inglese reperibile *online*); Corte Costituzionale della Repubblica Ceca, Pl. US 19/08, sentenza del 26 novembre 2008, para 135, 186—Lisbon Treaty I; Pl. US 29/09, sentenza del 3 novembre 2009, para 133—Lisbon Treaty II (traduzione in inglese reperibile *online*).

957Corte Costituzionale tedesca, 2 BvR 1107, 1124/77 and 195/79, ordinanza del 23 giugno 1981, para 113—Eurocontrol I (in BVerfGE 58, 1 [40]); 2 BvR 197/83, ordinanza del 22 ottobre 1986, para 91, 104, 112—Solange II (“As long as II”) (in BVerfGE 73, 339 [372, 376, 381]); 2 BvR 2236/04, sentenza del 18 luglio 2005, para 49, 101 e seg.—Mandato di arresto europeo (in BVerfGE 113, 273 [298, 309 e seg.]); 2 BvE 2/08 e al., sentenza del 30 giugno 2009, para 368—Lisbon (in BVerfGE 123, 267 [416]); Corte Costituzionale italiana, 232/1989, sentenza del 13-21 aprile 1989, *Fragd.*

958Corte Costituzionale tedesca 2 BvR 197/83, ordinanza del 22 ottobre 1986, para 91, 104, 112—Solange II (“As long as II”) (in BVerfGE 73, 339 [372, 376, 381]); 2 BvR 2236/04, sentenza del 18 luglio 2005, para 49, 101 e seguenti—Mandato di arresto europeo (in BVerfGE 113, 273 [298, 309 e seg.]).

959Corte Costituzionale tedesca, 2 BvR 197/83 (Order of 22 October 1986) para 112— Solange II (“As long as II”) (in BVerfGE 73, 339 [381]).

960Corte Costituzionale tedesca, 2 BvR 197/83 (Order of 22 October 1986) par. 112— Solange II (“As long as II”) (in BVerfGE 73, 339 [381]).

961Si legga, sul punto BLANKE, p. 188, in cui si legge che “*the list of essential MS functions initially proposed as part of the national identity (! para 21), however, was not accepted as it was feared that this could subsequently limit the MS' autonomy. In its current wording, which underlines the MS' sole responsibility for safeguarding national security, sentence 3 of Art. 4.2 TEU is the result of the elaboration of the Treaty of Lisbon by the 2007 IGC*” e A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, cit., p. 710.

che la non catalogazione di tali valori comporta, ossia la non determinabilità *ex ante* di essi nello specifico e la necessità di instaurare un dialogo collaborativo tra Corti che porti ad individuare e proteggere tali valori. Nel caso *Melloni* sopra analizzato la Corte di Giustizia ha categoricamente escluso l'applicabilità dell'art. 4, par. 2 TUE e, quindi, non ne ha neanche fatto menzione nel corpo della sentenza. Tale circostanza, coniugata con il timore che la Corte non abbia adeguatamente garantito i diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni nazionali, ha portato alcuni autori a ritenere che la sentenza sacrifichi il più alto livello di tutela dei diritti fondamentali in favore del primato del diritto dell'Unione⁹⁶² ed altri a temere che la pluralità costituzionale ne possa soffrire o che le Corti Costituzionali nazionali possano rivendicare l'utilizzazione della clausola *Solange*⁹⁶³.

4.1.1.14 Contrasto tra effettività e diritti fondamentali in ambito di mutuo riconoscimento?

Passando ad analizzare il secondo rilievo critico che è stato mosso nei confronti della decisione *Melloni*, occorre esaminare se la prevalenza accordata dalla Corte al principio del mutuo riconoscimento rischi di affievolire la tutela dei diritti fondamentali e di abbassarla ad un grado di protezione notevolmente inferiore rispetto quello accordato dalla Corte EDU.

Secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia, “allorché attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono quindi essere tenuti, in forza di quest'ultimo, a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo casi eccezionali, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione”⁹⁶⁴.

La Corte afferma, quindi, che gli Stati membri devono presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati e non possono in via generale sindacarne la lesione. Il principio di fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento sono strumenti essenziali per promuovere la cooperazione tra autorità giudiziarie dei diversi Stati membri e creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. In relazione al mandato di arresto europeo, in particolare, sembra desumersi che gli Stati non possano sindacare la lesione dei diritti fondamentali da parte di un altro Stato membro se lo *standard* di

962N. LAVRANOS, *The ECJs Judgments in Melloni and Åkerberg Fransson: Une ménage à trois difficultés*, in *European Law Reporter*, April 2013, n. 4, pp. 133-141.

963J.H. REESTMAN, L.F.M. BESSELINK, *Editorial after Åkerberg Fransson and Melloni*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 1-5; L.F.M. BESSELINK, *Fide, 2012 'General report', The protection of fundamental rights Post-Lisbon: The interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and national constitutions*, consultabile online all'indirizzo www.fide2012.eu; L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximum standard: On fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the EU*, 5 *CML Rev.*, 1998, pp. 629-680.

964Cfr. paragrafo 192 del parere 2/13 di adesione alla CEDU del 18 dicembre 2014, *cit.*

tutela garantito è conforme al minor livello di tutela assicurato a livello europeo, fatta eccezione per i casi in cui la violazione degli stessi sia palese ed evidente⁹⁶⁵.

Vi è chi ha cercato di spiegare tale approccio della Corte sostenendo che la stessa abbia fornito una tale spiegazione al problema in quanto il settore oggetto di controversia era un ambito già oggetto di armonizzazione a livello europeo⁹⁶⁶. Di conseguenza, specularmente, secondo tali autori sarebbe più agevole garantire il più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali previsti dalle Costituzioni degli Stati membri nei casi in cui non vi sia stata, invece, un'armonizzazione a livello europeo⁹⁶⁷. In disparte il rilievo che effettivamente questa potrebbe essere una possibile spiegazione del caso di specie⁹⁶⁸, occorre comunque valutare se i principi ivi affermati siano estensibili in generale,

⁹⁶⁵Non si ritiene che possa essere citato quale caso che dimostrerebbe il contrario il caso *Jeremy F* (caso C-168/13 PPU, del 30 maggio 2013). Tale decisione, infatti, differisce su alcuni aspetti sostanziali dal caso *Melloni*. In quest'ultima decisione la Corte doveva statuire sulla possibilità di rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo a causa della violazione del più elevato livello di tutela dei diritti umani garantito all'interno dell'ordinamento nazionale di uno Stato membro. In *Jeremy F*, invece, non si discuteva sulla possibilità di rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un mandato di arresto europeo, ma si discuteva circa l'applicazione di determinate regole procedurali più garantiste nella procedura di emanazione di un mandato di arresto europeo.

⁹⁶⁶Si legga, al proposito J.A.E. Vervaele, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in *Review of European Administrative Law*, 2013-2, vol. 6, pp. 37-54, il quale sottolinea che “*the Melloni case is a very specific one, in which all member states have agreed upon balanced harmonisation that does not infringe, neither the ECHR, nor the CFR and in which one Constitutional Court does want to apply higher constitutional standards that risk severely undermining the concepts of mutual trust and recognition, being Treaty based principles in the area of FSJ. This is the reason why Melloni cannot be compared to the Omega case*”, *where national constitutional standards (in casu human dignity) could be used to fill in the exceptions to the freedom of services and goods. It concerns the content of derogations that already existed under EU law*”. In tal senso, si è espresso anche l'Avvocato Generale Bot nelle conclusioni. Quest'ultima ha infatti affermato che la Corte non può applicare il livello più elevato di tutela previsto dalle Costituzioni degli Stati membri (par. 84), in quanto l'“accordo tra tutti gli Stati membri per determinare quando una persona condannata in contumacia debba essere consegnata senza che vengano lesi il suo diritto ad un processo equo e i suoi diritti della difesa [omissis] non lascia spazio per l'applicazione di standard nazionali di protezione divergenti” (par. 126).

⁹⁶⁷K. LENAERTS and J. GUTIÉRREZ-FONS, *The European Court of Justice and Fundamental Rights in the Field of Criminal Law*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM AND T. KONSTADINIDES (a cura di), *Research Handbook of European Criminal Law*, Edward Elgar, 2016; B. DE WITTE, *Article 53*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER e A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart, 2014; L.F.M. BESSELINK, “*General Report*”, *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, relazioni del XXV Congresso FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1, p. 63 e seguenti; C. LADENBURGER, “*European Union Institutional Report*”, *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, Tartu University Press, relazioni del XXV Congresso FIDE, Tallinn, 2012, vol. 1, pag. 14 e seguenti. Si guardi anche quanto affermato dall'Avvocato Generale ai punti 126 e seguenti, in cui sottolinea la necessità di differenziare tra situazioni in cui esiste una definizione a livello europeo del grado di protezione che deve essere accordato ad un diritto fondamentale nel dare attuazione ad un'azione dell'Unione europea e i casi in cui, invece, il livello di protezione di tali diritti non è stato espressamente definito.

⁹⁶⁸In tal senso anche C. AMALFITANO, (*Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013), la quale afferma che “*Non resta che attendere eventuali nuove pronunce della Corte di giustizia sulla possibile invocabilità, appunto, di un diritto fondamentale dell'individuo al fine di impedire l'operatività del reciproco riconoscimento, in casi in cui il diritto di cui si vuole assicurare la protezione non sia già stato disciplinato in modo uniforme ed esaustivo dal legislatore dell'Unione; in circostanze siffatte, e sempre che non assuma rilievo preponderante l'identità costituzionale di uno Stato membro, pare infatti presumibile che il giudice di Lussemburgo confermerebbe, come detto, la soluzione accolta nel caso Melloni. Non pare escluso che, per garantire la prevalenza del diritto fondamentale rispetto all'esigenza di cooperazione giudiziaria tra Stati, la Corte, anziché avvalersi del solo art. 4, par. 2, TUE – che porterebbe a circoscrivere il primato del diritto dell'Unione, se il bilanciamento operasse a favore della tutela dell'identità costituzionale nazionale – ed altresì evitando che siano le supreme Corti nazionali a ricorrere ai controlimiti, prospetti una soluzione analoga a quella elaborata, ad esempio, nei casi Schmidberger,*

nell'ambito, quantomeno, della cooperazione giudiziaria in materia penale, in seno al quale il rispetto dei diritti fondamentali, come analizzeremo nella seconda Parte della trattazione, rappresenta un aspetto essenziale, in quanto nel processo penale è in gioco uno dei diritti più importanti della persona, ossia la libertà personale.

Analizzando quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel parere 2/13 di adesione sembrerebbe che la Corte ritenga il principio del mutuo riconoscimento un principio essenziale dell'ordinamento giuridico europeo⁹⁶⁹ e che tale principio si fondi su una presunta fiducia reciproca tra Stati membri. Il mutuo riconoscimento delle decisioni e provvedimenti giudiziari si applicherebbe, quindi, in maniera quasi automatica⁹⁷⁰. In tal modo, la Corte opera una sorta di ribaltamento di prospettiva; prospetta, infatti, la creazione di un sistema dove la protezione dei diritti fondamentali “*must be subsumed to the abstract requirements of upholding mutual trust, instead of endorsing a model of a Union whereby cooperation on the basis of mutual trust must be underpinned by an effective protection of fundamental rights*”⁹⁷¹.

Il ragionamento della Corte non tiene, oltretutto, in debita considerazione la natura squisitamente soggettiva del principio di reciproca fiducia e la difficoltà di trovarne una definizione che sia univoca per tutti gli Stati membri.

Oltre a ciò, occorre altresì sottolineare che la Corte di Giustizia si riferisce sempre alla reciproca fiducia “tra Stati membri”, non tenendo in considerazione che, poi, nella realtà dei fatti, i soggetti ad essere lesi dalle misure sanzionatorie mutualmente riconosciute a livello europeo sono i cittadini,

Omega e Dinamic Medien”.

969Si legga, al proposito, V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, cit., p. 472, il quale afferma che “*The Court asserts boldly that mutual trust is not only a principle, but also a principle of fundamental importance in EU law*”.

970Il differente approccio della Corte di Giustizia affermato dalla Corte, da ultimo, nel parere 2/13, in base al quale vige una presunzione di tutela dei diritti umani e un sistema di quasi automatico riconoscimento reciproco, si pone altresì in controtendenza rispetto agli strumenti di diritto secondario che sono stati recentemente adottati nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, quali il c.d. ordine europeo di investigazione in materia penale. La direttiva sull'ordine europeo di indagine ha introdotto, infatti, un ulteriore motivo per il non riconoscimento o la non esecuzione, ossia quando vi sono fondati motivi di ritenere che l'esecuzione di una misura investigativa indicata nell'OEI sia incompatibile con i diritti fondamentali. In tal senso, articolo 11, par. 1, lett. f) della Direttiva 2014/41/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile concernente l'Ordine investigativo europeo in materia penale, GU L130, 1.5.2014, p. 1. L'iniziativa, avviata il 29 aprile 2010 da otto Paesi membri dell'U.E. (Belgio Bulgaria, Estonia, Spagna, Lussemburgo, Austria, Slovenia e Svezia), trova la sua base normativa nell'art. 82, par. 1, lett. a), del Trattato di Lisbona e delinea un nuovo, generale, strumento per la raccolta delle prove nel territorio europeo, confermando, sia pure solo parzialmente, l'indirizzo tracciato nel punto 3.1.1. del Programma di Stoccolma. L'obiettivo è quello di sostituire, nei rapporti tra gli Stati membri dell'U.E., gli attuali strumenti di cooperazione in materia di ricerca ed acquisizione delle prove, con un nuovo e più agile modello a carattere “orizzontale”, sperimentabile per quasi tutte le più rilevanti misure investigative. L'atto sostituisce i seguenti strumenti convenzionali: la Convenzione europea sulla mutua assistenza giudiziaria penale del 20 aprile 1959 e i suoi due Protocolli addizionali del 17 marzo 1978 e dell'8 novembre 2001, la Convenzione di applicazione degli Accordi di Schengen del 19 giugno 1990; la Convenzione sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'U.E., del 29 maggio 2000, ed il relativo Protocollo del 16 ottobre 2001. Seguendo l'impostazione accolta nel progetto di Direttiva, inoltre, sono sostituite o cancellate dalla scena, nonostante l'incompleto o, addirittura, solo avviato, recepimento nelle legislazioni dei vari Paesi membri, la Decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 sul congelamento dei beni da sottoporre a sequestro e confisca e, soprattutto, la Decisione quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008, sul mandato europeo di ricerca delle prove, che viene formalmente abrogata.

971In tal senso, sempre V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, cit., p. 472.

ossia i soggetti imputati e sono i diritti di questi ultimi a venire in rilievo⁹⁷².

L'atteggiamento in base al quale è ritenuta sussistere la fiducia reciproca tra gli Stati membri sulla base di una presunzione, si pone, tuttavia, in significativo contrasto con il *modus decidendi* della Corte europea dei diritti umani in simili circostanze. Il diverso approccio al medesimo problema è, in particolare, desumibile dal ragionamento seguito dalla Corte EDU nel caso *Tarakhel c. Svizzera*⁹⁷³ in merito alla valutazione dei rinvii dei richiedenti asilo da uno Stato membro all'altro⁹⁷⁴. In tale sentenza la Corte EDU ha affermato la necessità di prendere in considerazione, al fine di valutare se il ricorrente rischi di subire trattamenti contrari all'art. 3 CEDU in caso di rinvio verso un altro Stato membro, oltre alla situazione generale del sistema di accoglienza di quest'ultimo, anche la situazione particolare dell'individuo⁹⁷⁵; la situazione della persona oggetto della misura e l'eventuale lesione dei diritti fondamentali di quest'ultima deve essere esaminata “in modo approfondito e individualizzato”⁹⁷⁶. La prescritta esigenza prevista dalla Corte europea dei Diritti Umani di compiere un accurato esame individuale di ogni caso di specie si differenzia notevolmente dalle “circostanze eccezionali” richiamate dalla Corte di Giustizia nel parere di adesione alla CEDU 2/13, la quale ha citato a supporto della propria argomentazione sia la giurisprudenza *N.S.* concernente il Regolamento Dublino che la giurisprudenza in materia di cooperazione giudiziaria penale elaborata nel caso *Melloni*⁹⁷⁷.

La cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri è limitata, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, solo nei casi eccezionali in cui siano riscontrate “carenze sistemiche [*omissis...*] in tale

972Di medesimo avviso anche V. MITSILEGAS, *The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice*, cit., p. 472.

973Corte europea dei Diritti Umani, caso *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, del 4 novembre 2014.

974Per un commento della sentenza, si legga H. LABAYLE, *Droit d'Asile et Confiance Mutuelle: Regards Croisés de la Jurisprudence Européenne*, in *Cahiers de Droit Européen*, vol. 50, n. 3, 2014, pp. 501–534; C. COSTELLO, M. MOUZOURAKIS, *Reflections on Reading Tarakhel: Is 'How Bad is Bad Enough' Good Enough?*, in *A&MR* 2014, n.10, pp. 404–411; M. BOSSUYT, *The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, pp. 203–245; R. BANK, *The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law*, in *International Journal of Refugee Law*, 2015, pp. 213–244. Più in generale cfr. anche G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, 2010.

975In tal senso si leggano i paragrafi 104 e 105 della sentenza *Tarakhel*. In particolare, al paragrafo 104 della sentenza si legge: “*Dans le cas d'un renvoi « Dublin », la présomption selon laquelle un État contractant « de destination » respecte l'article 3 de la Convention peut donc être valablement réfutée en présence de « motifs sérieux et avérés de croire » que la personne objet de la mesure de renvoi courra un « risque réel » de subir des traitements contraires à cette disposition dans l'État de destination. L'origine du risque encouru ne modifie en rien le niveau de protection garanti par la Convention et les obligations que celle-ci impose à l'État auteur de la mesure de renvoi. Elle ne dispense pas cet État d'examiner de manière approfondie et individualisée la situation de la personne objet de la mesure et de surseoir au renvoi au cas où le risque de traitements inhumains ou dégradants serait avéré*”.

976In tal senso, sempre il paragrafo 104 sopra citato. La traduzione in italiano è nostra.

977Ci riferiamo, in particolare, al paragrafo 191 del parere 2/13 di adesione alla CEDU del 18 dicembre 2014, cit., in cui si legge che “*occorre ricordare che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo (v., in tal senso, sentenze N.S. e a., C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, punti da 78 a 80, nonché Melloni, EU:C:2013:107, punti 37 e 63)*”.

Stato membro [le quali] costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti⁹⁷⁸. Tale principio affermato nella sentenza *N.S.* è stato ripreso dalla sentenza *MSS c Belgio e Grecia*⁹⁷⁹, in cui la Corte EDU ha affermato per la prima volta che la presunzione di rispetto dei diritti fondamentali vigente nel sistema di cooperazione interstatale messo a punto con il regolamento Dublino non era assoluta e poteva esserne dichiarata la non applicazione.

Tuttavia, con la decisione *Tarakhel* la Corte EDU ha compiuto un ulteriore passo avanti verso l'effettiva tutela dei diritti umani, affermando che al fine di riscontrarne una violazione occorresse valutare non solo la presenza di carenze sistemiche generali, ma anche effettuare un esame approfondito della situazione individuale del ricorrente⁹⁸⁰.

Il sacrificio da parte della Corte di Giustizia di una valutazione caso per caso circa la violazione dei diritti fondamentali dell'individuo in nome del principio di effettività, di uniformità, del primato e della presunta reciproca fiducia tra Stati membri fa sorgere dubbi in merito all'effettivo rispetto dei diritti fondamentali nel sistema giuridico dell'Unione. In tal modo, si accentua altresì il rischio di abbassare il livello di protezione dei diritti fondamentali rispetto allo *standard* garantito dalla CEDU e di far sorgere un possibile contrasto, che si era negli ultimi anni ricomposto, tra Corte EDU e Corti Costituzionali degli Stati membri, da una parte, e Corte di Giustizia, dall'altra⁹⁸¹.

La domanda a cui occorre, in conclusione, rispondere è pertanto la seguente: come è possibile evitare la prospettiva di un nuovo conflitto tra Corti e garantire al tempo stesso l'efficienza degli strumenti penali utilizzati per perseguire gli autori di crimini transnazionali e i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento?

A nostro avviso la creazione della Procura europea rappresenta una possibile soluzione al problema, se lo stesso verrà istituito sulla base di regole sostanziali e processuali penali uniformi. Ribaltando il contenuto dell'art. 82 TFUE e l'ottica finora adottata dalla Corte di Giustizia, l'armonizzazione delle regole materiali e processuali in materia penale dovrebbe, infatti, essere lo strumento per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri, e non viceversa.

La pratica ha, infatti, dimostrato che presumere la fiducia reciproca tra gli Stati membri al fine di garantire il rispetto del mutuo riconoscimento non porta risultati soddisfacenti, in quanto in tal modo sono i diritti dei soggetti coinvolti nel processo ad essere a rischio e la fiducia tra gli Stati

978Si esprime nei seguenti termini la Corte di Giustizia nei casi riuniti C-411/10 and C-493/10, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department e M.E. e altri contro Refugee Applications Commissioner; Minister for Justice, Equality and Law Reform*, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13905, par. 106.

979Corte europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ricorso n. 30696/09, del 21 gennaio 2011.

980Sulla scorta di tale ragionamento, al paragrafo 115 della sentenza *Tarakhel*, la Corte EDU ha, infatti, ritenuto nel caso di specie che, pur non essendo riscontrabili carenze sistemiche a livello generale, la Convenzione fosse stata violata in relazione alla situazione specifica sottoposta all'esame della Corte.

981Per un commento sul punto, si legga anche P. EECKHOUT, *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue- Autonomy or Autarchy?*, Jean Monnet Working paper 01/15, p. 36.

anziché rafforzarsi, tende, al contrario, a diminuire, così come la fiducia nel sistema di tutela dei diritti fondamentali approntato a livello europeo.

4.1.1.15 Effettività e principio di legalità

Come abbiamo avuto modo di vedere, quindi, in ambito di cooperazione giudiziaria, la Corte di Giustizia ha sovente riconosciuto, di fatto, la prevalenza della necessità di garantire l'effettiva attuazione del diritto europeo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel processo, quantomeno di quelli riconosciuti agli stessi soggetti a livello nazionale. Lo studio di tale giurisprudenza risulta essenziale ai fini che qui interessano, poiché la Procura europea rappresenta un organo deputato a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale e a rafforzare gli strumenti di lotta contro i crimini commessi ai danni del bilancio dell'Unione e, nel caso in cui la competenza venisse estesa ai sensi del quarto paragrafo dell'articolo 86 TFUE, a perseguire e rinviare a giudizio anche gli autori dei reati gravi aventi carattere transnazionale.

La Procura europea, secondo quanto previsto dall'articolo 86 TFUE rappresenterebbe, quindi, uno strumento sovranazionale di cooperazione verticale e non orizzontale. Nel delinearne la struttura, risulta, pertanto, essenziale comprendere quali interessi debbano prevalere sulla base delle sentenze emanate dalla Corte di Giustizia. L'esigenza di garantire l'efficace protezione degli interessi di carattere sovranazionale deve prevalere sull'esigenza di tutelare i soggetti coinvolti nel procedimento penale? Sulla base delle pronunce della Corte di Giustizia in ambito di cooperazione giudiziaria orizzontale, si desume che in alcuni casi il principio di effettività, inteso quale principio volto a garantire l'effetto utile del diritto europeo debba prevalere sull'esigenza di garantire i più elevati standard di tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nel processo penale garantiti a livello nazionale.

Se dovessimo applicare tale ragionamento anche rispetto alla Procura europea, si dovrebbe desumere che, al fine di garantire l'effetto utile del regolamento che istituisce la Procura europea, sarebbe possibile sacrificare la maggior tutela prevista dagli ordinamenti nazionali a favore dei diritti fondamentali dei soggetti parte del processo a favore dell'effettiva attuazione degli obiettivi europei, ossia della protezione degli interessi finanziari dell'Unione e della lotta contro gli autori dei reati gravi che hanno carattere transnazionale.

Una tale evenienza potrebbe, a nostro avviso, essere scongiurata solo nell'ipotesi in cui i diritti fondamentali previsti a livello europeo coincidessero con quelli riconosciuti a livello nazionale, o fossero più elevati; il solo modo per ottenere un tale risultato sarebbe, tuttavia, quello di prevedere una disciplina uniforme a di salvaguardia dei diritti fondamentali dei soggetti indagati, delle vittime dei reati e degli altri soggetti coinvolti nel processo, almeno pari a quella garantita nel sistema

costituzionale dei diversi Stati membri.

Una tale deduzione appare, tuttavia, riduttiva se desunta dalle sole pronunce emanate dalla Corte in ambito di cooperazione giudiziaria. Per tale motivo riteniamo opportuno in tale sede esaminare le sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia in materia di diritto penale, al di fuori di ipotesi concernenti ipotesi di cooperazione giudiziaria e di strumenti adottati al fine di facilitare quest'ultima.

In particolare, riteniamo rilevanti in tale ambito due note sentenze in cui la Corte di Giustizia si è trovata ad affrontare il problema del bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali e l'esigenza di garantire l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione al di fuori di ipotesi di cooperazione giudiziaria: il caso *Berlusconi*⁹⁸² e il caso *Taricco*⁹⁸³.

Nella sentenza *Berlusconi* la Corte, in sostanza, doveva risolvere la questione se il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite potesse essere applicato anche qualora questa fosse contraria ad altre norme di diritto europeo. La decisione della Corte era stata originata dal rinvio pregiudiziale proposto dalle autorità giurisdizionali italiane presso cui erano incardinati i processi degli imputati Berlusconi, Adelchi e Dell'Utri, indagati per il reato di false comunicazioni sociali. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte i reati erano stati commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2002, che ha introdotto una disciplina penale più favorevole nei confronti di chi commetta il reato di false comunicazioni sociali. In base alla nuova disciplina, infatti, la pena per il reato di false comunicazioni sociali sarebbe stata diminuita rispetto a quanto previsto dalla normativa originaria, dal momento che il reato di cui all'articolo 2621 del codice civile italiano sarebbe stato trasformato da delitto in contravvenzione, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano⁹⁸⁴. In particolare, le pene per le violazioni di tipo contravvenzionale sono, di norma, inferiori a due anni di reclusione e rientrerebbero, pertanto, nell'ambito della sospensione condizionale della pena⁹⁸⁵. Le due nuove fattispecie di reato presupporrebbero, inoltre, come ulteriore elemento soggettivo del reato, oltre all'intenzione di ingannare, una sorta di intento di

982Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, in *Racc.* p. I-3624.

983Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, pubblicata nella Raccolta generale (Raccolta digitale).

984In base alla disciplina introdotta con il decreto legislativo 61 del 2002, l'elemento distintivo tra la fattispecie delittuosa di cui all'articolo 2622 del c.c. e la fattispecie contravvenzionale di cui all'articolo 2621 c.c., è costituito dall'evenienza se le false comunicazioni sociali cagionino o meno un danno ai soci o ai creditori. Solo nel caso in cui venga cagionato un tale danno, il reato configurerebbe un delitto, ai sensi dell'articolo 2621 c.c.. In tutti gli altri casi, esso configurerebbe una contravvenzione disciplinata dall'articolo 2621 c.c., come modificato in seguito al d.lgs. 61/2002.

985L'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni rassegnate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, in *Racc.* p. I-3568, par. 33, sottolinea, inoltre che “*La classificazione di un reato come delitto o contravvenzione non si tradurrebbe solo in una diversa misura della pena, ma avrebbe anche altre conseguenze pratiche rilevanti. Così, ad esempio, reati come il riciclaggio di denaro sporco o la ricettazione, che presuppongono un delitto, non potrebbero essere realizzati in relazione ad una semplice contravvenzione come quella di cui al nuovo art. 2621 del codice civile*”.

arricchimento⁹⁸⁶. Inoltre, il termine di prescrizione per l'azione penale ai sensi del nuovo art. 2621 del codice civile italiano sarebbe molto più corto rispetto a quello previsto sotto la vigenza della precedente normativa, e a causa del tempo necessario a svolgere le indagini e della durata del procedimento giudiziario, tutti i processi concernenti il reato di false comunicazioni sociali, in base alla nuova disciplina, sarebbero destinati ad estinguersi per prescrizione⁹⁸⁷.

Le autorità giurisdizionali competenti ritenevano che tale nuova disciplina più mite fosse in contrasto con il diritto europeo, e in particolare con la prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE⁹⁸⁸, con la quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE⁹⁸⁹, con la settima direttiva del Consiglio 13 giugno 1983, 83/349/CEE⁹⁹⁰, nonché con gli articoli 5 del Trattato CEE (divenuto art. 5 del Trattato CE, a sua volta divenuto art. 10 CE e poi articolo 4, par. 3 del TUE) e 54, n. 3, lett. g), del Trattato CEE (divenuto art. 54, n. 3, lett. g), del Trattato CE, a sua volta divenuto, in seguito a modifica, art. 44, n. 2, lett. g), CE)⁹⁹¹.

Occorre sottolineare fin da subito che in tale pronuncia la Corte, a differenza dell'Avvocato Generale Kokott, non si è in realtà pronunciata sulla questione, limitandosi a ribadire che “una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati”⁹⁹². La Corte ha, infatti, sviluppato il proprio ragionamento in tre passaggi. In primo luogo, ha verificato se la disciplina predisposta dai nuovi articoli 2621 e 2622 del codice civile fosse compatibile “con l'esigenza del diritto comunitario afferente all'adeguatezza delle sanzioni per violazione di disposizioni dell'ordinamento comunitario”⁹⁹³. Nell'effettuare tale valutazione, la Corte ha innanzitutto ritenuto necessario stabilire se l'esigenza afferente all'adeguatezza delle sanzioni per reati risultanti da falsità in scritture contabili, come quelli previsti dai nuovi articoli 2621 e 2622 del

986 Sia ai sensi del nuovo art. 2621 sia ai sensi del nuovo art. 2622 del codice civile italiano, infatti, la punibilità sarebbe esclusa nel caso in cui le falsità o le omissioni non alterino in modo sensibile la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo di imprese. Ciò deriverebbe dalle soglie di tolleranza previste dal nuovo art. 2621, terzo e quarto comma, e dal nuovo art. 2622, quinto e sesto comma, del codice civile.

987 Il d.lgs. 61/2002 ha altresì introdotto un'ulteriore condizione che rende il trattamento sanzionatorio avverso tali reati più mite: ai sensi del nuovo art. 2622 del codice civile, l'azione penale presupporrebbe la querela del danneggiato, salvo che si tratti di una società quotata in borsa o il reato sia commesso a danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità europee.

988 Prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, *intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi*, in GU L 65, p. 8.

989 Quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, *basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società*, in GU L 222, p. 11.

990 Settima direttiva del Consiglio 13 giugno 1983, 83/349/CEE, *basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati*, in GU L 193, p. 1.

991 Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 1.

992 In tal senso, si legga Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 78.

993 Al riguardo, si legga Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 52 e seguenti.

codice civile, fosse imposta dall'articolo 6 della prima direttiva sul diritto societario sopra citata o derivasse, invece, dall'allora articolo 5 del Trattato che, secondo una giurisprudenza costante, implica che le sanzioni per la violazione di disposizioni del diritto comunitario debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive. Dopo un'analisi del contenuto delle direttive sul diritto societario prima menzionate⁹⁹⁴, la Corte giunge alla conclusione che “l'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni come quelle previste dai nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile per i reati risultanti da falsità in scritture contabili è imposta dall'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario”⁹⁹⁵. Ad avviso della Corte, pertanto, la giurisprudenza relativa all'allora articolo 5 del Trattato CE (ora articolo 4, par. 3 del TUE), da cui deriva un'esigenza di identica natura, può essere utilmente presa in considerazione, ma solo “per chiarire la portata dell'esigenza relativa all'adeguatezza delle sanzioni stabilite al detto art. 6”⁹⁹⁶.

In secondo luogo, la Corte esamina la portata del principio di applicazione retroattiva della pena più mite, stabilendo che “il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”, e, di conseguenza, dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza⁹⁹⁷ e che “il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario e, nella fattispecie, in particolare, le direttive sul diritto societario”⁹⁹⁸.

Infine, nell'ultimo passaggio argomentativo, la Corte, senza esaminare l'aspetto problematico consistente nello stabilire se il giudice nazionale possa applicare una disciplina nazionale contenente un trattamento sanzionatorio più mite nel caso in cui tale normativa contrasti con il diritto europeo, la Corte ritiene che non sia necessario “decidere tale questione ai fini delle controversie principali, poiché la norma comunitaria in questione è contenuta in una direttiva fatta valere nei confronti di un soggetto dall'autorità giudiziaria nell'ambito di procedimenti penali”⁹⁹⁹ e, in base a giurisprudenza costante della medesima Corte, “una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un soggetto e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti”¹⁰⁰⁰. Al proposito, l'Avvocato Generale aveva svolto un ragionamento diametralmente

994Si vedano, in proposito, le note 156 e 157 e 158.

995Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 63.

996Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 64.

997Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 67-68.

998Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 69.

999Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 71.

1000Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 73, in cui la Corte si riferisce alla sentenza *Pfeiffer e altri*, procedimenti riuniti da C-397/01 a C-403/01, del 5 ottobre 2004, in *Racc.* p. I-8835, par. 108 e giurisprudenza ivi citata. Nel successivo paragrafo 74, la Corte sottolinea altresì che “*Nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di*

opposto ritenendo che nel caso in esame il principio della legalità della pena non venisse compromesso “poiché la responsabilità penale degli imputati nelle cause principali non deriverebbe in nessun caso direttamente dalle direttive sul diritto societario e sarebbe quindi indipendente dalle normative nazionali adottate per la loro attuazione”. Del pari, ad avviso dell'Avvocato Generale, la “punibilità degli imputati non deriverebbe nemmeno direttamente dall'art. 10 CE. Infatti, l'osservanza dell'art. 10 CE nonché dei precetti delle direttive sul diritto societario ha come unico effetto che le modifiche normative introdotte dal d. lgs. n. 61/2002, intervenute dopo la commissione del fatto e che introducono pene più favorevoli e rendono più gravosa o addirittura escludono l'azione penale, devono eventualmente essere disapplicate. Resta invece applicabile la legge nazionale nella sua versione in vigore all'epoca dei fatti”. La responsabilità penale degli imputati, in base a tale ricostruzione ermeneutica, si fonderebbe, pertanto, sul diritto nazionale vigente all'epoca dei fatti, ossia sull'originario art. 2621 del codice civile¹⁰⁰¹; gli imputati non verrebbero, quindi, condannati sulla base degli obblighi creati dalla direttiva sul diritto societario, ma sulla base della legislazione nazionale in vigore al momento della commissione del fatto criminoso. L'Avvocato Generale sottolinea altresì che tale soluzione interpretativa non contrasta, ma anzi tutela maggiormente il principio fondamentale di legalità della pena, poiché, secondo l'opinione dell'Avvocato Generale Kokott, “il fatto che nel caso di specie venga contestata [omissis..] l'applicabilità della precedente legge penale non riguarda, nell'essenza, tanto la questione se il principio della legalità della pena sia garantito, ma al contrario la questione se a tale principio possa essere fatta una deroga a vantaggio dell'applicazione retroattiva della legge penale successiva più favorevole”¹⁰⁰².

Valutando diversamente tale aspetto, la Corte evita, quindi, di pronunciarsi sull'applicabilità di una

procedimenti penali, la Corte ha precisato che una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni (v., in particolare, sentenze 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Racc. pag. 3969, punto 13, e 7 gennaio 2004, causa C-60/02, X, Racc. pag. I-651, punto 61 e giurisprudenza ivi citata)”.

1001 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 145.

1002 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 147. Nel paragrafo 149 delle proprie Conclusioni, l'Avvocato Generale cita a supporto del proprio ragionamento anche precedenti sentenze della Corte di Giustizia affermando letteralmente quanto segue: “*Tale affermazione è del tutto valida anche per il presente caso. Il procedimento Tombesi, come del resto anche quello Niselli, presenta analogie, nei punti essenziali, con la presente fattispecie. In nessuno di questi casi è stata messa in questione, in linea di principio, la punibilità di violazioni delle disposizioni applicabili (norme in materia di rifiuti e, rispettivamente, di bilancio). Ora come allora si tratta piuttosto di una modifica di elementi di una fattispecie di reato, che costituiscono il fondamento della pena. Ora come allora la modifica della normativa nazionale ha avuto come effetto l'impunità per fatti per i quali precedente- mente era prevista una pena. Come nella presente fattispecie sono state introdotte nuove soglie di tolleranza al di sotto delle quali è esclusa la punibilità per false comunicazioni sociali, così nei procedimenti Tombesi e Niselli era stata modificata (in senso più ristretto) la nozione di rifiuti e quindi la punibilità per determinate violazioni della normativa sui rifiuti. È decisiva la circostanza che in tutti questi casi i fatti, nel momento in cui sono stati commessi, erano punibili secondo il diritto nazionale”*.

norma penale nazionale più favorevole contrastante con il diritto europeo. L'Avvocato Generale, al contrario, esprime la propria opinione al riguardo e le conclusioni raggiunte, seppure poi non riprese nella sentenza della Corte, risultano particolarmente rilevanti ai fini dell'analisi che stiamo svolgendo. Al proposito, occorre sottolineare che, d'altronde, la Corte non smentisce neanche quanto affermato dall'Avvocato Generale, limitandosi, come visto sopra, a non pronunciarsi nel merito della questione.

L'Avvocato Generale Kokott, al contrario, ha affermato nelle proprie conclusioni che il principio della retroattività della legge penale più favorevole può essere lasciato in disparte nei casi in cui la nuova, più mite, disciplina sanzionatoria si ponga in netto contrasto con il diritto europeo. L'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole prevista dal diritto nazionale non deve, infatti, “mettere in pericolo l'applicazione effettiva e unitaria in tutti gli Stati membri delle direttive sul diritto societario. Essa non dovrebbe avere in alcun caso la conseguenza che per un comportamento punibile all'epoca dei fatti venga esclusa la pena retroattivamente in violazione dei precetti del diritto comunitario¹⁰⁰³”. Secondo l'opinione dell'Avvocato Generale, infatti, “una legge penale contrastante con il diritto comunitario adottata successivamente non costituisce una legge penale più favorevole *applicabile*”¹⁰⁰⁴. Conclude, quindi, il proprio ragionamento nel senso che “il giudice di uno Stato membro è tenuto a dare applicazione ai precetti di una direttiva, senza adire preventivamente il giudice costituzionale nazionale, disapplicando una legge penale più favorevole adottata successivamente al reato, se e in quanto tale legge contrasti con la direttiva¹⁰⁰⁵”.

Considerate le conclusioni raggiunte dall'Avvocato Generale, anche se la Corte non si è pronunciata sul punto, la sentenza *Berlusconi* rappresenta un caso emblematico del conflitto che può venirsi a creare tra l'esigenza di assicurare la piena efficacia del diritto europeo, da una parte, e di tutelare i diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale, dall'altra. Nel procedimento in esame, infatti, sia la Corte¹⁰⁰⁶ che l'Avvocato Generale Kokott¹⁰⁰⁷ hanno riconosciuto che il principio di retroattività della legge penale più favorevole fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e deve essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto

1003Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, in *Racc. p. I* - 3568, par. 167.

1004In tal senso, conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 165, in cui prima si legge: “*Qualora le disposizioni nazionali siano in contrasto con il diritto comunitario, i giudici del rinvio rimangono dunque tenuti a garantire l'attuazione dei precetti del diritto comunitario, disapplicando tali disposizioni nazionali anche quando si tratti di leggi penali più favorevoli*”.

1005Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 169.

1006Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, cit., par. 67-69.

1007Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 156-157.

europeo¹⁰⁰⁸. Nonostante questo, l'Avvocato Generale, dopo aver sottolineato che comunque tale principio costituisce una deroga al diritto fondamentale *nullum crimen, nulla poena sine lege*, esso, pur rappresentando a sua volta un diritto fondamentale, può essere a sua volta disapplicato nel caso in cui la sua applicazione metta a rischio l'effettiva ed uniforme attuazione del diritto europeo negli Stati membri.

Il principio di effettività, inteso quale *effet utile*, in quanto fondamento della stessa efficacia del diritto europeo nell'ordinamento giuridico degli Stati membri riveste un'importanza tale da poter prevalere sul diritto di retroattività della legge penale più favorevole¹⁰⁰⁹. Le autorità giudiziarie nazionali sono tenute ad interpretare la legislazione nazionale nel modo che assicuri il più possibile il raggiungimento degli obiettivi europei. Tale forte valorizzazione del principio di effettività, declinato nella forma dell'*effet utile* ha fatto sorgere dubbi in dottrina circa la legittimità di una così ampia interpretazione dello stesso a livello europeo¹⁰¹⁰.

La Corte, la quale, a differenza dell'Avvocato Generale, nel caso *Berlusconi* non si era pronunciata sull'argomento, ha avuto modo di operare un bilanciamento di valori tra principio di effettività e diritti fondamentali in una recente sentenza, emessa nel settembre del 2015, riproponendo argomentazioni simili a quelle che erano state svolte dall'Avvocato Generale Kokott nel caso *Berlusconi*.

Nella sentenza *Taricco*, in particolare, la Corte di Giustizia si è trovata ad affrontare la questione se il diritto dell'Unione osti ad una disposizione nazionale che disciplini la prescrizione penale dei reati come l'articolo 160, quarto comma, del codice penale italiano, come modificato dalla legge n. 251/2005, in base al quale il termine di prescrizione per i reati fiscali nel settore dell'IVA viene prolungato, nel caso della sua interruzione, esclusivamente di un quarto del termine originario,

1008 Tale principio è ora espressamente riconosciuto e tutelato dall'articolo 49, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

1009 Al proposito, occorre tuttavia sottolineare che lo stesso Avvocato Generale sottolinea che tale deroga non sarebbe stata ammissibile nei confronti del principio di legalità, inteso come irretroattività della legge penale più sfavorevole all'imputato. Al riguardo, Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 160-164, con particolare riferimento alla nota 135.

1010 Si legga, nel senso che la Corte considera il principio di effettività il criterio principale nell'interpretazione del diritto europeo, A BIONDI, nota a sentenza a *Mûnoz*, 2003, 40 CML Rev, p. 1241. Sul rilievo per cui l'interpretazione della Corte relativa all'articolo 4, par. 3 del TUE è troppo ampia e rischia di indebolire la stessa legittimazione della Corte, si veda A WARD, *Effective Sanctions in EC Law: A Moving Boundary in the Division of Competences*, 1995, 1 European Law Journal, p. 205. Risulta, inoltre, particolarmente interessante l'opinione espressa al riguardo da S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and Its Effects on the General Part of Criminal Law*, cit., pp. 289-290, il quale scrive: "This also casts doubt on the compatibility of traditional general doctrines or the interpretation of traditional principles of criminal law with the requirements set by the principle of effectiveness, as the opinion of AG Kokott in Berlusconi clearly illustrates. Simultaneously, this means there may also be a contradiction between the principle of effectiveness and Article 4(2) EU and the emergency brake clauses in Article 82(3) and 83(3) referring to the national identities of the Member States or the foundations of their criminal justice systems. What is clear is that this development towards the primacy of effectiveness alters or more accurately differentiates between national doctrines on legal interpretation in criminal cases. It is of course true that the teleological interpretation (*ratio legis*) is widely accepted in national doctrines of legal interpretation, but the role of teleological argumentation and effectiveness is far more institutionalised in EU law, because effectiveness has the strength of a legal principle in EU law".

dopodiché interviene la prescrizione assoluta; in sostanza, come sottolineato dal giudice del rinvio, la conseguenza di tale nuova disciplina sanzionatoria consisteva nella non punibilità degli autori di un reato in una molteplicità di casi. In particolare, la domanda pregiudiziale verteva sulla compatibilità di una normativa penale sulla prescrizione come quella italiana con gli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE, nonché con l'articolo 158 della direttiva 2006/112.

La Corte riformulando fin da subito la questione sottoposta al suo esame¹⁰¹¹, rilevava che emergeva chiaramente dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio che, “con tale questione, il giudice del rinvio mira a determinare, in sostanza, se una normativa nazionale come quella stabilita dalle disposizioni di cui trattasi non si risolva in un ostacolo all'efficace lotta contro la frode in materia di IVA nello Stato membro interessato, in modo incompatibile con la direttiva 2006/112 nonché, più in generale, con il diritto dell'Unione”¹⁰¹².

Nel verificare se il regime dei termini prescrizionali massimi previsto dal diritto italiano implichi in un numero considerevole di casi l'impunità di fatto per i reati in esame e pregiudichi, di conseguenza, l'effetto utile del diritto dell'Unione nella misura in cui impone di combattere efficacemente la frode lesiva dei suoi interessi finanziari, la Corte ha concluso che una legislazione che comporti in via generalizzata in un numero elevato di casi l'impunità del soggetto si pone in contrasto con il diritto europeo.

Nel corso del proprio ragionamento ha la Corte ha dapprima statuito che, secondo quanto già affermato nella sentenza *Åkerberg Fransson*¹⁰¹³, in base al combinato disposto della direttiva 2006/112 e dell'articolo 4, par. 3 del TUE, gli Stati membri hanno “non solo l'obbligo di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire che l'IVA dovuta nei loro rispettivi territori sia interamente riscossa, ma devono anche lottare contro la frode”. Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte nella medesima sentenza *Åkerberg Fransson*, inoltre, gli Stati membri sono obbligati, ai sensi dell'articolo 325 TFUE, a lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive; in particolare, gli Stati membri sono tenuti “ad adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari”¹⁰¹⁴.

1011L'Avvocato Generale Kokott nelle proprie Conclusioni relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 76-78 riformula, del pari, la questione sottoposta all'esame della Corte specificando che “la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, è competente a fornire, alla luce degli elementi del fascicolo, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella decisione sulla causa principale, esaminando al riguardo anche disposizioni che il giudice del rinvio non ha menzionato” e che “la domanda di pronuncia pregiudiziale solleva – perlomeno implicitamente – la questione supplementare se una normativa sulla prescrizione come quella italiana sia compatibile con l'obbligo di diritto dell'Unione che incombe agli Stati membri di applicare sanzioni per irregolarità nel settore dell'IVA. Senza l'esame di tale questione supplementare non è ipotizzabile una risposta utile alla domanda di pronuncia pregiudiziale”.

1012Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 35.

1013Corte di Giustizia, sentenza *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, par. 25-26 e giurisprudenza ivi citata.

1014Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 36-37.

Nel passaggio successivo, dopo aver chiarito che gli Stati godono di piena discrezionalità nella scelta del tipo, amministrativa o penale, e del *quantum* della sanzione, la Corte di giustizia rileva che, trattandosi nel caso di specie di reati che costituiscono casi di “frode grave” lesivi degli interessi finanziari dell’Unione, possano essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA e rispettare così il disposto dell’articolo 325, par. 1 e 2 del TFUE¹⁰¹⁵.

Nel prosieguo del ragionamento la Corte risolve un dibattito originatosi fin dall’adozione della direttiva PIF nel 1995, dissipando ogni dubbio in merito all’inclusione o meno dell’IVA nella nozione di “risorse del bilancio generale [dell’Unione] o dei bilanci gestiti [dall’Unione] o per conto di essa”. Il dubbio, in particolare, era sorto poiché, a differenza delle entrate provenienti dalle prime due categorie di risorse proprie dell’Unione, ossia, da un lato, i dazi doganali e, dall’altro, determinati prelievi e contributi nel settore dell’agricoltura, l’IVA non è una risorsa propria riscossa direttamente per conto dell’Unione. Al proposito, la Corte, a differenza dell’Avvocato Generale, non menziona l’accesso dibattuto sul punto e risponde alle principali obiezioni sollevate in merito all’inclusione dell’IVA tra le risorse proprie dell’Unione, statuendo che tale nozione include “le entrate provenienti dall’applicazione di un’aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell’Unione” e che “questa conclusione non può essere infirmata dal fatto che l’IVA non sarebbe riscossa direttamente per conto dell’Unione, poiché l’articolo 1 della Convenzione PIF non prevede affatto un presupposto del genere, che sarebbe contrario all’obiettivo di tale Convenzione di combattere con la massima determinazione le frodi che ledono gli interessi finanziari dell’Unione”¹⁰¹⁶.

Successivamente, dopo aver constatato che i reati commessi dagli imputati nella causa sottoposta alla sua attenzione costituiscono casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, la Corte ribadisce che gli Stati membri devono, pertanto, “assicurarsi che casi siffatti di frode grave siano passibili di sanzioni *penali* dotate, in particolare, di carattere effettivo e dissuasivo”¹⁰¹⁷.

1015Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell’8 settembre 2015, cit., par. 39, 42-43.

1016Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell’8 settembre 2015, cit., par. 41. Con riguardo al dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l’inclusione dell’IVA nella nozione di entrate ai sensi della Convenzione PIF, si leggano le conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 94-105, nonché l’accurata analisi di J.F.H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF): An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor’s Office*, Europa Law Publishing, 2011.

1017Il corsivo è nostro. Al proposito l’Avvocato Generale nelle proprie conclusioni (par. 103) afferma che “*mere sanzioni amministrative difficilmente possono, di per sé - in particolare le sanzioni pecuniarie e gli interessi di mora -, esplicare un effetto sufficientemente dissuasivo, alla luce delle circostanze spesso sottese ai casi di frode nel settore dell’IVA*”. Per la parte citata nel testo, si legga Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell’8 settembre 2015, cit., par. 43, in cui la Corte aggiunge che “*Peraltro, le misure prese a tale riguardo devono essere le stesse che gli Stati membri adottano per combattere i casi di frode di pari gravità che ledono i loro interessi finanziari*”. L’Avvocato Generale nelle proprie conclusioni (Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 92-105) fonda l’obbligo specifico degli Stati membri di sanzionare penalmente la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione sulla base della Convenzione PIF e, in particolare, “dell’articolo 2, paragrafo 1, il quale prescrive che la frode ai danni degli interessi finanziari dell’Unione deve essere sanzionata tramite sanzioni effettive, proporzionate e

La Corte pur rimettendo formalmente la verifica del rispetto da parte della legislazione italiana dei due requisiti previsti dai primi due paragrafi dell'articolo 325 del TFUE al giudice *a quo*, effettua, di fatto, tale verifica ritenendo che “qualora il giudice nazionale dovesse concludere che dall'applicazione delle disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione consegue, in un numero considerevole di casi, l'impunità penale a fronte di fatti costitutivi di una frode grave, perché tali fatti risulteranno generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con decisione giudiziaria definitiva, si dovrebbe constatare che le misure previste dal diritto nazionale per combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione non possono essere considerate effettive e dissuasive, il che sarebbe in contrasto con l'articolo 325, paragrafo 1, TFUE, con l'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF nonché con la direttiva 2006/112, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE”¹⁰¹⁸. Dopo aver raggiunto tale conclusione la Corte continua, quindi, il suo ragionamento valutando le conseguenze di un'eventuale incompatibilità delle disposizioni nazionali di cui trattasi con il diritto dell'Unione e chiarendo il ruolo del giudice nazionale in tale ambito.

In particolare, precisa che nel caso in cui il giudice nazionale ritenga che la disciplina nazionale non soddisfa “gli obblighi del diritto dell'Unione relativi al carattere effettivo e dissuasivo delle misure di lotta contro le frodi all'IVA, detto giudice sarebbe tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando, all'occorrenza, tali disposizioni”¹⁰¹⁹.

Quanto alla valutazione che il giudice del rinvio deve compiere in merito alla compatibilità della disciplina nazionale con il diritto europeo, la Corte precisa che la valutazione del carattere dissuasivo ed effettivo delle sanzioni non deve riguardare le sanzioni astrattamente considerate, né la previsione, nel diritto penale italiano, di un termine di prescrizione per i fatti costitutivi di una frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, quanto piuttosto il regime inerente al prolungamento massimo dei termini di prescrizione, che ha per effetto, considerate la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali che conducono all'adozione di una sentenza definitiva, di

dissuasive; in casi di frode grave devono persino essere previste pene privative della libertà”.

1018Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 47. La Corte ha, quindi, valutato, coerentemente con quanto stabilito dall'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 104), se le sanzioni fossero effettive, proporzionate e dissuasive, esaminando la disposizione sanzionatoria tenendo conto del ruolo di detta norma nell'ordinamento giuridico complessivo, ivi compreso lo svolgimento della procedura e le peculiarità della procedura dinanzi alle diverse autorità nazionali, e non in base ad una valutazione meramente astratta.

1019Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 49. La Corte al proposito ribadisce che “l'obbligo degli Stati membri di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive nonché il loro obbligo di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari sono obblighi imposti, in particolare, dal diritto primario dell'Unione, ossia dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE” e che “in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente (v. in tal senso, in particolare, sentenza ANAFE, C-606/10, EU:C:2012:348, punto 73 e giurisprudenza ivi citata)” (par. 50-52).

neutralizzare l'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione.

Ad avviso della Corte, conformemente a quanto ritenuto dall'Avvocato Generale, pertanto, il giudice nazionale dovrà valutare le conseguenze derivanti in concreto e non in astratto dalle disposizioni di diritto nazionale controverse¹⁰²⁰, al fine di verificare se le sanzioni possano essere considerate dissuasive ed effettive ai sensi dell'art. 325 TFUE¹⁰²¹.

La Corte di Giustizia indirizza ulteriormente l'operato del giudice del rinvio, evidenziando che prima di disapplicare le misure nazionali di cui abbia riscontrato la concreta inidoneità a reprimere efficacemente le frodi dell'IVA, quest'ultimo dovrà assicurarsi che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati, poiché, altrimenti, questi potrebbero vedersi infliggere sanzioni a cui non sarebbero stati soggetti in caso di applicazione delle disposizioni di diritto nazionale dallo stesso disapplicate¹⁰²².

Al proposito, occorre evidenziare che tuttavia, pur se formalmente demandata al giudice del rinvio, la verifica del rispetto dei diritti fondamentali degli imputati, in particolare del principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene di cui all'articolo 49 della Carta, è di fatto effettuata dalla Corte di Giustizia, che conclude nel senso che non è ravvisabile la violazione di tali diritti. Ad avviso della Corte di Giustizia, infatti, la disapplicazione delle disposizioni nazionali controverse non violerebbe i diritti degli imputati, quali garantiti dall'articolo 49 della Carta poiché essa non comporterebbe la condanna degli imputati per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva un reato punito dal diritto nazionale¹⁰²³, né l'applicazione di una sanzione che, allo stesso momento, non era prevista da tale diritto. I fatti contestati agli imputati costituivano, infatti, “gli stessi reati ed erano passibili delle stesse sanzioni penali attualmente previste” dall'ordinamento italiano¹⁰²⁴. L'unica conseguenza della disapplicazione sarebbe quella di

1020La circostanza che la valutazione circa la compatibilità della disciplina nazionale con gli atti di diritto primario e secondario di diritto europeo debba essere svolta considerando la disciplina giuridica complessiva e, quindi, valutando in concreto l'incidenza di tale disciplina sul sistema giuridico nazionale e non in astratto la sola disposizione controversa è evidenziata anche dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni. Conclusioni relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 86-89, in cui si legge: “La questione se le sanzioni previste nel regime nazionale siano effettive, proporzionate e dissuasive deve essere risolta dal giudice del rinvio. Al riguardo, la rispettiva norma sanzionatoria deve essere esaminata, in tutti i casi in cui tale questione si pone, tenendo conto del ruolo di detta norma nell'ordinamento giuridico complessivo, ivi compreso lo svolgimento della procedura e le peculiarità della procedura dinanzi alle diverse autorità nazionali”.

1021Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 47. Si avrebbe, inoltre, una violazione dell'art. 325, par. 2, TFUE se, per reati di natura e gravità comparabili a quelli rilevanti nel caso di specie, che ledano gli interessi finanziari della Repubblica italiana, si applicassero termini di prescrizione più lunghi (par. 48).

1022Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 53.

1023A supporto della propria tesi, la Corte richiama al proposito la propria precedente sentenza *Niselli*, causa C-457/02, dell'11 novembre 2004, in *Racc.* p. I-10853, par. 30.

1024Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 56. Secondo l'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 119), “Dal principio della legalità delle pene non è dato desumere che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l'interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato. Non sussiste un affidamento meritevole di tutela in tal senso”.

“non abbreviare il termine di prescrizione generale nell’ambito di un procedimento penale pendente”¹⁰²⁵.

A supporto della propria conclusione, la Corte di Giustizia richiama altresì la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’Uomo relativa all’articolo 7 CEDU¹⁰²⁶, in base alla quale la proroga del termine di prescrizione e la sua immediata applicazione non comportano una lesione dei diritti garantiti dall’articolo 7 della CEDU, “dato che tale disposizione non può essere interpretata nel senso che osta a un allungamento dei termini di prescrizione quando i fatti addebitati non si siano ancora prescritti”¹⁰²⁷.

La Corte conclude, quindi, il proprio ragionamento¹⁰²⁸ ritenendo che una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell’articolo 161 di tale codice è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell’ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli

1025Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell’8 settembre 2015, cit., par. 55. A tal riguardo l’Avvocato Generale nelle proprie conclusioni (Conclusioni dell’Avvocato Generale Juliane Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 115-116) sottolinea che “*le norme sulla prescrizione, tuttavia, nulla dicono in relazione alla punibilità di una condotta né alla misura della pena, bensì si pronunciano unicamente sulla perseguibilità di un reato, non ricadendo pertanto assolutamente nell’ambito di applicazione della regola nullum crimen, nulla poena sine lege. Per lo stesso motivo, neanche il principio dell’applicazione retroattiva della pena più mite (articolo 49, paragrafo 1, terza frase, della Carta dei diritti fondamentali) si applica alle questioni concernenti la prescrizione. In ciò il caso in esame si distingue del resto in maniera fondamentale dalla causa Berlusconi e a., la quale verteva - diversamente che nella specie - su una modifica delle disposizioni di diritto sostanziale del diritto nazionale, e in particolare delle pene massime e minime applicabili per determinati reati, il che ha comportato, inter alia, pene troppo ridotte ed ha pertanto esplicato effetti indiretti sulla prescrizione dei reati*”. Al proposito, vale la pena ricordare che una tale interpretazione si pone in contrasto con la valenza di principio sostanziale e non processuale che la prescrizione riveste nell’ordinamento giuridico di taluni Stati membri.

1026La Corte richiama, al proposito, la clausola di equivalenza di cui all’articolo 52, par. 3 della Carta, in ossequio alla quale “*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa*”. Le sentenze della Corte EDU a cui la Corte di Giustizia rinvia (par. 57) sono, in particolare, le sentenze *Coëme e altri c. Belgio*, procedimenti n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 149; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ricorso n.10249/03, del 17 settembre 2009, par. 110 e giurisprudenza ivi citata, e *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, procedimenti n. 14902/04, del 20 settembre 2011, par. 563, 564 e 570 e giurisprudenza ivi citata.

1027Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell’8 settembre 2015, cit., par. 57.

1028A fini di completezza, occorre ricordare che nei paragrafi da 59 a 65, la Corte esamina la prima, la seconda e la quarta questione pregiudiziale, valutando se il regime di prescrizione applicabile a reati commessi in materia di IVA, come quello previsto dalle disposizioni nazionali di cui trattasi nella loro versione vigente alla data dei fatti di cui al procedimento principale sia compatibile con gli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE. La conclusione della Corte è negativa. Essa, infatti, ritiene che occorra rispondere alla prima, alla seconda e alla quarta questione nel senso che “*un regime della prescrizione applicabile a reati commessi in materia di IVA, come quello previsto dalle disposizioni nazionali di cui trattasi nella loro versione vigente alla data dei fatti di cui al procedimento principale, non può essere valutato alla luce degli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE*”. In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell’8 settembre 2015, cit., par. 65. L’Avvocato Generale Kokott aveva espresso la medesima opinione ai paragrafi da 57 a 72 delle proprie conclusioni (Conclusioni dell’Avvocato Generale Julian Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015).

interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE¹⁰²⁹.

Fin da una prima lettura della sentenza, è possibile rilevare che la Corte ha adottato un approccio funzionale finalizzato a garantire la repressione efficace dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, anche a scapito della tutela del diritto degli imputati a poter prevedere in anticipo le conseguenze in termini sanzionatori delle proprie azioni¹⁰³⁰. L'istituto della prescrizione, infatti, come è stato altresì sottolineato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, costituisce una garanzia "oggettiva", nel senso che mira a preservare la certezza del diritto¹⁰³¹, ossia serve ad attestare il venire meno dell'interesse statale alla repressione di determinate fattispecie di reato trascorso un determinato e prestabilito periodo di tempo, e allo stesso tempo, assume la funzione di garanzia "soggettiva", nel senso che tutela dell'imputato contro l'illimitata durata del processo che lo vede coinvolto sostanziosamente, in conclusione, in un istituto che tutela l'interesse dell'imputato alla prevedibilità della sua effettiva punizione¹⁰³².

Nel bilanciamento di interessi effettuato dalla Corte, pertanto, assume maggiore rilevanza l'esigenza di assicurare l'effettiva attuazione del diritto europeo rispetto a quello di garantire all'imputato la possibilità di prevedere, al momento della commissione del reato, l'effettiva punizione a cui sarà sottoposto; in caso di disapplicazione della normativa nazionale controversa, gli imputati resteranno, infatti, privi di protezione contro l'applicazione retroattiva ed *in malam partem* del

1029Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, cit., par. 58 e dispositivo della sentenza.

1030È stato, inoltre, rilevato che l'approccio funzionale adottato dalla Corte di Giustizia ha come conseguenza anche la compressione dell'autonomia processuale degli Stati membri, secondo una soluzione già seguita in altre precedenti sentenze tra cui *Santex*, *Elchinov*, ma anche, di fatto, *El Dridi*. Al proposito, si legga C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, 15 settembre 2015, p. 5, consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1577>.

1031In tal senso si era espresso l'Avvocato Generale Juliane Kokott anche nelle conclusioni rassegnate in relazione alla sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, in data 14 ottobre 2004, cit., par. 107, in cui si legge: "In linea di principio, non vi sono obiezioni a che gli Stati membri assoggettino a prescrizione le sanzioni che devono introdurre in forza del diritto comunitario. Tali termini di prescrizione assicurano infatti la certezza del diritto e questo principio è diritto anche a livello comunitario. Di conseguenza anche il diritto comunitario prevede termini di prescrizione paragonabili, ad esempio nell'ambito delle disposizioni relative alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità e nell'ambito della politica della concorrenza" e giurisprudenza ivi citata in nota, ossia corte di Giustizia, sentenza *Handlbauer*, causa C-278/02, del 24 giugno 2004, par. 40, rettificata con ordinanza della Corte 14 luglio 2004, in *Racc.* p. I-6171.

1032L'Avvocato Generale, in particolare, sottolinea che "non vi sono sostanziali obiezioni a che gli Stati membri assoggettino a prescrizione le sanzioni che devono introdurre in forza del diritto dell'Unione, dal momento che i termini di prescrizione sono intesi a preservare la certezza del diritto e a tutelare gli imputati, non escludendo, in linea di principio, un'applicazione effettiva delle sanzioni. Del resto, anche il regolamento n. 2988/95, al suo articolo 3, prevede, in relazione alle sanzioni amministrative ivi disciplinate, una prescrizione". In tal senso, si leggano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott relative alla pronuncia *Ivo Taricco e altri* nella causa C-105/14, presentate in data 30 aprile 2015, par. 87.

regime di imprescrittibilità dei reati commessi, a fronte di un diverso quadro prescrizionale vigente al momento della commissione del reato.

In conclusione, l'esigenza di garantire l'effettività, ossia l'efficace attuazione delle politiche europee ha comportato diverse conseguenze, molto significative. In alcuni casi ha obbligato gli Stati membri a prevedere sanzioni penali per punire le condotte commesse in violazione della disciplina di diritto europeo, in altri casi ha, al contrario, ritenuto che la disciplina sanzionatoria penale nazionale fosse sproporzionata e contraria all'efficace attuazione del diritto europeo, per cui la predisposizione di una sanzione penale per la violazione di tali fattispecie non era giustificata.

In altri casi, come in materia di cooperazione giudiziaria, ha preferito garantire l'interpretazione della legislazione europea in un senso che ne assicurasse l'effetto utile rispetto ad assicurare la più elevata tutela dei diritti fondamentali prevista a livello nazionale. La necessità di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee ha in alcuni casi addirittura portato a interpretazioni suscettibili di porsi in contrasto con il principio di legalità in materia penale, o almeno con alcune declinazioni dello stesso.

L'esigenza di garantire un'efficace attuazione delle politiche europee e un'interpretazione che permettesse di assicurare l'effetto utile agli atti europei ha altresì portato in alcuni casi a fornire una definizione autonoma a livello europeo di concetti che tradizionalmente appartengono alla parte generale del diritto europeo.

Le numerose e complesse declinazioni dell'effettività a livello europeo hanno portato ad interrogarsi circa il contenuto e la portata dello stesso. Una tale definizione risulta tanto più essenziale al fine di indagare che relazione sussista tra effettività e diritti fondamentali. Si ritiene, infatti, che essi non siano considerati elementi contrapposti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma che, al contrario, la tutela dei diritti fondamentali costituisca un elemento imprescindibile della garanzia di effettività del diritto europeo. Non sarebbe legittima, infatti, una disciplina europea che disconosca il contenuto dei diritti fondamentali e, pertanto, non la Corte non ne invocherebbe l'effettiva attuazione. Il legame tra i due concetti è inscindibile ma, al tempo stesso, problematico poiché la protezione dei diritti fondamentali non è garantita in modo uniforme a livello europeo. In alcuni casi, infatti, la legislazione nazionale prevede livelli di tutela più elevati di quelli garantiti a livello europeo e in tal caso sembra che effettività e diritti fondamentali siano in contrasto.

In ambito di diritto penale, tuttavia, come avremo modo di vedere nella seconda parte della trattazione, la Corte sta definendo in modo sempre più preciso il contenuto dei diritti fondamentali sia a livello sostanziale che processuale. In tal caso la legislazione penale e processuale nazionale, nel caso in cui la tutela più elevata di tali diritti non appartenga alla propria identità costituzionale, non potranno rivendicare il rispetto di una tutela più elevata di specifici diritti derivanti dalla legislazione nazionale, pena la disintegrazione dell'intero sistema giuridico europeo. La definizione

di concetti autonomi a livello europeo sembra, pertanto, la strada da seguire al fine di garantire al tempo stesso l'effettiva attuazione delle politiche europee e la tutela dei diritti fondamentali.

Lo stesso equilibrio deve essere ricercato nella creazione di una Procura europea. Al fine di garantire che la stessa assicuri un'efficace attuazione delle politiche europee e al tempo stesso rispetti i diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale dalla stessa iniziato, occorre predisporre una disciplina comune a livello europeo che assicuri il livello di tutela dei diritti fondamentali previsto a livello europeo. Solo facendosi promotrice di un alto livello di garanzie dell'individuo che abbia contenuto uniforme su tutto il territorio dell'Unione, l'Unione e la Procura europea godranno di legittimità e credibilità a livello europeo e potranno esigere l'efficace attuazione delle politiche europee, imponendo la previsione di sanzioni penali contro coloro che violano la disciplina predisposta a livello europeo e perseguendo gli autori di tali reati.

1.1.2. CAPITOLO SECONDO Il riparto di competenze tra l'Unione e gli Stati Membri in ambito penale

1.1.2.1. SEZIONE I Principi in tema di riparto di competenze in materia di diritto penale europeo

La forma che la Procura europea assumerà dipende dal livello di integrazione che gli Stati sono disposti a raggiungere in materia penale.

Al fine di esaminare, a livello strutturale e operativo, come potrebbe essere organizzata la Procura europea, è opportuno preliminarmente soffermarsi sullo studio del rapporto che sussiste tra la dimensione sovranazionale e quella interna agli Stati membri, al fine di comprendere fino a che punto sia possibile un'armonizzazione della disciplina penale sostanziale e processuale in materia penale.

L'analisi del riparto di competenze, a livello legislativo, tra Unione e Stati membri, è di cruciale importanza per comprendere il motivo per cui con questa ricerca si intende affermare che il Procura europea costituisce un importante strumento di integrazione europea.

A nostro avviso risulta necessario prevedere un sistema di regole processuali comuni a livello europeo e si ritiene non auspicabile limitare la competenza del Procura europea all'avvio delle indagini nei confronti degli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione perché, come è stato sottolineato¹⁰³³, le frodi al bilancio dell'Unione non possono essere astratte da un contesto criminale considerato in un'ottica globale. Tali frodi saranno, infatti, nella maggior parte

¹⁰³³D. FLORE, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénal européenne*, Larcier, 2014, p. 789.

dei casi connesse alla commissione di reati di diversa natura¹⁰³⁴.

Si vuole, quindi, dimostrare con il presente lavoro che l'istituzione di una Procura europea competente a condurre le indagini e a rinviare a giudizio gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri presuppone l'adozione di regole procedurali comuni a livello europeo e di regole comuni a livello sostanziale per quanto riguarda i reati di competenza della Procura europea.

Al fine di valutare se tale obiettivo sia raggiungibile, occorre preliminarmente esaminare se vi sono i presupposti giuridico legali per una simile armonizzazione a livello europeo in ambito penale; tali presupposti vanno inevitabilmente ricercati nei Trattati e desunti dai principi generali che vigono nel diritto europeo e, per tale ragione, occorre, in primo luogo, analizzare di che tipo di competenza goda l'Unione europea in materia penale.

4.1.1.1.16 Principio di attribuzione e diritto penale europeo

La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione¹⁰³⁵. L'Unione, come ogni altra organizzazione internazionale¹⁰³⁶, gode dei soli poteri riconosciutele dagli Stati membri, che godono di una competenza generale e residuale¹⁰³⁷.

In base al principio di attribuzione¹⁰³⁸, gli Stati membri rimangono i “padroni dei Trattati”, potendo

¹⁰³⁴Tale eventualità era stata presa in considerazione dal *Corpus Juris*, art. 17, 2 versione, **cit.**

¹⁰³⁵Il termine è stato utilizzato per la prima volta dalla Corte di giustizia nei *Algera e al. v Common Assembly*, casi riuniti n. 7/56, 3/57- 7/57, del 12 luglio 1957, in *Racc.* p. 81, p. 57. Il principio di attribuzione, prima non espressamente codificato nei Trattati istitutivi, era stato delineato nei suoi contenuti dalla Corte di giustizia ed era riconosciuto in modo incontestato, seppur implicitamente, quale principio in base al quale erano ripartite le competenze tra Unione e Stati membri. Il principio è ora espressamente codificato nel Trattato di Lisbona. Si vedano, al riguardo, l'art. 1, par. 1 TUE, l'art. 3, par. 6 TUE, l'art. 4, 1 TUE e l'art. 5, par. 1 e 2 TUE in cui si afferma che “la delimitazione delle competenze si fonda sul principio di attribuzione”, nonché la Dichiarazione n. 18 sulla delimitazione delle competenze e la Dichiarazione n. 24 sulla personalità giuridica dell'Unione europea.

¹⁰³⁶La chiara enunciazione del principio nell'art. 5, par. 1 TUE chiarisce l'intenzione di sottolineare che l'Unione, a differenza di uno Stato-Nazione non gode della *ccdd. Kompetenz-Kompetenz*, che rappresenta una forma di espressione della sovranità dello Stato. Si veda sul punto quanto già affermato da PACHE E., RÖSCH F., *Der Vertrag von Lissabon. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008, pp. 473–480.

¹⁰³⁷R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2014, p. 427 e ss.; S. AMADEI, *Il principio di sussidiarietà nel processo di integrazione comunitario*, in SAULLE M.R. (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, Editoriale Scientifica, 1995, pp. 13 e ss.; MENGOZZI P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, CEDAM, 1997, p. 73; RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, LGDJ, 2006, p. 593; S. WEATHERILL, *Legality and Concealed Mechanisms behind the extension of EU Powers*, conference presentation, Utrecht, 5 novembre 2009, il quale dichiara che “Any slippage in EU activity beyond the terms of the mandate that is found in the Treaties is illegitimate in the sense that is devoid of the authorisation rooted in national ratification of the original Treaties and the subsequent amending texts... The principle of conferral, then is tied to legality”. In giurisprudenza si vedano il parere n. 2/94 della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, in *Racc.*, p. I-1759 e il parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

¹⁰³⁸La necessità di prevedere espressamente il principio di attribuzione è stata anche sottolineata dalla Corte Costituzionale della Repubblica Ceca in una decisione del 26 novembre 2008, Pl. Ú S 19/80, par. 132 and 184, confermata dalla decisione del 3 novembre 2009, Pl. Ú S 29/09 par. 224. Anche la Corte Costituzionale polacca si è espressa in termini simili nella decisione del 24 novembre 2010, No. K32/09 (pubblicata in Dz.U. No. 229, it 1506). Quest'ultima si esprime nei seguenti termini: “the states have renounced their powers to take autonomous legislative actions in internal and foreign relations which however do not lead to permanent limitation of sovereign rights of these states as the conferral of competences is not irrevocable [. . .]. However, [the MS] remain the subjects of the integration process, maintain “the competence of competences”, and the model of European integration retains the

in tal modo decidere se ampliare le competenze attribuite all'Unione, o se, invece, non attribuirne di ulteriori¹⁰³⁹. La Corte Costituzionale tedesca nella decisione sul Trattato di Lisbona¹⁰⁴⁰ ha sottolineato che il principio di attribuzione non rappresenta solo un principio di diritto europeo ma costituisce anche un riflesso dell'obbligo dell'Unione di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, espressamente sancito dall'art. 4, par. 2 TUE¹⁰⁴¹.

In particolare, il Giudice delle leggi tedesco ha stabilito che: “la Legge fondamentale non autorizza gli organi statali tedeschi a conferire diritti di supremazia tali che nel loro esercizio si possano creare autonomamente ulteriori competenze per l'Unione europea. È vietato il trasferimento della competenza sulla competenza”¹⁰⁴²; infatti, “in quanto organizzazione sovranazionale, l'Unione europea deve attuare nella dotazione e nell'esercizio delle proprie competenze il principio dell'attribuzione specifica limitata e a esercizio controllato. Dopo il fallimento del progetto di costituzione europea, il Trattato di Lisbona ha messo in evidenza che questo principio di collegamento continua ad essere vincolante. Gli Stati membri restano i signori dei trattati. Nonostante un'ulteriore estensione delle competenze, viene conservato il principio dell'attribuzione specifica limitata. Le disposizioni dei trattati possono essere interpretate in modo tale da salvaguardare tanto l'identità politica degli Stati membri organizzati in forme pienamente democratiche, quanto la loro responsabilità per l'indirizzo politico di fondo e per le scelte che danno forma alla politica dell'Unione”¹⁰⁴³.

Occorre evidenziare che precedentemente all'introduzione dell'art. 5, par. 1 TUE, l'attribuzione di determinati poteri a livello sovranazionale non era determinato in base alle materie ma agli obiettivi assegnati alla Comunità dal Trattato; l'ampliamento delle competenze della Comunità era stato, quindi, favorito da un'interpretazione funzionale dell'art. 2 CE ad opera della Corte di Giustizia.

Il ricorso alle cosiddette basi giuridiche universali (art. 100 A, poi art. 95 CE ed ora art. 114 TFUE e l'art. 235, poi art. 308 CE, ed ora art. 352 TFUE) e la mancanza di un elenco che determinasse in via

form of an international organisation”.

1039 Usando le parole della Corte Costituzionale tedesca “agli Stati membri non può essere sottratto il diritto di controllare il rispetto del programma di integrazione”. In tal senso, Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, decisione del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, par. 334.

1040 Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, decisione del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona.

1041 L'art. 4, par. 2 TUE si esprime in questi termini: “L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro”.

1042 Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, decisione del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, par. 233 che continua: “Anche qualora si rendesse largamente indipendente il potere politico dell'Unione europea, conferendo competenze costantemente incrementate e superando gradualmente i requisiti di unanimità residui o le regole che finora hanno caratterizzato la parità degli Stati, dal punto di vista del diritto costituzionale tedesco questo potrebbe avvenire solo nel momento in cui si esercita la libertà d'azione del popolo che si autodetermina. Simili passi di integrazione, per volontà della costituzione, devono essere materialmente circoscritti e in linea di principio revocabili”.

1043 Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, decisione del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, par. 298.

definitiva le competenze attribuite alla Comunità hanno portato ad accentuare le preoccupazioni degli Stati membri in merito ad un eccessivo ampliamento della sfera di influenza sovranazionale e hanno fatto sì che con il Trattato di Lisbona venisse inserita una norma *ad hoc* che elencasse espressamente le competenze attribuite all'Unione europea.

Nonostante l'espressa positivizzazione del principio di attribuzione nel Trattato sull'Unione europea, tuttavia la tendenza ad estendere l'ambito applicativo delle competenze attribuite all'Unione non si è arrestata, fondamentalmente, per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché dall'elencazione contenuta negli articoli da 3 a 6 del TFUE si ricava un panorama comunque generico delle competenze conferite all'Unione e, in secondo luogo, perché, seppur ridimensionata nella sua portata a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la clausola di flessibilità consente, a determinate condizioni, un'azione dell'Unione anche al di fuori di un'attribuzione specifica di competenza.

Per quanto riguarda il primo aspetto sopra menzionato, è sufficiente sottolineare, in primo luogo, che lo stesso art. 4, par. 2 TFUE nella sua formulazione letterale si limita ad enumerare i “principali” (nella versione inglese del Trattato si legge “*principal*”, e in quella francese “*principaux*”) settori di competenza concorrente, dando adito a dubbi.

Autorevole dottrina¹⁰⁴⁴ ha, infatti, interpretato tale disposizione nel senso che l'elenco di materie concorrenti ivi contenuto non è tassativo ma solo esemplificativo, dal momento che l'articolo enumera solo i “principali” settori di competenza concorrente e non tutti.

È, invero, possibile interpretare l'aggettivo “principali” anche nel senso che la competenza concorrente è esercitabile esclusivamente nei settori elencati che sono “principali”, ossia “di maggior rilievo”. In tal caso l'aggettivo svolgerebbe la funzione di specificare che, oltre ai settori elencati, la competenza concorrente potrebbe ravvisarsi solo in settori “secondari” o “accessori” ai primi, nel senso di settori che si trovino in posizione subordinata rispetto al primo. Questa interpretazione privilegierebbe, quindi, l'ipotesi che si tratti di un catalogo tassativo a cui possono aggiungersi solo settori subordinati, ossia ricompresi nella stessa nozione dei primi.

In secondo luogo, occorre evidenziare, che, al di pari di quanto avveniva con l'art. 3, par. 1 TCE, i settori in cui le istituzioni sono chiamate ad esercitare la propria competenza sono spesso individuati in modo troppo ampio per poter fornire un'indicazione precisa circa l'ambito di applicazione delle competenze dell'Unione. Tra le materie che sono indicate in modo generico e non circoscritto possono annoverarsi la competenza in materia di “mercato interno” e quella, che a tali fini interessa, di “spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

Tali espressioni si riferiscono, infatti, più ad ambiti di cooperazione o obiettivi da perseguire che a materie determinate.

1044Vd. in tal senso R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea, cit.*, p. 428.

L'attribuzione di una competenza concorrente in materia penale tra Unione e Stati membri, pur se nella formulazione generica che abbiamo ora rilevato, rappresenta la conclusione del processo di “comunitarizzazione” delle materie ricomprese nello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” che con il Trattato di Maastricht erano state inserite nell'allora Terzo Pilastro dell'Unione.

In forza di tale collocazione la Comunità non godeva, pertanto, di alcuna competenza in materia fino alla revisione dei Trattati attuata con il Trattato di Lisbona.

4.1.1.17 Il riparto delle competenze in materia penale prima del Trattato di Lisbona

L'evoluzione della competenza dal Terzo al Primo pilastro e la conseguente “comunitarizzazione” della materia penale rappresenta uno dei maggiori obiettivi raggiunti dall'Unione con il processo d'integrazione europea. Il rilievo attribuito dal Trattato dell'Unione europea alla realizzazione di uno spazio giudiziario unico, ora espressamente contenuto tra gli obiettivi che l'Unione si prefigge di raggiungere, è una riprova di quanto affermato¹⁰⁴⁵.

Fino alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, come detto, la competenza dell'Unione in materia penale era stata relegata nell'ambito dell'allora Terzo pilastro¹⁰⁴⁶.

Nell'architettura in pilastri che si era scelto di conferire all'allora Unione e Comunità europea¹⁰⁴⁷, il Terzo pilastro rappresentava, al momento dell'adozione del Trattato di Maastricht, un settore

¹⁰⁴⁵L'art. 3, par. 2 TUE così recita: “L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”. Occorre sottolineare che, come stabilito dallo stesso art. 3, par. 6 TUE “l'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati”. Ciò significa che l'Unione può raggiungere gli obiettivi ivi stabiliti solo nei casi in cui le sia attribuita una specifica competenza in materia. Per un approfondimento sul punto si legga H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013, p. 164 e ss..

¹⁰⁴⁶La cooperazione in materia penale aveva come predecessore il cosiddetto gruppo di TREVI (*Terrorism, Radicalism, Extremism, Political violence*), ossia una riunione di ministri, alti funzionari ed esperti in campo di cooperazione giudiziaria in ambito penale, che fu costituito dal Consiglio europeo nel 1975. Si veda sul punto E. BAKER, C. HARDING, *From Past Imperfect to Future Imperfect? A Longitudinal Study of the Third Pillar*, in *European Law Review*, 2009, p. 28; L. DE MOOR, *Maastricht: The Third Pillar – Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs in the European Union*, in *European Commission (eds.), The Legal Protection of the Financial Interests of the Community: Progress and Prospects since the Brussels Seminar of 1989*, Dublino, Oak Tree Press, 1993, p. 258; G. RENAULT, *Schengen, Un Modèle Pour L'Europe Pénale?*, Bruxelles, 1995, p. 28.

¹⁰⁴⁷È rilevante sul punto menzionare quanto sostenuto da Weiler circa le ragioni che hanno spinto gli Stati a prevedere una simile architettura in pilastri. Weiler utilizzava la “*consociational theory*” per spiegare l'architettura in pilastri dell'Unione europea. La teoria ora menzionata, usando le parole dell'autore, si fonda sul fatto che le “*elites would share a commitment to the maintenance of the system and to the improvement of its cohesion, functionality and stability*”. Secondo l'opinione di Weiler sarebbe stata, infatti, proprio l'assenza di una comunanza di interessi tra gli Stati membri a spingere gli stessi a prevedere una tale forma di governo in questi specifici settori. Weiler considera altresì un'altra possibile spiegazione della suddetta architettura in pilastri. Secondo questa ricostruzione alternativa e, al tempo stesso, complementare alla prima, gli Stati membri avrebbero scelto di regolare determinate materie reputate particolarmente connaturate alla sovranità statale con gli strumenti del Secondo e del Terzo pilastro perché, pur rendendosi conto che era necessario un certo grado di cooperazione internazionale in tali settori, non volevano assoggettare gli atti emessi in tali ambiti ad un controllo di tipo sovranazionale. Si veda, in proposito, J. WEILER, U. HALTERN and F. MAYER, *European Democracy and its Critique*, in J. HAYWARD (ed), *The crisis of Representation in Europe*, Frank Cass, 1995. Si vedano sul punto anche i richiami fatti alle teorie di Weiler da P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU law: text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2011, p. 926.

largamente intergovernativo, più che sovranazionale, in cui si intendeva privilegiare la cooperazione giudiziaria più che l'armonizzazione della disciplina penale e processuale.

Gli Stati membri in tale settore godevano di larga autonomia, mentre alla Comunità erano lasciati pochi spazi per regolamentare le materie in esso comprese, soprattutto perché gli atti emanati nell'ambito del Terzo pilastro erano soggetti ad un controllo giurisdizionale limitato e non era possibile per la Commissione avviare la procedura d'infrazione nei confronti degli Stati che non adempievano agli obblighi loro imposti a livello europeo.

Gli atti del Terzo pilastro, il cui regime transitorio quinquennale di applicazione¹⁰⁴⁸ non è più operativo dal 1 dicembre 2014, erano, sotto la vigenza del Trattato di Maastricht, le convenzioni, le azioni comuni e le posizioni comuni¹⁰⁴⁹. La procedura per l'adozione di questi atti era sostanzialmente concentrata nelle mani del Consiglio, cui era affidato il compito di adottare posizioni congiunte ed azioni comuni, nonché di elaborare convenzioni, su iniziativa degli Stati membri o della Commissione. Il Consiglio doveva deliberare all'unanimità, salvo che per le questioni di procedura e tranne nei casi in cui fosse espressamente prevista una regola di voto diversa¹⁰⁵⁰.

Nel Trattato si precisava che nell'ambito di tale procedura la Commissione era “pienamente associata” ai lavori¹⁰⁵¹ e il Parlamento doveva essere informato regolarmente dei lavori; le opinioni espresse dal Parlamento europeo in tali materie dovevano essere “tenute in debito conto” e lo stesso aveva il diritto di rivolgere interrogazioni o raccomandazioni al Consiglio¹⁰⁵².

Come si può capire da una prima rapida lettura, quindi, era una procedura prevalentemente intergovernativa in cui assumevano un ruolo preponderante il Consiglio e gli Stati membri; il ruolo della Commissione era molto limitato e quello del Parlamento europeo era pressoché solo formale.

Con il Trattato di Amsterdam il Titolo VI è stato interamente dedicato alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e, per la prima volta, è stato espressamente stabilito che l'Unione avesse come obiettivo quello di “fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della

1048 Per gli atti del Terzo pilastro adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stato previsto dal protocollo n. 36, allegato al TUE e al TFUE, relativo ai meccanismi di tutela giurisdizionale per gli atti del c.d. (ex) terzo pilastro dell'Unione europea un regime transitorio di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona.

1049 L'adozione di questi strumenti era espressamente prevista dagli articoli da K a K9 nel titolo VI sulle “*Disposizioni relative alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni*”. Si veda, in particolare, l'art. K3, par. 2.

1050 Si veda, in tal senso, l'art. K.4, par. 3 e l'art. K.3, sopra menzionato.

1051 Si veda, in tal senso, l'art. K.4, par. 2, che così recitava: “*La Commissione è pienamente associata ai lavori nei settori di cui al presente titolo*”.

1052 Il ruolo del Parlamento europeo era regolato dall'art. K.6, il quale così disponeva: “*La Presidenza e la Commissione informano regolarmente il Parlamento europeo dei lavori svolti nei settori che rientrano nel presente Titolo. La Presidenza consulta il Parlamento europeo sui principali aspetti dell'attività nei settori di cui al presente Titolo e si adopera affinché le opinioni del Parlamento europeo siano tenute in debito conto. Il Parlamento europeo può rivolgere al Consiglio interrogazioni o raccomandazioni. Esso procede ogni anno ad un dibattito sui progressi compiuti nell'attuazione delle disposizioni di cui al presente Titolo*”.

cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale”¹⁰⁵³.

Per la prima è stata, inoltre, prevista, al fine di perseguire questo obiettivo, la possibilità di operare, ove necessario, il ravvicinamento delle normative degli Stati membri in materia penale¹⁰⁵⁴. Ciò nonostante, la materia penale restava comunque confinata nell'ambito del Terzo pilastro¹⁰⁵⁵.

Quanto agli strumenti giuridici previsti, con il Trattato di Amsterdam accanto alle convenzioni, alle posizioni comuni e alle decisioni si è aggiunto un ulteriore e importante strumento: la decisione-quadro.

Le decisioni-quadro sono utilizzate “per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Sono vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Non hanno efficacia diretta”¹⁰⁵⁶.

L'introduzione di tale strumento, in realtà non ha modificato sensibilmente la situazione, in quanto, come ogni altra misura legislativa in tale settore, la decisione-quadro doveva essere adottata su iniziativa della Commissione o di uno Stato membro, in base ad una delibera adottata all'unanimità in seno al Consiglio e poi avrebbe dovuto essere recepita nell'ordinamento nazionale dagli Stati membri, che, di regola, erano inadempienti o, comunque, impiegavano tempi molto lunghi per trasporle.

Il ruolo del Parlamento europeo, d'altra parte, era rimasto pressoché invariato, in quanto il parere da trasmettersi al Consiglio in merito alla misura da adottare non era vincolante né in alcun modo influente sulla procedura complessiva¹⁰⁵⁷.

Come noto, inoltre, in tale ambito la competenza della Corte di giustizia era più limitata rispetto a quella generale prevista per tutti gli atti legislativi dell'Unione¹⁰⁵⁸.

Secondo quanto previsto dall'art. 35 TUE pre-Lisbona¹⁰⁵⁹, infatti, erano legittimati a formulare un

1053Così recita l'art. 29 TUE pre-Lisbona.

1054In tal senso, si legga l'art. 29, ultimo periodo TUE e l'art. 31, par. 1, lett. e) TUE, il quale assume il seguente tenore letterale: “L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni; b) la facilitazione dell'estradizione fra Stati membri; c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione; d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti”.

1055Sul peculiare regime riservato agli atti del Terzo pilastro si veda CHIARA AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema “ordinario” di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1.12.2014.

1056Si veda, in tal senso, l'art. 34, par. 2, lett. b) TUE.

1057In caso di mancata trasmissione del parere nel termine assegnato il Trattato, infatti, prevedeva che il Consiglio potesse deliberare. Si veda, in tal senso, l'art. 39 TUE pre-Lisbona, il quale, al primo paragrafo dispone: “Il Consiglio consulta il Parlamento europeo prima di adottare qualsiasi misura di cui all'articolo 34, paragrafo 2, lettere b), c) e d). Il Parlamento europeo esprime il suo parere entro un termine che il Consiglio può fissare; tale termine non può essere inferiore a tre mesi. In mancanza di parere entro detto termine, il Consiglio può deliberare”.

1058Per quanto riguarda le competenze della Corte di giustizia si vedano gli articoli 258 e seguenti del TFUE.

1059Si legga, al riguardo l'art. 35, par. 1, 2 e 3 TUE pre-Lisbona che nei sopra menzionati paragrafi così recita: “La

rinvio pregiudiziale solo gli organi giudicanti degli Stati membri che avessero riconosciuto la competenza della Corte con apposita dichiarazione. In tal modo si era venuto a creare un sistema alquanto peculiare, nel quale veniva snaturata la funzione fondamentale del rinvio pregiudiziale alla Corte giustizia, ossia quella di consentire l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione.

Inserendo lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'ambito del Terzo pilastro, gli Stati avevano ottenuto l'obiettivo di tenersi indenni dal controllo giurisdizionale da parte della Corte di Giustizia sul loro operato. Non era prevista, infatti, alcuna possibilità di controllo sul rispetto degli obblighi loro imposti da tali atti, in quanto la Commissione non poteva avviare la procedura di infrazione nei confronti dello Stato inadempiente, il ricorso per annullamento poteva essere proposto solo dagli Stati membri e dalla Commissione e non era prevista la possibilità di esperire l'azione in carenza, né quella di responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

La non coercibilità degli atti adottati nell'ambito del Terzo pilastro era poi completata, in alcuni casi, a causa della esplicita previsione¹⁰⁶⁰, e in altri casi, a causa dalla natura degli atti in questione¹⁰⁶¹, dalla mancanza di effetto diretto degli stessi, che è stata solo in parte ridimensionata dalla Corte di Giustizia con la nota sentenza *Pupino*¹⁰⁶² con cui è stato affermato l'obbligo di interpretazione conforme anche degli atti del Terzo pilastro adottati in materia penale.

Occorre sottolineare che quanto sinora detto si applica solo parzialmente alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, dal momento che in tale ambito, fin dal Trattato di Maastricht è stata prevista una disciplina specifica che regolava questo determinato settore.

Con il Trattato di Maastricht fu inserito l'art. 209A¹⁰⁶³ che rappresenta la prima disposizione pattizia che si occupa espressamente della protezione degli interessi finanziari dell'Unione. Con tale norma

Corte di giustizia delle Comunità europee, alle condizioni previste dal presente articolo, è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità o l'interpretazione delle decisioni-quadro e delle decisioni, sull'interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull'interpretazione delle misure di applicazione delle stesse. 2. Con una dichiarazione effettuata all'atto della firma del trattato di Amsterdam o, successivamente, in qualsiasi momento, ogni Stato membro può accettare che la Corte di giustizia sia competente a pronunciarsi in via pregiudiziale, come previsto dal paragrafo 1. 3. Lo Stato membro che effettui una dichiarazione a norma del paragrafo 2 precisa che: a) ogni giurisdizione di tale Stato avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pre giudiziale su una questione sollevata in un giudizio pendente davanti a tale giurisdizione e concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui al paragrafo 1, se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza, o b) ogni giurisdizione di tale Stato può chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su una questione sollevata in un giudizio pendente davanti a tale giurisdizione e concernente la validità o l'interpretazione di un atto di cui al paragrafo 1, se detta giurisdizione reputi necessaria una decisione su tale punto per emanare la sua sentenza”.

1060Si veda in tal senso l'art. 34 TUE pre-Lisbona.

1061Si pensi al riguardo alle convenzioni, che dovevano essere espressamente approvate e trasposte negli ordinamenti degli Stati membri.

1062Segnatamente, Corte di giustizia, causa C-105/03, *Maria Pupino*, del 16 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5285.

1063L'art. 209A si esprime in questi termini: “Gli Stati membri adottano, per combattere le frodi che ledono gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i loro interessi finanziari. Fatte salve altre disposizioni del presente trattato, gli Stati membri coordinano l'azione intesa a tutelare gli interessi finanziari della Comunità contro le frodi. A tal fine essi organizzano, con l'aiuto della Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra i servizi competenti delle rispettive amministrazioni”.

veniva formalmente codificato il principio di assimilazione che era stato elaborato dalla giurisprudenza del cosiddetto *mais greco*¹⁰⁶⁴.

In base a tale principio, gli Stati membri per combattere le frodi che ledono gli interessi della Comunità sono tenuti ad adottare le stesse misure che adottano per combattere le frodi che ledono i propri interessi finanziari. Il principio su cui si era fondata la decisione della Corte era il principio di leale di cooperazione di cui all'allora art. 5 TCEE (in seguito art. 10 TCE e ora art. 4, par. 3 TUE).

L'art. 209A, pur eleggendo ad obiettivo dell'azione comunitaria la lotta alle frodi del bilancio della Comunità, non costituiva, d'altra parte, una base giuridica per l'adozione di specifiche misure in questo settore.

Il primo atto che è stato adottato per combattere le frodi al bilancio dell'Unione risulta essere, infatti, la convenzione PIF del 26 luglio 1995¹⁰⁶⁵, che è stata adottata sulla base dell'art. K.3 del TUE, ossia nell'ambito del Terzo pilastro.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam l'art. 209A è stato modificato e sostituito dall'art. 280 TCE¹⁰⁶⁶, con cui è stata formalmente introdotta la base giuridica per adottare “le misure

¹⁰⁶⁴Mais che poi, in realtà, non era greco ma jugoslavo. Si fa riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia nella causa C-68/88, *Commission v. Greece*, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2965. Si veda anche l'ordinanza del 6 dicembre 1990, causa C-2/88, *Zwartveld a.*, in *Racc.* p. 4405 e ss., punto 10. Per la dottrina in argomento si vd., *ex multis*, J. A. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, 1994; J.F.H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, 2011, Europa Law Publishing, p. 12 e ss.; D. RINOLDI, *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*, in *LIUC Papers*, n. 26, gennaio 1996.

¹⁰⁶⁵Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee (PIF), GUCE C 316, 27 novembre 1995, p. 48 e ss., corredata da tre Protocolli: *Protocollo addizionale del 27 settembre 1996, contro la corruzione dei funzionari comunitari (c.d. I protocollo PIF)*, GUCE C 313, 23 ottobre 1996, p. 1 ss.; *Protocollo addizionale del 19 giugno 1997, in materia di confisca, di riciclaggio dei proventi da reato, di responsabilità della persona giuridica (c.d. II protocollo PIF 1997)*, GUCE C 221, 19 luglio 1997, p. 11 ss.; *Protocollo addizionale del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia e delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, GUCE C 151, 20 maggio 1997, p. 1 ss. La convenzione, tuttavia, è stata ratificata molto lentamente dagli Stati e non ha sortito gli effetti sperati. In base ai dati raccolti dalla Commissione, solamente i Paesi Bassi e Cipro avrebbero ratificato e applicato correttamente ed integralmente la Convenzione ed i Protocolli. In tal senso *Second Report from the Commission - Implementation of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols - Article 10 of the Convention*, COM(2008) 77, 14.2.2008. Sulla direttiva PIF si vedano i contributi di J.F.H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, *cit.*, p. 16 e ss.; A. MISSIR DI LUSIGNANO, *La protection des intérêts financiers de la Communauté*, in *Journal des tribunaux. Droit européen*, Bruxelles, Année 4., n. 28, 1996, p. 73-78; DIEMUT R. THEATO, *Bilan et perspectives en matière de protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, *agon* n. 25, dicembre 1999, p. 3; CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, *Protection “PIF” espace et judiciaire européen: balance and perspectives à l'aube du troisième millénaire*, n. 25, 1999, p. 10. Si vedano, inoltre in contributi contenuti in *Quelles perspectives pour un Ministère public européen?, Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, 2010, con particolare riferimento ai contributi di JACQUES BARROT, *Vers une Europe de l'action publique? Enjeux, acquis, perspectives*, p. 25 e ss.; MIREILLE DELMAS-MARTY, *La genèse du projet du procureur européen*, p. 163 e ss.; YVES BOT, *Le principe de reconnaissance mutuelle et l'institution d'un parquet européen*, p. 201 e ss..

¹⁰⁶⁶L'art. 280 TCE così si esprimeva: “La Comunità e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari della Comunità stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni del presente trattato, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari della Comunità contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le

necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri”.

La portata innovatrice della disposizione in parola, tuttavia, è smorzata dal periodo successivo in cui è stabilito che tali misure non possono riguardare “l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri”. Questo periodo riflette il sopra menzionato timore degli Stati membri di attribuire la competenza in materia penale alla Comunità.

A tal proposito, occorre evidenziare l'interpretazione che di tale inciso è stata fornita dal gruppo di esperti a cui nella seconda metà degli anni '90 è stato affidato l'incarico di effettuare uno studio comparativo sui diversi sistemi penali degli Stati membri e di elaborare alcuni principi fondamentali in materia di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nel quadro di uno spazio giudiziario europeo.

L'elaborazione di un Codice Penale Modello o di un Codice di Procedura penale Modello a livello dell'Unione non era inclusa nell'incarico, ma è poi stata effettivamente la soluzione che il gruppo di esperti ha ritenuto la più congrua ed efficace al fine di perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

La maggioranza degli esperti del gruppo¹⁰⁶⁷ aveva eletto quale base giuridica per l'emanazione di un regolamento (ritenuto più congruo della direttiva) contenente il *Corpus Juris* l'art. 280 TCE ed aveva interpretato il quarto paragrafo dell'articolo in commento nel senso che la disposizione si riferiva senza dubbio al diritto nazionale e all'organizzazione nazionale degli organi del processo penale (in tal senso veniva interpretata l'espressione “applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri”).

Considerato che, secondo l'opinione della maggioranza degli esperti¹⁰⁶⁸, il *Corpus Juris* è volto a proteggere l'ordine pubblico europeo (*ordre public européen*, come si legge nella versione francese) la sua adozione non riguarda il diritto penale nazionale ma direttamente il diritto europeo posto a

autorità competenti. 4. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, previa consultazione della Corte dei conti, adotta le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri. Tali misure non riguardano l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri. 5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo”.

¹⁰⁶⁷Aveva espresso parere diverso John Spencer che riteneva che la base giuridica più pertinente fosse da ricercare nell'ambito del Terzo pilastro, considerato che anche l'art. 280 TCE era stato espressamente escluso dalla *House of Lords*. L'esperto inglese sottolineava che si poteva ridurre il rischio della non ratifica della convenzione, come del resto era già successo per la Convenzione e i protocolli addizionali alla PIF del 1995, considerando che una convenzione relativa al *Corpus Juris* sarebbe potuta entrare in vigore progressivamente, per cui non sarebbe stato necessario attendere la ratifica di tutti gli Stati, ma sarebbe stato necessario attendere la ratifica solo della metà degli Stati membri. Si veda sul punto M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (eds.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Intersentia, Antwerp, Groningen, Oxford, 2000, p. 55.

¹⁰⁶⁸Si erano, in tal senso, espressi in senso contrario sia il rapporto della *House of Lords* in cui a p. 28 si leggeva che: “we do not doubt that the *Corpus Juris* would affect the application of the national laws and procedures”, che G. Grasso, il quale aveva affermato che le previsioni del *Corpus Juris* sarebbero state destinate ad operare nei sistemi penali degli Stati membri, così come avrebbero avuto un'influenza sull'amministrazione interna della giustizia. Si veda in tal senso M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (eds.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Intersentia, Antwerp, Groningen, Oxford, 2000, p. 57.

tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Per quanto riguarda, inoltre, l'amministrazione della giustizia negli Stati membri è stato sostenuto che si dovesse ipotizzare una sorta di sdoppiamento funzionale delle giurisdizioni nazionali, per cui queste ultime avrebbero dovuto applicare non solo il diritto penale nazionale ma anche il diritto penale europeo.

Questa interpretazione sembra stridere con quanto normalmente sostenuto. È, infatti, noto come si sia sempre ritenuto che in materia penale il giudice non possa applicare direttamente il diritto europeo, ossia ritenere criminoso un dato comportamento in forza dell'applicazione diretta del diritto sovranazionale (penalizzazione), ma possa soltanto sindacare la legittimità di norme interne incriminatrici che a suo avviso contrastino con il diritto europeo (depenalizzazione).

L'argomento è superato, ad opinione degli esperti, dalla circostanza che il diritto penale europeo previsto nel *Corpus Juris* è volto a proteggere l'ordine pubblico europeo e non l'ordine pubblico nazionale, per cui il giudice nazionale non potrebbe disinteressarsi della protezione del bilancio dell'Unione europea e sarebbe, pertanto, tenuto a dare attuazione al regolamento emanato per regolarne la protezione.

Tale interpretazione non è accettabile con riguardo a tutti gli aspetti regolati dal *Corpus Juris*; gli esperti, quindi, successivamente, hanno distinto i diversi settori regolati dal codice e hanno previsto la possibilità di ammettere basi giuridiche diverse in relazione alle varie questioni affrontate dal *Corpus Juris*.

Si è, quindi, ritenuto che il diritto penale sostanziale avrebbe trovato la propria base giuridica nell'art. 280 TCE, mentre le regole processuali penali avrebbero trovato la loro base giuridica, alternativamente, nelle disposizioni del Terzo pilastro o in una disposizione *ad hoc* creata in seguito alla modifica dei Trattati istitutivi¹⁰⁶⁹.

A tal proposito, occorre, tuttavia, sottolineare che secondo l'opinione degli esperti che hanno lavorato al progetto solo l'attuazione del *Corpus Juris* nella sua integralità, comprensiva sia delle disposizioni di diritto penale sostanziale che di quelle di diritto penale procedurale, sarebbe stata in grado di assicurare la protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione.

In seguito, nel 2001, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva¹⁰⁷⁰ con l'intento di armonizzare le discipline penali nazionali per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione ed ha in tale sede adottato l'interpretazione estensiva sopra menzionata del quarto paragrafo dell'art. 280 TCE; la proposta, tuttavia, non è stata portata avanti dal Consiglio¹⁰⁷¹.

La Commissione dopo aver constatato che la legislazione emanata in campo penale nell'ambito del

¹⁰⁶⁹Questa soluzione è stata proposta dal Comitato di esperti indipendenti al punto 5.13.1.

¹⁰⁷⁰*Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità*, COM (2001) 272 def., presentata dalla Commissione il 23 maggio 2001. Si veda sul punto, V. MITSILEGAS, *EU Criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. 68-69; G. J. M. CORSTENS, *Criminal law in the First Pillar?*, *European Journal of Crime, Criminal law and Criminal justice*, vol 11, 2003, pp. 131-144.

¹⁰⁷¹Il Parlamento europeo, invece, discusse la proposta in prima lettura e propose degli emendamenti al testo presentato dalla Commissione. Si veda al riguardo COM (2002) 577 final, Brussels, 16 ottobre 2002.

Terzo Pilastro non rappresentava uno strumento efficace nella lotta alle frodi e alla corruzione a livello comunitario, ha ritenuto che la direttiva dovesse essere adottata nell'ambito del Primo pilastro; ha rilevato, infatti, che l'adozione di misure di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di tutela penale degli interessi finanziari della Comunità non riguardasse “l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri”.

Lasciando in disparte questa interpretazione estensiva del dettato del quarto paragrafo dell'art. 280 TCE che poi non ha avuto seguito a livello legislativo, la prima misura ad essere adottata sulla base dell'art. 280, par. 4 TCE è stato il regolamento che ha istituito l'OLAF¹⁰⁷².

A tale organo è stato, significativamente, assegnato il compito di svolgere indagini amministrative, e non penali, nei confronti degli autori delle frodi ai danni del bilancio dell'Unione.

Fino alle modifiche introdotte con il Trattato di Amsterdam, quindi, anche in materia di interessi finanziari dell'Unione, la competenza comunitaria non si estendeva al campo penale e i tentativi di estendere la competenza penale nell'ambito del Primo pilastro, come sopra accennato, non hanno in un primo momento sortito risultati tangibili.

Ciò nonostante, nel corso degli anni, grazie alle spinte in tal senso da parte della Commissione e alle decisioni della Corte di Giustizia, grazie alla clausola di flessibilità, all'art. 42 TUE pre-Lisbona e all'art. 47 TUE pre-Lisbona, la competenza dell'Unione a legiferare in materia penale si è sempre di più “comunitarizzata” e spostata nell'ambito del Primo pilastro, al fine di assicurare l'*enforcement* delle politiche europee disciplinate nel TCE.

Il principio ispiratore cui la Corte di Giustizia ha fatto ricorso per giustificare la competenza della Comunità a legiferare in materia penale, nei casi in cui questo fosse strettamente necessario per garantire la piena efficacia del diritto comunitario, è stato il principio di effettività, che ha assunto un ruolo fondamentale in ambito penale¹⁰⁷³.

La Corte ha riconosciuto per la prima volta l'esistenza di una competenza della Comunità in materia penale con la decisione *Commission v. Council* del 2005¹⁰⁷⁴, con cui ha deciso di annullare la decisione quadro del Consiglio in materia di reati ambientali; tale decisione e le importanti conseguenze cui ha dato luogo saranno esaminate approfonditamente nel primo capitolo del titolo secondo, dedicato al principio di effettività e all'*enforcement* delle politiche europee tramite il diritto

¹⁰⁷²L'OLAF origina dalla *Decisione della Commissione 1999/352/CE, CECA, Euratom* del 28 aprile 1999. L'istituzione dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode è completata dal *regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio* del 25 maggio 1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode, dal *regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio* del 25 maggio 1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode, che ne definiscono i compiti, e dall'*accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione delle Comunità europee* relativo alle indagini interne svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode, sempre del 25 maggio 1999, che sono stati pubblicati in G.U.C.E. L 136, 31.5.1999.

¹⁰⁷³Sull'importante ruolo che il principio di effettività ha rivestito e continua a rivestire in ambito penale si legga quanto scritto da E. HERLIN-KARNELL, *The Constitutional Dimension of European Criminal law*, Oxford and Portland, Oregon, 2012.

¹⁰⁷⁴Ci riferiamo al caso *Commission v Council*, C-176/03, del 13 settembre 2005.

penale; questa sentenza, infatti, è stata a nostro parere la conferma giurisprudenziale di quanto era già in nuce in quegli anni, ossia del fatto che il diritto penale rappresenta uno strumento di *enforcement* delle politiche europee enunciate dal Trattato.

4.1.1.1.18 Clausola di flessibilità, principio di sussidiarietà e principio di proporzionalità nell'ambito del diritto penale europeo

La clausola di flessibilità¹⁰⁷⁵ consente, a determinate condizioni, un'azione dell'Unione anche al di fuori di un'attribuzione specifica di competenza.

È stata inizialmente prevista con la finalità di ovviare alla rigidità del principio di attribuzione.

La clausola di flessibilità è, infatti, diretta “a supplire all'assenza di poteri di azione attribuiti espressamente o implicitamente alle istituzioni comunitarie da specifiche disposizioni del Trattato, quando poteri di tal genere dovessero apparire non di meno necessari affinché la Comunità possa svolgere i propri compiti ai fini della realizzazione degli obiettivi fissati dal Trattato”¹⁰⁷⁶.

Dal momento che utilizzando tale base giuridica alle istituzioni è consentito agire in settori che non sono loro espressamente attribuiti, il ricorso alla clausola di flessibilità è sottoposto a condizioni procedurali rigorose.

La procedura prevista dal Trattato svolge la funzione di garantire il corretto uso della clausola, visto il timore espresso dagli Stati membri e tra questi, soprattutto, dalla Germania, che la clausola di flessibilità, se interpretata estensivamente, potesse costituire lo strumento per ampliare a dismisura le competenze dell'Unione¹⁰⁷⁷.

Fin dalla prima formulazione del principio con l'art. 235 TCEE, è stata previsto che il Consiglio potesse deliberare soltanto all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo.

Con il Trattato di Lisbona è stato attribuito al Parlamento europeo un ruolo più penetrante; l'art. 352 TFUE prevede, infatti, che il Parlamento debba previamente approvare la decisione del Consiglio e non limitarsi a fornire un parere non vincolante¹⁰⁷⁸. Inoltre, il paragrafo 2 dell'articolo 352 TFUE

1075La clausola di flessibilità è ora disciplinata dall'art. 352 TFUE. La stessa era inizialmente regolata dall'art. 235 EEC e dall'art. 308 TCE dopo le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam.

1076Si espressa in tal modo la Corte di Giustizia nel parere 2/94, del 28 marzo 1996, in *Racc.* I-1759, par. 29, relativo all'adesione della Comunità alla CEDU.

1077In tal senso si veda anche quanto ritenuto da Weiler, il quale ha manifestato le proprie preoccupazioni in merito all'ambito di applicazione del principio sancito nell'allora art. 308 TCE. Riportando le parole dell'autore “*Only a truly radical and “creative” reading of the Article could explain and justify its usage as, for example, the legal basis for granting emergency food aid to non-associated states. But this wide reading, in which all the institutions partook, meant that it would become virtually impossible to find an activity which could not be brought within the objectives of the Treaty*”. WEILER, *The Transformation of Europe*, in 100 *Yale Law Journal* 2403, 1991, pp. 2445-2446.

1078Si confronti, a tal proposito, il disposto delle due disposizioni precedenti e successive all'entrata in vigore del trattato di Lisbona. L'art. 235 TCEE così recitava: “*Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato*

prevede che le proposte della Commissione basate su detto articolo debbano essere sottoposte al controllo del rispetto del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali, secondo il procedimento disciplinato nell'apposito Protocollo allegato ai Trattati¹⁰⁷⁹.

La rigidità della disciplina procedurale è, tuttavia, smorzata dall'interpretazione estensiva che la Corte di Giustizia ha dato dei presupposti sostanziali previsti per il ricorso all'art. 352 TFUE.

Il ricorso alla clausola di flessibilità, in particolare, è consentito in presenza di quattro condizioni¹⁰⁸⁰: in primo luogo, la misura che si intende adottare deve essere diretta a realizzare un obiettivo dell'Unione; in secondo luogo, deve essere necessaria; fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il terzo requisito che era richiesto per l'adozione della misura era costituito dal fatto che l'adozione della stessa fosse connessa al funzionamento del mercato comune (nell'art. 352 TFUE il riferimento al "mercato comune" è stato sostituito da un rinvio a tutte le "politiche definite dai Trattati"¹⁰⁸¹, con l'eccezione della politica estera di sicurezza comune); infine, la clausola in esame non può essere utilizzata nel caso in cui la procedura da essa prevista incida sull'esercizio delle prerogative riconosciute a un'altra istituzione da un'altra base giuridica, così alterando l'equilibrio istituzionale¹⁰⁸². Secondo quest'ultima condizione non si può, in sostanza, fare ricorso

abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso". L'art. 308 TCE riproduceva quanto stabilito dal precedente articolo così disponendo: "Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso". L'art. 352 TFUE prevede: "1. Se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo. 2. La Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea, richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo. 3. Le misure fondate sul presente articolo non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludono. 4. Il presente articolo non può servire di base per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune e qualsiasi atto adottato a norma del presente articolo rispetta i limiti previsti nell'articolo 40, secondo comma, del trattato sull'Unione europea".

1079A tal proposito occorre sottolineare che nel caso dell'art. 352 TFUE il meccanismo di controllo sembra applicabile a qualsiasi tipo di atto oggetto della proposta della Commissione, mentre il meccanismo di controllo previsto dal Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità approvato con il Trattato di Lisbona è applicabile solo alle proposte di atti legislativi. Si veda S. WEATHERILL, *Better Competence Monitoring*, 2005, 30 ELRev.

1080Si veda al riguardo l'opinione espressa dall'avvocato Generale Tizzano nel parere del 31 gennaio 2002, casi C-466/98, 467/98, 468/98, 471/98, 472/98, 475/98, 476/98, *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Kingdom of Denmark, Kingdom of Sweden, Kingdom of Belgium, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Austria, and Federal Republic of Germany*, in *Racc.* I-9427, par. 48. Si legga altresì T. KONSTANTINIDES, *Division of Powers in the European Union*, Deventer, Kluwer Law Publishing, 2009.

1081Si veda al riguardo G. CONWAY, *Conflicts of norms in EU law and the legal reasoning of the ECJ*, in 11 *German Law Journal*, p. 966.

1082Sull'interpretazione fornita dalla Corte al requisito per cui i trattati non devono aver "provided the necessary powers" si veda il caso *Hauptzollamt Bremerhaven v Massey-Ferguson*, caso 8/73, del 12 luglio 1973, in *Racc.* p. 897; *Commission v Council (Tariff Preferences)*, caso 45/86, del 16 giugno 1987, in *Racc.* p. 1493; *Commission v Council*, caso 165/87, del 27 settembre 1988, in *Racc.* p. 5545; *European Parliament v Council*, caso C-295/90, del 7 luglio 1992, in *Racc.* p. I-4193; *Commission v Council*, caso C-209/97, del 18 novembre 1999, in *Racc.* p. I-8067;

alla clausola di flessibilità quando un'altra disposizione contenuta nei Trattati attribuisca all'Unione la competenza a legiferare in quella materia¹⁰⁸³.

L'ampia interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, in base alla quale la clausola può essere utilizzata quale base giuridica quando sia necessaria per raggiungere gli obiettivi dell'Unione per il funzionamento del mercato comune¹⁰⁸⁴, ha addirittura portato alcuni commentatori ad interrogarsi se la previsione di tali requisiti fosse utile¹⁰⁸⁵.

La nuova formulazione dell'art. 352 TFUE non sembra, del resto, far venire meno le problematiche che erano state rilevate nella precedente versione dell'art. 308 TCE, in quanto il riferimento alle “politiche definite dai Trattati” è altrettanto generico e di ampia portata¹⁰⁸⁶.

Nonostante la nozione allargata che della locuzione “mercato comune” è stata fornita dalla Corte, quest'ultima, nel parere n. 2/94 ha sottolineato, quale ulteriore limite all'applicazione dell'art. 235 TCE, che quest'ultimo “costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato, ed in

Netherlands v Parliament and Council, caso C-377/98, del 9 ottobre 2001, in *Racc.* p. I-7079. Il problema della concorrenza con un'altra base giuridica prevista dal Trattato veniva in rilievo soprattutto quando la disposizione concorrente prevedeva un maggior coinvolgimento del Parlamento di quanto non prevedesse l'art. 308 TCE che prevedeva la sola consultazione del Parlamento europeo (si veda sul punto quanto stabilito dalla Corte di giustizia nei casi *Commission v Council (Tariff Preferences)*, 45/86, sopra citato; *Spagna v Council*, C-350/92, del 13 luglio 1995, in *Racc.* p. I-1985; *European Parliament v Council (Re the Edicom Decision)*, C-271/94, del 26 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1689) o quando, a differenza dell'art. 308 TCE che prevedeva la delibera all'unanimità del Consiglio, l'altra disposizione prevedesse, per esempio, la sola maggioranza qualificata.

1083 Si veda in tal senso CARL LEBECK, *Implied powers beyond functional integration? The flexibility clause in the revised EU treaties*, in *17 Journal of transnational law and policy* (2008), p. 316. Le condizioni sostanziali di ricorso alla clausola sono state ridotte a due da KIERAN ST CLAIR BRADLEY, *Powers and Procedures in the EU Constitution: legal basis and the Court*, in P. CRAIG, G. DE BURCA, *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 2011, pp. 100 e ss., che riunisce le quattro condizioni esposte nel testo in unico presupposto negativo e in uno positivo. “*Recourse to Article 235/308 was subject to both a negative condition, in that the existence of other legal bases precluded its use, and a positive condition, in that the Council measure had to seek to attain a Community objective within the operation of the common market. The positive condition rarely gave rise to problems, as the term ‘common market’ in the original version of the Treaty was treated as being essentially synonymous with ‘Community’.* Under the guise of defining the Community’s ‘task’ (sic), Article 2 EEC/EC provided a number of Community objectives drafted in very general terms, while Article 3 EEC/EC provided a convenient, though not exhaustive, list of the Community’s ‘activities’. The addition of new objectives through successive rounds of Treaty reform expanded the potential ambit of Article 235/308, and hence rendered it easier to satisfy the positive condition; at the same time, the addition of new specific legal bases for existing or new Community activities reduced its scope of application by widening that of the negative condition. Moreover, the outer limit of the Council’s competences under Article 235/308 was coterminous in practice with that of the Community itself. If the legal basis of last resort was not available, the only alternative for adopting a binding act required that the Treaty be amended first”.

1084 La Corte ha implicitamente identificato l'espressione “mercato comune” con la nozione di Comunità europea nel suo complesso. Ciò è desumibile da quanto affermato dalla Corte stessa nel parere n. 2/94 del 28 marzo del 1996, sopra citato, di adesione della Comunità alla CEDU, in cui la Corte non considera mai il “mercato comune” come un limite di applicazione della clausola di flessibilità.

1085 Si veda in tal senso, DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *21 European Law Review* (1996), pp. 113-128.

1086 Si veda, in tal senso, KONSTANTINIDES, *Drawing the Line Between Circumvention and Gap-Filling: An Exploration of the Conceptual Limits of the Treaty's Flexibility Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 1-36, p. 10. Sul sempre più scarso ricorso alla clausola di flessibilità soprattutto in seguito alla decisione della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona si veda ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences Between EU and Member States?*, in Biondi, Eeckhout and Ripley, *EU Law After Lisbon*, Oxford University Press, 2012, pp. 85-106.

particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità. Essa non può essere in ogni caso utilizzata quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura all'uopo prevista nel Trattato medesimo¹⁰⁸⁷.

Occorre rilevare, quanto all'ampiezza del ricorso alla clausola di cui all'art. 352 TFUE, che, seppure il riferimento alle politiche dell'Unione risulta generico e comprensivo di tutte le politiche europee, l'uso della clausola di flessibilità andrà probabilmente a diminuire rispetto a quanto è avvenuto in passato, dal momento che con il Trattato di Lisbona sono state introdotte basi giuridiche che consentono l'intervento dell'Unione in settori in cui precedentemente era stato invocato l'utilizzo dell'art. 325 TCEE, prima, e dell'art. 308 TCE, successivamente, da parte delle istituzioni europee¹⁰⁸⁸.

Ai fini che in tale sede interessano, occorre evidenziare che tra i settori in cui è stata utilizzata la clausola di flessibilità rientrano la tutela dell'ambiente e la protezione degli interessi finanziari dell'allora Comunità.

Quanto al primo aspetto, esamineremo in seguito la rilevanza che la tutela dell'ambiente, in quanto obiettivo essenziale e trasversale della Comunità, ha rivestito in relazione al riconoscimento di una competenza comunitaria in materia penale da parte della Corte di Giustizia nel noto caso *Commissione v Consiglio* del 2005, prima menzionato.

Quanto al secondo aspetto, l'adeguata tutela degli interessi finanziari dell'Unione è stato fin dal *Corpus Juris* l'obiettivo in vista del quale si è pensato di istituire un Pubblico Ministero a livello europeo; l'importanza che lo studio dell'uso della clausola in commento ha rivestito in tale ambito.

Nello stesso periodo in cui è stata adottata nell'ambito del Terzo pilastro la convenzione PIF per la protezione degli interessi finanziari comunitari, nel dicembre del 1995 è stato altresì emanato un regolamento per la protezione degli interessi finanziari europei sulla base dell'art. 235 TCE¹⁰⁸⁹.

Tale regolamento, pur non avendo sostituito gli strumenti emanati nell'ambito del Terzo pilastro, ha costituito il quadro di riferimento per l'individuazione degli esatti confini di cosa dovesse intendersi per frode commessa ai danni dell'Unione; esso rappresentò il primo strumento europeo con cui si

¹⁰⁸⁷Corte di giustizia, parere n. 2/94, del 28 marzo del 1996, sopra citato, di adesione della Comunità alla CEDU, par. 30. A tal proposito, occorre rilevare che è stato sostenuto che tale interpretazione della Corte non fosse stata determinata in quell'occasione dalla volontà di delimitare l'ambito di applicazione della clausola, ma piuttosto dall'intenzione di non sottomettersi all'autorità di un'altra organizzazione internazionale, nel caso particolare il Consiglio d'Europa. Si veda, in tal senso, la tesi di dottorato di MIŁOSZ HODUN, *Doctrine of Implied Powers as a Judicial Tool to Build Federal Polities, Comparative Study on the Doctrine of Implied Powers in the European Union and the United States of America*, School of Law, Reykjavik University.

¹⁰⁸⁸Tra queste si possono ricordare, a titolo di esempio, il settore dell'energia (ora disciplinato dall'art. 194, par. 2 TFUE), il settore della protezione civile (art. 196, par. 2 TFUE) e dell'attuazione della politica di cooperazione allo sviluppo a Paesi Terzi (art. 209, par. 1 TFUE, art. 212, par. 2 TFUE).

¹⁰⁸⁹In particolare, si tratta del *Regolamento del Consiglio (EC, Euratom) No 2988/95* del 18 dicembre 1995 sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea, O.J. 1995, L 312/1.

defini in generale il concetto di “irregolarità”¹⁰⁹⁰, che non coincide, ma include il concetto di “frode” contenuto nella convenzione PIF.

Il regolamento è stato adottato sulla base della clausola di flessibilità in quanto l'art. 209A TCE, pur includendo tra gli obiettivi della Comunità quello di proteggere gli interessi finanziari della stessa, non prevedeva una base giuridica per l'adozione di atti di diritto derivato da parte delle istituzioni europee.

Tutti i requisiti richiesti dall'art. 235 TCE erano, quindi, soddisfatti. Non sussisteva un'altra disposizione sulla cui base adottare il regolamento, la protezione degli interessi finanziari rientrava tra gli obiettivi comunitari e si era ritenuto che l'adozione del regolamento fosse strettamente necessaria alla realizzazione di quell'obiettivo¹⁰⁹¹.

Dall'esempio ora menzionato si desume che nei casi in cui le istituzioni europee volevano approntare una disciplina che fosse coercibile e più incisiva rispetto agli strumenti adottabili nell'ambito del Terzo pilastro, il legislatore europeo ricorreva alla clausola di flessibilità per legiferare in materia penale nell'ambito del Primo pilastro; ricorreva, alternativamente, al principio dei cosiddetti poteri impliciti, noto in ambito nazionale e internazionale, che, come andremo ora ad esaminare si distingue, almeno nella sua interpretazione più rigorosa, dalla clausola di flessibilità.

La definizione dell'ambito di applicazione della teoria dei cosiddetti poteri impliciti che ha portato, a livello europeo, a promuovere una lettura delle disposizioni di diritto primario che privilegiasse l'effetto utile delle disposizioni in parola piuttosto che attenersi ad un'interpretazione strettamente letterale delle stesse¹⁰⁹², ha inizialmente presentato delle criticità a livello europeo.

Le criticità nascevano dall'esigenza di conciliare la nozione di poteri impliciti con il principio di attribuzione delle competenze, che, seppur inizialmente non espressamente previsto nei Trattati, è sempre stato ritenuto il principio in base al quale la Comunità era investita di specifiche competenze.

A livello europeo si sono sviluppate due interpretazioni circa l'ambito di applicazione del principio dei cosiddetti poteri impliciti.

1090Con il regolamento in questione l'“irregolarità” è definita come “*any infringement of a provision of Community law resulting from an act or omission by an economic operator, which has, or would have, the effect of prejudicing the general budget of the Communities or budgets managed by them, either by reducing or losing revenue accruing from own resources collected directly on behalf of the Communities, or by an unjustified item of expenditure*”.

1091La necessità del regolamento era stata previamente valutata dal Consiglio. Si veda in proposito anche *Regolamento del Consiglio (EC) No 515/97*, del 13 marzo 1997, *on mutual assistance between the administrative authorities of the Member States and cooperation between the latter and the Commission to ensure the correct application of the law on customs and agricultural matters*, O.J. 1997, L 82/1. Si legga anche il caso *Commission v Council*, C-209/97, del 18 novembre 1999, in *Racc.* p. I-8067.

1092In base al principio dell'*effet utile* si è affermata anche a livello europeo la regola interpretativa propria del diritto internazionale in base alla quale “le norme contenute in un trattato internazionale o in una legge comprendono implicitamente le norme senza le quali le prime non avrebbero senso o non potrebbero venire applicate in modo ragionevole ed utile” (sentenza *Fédéchar*, causa C-8/55, del 29 novembre 1956, in *Racc.* p. 290). La teoria dei poteri impliciti è stata per la prima volta riconosciuta a livello europeo con la sentenza *Commissione delle CEE v Consiglio* (meglio nota come *AETR*), causa 22/70, del 31 marzo 1971, in *Racc.* p. 263.

Prima di passare ad esaminare le due diverse interpretazioni che sono state sostenute, occorre sottolineare che la Corte di Giustizia, ha, comunque, recentemente sottolineato che si può affermare l'esistenza di poteri impliciti solo nei casi eccezionali in cui gli stessi siano strettamente necessari per assicurare l'effetto pratico delle disposizioni che attribuiscono una esplicita competenza all'Unione¹⁰⁹³.

Passando ad esaminare le due nozioni sopra menzionate, si è sviluppata inizialmente una nozione ristretta cui ha aderito la Corte di Giustizia e una nozione, invece, ampia degli stessi che è stata successivamente accettata dalla stessa Corte.

Secondo la nozione ristretta, l'esistenza di un dato potere presuppone l'esistenza di ogni altro potere che è ragionevolmente (in inglese *reasonably*) necessario per l'esercizio del primo¹⁰⁹⁴.

In base alla nozione più ampia, invece, l'esistenza di un determinato obiettivo implica l'esistenza di un potere ragionevolmente (in inglese *reasonably*) necessario per ottenerlo¹⁰⁹⁵.

Ai fini che qui interessano, occorre sottolineare che la Corte ha adottato tale più ampia interpretazione, che tiene in massima considerazione il principio di effettività, nel caso *Commission v Council* del 2005¹⁰⁹⁶ in materia di crimini ambientali, al fine di affermare l'esistenza della competenza della Comunità in materia penale.

È agevole, quindi, rilevare che la Corte prima delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona ha alternativamente fatto ricorso all'art. 308 TCE o alla teoria dei poteri impliciti al fine di ammettere l'esistenza di una competenza della Comunità in ambito penale, alle condizioni e ai limiti che esamineremo in seguito.

La distinzione tra poteri impliciti e clausola di flessibilità è discussa in dottrina.

Vi sono, infatti, alcuni autori¹⁰⁹⁷ che ritengono che non sussista alcuna distinzione tra questi due

1093Si veda in tal senso il caso *French Republic v Commission*, caso T-240/04, del 17 settembre 2007, in *Racc.* p. II-4035 e il caso *MTZ Polyfilms Ltd v Council*, caso T-143/06, del 17 novembre 2009, in *Racc.* p. II-4133.

1094Tale definizione è stata fatta propria dalla Corte di Giustizia nel caso *Fédération Charbonnière de Belgique* caso 8/55, del 29 novembre 1956, in *Racc.* p. 290.

1095Questa interpretazione è stata adottata dalla Corte di Giustizia nel caso *Germania c. Commissione*, ricorsi riuniti 281, 283-285 e 287/85, del 9 luglio 1987, in *Racc.* p. 3203. Si legge in tale decisione che “*where an Article of the EEC Treaty...confers a specific task on the Commission it must be accepted, if that provision is not to be rendered wholly ineffective, that it confers on the Commission necessarily and per se the powers which are indispensable in order to carry out this task*”.

1096Caso C-176/03 sopra citato del 13 settembre 2005 in cui si legge: “*However, [this] not prevent the Community legislature, when the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure for combating serious environmental offences, from taking measures which relate to the criminal law of Member States which it considers necessary in order to ensure that the rules which it lays down on environmental protection are fully effective*”.

1097Si veda in tal senso V. ENGSTRÖM, *How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the EU Flexibility Clause*, in *International Organizations Law Review*, vol.7, no. 2, 2010, il quale afferma che la maggiore differenza tra la teoria dei poteri impliciti e la clausola di flessibilità è rappresentata dal fatto che la seconda è espressamente prevista dal legislatore europeo. Si legga in tal senso anche J. WEILER, *The Constitution of Europe: “Do the New Clothes have an Emperor?” and other Essays on European Integration*, 1999, Cambridge University Press; J. NERGELIUS, *The Constitutional Dilemma of the European Union*, Europa Law Publishing, 2009, pp. 52-53; C. LEBECK, *Implied Powers Beyond Functional Integration? The Flexibility Clause in the Revised EU Treaties*, in 17 *Journal of Transnational Law and Policy* 2008, pp. 303-358.

principi e altri che, invece, ritengono che vi sia una marcata distinzione tra gli stessi.

Secondo questa seconda interpretazione, cui si ritiene di aderire, la clausola di flessibilità si distingue dalla teoria dei cosiddetti poteri impliciti, in quanto la prima viene utilizzata quando l'Unione vuole intervenire in un settore in cui non dispone di alcuna competenza; è consentito, invece, il ricorso ai cosiddetti poteri impliciti quando l'Unione dispone già di un potere d'azione in determinato settore e da questo si può far logicamente derivare l'esistenza del potere implicito in un altro ambito.

Detto altrimenti, l'art. 352 TFUE può essere invocato quando l'Unione non gode di alcuna competenza in quella materia, quando c'è una lacuna normativa. Il ricorso ai poteri impliciti, invece, può essere invocato solo in relazione a poteri già esistenti in capo all'Unione, da cui ne discendono implicitamente altri connessi ed indispensabili al raggiungimento dell'obiettivo cui sono preordinati. Per concludere sul punto, tenuto conto dei presupposti che devono sussistere per invocare il ricorso all'art. 352 TFUE, si ritiene che dopo le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona non vi sia più spazio per ricorrere alla clausola di flessibilità in materia penale, considerato che il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea attribuisce espressamente all'Unione una competenza concorrente in materia penale.

Le specifiche disposizioni contenute ora nel Titolo V del TFUE (art. 82 e seguenti TFUE) rendono infatti non più necessario il ricorso alla clausola di flessibilità; ciononostante, non può escludersi che la Corte ricorra ancora al principio dei poteri impliciti per interpretare in aderenza al principio di effettività, che abbiamo esaminato nel primo capitolo, ossia nel modo che renda il raggiungimento dell'obiettivo il più efficace possibile, una disposizione che attribuisca all'Unione il potere di legiferare in ambito penale.

Dopo aver esaminato la cosiddetta clausola di flessibilità, occorre passare all'esame dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che devono essere vagliati e rispettati dalle istituzioni europee ogni qual volta esercitino le proprie funzioni normative.

Gli atti normativi dell'Unione europea rilevanti per il diritto penale, in quanto atti di competenza concorrente tra Unione e Stati membri¹⁰⁹⁸, soggiacciono, secondo le regole generali del diritto dell'Unione Europea, al principio di sussidiarietà.

Sulla base di questo principio il legislatore europeo può attivarsi solo se, e nella misura in cui, gli obiettivi presi in considerazione non possano essere sufficientemente conseguiti a livello degli Stati

¹⁰⁹⁸L'art. 5, par. 3 TUE, infatti, limita l'applicazione del principio di sussidiarietà ai settori che non rilevano della competenza esclusiva dell'Unione. L'art. 5, par. 3 TUE così recita: *“In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo”.*

membri e perciò, per la loro dimensione o le loro conseguenze possano essere conseguiti meglio a livello europeo.

Il rispetto del principio di sussidiarietà rende, così, possibile una produzione del diritto, in generale, e del diritto penale, in particolare, il più vicina possibile ai cittadini.

In una comunicazione del 2011¹⁰⁹⁹, inoltre, la Commissione ha ribadito che in ambito penale il controllo del rispetto di principio di sussidiarietà deve essere ancora più rigoroso per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché la disciplina penale dagli Stati membri si identifica con la loro “identità nazionale”, che l’Unione, secondo l’art. 4, par. 2 del Trattato sull’Unione Europea, deve espressamente salvaguardare, e, in secondo luogo, poiché le scelte di diritto criminale incidono significativamente sulle libertà fondamentali degli individui e devono, quindi, essere adottate a livello europeo, ossia ad un livello più distante dai cittadini, solo nei casi in cui strettamente necessario per rendere la disciplina efficace¹¹⁰⁰.

Come ribadito nel preambolo del Manifesto sulla politica criminale europea¹¹⁰¹ “il test di sussidiarietà deve essere svolto per ogni singolo caso, vale a dire per ogni singolo atto normativo e per ogni sua parte”.

Secondo quanto stabilito dal Protocollo n. 2 sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Lisbona, tutti gli atti legislativi devono essere dettagliatamente motivati quanto al rispetto del principio di sussidiarietà e deve essere rispettato il coinvolgimento, ivi richiamato, dei Parlamenti nazionali.

In base al combinato disposto dell’art. 4 e 7 del Protocollo è previsto un controllo *ex ante* del rispetto del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali tramite il cosiddetto meccanismo del cartellino giallo. In base a tale procedimento la Commissione trasmette i progetti di

1099Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell’Unione europea: garantire l’efficace attuazione delle politiche dell’Unione attraverso il diritto penale*, Bruxelles, 20.9.2011 COM(2011) 573 definitivo, in cui si legge: “the general subsidiarity requirement for EU legislation must be given special attention with regard to criminal law. This means that the EU can only legislate if the goal cannot be reached more effectively by measures at national or regional and local level but rather due to the scale or effects of the proposed measure can be better achieved at Union level”.

1100Si veda su punto quanto ritenuto da P. ASP, *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, vol. n.1, 2011, p. 50, il quale si esprime in questi termini: “the importance attached to the principle of *nulla poena sine lege parlamentaria* indicates that extra weight should be given to the principle of subsidiarity when it comes to the area of criminal law. In addition to these remarks on the importance on the democratic process, it should be observed that criminal law is a legal area which is closely connected to national culture and national values and to national understandings of complex ethical questions. (...*omissis*...) Since criminal law forms part of a system of values built on fundamental understandings of this kind it should be considered as part of the national identities of the Member States, which, according to article 4(2) of the Treaty on European Union, should be respected. This does, even more, underline the importance of subsidiarity.”.

1101Il Manifesto sulla politica criminale europea è stato elaborato nell’ambito della *European Criminal Policy Initiative* da un gruppo di 14 professori di diritto penale provenienti da 10 Università europee di diversi Stati membri. Il Manifesto è stato pubblicato in numerose lingue tra cui inglese, francese, tedesco, greco, spagnolo, italiano e rumeno. Si veda 8 *Zeitschrift Für Internationale Strafrechtsdogma* Tik [ZIS] 430, 440 (2013) (Ger), consultabile su http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf. e su www.crimpol.eu and H. Satzger, *Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik – Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe*.

atti legislativi ai Parlamenti nazionali nello stesso momento in cui li trasmette al legislatore dell'Unione. In seguito alla trasmissione, ciascuno dei Parlamenti nazionali o ciascuna camera di uno di questi Parlamenti “può, entro un termine di otto settimane a decorrere dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo nelle lingue ufficiali dell'Unione, inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà”¹¹⁰². L'istituzione che ha redatto il progetto legislativo dovrà decidere se mantenere il progetto, modificarlo o ritirarlo nel caso in cui i pareri motivati rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali¹¹⁰³.

La particolare sensibilità che riveste l'ambito penale e, più in generale, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è ulteriormente testimoniata dal combinato disposto dell'art. 69 TFUE e dell'art. 7, par. 2 del Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, in base al quale è previsto un abbassamento della soglia del numero di pareri motivati necessari per far scattare il meccanismo del controllo della sussidiarietà, qualora si tratti di un progetto di atto legislativo riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (in tal caso è, infatti, sufficiente che i pareri motivati rappresentino un quarto dell'insieme dei voti attribuiti ai Parlamenti nazionali)¹¹⁰⁴.

A riprova dell'importanza che il principio di sussidiarietà riveste in materia penale, e, in particolare, in riferimento alla Procura europea, val la pena sottolineare che il cartellino giallo è stato finora utilizzato solo due volte¹¹⁰⁵, l'una delle quali si è verificata quando quattordici Parlamenti nazionali

1102Art. 6 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Lisbona.

1103Art. 7, par. 2 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al Trattato di Lisbona.

1104L'art. 7, par. 3 del Protocollo n. 2 prevede anche il cosiddetto cartellino arancione, secondo cui il Parlamento europeo o il Consiglio, a determinate condizioni, possono bloccare definitivamente la proposta. L'art. 7, par. 3 del Protocollo così dispone: “*Inoltre, secondo la procedura legislativa ordinaria, qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di una proposta di atto legislativo rappresentino almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente al paragrafo 1, secondo comma, la proposta è riesaminata. Al termine di tale riesame, la Commissione può decidere di mantenere la proposta, di modificarla o di ritirarla. Qualora scelga di mantenerla, la Commissione spiega, in un parere motivato, perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà. Tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali sono sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura: a) prima della conclusione della prima lettura, il legislatore (Parlamento europeo e Consiglio) esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione; b) se, a maggioranza del 55 % dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame*”.

1105La prima volta il meccanismo del cosiddetto cartellino giallo è stato utilizzato in relazione alla proposta di regolamento Monti II sul diritto di sciopero. *Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi*, COM(2012) 130 final, del 21 marzo 2012. Per approfondire l'argomento si legga F. FABBRINI, G. KATARZYNA, *Yellow card, but no Foul: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the right to Strike*, in *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, p. 136; C. PAUL, *Subsidiarity: a Political and Legal Analysis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, number SI, pp. 72-87; P. KIIVER, *The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations*, in *ERA Forum*, 2012, Vol. 12, pp. 535-547.

hanno inviato i propri pareri motivati per lamentare la mancata osservanza del principio di sussidiarietà da parte della Commissione nel redigere la proposta di istituzione del Procura europea¹¹⁰⁶.

Il Protocollo n. 2 prevede anche un controllo *ex post* sul rispetto del principio di sussidiarietà. La Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 8 del Protocollo, è, infatti, “competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'articolo 263 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea¹¹⁰⁷ da uno Stato membro”.

Il principio di sussidiarietà ha così assunto una doppia veste, politica e giuridica. Riveste significato politico quando è scrutinato *ex ante* dai Parlamenti nazionali; riveste, invece, un significato prettamente giuridico quando è vagliato giurisdizionalmente *ex post* dalla Corte di Giustizia¹¹⁰⁸.

Secondo quanto stabilito dall'art. 5, par. 3 del TUE, la verifica del rispetto del principio di sussidiarietà si compone di tre elementi: in primo luogo, la Comunità può intervenire soltanto nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri; in secondo luogo, deve intervenire solo nel caso in cui possa raggiungere meglio questi obiettivi tramite il suo intervento, vista la dimensione e gli effetti dell'azione in questione; infine, l'azione della Comunità non può andare al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi.

L'art. 5, par. 3 TUE è il punto di arrivo di un'evoluzione del principio, la cui esistenza era già stata riconosciuta nei primi anni di creazione della Comunità Economica Europea. Già implicitamente riconosciuto dagli articoli 5 e 46 del Trattato CECA¹¹⁰⁹ ed esplicitamente previsto con riferimento alla sola competenza comunitaria in materia ambientale¹¹¹⁰ dall'art. 130 R n. 4 del Trattato CEE, il principio di sussidiarietà ha assunto portata generale solo con il trattato di Maastricht¹¹¹¹. L'Accordo

1106Si veda al riguardo la replica della Commissione ai pareri motivati inviatele. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali *sul riesame della proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, a norma del protocollo n. 2*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM(2013) 851 final.

1107L'art. 263 TFUE disciplina, come noto, il ricorso di annullamento.

1108In tal senso K. LEANERTS e P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011, p. 133.

1109Il principio di sussidiarietà era solo implicitamente previsto dall'art. 5 CECA in quanto le “azioni dirette sulla produzione e sul mercato” erano limitate alle ipotesi in cui l'intervento della Comunità fosse imposto dalle circostanze del caso; non era, quindi, ancora stato esplicitamente formulato il principio di sussidiarietà.

1110Il testo dell'art. 130 R, par. 4 TCEE (poi divenuto art. 174 TCE e ora art. 191 TFUE) si esprimeva in questi termini: “la Comunità agisce in materia ambientale nella misura in cui gli obiettivi di cui al [par. 1] possono essere meglio realizzati a livello comunitario piuttosto che a livello dei singoli Stati membri”.

1111L'art. 2, ultimo comma del TUE come modificato dal Trattato di Maastricht disponeva che “*gli obiettivi dell'Unione saranno perseguiti conformemente alle disposizioni del presente trattato, alle condizioni e secondo il ritmo ivi fissati, nel rispetto del principio di sussidiarietà definito all'articolo [5 TCE] del trattato che istituisce la Comunità europea*”. A sua volta, l'art. 5 TCE prevedeva che “*la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli*”.

interistituzionale del 1993 con cui Parlamento europeo, Consiglio e Commissione si obbligarono ad esporre per iscritto nel preambolo di ogni proposta di atto legislativo le ragioni che giustificassero il rispetto del principio di sussidiarietà¹¹¹², fu inglobato successivamente nel Protocollo n. 30 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità del 1997, allegato al TCE dopo le modifiche apportate con il Trattato di Amsterdam¹¹¹³.

Il principio di sussidiarietà nel tempo si è evoluto in un “*comparative efficiency test*”, in base al quale le istituzioni europee devono valutare se il loro intervento, valutata la dimensione e gli effetti dell'azione da intraprendere, risulti essere la più efficace¹¹¹⁴.

Nonostante l'espressa previsione e specificazione del principio, parte della dottrina ha rilevato che il principio di sussidiarietà ha continuato a presentare dei confini troppo vaghi perché ne potesse essere giurisdizionalmente controllato il rispetto da parte della Corte di giustizia.

Il rilievo si appunta, in particolare, sulla considerazione che in nessun ricorso di annullamento la Corte di giustizia ha mai annullato un atto comunitario a causa del mancato rispetto del principio di sussidiarietà; inizialmente si è piuttosto limitata a verificare la legittimità degli atti sotto il profilo della formale congruità della motivazione fornita dalle istituzioni oppure, nei casi in cui la motivazione non esistesse o fosse del tutto esigua, a verificare che esistesse la competenza della Comunità; se vi era competenza, si riteneva rispettato il principio di sussidiarietà¹¹¹⁵.

obiettivi del presente trattato”.

1112L'Accordo interistituzionale raggiunto il 25 e 26 ottobre 1993 a Lussemburgo tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, relativo alle procedure per l'applicazione del principio di sussidiarietà, è il punto di arrivo di un dialogo iniziato anni prima. Il processo di procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà si è aperto, infatti, con la Comunicazione della Commissione del 27 ottobre 1992 sul principio di sussidiarietà, proseguito con il documento “Impostazione generale dell'applicazione da parte del Consiglio del principio di sussidiarietà e dell'art. 3B del Trattato sull'Unione europea”, approvato dal Consiglio europeo di Edimburgo del 12 dicembre 1993, le cui conclusioni sono pubblicate nel Bollettino delle Comunità europee n. 10, 1993, vol. 26, pp. 119-120. Cfr. *European Council of 11/12 December 1992, Conclusions of the Presidency*, COM. Sl. (92) 1050; ParlA Annex II, III; *Interinstitutional Agreement of 25 October 1993*, EuGRZ 1993, p. 603. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, inoltre, le regole per l'attuazione del principio sono state ulteriormente oggetto di dibattito ed hanno costituito l'oggetto di un nuovo accordo interistituzionale nel 2003. Si veda punto F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'unione europea*, Giuffrè, 2007, pp. 14 e ss..

1113Si legga sul Protocollo, G. DE BURCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, Jean Monnet Working Paper 7/1999, rintracciabile all'indirizzo web www.jeanmonnetprogram.org/. In dottrina vi è chi ha definito la sussidiarietà come *technique de régulation juridique* per l'esercizio delle competenze concorrenti. Si veda in tal senso J.-P. JACQUÉ, *La subsidiarité en droit communautaire*, in AAVV, *The Principle of Subsidiarity*, Atti del XVU Congresso FIDE, 1994, p. 90.

1114Si veda sul punto G. DE BURCA, *The principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor*, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 36, n. 2, giugno 1998, p. 220.

1115Si veda, tra questi, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU law: text, cases, and materials*, cit., p. 98-99.; H. B. F. MADSEN SØRENSEN, T. ELHOLM, *The EPPO and the Principle of Subsidiarity*, in P. ASP, *The European Public Prosecutor's Office, Legal and Criminal Policy Perspectives*, European Criminal Policy Initiative & Skifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 33. Al riguardo si vedano anche le seguenti decisioni della Corte di Giustizia: *UK v Council*, caso C-84/94, del 12 novembre 1996, in *Racc.* p. I-5755, pp. 46-47; *Germany v Parliament and Council*, caso C-233/94, del 13 maggio 1997, in *Racc.* p. I-2405, p. 28; *Commission v Belgium*, caso C-278/94, del 12 settembre 1996, in *Racc.* p. I-4307; *Commission v Belgium*, caso C-11/95, del 10 settembre 1996, in *Racc.* p. I-4115; *Tremblay v Commission*, caso C-91/95P, del 24 ottobre 1996, in *Racc.* p. I-5574; *El Corte Inglés*, caso C-192/94, del 7 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1281. Si legga, in senso critico anche G. DE BURCA, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, cit.; D. WYATT, *Is subsidiarity too Vague as a Legal Principle*, in K. NICOLAIDIS and S. WEATHERILL (a cura di), *Whose Europe? National Models and the*

Le critiche che erano state mosse alla mancata efficacia del test di sussidiarietà hanno portato le istituzioni europee e gli Stati membri a discuterne di nuovo nelle negoziazioni per il fallito tentativo di configurare una Costituzione per l'Europa¹¹¹⁶. Il suggerimento di inserire un meccanismo di controllo *ex ante* del rispetto del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali, che così avrebbero assunto il ruolo di “guardiani” del principio di sussidiarietà, è stato proposto in tale sede. Quanto suggerito dal Gruppo di lavoro I è stato, in seguito, trasposto nel Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona, prima esaminato, che ha disciplinato il meccanismo del controllo preventivo del rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (cosiddetto *Early Warning Mechanism*) per tutti gli atti legislativi¹¹¹⁷.

Il principio di sussidiarietà è stato, inoltre, collegato da parte della dottrina¹¹¹⁸ al principio di solidarietà e, in ambito penale¹¹¹⁹, al cosiddetto principio di coerenza.

Quest'ultimo non è espressamente previsto nei Trattati, ed è stato ritenuto, per la prima volta, un principio generale del diritto penale europeo in seno all'*European Criminal Policy Initiative* quando è stato redatto il Manifesto per una politica penale europea.

Il principio di coerenza è stato desunto dall'art. 4, par. 2 TUE ed è così definito nel Manifesto: “nelle prescrizioni riguardanti il diritto penale criminale il legislatore europeo deve rispettare la coerenza dei sistemi penali nazionali, i quali concorrono a formare l'identità degli Stati membri protetta dall'art. 4 comma 2 del Trattato sull'Unione Europea (coerenza verticale). Questo significa in particolare che i limiti minimi di pena massima prescritti dall'Unione Europea non debbono

Constitution of the European Union, European Studies at Oxford, 2006, p. 88 e p. 91, consultabile all'indirizzo web www.europeanstudies.ox.ac.uk/, il quale ritiene che “a serious difficulty with the Treaty definition of subsidiarity is that it seems to pose for European legislation a test that such legislation is inherently likely to pass. One intrinsic objective of European legislation is to secure the European-wide adoption of the rules laid down in the legislation in question. This objective is difficult for member states to achieve at all, let alone sufficiently. The scale of European legislation is pan-European, as are the effects of European legislation”. Quanto all'atteggiamento della Corte di giustizia ritiene che “the Court has set its face against doing the same for subsidiarity. It has minimised the duty of the institutions to incorporate subsidiarity reasoning into the preambles of Community acts. And in the case of internal market measures, while accepting that subsidiarity applies to the measures in question, the Court has in effect held that if there is competence to adopt the measure, then that in itself resolves the question of compliance with subsidiarity”. Si legga nel senso che il principio di sussidiarietà costituiva solo un contenitore vuoto con importanza simbolica, non legale, anche J. PELKMANS, *An EU Subsidiarity Test is Indispensable*, in *Intereconomisc*, settembre/ottobre 2006, p. 25 e N. BARBER, *The limited Modesty of Subsidiarity*, in *European Law Journal*, vol. 11, 2005, p. 308.

1116In tale sede si è occupato del principio di sussidiarietà il Gruppo di lavoro I, in seno al quale fu proposto di ricorrere al “*Early Warning System*” e alla contemporanea possibilità di ricorrere alla Corte di Giustizia per lamentare la non osservanza del principio di sussidiarietà.

1117Si legga al riguardo D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, 2014.

1118Si veda, in tal senso, WEBER, Commento all'art. 5 TUE, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013, p. 262; C. CALLIESS, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union. Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam*, 1999. Baden-Baden: Nomos; C. CALLIESS, *Gemeinwohl in der Europäischen Union – über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund*, in W. BRUGGER, S. KIRSTE, & M. ANDERHEIDEN (a cura di), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, Baden-Baden, Nomos, pp. 173-213.

1119Vedi P. ASP, *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, vol. 1, 2011, p. 47 e ss..

condurre ad un innalzamento delle pene massime comminate a livello nazionale contrastante con il rispettivo sistema penale. Il legislatore europeo deve inoltre tenere in considerazione il quadro di riferimento creato dai preesistenti atti normativi dell'Unione Europea (coerenza orizzontale, cfr. art. 11 comma 3 del Trattato sull'Unione Europea)¹¹²⁰.

In base a questo principio, quindi, il legislatore europeo deve tenere conto del fatto che l'armonizzazione a livello europeo interferisce con la coerenza dei sistemi penali nazionali e, quindi, il ricorso a misure di armonizzazione è possibile solo quando vi siano idonee giustificazioni che supportino tale scelta.

Il complesso rapporto che sussiste tra tutela delle identità nazionali e integrazione europea è stato affrontato nel precedente capitolo. In tale sede è sufficiente sottolineare che il diritto penale è, dopo le modifiche del Trattato di Lisbona, una materia di competenza concorrente e, in quanto tale, è una materia in cui sia gli Stati membri che l'Unione europea devono cooperare per raggiungere gli obiettivi prescritti dai Trattati.

Tale affermazione si traduce in pratica nel fatto che sia la politica europea che le politiche attuate a livello statale devono avere una duplice dimensione, europea e nazionale; l'Unione europea, infatti, deve tenere conto delle identità nazionali¹¹²¹ degli Stati membri, ma, al tempo stesso, questi ultimi devono impegnarsi ad attuare le politiche necessarie a raggiungere gli obiettivi stabiliti a livello europeo¹¹²².

Non delinea, invece, un criterio di allocazione della competenza a livello degli Stati membri o dell'Unione, bensì un criterio che definisce le modalità di esercizio di tale potere, il principio di proporzionalità, disciplinato nell'art. 5, par. 4 TUE¹¹²³.

Quest'ultimo, come noto, trova applicazione sia con riguardo alle materie di competenza

1120Si veda in tal senso il Manifesto sulla politica criminale europea, *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, p. 709.

1121L'Avvocato Generale Poiras Maduro nelle conclusioni rassegnate l'8 ottobre 2008 nella decisione *Michaniki AE v Ethniko Symvoulio Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, causa C-213/07, par. 33, afferma che il concetto di identità nazionale non è assoluto; ci sono regole costituzionali il cui rispetto è assicurato a livello giurisdizionale, e ci sono regole che, invece, non meritano questo rispetto. Letteralmente, “*se il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri può così rappresentare un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, esso può essere invocato a fortiori da uno Stato membro per giustificare la propria valutazione dei provvedimenti costituzionali destinati a completare la normativa comunitaria per garantire il rispetto, sul proprio territorio, dei principi e delle regole da quest'ultima enunciati o che sono ad essa sottesi. Cionondimeno, è doverosa una precisazione: il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri non può essere inteso come deferenza assoluta a tutte le norme costituzionali nazionali. Se così fosse, le costituzioni nazionali potrebbero diventare uno strumento che consentirebbe agli Stati membri di distaccarsi dal diritto comunitario in determinati ambiti*”.

1122Si legga, in tal senso, quanto affermato da J. VERVAELE, *The European Union and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Union Policies: In Search of a Criminal Law Policy?*, in *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, Quaderni della facoltà di giurisprudenza, 2014, p. 52 e ss..

1123L'art. 5, par 4 TUE si esprime in questi termini: “*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*”.

concorrente che con quelle di competenza esclusiva dell'Unione.

Il principio di proporzionalità, mutuato dall'ordinamento tedesco¹¹²⁴, fa parte dei principi generali del diritto europeo¹¹²⁵.

L'art. 5, par. 4 TUE, in linea con quanto previsto dal precedente art. 5 TCE, afferma che l'azione dell'Unione non può spingersi oltre quanto è necessario per il conseguimento degli obiettivi fissati dai Trattati¹¹²⁶.

In ossequio a questo criterio, l'istituzione competente dovrà determinare quale atto porre concretamente in essere tra quelli teoricamente possibili. Nel decidere quale atto utilizzare dovrà compiere una valutazione che permetta di discernere quale sia il più adeguato per il raggiungimento degli obiettivi proposti; potrà, quindi, scegliere se agire con un intervento di tipo legislativo-regolamentare, oppure se agire tramite altri strumenti, quali il mutuo riconoscimento, la raccomandazione, l'adesione a convenzioni internazionali o l'incentivazione di forme di cooperazione tra gli Stati membri¹¹²⁷.

La Corte di giustizia, ancor prima che il principio di proporzionalità venisse formalizzato con il Trattato di Maastricht, ha descritto i requisiti che lo stesso deve possedere.

Nella decisione *Fedesa* del 1990¹¹²⁸, la Corte ha stabilito che “in forza di tale principio, la legittimità del divieto di un'attività economica è subordinata alla condizione che il provvedimento sia idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti della normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”.

1124H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013, p. 265 e ss.; N. EMILIOU, *The Principle of proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996, pp. 126 e ss.; J. SCHWARZE, *European administrative law*, Sweet & Maxwell, 2006, pp. CXL e ss.; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 2005, Baden-Baden: Nomos.

1125Si vedano in tal senso le decisioni della Corte di Giustizia *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, del 17 dicembre 1970, in *Racc.* p. 1135; *Buitoni*, causa 122/78, del 20 febbraio 1979, in *Racc.* p. 677; *Fromençais c. Forma*, causa 66/82, del 23 febbraio 1983, in *Racc.* p. 395; *The Queen ex parte E.D. e a. c. IBAP*, causa 181/84, del 24 settembre 1985, in *Racc.* p. 2889, par. 20; *Schrärer v. Hauptzollamt Gronau*, causa 265/87, dell'11 luglio 1989, in *Racc.* p. 2889; *Fédération Charbonnier de Belgique*, causa 8/55, del 29 novembre 1956, in *Racc.* p. 290; decisione *Schlüter & Maack*, causa 94/71, del 6 giugno 1972, in *Racc.* p. 307, par. 11; decisione *Hauer*, causa 44/79, del 13 dicembre 1979, in *Racc.* p. 3727, par. 23. Si legga, inoltre, X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, International Specialized Book Service Incorporated, 2006, pp. 18 e ss., pp. 145 e ss.; SCACCIA G., *Il Principio di Proporzionalità*, in S. MANGIAMELI, *L'ordinamento europeo*, vol. II, Giuffrè, 2006, pp. 225 e ss.; E. ELLIS, *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, OUP, 1999.

1126Si veda, in tal senso, quanto precedentemente affermato dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, causa C-491/01, del 10 dicembre 2002, in *Racc.* p. I-11453, par. 122; *Maizena e a.*, causa 137/85, del 18 novembre 1987, in *Racc.* p. 4587; *Regno Unito c. Consiglio*, causa C-84/94, del 12 novembre 1996, in *Racc.* p. I-5755; *Käserei Ghampignon Hofmeister*, causa C-210/00, del 12 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6453.

1127Si legga sul principio in generale G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2012, p. 100 e R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli Editore, 2014, pp. 447 e ss..

1128Corte di Giustizia, *The Queen c. Ministry of agriculture e a., ex parte Federazione europea della salute animale (Fedesa)*, causa C-331/88, del 13 novembre 1990, in *Racc.* p. I-4023, par. 13.

In base a quanto stabilito dalla Corte nelle sue decisioni, la dottrina ha enucleato gli elementi essenziali che caratterizzano il cosiddetto *test* di proporzionalità, tramite il quale la Corte verifica il rispetto del principio.

La definizione esatta degli elementi che compongono il *test* di proporzionalità non è univoca.

Vi sono, infatti, autori che hanno sostenuto che lo stesso si componga di due elementi essenziali ed autori che, al contrario, hanno sostenuto che il controllo sul rispetto del principio si appunta sulla verifica dell'esistenza di tre presupposti essenziali. A tal proposito, occorre, poi, evidenziare che anche tra chi ha sostenuto che il *test* si compone di tre requisiti sostanziali, vi sono discordanze quanto all'individuazione del terzo requisito.

La giurisprudenza della Corte, d'altra parte, non ha fornito indici chiarificatori univoci in un senso o nell'altro, dal momento che, a seconda del caso concreto che si è trovata ad affrontare, ha controllato il rispetto del principio di proporzionalità valorizzando uno, piuttosto che un altro elemento coesistente allo stesso.

L'orientamento dottrinale maggioritario sostiene che il *test* di sussidiarietà si compone di tre elementi essenziali¹¹²⁹: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto¹¹³⁰.

Quanto al primo elemento, quest'ultimo consiste nella valutazione se la misura prescelta sia idonea a realizzare l'obiettivo per il quale la competenza è stata attribuita¹¹³¹.

Con riguardo al requisito della necessità, occorre verificare che sia stato scelto il mezzo che reca meno pregiudizio agli interessi degni di eguale tutela (criterio di sostituibilità)¹¹³².

¹¹²⁹Si legga, tra di essi GRÁINNE DE BÚRCA, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 1993, 13, 1, pp. 105-150, secondo cui il *test* di proporzionalità si compone di questi tre interrogativi a cui la Corte deve dare risposta: 1) *is the measure suitable to achieve a legitimate aim?* 2) *is the measure necessary to achieve that aim?* 3) *Does the measure have an excessive effect on the applicant's interests?*. Per quanto riguarda la dottrina italiana si legga, invece, in tal senso A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Secondo Tesauro (in G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2012, p. 100), il terzo requisito consiste nella prova che esista un nesso tra l'azione e l'obiettivo (criterio di causalità).

¹¹³⁰Si veda in tal senso anche quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Afton Chemical*, causa C-343/09, dell'8 luglio 2010, in *Racc.* p. I-7027, par. 45; *Nelson e a.*, cause C-581/10 e C-629/10, del 23 ottobre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 71, nonché *Sky Österreich*, causa C-283/11, del 22 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 50. Rilevante, sul punto, quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, causa C-101/12, del 17 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 29, in cui si legge che “*in ordine al principio di proporzionalità, occorre ricordare che esso esige, secondo la giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell'Unione non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti*”.

¹¹³¹A tal proposito Weber sottolinea che il criterio dell'idoneità (*suitability, aptitude, “Geeignetheit”*) non assume un rilievo importante nella giurisprudenza della Corte, dal momento che quest'ultima “*only scrutinises a measure if it was not manifestly unsuitable for the realisation of the targeted aim*”. Tale affermazione è sostenuta sulla base delle seguenti decisioni della Corte. Decisione *Schröder v Germany*, causa 40/72, del 7 febbraio 1973, in *Racc.* p. 00125, par. 32; decisione *The Queen c. Ministry of agriculture e a., ex parte Federazione europea della salute animale (Fedesa)*, causa C-331/88, del 13 novembre 1990, in *Racc.* p. I-4023, par. 13. WEBER, Commento all'art. 5 TUE, in H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013, p. 266.

¹¹³²Secondo quanto era stabilito dal Protocollo n. 30 (ora non trasposto nel Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona) l'Unione deve utilizzare lo strumento meno invasivo; secondo quanto stabilito dal Protocollo, in una sorta di “gerarchia di mezzi”, quindi, era preferibile adottare una direttiva, piuttosto che un regolamento. Si veda, in tal

Con il *test* di proporzionalità in senso stretto, infine, bisogna dimostrare che il mezzo utilizzato sia quello che meglio consente di contemperare l'interesse pubblico con quello privato¹¹³³.

Accanto a questo indirizzo maggioritario, recentemente confermato dalla Corte nel caso *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, vi è chi¹¹³⁴ ha sostenuto che, al contrario, non vi sarebbe distinzione tra il primo e il secondo elemento; secondo questa interpretazione, quindi, il principio di proporzionalità si comporrebbe di due soli elementi sostanziali: l'idoneità a raggiungere lo scopo e il rispetto del principio di necessità.

Lo studio della casistica giurisprudenziale¹¹³⁵ conferma la tripartizione descritta dalla dottrina maggioritaria; ciò nonostante val la pena sottolineare che la Corte ha riconosciuto al legislatore dell'Unione, nell'ambito dell'esercizio delle competenze attribuitegli, “un ampio potere discrezionale¹¹³⁶ nei settori in cui la sua azione richiede scelte di natura politica, economica e sociale e in cui è chiamato ad effettuare valutazioni complesse”¹¹³⁷.

La valutazione del requisito dell'idoneità, quindi, in questi casi si attenua, in quanto, secondo la giurisprudenza della Corte, la legittimità di un provvedimento adottato in tali materie può essere inficiata solo nel caso in cui esso sia manifestamente inidoneo rispetto allo scopo che l'istituzione competente intende perseguire¹¹³⁸.

sensu, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 27 ottobre 1992, Bull. EC 10-1992, p. 125.

1133 Per l'applicazione di questo requisito si veda la decisione della Corte nel caso *Markus Fleisch-Import v Hauptzollamt Hamburg Ericus*, causa 147/81, del 19 aprile 1982, in *Racc.* p. 01389, par. 12.

1134 T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2006, p. 139. Secondo quanto scritto dallo stesso, infatti, “proportionality requires that a measure must be appropriate and necessary to achieve its objectives. According to the standard formula used by the Court, in order to establish whether a provision of Community law is consonant with the principle of proportionality, it is necessary to establish whether the means it employs to achieve the aim correspond to the importance of the aim and whether they are necessary for its achievement. Thus, the principle comprises two tests: a test of suitability and a test of necessity. The first refers to the relationship between the means and the end... The second is one of weighing competing interests”.

1135 Si leggano, al riguardo, *ABNA e a.*, cause C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, del 6 dicembre 2005, *Racc.* p. I-10423, par. 68; *S.P.C.M. e a.*, causa C-558/07, del 7 luglio 2009, *Racc.* p. I-5783, par. 41; *Vodafone e a.*, causa C-58/08, dell'8 giugno 2010, *Racc.* p. I-4999, par. 51.

1136 Bisogna, comunque, sottolineare che anche in presenza di un siffatto potere discrezionale, il legislatore dell'Unione è tenuto a basare le proprie scelte su criteri oggettivi e, nell'ambito della valutazione degli ostacoli connessi alle varie misure possibili, egli deve verificare se gli obiettivi perseguiti dalla misura prescelta siano idonei a giustificare conseguenze negative, anche considerevoli, per taluni operatori economici. Vedi, in tal senso, sentenza *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, cit., par. 49 e *Vodafone e a.*, cit., par. 53.

1137 Si vedano, al riguardo, le conclusioni dell'Avvocato Generale Nils WAHL presentate il 29 maggio 2013 nella causa C-101/12, *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 33-34, in cui si aggiunge che “in tale contesto, non si tratta di valutare se «il provvedimento adottato dal legislatore [dell'Unione] fosse il solo o il migliore possibile, ma se esso fosse manifestamente inidoneo»”; nonché le decisioni *Jippes e a.*, causa C-189/01, del 12 luglio 2001, *Racc.* p. I-5689, par. 82 e 83; *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, causa C-491/01, del 10 dicembre 2002, *Racc.* p. I-11453, par. 123, *Alliance for Natural Health e a.*, causa C-154/04 e C-155/04, del 12 luglio 2005, *Racc.* p. I-6451, par. 52.

1138 Si vedano, a questo proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Nils WAHL presentate il 29 maggio 2013 nella causa C-101/12, *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 34; nonché le decisioni *Germania/Consiglio*, causa C-280/93, del 5 ottobre 1994, *Racc.* p. I-4973, par. 89 e 90; *SMW Winzersekt*, causa C-306/93, del 13 dicembre 1994, *Racc.* p. I-5555, par. 21; *Bavaria e Bavaria Italia*, causa C-343/07, del 2 luglio 2009, *Racc.* p. I-5491, par. 81; *Agrana Zucker*, causa C-309/10, del 28 luglio 2011, *Racc.* p. I-7333, par. 44; *Beneo-Orafti*, causa C-150/10, del 21 luglio 2011, *Racc.* p. I-6843, par. 77.

Il principio di proporzionalità¹¹³⁹, come già osservato per quanto riguarda quello di sussidiarietà, assume tratti peculiari in ambito penale, vista la particolare interdipendenza della materia con la sovranità statale di cui abbiamo già avuto modo di parlare.

La particolare sensibilità che il principio assume in ambito penale è, altresì, sottolineata dalla circostanza che vi è un riferimento esplicito al principio di proporzionalità anche nell'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale, tuttavia, si riferisce alla proporzione delle pene rispetto al reato e, quindi, ad una fase successiva a quella della scelta se sanzionare quel determinato comportamento con una sanzione penale oppure con una sanzione di altro genere, nella specie civile o amministrativa¹¹⁴⁰.

In particolare, si assume che in ambito penale, il requisito della necessità previsto dall'art. 5, par. 4 TUE, si converta in quello di indispensabilità¹¹⁴¹.

Il principio di proporzionalità è stato, infatti, collegato in ambito penale al principio di *ultima ratio*¹¹⁴². Secondo quanto prescritto da quest'ultimo, lo strumento penale, incidendo nel modo più invasivo possibile sulla libertà personale degli individui, deve essere utilizzato solo in situazioni di necessità, quando vi è stata una grave violazione degli interessi della società e si è dimostrato che tutte le altre misure coercitive sono insufficienti al raggiungimento dello scopo.

Anche nel principio in esame vi è, quindi, una relazione tra mezzi e scopo da raggiungere e il *test* di necessità che deve essere svolto anche per il controllo del rispetto del principio di proporzionalità è portato alle sue estreme conseguenze.

La connessione tra il principio di proporzionalità e il principio di *ultima ratio* è stata evidenziata non solo a livello dottrinale ma anche a livello istituzionale.

Nel Programma di Stoccolma del 2009¹¹⁴³ si è, infatti, affermato che deve essere predisposta una disciplina penale per reprimere certi comportamenti illeciti solo quando risulti indispensabile per proteggere gli interessi coinvolti e risulti essere, in seguito ad una valutazione della forza repressiva di sanzioni civili e amministrative, l'unica ed ultima risorsa in grado di proteggere adeguatamente gli interessi in gioco¹¹⁴⁴.

1139Si legga, in generale, per quanto riguarda il principio di proporzionalità in materia penale A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2006, il quale afferma che le condotte che non ledono interessi fondamentali della società devono essere sanzionate con misure coercitive civili o amministrative.

1140L'art. 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, stabilisce che: "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato".

1141Si veda, a tal riguardo, quanto stabilito dall'art. 83, par. 2 TFUE.

1142Sull'applicazione del principio di proporzionalità in materia penale, si veda M. KAIIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *European Criminal Law Review*, vol. 1, 2011, pp. 17 e ss.; M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in *European Criminal Law Review*, vol. 1, 2011, pp. 35 e ss..

1143Si legga, in proposito, quanto stabilito in seno all'*European Council, The Stockholm Programme*, OJ C 115 del 4 maggio 2010, p. 1, 15. Testualmente è stato, in tale sede, sostenuto che "criminal law provisions should be introduced when they are considered essential in order for interests to be protected and, as a rule, be used only as a last resort".

1144Al riguardo, si legga M. KAIIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for*

La correlazione tra principio di proporzionalità e principio di *ultima ratio* è stata evidenziata anche dalla Commissione nella Comunicazione del 2011 relativa all'implementazione delle politiche europee tramite il diritto penale¹¹⁴⁵.

In tale sede, infatti, la Commissione ha sottolineato che il processo e le sanzioni penali hanno un significativo impatto sui diritti dei cittadini, sia dal punto di vista individuale di perdita della libertà personale per il periodo di tempo in cui l'autore del reato sconta la pena, che dal punto di vista sociale, in quanto, dopo essere stato condannato in un processo penale, il soggetto viene considerato riprovevole dalla società. Per tale ragione, il requisito della “necessità” si commuta in quello della “indispensabilità”.

La verifica circa l'indispensabilità della misura penale per il raggiungimento degli obiettivi prescritti dai Trattati deve essere effettuata dal legislatore europeo prima dell'adozione della misura, in base ad una valutazione tesa a dimostrare che le misure coercitive non penali non sono in grado di raggiungere gli obiettivi prefissati e che la disciplina penale riesce a perseguire tali obiettivi in modo più efficace. La condizione della verifica del rispetto della cosiddetta “necessità” si applica anche successivamente, una volta che si sia scelto di utilizzare la disciplina penale, al fine di decidere quale misura sanzionatoria sia più appropriata¹¹⁴⁶.

Ad avviso dei redattori del Manifesto sulla politica penale europea, nel controllo del principio di proporzionalità in ambito penale è inclusa la verifica di due aspetti fondamentali: che siano rispettati l'esigenza di un legittimo scopo di tutela e che sia rispettato il principio di *ultima ratio* sopra descritto.

La nozione di legittimo scopo di tutela (in tedesco, significativamente, “*Rechtsgüter*”) è utilizzata per significare che quando il legislatore europeo assume una competenza in materia penale, la può esercitare solo se in tal modo vengono protetti interessi fondamentali e si persegue un interesse legittimo della società a punire quella determinata condotta¹¹⁴⁷.

a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, cit., pp. 17 e ss.; SAKARI MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, *European Criminal Law Review*, vol. 3, 2013, p. 45, 52.

1145 *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, Bruxelles, 20.9.2011 COM(2011) 573 final.

1146 Si vedano, in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, par. 90, secondo cui “una sanzione è proporzionata quando è idonea (quindi in particolare efficace e dissuasiva) e necessaria per il conseguimento degli scopi da essa legittimamente perseguiti. Qualora sia possibile una scelta tra più misure (ugualmente) appropriate, si deve ricorrere alla meno gravosa. Inoltre gli effetti della sanzione sull'interessato non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”.

1147 Nel Manifesto sulla politica criminale europea pubblicato nel 2009 (p. 1) l'esigenza di un legittimo scopo di tutela è descritta nei termini che seguono: “quando il legislatore europeo assume una competenza in materia penale, può esercitarla solo se in tal modo vengono protetti interessi fondamentali, (1) che derivano dal diritto primario dell'Unione, (2) che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e (3) la cui lesione risulti inoltre in misura particolare socialmente dannosa. Nel diritto europeo questa esigenza si ricava dal principio di proporzione. Solo se serve alla tutela di un simile interesse, di particolare importanza, può un precetto penale perseguire un obiettivo legittimo ed essere quindi proporzionato”.

L'istituzione che voglia adottare un atto in materia penale deve, quindi, indicare in modo dettagliato nella motivazione della proposta di atto di quali interessi si tratti e della importanza che gli stessi rivestono.

Per la nozione di *ultima ratio* si rinvia, invece, a quanto già esposto precedentemente, limitandoci a riportare la descrizione letteralmente contenuta nel Manifesto, secondo cui, dal momento che “l’Unione europea colloca la persona al centro della propria azione, può imporre agli Stati membri un obbligo di criminalizzazione di determinati comportamenti, solo quando non siano a disposizione altri mezzi più lievi per la tutela degli interessi fondamentali sopra descritti”¹¹⁴⁸.

La valutazione se utilizzare lo strumento penale va compiuta secondo il tradizionale *test* di proporzionalità, pur se rafforzato, nel senso che l'atto deve risultare indispensabile, poiché le sanzioni penali esprimono un giudizio di disvalore etico-sociale stigmatizzante, che interviene profondamente sui diritti dei cittadini, così come riconosciuti fra l’altro nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

L'analisi del principio di proporzionalità e dell'accostamento che dello stesso è stato fatto al principio di *ultima ratio* mostrano che il primo assume un ruolo fondamentale nel definire fino a che punto l'Unione europea possa esercitare la competenza che le è stata attribuita con il Trattato di Lisbona in materia penale, ossia la competenza ad adottare misure di armonizzazione delle regole sostanziali e procedurali penali (si vedano, in tal senso, l'art. 82 TFUE e 83 TFUE).

Val la pena ricordare che il principio di proporzionalità, in ambito penale, deve essere, altresì, coniugato con il principio di effettività, in base al quale occorre utilizzare la misura più efficace per realizzare gli obiettivi dell'Unione.

Nello studio che ci accingiamo a compiere, ossia lo studio di quali caratteristiche debba avere l'istituenda Procura europea, per quanto riguarda in particolare la sua competenza e le regole procedurali applicabili, occorrerà, quindi, verificare se l'armonizzazione delle regole sostanziali e processuali penali sia la soluzione che meglio risponde al bilanciamento di interessi in gioco: il principio di effettività, da un lato, e quello del diritto penale come ultima risorsa, dall'altro.

Nell'operare questo bilanciamento dovremo utilizzare il *test* di proporzionalità, ossia dovremo verificare che la misura penale sia indispensabile per assicurare il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.

Dovremo in sostanza rispondere al seguente quesito: quali politiche sono necessarie per garantire ai cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel quale è assicurata agli individui la possibilità di spostarsi liberamente e al sicuro, in uno spazio in cui sia prevista un'adeguata protezione contro i crimini?

¹¹⁴⁸Si veda in tal senso il Manifesto sulla politica criminale europea pubblicato nel 2009 consultabile su http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf e su www.crimpol.eu, p. 1.

1.1.2.2. SEZIONE II Analisi delle basi giuridiche esistenti per un'eventuale disciplina uniforme a livello europeo

L'armonizzazione, insieme al mutuo riconoscimento rappresenta uno degli strumenti previsti dai Trattati per il ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali.

Il ravvicinamento delle legislazioni penali è citato quale metodo per garantire un elevato livello di sicurezza dei cittadini europei dall'art. 67, norma di apertura del Titolo V del TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹¹⁴⁹.

In questa seconda sezione esamineremo in che modo l'istituzione del Procura europea possa rappresentare uno strumento di integrazione europea e a quali condizioni.

Si ritiene che l'istituzione di questo nuovo organo possa apportare un valore aggiunto alla lotta alla criminalità a livello europeo nel caso in cui siano previste regole sostanziali e procedurali comuni. Le ragioni di tale affermazione verranno esaminate nel corso dell'intero lavoro.

Prima di procedere all'analisi dei contenuti delle singole disposizioni che sono state inserite nel Trattato al fine di consentire un'armonizzazione della legislazione penale a livello europeo, occorre soffermarsi sulle caratteristiche generali che tutte le disposizioni ivi contenute presentano.

Sebbene con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona sia stata espressamente attribuita all'Unione la competenza a legiferare in materia penale, la disciplina contenuta nel titolo V che andremo ora ad analizzare presenta ancora dei profili istituzionali eccentrici che sono rimasti quali retaggio della precedente disciplina intergovernativa.

Tra questi occorre segnalare il potere di iniziativa legislativa degli Stati membri che in questo settore si affianca a quello della Commissione¹¹⁵⁰; la previsione della competenza degli Stati membri a stipulare accordi internazionali in materia, purché conformi al diritto dell'Unione¹¹⁵¹; il particolare ruolo dei Parlamenti nazionali con riferimento all'azionabilità del controllo di sussidiarietà, di cui abbiamo già avuto modo di parlare¹¹⁵²; l'esclusione della competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi circa la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o circa l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna¹¹⁵³; la riserva di competenza degli Stati membri

1149Si legga, in tal senso, quanto disposto dall'articolo 67, par. 3 TFUE.

1150Si legga, in tal senso, l'art. 76 TFUE, il quale così dispone: “*gli atti di cui ai capi 4 e 5 e le misure di cui all'articolo 74 che assicurano la cooperazione amministrativa nei settori di cui a tali capi sono adottati: a) su proposta della Commissione, oppure b) su iniziativa di un quarto degli Stati membri*”. In tal senso val appena ricordare che, come noto, il capo 4 concerne la cooperazione giudiziaria in materia penale, mentre il capo 5 è dedicato alla cooperazione di polizia.

1151Si legga al riguardo la Dichiarazione n. 36 allegata al Trattato di Lisbona.

1152Cfr. il terzo paragrafo della Prima sezione di questo capitolo.

1153Per cui si veda l'art. 276 TFUE e l'art. 72 TFUE. Il primo così dispone: “*nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni dei capi 4 e 5 della parte terza, titolo V concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della*

relativamente all'applicazione di misure coercitive sul proprio territorio ed, infine, la previsione della cosiddetta procedura del freno di emergenza e della cooperazione rafforzata¹¹⁵⁴.

Quanto a quest'ultimo aspetto, occorre rilevare che sia l'art. 82, par. 3 che l'art. 83, par. 3 TFUE¹¹⁵⁵ prevedono la possibilità di azionare il cosiddetto freno di emergenza nel caso in cui un membro del Consiglio ritenga che il progetto di direttiva “incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale”. In tal caso, la procedura ordinaria viene sospesa e rinviata al Consiglio europeo il quale ha quattro mesi di tempo per decidere se rinviare il progetto al Consiglio e porre fine alla sospensione della procedura o se, invece, in caso di disaccordo, arrestare la procedura. Se si verificasse quest'ultima ipotesi, il Trattato specifica che almeno nove Stati membri possono instaurare tra loro una cooperazione rafforzata per realizzare l'obiettivo previsto dall'atto “frenato”¹¹⁵⁶.

La previsione di una tale disciplina pone delicati interrogativi interpretativi, tra i quali quello consistente nella necessità di delimitare il concetto di direttiva che incide su “aspetti fondamentali” del sistema di giustizia penale degli Stati membri¹¹⁵⁷, dal momento che l'espressione non è meglio definita nel Trattato, neanche in altre disposizioni, e la Corte di Giustizia non si è ancora pronunciata al riguardo.

sicurezza interna”. Il secondo recita, invece: “*il presente titolo non osta all'esercizio delle responsabilità incumbenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna*”.

1154 Dispone, infatti, in tal senso l'art. 88, par. 3 TFUE.

1155 Si leggano al riguardo l'art. 82, par. 3 TFUE e l'art. 83, par. 3 TFUE, i quali recitano: “*qualora un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 2 (in tal senso recita l'art. 82, par. 3 TFUE; riferimento ai paragrafi 1 e 2 nell'art. 83, par. 3 TFUE) incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio, ponendo fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata*”.

1156 Val la pena notare che in tal caso, in deroga alla procedura abituale applicabile in simili casi, l'autorizzazione a instaurare la cooperazione è automatica. Non sarà, quindi, necessario che la Commissione proponga la cooperazione rafforzata, che il Parlamento europeo l'approvi e che il Consiglio l'autorizzi all'unanimità secondo quanto previsto dall'art. 329 TFUE.

1157 L'interrogativo è stato posto in risalto da C. Haguenu-Moizard, F. Gazin, J. Leblois-Happe, le quali hanno portato quali esempi di nozioni problematiche quella della criminalizzazione dell'aborto in certi Stati membri e quella dell'esistenza di un giudice di istruzione, nei casi in cui lo stesso sia previsto. Nel testo si legge altresì che “*du point de vue politique, les ministres ne pourront appliquer la clause de frein qu'avec parcimonie. Une invocation trop fréquente risquerait en effet de susciter des réactions de rejet de la part de leurs partenaires*”. Si legga al riguardo C. HAGUENAU-MOIZARD, F. GAZIN, J. LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, Collection Paradigme, 2016, p. 151. Altri esempi sono menzionati da P. Asp, il quale scrive “*this is not the place for comparative research as to what type of rules or institutions might be considered to belong to the fundamental aspects of the criminal justice systems in different Member States. However, from a Swedish perspective, the most obvious candidate for such an institution perhaps are the regulations regarding the freedom of the press, containing special rules and procedures for offences committed in, e.g., newspapers and books. As regards the harmonisation of criminal procedure the rules on the free evaluation of evidence might be another example of norms considered to belong to the fundamental aspects of the criminal justice system*”. Cfr. P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 79, 2012, p. 140 e nota a piè di pagina n. 236.

Menzionati gli elementi che accomunano le due principali previsioni del titolo V in materia di ravvicinamento delle legislazioni nazionali, passiamo ora ad esaminare l'art. 83 e l'art. 82 TFUE e la eventuale interferenza di essi con l'istituzione della Procura europea.

4.1.1.1.19 L'armonizzazione delle regole di diritto penale sostanziale (art. 83 TFUE)

Sulla base di quali disposizioni contenute nel Trattato è possibile definire i reati di competenza della Procura europea?

La risposta alla domanda sopra enunciata risulta di fondamentale importanza dal momento che l'istituzione della Procura europea comporta allo stesso tempo la definizione della sua competenza, ossia la chiara definizione di quali reati lo stesso sia competente a perseguire.

I reati di competenza della Procura europea dovrebbero essere oggetto di una disciplina armonizzata a livello europeo, così da permetterne una precisa definizione *ex ante* nel rispetto del principio *nulla poena sine lege previa*¹¹⁵⁸ che rappresenta un principio cardine in materia penale.

La necessità di definire l'ambito di competenza della Procura è altresì ribadito dall'art. 86 TFUE.

Si legge, infatti, nel paragrafo 2 dell'articolo citato che i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione in relazione ai quali, ai sensi del primo paragrafo dello stesso articolo, è competente ad intervenire la Procura, devono essere definiti dallo stesso regolamento che istituisce la Procura europea¹¹⁵⁹. Al quarto paragrafo dello stesso articolo si legge poi che la competenza della Procura europea può essere estesa, su decisione unanime del Consiglio, ai reati gravi che presentano una dimensione transnazionale.

A tal proposito occorre sottolineare che la proposta di regolamento presentata dalla Commissione nel 2013, come emendata nelle successive sedute dal Consiglio, in primo luogo, prevede una competenza ristretta del Procuratore europeo, in quanto la stessa è limitata ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e, in secondo luogo, non definisce direttamente nel corpo del regolamento i reati di competenza della Procura europea ma opera, al contrario, un rinvio esterno¹¹⁶⁰

1158La portata di tale principio a livello europeo verrà esaminata nella prima Sezione del secondo Capitolo di questo Titolo I.

1159Si veda in tal senso il disposto dell'art. 86 TFUE: “*Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. [omissis]. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. [omissis]*”.

1160Per quanto riguarda, invece, il rinvio operato dalla proposta di regolamento per l'istituzione della Procura europea si legga, in tal senso, l'art. 12 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), l'art. 17 del *Progetto regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 21 maggio 2014, 9834/1/14 REV 1, EPPO 24, EUROJUST 97, CATS 69, FIN 361, COPEN 150, GAF 28, e nello stesso senso si legga l'art. 17 del *Progetto regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, come risultante dalle modifiche apportate in seno al Consiglio alla data del 2 giugno 2015, 7877/15, EPPO 24, EUROJUST 74, CATS 45, FIN 267, COPEN 89, GAF 9.

alle leggi nazionali di attuazione della proposta di direttiva europea relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, la quale è ancora in fase di negoziazione¹¹⁶¹.

Pur effettuando un rinvio esterno alla direttiva, il legislatore europeo ha comunque confermato la necessità che la competenza della Procura sia definita a livello europeo. In tal senso, quindi, i reati perseguibili dalla Procura europea dovranno essere oggetto di una disciplina a livello sovranazionale.

In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona sono state previste nel Titolo V del TFUE, dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, diverse basi legali per l'armonizzazione della disciplina in materia penale. In particolare, sono, in tal senso, di primaria importanza gli articoli 83 TFUE e 86 TFUE, per quanto riguarda le regole di diritto sostanziale e gli articoli 86 TFUE e 82 TFUE, per quanto concerne l'armonizzazione delle regole processuali. Per quanto riguarda la tutela contro le frodi agli interessi finanziari dell'Unione assume, altresì, importanza l'art. 325 TFUE, che è collocato all'interno del Capo II, Titolo II, dedicato alle disposizioni finanziarie.

Al fine di delineare quale sia a nostro avviso la base giuridica più appropriata per regolare i reati di competenza della Procura europea, occorre preliminarmente esaminare le caratteristiche fondamentali richieste dall'art. 83 TFUE per effettuare il ravvicinamento delle disposizioni penali sostanziali.

Occorre, in primo luogo, sottolineare che il ravvicinamento delle disposizioni di diritto penale sostanziale previsto dal Trattato non costituisce una forma di armonizzazione totale, ma un'armonizzazione minima, il cui scopo è quello, più limitato rispetto all'uniformazione delle discipline nazionali, di creare norme minime comuni tra gli Stati membri¹¹⁶².

Il legislatore europeo ha previsto un'armonizzazione graduale in materia penale al fine di garantire il rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità esaminati nei paragrafi precedenti e di permettere, al tempo stesso, un'uniformazione graduale delle regole di diritto penale, ambito il quale, come già detto, è strettamente connesso sovranità statale.

La Procura europea, come vedremo nel corso dell'analisi, rappresenta a livello europeo un importante strumento di integrazione, in quanto costituisce il mezzo grazie a cui è sentita ancora più forte la necessità di armonizzare la disciplina degli Stati membri sia in ambito di diritto penale sostanziale che, come vedremo nel prossimo paragrafo, in ambito di diritto penale processuale.

La norma che espressamente si riferisce ad un ravvicinamento delle discipline penali nazionali è l'art. 83¹¹⁶³.

¹¹⁶¹La proposta di direttiva a cui si fa riferimento è la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, dell'11 luglio 2012, COM(2012) 363 final.

¹¹⁶²Si veda in tal senso l'articolo.....

¹¹⁶³Per un'analisi di tale disposizione si legga E. RUBY-CAVAGNA, *Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le Traité de Lisbonne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 501-521.

Il Trattato distingue due diversi ambiti di armonizzazione: in primo luogo, prevede che possano essere stabilite a livello europeo “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transfrontaliera”¹¹⁶⁴; in secondo luogo, consente il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari in materia penale nei casi in cui ciò si riveli “indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni”¹¹⁶⁵.

In base all'art. 83 TFUE è quindi possibile operare un ravvicinamento delle disposizioni nazionali tramite direttive a condizione che sussistano le seguenti tre caratteristiche, ossia che vengano predisposte norme minime, che tali norme si riferiscano esclusivamente alla definizione dei reati e delle sanzioni e che riguardino sfere di criminalità grave che presentano una dimensione transnazionale.

La direttiva è lo strumento espressamente richiamato dall'articolo in commento per procedere al ravvicinamento delle disposizioni penali nazionali mediante la predisposizione di norme minime.

Come noto, la direttiva esprime un sistema di competenze articolato sulla ripartizione del potere normativo tra Unione e Stati membri. La direttiva implica, infatti, la permanenza di normative nazionali, sia pure nei limiti delle finalità da realizzare e abbisogna, quindi, dell'intervento delle autorità nazionali a cui spetta il compito di dare applicazione tramite norme interne a quanto prescritto in termini di risultati da raggiungere dalla direttiva¹¹⁶⁶.

Secondo quanto prescritto dall'art. 83 TFUE, pertanto, gli Stati membri godono di una certa discrezionalità nella scelta dei mezzi ritenuti idonei a dare attuazione agli obiettivi imposti a livello sovranazionale.

Come è stato sottolineato¹¹⁶⁷, l'omogeneità del diritto penale tra i diversi Stati membri non è

¹¹⁶⁴Si veda in tal senso l'art. 83, par. 1 TFUE che così recita: “*il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni. Dette sfere di criminalità sono le seguenti: 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. In funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo*”.

¹¹⁶⁵Questo quanto testualmente riportato nell'art. 83, par. 2 TFUE che si esprime in questi termini: “*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76*”.

¹¹⁶⁶L'articolo di riferimento che descrive le caratteristiche della direttiva è l'articolo 288 TFUE, il quale al comma 3 prevede che la direttiva “*vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*”.

¹¹⁶⁷Si veda in tal senso L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea*, intervento svolto al convegno internazionale di studi *Le sfide*

adeguatamente garantita tramite lo strumento della direttiva, per sua natura suscettibile di attuazione differenziata nei diversi Stati membri, sia quanto a contenuti concreti, sia quanto a tempi di effettiva implementazione.

L'inadeguatezza in parola è stata in parte corretta dall'interpretazione estensiva che è stata fornita ai tre requisiti sopra citati. Più il concetto di “norme minime”, così come quello della definizione dei reati e delle sanzioni e quello della transnazionalità, è interpretato estensivamente e più la direttiva risulterà dettagliata e completa, così da lasciare un margine di discrezionalità minore agli Stati membri, i quali dovranno adeguarsi alle prescrizioni in essa stabilite¹¹⁶⁸.

Con riguardo alla definizione dei reati, sono state proposte due diverse interpretazioni.

Secondo una prima interpretazione, l'Unione è competente a stabilire delle norme minime di criminalizzazione (*minimum of criminalisation*) che gli Stati membri possono rafforzare aggravando il regime sanzionatorio e incrementando la risposta repressiva.

In base ad una seconda interpretazione¹¹⁶⁹, invece, le norme minime fanno riferimento ad un nucleo minimo di elementi costitutivi, che condurrebbe, all'opposto, ad un massimo di criminalizzazione a livello europeo. Questa seconda interpretazione risolverebbe i problemi collegati alla diversa attuazione delle direttive nei vari Stati membri e permetterebbe una più organica armonizzazione del diritto penale a livello europeo ma è stata ritenuta da autorevole dottrina difficilmente giustificabile e sostenibile¹¹⁷⁰.

In via intermedia sembra porsi quanto affermato sul punto dalla Commissione in una comunicazione del 2011 sull'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale.

dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni, svoltosi presso l'Università di Catania il 20 giugno 2013, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, pp. 65-108; J.A. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, in ERA Forum Journal of the Academy of European Law, nr. 2/2014, pp. 1-17.

¹¹⁶⁸L'esigenza di definire una legislazione sanzionatoria a livello europeo il più possibile completa è, infatti, così pressante, che, soprattutto in certi settori, il legislatore europeo ha predisposto una legislazione omnicomprensiva che non si limita a descrivere il nucleo della fattispecie criminosa ma ne definisce tutti gli elementi caratterizzanti. Si consideri, al riguardo, che la legislazione penale, in certi settori, come in ambito di tutela delle vittime, tende ad estendere la regolamentazione penale non solo alla fase repressiva, ma anche a quella preventiva e a disciplinare tutte le fasi del momento criminoso, dal momento precedente alla sua commissione fino alla tutela che è approntato nel momento successivo alla commissione del reato. Questa tendenza espansiva è stata definita “olistica” dalla Commissione e dal Parlamento europeo. Si veda sul punto D. FLORE, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, 2 ed., p. 123 e D. FLORE, *Contours et limites du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE. Les conditions d'un rapprochement effectif des législations nationales*, in *Revue de l'Union européenne*, n. 582, 2014, pp. 559 e seg..

¹¹⁶⁹Tale tesi è stata sostenuta da A. KLIP, *European Criminal Law*, Antwerp, Intersentia, 2012, p.162 e da H. G. NILSSON, *How to combine minimum rules with maximum legal certainty?*, in *Europätisk tidskrift*, 2011, p. 670.

¹¹⁷⁰Si legga in tal senso P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 79, 2012, pp. 115-121; A. WEYEMBERGH (in collaboration with S. DE BIOLLEY), *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, in F. GALLI, A. WEYEMBERGH, *Approximation of substantive criminal law in the EU, The way forward*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 15.

Pur escludendo espressamente una piena armonizzazione, la Commissione ha sottolineato che, al fine di garantire la certezza del diritto, nella nozione di “norme minime”¹¹⁷¹ è compresa non solo la definizione della fattispecie criminosa commessa dall'autore del reato¹¹⁷², considerata nel suo elemento soggettivo e nel suo elemento oggettivo, ma anche la definizione dei contributi causali degli altri soggetti che cooperano nel commettere il reato o determinano l'autore principale a commetterlo¹¹⁷³. In base a tale interpretazione il diritto europeo può definire tutti gli elementi caratterizzanti della fattispecie di reato e la discrezionalità statale nel definire la fattispecie di reato risulta, di conseguenza, inevitabilmente diminuita.

Con riferimento alla definizione di “norme minime”¹¹⁷⁴ in merito alle sanzioni, la Commissione sottolinea che “lo scopo primario di un ravvicinamento su scala dell'Unione non è tanto quello di innalzare i rispettivi livelli di sanzione applicabili negli Stati membri, quanto piuttosto quello di ridurre la differenza a livello sanzionatorio tra gli ordinamenti nazionali e di assicurare che i requisiti di sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive” siano realmente rispettati in tutti gli Stati membri”¹¹⁷⁵.

1171 Si legga, in tal senso, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 9. La Commissione ha altresì chiarito nella propria comunicazione che per “stabilire la necessità di norme minime di diritto penale, le istituzioni dell'Unione devono poter fare affidamento su prove fattuali chiare relative alla natura del reato in questione o dei suoi effetti, nonché alla situazione di discrepanza giuridica che si riscontra in tutti gli Stati membri e che potrebbe mettere a repentaglio l'applicazione efficace di una politica dell'Unione oggetto di armonizzazione. È per questo che l'Unione necessita che le autorità nazionali mettano a sua disposizione dati statistici al fine di valutare la situazione da un punto di vista fattuale”.

1172 Con riguardo all'autore del reato la Commissione ha precisato che la legislazione dell'Unione copre reati commessi sia da persone fisiche che da persone giuridiche. La possibilità di configurare la responsabilità delle persone giuridiche quale responsabilità penale rappresenta un elemento da tenere in debita considerazione, dal momento che molti reati economici e finanziari che stanno drammaticamente diventando sempre più diffusi in tutti gli Stati membri sono spesso commessi nell'interesse o vantaggio di una persona giuridica; per tale motivo la non punibilità della persona giuridica rappresenterebbe una lacuna giuridica che potrebbe essere indebitamente sfruttata da taluni soggetti al fine di assicurarsi l'impunità grazie all'utilizzazione della società quale schermo. Pur concepandone l'esistenza, la Commissione ribadisce, tuttavia, che gli Stati membri sono liberi di inquadrare la responsabilità delle persone giuridiche nell'alveo della responsabilità penale, così come di quella amministrativa o civile, a seconda della natura che la stessa assume nei singoli ordinamenti giuridici. Molti ordinamenti sono, infatti, tutt'oggi ancorati all'antico brocardo secondo cui *societas delinquere non potest*, sebbene la responsabilità penale delle persone giuridiche si stia affermando anche in ordinamenti in cui precedentemente non era prevista. Si rimanda per un'analisi più dettagliata del tema alla prima Sezione del secondo Capitolo.

1173 Quanto alla portata da fornire alla nozione di “norme minime”, la Commissione ha precisato, come nel testo, che la descrizione della fattispecie criminosa non concerne solo la condotta dell'autore principale, ma include “anche comportamenti sussidiari come l'istigazione e il favoreggiamento” e si estende, talvolta, “anche al tentativo di commettere il reato”. Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 11.

1174 J.A. VERVAELE fornisce un'interpretazione funzionale del concetto di norme minime. Secondo l'autore “*these minimum rules are related to the Treaty objectives, including equivalent protection and common provisions when dealing with cross-border crime or enforcement of EU policies. This means that the concept of minimum rules is functional to the objectives of the Treaty and not an autonomous criterion. Regarding the sanctions the Commission is referring both to the type of sanctions as to the level of sanctions (taking into account aggravating or mitigating circumstances) that should be implemented in national law. The choice of sanctions must be evidence-driven and submitted to the necessity and proportionality test*”. J.A. Vervaele, *The European Union and harmonization of the criminal law enforcement of union policies: in search of a criminal law policy?*, in I. CAMERON, M. ULVANG, *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala, 2014.

1175 Si veda, al riguardo, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato

Nonostante il sistema generalmente applicato a livello europeo consista nell'indicare il minimo del massimo edittale della pena (cosiddetto sistema minimo del massimo), negli ultimi anni in due proposte di direttiva¹¹⁷⁶ è stato indicato anche il minimo del minimo edittale¹¹⁷⁷. Questo sistema, pur risultando compatibile con quanto disposto dall'art. 83 TFUE ed essendo, nell'ottica della Commissione, necessario per garantire la coerenza in tutta l'Unione delle sanzioni applicate per un determinato tipo di condotta, cosicché i potenziali autori dei reati non sfruttino la diversità di discipline penali per calcolare i rischi e sottrarsi alla sanzione proporzionale al reato commesso¹¹⁷⁸, è stato sottoposto a critica da parte di alcuni autori, i quali hanno sottolineato il fatto che potrebbero sorgere problemi negli ordinamenti di alcuni Stati membri¹¹⁷⁹.

Con riferimento a cosa debba intendersi per “sfere di criminalità particolarmente grave”¹¹⁸⁰, nell'art.

economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 11. Si legge, inoltre, nel comunicato della Commissione che “l'effettività implica che la sanzione sia adeguata all'ottenimento del risultato auspicato, ossia il rispetto delle norme; la proporzionalità comporta che la sanzione sia commisurata alla gravità della condotta e che i suoi effetti non vadano oltre quanto è necessario alla realizzazione dello scopo; e la dissuasività richiede che le sanzioni costituiscano un adeguato deterrente per i potenziali autori futuri. Talvolta, il diritto penale dell'Unione europea definisce più specificamente quali tipi e/o livelli di sanzioni debbano essere applicabili. Possono essere incluse anche disposizioni relative alla confisca”.

1176 Occorre sottolineare, a tal proposito, che una delle proposte di direttiva a cui si fa riferimento, ossia quella relativa alla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione, è stata emendata e la direttiva emanata nel 2014 non prevede più il minimo della pena ma solo il massimo. Si fa riferimento, in particolare, all'art. 5, par. 4 lett. a) della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, adottata a Strasburgo il 5 febbraio 2013, COM(2013) 42 final e all'art. 5 della direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio.

1177 L'art. 8 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, adottata a Bruxelles l'11 luglio 2012, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD).

1178 La Commissione sottolinea che la scelta della sanzione minima di sei mesi garantisce anche che possa essere emesso ed eseguito un mandato di arresto europeo. La Commissione si esprime letteralmente nei seguenti termini: “l'introduzione di sanzioni minime garantirà la coerenza in tutta l'Unione delle sanzioni applicate negli Stati membri per un determinato tipo di condotta, in modo che gli interessi finanziari dell'Unione siano tutelati con pari efficacia in tutta l'UE. La criminalità economica – compresa la frode – costituisce un settore in cui le sanzioni penali possono avere un effetto particolarmente dissuasivo, perché è plausibile che i potenziali autori di reato prima di agire calcolino i rischi. L'introduzione di sanzioni minime è pertanto considerata necessaria in quanto efficace deterrente in tutta Europa. La sanzione minima di sei mesi resta proporzionata alla gravità dei reati e garantisce che possa essere emesso ed eseguito un mandato d'arresto europeo per i reati di cui all'articolo 2 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, assicurando quindi il più efficiente grado di cooperazione giudiziaria e di polizia”. In tal senso, si legga la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, adottata a Bruxelles l'11 luglio 2012, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD), p. 10.

1179 Si legga, in tal senso, A. WEYEMBERGH (in collaboration with S. DE BIOLLEY), *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, cit., p. 15, la quale sottolinea che potrebbero esservi frizioni, per esempio, con il sistema giuridico francese.

1180 La Commissione nella sua Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 13 esplica la diversa portata dissuasiva e, quindi, le diverse conseguenze in termini di effettività che comporta l'adozione di una sanzione penale o amministrativa. A tal riguardo, si esprime in questi termini: “per alcuni comportamenti illegali considerati particolarmente gravi, una sanzione amministrativa può non essere una risposta sufficientemente forte. Analogamente, le sanzioni di tipo penale possono essere scelte quando si ritiene importante mettere in risalto la forte riprovevolezza per garantire la deterrenza. La registrazione delle condanne nel casellario giudiziale può avere un particolare effetto deterrente. Al contempo, i procedimenti penali spesso prevedono una maggiore protezione dei diritti dell'imputato, il che riflette la

83 TFUE non è menzionato alcun criterio definitorio.

Dal tenore letterale dell'espressione è dato desumere che non rientra nella competenza dell'Unione disciplinare reati di lieve entità o di minimo impatto. Come è stato evidenziato dalla dottrina, “*wrongdoing which only amounts to petty offences or administrative offences*” non sono certamente sufficienti a determinare una competenza dell'Unione in materia¹¹⁸¹.

Vi è anche chi¹¹⁸² ha evidenziato che, considerato il tenore letterale della disposizione (in inglese *particularly serious crime*), non sarebbero esclusi solo i reati di lieve importanza e le sanzioni amministrative, ma anche alcuni reati gravi che non rientrino tra quelli particolari considerati dall'articolo in esame, considerato che la disposizione sembra far riferimento, nonostante la traduzione in italiano possa assumere un significato parzialmente diverso, a *particolari* gravi reati e non a tutti i gravi reati.

Occorre altresì notare che il fatto che l'Unione non sia competente a disciplinare ai sensi dell'art. 83, par. 1 TFUE i reati di lieve entità, non esclude che la stessa non possa stabilire una sanzione per la commissione di questi ultimi in base ad altre disposizioni del Trattato quali l'art. 83, par. 2 TFUE, che esamineremo tra poco o l'art. 325 TFUE, per quanto riguarda la frode e gli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

Senza necessità di invocare il ricorso all'art. 83 TFUE o ad altre possibili basi giuridiche contenute nel titolo V del TFUE, l'Unione, inoltre, in base ad una ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, può stabilire anche sanzioni proporzionate, dissuasive ed effettive al fine di garantire l'effettiva attuazione di quanto stabilito nel corpo dell'atto.

Un ulteriore requisito previsto nel primo paragrafo dell'art. 83 TFUE è quello della transnazionalità. Quest'ultimo requisito si riferisce, secondo quanto stabilito dall'articolo stesso, ai reati che presentano una dimensione transnazionale derivante dal “carattere”, dalle “implicazioni di tali reati” o da una “particolare necessità di combatterli su basi comuni”. Tale formulazione dell'articolo porta ad un'interpretazione ampia del requisito in questione in base alla quale possono essere fatti rientrare in questa categoria anche reati che si esauriscono all'interno di un solo Stato membro.

L'art. 83 TFUE precisa che le sfere di criminalità nell'ambito delle quali trova applicazione il primo paragrafo dell'articolo, le quali possono essere estese dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, sono il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo

gravità dell'imputazione; Si deve altresì tenere presente l'efficacia del sistema sanzionatorio, così come la misura in cui e le ragioni per le quali le sanzioni attuali non permettono l'attuazione auspicata. È opportuno scegliere il tipo di sanzione considerata più appropriata per ottenere il risultato complessivo in termini di efficacia, proporzionalità e dissuasività”.

1181 Si veda al riguardo VOGEL in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union* (versione elettronica), München 2011, Articolo 83, paragrafo 34 e P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., pp. 85-86.

1182 Si legga al proposito SUHR in C. CALLIESS, M. RUFFERT, *EUV/AEUV* (versione elettronica), München, 2011, Articolo 83, paragrafo 17, il quale sottolinea che nell'art. 85, par. 1 e 86, par. 4 l'espressione è sostituita da quella di *serious crime* e non *particularly serious crime*; motivo per cui desume da ciò una differenza non solo linguistica ma anche concettuale.

sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti e di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata¹¹⁸³.

In relazione all'elenco di materie enumerate dall'art. 83 TFUE occorre rispondere all'interrogativo se le stesse siano state ivi inserite a titolo esemplificativo o, invece, al fine di delimitare ulteriormente l'ambito di competenza dell'Unione.

In base ad una stringente analisi posta in essere da attenta dottrina¹¹⁸⁴ possono, nel caso di specie, ipotizzarsi tre possibili soluzioni interpretative.

Secondo la prima di esse, la competenza dell'Unione in materia penale ai sensi dell'art. 83 TFUE è determinata in base alla descrizione contenuta nel primo periodo cui si è fatto finora riferimento e la lista di materie nelle quali l'Unione è competente a intervenire riveste un carattere meramente esemplificativo.

In base alla seconda interpretazione si sostiene, al contrario, che la lista delle sfere di criminalità entro le quali l'Unione può legiferare è tassativa e la descrizione contenuta nel primo periodo ha una funzione esclusivamente descrittiva e orientativa, al fine di permettere al Consiglio di estendere la lista delle sfere di criminalità in cui l'Unione è competente.

La terza, infine, sposa l'ipotesi secondo cui sia la descrizione contenuta al primo periodo che la lista di ambiti di intervento sono decisive ai fini dell'individuazione della competenza dell'Unione in materia penale; in base a tale ricostruzione, quindi, l'Unione ha competenza a condizione che il reato rientri tra quelli previsti nella lista di cui al secondo periodo e che la disciplina da approntarsi riguardi norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transfrontaliera.

Si ritiene di aderire all'argomento sostenuto da chi¹¹⁸⁵ ha evidenziato che la prima ipotesi non è sostenibile dal momento che non sarebbe comprensibile il motivo per cui il Trattato abbia disposto che sia necessaria una decisione del Consiglio al fine di estendere la lista di sfere di criminalità se la lista contenuta nell'art. 83 rivestisse solo carattere esemplificativo. La previsione che la decisione del Consiglio debba essere adottata all'unanimità conferma ulteriormente questa ipotesi, poiché non sarebbe ragionevole prevedere una tale procedura per modificare un elenco di soli esempi.

Quanto alla seconda interpretazione secondo cui l'Unione può legiferare solo nell'ambito delle sfere di criminalità elencate, assumendo la descrizione del primo periodo una valenza meramente descrittiva, quest'ultima è smentita dal fatto che, sebbene alcune delle ipotesi elencate nell'articolo

1183 Nell'elenco contenuto nell'art. 83 TFUE non è menzionata la lotta alla frode che era, invece, prevista dall'art. 29 TUE pre-Lisbona. Si è ipotizzato che tale omissione sia dovuta al fatto che la competenza dell'Unione a mettere in atto una disciplina idonea a combattere tale reato è prevista da un'autonoma disposizione (art. 325 TFUE).

1184 Sul punto si legga P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., pp. 80-85.

1185 Tra gli altri si legga C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht*, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Heidelberg, 2011, p. 413; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2010, p. 370; SUHR in C. CALLIESS, M. RUFFERT, *EUV/AEUV*, cit., paragrafi 9-10.

in questione rispondano ai requisiti alla descrizione generale effettuata nel primo periodo¹¹⁸⁶, altre ipotesi, come quello della criminalità informatica o della corruzione, non presentano sempre tutti i requisiti previsti dalla descrizione sopra analizzata¹¹⁸⁷.

La competenza dell'Unione, aderendo alla seconda ipotesi, pertanto sarebbe ritenuta sussistente in tutti i casi in cui un reato rientri in una delle sfere di criminalità elencate nel secondo periodo del primo paragrafo, anche nei casi in cui lo stesso non assuma una particolare gravità o non rivesta una dimensione transnazionale. Tale assunto non sembra essere quanto previsto dal legislatore europeo, considerata, altresì, la collocazione della descrizione generale delle caratteristiche che i reati di competenza dell'Unione devono possedere.

Un ulteriore elemento portato a sostegno della tesi per cui andrebbe sposata la terza ipotesi ricostruttiva risiede nel fatto che la descrizione generale dei reati oggetto della competenza europea sia stata collocata nel primo periodo del primo paragrafo e non nel terzo periodo in cui è prevista la possibilità per il Consiglio di estendere l'elenco delle sfere di criminalità; per tale motivo, secondo parte della dottrina¹¹⁸⁸ il legislatore europeo non avrebbe inteso quella descrizione come esclusivamente riferita ad orientare le scelte del Consiglio nel momento di estensione della lista, ma, al contrario l'avrebbe prevista al fine di delimitare ulteriormente l'ambito di competenza dell'Unione in tali materie.

In tal modo verrebbe, quindi, avvalorata la terza ipotesi¹¹⁸⁹ per cui l'Unione, ai sensi del primo paragrafo dell'art. 83 TFUE, non sarebbe competente a regolare tutte le fattispecie di reato rientranti nell'ambito delle sfere di criminalità elencate, ma potrebbe disciplinare solo quelle che, oltre a rientrare in tali sfere di criminalità posseggano anche tutti i requisiti previsti dalla descrizione generale di cui al primo periodo¹¹⁹⁰.

Occorre, tuttavia, in tale sede, sollevare alcuni rilievi critici a tale ricostruzione.

In primo luogo, occorre rilevare che non è condivisibile l'argomento secondo cui non sembra

1186Si veda in tal senso il terrorismo e la tratta degli esseri umani, che, per loro natura, rivestono normalmente una dimensione transnazionale e sono di grave entità.

1187Quanto ai reati di criminalità informatica è, infatti, possibile prevedere anche ipotesi delittuose di minore entità che non rispondono al requisito di essere "reati gravi" di cui al primo periodo del primo paragrafo. Sotto diverso profilo, lo stesso ragionamento può essere effettuato in relazione al reato di corruzione che, non necessariamente riveste una dimensione transnazionale.

1188Si legga, in tal senso, H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, 2012, p. 76.

1189Ritiene la terza soluzione ermeneutica la più ragionevole interpretazione possibile P. ASP in *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., pp. 83-84, il quale afferma che "the most reasonable interpretation is (iii), i.e., that both (a) the generic requirements and (b) the list requirement must be fulfilled for the EU to have the competence to take a certain instrument".

1190Occorre sottolineare che alcuni autori hanno comunque sottolineato che tale distinzione tra seconda e terza interpretazione, pur essendo valida a livello teorico, sfuma nella pratica, in quanto ogni iniziativa legislativa dell'Unione deve comunque essere rispettosa dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, i quali, in tale ambito si traducono, di fatto, nella verifica del rispetto della dimensione transnazionale del reato commesso e della serietà dello stesso. Come, infatti, letteralmente si esprime P. ASP (*The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 84): "the justification of the conclusion that a certain legislative initiative fulfils the subsidiarity requirement will normally entail references to the fact that the offence to be regulated has, or at least can have, a cross-border dimension and therefore cannot be left to the single Member States".

ragionevole ritenere che il legislatore europeo abbia voluto assegnare all'Unione una competenza normativa nelle sfere di criminalità elencate nel primo paragrafo dell'art. 83 TFUE¹¹⁹¹, senza che in merito alle stesse venga comunque scrutinata la sussistenza di tutti i requisiti previsti dal primo paragrafo dell'articolo, ossia, in particolare, la gravità del reato e la sua dimensione transnazionale.

La principale ragione che ci porta a dissentire sul punto consiste nel fatto che sembra che sia stata operata un'inversione del rapporto di cause ed effetti. Non può, infatti, desumersi dal fatto che non si ritenga ragionevole assegnare all'Unione la competenza a regolare i reati di lieve entità e privi di dimensione transnazionale, in disparte il controllo di proporzionalità e sussidiarietà che deve essere operato in rapporto all'emanazione di qualsiasi atto dell'Unione, il fatto che l'Unione non abbia competenza a disciplinarli.

Deve, al contrario, essere previamente definita la competenza dell'Unione in tale ambito, e, in secondo luogo, in base ai criteri definatori che sono stati forniti della stessa dal legislatore, definire quali reati rientrino nella propria competenza e quali, invece, no.

In secondo luogo, dal punto di vista sistematico, una lettura congiunta del primo e del secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE sembra far ritenere che l'intenzione del legislatore europeo sia stata proprio quella di prevedere due distinte ipotesi di competenza dell'Unione europea in materia penale. In particolare, nelle sfere di criminalità di cui al primo comma l'Unione sarebbe competente a legiferare e a disciplinare tutte le fattispecie di reato rientranti negli ambiti espressamente elencati, salvo il controllo del rispetto del principio di proporzionalità e di sussidiarietà.

Il fatto che, come evidenziato dalla dottrina che sostiene che la terza ipotesi sia la più ragionevole, il controllo del rispetto del principio di sussidiarietà possa risolversi, in pratica, nel controllo della gravità del reato e della dimensione transnazionale dello stesso¹¹⁹² non prova il fatto che l'Unione debba scrutinare anche nelle sfere di criminalità ivi elencate che i reati in questione si riferiscano a “sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transfrontaliera”, in quanto si ritiene che questa valutazione nei particolari ambiti elencati nel secondo periodo del primo paragrafo sia già stata operata *ex ante* dal legislatore.

Nel caso di una diversa interpretazione non si vede perché il legislatore avrebbe dovuto

1191 In tal senso P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 83, il quale scrive: “*Due to this, the third alternative is arguably the most reasonable interpretation of the article. Otherwise, the EU would—save that considerations of subsidiarity and proportionality might come into play—have the competence to regulate, for example, minor computer criminal infringements. This cannot reasonably have been the intention of the drafters. This conclusion is further supported by the fact that the generic requirements are placed in subsection 1 of Article 83(1) TFEU. If these requirements would have been intended to be of importance merely in relation to decisions to extend the list, they would most likely have been placed in subsection 3*”.

1192 A tale riguardo, occorre notare che l'ampia interpretazione del concetto di transnazionalità fatta propria dall'Unione e non contestata dagli Stati membri, cui si è fatto riferimento nel testo, e l'altrettanto ampia interpretazione del concetto di gravità del reato portano, altresì, a ritenere che lo scrutinio di sussidiarietà non si risolva necessariamente, neanche in pratica, a meno che non si intenda ridurre al minimo la possibilità di intervento dell'Unione e vanificare le novità apportate dal Trattato di Lisbona in tema di competenza, l'assimilazione della verifica del rispetto di questi principi con il controllo della sussistenza della gravità del reato e del carattere transnazionale dello stesso.

testualmente indicare, in via esplicativa rispetto al periodo precedente, “*dette sfere di criminalità sono le seguenti*”¹¹⁹³ (il corsivo è nostro). Dalla lettera della norma si desume che il legislatore ha ritenuto che in ogni caso quelle sfere di criminalità rientrassero nella competenza dell'Unione e, quindi, in quei casi il legislatore europeo è sempre dotato della competenza ad adottare una disciplina a livello europeo¹¹⁹⁴.

La definizione contenuta nel primo periodo, non risulta, tuttavia, inutile ma, al contrario, essenziale sia per definire i casi in cui il Consiglio può estendere la lista delle sfere di criminalità in cui l'Unione è competente a legiferare, che al fine di delineare i settori di intervento in relazione ai quali l'Unione può predisporre una legislazione penale ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE, di cui andremo ora ad occuparci¹¹⁹⁵.

Ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE, “allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione,” il legislatore europeo può adottare “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione [...*omissis*] tramite direttive”, attraverso la procedura legislativa, ordinaria o speciale, utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione nel settore oggetto di intervento.

La previsione di un tale strumento risulta di particolare importanza poiché consente di estendere l'azione dell'Unione in materia penale anche al di là delle sfere di criminalità citate in precedenza a condizione che sia necessario per garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione nel settore armonizzato.

Questa disposizione crea la base giuridica per armonizzare le discipline penali nazionali, codificando quanto era stato precedentemente affermato dalla Corte di Giustizia nei noti casi in materia ambientale *Commissione c. Consiglio* del 2005 e del 2007¹¹⁹⁶ e nel precedente caso del *mais*

1193Nella versione inglese o francese del Trattato la dicitura non cambia. La versione inglese recita: “*These areas of crime are the following*”. Nella versione francese si legge: “*Ces domaines de criminalité sont les suivants*”.

1194Ha implicitamente aderito a tale impostazione anche la Commissione nella comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 6, in cui ha affermato che secondo il Trattato, i cosiddetti eurocrimini (ossia la lista di reati contenuta al terzo periodo del primo paragrafo) sono reati che meritano, per definizione, “*un approccio a livello di Unione europea, in ragione della loro natura particolarmente grave e della loro dimensione transnazionale*”.

1195In tal senso risulta difforme quanto sostenuto da D. FLORE, il quale ritiene che, adottando quale base giuridica l'art. 83, par. 2 TFUE, l'Unione può adottare regole minime in materia penale in tutti i settori di criminalità non contemplati nell'art. 83, par. 1 TFUE, potendo coprire tutte le politiche dell'Unione e senza dover necessariamente rispettare il requisito della dimensione grave e transnazionale dei crimini presi in considerazione. D. FLORE (avec la collaboration de S. BOSLY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, **2014 (2 edizione)**, p. 131. Nello stesso senso M. MIGLIETTI, *The First Exercise of Article 83 (2) TFUE under Review: An Assessment of the Essential Need for Introducing Criminal Sanctions*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 1, p. 8.

1196Si fa riferimento alle più volte citate decisioni *Commissione c. Consiglio*, caso C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc. p. I-7879* e *Commissione c. Consiglio*, caso C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc. p. I-9097*, in cui è stato riconosciuto il potere della Comunità di imporre agli Stati membri l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, se indispensabili per garantire la piena efficacia delle norme comuni, pur escludendosi la

greco del 1989¹¹⁹⁷.

In tali occasioni la Corte ha sostenuto che il legislatore comunitario possa imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, allorché l'applicazione di tali sanzioni da parte delle competenti autorità nazionali costituisca una misura indispensabile per garantire la piena effettività della politica comunitaria emanata nell'ambito di tale settore¹¹⁹⁸.

L'art. 83, par. 2 TFUE, pur recependo quanto precedentemente affermato dalla Corte di Giustizia, ne ha limitato la portata rispetto ad alcuni elementi e, al tempo stesso, ne ha esteso il *dictum* quanto ad altri aspetti.

In particolare, sebbene sia stata affermata anche dal testo dell'art. 83, par. 2 TFUE la necessità di emanare a livello sovranazionale misure penali, allorché ciò si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione¹¹⁹⁹, l'art. 83, par. 2 subordina il ravvicinamento delle disposizioni nazionali ad una previa armonizzazione della politica presa in esame¹²⁰⁰.

L'adozione di un atto di diritto secondario che armonizzi la legislazione a livello penale è, quindi, subordinato all'esistenza di uno strumento di armonizzazione nel settore in considerazione.

competenza della Comunità a determinare il tipo e il livello delle sanzioni penali applicabili.

1197Corte di Giustizia *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979.

1198La Commissione ha citato l'esempio delle norme dell'Unione sulla condotta sui mercati finanziari come esempio significativo in cui il diritto penale potrebbe rappresentare un utile strumento aggiuntivo al fine di garantire l'applicazione efficace delle politiche dell'Unione. Riportando le parole utilizzate dalla Commissione, “*Come ha dimostrato la crisi finanziaria, le norme dei mercati finanziari non sempre sono sufficientemente rispettate ed applicate. Ciò può gravemente minare la fiducia nel settore finanziario. Una maggior convergenza, anche in diritto penale, tra regimi giuridici degli Stati membri può essere utile a prevenire il rischio di un funzionamento scorretto dei mercati finanziari e può aiutare ad instaurare parità di condizioni nel mercato interno.* Commissione, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, cit., p. 6.

1199A tal proposito la Commissione afferma che le politiche dell'Unione interessano una vasta gamma di materie, in cui sono state sviluppate norme comuni a livello europeo. Al fine di garantire l'uniforme attuazione nei diversi Stati membri del diritto dell'Unione, in seguito ad una valutazione caso per caso degli specifici problemi di applicazione in un determinato settore d'intervento, può risultare necessario prevedere una legislazione europea che armonizzi il livello delle sanzioni, se necessario, di natura penale. “*In tutti questi settori gli Stati membri sono obbligati a garantire che le violazioni del diritto dell'Unione siano sanzionate con pene effettive, proporzionate e dissuasive. Di norma, essi hanno la possibilità di scegliere la natura della sanzione, che può non essere penale ma anche solo amministrativa. Se la discrezionalità lasciata agli Stati membri nel dare attuazione al diritto dell'Unione non porta all'auspicata efficace applicazione, può risultare necessario regolamentare a livello di Unione, mediante norme minime, quali sanzioni gli Stati membri debbano prevedere nei loro ordinamenti nazionali. Qualora, in particolare, dall'analisi dell'attuale normativa sulle sanzioni di natura penale o amministrativa, emergano sostanziali divergenze fra gli Stati membri che portino ad un'applicazione incoerente delle norme dell'Unione, verrà preso in considerazione il ravvicinamento dei livelli delle sanzioni. Se l'intervento dell'Unione risulta necessario, occorre che il suo legislatore decida se servano sanzioni penali o siano sufficienti sanzioni amministrative comuni. Questo dipenderà da una valutazione caso per caso degli specifici problemi di applicazione in un determinato settore d'intervento sulla base dei principi ispiratori sopra descritti*”. Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, cit., pp. 11-12.

1200Si veda, a tal proposito, quanto disposto dall'articolo 83, par. 2 TFUE, il quale così recita: “*allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76*”.

Nella Comunicazione del 2011 sopra menzionata¹²⁰¹, la Commissione suddivide i settori di intervento armonizzati in due categorie.

Include nella prima categoria quei settori in cui è già stata operata una valutazione circa l'essenzialità di adottare misure penali a livello di Unione, mentre inserisce nella seconda quei settori di intervento armonizzati in cui ritiene che possa essere ulteriormente esaminato il ruolo del diritto penale come strumento necessario per garantire un'applicazione efficace delle politiche dell'Unione. Occorre sottolineare che l'elenco proposto dalla Commissione non è, per ammissione della stessa, tassativo bensì meramente esemplificativo e passibile di una successiva valutazione nel caso in cui si individuassero ulteriori settori d'intervento armonizzati in cui risultasse necessaria la predisposizione di una disciplina penale comune al fine di garantire la corretta attuazione della disciplina europea in tutti gli Stati membri¹²⁰².

Quanto ai settori rientranti nella seconda categoria, la Commissione ha sottolineato che devono essere soggetti ad un “esame più approfondito per valutare se e in quali ambiti norme minime che definiscono i reati e le sanzioni possano risultare essenziali al fine di garantire l'attuazione efficace della normativa dell'Unione”.

Nell'esame da compiere gli elementi di cui tener conto sono, secondo quanto affermato dalla Commissione, la gravità e la natura della violazione delle norme, per cui in casi particolarmente gravi una sanzione amministrativa non può essere ritenuta una risposta sufficientemente forte, considerata la forza di maggiore deterrenza che le sanzioni penali rivestono, in quanto puniscono comportamenti ritenuti riprovevoli dalla società.

Al tempo stesso, nella scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, occorre anche tener conto della protezione che viene accordata ai diritti dell'imputato, la quale è generalmente maggiore nei procedimenti penali.

Infine, l'ultimo elemento da tenere in considerazione consiste nella garanzia dell'efficacia del sistema sanzionatorio.

La Commissione menziona tra i settori armonizzati rientranti nella prima categoria il settore finanziario, in cui sono compresi, ad esempio, le manipolazioni del mercato o l'abuso di

1201Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def.. La Commissione ha anche istituito un gruppo di esperti sulla politica penale dell'Unione, con funzioni consultive per la stessa Commissione con decisione del 21 febbraio 2012, GUUE C 53, 9.

1202La Commissione si riserva altresì la facoltà di valutare “ulteriormente i modi in cui il diritto penale può contribuire alla ripresa economica sostenendo l'azione di contrasto all'economia illegale e alla criminalità finanziaria”. Si veda, in tal senso, la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, cit., p. 12.

informazioni privilegiate¹²⁰³, la lotta alla frode ai danni degli interessi finanziari dell'Unione europea¹²⁰⁴ e la tutela dell'euro contro la contraffazione mediante il diritto penale.

Sono, invece, stati previsti dalla Commissione nella seconda categoria di settori d'intervento il trasporto su strada, per quanto riguarda, ad esempio, le violazioni gravi delle norme dell'Unione in materia sociale, tecnica, di sicurezza e di mercato per i trasporti professionali¹²⁰⁵; la protezione dei dati personali, in caso di violazioni gravi delle norme dell'Unione vigenti¹²⁰⁶; la normativa doganale, quanto al ravvicinamento delle definizioni degli illeciti doganali e delle relative sanzioni¹²⁰⁷; la tutela dell'ambiente, qualora la normativa di diritto penale esistente in questo settore¹²⁰⁸ richieda un ulteriore rafforzamento in futuro, al fine di prevenire e sanzionare disastri ambientali; la politica della pesca, in cui l'Unione europea ha adottato una campagna di "tolleranza zero" contro la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata; le politiche del mercato interno, al fine di contrastare pratiche illegali gravi come la contraffazione e la corruzione o il conflitto di interessi non dichiarato nell'ambito di appalti pubblici¹²⁰⁹. Come è stato notato da attenta dottrina¹²¹⁰ risulta sorprendente il fatto che non sia stata inserita nella lista la contraffazione dei prodotti, la sicurezza alimentare e la corruzione, considerato, in particolare, che in relazione a quest'ultima era già stata adottata una direttiva-quadro che dettava dei principi comuni nel settore¹²¹¹.

In riferimento al requisito secondo cui il ravvicinamento della disciplina penale degli Stati membri in materia penale è possibile solo in settori che sono già stati oggetto di armonizzazione, occorre

1203A tal proposito nella Comunicazione è fatta menzione della comunicazione della Commissione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*, COM(2010) 716 definitivo, dell'8 dicembre 2010, p. 14.

1204Per cui si veda una comunicazione della Commissione del 2011 in cui sono stati previsti una serie di strumenti che dovrebbero essere usati per rafforzare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione; tra essi si possono annoverare la procedura penale, le definizioni comuni dei reati e le norme sulla competenza giurisdizionale. *La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative. Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti*, COM(2011) 293 definitivo, del 26 maggio 2011, p. 10.

1205Per cui si veda il documento di lavoro dei servizi della Commissione SEC (2011) 391 del 28.3.2011, che accompagna il Libro bianco *Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti - Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*, COM(2011) 144, del 28 marzo 2011, punto 176.

1206Il cui punto di riferimento citato dalla Commissione nella comunicazione del 2011 consiste nella comunicazione *Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea*, COM(2010) 609 definitivo, del 4 novembre 2010, p. 9.

1207A tal riguardo la Commissione rinvia alla comunicazione della Commissione *Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei - Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma*, COM(2010)171 definitivo, del 20 aprile 2010, p. 22.

1208Per quanto riguarda la disciplina di diritto penale esistente in materia ambientale si veda la Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente (GU L 328 del 6.12.2008, p. 28) e la direttiva 2009/123/CE, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (GU L 280 del 27.10.2009, p. 52).

1209La lista di materie redatta dalla Commissione nella Comunicazione del 2011 è in parte diversa da quella proposta da Tiedemann nel 2002. Dovevano, infatti, secondo quest'ultimo, essere incluse nella lista la politica europea sul lavoro, la politica europea relativa agli alimenti, la politica europea sulla concorrenza, la politica relativa all'ambiente, la politica relativa alle società e alle procedure d'insolvenza, la politica europea relativa alla proprietà intellettuale (soprattutto inerente i brevetti) e la politica concernente le misure di embargo commerciale. Si veda, in tal senso, K. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Kolonia, 2002.

1210Si veda al riguardo J.A. VERVAELE, *The european union and harmonization of the criminal law enforcement of union policies: in search of a criminal law policy?*, in I. CAMERON, M. ULVANG, *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala, 2014.

1211Per cui si veda la Decisione quadro 2003/568/JHA sulla lotta alla corruzione nel settore privato.

esaminare due diversi profili. In primo luogo, occorre determinare se sia richiesto un determinato livello di armonizzazione oppure no e, in secondo luogo, bisogna comprendere quale sia il rapporto che deve intercorrere tra l'atto che armonizza il settore preso in considerazione e la direttiva che poi andrà ad armonizzare la disciplina in materia penale.

Quanto alla portata delle misure di armonizzazione che devono sussistere in un determinato settore, il legislatore non ha previsto che sia necessario verificare il raggiungimento di un determinato livello di armonizzazione.

Si ritiene, pertanto, che sia sufficiente la presenza di un atto che armonizzi le regole del settore di riferimento, indipendentemente dal grado di armonizzazione raggiunto¹²¹². A tal proposito, occorre, tuttavia, sottolineare che l'esigenza di adottare una normativa penale solo come ultima risorsa nel caso in cui gli altri mezzi non garantiscano un'adeguata attuazione del diritto dell'Unione implica il corollario che non sarà possibile ritenere necessario predisporre una legislazione penale armonizzata nei casi in cui il settore di riferimento sia stato soggetto solo a misure di armonizzazione marginale o meramente superficiale¹²¹³. Il grado di armonizzazione del settore di riferimento è, quindi, indirettamente dettato dalla necessità di predisporre sanzioni penali quale *ultima ratio*.

Quanto all'interpretazione dell'espressione “settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione”¹²¹⁴ (il corsivo è nostro), sono state sostenute due diverse interpretazioni, di cui una più attinente al dato letterale ed un'altra, invece, più ampia.

La formulazione letterale dell'espressione ora menzionata ha portato alcuni autori¹²¹⁵ a ritenere che le misure di armonizzazione di natura penale non potessero essere incluse nella stessa direttiva emanata per armonizzare la disciplina di un certo settore di riferimento. Il ravvicinamento della disciplina in materia penale sarebbe, quindi, subordinata alla previa adozione di una disciplina che armonizzi il settore in questione.

1212Nello stesso senso anche A. WEYEMBERGH (in collaboration with S. DE BIOLLEY), *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, cit., p. 17 e V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 112.

1213Si veda, al riguardo, in parziale accordo con quanto affermato nel testo, P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 135.

1214Nella versione inglese o francese del Trattato la dicitura non cambia. La versione inglese recita: “in an area which has been subject to harmonisation measures”. Nella versione francese si legge: “dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation”. Il corsivo è nostro in entrambe le versioni linguistiche per evidenziare l'aspetto che in tale sede interessa esaminare dal punto di vista ermeneutico.

1215C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2011; D. FLORE (avec la collaboration de S. BOSLY), *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Larcier, anno di pubblicazione (2 edizione), p. 130, il quale, tuttavia, prende atto del fatto che, nella pratica, in alcune occasioni il legislatore europeo ha deciso di adottare simultaneamente i due atti. In particolare, nel corpo del testo si legge: «[omissis...] le traité ne permet pas d'adopter dans un seul instrument les dispositions prises dans le cadre de la politique concernée et les dispositions pénales destinées à garantir l'effectivité de cette politique. Il y a donc nécessairement deux instruments différents, pris sur des bases juridiques différentes, ce qui n'est pas sans conséquence». Si legga anche SUHR in C. CALLIESS, M. RUFFERT, *EUV/AEUV*, cit., Articolo 83, paragrafo 25 e VOGEL in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, cit., articolo 83 paragrafo 77.

Oltre all'argomento letterale, la tesi in esame poggia anche sull'argomento secondo cui tale interpretazione sarebbe rispettosa del principio di *ultima ratio*; la previa predisposizione di una disciplina uniforme in materia garantirebbe, infatti, che prima di ricorrere all'utilizzo di sanzioni penali, il legislatore abbia compiuto il tentativo di disciplinare la materia senza il ricorso ad esse e abbia cercato di assicurarne il rispetto mediante strumenti diversi da quello penale¹²¹⁶.

Tale impostazione è stata messa in discussione da chi¹²¹⁷ l'ha ritenuta “un po' troppo formalistica”¹²¹⁸. Tali autori hanno, infatti, messo in rilievo la circostanza che l'espressione utilizzata dal legislatore non impone che sia adottata in un momento temporale precedente la direttiva che armonizza il settore di riferimento e, solo successivamente, la direttiva che predispose le sanzioni penali, ma indica solo il fatto che la direttiva che predispose il sistema sanzionatorio penale sia connessa ad uno strumento che predisponga un ravvicinamento delle disposizioni in quel determinato settore. Lo spazio temporale intercorrente tra i due atti è, secondo questa seconda interpretazione, del tutto irrilevante¹²¹⁹.

Il legislatore europeo potrebbe, quindi, adottare misure di armonizzazione della materia e misure di armonizzazione della legislazione penale degli Stati membri con lo stesso strumento normativo.

L'adozione congiunta delle due misure, del resto, non mina neanche il principio di *ultima ratio* in quanto, prima di adottare una direttiva di ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale al fine di garantire l'efficace attuazione di una politica dell'Unione, il legislatore europeo deve operare uno scrutinio al fine di valutare se la predisposizione di una disciplina armonizzata a livello penale sia necessaria e sia l'unica risorsa atta a garantire l'effettiva attuazione del diritto europeo, indipendentemente dal fatto che le misure adottate siano contenute in unico atto o in due atti diversi.

L'unico limite all'adozione delle due misure nello stesso atto posto in evidenza dagli stessi sostenitori di tale interpretazione consiste nella previsione all'interno del Trattato del freno di emergenza, che si applica solo alle misure in materia penale, ai sensi dell'articolo 83 TFUE, e alla speciale situazione di Danimarca, Regno Unito e Irlanda quanto all'applicabilità nei loro confronti

1216Si veda, in tal senso, anche J. ÖBERG, *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*, in *European of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, pp. 315 e seguenti.

1217Si veda, tra di essi, P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 134; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press, anno di pubblicazione (3 edizione), p. 775 e seguenti; VOGEL in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union* (versione elettronica), München 2011, Articolo 83, paragrafo 77.

1218L'espressione è di P. ASP, il quale ha scritto: “*However, it can be questioned whether this interpretation is not a bit too formalistic*”. Si legga, al riguardo, P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 134.

1219Nella pratica questa seconda accezione è testimoniata da quanto deciso dal legislatore europeo in materia di abuso di mercato. In tal caso, infatti, i due atti sono stati adottati simultaneamente. Si veda, in tal senso, il regolamento (UE) n. 596/2014 del parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 sull'abuso di mercato, abrogante la direttiva 2003/124/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive della Commissione 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE (GOUE L 173 del 12 giugno 2014 pp. 1-61) e la direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali applicabili alle fattispecie di abuso di mercato (GOUE L 173 del 12 giugno 2014, pp. 179-189).

delle misure adottate nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Si verrebbe, infatti, a creare una situazione in cui tutti gli Stati membri sarebbero obbligati a rispettare l'atto di armonizzazione della disciplina in generale, mentre alcuni sarebbero esonerati dal garantire l'attuazione del secondo strumento, ossia quello contenente la predisposizione delle sanzioni penali applicabili in caso di mancata attuazione del primo. In particolare, la Danimarca sarebbe esclusa e il Regno Unito e l'Irlanda potrebbero decidere se aderire o meno alla direttiva che regolamenterà la materia.

L'adozione di due atti distinti sarebbe, quindi, in tal senso, preferibile al fine di evitare successivamente i potenziali problemi che potrebbero sorgere in caso di applicazione differenziata dello stesso strumento normativo.

Passando ad esaminare gli ulteriori punti di contatto e rilevando, al contrario, gli elementi in cui l'articolo 83 TFUE si differenzia da quanto affermato dalla Corte di Giustizia nei noti casi ambientali sopra citati, possiamo procedere a raggrupparli nel modo seguente.

La competenza di cui all'art. 83, par. 2 TFUE è più circoscritta rispetto a quella delineata dalla Corte di Giustizia in relazione ad almeno tre diversi aspetti.

In primo luogo, l'art. 83, par. 3 TFUE prevede la possibilità di azionare il cosiddetto freno di emergenza di cui abbiamo parlato all'inizio del paragrafo, mentre alcuna limitazione di tal sorta era possibile leggere in quanto affermato dalla Corte.

In secondo luogo, l'articolo 83 TFUE si riferisce al ravvicinamento delle legislazioni nazionali per il tramite delle direttive, mentre la competenza che la Corte aveva riconosciuto alla Comunità nelle sentenze del 2005 e del 2007 non si riferiva, almeno esplicitamente, ad alcuno strumento normativo. Infine, occorre rilevare che la competenza desumibile dalle decisioni della Corte era applicabile a tutti gli Stati membri, mentre la competenza attribuita all'Unione in base all'art. 83 TFUE non lo è, data la particolare esenzione di cui godono Danimarca, Regno Unito e Irlanda.

La competenza attribuita all'Unione dall'articolo in commento risulta, invece, più ampia di quella prevista dalla Corte di Giustizia con riferimento ai settori oggetto di armonizzazione. Mentre dalla giurisprudenza della Corte non era, infatti, dato esplicitamente desumere se la competenza della Comunità si estendesse ad altri settori che non fossero quello ambientale, l'art. 83, par. 2 TFUE è chiaro in tal senso¹²²⁰.

4.1.1.1.20 L'armonizzazione delle regole di diritto penale processuale (art. 82 TFUE)

¹²²⁰Si veda al riguardo A. WEYEMBERGH, (in collaboration with S. DE BIOLLEY), *Approximation of substantive criminal law: the new institutional and decision-making framework and new types of interaction between EU actors*, cit., p. 17 e P. SIMON, *The criminalisation power of the EU after Lisbon and the principle of democratic legitimacy*, in *NJECL*, 3, 2012, p. 250.

Quali sono le disposizioni contenute nei Trattati che permettono di individuare la giurisdizione della Procura europea e le regole procedurali alle quali lo stesso si deve attenere?

La definizione di norme processuali comuni a livello europeo, come mostrato anche dal progetto di ricerca condotto dall'Università di Lussemburgo tra febbraio 2010 e marzo 2012 (ci riferiamo alle cosiddette *Model Rules*¹²²¹), è coesistente alla creazione di una Procura europea poiché la predisposizione di regole uniformi non solo contribuirà a rendere più efficaci le indagini svolte dalla stessa, ma garantirà anche il rispetto dei diritti delle vittime, degli imputati e di tutti i soggetti coinvolti nelle indagini, in aderenza a quanto stabilito dalla CEDU, come interpretata dalla Corte europea dei Diritti dell'Uomo, e a quanto affermato in tema di diritti fondamentali dalla Carta europea dei diritti fondamentali allegata ai Trattati in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona.

Prima delle modifiche da quest'ultimo inserite non esisteva nel corpo dei Trattati una disposizione che consentisse l'armonizzazione della legislazione in materia processuale penale. Mentre l'art. 31, lett. e) del TUE-pre Lisbona prevedeva, infatti, la possibilità di adottare misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e delle sanzioni, non vi era alcuna norma simile relativamente all'armonizzazione delle discipline penali processuali.

L'unica disposizione che poteva essere invocata in tal senso era l'articolo 31, lett. c) TUE pre-Lisbona, il quale permetteva, nella misura in cui ciò risultasse necessario per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale, di assicurare la “compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri”¹²²².

La Commissione aveva fatto ricorso a questa base giuridica per adottare la proposta di decisione-quadro relativa ai diritti procedurali accordati nell'ambito dei sistemi processuali penali in seno all'Unione europea¹²²³.

Numerosi Governi nazionali (tra cui quello irlandese, austriaco, ceco, slovacco, danese e maltese) e molte Camere parlamentari (tra cui il Senato francese e la Camera dei Comuni inglese) avevano,

1221Le *Model Rules* sono consultabili al seguente indirizzo online: <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules>. I risultati dello studio condotto sotto la supervisione della Professoressa Katalin Ligeti sono stati successivamente pubblicati nei seguenti volumi: K. LIGETI, *Toward a Prosecutor for the European Union. A comparative analysis*, Volume 1, Oxford, 2012; K. LIGETI, *Toward a Prosecutor for the European Union. Draft Rules of Procedure*, Volume 2, Oxford, 2013.

1222L'art. 31 TUE pre-Lisbona disponeva espressamente in tal senso: “l'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: a) la facilitazione e l'accelerazione della cooperazione tra i ministeri competenti e le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione ai procedimenti e all'esecuzione delle decisioni; b) la facilitazione dell'extradizione fra Stati membri; c) la garanzia della compatibilità delle normative applicabili negli Stati membri, nella misura necessaria per migliorare la suddetta cooperazione; d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri; e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti”.

1223Ci riferiamo nel testo alla Proposta di decisione-quadro relativa a certi diritti procedurali accordati nell'ambito delle disposizioni processuali in seno all'Unione europea, del 28 aprile 2004, COM (2004) 328 definitivo, 2004/0113 (CNS) {SEC(2004) 491}. La Commissione giustificava il ricorso a questa base giuridica ritenendo che la disposizione rappresentasse il complemento necessario alle misure di mutuo riconoscimento destinate ad incrementare l'effettività delle indagini.

tuttavia, aspramente contestato la scelta di tale base giuridica¹²²⁴. L'assenza di una specifica base giuridica che consentisse di armonizzare la disciplina processuale penale ha portato il Consiglio europeo ad affermare nel programma di Stoccolma che una delle principali cause di inefficacia delle misure di riconoscimento reciproco era proprio la mancanza di fiducia reciproca tra Stati membri, la quale era dovuta alla mancanza di uniformità delle discipline nazionali penali.

Nel corpo del programma si leggeva che l'Unione doveva rafforzare la fiducia reciproca “*en instituant les droits minimaux nécessaires au développement du principe de reconnaissance mutuelle et en établissant des règles minimales concernant la définition des infractions et des sanctions pénales conformément au traité*”¹²²⁵.

La Commissione ha in seguito preso atto di quanto affermato nel Programma di Stoccolma e ha ribadito che per rinforzare la fiducia reciproca sarebbe stato necessario procedere all'instaurazione di norme minime comuni nell'ambito del diritto penale, sia sostanziale che processuale¹²²⁶.

La differenza esistente tra le legislazioni di molti Stati membri dell'Unione e la scarsa conoscenza del funzionamento e dei principi sottesi ai sistemi giuridici diversi dal proprio hanno molto spesso costituito un ostacolo all'instaurazione di un clima di fiducia reciproca tra Stati membri¹²²⁷.

Il mandato di arresto europeo ne è un esempio calzante. La decisione quadro del 2002¹²²⁸ sul mandato di arresto europeo rappresenta, infatti, il primo atto con cui si è concretamente tentato di creare uno spazio giudiziario europeo che si fondasse sul principio del mutuo riconoscimento.

L'emissione del *Mandato di Arresto Europeo* da parte delle competenti autorità di uno Stato membro impone allo Stato richiesto la consegna della persona perseguita e le ragioni da quest'ultimo portate a sostegno di un eventuale rifiuto sono estremamente limitate ed interpretate restrittivamente dalla Corte di Giustizia¹²²⁹.

1224Si veda sul punto H. LABAYLE, *Les garanties procédurales dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice: histoire d'un blocage*, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO e A. LANG (a cura di), *Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 153 e seguenti.

1225In tal senso, si vedano i punti 1.2.1 e 3 del Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in Gazzetta ufficiale C 115 del 4.5.2010.

1226Si legga la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM (2010), 171 definitivo, *Mettere in atto uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia al servizio dei cittadini europei. Piano d'azione che mette in atto il programma di Stoccolma*.

1227Autorevole dottrina (R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 560) ritiene che, “sebbene sul piano logico la creazione di un ambiente giuridico più omogeneo si presti ovviamente a facilitare il riconoscimento delle decisioni degli altri Stati membri, ed anzi ne sia teoricamente addirittura un presupposto”, il Trattato non prevede un simile collegamento temporale tra i due obiettivi per ragioni politiche. Lo stesso afferma, infatti, che vi sono chiare indicazioni che permettono di affermare che il ravvicinamento delle legislazioni in materia penale “è impresa assai ardua e di lunga lena, e attenderne gli esiti avrebbe inevitabilmente ritardato la realizzazione” dell'obiettivo di assicurare il mutuo riconoscimento delle decisioni.

1228Cfr. Decisione-quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002 (GUCE L 190, 1).

1229Si vedano, tra le molte decisioni in tal senso, a titolo esemplificativo: Corte di Giustizia, *Santesteban Goicoechea*, caso C-296/08 PPU, del 12 agosto 2008, in *Racc.* p. I-6307; Corte di Giustizia, *Leyman e Pustovarov*, caso C-388/08 PPU, del 1 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-8983; Corte di Giustizia, *Mantello*, caso C-261/09, del 16 novembre 2010, in *Racc.* p. I-11477; Corte di Giustizia, *West*, caso C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), Corte di Giustizia, *Lopes Da Silva Jorge*, caso C-42/11, del 5 settembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); Corte di Giustizia, *Radu*, caso C-396/11, del 29 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); Corte di Giustizia, *Melloni*, caso C-399/11, del 26

La mancanza di fiducia reciproca tra gli Stati membri e l'assenza di norme comuni concernenti la definizione delle autorità giudiziarie competenti ad emettere il mandato di arresto o riguardanti altri aspetti della disciplina hanno portato la Commissione e il Parlamento europeo a constatare nei rapporti emessi in seguito all'adozione della misura¹²³⁰ la mancata realizzazione degli obiettivi previsti dalla decisione-quadro e la scarsa o inefficiente attuazione della stessa.

In particolare, a titolo di esempio, basti considerare che la decisione-quadro è stata modificata nel 2009¹²³¹, al fine di ovviare alle differenze di disciplina sussistenti nei casi in cui l'autore del reato fosse stato condannato in contumacia. Con le modifiche apportate dalla riforma sono stati individuati i presupposti comuni in base a cui si sarebbe potuto condannare un imputato in contumacia.

La pratica ha, perciò, mostrato che la definizione di regole comuni e di una disciplina armonizzata è necessaria anche e, soprattutto, in ambito processuale penale, onde evitare che le misure emanate al fine di garantire il mutuo riconoscimento delle decisioni e la cooperazione giudiziaria si rivelino del tutto inefficaci.

Per quanto riguarda, in particolare, l'attribuzione della giurisdizione e lo scambio di informazioni tra Stati membri, l'esigenza di predisporre un sistema di norme comuni a livello europeo è reso necessario dall'esigenza di evitare che vengano svolte più indagini in diversi Stati membri senza alcun coordinamento, che lo stesso soggetto corra il rischio di essere condannato due volte per lo stesso crimine, incorrendosi così nel divieto del *ne bis in idem*, o che, al contrario, in alcuni casi nessuno Stato si dichiari competente e si ricada nel problema opposto, ossia in quello di un conflitto negativo di giurisdizione.

Quanto appena affermato è testimoniato in modo assai calzante da quanto avvenuto nel caso di *Fortis Bank*.

L'esempio da ultimo citato¹²³² riguarda un caso piuttosto complesso che può essere riassunto nel modo seguente. Nel 2007, prima della crisi finanziaria, Banco Santander, Fortis Bank e la Royal Bank of Scotland ottennero il controllo della ABN Amro Bank pagando il totale di 72 miliardi ed effettuando uno dei più grandi accordi finanziari inerenti il settore finanziario degli ultimi anni.

L'operazione fu approvata dalla Commissione europea, ma sorsero problemi in quanto Fortis Bank stava attraversando un periodo di difficoltà finanziaria e la vendita di parte degli attivi a Deutsche

febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), e Corte di Giustizia *F.*, caso C-168/13, del 30 maggio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

1230Ci riferiamo nel testo al Rapporto della Commissione COM (2011), 175 definitivo, sull'attuazione a partire dal 2007 della decisione-quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 e alla risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 contenente delle raccomandazioni alla Commissione in merito alla necessità di revisione del *Mandato di Arresto Europeo*.

1231Cfr. la decisione-quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009, in GUCE, L 81, del 27 marzo 2009, p. 24.

1232Si legga, in tal senso, il contributo di J.A. VERVAELE, *European territoriality and jurisdiction: the protection of the EU's financial interests in its horizontal and vertical (EPPO) dimension*, in M. LUCHTMAN, *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime*, The Hague-Portland, 2013, pp. 167-184.

Bank non fu sufficiente a risolvere il problema. Fortis Bank decise, quindi, di reperire il denaro sufficiente per acquistare il controllo della ABN Amro Bank vendendo azioni nel mercato dei valori.

Nonostante la vendita delle azioni avesse riscosso successo e, quindi, la stessa fosse riuscita ad ottenere una certa somma di denaro, questo non fu abbastanza per garantire la stabilità finanziaria di Fortis Bank, la quale era sul punto del fallimento, se non fosse stato per il Governo del Belgio, dell'Olanda e del Lussemburgo, che decisero di intervenire e di nazionalizzare la banca, in parte smantellandola ed in parte mettendola in vendita. La nazionalizzazione e lo smantellamento della banca non furono in alcun modo dettate dall'esigenza di risolvere la situazione a livello integrato europeo, ma furono piuttosto dovute a meri interessi nazionali. In seguito, le competenti autorità nazionali belghe e olandesi iniziarono delle investigazioni contro Fortis Bank, poiché era stata riscontrata la commissione di numerosi reati di abuso di mercato.

Furono condotte indagini sia amministrative che penali parallelamente in Belgio e in Olanda e, alla fine delle indagini, venne accertata la commissione di reati da parte di Fortis Bank, la quale, quindi, fu condannata in Olanda al pagamento di una sanzione amministrativa, mentre in Belgio fu perseguita penalmente¹²³³.

Lo stesso soggetto giuridico era stato, quindi, condannato sia in via amministrativa che perseguito penalmente da parte delle autorità di due diversi Stati membri, a causa dell'assenza di coordinazione tra le autorità inquirenti dei due Stati. L'amministratore delegato di Fortis Bank eccepì subito la violazione del principio del *ne bis in idem* e affermò che l'imposizione delle sanzioni amministrative da parte delle autorità olandesi impediva alle autorità giudiziarie belghe di perseguirlo penalmente per lo stesso reato.

In tal caso, quindi, il principio regolatore della giurisdizione è stato, in ultima analisi, il divieto di violazione del *ne bis in idem*, il quale impedisce di punire due volte la stessa persona per lo stesso reato; è stata così, nel caso di specie, legittimata indirettamente l'imposizione della sanzione da parte del solo soggetto che l'ha per primo irrogata.

Questo esempio ci porta a concludere che non esiste ancora a livello europeo una regolamentazione comune concernente la coordinazione delle indagini e l'attribuzione di giurisdizione ad uno Stato piuttosto che ad un altro.

Le regole concernenti la giurisdizione sono ancora rimesse alla legislazione interna di ogni Stato membro. La scelta della legge applicabile è, inoltre, come evidente, strettamente collegata alla scelta della giurisdizione competente. La scelta della giurisdizione determina quale legge sarà applicabile e la legge applicabile sarà quella propria dello Stato membro competente¹²³⁴, la

1233Si legga al riguardo anche M. LUCHTMAN, *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime: Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU- Interests*, L'Aja, 2013, sezione 4.3.

1234Nello stesso senso si legga J.A. VERVAELE, *European territoriality and jurisdiction: the protection of the EU's*

giurisdizione sarà, quindi, determinata solo in base ai criteri nazionali di riparto della stessa e non sarà in alcun modo ripartita in funzione del comune interesse in uno spazio giudiziario comune.

I problemi sopra menzionati di duplicazione di indagini, mancata comunicazione di informazioni importanti tra diversi Stati membri o, al contrario, problemi di conflitti negativi di giurisdizione, nonché il rischio del cosiddetto *forum shopping* fanno capire l'importanza di una disciplina uniforme in materia processuale penale.

L'armonizzazione della disciplina sostanziale non sarebbe, infatti, sufficiente in assenza di una disciplina processuale armonizzata.

Al fine di risolvere il problema è stata adottata nel 2009 una decisione quadro sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione¹²³⁵, la quale, tuttavia, non ha predisposto una disciplina armonizzata a livello europeo circa la risoluzione dei conflitti di giurisdizione essendo dedicata, malgrado il titolo, alla sola risoluzione di eventuali conflitti di giurisdizione tra Stati membri; la stessa prevede, infatti, piuttosto una procedura di mediazione. In base a detta decisione le autorità competenti sono obbligate a procedere a consultazioni per ricercare un consenso su una soluzione efficace volta a evitare le conseguenze negative derivanti da eventuali procedimenti paralleli sulla base di criteri adeguati “che possono comprendere quelli che figurano negli orientamenti pubblicati nella relazione annuale 2003 di Eurojust ed elaborati a uso degli operatori del settore, e tenere in considerazione, per esempio, il luogo in cui si è verificato prevalentemente il fatto costituente reato, il luogo in cui si è subita la maggior parte dei danni, il luogo in cui si trova l'indagato e l'imputato e la possibilità di assicurare la sua consegna o estradizione in altre giurisdizioni, la cittadinanza o la residenza dell'indagato e dell'imputato, gli interessi rilevanti dell'indagato o dell'imputato, gli interessi rilevanti delle vittime e dei testimoni, l'ammissibilità degli elementi probatori o possibili ritardi”¹²³⁶.

La decisione-quadro, quindi, non assegna ad *Eurojust* il potere di emanare decisioni vincolanti in tema di riparto di giurisdizione, ma solo il potere di cercare di dirimere conflitti di giurisdizione,

financial interests in its horizontal and vertical (EPPO) dimension, cit., il quale scrive che “*the choice of jurisdiction determines which law will be applicable, both procedurally and substantively and this applicable law is linked with a Member State's legal regime. In fact, the national rules on jurisdiction are not designed to prevent or to solve a conflict of jurisdiction between countries or in a common area. They are designed to claim competence, authority, Straf Gewalt, ius puniendi in a unilateral way by one State. That means that the administrative or criminal judicial authority dealing with the question of competence is only checking if and to what extent he is competent, applying the classic jurisdiction criteria (locus delicti, active or passive personality, etc.). From this national perspective, these authorities are not dealing with the question of the most appropriate jurisdiction in the light of the common interest in the common space (internal market, area of freedom, security and justice)*”.

¹²³⁵Il riferimento nel testo è alla decisione-quadro del Consiglio 2009/948/GAI, del 30 novembre 2009, GUUE L 328, 42. Per quanto riguarda, inoltre, lo scambio di informazioni tra Stati membri si leggano la decisione-quadro del Consiglio 2009/315/GAI, *relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario*, del 26 febbraio 2009, GUUE L 93, 23 e la decisione del Consiglio 2009/316/GAI, *che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS)*, del 6 aprile 2009, GUUE L 93, 33.

¹²³⁶Si legga in tal senso il considerando 9, che riprende i criteri indicati da Eurojust nella relazione e quanto commentato sul punto da In tal senso J.A.E. VERVAELE, *European territoriality and jurisdiction: the protection of the EU's financial interests in its horizontal and vertical (EPPO) dimension, cit.*

qualora non vi sia accordo tra le autorità interessate¹²³⁷.

La Procura europea potrebbe assumere, anche in questo ambito una funzione propulsiva, nel senso di stimolare l'integrazione in ambito penale, a livello di regole sia sostanziali che procedurali.

Non ci addenteremo in tale sede nello studio delle soluzioni già previste al riguardo nel *Corpus Juris* o nelle *Model Rules*, né nella disciplina prevista a tal uopo dalla proposta di regolamento della Commissione circa l'istituzione della Procura europea, né nella proposta come modificata dal Consiglio, in quanto tale analisi sarà oggetto specifico di approfondimento nel Capitolo Secondo del Titolo Primo della Seconda Parte.

In tale sede vale appena la pena accennare che la Procura europea potrebbe risolvere casi di conflitto di giurisdizione quando vengano in rilievo reati rientranti nella propria competenza. Occorre valutare in tale sede, quanto alla base giuridica adottabile a tale scopo se i criteri di determinazione e di attribuzione della giurisdizione alla Procura europea debbano essere determinati nel regolamento che la istituisce ai sensi dell'art. 86 TFUE, o debbano essere previamente armonizzati in forza dell'art. 83 o 82 TFUE¹²³⁸.

L'art. 82 TFUE, introdotto nel titolo V del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea in seguito alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona, ha previsto la possibilità di emanare norme comuni a livello europeo in ambito processuale penale.

Il medesimo articolo, tra l'altro, prevede che debbano essere adottate misure atte a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra Stati membri¹²³⁹.

Un esame dei requisiti richiesti dallo stesso per armonizzare il diritto processuale a livello europeo risulta necessario al fine di comprendere se tale disposizione permetta un'efficace armonizzazione delle regole processuali penali così da permettere di delineare un sistema di regole processuali cui la Procura europea possa attenersi.

In seguito a tale analisi sarà, altresì, possibile comprendere se sia, invece, necessario ricercare nel Trattato altre basi giuridiche e occorrerà, di conseguenza, valutare se sia utile farvi ricorso o meno.

L'art. 82, par. 1 del TFUE stabilisce che la “*cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e*

1237Sul punto si legga A. SINN (a cura di), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht*, Göttingen, 2012.

1238La Commissione nella comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., del 2011, ha incluso la giurisdizione tra gli ambiti che potrebbero essere armonizzati ai sensi dell'art. 83 TFUE, anziché dell'art. 82 TFUE.

1239L'art. 82, par. 1 TFUE così recita: “*La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni*”.

*include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri [omissis...]*¹²⁴⁰.

Il secondo paragrafo dell'articolo prosegue stabilendo che, *“laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri”*.

La lettera della disposizione è, quindi, chiara nello specificare che un'armonizzazione della disciplina processuale penale è possibile solo in presenza di due condizioni.

In primo luogo, è possibile procedere ad un'armonizzazione delle discipline processuali solo al fine di facilitare il reciproco riconoscimento¹²⁴¹ delle sentenze e delle decisioni giudiziarie¹²⁴², nonché la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie aventi una dimensione transnazionale¹²⁴³. Per mutuo riconoscimento, come noto, si intende il meccanismo secondo cui la decisione produce, al di fuori dello Stato in cui è stata adottata, gli effetti giuridici stabiliti dal diritto penale di tale Stato, nonché quelli previsti dal diritto penale dello Stato che riconosce la decisione, nonostante le disposizioni processuali e materiali dei due Stati non siano pienamente corrispondenti.

In secondo luogo, l'atto che armonizza la materia può stabilire solo regole minime che tengano conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri¹²⁴⁴ e

1240L'articolo 82, par. 1 TFUE prosegue precisando che il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri è consentito *“nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri; c) sostenere la formazione dei magistrati e degli operatori giudiziari; d) facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni”*.

1241L'affermazione e la presa di coscienza della necessità di predisporre misure concrete per l'attuazione di tale principio sono riconducibili al Consiglio di Tampere del 1999, in cui è stato affermato che il principio del mutuo riconoscimento rappresenta la “pietra angolare” della cooperazione giudiziaria nell'Unione. Si legga, in tal senso, il punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo del 25 e 16 ottobre 1999, reperibile online all'indirizzo: www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm. In seguito, ha, tra l'altro, fatto seguito un programma di misure per l'attuazione del principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali redatto dalla Commissione nel novembre del 2000 (GUCE C 12/2001, 10) e altri atti successivi, tenendo conto dei quali sono poi stati emanati successivamente gli atti normativi in materia processuale penale.

1242A tal proposito occorre rilevare che la Corte di Giustizia ha interpretato estensivamente tale nozione e ha ritenuto dover essere comprese nella nozione in questione, per esempio, anche decisioni provenienti da autorità che non abbiano autorità esclusivamente in ambito penale. Si legga in tal senso la sentenza *Baláž*, del 14 novembre 2013, caso C-60/12, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), in cui è stata chiarita la nozione di autorità giudiziaria contenuta nella decisione-quadro 2005/214/GAI.

1243Bisogna, a tal proposito, sottolineare che alcune normative prescindono da tale qualificazione, nel senso che si applicano anche a situazioni puramente interne. Ciò vale soprattutto per le direttive relative ai diritti della persona nella procedura penale e ai diritti delle vittime della criminalità, delle quali beneficiano, in quanto “persone”, sia i cittadini dello stesso Stato, sia i cittadini di Stati terzi.

1244Il rispetto per le tradizioni giuridiche degli Stati membri non era espressamente richiamato nel Trattato che stabiliva una Costituzione per l'Europa (per cui si veda l'art. III-171). Questo richiamo è stato introdotto in seno alla Conferenza intergovernamentale che ha elaborato il progetto di Trattato. Non era ancora contenuto nella proposta del Governo tedesco del mese di giugno 2007 che ha costituito la base della Conferenza intergovernamentale (per cui si veda il progetto del governo tedesco n. 11222/07 del 27 luglio 2007) ed è apparso per la prima volta nel

nelle materie elencate che pur riguardano, invero, gran parte del diritto processuale penale¹²⁴⁵.

Quanto al primo requisito, ossia quello di facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni, così come quello di favorire la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, si può rilevare che la norma non specifica cosa debba intendersi per “materie penali aventi dimensione transnazionale”.

Sono state elaborate sul punto due diverse interpretazioni.

Secondo la prima e più restrittiva di queste, il ravvicinamento deve essere limitato alle procedure che contengono elementi di transnazionalità, mentre in base alla seconda interpretazione è possibile armonizzare le discipline procedurali nazionali considerate nel loro insieme.

Ai fini che qui interessano, val la pena evidenziare che un'armonizzazione così ristretta come quella auspicata dalla prima interpretazione, vanificherebbe in parte la portata del ravvicinamento delle disposizioni. Le norme procedurali che rivestono un carattere transnazionale sono, infatti, proprio quelle norme che concernono le garanzie procedurali che circondano le procedure di mutuo riconoscimento. Lo scopo dell'armonizzazione dovrebbe essere, tuttavia, secondo quanto previsto dallo stesso articolo 82, par. 2 TFUE, il rafforzamento della fiducia reciproca tra le autorità nazionali dei diversi Stati membri. Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, il modo più efficace per rafforzare la fiducia reciproca consiste nel creare normative processuali il più possibile uniformi, così da permettere alle autorità di uno Stato membro di riconoscere senza problemi la decisione adottata dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro, considerato che le garanzie procedurali osservate per adottarla risultano essere le stesse in ambedue gli ordinamenti processuali. Alla luce di quanto appena considerato si ritiene, quindi, che la seconda soluzione interpretativa sia l'unica che permetta di leggere la norma nel senso che le consente di raggiungere il risultato desiderato.

In merito al secondo requisito imposto dall'art. 82 TFUE, consistente nella necessità di stabilire norme minime, occorre notare che, a differenza dell'art. 83 TFUE, nel testo dell'articolo 82, par. 2 TFUE il legislatore ha specificato che l'adozione delle norme minime di cui all'articolo in questione “non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”.

Il legislatore ha, quindi, con tale inciso, dissipato i dubbi interpretativi che sono sorti circa l'interpretazione di tale espressione nell'art. 83 TFUE.

In tal senso sembra, infatti, chiara l'adesione del legislatore europeo alla prima interpretazione citata

progetto pubblicato a luglio 2007 (CIG, 1/07, del 23 luglio 2007).

1245Le materie cui si riferisce l'art. 82, par. 2, TFUE riguardano, in particolare: “a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione”. L'articolo prosegue statuendo che “per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”.

nel paragrafo precedente, ossia quella secondo cui l'Unione è competente a stabilire delle norme minime di criminalizzazione (*minimum of criminalisation*) che gli Stati membri possono rafforzare aggravando il regime sanzionatorio e incrementando la risposta repressiva.

A tal proposito, occorre rilevare che, considerato che lo scopo della disposizione è quello di rafforzare la fiducia reciproca tra le competenti autorità giudiziarie e di polizia di uno Stato membro nei confronti delle autorità di un altro Stato membro e, quindi, nei confronti di un altro sistema giuridico, una tale interpretazione del concetto di norme minime può provocare il mancato ottenimento di tale obiettivo.

Come sottolineato da parte della dottrina¹²⁴⁶, infatti, se una persona residente in un certo Stato è abituata ad un certo livello di garanzie procedurali, la stessa si sentirà meno protetta se sarà sottoposta ad indagini e giudicata secondo le regole di un sistema processuale che le garantisce un minor grado di tutela, pur se rispondente agli standard minimi stabiliti a livello europeo.

Una simile armonizzazione non sarà, quindi, adeguata a rafforzare la fiducia reciproca tra i diversi Stati membri e non riuscirà presumibilmente ad ottenere l'obiettivo che si è, invece, specificamente preposta, in quanto residueranno comunque dei margini di disparità tra gli ordinamenti giuridico-processuali degli Stati membri, tanto più elevati quanto i singoli Stati membri decideranno di aumentare il livello di tutela dei diritti prescritti a livello europeo.

In merito all'espressa menzione del fatto che le regole minime stabilite a livello europeo devono tener conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non si comprende bene perché sia stata inserita anche nel testo del secondo paragrafo dell'art. 82 TFUE, considerato che è una clausola generale stabilita a livello generale nell'art. 4, par. 2 TUE e ribadita per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e giustizia nell'art. 67, par. 1 TFUE.

Si ritiene che una simile specificazione nell'ambito di una disposizione che crea la base giuridica per armonizzare i sistemi processuali penali a livello sovranazionale sia stata inserita solo al fine di ribadire che le misure di armonizzazione contenenti norme minime devono sempre essere redatte in un modo tale da consentire agli Stati membri di agire compatibilmente con le proprie tradizioni e valori nazionali¹²⁴⁷.

In merito ai settori, elencati nel secondo paragrafo dell'art. 82, in cui l'Unione può adottare norme minime di armonizzazione, è d'uopo evidenziare che in merito ai “diritti della persona nella procedura penale” e ai “diritti delle vittime della criminalità”, l'Unione, anziché disciplinare

1246In tal senso si è espresso D. FLORE, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne, cit.*, p. 337.

1247Una lettura in tal senso è desumibile anche dal *Manifesto sulla legge penale processuale europea (A Manifesto on European Criminal Procedure Law)*, pubblicato in ZIS 2013, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp.430 e seguenti, consultabile online all'indirizzo: www.zis-online.com, p. 431.

unitariamente l'intera materia, ha deciso di procedere per tappe successive¹²⁴⁸, disciplinando, sia prima che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la tutela di specifici diritti per le persone coinvolte in un processo penale¹²⁴⁹. L'Unione si era già occupata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona anche dei diritti delle vittime della criminalità, sia con una specifica decisione-quadro¹²⁵⁰, che con disposizioni inserite in altri atti concernenti aspetti del diritto processuale penale¹²⁵¹.

In merito all'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri, invece, non vi è ancora una disciplina uniforme a livello europeo. Occorre evidenziare al riguardo, inoltre, che si tratta di un aspetto non facilmente separabile da quello del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, come confermato dagli strumenti già adottati a tal fine. Risulta, pertanto, probabile che possa sorgere un problema di coerenza della disciplina, anche dal punto di vista della base giuridica da adottare, considerato che, seppure in entrambi i casi sia previsto di regola il ricorso alla procedura legislativa ordinaria nei confronti di un progetto di direttiva di cui al paragrafo 2 può essere invocata la cosiddetta procedura del freno di emergenza o può farsi ricorso ad una procedura rafforzata, ai sensi dell'art. 82, par. 3 TFUE, mentre nei casi di cui al primo paragrafo questo non è possibile.

Risulta, altresì, di particolare rilevanza la clausola aperta contenuta alla lettera *d*) dell'art. 82 TFUE, la quale permette di stabilire norme minime a livello europeo inerenti altri elementi specifici della

1248La scelta di disciplinare la materia per tappe successive era stata fatta propria dalla Commissione nella risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 (GUUE C 295, 1) e completata da una comunicazione della Commissione e dal Programma di Stoccolma del 4 maggio 2010, che ha predisposto un piano di programma contenente le indicazioni in base alle quali si sarebbero dovute adottare le misure concernenti una serie di specifici diritti negli anni successivi.

1249Si veda in tal senso la direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, relativa al *diritto all'interpretazione e alla traduzione nell'ambito dei procedimenti penali*, GUUE L 280, 26 ottobre 2010, p. 1; direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012, relativa al *diritto all'informazione nell'ambito dei procedimenti penali*, GUUE, L 142, 1 giugno 2012, p. 1; direttiva 2013/48 del 22 ottobre 2013, relativa al *diritto di accesso ad un avvocato nel quadro dei procedimenti penali e delle procedure relative al mandato di arresto europeo, al diritto di informare un terzo della privazione della libertà al diritto delle persone private della libertà di comunicare con persone terze e con le autorità consolari*, GUUE L 294, 6 novembre 2013, p. 1.

1250La decisione-quadro in materia cui ci riferiamo era la decisione-quadro 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, *relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*, GUCE L 82, 1, ora sostituita dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato*, del 25 ottobre 2012 (GUUE L 315, 57) nonché la direttiva del Consiglio 2004/80/CE, *relativa all'indennizzo delle vittime di reato*, del 29 aprile 2004, GUUE L 261, 15. In merito alla definizione della nozione di vittima e ai diritti della stessa ha avuto modo di pronunciarsi anche la Corte di Giustizia con le seguenti decisioni: Corte di Giustizia, *Pupino*, caso C-105/03, del 16 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5285; Corte di Giustizia *Dell'Orto*, caso C-467/05, del 28 giugno 2007, in *Racc.* p. I-5557; Corte di Giustizia *Eredics e Sápi*, caso C-205/09, del 21 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-10231; Corte di Giustizia *Katz*, caso C-404/07, del 9 ottobre 2008, in *Racc.* p. I-7607; Corte di Giustizia *Gueye e Salmerón Sánchez*, casi riuniti C-483/09 e caso C-1/10, del 15 settembre 2011, in *Racc.* p. I-8263; Corte di Giustizia, *X*, caso C-507/10, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-14241; Corte di Giustizia, *Giovanardi e a.*, del 12 luglio 2012, caso C-79/11, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

1251Tra le altre meritano menzione la direttiva del Consiglio 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, GUUE L 101, 1, che sostituisce la decisione-quadro del Consiglio 2002/629/GAI, del 19 luglio 2002, *sulla lotta alla tratta degli esseri umani*, GUCE L 203, 1; la direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in GUUE L 335, 1, che sostituisce la decisione-quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, *relativa alla lotta contro lo sfruttamento dei bambini e la pornografia infantile*, GUUE L 13, 44.

procedura penale, purché gli stessi siano preliminarmente individuati dal Consiglio mediante una decisione presa all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Possiamo constatare che finora, tuttavia, il Consiglio non ha adottato alcuna decisione in merito.

Parte della dottrina ha ravvisato nella previsione in questione, al pari della omologa previsione contenuta nell'art. 83 TFUE, un'ipotesi di revisione semplificata del Trattato, cui devono applicarsi le disposizioni dell'art. 48, par. 7 TUE¹²⁵².

Per quanto concerne, infine, lo strumento espressamente richiamato dall'art. 82 TFUE per armonizzare la disciplina processuale penale, occorre constatare che il legislatore europeo si riferisce espressamente anche in questa disposizione alla direttiva, come nel caso dell'art. 83 TFUE; si richiamano, pertanto, al riguardo le considerazioni critiche già sollevate al riguardo con riferimento a quella disposizione nel paragrafo precedente.

Esaminate le due principali disposizioni in materia di armonizzazione della legislazione penale, passiamo ora ad esaminare le altre possibili basi giuridiche per l'adozione di norme di ravvicinamento in ambito penale.

4.1.1.1.21 Altre possibili basi giuridiche per l'adozione di norme armonizzate in ambito penale (articolo 352 TFUE e articolo 86 TFUE)

Una base giuridica alternativa per armonizzare le disposizioni normative in materia di diritto penale sostanziale, per quanto riguarda la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹²⁵³, è l'art. 325 TFUE¹²⁵⁴.

Questa disposizione sostituisce l'art. 280 del TCE pre-Lisbona, eliminando quanto disposto dal

¹²⁵²Si legga, al riguardo, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 567.

¹²⁵³Occorre rilevare che alcuni autori ritengono che, nonostante nella disposizione siano contenute espressioni, quale quella di "frode", che hanno connotazione penale, la stessa non riferisca espressamente al diritto penale. In tal senso P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., pp. 142-143. Sul punto si leggano anche I contributi di L. PICOTTI, *Potestà penale dell'Unione europea nella lotta contro le frodi comunitarie e possibile "base giuridica" del Corpus Juris. In margine al nuovo art. 280 del Trattato CE*, p. 357; L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, pp. 207 e seguenti.

¹²⁵⁴L'art. 325 TFUE così dispone: "*l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti. 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo*".

precedente quarto paragrafo, il quale prevedeva che le “misure” previste dalla norma non riguardassero “l’applicazione del diritto penale nazionale o l’amministrazione della giustizia negli Stati membri”¹²⁵⁵.

Nonostante il legislatore abbia cancellato questo inciso, la disposizione in esame ha comunque dato adito a due diverse interpretazioni¹²⁵⁶.

Secondo la prima più estensiva opzione ermeneutica, l’eliminazione dell’inciso sarebbe un chiaro indice del fatto che il legislatore europeo ha voluto dissipare ogni dubbio circa la possibilità di utilizzare l’art. 325 TFUE quale base giuridica per l’armonizzazione della disciplina penale in materia di frode e di altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione. L’art. 325 TFUE costituirebbe, quindi, una base giuridica specifica per l’emanazione di norme penali emanate al fine di combattere la frode agli interessi finanziari dell’Unione. La norma di cui all’art. 325 TFUE, quindi, non solo costituirebbe una base legale alternativa a quella dell’art. 83 TFUE per armonizzare la legislazione in materia penale, ma rappresenterebbe, altresì, una *lex specialis* in materia di lotta alla frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione rispetto alla regola generale di cui all’art. 83 TFUE¹²⁵⁷. Questa opinione è stata difesa anche dalla Commissione, la quale ha posto quale base giuridica della propria proposta di direttiva contro la frode agli interessi finanziari dell’Unione proprio l’art. 325, par. 4 TFUE¹²⁵⁸.

In base alla seconda e più restrittiva opzione interpretativa, sostenuta, tra gli altri, dal servizio giuridico del Consiglio, invece, l’eliminazione dell’inciso di cui al paragrafo 4 andrebbe letto in combinato disposto con l’introduzione dell’art. 83, par. 2 TFUE, la cui previsione di una competenza annessa a quella del primo paragrafo va interpretata nel senso di escludere l’esistenza di un’autonoma competenza dell’Unione ai sensi dell’art. 325 TFUE¹²⁵⁹. Tale punto di vista è ugualmente sostenuto dalla Commissione per gli affari giuridici del Parlamento europeo¹²⁶⁰.

L’adesione alla prima o alla seconda interpretazione comporta conseguenze assai significative dal

1255Sul fatto che, nonostante la formulazione letterale dell’articolo alcuni autori avessero attribuito alla Comunità in base a tale disposizione una competenza in materia penale, si rimanda all’analisi effettuata nella Prima sezione del Titolo Primo del Primo Capitolo.

1256Sull’esaustiva spiegazione delle due diverse interpretazioni, si legga P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 147 e seguenti.

1257Si sono espressi in tal senso vari autori in dottrina tra cui J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor’s Office: Lex incerta and unpraevia*, in *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, nr. 2/2014, pp. 1-17; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l’introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura Europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, pp. 65-108; H. SATZGER, *International and European Criminal Law*, München, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2012, pp.55-56.

1258Si veda, in tal senso, COM (2012) 363 definitivo, dell’11 luglio 2012.

1259Si veda in tal senso il documento redatto dal servizio giuridico del Consiglio 15309/12, del 22 ottobre 2012, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law*, 12683/12 DROIPEN 107 JAI 535 GAF 15 FIN 547 CADREFIN 349 CODEC 1924 - Legal basis.

1260Si veda, in tal senso, l’avviso sulla base giuridica della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione per mezzo del diritto penale, COM (2012) 0363, C7, 0192/2012, 2012/0193 (COD).

punto di vista pratico.

In primo luogo, occorre evidenziare che non è possibile azionare il cosiddetto “freno di emergenza” in relazione all'art. 325 TFUE, in quanto non previsto dallo stesso.

In secondo luogo, è utile menzionare che l'art. 325 TFUE, essendo collocato nel capo 6, dedicato alla “lotta contro la frode”, del titolo II, relativo alle disposizioni finanziarie, della parte sesta del TFUE dedicata alle “istituzioni” europee non è soggetto ad alcuna limitazione soggettiva, nel senso che la Danimarca non è esclusa dal campo di applicazione delle misure adottate in forza di tale articolo, né il Regno Unito o l'Irlanda possono decidere di non aderirvi.

In terzo luogo, una distinzione che assume fondamentale importanza è quella secondo cui in base a tale articolo è possibile adottare anche regolamenti e non solo direttive, come nel caso degli articoli 82 e 83 TFUE, dal momento che l'art. 325 TFUE fa riferimento a “misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”, senza specificare se debba trattarsi di direttive o regolamenti.

Infine, nell'art. 325 TFUE non è previsto che possano essere adottate solo “norme minime concernenti la definizione dei reati e delle sanzioni”; non deve, pertanto, ritenersi sussistente neanche tale limite.

In merito alla propensione per l'una o l'altra interpretazione, bisogna sottolineare che allo stato attuale non è possibile sapere quale delle due interpretazioni sarà sposata dalle Istituzioni europee o avallata dall'interpretazione della Corte di Giustizia, che non ha ancora avuto modo di pronunciarsi in argomento; per tale motivo nel prosieguo del lavoro, in seguito all'analisi di altri elementi, spiegheremo le ragioni per cui intendiamo propendere per l'una piuttosto che per l'altra ipotesi interpretativa.

Un'altra possibile base giuridica sulla quale occorre soffermarsi, in base alla quale è possibile armonizzare la legislazione penale, sia sostanziale che processuale, a livello europeo, è costituita dall'art. 86 TFUE, il quale prevede la possibilità di istituire la Procura europea.

Si sono contrapposte due diverse opinioni circa la possibilità di utilizzare l'art. 86 TFUE quale base giuridica per armonizzare le disciplina penale processuale e sostanziale.

A tal proposito, occorre ricordare che mentre sussiste maggiore unanimità di vedute circa la possibilità di utilizzare l'art. 86 TFUE per armonizzare le regole procedurali necessarie a garantire l'operatività della Procura europea¹²⁶¹, sono sorti contrasti circa la possibilità di utilizzare l'art. 86 TFUE quale base giuridica per armonizzare le norme di diritto sostanziale che definiscano i reati di

¹²⁶¹Si legga, in tal senso, quanto affermato da S. PEERS, il quale testualmente scrive che “*the Treaty powers relating to the European Public Prosecutor (article 86 TFEU) must be distinguished from Article 82 in that the operation of the European Public Prosecutor, whether it concerns national procedural law or mutual recognition (ie national authorities' recognition of the Prosecutor's decisions and vice versa) must be based on Article 86.*” S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, Oxford University Press, terza edizione, p. 672 e p. 764.

sua competenza.

In merito alla possibilità di armonizzare la disciplina processuale, in particolare, vi è concordanza nel ritenere che “le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni”¹²⁶² devono essere armonizzate mediante un regolamento emanato ai sensi dell'art. 86 TFUE.

L'armonizzazione mediante un regolamento delle regole procedurali della fase preprocessuale e delle norme in merito all'ammissibilità delle prove permetterebbe di unificare a livello sovranazionale gran parte delle norme processuali penali¹²⁶³, così evitando di incorrere in differenze di disciplina e permettendo di garantire un adeguato livello di tutela ai soggetti coinvolti nel procedimento penale fin dalla prima fase dello stesso, coincidente con le indagini penali, in ossequio a quanto prescritto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e alla CEDU, di cui parleremo nel prossimo capitolo.

Quanto all'armonizzazione delle regole sostanziali che definiscono la competenza materiale della Procura europea, vi sono autori che sostengono che, mentre l'individuazione di quali reati siano di competenza del Pubblico Ministero debba essere stabilita dal regolamento che lo istituisce in forza dell'art. 86 TFUE, la definizione di tali reati deve essere effettuata sulla base di misure emanate ai sensi dell'art. 83 TFUE¹²⁶⁴. A sostegno di tale interpretazione è stato posto l'accento sul fatto che l'art. 83 TFUE sarebbe *lex specialis* rispetto all'art. 86 TFUE quanto all'armonizzazione della legislazione penale sostanziale; in base a tale impostazione, quindi, una direttiva armonizzatrice delle regole sostanziali che ne definiscano la competenza dovrebbe precedere o affiancarsi all'emanazione del regolamento che istituisce il Procuratore europeo.

Tale interpretazione è sottoposta a critiche da chi¹²⁶⁵ ritiene, invece, che l'articolo 86 TFUE “non concerna solo la procedura penale ma anche la legge penale sostanziale”¹²⁶⁶. In base a tale interpretazione, quindi, i reati di competenza della Procura europea dovrebbero essere definiti dallo stesso regolamento che lo istituisce,¹²⁶⁷ in forza dell'art. 86 TFUE.

1262Si esprime letteralmente in tal senso l'art. 86, par. 3 TFUE.

1263Si deve ricordare che le regole inerenti la giurisdizione sono distinte in due diverse categorie. Le regole inerenti la risoluzione dei conflitti di giurisdizione che si ritiene debbano essere emanate sulla base dell'art. 86 TFUE, in quanto strettamente inerenti il funzionamento dell'organo e le regole che attribuiscono la giurisdizione alla Procura europea in merito ad un determinato reato che, invece, sono ritenute strettamente collegate alla definizione della competenza materiale della stessa e, quindi, ricadono nella sfera di applicazione dell'art. 83 TFUE. In tal senso, S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, cit., pp. 816-817.

1264Sostiene tale argomento S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, cit., pp. 764-765.

1265Tra questi si vedano K. LIGETI, *Approximation of substantive criminal law and the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in in F. GALLI, A. WEYEMBERGH, *Approximation of substantive criminal law in the EU, The way forward*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013, pp. 80-83; J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, cit., pp. 3-17.

1266Cfr. C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 409.

1267Tale interpretazione ritiene possibile tale armonizzazione sulla base del disposto del paragrafo 2 dell'art. 86, in base a cui “la Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, [omissis...] gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro

Tale seconda opzione ermeneutica permetterebbe di risolvere numerose criticità.

In primo luogo, si garantirebbe così una disciplina contenuta in un regolamento chiara, precisa e uniforme circa la competenza della Procura europea, in ossequio al principio di legalità che deve essere sempre garantito in ambito penale. La Procura europea deve, infatti, sapere esattamente quali tipi di condotte delittuose ha il potere di perseguire e tutti i cittadini devono, del pari, essere in grado di conoscere per quali fattispecie delittuose possono essere perseguiti dallo stesso.

Una applicazione differenziata e difforme della normativa di riferimento nei diversi Stati membri, che è il risultato fisiologico della scelta di ravvicinare le disposizioni nazionali mediante lo strumento della direttiva, renderebbe, al contrario, incerta e imprevedibile la normativa di riferimento, in quanto determinata in base all'attuazione che gli Stati daranno alla direttiva.

Una diversa interpretazione rischierebbe, inoltre, di privare di effettività o limitare fortemente il valore aggiunto del Procuratore europeo, in quanto lo stesso non potrebbe applicare una legge unitaria su tutto il territorio dell'Unione ma si troverebbe a dover applicare le diverse discipline emanate nei diversi ordinamenti nazionali.

Da quanto finora esposto, possiamo concludere che solo la predisposizione di norme penali sostanziali e processuali comuni possono garantire, al tempo stesso, il rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti in un procedimento penale e l'efficienza delle indagini della Procura europea.

Le ragioni di una tale affermazione verranno ulteriormente sviluppate nel corso dell'intero lavoro ma, allo stato attuale, è già possibile affermare che esiste nei Trattati, in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, una base giuridica che permette di definire norme penali comuni a livello europeo attraverso lo strumento del regolamento: l'art. 86 TFUE.

1.2. TITOLO SECONDO Configurazione e competenza della Procura europea alla luce dell'effettività

1.2.1. CAPITOLO TERZO Statuto della Procura europea e relazione con altri soggetti

1.2.1.1. SEZIONE I Statuto della Procura europea

In tale sede ci proponiamo di determinare quale debba essere lo statuto della Procura europea affinché sia garantita l'efficace repressione degli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. In particolare, verificheremo quale debba essere lo statuto esterno, ossia il rapporto della Procura europea con le istituzioni europee, gli organi, organismi dell'Unione e gli Stati

complici. [omissis...]"'. Secondo la formulazione della disposizione in commento dovrebbe essere, quindi, il regolamento a definire i reati di competenza della Procura europea.

membri, e quale invece, debba essere l'organizzazione interna della Procura europea. Dopo aver definito la struttura e l'organizzazione interna della Procura europea, esamineremo i rapporti di quest'ultima con le agenzie dell'Unione le cui funzioni potrebbero sovrapporsi con quelle attribuite alla Procura europea.

4.1.1.1.22 Struttura della Procura europea. Organizzazione interna dell'Ufficio

Il primo elemento da considerare nell'esaminare quale configurazione debba essere conferita alla Procura europea concerne la struttura della stessa, ossia l'organizzazione interna dell'ufficio. L'individuazione dei soggetti che compongono la Procura europea e la ripartizione di competenze tra gli stessi importa, infatti, rilevanti conseguenze sull'effettività delle indagini svolte, sull'efficace repressione degli autori di reati di competenza della Procura europea e sulla protezione dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea.

La nostra analisi è, dunque, volta ad individuare la struttura che consenta di garantire al medesimo tempo l'efficace repressione degli autori dei reati di competenza della Procura europea e la tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nelle indagini. La nostra attenzione si focalizzerà in tale sede sull'individuare gli elementi che consentano di garantire l'effettività delle indagini della Procura europea, nel senso che abbiamo visto essere proprio dell'effettività a livello europeo¹²⁶⁸, ossia nella sua duplice accezione di efficacia ed effettività. Nella nostra analisi non trascureremo, tuttavia, l'importanza di garantire la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea. Un'analisi dettagliata del contenuto e della portata di tali diritti a livello europeo, nonché delle soluzioni necessarie affinché siano rispettati dalla Procura europea sarà svolta nella Seconda Parte del lavoro.

Prima di esaminare la disciplina concernente la struttura della Procura europea che è stata prevista nelle proposte di regolamento della Commissione del 2013 e del Consiglio del 31 gennaio 2017, occorre esaminare quale configurazione potrebbe assumere la Procura europea ai sensi dell'articolo 86 del TFUE. La Commissione stessa, infatti, nella propria valutazione di impatto precedente la proposta di regolamento istitutivo della Procura europea aveva previsto diversi modelli astratti a cui si sarebbe potuta improntare l'istituenda Procura europea¹²⁶⁹. Una tale analisi risulta essenziale al fine di individuare la soluzione che garantisca la maggiore efficacia all'azione della Procura europea. Risulta altresì importante per studiare i vantaggi e gli svantaggi di tale opzione rispetto alle altre soluzioni prospettabili.

¹²⁶⁸Si legga in tal senso l'analisi svolta nel Capitolo Primo, Titolo Primo, Parte Prima.

¹²⁶⁹*Commission Staff Working Document, Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office Brussels*, SWD(2013) 274 final, 17.7.2013, p. 30 e seguenti.

La Commissione nella propria analisi di impatto ha tenuto conto del fatto che l'articolo 86 del TFUE prevede la possibilità, ma non l'obbligo, di istituire la Procura europea¹²⁷⁰. Essa ha, di conseguenza, suddiviso gli scenari possibili tra le opzioni che non prevedono l'istituzione di una Procura europea e quelle che, al contrario, ne prevedono l'istituzione; ne è stato poi valutato l'impatto in termini di efficacia nel conseguire gli obiettivi strategici, di impatto sui diritti fondamentali, di fattibilità, di impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di impatto sulle istituzioni dell'Unione esistenti e di valutazione dei costi e dei benefici.

Passeremo, in tale sede, ad esaminare compiutamente i modelli che prevedono l'istituzione della Procura e faremo solo un breve riferimento ai possibili scenari che non prevedono l'istituzione della Procura europea, al fine di rilevarne l'inadeguatezza al raggiungimento degli scopi proposti.

Tra le opzioni che non prevedono l'istituzione di una Procura europea, il primo scenario possibile è quello in cui viene mantenuto lo *status quo ante* e non viene avanzata alcuna nuova azione a livello dell'Unione. In tale scenario i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione continuano ad essere perseguiti soltanto a livello nazionale.

La seconda opzione ipotizzata non prevede alcun nuovo intervento normativo dell'UE e nessuna azione legislativa a livello dell'Unione. In base a tale scenario, non è istituito nessun nuovo organismo. Le azioni di lotta a livello nazionale e dell'UE contro i reati in questione, tuttavia, sono rafforzate mediante misure non legislative.

La terza ed ultima opzione prevede, invece, il rafforzamento dei poteri di *Eurojust*, il quale verrà dotato di nuovi poteri per dare l'avvio alle indagini in tutta l'Unione. *Eurojust* e i suoi membri nazionali in tale scenario avranno il potere di impartire istruzioni vincolanti alle procure nazionali affinché avviino indagini e propongano l'esercizio dell'azione penale negli Stati membri conformemente all'articolo 85 del TFUE.

Nel valutare l'efficacia di tali opzioni per ciò che concerne il perseguimento degli obiettivi strategici dell'Unione e nel valutarne l'impatto sugli ordinamenti giuridici nazionali, la Commissione ha rilevato che, prendendo in considerazione i tre scenari sopra descritti, l'impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri è nullo o medio-basso, dal momento che il procedimento penale per perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi dell'Unione continua ad essere puramente nazionale, ma ha, d'altra parte, stimato che l'efficacia nel perseguire gli obiettivi strategici dell'UE sia altrettanto bassa, dal momento che le indagini e il perseguimento dei reati in questione sono, nella seconda e terza opzione, rafforzati solo in misura limitata, considerato che *Eurojust* continuerebbe a non avere alcun potere di azione in materia penale, mentre nel primo scenario preso

¹²⁷⁰L'articolo 86, par. 1 del TFUE prevede, infatti: “Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo”. Il corsivo è nostro. Ha sottolineato, *ex multis*, che si tratti di una facoltà e non di un obbligo, D. FLORE, *Droit pénal européen, Les Enjeux d'une Justice Pénale européenne*, 2 edizione, Larcier, p. 779.

in considerazione i poteri di indagine risulterebbero essere gli stessi di quelli attualmente previsti, di cui è stata accertata l'inefficacia¹²⁷¹.

Tali opzioni, non idonee a comportare un miglioramento dell'efficacia nel perseguire gli obiettivi strategici dell'Unione, sono quelle che verrebbero più facilmente accettate dagli Stati membri considerato che questi ultimi, come noto, sono restii a cedere la propria sovranità in materia penale¹²⁷². Generalmente si ritiene, infatti, che la potestà punitiva in materia penale rappresenti l'identità nazionale e culturale di una Nazione. È stato sostenuto che la criminalizzazione di certe condotte risponde all'esigenza statale di punire azioni o omissioni che sono stigmatizzate dall'opinione pubblica come immorali e contrarie all'etica secondo il comune sentire della popolazione di quello Stato, per cui il potere di punire è strettamente legato alla percezione che una determinata popolazione in un determinato momento storico ha di certi comportamenti¹²⁷³; motivo

1271In particolare, la Commissione nella valutazione di impatto sulla cui base ha elaborato la proposta di regolamento, ha stabilito quanto segue (la seguente tabella è stata da me rielaborata sulla base dei dati contenuti nella relazione della Commissione ma non riproduce in maniera integrale i risultati dalla stessa raggiunti, bensì ne rappresenta una sintesi. Per chi volesse approfondire e leggere le tabelle elaborate dalla Commissione nella loro versione integrale veda *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office Brussels*, SWD (2013) 274 final, 17 luglio 2013, p. 30 e seguenti):

- Opzione 1 (mantenimento dello *status quo ante*): Efficacia nel conseguire obiettivi strategici: Bassa. Non vi sono motivi per ritenere che senza misure correttive decisive si riescano a superare i problemi legati ai bassi incentivi e alle spesso limitate capacità nazionali di far fronte alla complessità dei casi di frode europei. Impatto sui diritti fondamentali: Nessuno. I diritti fondamentali rimangono impregiudicati. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si applica esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, ad esempio nell'ambito del mandato d'arresto europeo. Fattibilità: alta. Impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri: nessuno. Lo scenario di base è, tra tutte, l'opzione meno intrusiva. Impatto sulle istituzioni dell'unione esistenti: nessuno. Costi: nessuno. Benefici: pochissimi.
- Opzione 2 (nessun intervento normativo dell'UE): Efficacia nel conseguire obiettivi strategici: bassa. Questa opzione può in qualche misura contribuire alla creazione di un sistema europeo coerente di indagine e azione penale per i reati in questione e quindi al potenziale aumento dell'effetto dissuasivo dell'azione di contrasto. Tale contributo è comunque limitato. Impatto sui diritti fondamentali: basso. Tale opzione, a priori, incide poco sui diritti fondamentali. Fattibilità: media. Questa opzione è di difficile applicazione pratica, in quanto richiede una serie di interventi in diversi settori. Impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri: basso. Si prevedono alcuni effetti positivi negli Stati membri grazie a un uso migliore degli organismi dell'Unione, degli strumenti di assistenza giudiziaria e di altri strumenti di cooperazione giudiziaria. Impatto sulle istituzioni dell'unione esistenti: basso. È prevedibile un effetto limitato sul funzionamento di *Eurojust* e dell'*OLAF*. Costi: moderati. Circa 35 milioni di euro. Benefici: si stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 265 milioni di euro.
- Opzione 3 (rafforzamento di *Eurojust*): Efficacia nel conseguire obiettivi strategici: bassa. Le indagini e il perseguimento dei reati in questione sono rafforzati solo in misura limitata, poiché *Eurojust* continua a non avere alcun potere in materia di azione penale nazionale. Impatto sui diritti fondamentali: basso. Tale opzione incide poco sui diritti fondamentali. Fattibilità: alta. L'opzione si basa in larga misura sulle istituzioni dell'Unione esistenti e sulla sua pertinente legislazione. Impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri: medio-basso. *Eurojust* può avviare indagini e proporre azioni penali, ma il procedimento in quanto tale continua ad essere puramente nazionale. Impatto sulle istituzioni dell'unione esistenti: medio-basso. *Eurojust* ha alcuni poteri supplementari ma continua ad essere un organismo europeo composto da membri nazionali. Costi: medi. Circa 50 milioni di euro. Benefici: si stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 400 milioni di euro.

1272Si veda sul punto, Council of Bars and Law Societies of Europe, *A European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, 7 February 2013, p. 1 e seguenti.

1273Si veda in proposito il contributo di S. KADISH, *Some observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, 1963, University of Chicago Law Review, il quale a p. 440 sottolinea "the unsuccessful experiences in attempting to deal through the criminal law with behaviour that did not attract any substantial degree of reprobatory unanimity, such as prohibition or gambling", nonché R. WILLIAMS, *Cartels in Criminal Landscape*, in *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, 2011, Hart

per cui la sovranità e il potere di punire rappresentano ambiti in cui la maggior parte degli Stati membri non sono ancora disposti a cedere le proprie competenze ad un organo sovraordinato¹²⁷⁴.

Coloro che propendono per le soluzioni nelle quali si opta per l'istituzione della Procura europea, al contrario, ritengono prevalente la necessità di tutelare gli interessi europei e garantire la sicurezza contro il crimine in uno spazio giudiziario europeo senza confini interni. La cessione di parte della sovranità statale non viene concepita come un'estromissione degli Stati dalla potestà di compiere scelte in ambito penale, ma come un incremento della possibilità di perseguire l'efficace attuazione delle politiche europee e la repressione del crimine a livello europeo.

Gli Stati membri non sarebbero, infatti, estromessi dal potere di punire gli autori di reati puramente domestici, ma sarebbero tenuti a cedere parte della propria sovranità in materia penale solo per quanto riguarda i reati di competenza della Procura europea, i quali, di regola, presentano una dimensione transnazionale oppure sono volti a tutelare interessi prettamente europei.

La sovranità statale viene, quindi, semplicemente riallocata ad un livello di intervento che permetta di perseguire efficacemente tali reati. Una tale attribuzione di competenza è necessaria alla luce del fatto che il sistema attuale, in cui gli Stati membri esercitano l'azione penale e conducono le indagini, tramite le strutture di cooperazione e coordinamento *Eurojust* e *Europol*, non risulta essere efficiente per contrastare il numero elevato di reati ai danni delle finanze europee. L'agenzia europea che si occupa di perseguire gli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ossia OLAF, del resto, può svolgere solo indagini amministrative¹²⁷⁵.

A tal fine sono stati previsti tre possibili scenari: il modello collegiale, il modello integrato o

Publishing, p. 289 e seguenti. A tal proposito anche C. PARKER, *Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality*, in *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, 2011, Hart Publishing, p. 239, il quale afferma che “*the process of internalising compliance will be lost when violations of the law are not regarded as ethically reprehensible*”; M. STUCK, *Morality and Antitrust*, 2006, 4 *Columbia Business Law Review*, p. 536, il quale scrive che “*faced with a menu of criminalized morally-neutral and immoral conduct, citizens, rather than obeying all of these prohibitions, begin to pick and choose, depending upon the competing norm, and unilaterally determine what is indeed immoral*”.

1274 In base a tale concezione, infatti, il diritto penale rispecchia i valori morali di riferimento di una determinata Nazione in un determinato momento storico. Sul tema, facendo riferimento all'utilità o inutilità della sanzione penale nei casi in cui il comportamento criminalizzato non è ritenuto moralmente riprovevole, si soffermano P. ROBINSON, G. GOODWIN, M. REISIG, *The Disutility of Injustice*, 13 settembre 2009, University of Pennsylvania Law School, Public and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n. 09-24; P. ROBINSON, J. DARLEY, *The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best*, 2003, 91 *Georgetown Law Journal*, p. 949; P.H. ROBINSON, *Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Deontological, and Empirical*, 2008, 67 in *Cambridge Lw Journal*, p. 145.

1275 Occorre sottolineare, inoltre, che accanto a chi preferisce non istituire la Procura europea e chi, invece, ne auspica la creazione, vi sono, poi, voci intermedie che sottolineano la necessità di strutturare la Procura europea nel rispetto del principio di complementarità, auspicando che quest'ultimo possa intervenire solo nei casi di una certa gravità in cui gli Stati membri si rifiutino o non abbiano le competenze necessarie per intervenire. Si legga in proposito, EUROPEAN PARLIAMENT, DIRECTORATE-GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT BUDGETARY AFFAIRS, *Improving Coordination between the EU bodies Competent in the Area of Police and Judicial Cooperation: Moving Towards a European Prosecutor*, 2011, p. 38. Propende per la creazione di un modello che si ispiri al principio di complementarità anche H. SATZGER, *The Future European Public Prosecutor and the National Prosecution: Potential Conflicts and How They Could be Avoided*, in P. ASP (a cura di) *European Criminal Policy Initiative, The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 69 e seguenti.

decentrato e, infine, il modello centralizzato o sovranazionale¹²⁷⁶.

In base alla prima opzione la Procura europea, analogamente ad *Eurojust*, sarebbe organizzata sotto forma di collegio composto da membri nazionali nominati dagli Stati membri. In questo scenario il collegio prenderebbe le decisioni a maggioranza, sia per quanto riguarda l'avvio delle indagini, condotte dai membri nazionali dell'Ufficio europeo, che per quanto concerne l'esercizio dell'azione penale nell'ambito dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE. Questo modello, auspicato da alcuni Stati membri¹²⁷⁷, rappresenta la soluzione che comporta il minor livello di integrazione a livello europeo¹²⁷⁸; il collegio non avrebbe il potere di iniziare indagini o di esercitare l'azione penale, ma solo di ordinare ai competenti procuratori nazionali di svolgere tali compiti. Le autorità nazionali continuerebbero, quindi, a seguire la normativa processuale nazionale, che non dovrebbe essere armonizzata. Le prove raccolte verrebbero inviate al collegio e, quindi, fatte circolare tra gli altri membri della Procura europea. In tale modello spetterebbe al collegio decidere se esercitare o meno l'azione penale e scegliere il foro competente in cui dovrà essere svolto il processo. Il sistema si fonderebbe sul mutuo riconoscimento delle prove e la cooperazione tra i procuratori nazionali e si riproporrebbero invariati i medesimi problemi che le autorità nazionali si trovano a fronteggiare allo stato attuale. In assenza di fiducia nel sistema processuale penale degli altri Stati membri, inoltre, si verificherebbero anche problemi per quanto riguarda il regime di ammissibilità delle prove¹²⁷⁹.

Oltre a questa criticità, occorre considerare che le decisioni che la Procura europea deve assumere devono essere prese con rapidità e sollecitudine, mentre un collegio per poter deliberare necessita inevitabilmente di tempi lunghi al fine di poter raggiungere un accordo¹²⁸⁰ e anche questo profilo va

1276Per un'analisi di tali possibili modelli, si legga J.A.E. VERVAELE, *Quel statut pour le ministère public?*, in *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Dalloz, 2010, p. 189 e seguenti; S. WHITE, *Towards a Decentralized European Public Prosecutor's Office?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 1-2, pp. 34–36; K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4, 1-2, p. 7 e seguenti.

1277In particolare, risale al marzo del 2013 la lettera con cui i ministri della Giustizia franco e tedesco hanno sottoscritto una lettera con la quale sollecitavano l'adozione di questo tipo di struttura e proponevano l'adozione di decisioni all'unanimità o secondo "appropriate rules". Si veda a tal proposito, *Common Position of the Ministers of Justice of France and Germany on the European Public Prosecutor's Office (current as of 4 March 2013)*, rinvenibile online sul portale www.eppo-project.eu.

1278Si veda in tal senso K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 1-2, pp. 13–14. Si veda, inoltre, G. VERMEULEN, W. DE BONDT, C. RYCKMAN (a cura di), *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU*, 2012, p. 474 e seguenti; nonché *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 36.

1279In tal senso, K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, cit., p. 14; A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking new Institution of the EU Legal Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6, 1, 2015, p. 133.

1280Cfr. F. LE BAIL, *Intervento*, in *European Public Prosecutor's Office: A Constructive Approach towards the Legal Framework*, p. 8; nonché *Commission Staff Working Document. Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 46, in cui si legge che "the collegial decision making process of this option would slow down the work process and lead to a very bureaucratic machinery because of the number of direct Member State representatives involved in the college. Also, the lack of independence from national judicial decision making is likely to have a negative impact on the effectiveness of this option".

tenuto in considerazione al fine di valutare la compatibilità dello scenario in esame con gli obiettivi che l'Unione si è proposta, tra cui quello di garantire l'efficacia e l'efficienza delle indagini volte a ricercare e punire gli autori di reati lesivi degli interessi dell'Unione.

In definitiva, questo modello di Procura europea è basato su una logica di cooperazione più che di integrazione; opzione grazie alla quale gli Stati membri conserverebbero la propria sovranità in materia penale, mentre il perseguimento dei reati lesivi degli interessi dell'Unione risulterebbe poco efficace. Nel bilanciamento di valori cui si è fatto prima riferimento si farebbe, quindi, prevalere l'obiettivo di conservare la sovranità statale in ambito penale.

Il secondo modello che si potrebbe seguire è quello cosiddetto decentrato o integrato¹²⁸¹. Questo modello è uno sviluppo dell'idea contenuta nel *Corpus Juris* ed è quello che è stato fatto proprio dalla Commissione nella proposta elaborata nel luglio del 2013. In tale scenario si persegue l'intento di coniugare le due opposte esigenze, da un lato, di organizzare le indagini della Procura secondo uno schema gerarchico e, quindi, più efficiente, e, dall'altro, di mantenere inalterati i sistemi giuridici nazionali.

Secondo questo modello la Procura europea sarebbe costituita dall'ufficio centrale del Procuratore europeo, il quale sarebbe assistito da procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri e integrati nei sistemi nazionali, con pieni poteri di esercizio dell'azione penale secondo le norme del proprio diritto nazionale¹²⁸². In questo scenario l'ufficio centrale avrebbe il potere gerarchico di dare istruzioni ai procuratori europei delegati e la Procura europea coopererebbe con le autorità giudiziarie e di polizia nazionali per svolgere i propri compiti, oltre ad essere competente per chiedere il rinvio a giudizio nel caso di reati soggetti alla sua competenza¹²⁸³. I procuratori delegati agirebbero in un sistema cosiddetto di “*double hat*”, dal momento che manterrebbero il loro *status* di pubblici ministeri all'interno dei rispettivi sistemi giuridici nazionali e, al contempo, sarebbero parte della Procura europea. Occorre sottolineare, al riguardo, che i procuratori delegati non

1281Si veda al proposito, K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, cit., pp. 15–17, in cui si legge che il termine “integrato” è stato per la prima volta utilizzato da Giovanni Kessler, Direttore Generale dell'OLAF alla 10^a Conferenza dell'OLAF in tema di indagini contro la frode (Cooperation of a future European Public Prosecutor's Office with National Prosecution Services, che si è tenuta a Berlino il 7-9 novembre 2012. Si legge quanto segue: “*The concept corresponds to a great extent to the embedded model that has been developed during the study 'European model rules for the procedure of the future EPPO' conducted at the University of Luxembourg*”. Si possono reperire informazioni sul progetto ora menzionato al sito www.eppo-project.eu. I materiali utilizzati nel progetto, così come i report finali sono stati, invece, pubblicati nel volume K. LIGETI (a cura di), *Towards a Prosecutor for the European Union, Vol. 1: A Comparative Analysis*, 2013, Vol. 2: *Draft Rules of Procedure*, Hart Publishing, Oxford.; S. WHITE, *Towards a Decentralized European Public Prosecutor's Office?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 1-2, pp. 34–36.

1282Si veda al proposito, VERVAELE J.A.E., *European Enforcement Agencies in the Area of Freedom, Security and Justice: the Eurojust European Public Prosecutor binomial*, Proceedings of the 5th European Jurist Forum, Budapest 2009, p. 117 e seguenti.

1283È stato, altresì, suggerito di attribuire alla Procura europea il potere, oltre che di coordinare le indagini, di ordinare ai procuratori nazionali di esercitare l'azione penale, nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di complementarità. Cfr. *European Parliament – Directorate-General for Internal Policies – Policy Department Budgetary Affairs, Improving Coordination between the EU bodies Competent in the Area of Police and Judicial Cooperation: Moving Towards a European Prosecutor*, 2011, p. 38.

sarebbero procuratori nazionali che ricevono istruzioni da un organo europeo, poiché sarebbero, invece, parte dell'Ufficio europeo e riceverebbero istruzioni dall'Ufficio del Procuratore europeo di cui sono parte.

Questo sistema presenta al tempo stesso dei vantaggi e degli svantaggi. I maggiori vantaggi sono rappresentati dal fatto che in tal modo si creerebbe un legame stretto tra Procura europea e le autorità giudiziarie nazionali per il tramite dei procuratori delegati che assumerebbero questa doppia veste, in tal modo assicurando che ci sia un rapido spostamento di informazioni dal livello nazionale a quello europeo. D'altra parte questo sistema solleva dei dubbi da un punto di vista costituzionale, in particolare per quanto riguarda la garanzia di indipendenza della Procura europea. A tal proposito, nel caso si volesse utilizzare tale modello, dovrebbero essere assicurate forti garanzie di indipendenza ai procuratori delegati; problema di non facile soluzione, considerato che i procuratori delegati devono, come è stato detto, “*serving two masters simultaneously*”¹²⁸⁴.

Il funzionamento di questo modello dipende dall'effettività del sopra descritto modello di integrazione. In questo scenario gli Stati membri conserverebbero le principali caratteristiche dei sistemi processuali nazionali, ma dovrebbero adattare i propri sistemi nazionali alle nuove competenze della Procura europea. In tal senso, al fine di traslare l'idea teorica di integrazione tra livello sovranazionale e livello nazionale in un modello che funzioni in pratica, le relazioni tra Procuratore europeo e procuratori delegati dovrebbero essere chiaramente definite.

Un'altra possibile criticità¹²⁸⁵ va ravvisata nella possibile inefficienza del sistema di reciproco riconoscimento, dal momento che in questo scenario non è prevista un'armonizzazione delle legislazioni nazionali¹²⁸⁶. Lo scenario è ulteriormente complicato dal fatto che in questo scenario gli Stati membri hanno la possibilità di scegliere la struttura interna di riferimento per i procuratori delegati; in tal modo è alto il rischio di disomogeneità tra i diversi sistemi giuridici nazionali¹²⁸⁷. In

1284K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, cit., p. 16.

1285Si veda in tal senso, A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking new Institution of the EU Legal Order*, cit., p. 134; sui principi a rispettare nell'armonizzazione delle regole penali sostanziali a livello europeo, si veda P. ASP, *The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law*, in *European Union Criminal Law Review*, 2011, p. 44 e seguenti.

1286A tale critica è stato replicato che questo modello di Procura rappresenterebbe un'occasione unica per porre le basi per una futura graduale armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali degli Stati membri. Si può agevolmente controbattere che, benché una futura armonizzazione in tal senso sia effettivamente possibile a partire dal sistema sopra delineato, al tempo stesso è possibile che si verifichi anche uno scenario del tutto opposto. Potrebbe realizzarsi uno scenario in cui la Procura europea è costituita dal Procuratore europeo e da procuratori delegati, ognuno dei quali è organizzato secondo un modello profondamente diverso da quello degli altri procuratori delegati, a seconda di quale sistema di integrazione lo Stato membro di riferimento abbia deciso di adottare.

1287Le varie opzioni che gli Stati membri potrebbero seguire sono illustrate in LIGETI K. AND SIMONATO M., *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, cit., pp. 16-17 e sono riassumibili nei termini che seguono: “*One option could be that a Member State appoints one prosecutor who would act as the EPPO's delegate in the country. This delegate would be the central authority competent for investigating and prosecuting offences against the financial interests in the respective country and would serve as the EPPO antenna office. [omissis] Therefore, an alternative could be to appoint several prosecutors as delegated prosecutors at the local level. Especially in larger Member States this would allow for delegated prosecutors in all regions of the country resulting in a network of delegated prosecutors at the national level. [omissis] Finally, one may consider*

aderenza alle proprie tradizioni nazionali, gli Stati membri potrebbero scegliere diversi sistemi di coordinamento tra procuratore europeo e procuratori delegati e questo comporterebbe il rischio di creare una struttura estremamente complessa e disorganica.

L'ultima opzione da tenere in considerazione prevede la creazione di una Procura europea centralizzata o sovranazionale dotata della capacità giuridica necessaria per svolgere le indagini e l'azione penale per i reati di sua competenza senza dipendere dalle procure nazionali¹²⁸⁸.

In questo modello la Procura europea sarebbe un organo inquirente sovranazionale composto da un procuratore capo e procuratori specializzati che agirebbero nel territorio degli Stati membri facenti parte della Procura europea. Al Procura europea avrebbe il potere di avviare autonomamente indagini ed esercitare l'azione penale nei confronti degli autori dei reati che rientrano nella propria competenza¹²⁸⁹. L'ampiezza ed esatta delimitazione di questi poteri dovrebbe essere definita nel regolamento che istituisce la Procura europea. In questo scenario dovrebbero essere previste regole processuali penali comuni a livello europeo¹²⁹⁰. I procuratori facenti parte della Procura europea potrebbero agire direttamente nel territorio degli Stati membri sulla base delle regole sostanziali e processuali previste a livello europeo. L'azione penale dovrebbe essere esercitata di fronte ai competenti giudici nazionali, dal momento che l'art. 86 TFUE espressamente prevede che la fase processuale deve svolgersi di fronte alle autorità nazionali¹²⁹¹.

La Procura europea sarebbe, quindi, un organo sovranazionale con il proprio personale, la propria sede e le proprie risorse. La messa in atto di tale modello, se da un lato porterebbe alla creazione di una solida struttura che agirebbe secondo regole chiare e prestabilite per quanto riguarda la raccolta e l'ammissibilità delle prove, dall'altro lato si troverebbe di fronte a difficoltà pratiche e resistenze di tipo politico.

combining the above presented alternatives. There could be one 'central' delegated prosecutor at national level assisted by a network of specialised local prosecutors. The central delegate would coordinate investigations on crimes against the financial interests of the EU in the given Member State and would be in direct contact with the central EPPO office. The central delegated prosecutor would not directly investigate and prosecute, but rather supervise and coordinate the work of a network of national delegated prosecutors in various districts”.

1288Si veda K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, cit., p. 14; A. DAMASKOU, *The European Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking new Institution of the EU Legal Order*, cit., pp. 134-135; S. WHITE, *Towards a Decentralized European Public Prosecutor's Office?*, cit., pp. 36-38; *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office Brussels*, SWD(2013) 274 final, 17 luglio 2013, p. 30 e seguenti.

1289Cfr. J.F.H. INGHELRAM, *Legal and Institutional of the European Anti-Fraud Office (OLAF): an Analysis with a Look Forward to the European Public Prosecutor's Office*, 2011, pp. 263-264.

1290Si veda al riguardo NILSSON H., *Judicial Cooperation in the EU: Eurojust and the European Public Prosecutor*, 2011, p. 5; LIGETI K., *The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be determined?*, 2 *European Criminal Law Review* 2011, p. 123 e seguenti.

1291Il paragrafo 2 dell'art. 86 del TFUE recita: “La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri” (il sottolineato è nostro). Vi è stato chi ha ipotizzato che sarebbe preferibile un controllo giurisdizionale a livello europeo ma sulla mancanza di una base giuridica a tal proposito e sulla possibile attuazione di una tale proposta ci soffermeremo nei paragrafi che seguono.

Dal punto di vista delle problematicità a livello pratico, un organo centralizzato scontrerebbe difficoltà ad ottenere informazioni sui reati di sua competenza commessi nel territorio degli Stati membri e da un punto di vista politico, incontrerebbe la resistenza degli Stati membri, che non sarebbero favorevoli alla creazione di un'autorità giudiziaria sovranazionale dotata di penetranti poteri d'indagine, in grado di minare la propria sovranità in ambito penale¹²⁹². Quanto ai possibili svantaggi, è stato evidenziato¹²⁹³ l'ulteriore aspetto problematico concretantesi nella configurazione delle relazioni che si dovrebbero instaurare tra *Eurojust* ed una Procura europea così configurata. In particolare, il problema sorgerebbe poiché vi sarebbero Stati partecipanti e Stati non partecipanti alla proposta di istituzione di una simile Procura centralizzata, motivo per cui dovrebbero essere previste effettive misure di coordinamento tra la Procura europea e *Eurojust*, al fine di garantire l'efficace ed efficiente svolgimento delle indagini in tutto il territorio europeo.

Dall'analisi dei modelli teorici ora effettuata è dato riscontrare che più il modello adottato tende a privilegiare il rispetto della sovranità nazionale degli Stati membri in ambito penale e, quindi, il modello della cooperazione e del reciproco riconoscimento, e più l'efficacia nel conseguire l'obiettivo strategico di svolgere indagini effettive e perseguire in modo efficace gli autori di reati aventi dimensione transnazionale è bassa, dal momento che si ripresentano intatte le criticità evidenziate dalla Commissione in merito alla situazione allo stato esistente, ossia la disomogeneità dei diversi sistemi nazionali e la conseguente larga impunità degli autori di siffatti reati.

Quanto affermato è desumibile anche dalla valutazione d'impatto allegata dalla Commissione alla proposta di regolamento per l'istituzione della Procura europea del luglio del 2013¹²⁹⁴.

1292Questo modello richiama uno schema di tipo federale che gli Stati sono ancora lungi dall'accettare. Basti pensare al naufragio della Costituzione per l'Europa: l'anima federalista che la connotava ha portato alla sua mancata adozione. Nel successivo Trattato di Lisbona, infatti, sono stati eliminati gli elementi che avrebbero potuto ricondurre a uno schema di tipo federale (il termine stesso "Costituzione", i riferimenti alla "legge" e alla "legge-quadro", l'inno europeo). Si veda, in proposito, tra gli altri FRAGOLA M., *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di "decostituzionalizzazione"*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2008, p. 206 e seguenti, il quale afferma che "il Trattato di riforma è un trattato "decostituzionale"": trae origine dalla Costituzione per l'Europa, di cui ne ripropone la sostanza, ma "decostituzionalizza" la struttura che aveva spaventato parte degli Stati. Sul punto si veda, altresì, ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 115 e seguenti.

1293DAMASKOU A., *The european Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking new Institution of the EU Legal Order*, *cit.*, p. 135; HAMRAN L. and SZABOVA E., *European Public Prosecutor's Office – Cui Bono?*, 1-2 *New Journal of European Criminal Law* 2013, pp. 52-54.

1294In particolare, la Commissione nella valutazione di impatto sulla cui base ha elaborato la proposta di regolamento, ha stabilito quanto segue (la seguente tabella è stata da me rielaborata sulla base dei dati contenuti nella relazione della Commissione ma non riproduce in maniera integrale i risultati dalla stessa raggiunti, bensì ne rappresenta una sintesi. Per chi volesse approfondire e leggere le tabelle elaborate dalla Commissione nella loro versione integrale veda *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office Brussels*, SWD(2013) 274 final, 17 luglio 2013, p. 30 e seguenti):

- Opzione 1 (modello collegiale): Efficacia nel conseguire obiettivi strategici: medio-bassa. Gli svantaggi connessi a una struttura collegiale annullano la maggior parte dei benefici. Impatto sui diritti fondamentali: medio. Il maggior coordinamento e la maggiore cooperazione possono avere un impatto limitato sulla protezione dei dati personali. Fattibilità: media. L'istituzione di una Procura europea quale collegio che dirige e coordina le indagini e decide sulle azioni penali ha un impatto negativo sulla fattibilità di tale opzione. Impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri: medio. Gli Stati membri devono adattare i loro ordinamenti alla nuova competenza della Procura europea a dirigere le autorità giudiziarie e di polizia nazionali e intervenire nei procedimenti nazionali. Impatto sulle istituzioni dell'unione esistenti: medio-alto. Questa opzione ha un

La Commissione ha adottato una proposta di regolamento che istituisce la Procura europea seguendo il modello decentrato sopra esaminato.

La proposta ha come propria base giuridica l'articolo 86 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che autorizza il Consiglio a istituire la Procura europea per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. In seguito all'invio di pareri motivati da parte di quattordici camere di Parlamenti nazionali¹²⁹⁵, nell'ottobre 2013, è scattato il meccanismo di controllo della sussidiarietà di cui all'articolo 7, paragrafo 2, del protocollo n. 2 dei trattati sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in base al quale la Commissione ha l'obbligo di riesaminare la proposta e al termine di tale riesame può decidere se mantenerla, modificarla o ritirarla, ma deve motivare tale sua decisione.

A fine novembre 2013, la Commissione ha ritenuto che la proposta fosse conforme al principio di sussidiarietà e, quindi, ha mantenuto la proposta¹²⁹⁶. La commissione JURI in seno al Parlamento europeo ha espresso il proprio integrale supporto alla proposta della Commissione a metà febbraio 2014¹²⁹⁷.

Nella proposta della Commissione la Procura europea sarà istituita come organismo dell'Unione a struttura decentrata che, per la maggior parte delle sue attività, si appoggerà alle autorità nazionali

impatto limitato su *Eurojust*. Le parti restanti dell'OLAF mantengono la loro competenza ad esercitare alcune funzioni amministrative. Costi: moderati. Circa 70 milioni di euro. Benefici: moderati. Si stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 500 milioni di euro.

- Opzione 2 (modello decentrato o integrato): Efficacia nel conseguire obiettivi strategici: alta. Questa opzione implica l'istituzione di un organismo specializzato che tratti le indagini e le azioni penali in modo coordinato e integrato. Impatto sui diritti fondamentali: medio. Il maggior coordinamento e la maggiore cooperazione possono avere un impatto limitato sulla protezione dei dati personali. Fattibilità: medio-alta. Le consultazioni con le parti interessate hanno confermato che questa opzione è praticabile. Impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri: medio. Gli Stati membri devono adattare i loro ordinamenti alla nuova competenza della Procura europea a dirigere le autorità giudiziarie e di polizia nazionali e intervenire nei procedimenti nazionali. Impatto sulle istituzioni dell'unione esistenti: medio-alto. Questa opzione ha un impatto limitato su Eurojust. L'OLAF, in versione ridotta, mantiene la sua competenza ad esercitare alcune funzioni amministrative. Costi: moderati. Circa 370 milioni di euro. Benefici: si stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 3 200 milioni di euro.
- Opzione 3 (modello centralizzato o sovraordinato): Efficacia nel conseguire obiettivi strategici: alta. La Procura europea ha il potere di controllare e dirigere le indagini. Impatto sui diritti fondamentali: medio-alto. Come per l'opzione 2. Fattibilità: media. Questa opzione richiede cambiamenti molto importanti nei sistemi amministrativi e giudiziari degli Stati membri. Impatto sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri: alto. Gli Stati membri devono adattare i loro ordinamenti a un nuovo organismo esterno che interviene direttamente dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali. Impatto sulle istituzioni dell'unione esistenti: alto. Come per le opzioni 1 e 2. Costi: medio-alti. Circa 820 milioni di euro. Benefici: si stima che l'aumento del recupero dei fondi e dell'effetto dissuasivo comporti benefici pari a circa 2 900 milioni di euro.

¹²⁹⁵Hanno inviato pareri motivati i Parlamenti nazionali del regno Unito (sia *House of Lords* sia *House of Commons*), della Repubblica Ceca (Senato), di Cipro, dei Paesi Bassi (sia Senato sia Camera dei Rappresentanti), della Francia (*Sénat*), dell'Ungheria, dell'Irlanda, di Malta, della Romania (Camera dei Deputati), della Slovenia (Assemblea Nazionale) e della Svezia. Va inoltre rilevato che, a fine novembre 2013, sono pervenuti, nell'ambito del dialogo politico, i pareri di quattro Parlamenti nazionali (*Senat* rumeno, *Bundesrat* tedesco, *Senat* polacco e *Assembleia da República* portoghese) per i quali la proposta non è incompatibile con il principio di sussidiarietà.

¹²⁹⁶*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the national Parliaments on the review of the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office with regard to the principle of subsidiarity, in accordance with Protocol No 2*, Brussels, 27 novembre 2013, COM (2013) 851 final.

¹²⁹⁷Si può consultare il documento *on-line* all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-102_en.htm.

responsabili delle indagini e dell'azione penale.

La proposta della Commissione è suddivisa in dieci capi¹²⁹⁸, i primi dei quali disciplinano lo *status*, la struttura, le funzioni e le regole procedurali applicabili alle indagini del Procuratore europeo, mentre nei capi successivi sono previste le garanzie procedurali degli indagati e degli altri soggetti coinvolti, nonché le regole per assicurare la protezione dei dati e il controllo giurisdizionale delle decisioni di rinvio a giudizio del Procuratore europeo; i capi finali sono dedicati, infine, alle disposizioni organizzative e finanziarie.

In adesione al modello decentrato, la struttura della Procura europea prevede un'unica organizzazione bipartita: un'unità centrale che, sostanzialmente, controllerà, coordinerà e, ove necessario, dirigerà le indagini e le azioni penali negli Stati membri, e i procuratori europei delegati che, di norma, svolgeranno tali indagini e azioni penali autonomamente. I procuratori europei delegati faranno parte sia della Procura europea sia delle procure nazionali¹²⁹⁹. Lo svolgimento delle indagini e l'esercizio dell'azione penale per conto della Procura europea compete ai procuratori europei delegati sotto la direzione e il controllo del procuratore europeo¹³⁰⁰. Il procuratore europeo può svolgere le indagini di persona solo in specifici casi previsti dal regolamento¹³⁰¹.

1298I dieci capi in cui è suddivisa sono i seguenti: *Capo I*: oggetto e definizioni, in cui si enuncia l'oggetto del regolamento e si definiscono una serie di termini utilizzati nel testo; *Capo II*: statuto, in cui si stabiliscono gli elementi fondamentali della Procura europea, il suo *status* e la sua struttura, nonché le funzioni del Procuratore europeo; *Capo III*: regole procedurali applicabili alle indagini, in cui sono disciplinati gli elementi essenziali delle indagini e delle azioni penali promosse dalla Procura europea, comprese le modalità di controllo da parte degli organi giurisdizionali nazionali, le decisioni che la Procura europea può prendere a conclusione delle indagini, le modalità di esercizio dell'azione penale e il modo in cui gli organi giurisdizionali di merito possono usare le prove raccolte; *Capo IV*: garanzie procedurali, in cui sono previste garanzie a favore degli indagati e delle altre persone coinvolte nei procedimenti avviati dalla Procura europea, in linea con quanto previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; *Capo V*: controllo giurisdizionale, in cui sono stabilite regole per il controllo giurisdizionale; *Capo VI*: protezione dei dati, in cui sono contenute le norme che disciplinano il regime di protezione dei dati; *Capo VII*: disposizioni finanziarie e disposizioni relative al personale, in cui sono regolate le questioni inerenti al bilancio e al personale della Procura europea; *Capo VIII*: relazioni della Procura europea, in cui sono disciplinate le relazioni della Procura europea con le istituzioni e gli altri organismi dell'Unione, nonché con soggetti esterni all'UE; *Capo IX*: disposizioni generali, in cui sono regolati gli spetti istituzionali applicabili a qualsiasi nuovo organismo dell'Unione; *Capo X*: disposizioni finali, che riguarda l'attuazione del regolamento e dispone in materia di disposizioni di attuazione, disposizioni transitorie, regole amministrative e entrata in vigore.

1299Si legga al riguardo l'articolo 6, par. 5 e 6 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, del 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, in cui è previsto che “*In ogni Stato membro è presente almeno un procuratore europeo delegato che è parte integrante della Procura europea. Nello svolgimento delle indagini e azioni penali assegnate loro, i procuratori europei delegati agiscono sotto l'autorità esclusiva del procuratore europeo e si attengono alle sue sole istruzioni, linee guida e decisioni. Quando agiscono nell'ambito del proprio mandato ai sensi del presente regolamento, sono completamente indipendenti dalle procure nazionali e non hanno obblighi nei loro confronti. I procuratori europei delegati possono espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali. In caso di incarichi conflittuali, il procuratore europeo delegato ne informa il procuratore europeo che, previa consultazione della procura nazionale, può dare istruzione affinché prevalgano, nell'interesse delle indagini e dell'azione penale della Procura europea, le funzioni derivanti dal presente regolamento. In tal caso, il procuratore europeo ne informa immediatamente la procura nazionale*”. La Commissione ha previsto questa doppia veste dei procuratori europei delegati al fine di permettere una più agevole integrazione di questi ultimi nei sistemi giudiziari degli Stati membri.

1300Cfr. al riguardo l'articolo 6, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*

1301L'articolo 6, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* prevede che “*Se ritenuto necessario ai fini dell'indagine o dell'azione penale, il procuratore europeo può anche esercitare la sua autorità direttamente in conformità dell'articolo 18, paragrafo 5*”. L'articolo 18, par. 5 e 6 della medesima proposta di regolamento a sua volta prevede che “*Il procuratore europeo può riassegnare il caso a*

Il modello cui la Commissione si è ispirata nel delineare le linee essenziali della Procura europea è il modello decentrato, c.d. del *double hat*¹³⁰². La scelta di questo scenario di riferimento è stata determinata dalla volontà di rendere accettabile la proposta agli occhi degli Stati membri, ma allo stesso tempo di permettere al Procuratore europeo di svolgere indagini efficienti e efficaci. Tuttavia, le criticità presentate da tale modello di riferimento e la volontà degli Stati membri di istituire un organo che avesse un impatto minimo sulle proprie competenze in materia penale, sia sostanziale che processuale, ha portato a valutare l'impatto che l'istituzione della Procura europea nei termini proposti dalla Commissione avrebbe avuto sui sistemi giuridici nazionali ed ha dato vita ad un acceso dibattito a livello sia accademico che istituzionale¹³⁰³.

In particolare, durante i negoziati in seno al Consiglio si è deciso di operare una revisione della proposta che ha profondamente modificato la struttura della Procura europea rispetto a quanto era stato previsto dalla Commissione nel 2013. Ad un modello decentrato è stato, infatti, deciso di sostituire un modello collegiale¹³⁰⁴.

un altro procuratore europeo delegato o condurre le indagini di persona se ciò risulta necessario ai fini dell'efficienza dell'indagine o dell'azione penale in funzione di uno o più dei seguenti criteri: a) la gravità del reato, b) circostanze specifiche connesse allo status del presunto autore del reato, c) circostanze specifiche connesse alla dimensione transfrontaliera dell'indagine, d) l'indisponibilità delle autorità investigative nazionali, oppure e) la richiesta delle autorità competenti dello Stato membro in questione. 6. Quando a condurre l'indagine è direttamente il procuratore europeo, questi ne informa il procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui devono essere eseguite le misure investigative. Le misure investigative disposte dal procuratore europeo sono eseguite in collegamento con le autorità dello Stato membro del territorio interessato. Le misure coercitive sono eseguite dalle autorità nazionali competenti”.

1302A tal proposito occorre ricordare che nella conferenza tenutasi il 17 luglio 2013, la Commissione ha audacemente dichiarato che la Procura europea “will provide “federal protection” for the “federal budget””. Si veda, in tal senso, REDING V., *Establishing a European Public Prosecutor’s Office. A Federal Budget Needs Federal Protection*, Press Conference, Brussels, 17 luglio 2013. Sulla volontà di “federalizzazione” insita nella proposta si veda anche HOUSE OF LORDS – EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Impact of the European Public Prosecutor’s Office on the United Kingdom*, 3 novembre 2014, p. 12; SMULDERS B., *Is the Commission Proposal for a European Public Prosecutor’s Office Based on a Harmonious Interpretation of Articles 85 and 86 TFEU?*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2014, p. 41 e seguenti.

1303Si veda, per esempio, HOUSE OF COMMONS, EUROPEAN SCRUTINY COMMITTEE, *European Public Prosecutor’s Office: Reasoned Opinion, Reform of Eurojust, European Anti-Fraud Office – Fifteenth Report of Session 2013–2014*, 11 settembre 2013; MEIJERS COMMITTEE, STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL IMMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW, *Note Meijers Committee on the Proposed Council Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, 25 settembre 2013; EUROPEAN PARLIAMENT, COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE & HOME AFFAIRS, *Draft Interim Report on the Proposal for a Council Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, 29 novembre 2013; V. ALEXANDROVA, *Presentation of the Commission’s Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2014, pp. 11 e seguenti; CONIN SX M., *The European Commission’s Legislative Proposal: an Overview of its Main Characteristics*, in ERKELENS L.H., MEIJ A.W.H. and PAWLIK M. (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2014, p. 21 e seguenti; K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, *The European Public Prosecutor’s Office: Certain Constitutional Issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2014, pp. 53 e seguenti; M. PAWLIK, A. KLIP, *A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor’s Office*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2014, p. 183 e seguenti.

1304La preferenza per il modello collegiale è stata avanzata fin dal febbraio 2014, in cui in seguito alle discussioni avutasi a livello europeo, è stato presentato un rapporto al COREPER, in cui si suggeriva che la Procura europea dovesse essere strutturata secondo il modello collegiale, considerata la chiara preferenza in tal senso degli Stati

Tale modello, oltre a risultare inefficace agli scopi che si intendono perseguire con la creazione della Procura europea, ossia l'efficace repressione degli autori dei reati di competenza della Procura europea, è inidoneo a garantire un'adeguata protezione dei diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea¹³⁰⁵.

Il testo attualmente approvato dal Consiglio il 31 gennaio 2017 è composto da 75 articoli e suddiviso in nove Capi che, con l'intento di costituire un compromesso equilibrato tra i pareri espressi dalle delegazioni, emenda radicalmente l'articolato proposto dalla Commissione nel luglio del 2013. La principale modifica che è stata apportata nel nuovo testo riguarda proprio la struttura della Procura europea poiché al modello decentrato è stato sostituito un modello collegiale. La proposta del Consiglio, in particolare, prevede la creazione di una struttura decentrata composta da vari livelli decisionali e organizzativi, ad ognuno dei quali sono attribuite certe funzioni.

Secondo quanto ivi stabilito, la Procura europea è organizzata a livello centrale e a livello decentrato¹³⁰⁶. L'ufficio centrale è composto dal collegio, dalle camere permanenti, dal procuratore capo europeo, dai suoi sostituti, dai procuratori europei e dal direttore amministrativo. Il livello decentrato è composto dai procuratori europei delegati aventi sede negli Stati membri¹³⁰⁷.

Il collegio, composto dal procuratore capo europeo e da un procuratore europeo per Stato membro, è responsabile del controllo generale delle attività della Procura, è competente ad adottare il regolamento interno della Procura europea e a stabilire le responsabilità per l'esercizio delle funzioni dei membri del collegio e del personale della Procura europea.

Prende decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi, ma non è competente a prendere decisioni operative in singoli casi¹³⁰⁸.

membri. Si legga in tal senso il rapporto consultabile all'indirizzo: <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%206490%202014%20INIT>. Tale volontà è stata ribadita durante il Consiglio GAI, tenutosi a marzo 2014, è divenuto chiaro che la maggior parte degli Stati erano favorevoli al modello collegiale, al perseguimento dei casi di minore gravità a livello nazionale e al rafforzamento delle garanzie procedurali. Le deliberazioni del Consiglio GAI del 3 marzo 2014 sono consultabili *on-line* all'indirizzo <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%207467%202014%20ADD%201>. In seguito, sulla base dei principi espressi nei progetti nella riunione del 24 aprile 2014 e approvati dal CATS, previamente discussi in dettaglio e riesaminati in occasione di due riunioni degli Amici della Presidenza (25 marzo e 14 aprile 2014) e tre riunioni del COPEN (29-30 aprile, 12 maggio e 19-20 maggio 2014), la Presidenza greca ha elaborato un progetto di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea (*Council, Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, State of Play/Orientation debate, Council 2013/0255 (APP), Doc. No. 9834/1/14 Rev 1, Eppo 24, Eurojust 97, Cats 69, Fin 361, Copen 150, Gaf 28, Bruxelles, 21 maggio 2014*) che è stata in seguito modificata durante la presidenza italiana, lussemburghese, olandese e che è attualmente sotto la Presidenza slovacca è approdata nel testo approvato il 31 gennaio 2017, ossia nel documento *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, Fascicolo interistituzionale 2013/0255 (APP).

1305 Si legga per un approfondimento sul punto il capitolo settimo e ottavo, Titolo Secondo, Seconda Parte.

1306 Si legga al riguardo l'articolo 7, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1307 Cfr. articolo 7, par. 3 e 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 5 della medesima disposizione prevede, inoltre, che "L'ufficio centrale e i procuratori europei delegati sono assistiti dal personale della Procura europea nell'esercizio delle funzioni ad essi assegnate dal presente regolamento".

1308 In tal senso dispone l'articolo 8 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

Il collegio, su proposta del procuratore capo europeo, inoltre, adotta ogni anno il documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale della Procura europea; una strategia antifrode, proporzionata ai rischi di frode, tenendo conto dei costi e dei benefici delle misure da attuare e le norme sulle condizioni di impiego, i criteri di rendimento, l'insufficienza professionale, i diritti e gli obblighi dei procuratori europei delegati, comprese le norme per la prevenzione e la gestione dei conflitti di interesse¹³⁰⁹.

Le Camere permanenti, invece, presiedute dal procuratore capo europeo, da uno dei sostituti o da un procuratore europeo nominato presidente in conformità del regolamento interno, nonché da due membri permanenti, sono istituite dal collegio¹³¹⁰ e hanno il compito di monitorare e indirizzare le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati¹³¹¹. In particolare esse nel ruolo loro assegnato di supervisione delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale da parte dei procuratori europei delegati, possono prendere alcune decisioni rilevanti, come quella di rinviare a giudizio o archiviare un caso, applicare una procedura semplificata di azione penale e incaricare il procuratore europeo delegato di agire ai fini della pronuncia di un provvedimento definitivo, rinviare un caso alle autorità nazionali o riaprire un'indagine sulla base di nuovi fatti che non erano noti alla Procura europea al momento della decisione e che diventano noti successivamente¹³¹².

Inoltre, le camere permanenti sono competenti a garantire il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri e l'attuazione delle decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi prese dal collegio¹³¹³. Agendo tramite il

1309Si legga in proposito l'articolo 72, par. 1, lett. a), b), c) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. La stessa disposizione alle lettere f) e g) prevede, inoltre, che il collegio, su proposta del procuratore europeo, adotta: “f) norme dettagliate per l'applicazione del regolamento (CE) n. 1049/2001 alle sue attività; g) le norme di attuazione di cui all'articolo 24, paragrafo 8, del regolamento (CE) n. 45/2001”.

1310Cfr. al riguardo l'articolo 8, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. L'articolo 9, par. 1 della medesima proposta di regolamento prevede, inoltre, che “Il numero di camere permanenti e la loro composizione nonché la ripartizione delle competenze tra le camere tengono debitamente conto delle esigenze funzionali della Procura e sono determinati in conformità del regolamento interno”. Il collegio assume un ruolo rilevante anche in tal caso, considerato che, come abbiamo visto, spetta a quest'ultimo adottare il regolamento interno della Procura europea.

1311Si legga al riguardo l'articolo 9, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1312Si legga in proposito l'articolo 9, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*, a cui è stato aggiunto il paragrafo 3 bis che espressamente prevede: “Se necessario, le camere permanenti adottano le seguenti decisioni alle condizioni e secondo le procedure previste dal presente regolamento: a) incaricare il procuratore europeo delegato di avviare un'indagine conformemente alle disposizioni dell'articolo 22, paragrafi da 1 a 4, qualora non sia stata avviata un'indagine; b) incaricare il procuratore europeo delegato di esercitare il diritto di avocazione a norma dell'articolo 22 bis, paragrafo 5, qualora il caso non sia stato avocato; c) deferire al collegio le questioni strategiche o le questioni di ordine generale derivanti da singoli casi a norma dell'articolo 8, paragrafo 2; d) assegnare un caso a norma dell'articolo 22, paragrafo 3; e) riassegnare un caso a norma dell'articolo 22, paragrafo 5, o dell'articolo 23, paragrafo 3; i) approvare la decisione di un procuratore europeo di condurre esso stesso l'indagine a norma dell'articolo 23, paragrafo 4”. Tale potere decisionale può essere delegato al procuratore europeo incaricato della supervisione solo in alcune circostanze precisate dal paragrafo 5 bis della medesima disposizione, ossia l'articolo 9 della proposta di regolamento del 31 gennaio 2017.

1313Si veda in proposito l'articolo 9, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

procuratore europeo incaricato di supervisionare un'indagine o un'azione penale, la camera permanente “può altresì in un caso specifico fornire istruzioni conformemente al diritto nazionale applicabile al procuratore europeo delegato incaricato del caso, laddove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine o dell'azione penale, o nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente della Procura europea”¹³¹⁴.

Le decisioni adottate dalle camere permanenti devono poi essere comunicate, conformemente al regolamento interno predisposto dal collegio, tramite i presidenti delle camere permanenti al collegio¹³¹⁵.

I procuratori europei svolgono un ruolo importante all'interno delle camere permanenti, dal momento che sono competenti a supervisionare, per conto della camera permanente e conformemente a eventuali istruzioni da questa fornite le indagini e le azioni penali di cui sono responsabili i procuratori europei delegati incaricati del caso nel rispettivo Stato membro di origine¹³¹⁶. I procuratori europei devono, inoltre, presentare sintesi dei casi soggetti alla loro supervisione e, se del caso, propongono “decisioni di detta camera sulla base di progetti di decisioni elaborati dai procuratori europei delegati”¹³¹⁷.

I procuratori europei incaricati della supervisione possono, altresì, “conformemente al diritto nazionale applicabile e alle istruzioni fornite dalla competente camera permanente, fornire in un caso specifico istruzioni al procuratore europeo delegato incaricato del caso, laddove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine e dell'azione penale o nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente della Procura europea”¹³¹⁸. I procuratori europei svolgono, pertanto, un ruolo di collegamento e di canale di informazioni tra le camere permanenti e i procuratori europei delegati nei rispettivi Stati membri di origine¹³¹⁹.

Il compito di svolgere le indagini e di esercitare l'azione penale è, infine, attribuito ai procuratori europei delegati, i quali “sono responsabili delle indagini e azioni penali da essi stessi avviate, ad

1314Cfr. in tal senso l'articolo 9, par. 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1315In tal senso dispone l'articolo 9, par. 7 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1316Si veda in proposito l'articolo 11, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1317Così dispone il medesimo articolo 11, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1318Si legga in tal senso l'articolo 9, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 2 *bis* della medesima disposizione prevede, inoltre, che “Se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede il riesame interno di taluni atti nell'ambito della struttura della procura nazionale, il riesame di tali decisioni prese dal procuratore europeo delegato rientra nei poteri di controllo del procuratore europeo incaricato della supervisione in conformità del regolamento interno, fatti salvi i poteri di controllo e di monitoraggio della camera permanente”.

1319Si legga in proposito l'articolo 11, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*, il quale dispone altresì che “Essi monitorano l'esecuzione dei compiti della Procura nei rispettivi Stati membri in stretta consultazione con i procuratori europei delegati. Essi provvedono affinché, in conformità del presente regolamento e del regolamento interno, l'ufficio centrale trasmetta ogni informazione utile ai procuratori europei delegati e viceversa”.

essi assegnate o da essi rilevate avvalendosi del diritto di avocazione. I procuratori europei delegati seguono le indicazioni e istruzioni della camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione”. Essi “sono altresì responsabili di portare casi in giudizio e dispongono, in particolare, del potere di formulare l'imputazione, partecipare all'assunzione delle prove ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale”¹³²⁰.

La proposta di regolamento precisa, altresì, che i procuratori europei delegati “possono espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali, a condizione che ciò non impedisca loro di assolvere gli obblighi derivanti dal [omissis...] regolamento” istitutivo.

In tale complessa organizzazione interna dell'Ufficio della Procura europea il ruolo del procuratore capo europeo è drasticamente diminuito. La proposta di regolamento approvata il 31 gennaio 2017 conferisce a quest'ultimo meri compiti di rappresentanza dinanzi alle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri e dinanzi a terzi e funzioni normalmente attribuite ad un “*internal manager*”¹³²¹, piuttosto che al vertice di un organo inquirente sovranazionale¹³²². Nella proposta di regolamento si legge, infatti, che il procuratore capo europeo “organizza il lavoro della Procura, dirige le sue attività e prende decisioni in conformità del presente regolamento e del regolamento interno”, che è adottato dal collegio¹³²³. I suoi compiti possono, inoltre, essere delegati a uno dei sostituti o a un procuratore europeo¹³²⁴.

Il procuratore capo europeo non è, quindi, competente né a svolgere compiti operativi, ossia a supervisionare lo svolgimento delle indagini in singoli casi, né a prendere decisioni su questioni strategiche e su questioni di ordine generale derivanti da singoli casi, se non in quanto membro delle camere permanenti e del collegio. Pur essendone membro, tuttavia, non può prendere tali decisioni di persona, ma può solo contribuire votando in favore di una determinata decisione.

La responsabilità per lo svolgimento delle indagini, l'esercizio dell'azione penale e l'eventuale rinvio a giudizio dell'imputato è dunque suddivisa tra vari soggetti, ognuno dei quali gode di un limitato

1320Si veda al riguardo l'articolo 12, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 2 della medesima disposizione prevede, inoltre, che “*In ciascuno Stato membro sono presenti due o più procuratori europei delegati. Il procuratore capo europeo, dopo essersi consultato e aver raggiunto un accordo con le competenti autorità degli Stati membri, approva il numero dei procuratori europei delegati nonché la ripartizione funzionale e territoriale delle competenze tra i procuratori europei delegati all'interno di ciascuno Stato membro*”.

1321Tale calzante espressione è stata utilizzata da J.A.E. VERVAELE, *Legal and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a EPPO in the EU: the dissymetry of shared enforcement*, in M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities. Political and judicial accountability in a shared legal order*, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, p. 184.

1322Si legga in tal senso l'articolo 10, par. 1 e par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1323Cfr. al riguardo l'articolo 10, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 2 della medesima disposizione prevede, inoltre, che “*Sono nominati due sostituti per assistere il procuratore capo europeo nell'esercizio delle sue funzioni e per sostituirlo in caso di assenza o impedimento*”.

1324Si legga in proposito l'articolo 10, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che prevede altresì che “*Il procuratore capo europeo può delegare i suoi compiti di rappresentanza a uno dei sostituti o a un procuratore europeo*”.

potere di decisione in relazione alle proprie specifiche competenze. In particolare, tale compito, ossia la funzione principale della Procura europea è ripartita tra il collegio, le camere permanenti, i procuratori europei e i procuratori europei delegati.

L'assenza di una struttura gerarchica, oltre a porsi in contrasto con le raccomandazioni e le linee guida adottate a livello europeo¹³²⁵, comporta il moltiplicarsi di centri decisionali e l'assenza di un soggetto responsabile delle attività della Procura europea. Le responsabilità sono, infatti, ripartite tra diversi soggetti, ognuno dei quali per un frammento del processo decisionale, motivo per cui, in conclusione, non esiste un unico soggetto responsabile. Alla previsione di una struttura così complessa si accompagna, inoltre, la mancata armonizzazione delle regole sostanziali e processuali che dovranno essere applicate dalla Procura europea, per cui oltre ad essere difficile individuare il soggetto competente e, di conseguenza, responsabile, sarà altresì difficile individuare la legge penale sostanziale e processuale applicabile.

Sembra difficile, anche da un punto di vista meramente logico, comprendere come una struttura così complessa possa migliorare l'efficace repressione degli autori dei reati di competenza della Procura europea¹³²⁶. La complessità della procedura porterà, infatti, inevitabilmente a processi decisionali lunghi e a probabili decisioni divergenti tra i numerosi soggetti coinvolti. L'azione della Procura europea non sarà, pertanto, rapida e questo potrebbe portare in alcuni casi a far disperdere alcune prove o a permettere agli autori del reato di fuggire.

La mancanza di un centro decisionale unico, inoltre, obbligherà i soggetti coinvolti nello svolgimento delle azioni penali e nell'esercizio dell'azione penale a coordinarsi tra loro; è alto, pertanto, il rischio che si verifichino problemi di coordinazione simili a quelli che i procuratori

¹³²⁵Si leggano al riguardo la COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, adottato dalla Commissione di Venezia durante l'85esima sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, CDL -AD (2010)040, Studio n. 494 / 2008, Strasburgo, 3 gennaio 2011, il CONSIGLIO D'EUROPA COMITATO DEI MINISTRI, *Raccomandazione REC (2000)19 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale*, adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, nella 724° riunione dei Delegati dei Ministri, nonché GABRIELA KNAUL, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, A/HRC/20/19, del 7 giugno 2012, in cui è previsto che “privilegiare un'organizzazione gerarchica senza che tuttavia tale organizzazione comporti la costituzione di strutture burocratiche inefficienti o paralizzanti” (punto 36, lett. a) e che “Il buon funzionamento di ogni ufficio del Pubblico Ministero si svolge, in considerazione dei mandati conferiti a quest'ultimo, attraverso un'organizzazione gerarchica. È importante che i rapporti fra i vari livelli della gerarchia siano improntati a regole chiare e trasparenti al fine di evitare ingiustificate considerazioni personali. Tale è la ratio delle Raccomandazioni 9 e 10, che saranno completate dalla 36” (punto 9).

¹³²⁶Nel senso che la proliferazione degli strati organizzativi a livello centrale ha notevolmente aumentato il livello di complessità della struttura e del funzionamento della Procura europea, si legga J.A.E. VERVAELE, *Legal and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a EPPO in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities. Political and judicial accountability in a shared legal order*, cit.; P. GEELHOED, L. PANTALEO, *The European Public Prosecutor's Office - can the Member States finally accept their own creation?*, 1 luglio 2016, consultabile al seguente indirizzo online: <http://leidenlawblog.nl/articles/the-european-public-prosecutors-office-can-the-member-states-finally-accept>; A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016; A. CSÚRI, *The Proposed EPPO – from a Trojan Horse to a White Elephant*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, pp. 122-151.

nazionali si trovano ad affrontare ora.

Il potere della Procura di condurre indagini, infatti, risolverà solo parzialmente i problemi attuali se frazionato tra diversi soggetti e se ne riproporranno di nuovi. I diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea saranno, infatti, posti seriamente a rischio dalla mancanza di una disciplina uniforme e della previsione di garanzie procedurali uniformi corrispondenti ai livelli di protezione di tali diritti a livello europeo. Oltre alla mancanza di regole uniformi, la molteplicità dei soggetti coinvolti nello svolgimento delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale aggrava, inoltre, il rischio di violazione dei diritti di difesa degli indagati poiché questi ultimi in alcuni casi presumibilmente non saranno neanche in grado di comprendere quali siano i soggetti responsabili delle misure investigative eseguite¹³²⁷.

La previsione di una tale struttura collegiale, inoltre, fa anche seriamente dubitare del valore aggiunto della Procura europea e dell'opportunità in concreto di istituirla a queste condizioni. Predisponendo una tale organizzazione dell'ufficio, la Procura europea si configurerebbe come un organo strutturalmente molto simile ad *Eurojust*, in cui viene data preminenza alle istanze degli Stati membri che non vogliono vedersi spogliati della propria sovranità in materia penale, piuttosto che all'esigenza di creare un organo centrale sovranazionale indipendente, non più legato alla logica della cooperazione e del coordinamento investigativo.

L'obiettivo di reprimere efficacemente gli autori dei reati di competenza della Procura europea non sarà, tuttavia, raggiunto poiché, come abbiamo visto l'efficacia dell'azione di un'autorità inquirente così configurata è estremamente limitata e gli autori dei reati potrebbero approfittare delle lungaggini processuali e della disciplina frammentata per sottrarsi alla giustizia, senza che la Procura europea abbia il potere di evitarlo. Il buon esito di un'indagine penale, infatti, in molti casi deriva dalla rapidità con cui sono prese le decisioni ed eseguite le direttive impartite dal *dominus* dell'indagine, dato che il trascorrere di un considerevole lasso di tempo potrebbe far disperdere le prove o comprometterne la raccolta.

Non si ritiene, quindi, che una tale configurazione possa conferire alla Procura europea un valore aggiunto, considerato che quest'ultima presumibilmente incontrerà gli stessi problemi che dovevano essere risolti con la sua creazione, ossia la difficoltà di coordinamento tra autorità nazionali, a cui si aggiunge la difficoltà di coordinamento tra autorità giudiziarie nazionali e ufficio centrale della Procura europea, nonché l'assenza di un sistema che permetta, al medesimo tempo, di prendere decisioni in tempo rapido e darvi attuazione parimenti in un arco temporale ristretto.

L'unica soluzione che permetterebbe di garantire l'efficace repressione degli autori dei reati di competenza della Procura europea e, al tempo stesso, di tutelare i diritti degli individui sarebbe quella di creare una Procura europea accentrata, gerarchica, puramente sovranazionale che applichi

¹³²⁷Si legga in tal senso anche HOUSE OF LORDS – EUROPEAN UNION COMMITTEE, *The Impact of the European Public Prosecutor's Office on the United Kingdom*, 3 novembre 2014, pp. 14-15.

un corpo di norme sia sostanziali che processuali uniformi. I problemi pratici collegati alla difficoltà di reperire informazioni dalle autorità giurisdizionali nazionali e alla disciplina vigente nei confronti degli Stati membri non aderenti alla Procura europea potrebbero essere risolti con un'adeguata disciplina contenuta nel regolamento istitutivo.

Quanto agli Stati membri non partecipanti, infatti, tale problema si presenterebbe in ogni caso, qualsiasi modello di Procura europea si decida di adottare. Per quanto concerne lo scambio di informazioni, sarebbe, invece, necessario prevedere un obbligo di scambio di informazioni tra Procura europea e Stati membri e prevedere delle forme di controllo circa il rispetto di tale obbligo.

4.1.1.1.23 Indipendenza della Procura europea

Il secondo elemento essenziale da definire nel predisporre lo statuto della Procura europea, dopo aver delineato la struttura e l'organizzazione interna dell'ufficio, ossia la ripartizione dei compiti tra i magistrati requirenti facenti parte della Procura europea¹³²⁸, consiste nel determinare i rapporti della Procura europea con le altre istituzioni, organi e organismi europei, nonché con gli Stati membri. La definizione di tali rapporti permette di delineare lo statuto esterno della Procura europea.

In particolare, in base a quanto desumibile dalle tradizioni costituzionali degli Stati e dalle raccomandazioni e linee guida adottate a livello internazionale e europeo, la procura normalmente può instaurare due tipi di relazioni con gli altri poteri, che tradizionalmente si identificano con il potere esecutivo: un rapporto di subordinazione o un rapporto di indipendenza.

In base alla prima opzione, il pubblico ministero costituisce diretta espressione del potere politico, e, in particolare, del potere esecutivo, per cui è subordinato gerarchicamente al Ministro della Giustizia, il quale può impartire direttive e adottare provvedimenti sanzionatori disciplinari nei confronti dei magistrati o funzionari¹³²⁹, a seconda del sistema di riferimento, del pubblico ministero.

A tale sistema si contrappongono, invece, gli ordinamenti giuridici che proclamano l'indipendenza

¹³²⁸Si legga al riguardo l'analisi svolta nel paragrafo precedente.

¹³²⁹In Francia, per esempio, le persone facenti parte dell'ufficio del pubblico ministero sono considerate autorità giurisdizionali, mentre in Germania gli appartenenti all'ufficio del pubblico ministero sono funzionari. La distinzione si basa principalmente sull'appartenenza o meno di tali soggetti al medesimo corpo giudiziario di cui fanno parte i magistrati giudicanti. Per un'analisi della disciplina concernente lo statuto esterno del pubblico ministero nei diversi Paesi europei, si legga P.J.P. TAK (a cura di), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Opera in due volumi, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, Olanda, 2004 e 2005; C. LAZERGES (a cura di), *Figures du Parquet*, Presses Universitaires de France, 2006. Per l'analisi di alcuni sistemi giuridici, si legga M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (versione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, Padova, CEDAM, 2001. Per una dettagliata analisi comparativa del sistema tedesco e francese, si veda E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, coll. « Droit », Paris, C.N.R.S. Éditions, 1999. Per una dettagliata analisi comparata del sistema italiano, francese, inglese e scozzese, si legga A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2001.

esterna del pubblico ministero dal potere politico, più specificamente dal potere esecutivo, e in generale da ogni potere facente capo a soggetti estranei all'ordine giudiziario.

A sua volta, il principio di indipendenza assume una duplice veste, ossia quella di indipendenza di status e di indipendenza funzionale.

Per indipendenza di status si intende la sottrazione di tutto quello che attiene allo statuto di magistrato alle competenze di altri poteri dello Stato, mentre per indipendenza funzionale viene fatto riferimento al principio per cui ogni singolo magistrato, nell'esercizio dei poteri di cui è investito dalla legge, non patisce alcuna soggezione ad altri soggetti. Il concetto di indipendenza funzionale è volto, quindi, a disciplinare l'indipendenza del pubblico ministero nell'adempimento dei compiti, delle mansioni e degli obblighi che il sistema impone¹³³⁰.

A livello europeo e internazionale sono state adottate numerose raccomandazioni e linee guida a cui gli Stati devono ispirarsi nelle loro legislazioni e nelle prassi relative al ruolo del Pubblico Ministero nell'ordinamento penale nazionale¹³³¹.

Considerata la notevole differenza di disciplina concernente sia lo statuto che le funzioni del pubblico ministero nei diversi Stati, nelle raccomandazioni e linee guida adottate a livello europeo è stato espressamente stabilito che nonostante l'indipendenza del pubblico ministero non sia

¹³³⁰La verifica circa il rispetto sia dell'indipendenza di status che dell'indipendenza funzionale al fine di accertare che il pubblico ministero sia indipendente è stata ritenuta essenziale a livello internazionale. Si legga, in tal senso, Gabriela Knaul, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, A/HRC/20/19, del 7 giugno 2012. Al punto 26, in particolare, è stato sottolineato che “*In assessing the independence and impartiality of prosecutors, it is important to examine both the structural independence of prosecution services and their operational independence and impartiality, or functional independence. A lack of autonomy and functional independence can erode the credibility of the prosecutorial authority and undermine public confidence in the justice system (A/HRC/17/30/Add.3, paras. 16 and 87). In this context, the United Nations Guidelines emphasize that States have a duty to ensure that prosecutors can carry out their functions without improper interference (para. 4)*”. Si è occupata approfonditamente dell'argomento la dottrina italiana, considerata la rilevanza che l'indipendenza del pubblico ministero riveste in tale sistema giuridico in seguito alla proclamazione della Costituzione italiana. L'indipendenza esterna del pubblico ministero rappresenta, infatti, in tale sistema un argine contro le ingerenze del potere politico nell'attività giudiziaria del pubblico ministero ed assume un valore particolare in seguito alla sconfitta di Mussolini e alla caduta del regime fascista. Quanto alla configurazione del principio di indipendenza e alle varie dimensioni che lo stesso assume, si legga V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. CONSO, 1979, N. Zanichelli Editore S.p.A., Bologna; *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del Convegno, Udine, 22-24 ottobre 2004, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Giuffrè Editore, 2006; G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza Italiana*, febbraio 2009.

¹³³¹Tra di esse assumono particolare rilievo ai fini che qui interessano la COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, adottato dalla Commissione di Venezia durante l'85esima sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, CDL -AD (2010)040, Studio n. 494 / 2008, Strasburgo, 3 gennaio 2011; CONSIGLIO D'EUROPA COMITATO DEI MINISTRI, *Raccomandazione REC (2000)19 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale*, adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, nella 724° riunione dei Delegati dei Ministri; GABRIELA KNAUL, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, A/HRC/20/19, del 7 giugno 2012; *Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors* adottati dall'INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS il 23 aprile 1999; *Guidelines on the Role of Prosecutors* adottate dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite *on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Havana, Cuba, dal 27 agosto al 7 settembre 1990; *The Bordeaux Declaration of the Consultative Council of European Judges (CCJE) and the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) on “Judges and Prosecutors in a Democratic Society*, CM (2009) 192.

riconosciuta in ogni ordinamento come una caratteristica dell'organo, deve, tuttavia, essere garantito che il pubblico ministero agisca equamente e in modo imparziale (nell'originale inglese “fairly” e “impartially”; nella versione francese “équité” e “impartialité”)¹³³². Da ciò deriva che anche nei sistemi in cui il pubblico ministero non fa parte dell'ordine giudiziario, esso deve agire in “a judicial manner”¹³³³. Come il giudice, il pubblico ministero non può agire in vista del proprio interesse personale e, al pari delle procedure che sono predisposte per garantire l'imparzialità del giudice, la procedura di nomina, di promozione, di trasferimento, così come di destituzione dall'incarico, dovranno essere disciplinate in modo da garantire l'imparzialità del pubblico ministero. Quest'ultimo, infatti, al pari del giudice, in ragione della funzione svolta, dovrà in certi casi prendere decisioni poco popolari suscettibili di essere criticate e di essere malviste a livello politico. Per tale motivo le procedure di nomina, promozione e rimozione dall'incarico dovranno garantire al pubblico ministero la serenità d'animo di applicare la legge senza essere preoccupato che l'adozione di una certa decisione possa ripercuotersi negativamente sulla propria carriera¹³³⁴. Di conseguenza, la Commissione di Venezia si focalizza nel determinare quali accorgimenti devono essere presi per limitare un'impropria ingerenza dell'esecutivo nei confronti del pubblico ministero. Al riguardo, la Commissione afferma che tali accorgimenti comprendono un ventaglio di ipotesi che vanno dal conferire l'indipendenza al pubblico ministero al divieto di dare istruzioni dettagliate al procuratore incaricato del caso, all'esigere procedure che assicurino che tali istruzioni siano date per iscritto e rese pubbliche¹³³⁵.

1332In tal senso, si legga COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, adottato dalla Commissione di Venezia durante l'85esima sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, CDL -AD (2010)040, Studio n. 494 / 2008, Strasburgo, 3 gennaio 2011, punto 15, in cui si legge: “*The prosecutor must act fairly and impartially. Even in systems which do not regard the prosecutor as part of the judiciary, the prosecutor is expected to act in a judicial manner. It is not the prosecutor's function to secure a conviction at all costs. The prosecutor must put all the credible evidence available before a court and cannot pick and choose what suits. The prosecutor must disclose all relevant evidence to the accused and not merely the evidence which favours the prosecution case. Where evidence tending to favour the accused cannot be disclosed (for example, because to do so would compromise the safety of another person) it may be the duty of the prosecutor to discontinue the prosecution*”.

1333Così è stabilito nella COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punto 15 citato nella nota precedente (nota n. 4).

1334In tal senso, si legga la COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punto 18. Al punto 19 è, inoltre, evidenziato che “*Of course, where a prosecutor falls short of the required standard, the impartial judge may be able to correct the wrong that is done. However, there is no guarantee of such correction and in any event great damage can be caused. It is evident that a system where both prosecutor and judge act to the highest standards of integrity and impartiality presents a greater protection for human rights than a system which relies on the judge alone*”.

1335Si legga in tal senso la COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punto 22. In senso analogo si leggano anche CONSIGLIO D'EUROPA COMITATO DEI MINISTRI, *Raccomandazione REC (2000)19 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale*, adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, nella 724ª riunione dei Delegati dei Ministri, punti 11-16 concernenti le relazioni fra il pubblico ministero e i poteri esecutivo e legislativo, con particolare riferimento al punto 13, in cui si legge che “*Nei paesi dove il Pubblico ministero da parte del governo o è subordinato a quest'ultimo, gli Stati dovrebbero prendere provvedimenti per*

La configurazione di una Procura europea al fine di essere legittima e credibile a livello europeo deve, pertanto, garantire il rispetto dei parametri che sono stati stabiliti nei documenti europei e internazionali richiamati e che verranno esaminati nel corso del paragrafo in riferimento alle disposizioni concernenti la nomina, la progressione in carriera e la rimozione dall'incarico dei procuratori europei delle proposte di regolamento istitutive della Procura europea che sono state finora adottate.

Al proposito, occorre fin da subito ricordare che i parametri sono ancora più stringenti, come evidenziato nelle raccomandazioni e linee guida adottate a livello europeo e internazionale, nel caso in cui si decida di creare una Procura europea indipendente sia dalle istituzioni, organi e organismi europei che dagli Stati membri poiché in tal caso dovranno essere predisposte adeguate garanzie per tutelare l'indipendenza sia statutaria che funzionale della Procura europea¹³³⁶.

Considerato che fin dal momento in cui alla fine degli anni Novanta si è prospettata la creazione di una Procura europea, l'indipendenza è stata considerata un elemento imprescindibile e incontrovertito dell'istituenda Procura europea, su cui vi è sempre stato un accordo generale da parte di tutte le istituzioni europee¹³³⁷. Al riguardo l'unica critica che era stata mossa da parte dei governi

garantire che: a) la natura e la portata dei poteri del governo nei confronti del Pubblico ministero siano precisate dalla legge; b) il governo eserciti i suoi poteri in modo trasparente ed in conformità ai trattati internazionali, alla legislazione nazionale ed ai principi generali del diritto; c) tutte le istruzioni di carattere generale emanate dal governo siano per iscritto e pubblicate secondo adeguate modalità; d) se il governo è abilitato a fornire istruzioni per un'azione giudiziaria in un caso specifico, tali istruzioni siano accompagnate da sufficienti garanzie di trasparenza e di equità secondo le condizioni previste dalla legge nazionale, il governo essendo ad esempio, tenuto: - a richiedere preliminarmente il parere scritto del Pubblico ministero competente o dell'organo rappresentativo del corpo; - a debitamente motivare le sue istruzioni scritte, in particolare quando divergono da tale parere ed ad inoltrarle per via gerarchica; - prima dell'udienza, a depositare nel fascicolo della procedura penale le istruzioni ed i pareri e sottoporre al contraddittorio; e) il Pubblico Ministero conservi la facoltà di sottoporre alla giurisdizione qualsiasi argomento giuridico, anche nei casi in cui, avendo investito la giurisdizione per iscritto, egli ha l'obbligo di farlo in conformità alle istruzioni ricevute; f) le istruzioni di non procedere in un determinato caso, siano in linea di massima vietate; in ogni caso, tali istruzioni, del resto eccezionali, devono essere sottoposte non solo alle regole enunciate ai paragrafi d) ed e) ma anche ad un controllo specifico, allo scopo, in particolare, di garantirne la trasparenza”.

¹³³⁶Per un'analisi di tali strumenti internazionali in relazione all'indipendenza del pubblico ministero, si legga E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Independence of the European Public Prosecutor*; in P. ASP (a cura di), European Policy Initiative, *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 255 e seguenti.

¹³³⁷Nel primo progetto che ha auspicato la creazione di un Pubblico Ministero europeo, ossia il *Corpus Juris* (si leggano al riguardo i quattro volumi curati da M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, 2000, Intersentia, Antwerp, Groningem, Oxford), era, infatti, espressamente previsto all'articolo 18, par. che il Pubblico Ministero europeo “è indipendente sia nei confronti delle autorità nazionali, sia nei confronti degli organi comunitari”. Nelle disposizioni di attuazione sottostanti alla disposizione era poi sottolineata anche l'indipendenza funzionale dei membri del Pubblico Ministero europeo. Si legge, infatti, che i “membri del P.M.E. esercitano le proprie funzioni in completa indipendenza e non sollecitano né accettano istruzioni da parte di nessun organismo, nazionale o europeo. Per tutta la durata delle loro funzioni, i componenti del P.M.E. non possono esercitare alcuna altra attività professionale, sia essa remunerata o a titolo gratuito”. Del pari nel Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea presentato dalla Commissione, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001 COM(2001) 715 definitivo, la Commissione, p. 28 della versione italiana in cui si legge che l'indipendenza “è una caratteristica essenziale del procuratore europeo. Essa si giustifica nella misura in cui la procura europea costituirebbe un organo giudiziario specialistico. La sua indipendenza va intesa sia con riferimento alle parti, nel quadro di un procedimento contraddittorio, sia nei confronti degli Stati membri e delle istituzioni, degli organi e degli organismi comunitari. In questa veste, il procuratore europeo dovrebbe disporre di tutte le competenze richieste ed essere visto come effettivamente competente. Egli dovrebbe esercitare le sue funzioni in modo imparziale ed essere guidato solo

nazionali fin dall'adozione del *Corpus Juris* riposava sui timori che una completa indipendenza della Procura europea avrebbe comportato la completa irresponsabilità dello stesso¹³³⁸. A tal fine, fin dalla pubblicazione del *Suivi del Corpus Juris* nel 2000, era stata inserita una specifica previsione per cui il Procuratore Generale europeo avrebbe dovuto presentare al Parlamento europeo e al Consiglio un rapporto annuale relativo al bilancio delle attività svolte¹³³⁹.

Conformemente a quanto previsto nei testi precedentemente adottati, la proposta di regolamento della Commissione del 2013 e la proposta di regolamento del Consiglio, così come da ultimo modificata il 31 gennaio 2017, proclamano l'indipendenza dell'istituenda Procura europea.

In tale sede occorre, tuttavia, verificare se le regole concernenti la nomina, la progressione in carriera e la rimozione dei membri appartenenti alla Procura europea rispecchino assicurino adeguate garanzie di indipendenza e permettano, quindi, di dare attuazione a quanto proclamato in via di principio. Nello svolgere tale analisi valuteremo altresì se le soluzioni proposte sia adeguate a realizzare il principale obiettivo perseguito con l'istituzione della Procura europea, ossia l'efficace repressione dei reati di competenza della Procura europea. Si valuterà, quindi, in conclusione, nel

dall'intento di rispettare la legalità". Successivamente l'indipendenza della Procura europea è stata ribadita anche nell'articolo delle cosiddette *Model Rules for the Procedure of the EPPO* (sono pubblicate all'indirizzo online www.eppo-project.eu, nonché nell'opera K. LIGETI (a cura di) *Toward a Prosecutor for the European Union*, composta da due volumi: *vol. I, A Comparative Analysis, Oxford, Portland (Oregon), 2013*, e *vol. II, Draft Rules of Procedure*, in cui si legge che "la Procura europea è indipendente sia nei confronti delle autorità nazionali che delle istituzioni della UE". Si leggano al riguardo anche le note esplicative sottostanti l'articolo 1 che si trovano nella versione inglese e francese del testo. L'indipendenza è ugualmente proclamata anche nella *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final} e nella *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPD 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, che saranno esaminate poco oltre nel testo. Per un'analisi dell'evoluzione storica dell'idea di creare una Procura europea, si legga L. HAMRAN, S. SZABOVA, *European Public Prosecutor's Office – Cui Bono?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 41 e seguenti.

1338 Occorre, tuttavia, sottolineare che la tendenza generale è quella di garantire anche nei Paesi in cui il pubblico ministero fa parte dell'esecutivo una maggiore. Si legga al proposito quanto affermato nella COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punti 26-27, in cui si legge che "Nonetheless, only a few of the countries belonging to the Council of Europe have a prosecutor's office forming part of the executive authority and subordinate to the Ministry of Justice (e.g. Austria, Denmark, Germany, the Netherlands). The Commission notes that there is a widespread tendency to allow for a more independent prosecutor's office, rather than one subordinated or linked to the executive. For example, in Poland recent amendments to the Law on the Prosecutor's Office separated the role of the Ministry of Justice from that of the Prosecutor General. Also, it is important to note that in some countries, subordination of the prosecution service to the executive authority is more a question of principle than reality in the sense that the executive is in fact particularly careful not to intervene in individual cases. Even in such systems, however, the fundamental problem remains as there may be no formal safeguards against such intervention. The appearance of intervention can be as damaging as real interference, as can be seen in the current Austrian debate on the power of the executive to give instructions to the prosecutors. The tendency described above is visible not only among the civil law member states of the Council of Europe but also in the common law world. The federal prosecution service in Canada recently moved from the model of a service as an integral part of the Attorney General/Ministry of Justice to the model of an independent Director of Public Prosecutions (DPP). Northern Ireland has now also established its DPP's Office as independent. England and Wales and Ireland have also all seen the gradual elimination of police powers to prosecute, which was a traditional feature of common law systems, in favour of a public prosecutor".

1339 Tale previsione era espressamente contenuta nelle disposizioni di attuazioni sottostanti all'articolo 18 del *Corpus Juris*. Per un'analisi delle rispettive formule volte a prescrivere la responsabilità della Procura europea che erano state inserite nel Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione l'11 dicembre del 2001, cit. e nei successivi testi legislativi concernenti l'istituzione della Procura europea, si legga il paragrafo successivo.

caso in cui le soluzioni adottate a livello europeo non siano soddisfacenti, quale sia la soluzione più adeguata per garantire il raggiungimento di tale obiettivo.

Nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 l'indipendenza è ritenuta una delle "caratteristiche fondamentali" della Procura accanto all'obbligo di rendere conto, "a garanzia del fatto che la Procura europea possa esercitare le sue funzioni e usare i suoi poteri senza subire indebite pressioni"¹³⁴⁰. In tale sede la Commissione riconosce anche il legame inscindibile tra garanzia di indipendenza della Procura europea e predisposizione di un'adeguata procedura di nomina dei membri della Procura. Tuttavia, la Commissione si riferisce solamente alla procedura di nomina del procuratore europeo prevedendo che, mentre essa debba essere configurata in modo tale da garantire l'indipendenza e la responsabilità nei confronti delle istituzioni, "la procedura di revoca è affidata alla Corte di giustizia dell'Unione europea". Per quanto riguarda la nomina e la revoca dei procuratori europei delegati, si limita, invece, a ribadire che essa dipende dal procuratore europeo e deve essere prevista una procedura atta a garantirne "l'integrazione nei sistemi giudiziari nazionali"¹³⁴¹.

L'indipendenza della Procura europea è poi espressamente disciplinata nell'articolo 5 della proposta di regolamento in cui è prescritto che debba essere garantita alla Procura europea l'indipendenza funzionale nell'esercizio delle sue funzioni. In base a tale disposizione, infatti, la Procura europea, nella persona del procuratore europeo, dei suoi sostituti e del suo personale, dei procuratori europei delegati e del personale nazionale, "non sollecita né accetta istruzioni da nessuna persona, Stato membro, istituzione, organo o organismo dell'Unione". Le istituzioni, gli organi o gli organismi dell'Unione e gli Stati membri, dall'altra parte, sono tenuti a rispettare l'indipendenza della Procura europea e "non cercano di influenzarla nell'assolvimento dei suoi compiti"¹³⁴².

Come abbiamo menzionato in precedenza, tuttavia, a tale affermazione in via di principio non corrisponde una disciplina che ne garantisca il rispetto in pratica. Considerato che fin dal *Corpus Juris* si è ritenuto che l'indipendenza costituisca una garanzia di legittimità della Procura europea¹³⁴³,

1340Così è stabilito nella *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, punto 3.3.2. rubricato "Capo II-Statuto", Sezione 1. Nel Considerando 10 della medesima proposta la garanzia di indipendenza è giustificata dal fatto che alla Procura europea devono essere conferiti poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale. Letteralmente si legge, infatti: "Poiché alla Procura europea devono essere conferiti poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale, occorre che siano disposte garanzie istituzionali per garantirne l'indipendenza e responsabilità nei confronti delle istituzioni dell'Unione".

1341In tal senso, si legga la *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, punto 3.3.2. rubricato "Capo II-Statuto", Sezione 2.

1342Si legga in proposito l'articolo 5, par. 1 e 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, che al paragrafo 1 dispone chiaramente: "La Procura europea è indipendente".

1343Si legga in proposito C. VAN DEN WYNGAERT, *Eurojust and the European Public Prosecutor in the Corpus Juris Model: Water and Fire?*, in N. WALKER (a cura di), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford University Press, 2004, p. 231 e seguenti. Ulteriori ragioni per cui si è scelto di creare una Procura europea indipendente sono state ravvisate nella "good governance" e nella "fair administration of justice". In tal senso K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, 1-2, 2013, p. 12, che affermano: "The main arguments raised in support of independence are linked to good governance and the fair administration of justice. As far as

se effettivamente l'indipendenza non fosse garantita in pratica, la Procura europea rischierebbe di perdere la propria legittimità e credibilità¹³⁴⁴.

Sorgono dubbi quanto all'effettiva garanzia in pratica dell'indipendenza dell'organo a causa della disciplina prevista per la procedura di nomina e revoca dei procuratori componenti la Procura europea.

In particolare, per quanto riguarda la nomina del procuratore europeo, in forza dell'articolo 8 della proposta di regolamento della Commissione del 2013, il procuratore europeo è nominato dal Consiglio a maggioranza semplice, con l'approvazione del Parlamento europeo, per un periodo non rinnovabile di otto anni¹³⁴⁵. La selezione si basa “su un invito generale a presentare candidature pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, a seguito del quale la Commissione stabilisce una rosa dei candidati e la presenta al Parlamento europeo e al Consiglio”¹³⁴⁶. Le candidature possono essere proposte da “personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio delle alte funzioni giurisdizionali e che posseggano una grande esperienza in materia di azione penale”¹³⁴⁷.

Occorre sottolineare che non sono indicati gli specifici criteri in base ai quali possa ritenersi che i soggetti che presentano la propria candidatura “offrano tutte le garanzie di indipendenza” e “posseggano una grande esperienza in materia penale”. Tali formule sono, infatti, estremamente ampie e possono prestarsi a interpretazioni più o meno estese. Quanto al requisito per cui devono offrire tutte le garanzie di indipendenza, si pone il problema di stabilire quali soggetti possano candidarsi. In alcuni Stati membri, infatti, i pubblici ministeri sono dipendenti dal potere esecutivo. In tali casi, quindi, sorge il dubbio di dover determinare sulla base di quali criteri stabilire se tali soggetti offrano tutte le garanzie di indipendenza. Al riguardo, non sembra possibile adottare

good governance is concerned the EPPO should be protected from political influence. From a viewpoint of fair administration of justice any arbitrary use of prosecutorial powers should be avoided and Member States should be protected from arbitrary decisions of the EPPO. Furthermore it has been argued that none of the EU institutions would be suitable to give guidelines and exert effective control on the EPPO's decisions”.

1344L'importanza di garantire l'indipendenza alla Procura europea è stata ribadita anche dal Parlamento europeo. Si legga al riguardo la *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), punto 5, lett. ii) e la *Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), punti 6 e 7, in cui il Parlamento europeo “*sottolinea che la struttura della Procura europea dovrebbe essere del tutto indipendente dai governi nazionali e dalle istituzioni dell'UE e protetta da influenze e pressioni politiche; chiede pertanto apertura, obiettività e trasparenza nelle procedure di selezione e di nomina del procuratore capo europeo, dei suoi sostituti, dei procuratori europei e dei procuratori europei delegati*”.

1345In tal senso dispone l'articolo 8, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*.

1346Cfr. articolo 8, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, il quale dispone altresì: “*Prima di presentare la rosa dei candidati, la Commissione chiede il parere di un comitato da essa stessa istituito e composto da sette personalità scelte tra ex membri della Corte di giustizia, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali, membri delle procure nazionali e/o giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo, nonché dal presidente di Eurojust in qualità di osservatore*”.

1347In tal senso, si legga l'articolo 8, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*.

un'interpretazione che escluda *in toto* la possibilità per gli appartenenti all'ufficio del pubblico ministero appartenenti a Stati in cui tali soggetti sono dipendenti dall'esecutivo di presentare la propria candidatura. In base a tale interpretazione, infatti, essi sarebbero sempre esclusi e si verificherebbe una grave disparità di trattamento dipendente dalla nazionalità, contraria al divieto di non discriminazione in base alla nazionalità che costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico europeo¹³⁴⁸. Resta, pertanto, da determinare cosa debba intendersi con la formula per cui tali soggetti debbano offrire “tutte le garanzie di indipendenza”.

Il requisito per cui devono possedere “una grande esperienza in materia penale” è del resto altrettanto generico e può variare notevolmente da Stato a Stato. Un tale requisito solleva perplessità oltretutto alla luce del fatto che presumibilmente ogni pubblico ministero possiede una grande esperienza in materia penale, dal momento che la funzione principale di ogni pubblico ministero consiste nello svolgere indagini penali e nell'esercitare l'azione penale. Tale inciso fa, pertanto, sorgere il dubbio che possano presentare la propria candidatura anche soggetti che nel proprio Stato di appartenenza non svolgevano le funzioni di pubblico ministero¹³⁴⁹.

Sebbene, inoltre, sia da apprezzare il riferimento al fatto che l'invito generale a presentare candidature sarà pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, a tale pubblicazione non segue una selezione per concorso, che sarebbe la modalità di selezione preferibile per garantire che la procedura di nomina garantisca la massima indipendenza¹³⁵⁰, ma la scelta da parte della Commissione di una rosa di candidati che poi presenterà al Parlamento europeo e al Consiglio. A tal riguardo non è previsto né il numero di candidati facenti parte della rosa selezionata dalla Commissione, né i criteri in base a cui la Commissione sceglierà i candidati adeguati. Nel caso in cui, infatti, tutti i candidati rispondano ai requisiti, non chiari definiti nel paragrafo 2 dell'articolo 8 della proposta di regolamento, non è specificato in base a quale criterio la Commissione effettuerà la selezione.

Al tempo stesso, mentre è da apprezzare la previsione di un comitato costituito da “sette personalità

1348Si legga in tal senso l'articolo 18 de TUE e l'articolo 21, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

1349Tale circostanza sembra confermata dall'articolo 10, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, il quale in riferimento ai procuratori europei delegati precisa che “*se al momento della nomina a procuratore europeo delegato l'interessato non possiede lo status di pubblico ministero ai sensi del diritto nazionale, lo Stato membro lo nomina tale*”.

1350Si legga al riguardo GABRIELA KNAUL, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, A/HRC/20/19, del 7 giugno 2012, la quale afferma che “*In the view of the Special Rapporteur, a public competitive selection process (an examination) is an objective way to ensure the appointment of qualified candidates to the profession. Both selection and promotion processes should be transparent in order to avoid undue influence, favouritism or nepotism. Recruitment bodies should be selected on the basis of competence and skills and should discharge their functions impartially and based on objective criteria. This body should be composed by a majority of members from within the profession in order to avoid any possible political or other external interference*” (par. 62). Quanto, nello specifico alla procedura di nomina del procuratore generale precisa: “*While it is understandable that Governments wish to retain some control over the appointment of the Prosecutor General, it is important that the method of selection maintains public confidence and the respect of the judiciary and the legal profession. The Special Rapporteur believes that appointment of a Prosecutor General resulting from cooperation among different governmental bodies is preferable to one appointed by a single body, in which case expert advice should be sought*” (par. 64).

scelte tra ex membri della Corte di giustizia, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali, membri delle procure nazionali e/o giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo, nonché dal presidente di Eurojust in qualità di osservatore¹³⁵¹, non è stabilito che valore abbia il parere del comitato in relazione alla scelta che dovrà effettuare la Commissione. Nel testo, infatti, è dato solamente leggere che quest'ultima è tenuta a chiedere il parere di tale comitato dalla stessa istituito, ma non è altrimenti specificato se tale parere abbia valore vincolante o meno. In assenza di alcuna specifica disposizione sembra desumersi che tale parere non sia vincolante né influisca in modo incisivo sulla scelta dei candidati, pertanto, tale previsione rischia di ridursi ad una mera formalità¹³⁵².

Quanto alla nomina del procuratore europeo, occorre sottolineare che in base a tale disposizione esso sarà nominato dal Consiglio, il quale deciderà a maggioranza semplice, con la semplice approvazione del Parlamento europeo¹³⁵³. Il ruolo del Parlamento europeo è, quindi, ridotto sensibilmente, dal momento che non svolge il ruolo di codecisore insieme al Consiglio, ma può solamente approvare o meno i candidati che il Consiglio intende nominare. Una tale previsione si pone altresì in contrasto con le raccomandazioni adottate a livello europeo, in cui è espressamente stabilito che, sebbene non possa essere stabilito un principio categorico generale che si applichi in tutte le situazioni, deve essere garantita la cooperazione tra organi dello Stato al fine di evitare nomine politiche unilaterali¹³⁵⁴. La partecipazione di almeno due istituzioni di cui una sia

1351In tal senso dispone l'articolo 8, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*.

1352Si legga al proposito J. MACGUILL, *The Independence of the European Public Prosecutor and Relationship with Deputy Prosecutors. The Structure of the new Prosecutor*, in *UCPI Conference*, Bologna, 6 dicembre 2013, consultabile online all'indirizzo <http://www.macguill.ie/The-Independence-of-the-European-Public-Prosecutor-and-Relationship-with-Deputy-Prosecutors.pdf>.

1353Si legga al riguardo l'articolo 8, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, prima menzionato.

1354Si legga al proposito quanto stabilito nella COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, *cit.*, punti 34-36, in cui si legge: “*The manner in which the Prosecutor General is appointed and recalled plays a significant role in the system guaranteeing the correct functioning of the prosecutor’s office. In its opinion on the Regulatory Concept of the Constitution of the Republic of Hungary, the Venice Commission stated: “It is important that the method of selection of the general prosecutor should be such as to gain the confidence of the public and the respect of the judiciary and the legal profession. Therefore professional, non-political expertise should be involved in the selection process. However, it is reasonable for a Government to wish to have some control over the appointment, because of the importance of the prosecution of crime in the orderly and efficient functioning of the state, and to be unwilling to give some other body, however distinguished, carte blanche in the selection process. It is suggested, therefore, that consideration might be given to the creation of a commission of appointment comprised of persons who would be respected by the public and trusted by the Government.” No single, categorical principle can be formulated as to who - the president or Parliament - should appoint the Prosecutor General in a situation when he is not subordinated to the Government. The matter is variously resolved in different countries. Acceptance of the principle of cooperation amongst state organs seems a good solution as it makes it possible to avoid unilateral political nominations. In such cases, a consensus should be reached. In any case, the right of nominating candidates should be clearly defined. Advice on the professional qualification of candidates should be taken from relevant persons such as representatives of the legal community (including prosecutors) and of civil society. In countries where the prosecutor general is elected by Parliament, the obvious danger of a politicisation of the appointment process could also be reduced by providing for the preparation of the election by a parliamentary committee, which should take into account the advice of experts. The use of a qualified majority for the election of a Prosecutor General could be seen as a mechanism to achieve*

rappresentata dal Parlamento europeo, in assenza della selezione dei candidati per concorso, rappresenta, quindi, un'esigenza indispensabile per garantire l'indipendenza della Procura europea. Al pari della procedura di nomina, neanche la procedura di revoca del procuratore generale garantisce l'indipendenza della Procura europea. Nella proposta di regolamento della Commissione, si legge, infatti, che “qualora il procuratore europeo non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni o abbia commesso una colpa grave, la Corte di giustizia dell'Unione europea, su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, può revocarlo dall'incarico”¹³⁵⁵. Dalla formulazione della disposizione non è dato comprendere in quali casi debba ritenersi che “il procuratore europeo non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni”, dal momento che tale formula ha un contenuto molto ampio e può essere interpretata in modo più o meno esteso. Una formulazione così ampia per quanto riguarda i criteri di revoca pone particolarmente a rischio l'indipendenza della Procura europea poiché in assenza di criteri precisi e predefiniti in anticipo, le istituzioni europee potrebbero abusare del diritto di chiedere la rimozione del procuratore europeo, interpretando in modo molto ampio la formula per cui “il procuratore europeo non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni”. Di conseguenza, per timore di essere rimosso, il procuratore europeo potrebbe non iniziare certe indagini, soprattutto quando tali indagini riguardino frodi interne, commesse da funzionari, agenti o membri delle istituzioni europee. Una tale indeterminatezza rischia, pertanto, di porre seriamente a rischio l'indipendenza della Procura europea. Il pericolo è solo in parte attenuato dalla previsione che sia la Corte di Giustizia a decidere se rimuovere o meno il procuratore generale. Quest'ultimo, infatti, potrebbe in via preventiva non avviare un'indagine o decidere di non proseguirla per il timore di essere revocato dall'incarico e di dover affrontare un processo dinanzi alla Corte di Giustizia, in cui la difesa sarebbe estremamente complessa in assenza di parametri normativi precisi¹³⁵⁶.

consensus on such appointments. However one would need also to provide for an alternative mechanism where the requisite qualified majority cannot be obtained so as to avoid the risk of a deadlock”.

1355 In tal senso dispone l'articolo 8, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*.

1356 Al proposito, è stata proposta una soluzione per cercare di rimediare al rischio che venga lesa l'indipendenza funzionale della Procura europea. In particolare K. M. LOHSE (*The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality*, in L.H. ERKELENS A.W.H. MEIJ M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, 2015, p. 169) ha proposto che, “*In order to secure EPPO's independence in the fulfilment of its daily tasks, additional procedural safeguards should be taken into consideration. To that end, a legal remedy to ensure the independent status of the European Prosecutors is suggested. In cases of various forms of undue influence, the European Public Prosecutor (EPP) should have the right to lodge a complaint to the European Court of Justice (ECJ), which could rule on an alleged violation of independence. This should apply to any form of undue influence, whether resulting from the European institutions, or from the Member States. Such remedy could be implemented by an additional provision under Article 5(2) of the legislative proposal. It would correspond with the rights of the European Parliament, the European Council and the European Commission to may apply to the ECJ for a dismissal of the EPP. Such an additional safeguard may be necessary particularly because a decision of the EPP to investigate may directly concern members of the mentioned European institutions, as well as (high ranking) officials from the Member States*”.

I sostituti del procuratore europeo sono nominati e revocati secondo le medesime modalità esaminate in riferimento al procuratore europeo¹³⁵⁷.

I procuratori europei delegati, invece, sono nominati dal procuratore europeo in base a un elenco di almeno tre candidati che riuniscono le condizioni richieste per l'esercizio delle alte funzioni giurisdizionali, posseggono una grande esperienza in materia di azione penale e offrono tutte le garanzie di indipendenza, presentati dallo o dagli Stati membri interessati¹³⁵⁸. Quanto alla revoca, nel caso in cui un procuratore europeo delegato non risponda più ai requisiti che doveva possedere per essere nominato o “ai criteri per l'esercizio delle sue funzioni, oppure abbia commesso una colpa grave, il procuratore europeo può revocarlo dall'incarico”¹³⁵⁹.

Le criticità che abbiamo esposto in riferimento all'indeterminatezza dei criteri di nomina e revoca a proposito del procuratore europeo sono valide altresì per la procedura di nomina e revoca prevista per i procuratori europei delegati. In tal caso, inoltre, si aggiunge un ulteriore elemento che mina l'indipendenza sia di statuto che funzionale della Procura europea. Il cosiddetto “doppio cappello” sotto cui agiscono i procuratori europei delegati mette a rischio, infatti, l'indipendenza della Procura europea, soprattutto nei casi in cui i procuratori siano dipendenti dall'esecutivo nello Stato membro di appartenenza. Sebbene teoricamente nello svolgimento delle indagini per conto della Procura europea, essi conducano le indagini “per conto e su istruzione del procuratore europeo”¹³⁶⁰, la doppia natura degli stessi e la dipendenza dal potere esecutivo nel proprio Stato di origine potrebbe influenzarne le scelte e compromettere così la loro indipendenza e libertà di giudizio¹³⁶¹.

La disciplina prevista nella proposta di regolamento del Consiglio, così come modificata alla data del 31 gennaio 2017, anziché risolvere le criticità rilevate, ha peggiorato la situazione mettendo ancora più a rischio l'indipendenza della Procura europea. La maggiore complessità della struttura della Procura europea e il riparto di funzioni tra più livelli organizzativi e decisionali a cui non si è accompagnata la ridefinizione sostanziale delle regole di nomina e revoca dei procuratori ha, infatti, ulteriormente diminuito l'indipendenza della Procura europea e aumentato le possibilità di indebite ingerenze nelle attività di indagine e di esercizio dell'azione penale svolte dalla Procura europea.

1357Si legga in proposito l'articolo 9 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, cit..

1358Si legga in proposito l'articolo 10, par. 1 e 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, cit..

1359Si legga in proposito l'articolo 10, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, cit., il quale prevede altresì che “*Nell'esercizio delle loro funzioni per conto della Procura europea, i procuratori europei delegati possono essere revocati dall'incarico di pubblico ministero nazionale per iniziativa delle autorità nazionali competenti soltanto previo consenso del procuratore europeo*”.

1360Si legga al riguardo, l'articolo 18 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, cit..

1361In proposito, è stato affermato che “*this approach could raise concerns as to the independence of the EPPO, since delegated prosecutors would be confronted with the dilemma of serving two masters at the same time*”. Si veda al riguardo, K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, *The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues*, in L.H. ERKELENS A.W.H. MEIJ M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., p. 58, nota 22.

A livello teorico, nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 è stata proclamata l'indipendenza della Procura europea negli stessi termini in cui era stata prevista nella proposta di regolamento della Commissione del 2013. L'unico elemento aggiuntivo contenuto nell'articolo 6 è la specificazione che la Procura europea nell'esercizio delle proprie funzioni agisce nell'interesse dell'Unione nel suo complesso e non sollecita né accetta istruzioni da persone esterne alla Procura europea, Stati membri, istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione¹³⁶².

Le procedure di nomina e revoca dei membri della Procura europea non sono, tuttavia, variate significativamente.

Il procuratore capo europeo è nominato di comune accordo dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che delibera a maggioranza semplice, per un mandato non rinnovabile di sette anni¹³⁶³. In tal senso, occorre, quindi, accogliere con favore la modifica apportata al testo previgente, in quanto per la nomina del procuratore capo europeo è necessario in base all'attuale disciplina il comune accordo del Parlamento europeo e del Consiglio.

Per quanto riguarda i requisiti che devono essere soddisfatti dai candidati, è stato precisato rispetto a quanto previsto dalla proposta di regolamento della Commissione del 2013 che essi debbano essere membri delle procure o della magistratura degli Stati membri, oppure procuratori europei attivi¹³⁶⁴. Per il resto, è stato mantenuto il requisito già previsto nella proposta della Commissione del 2013 per cui devono possedere le qualifiche necessarie per essere nominati, nei rispettivi Stati membri, alle più alte funzioni a livello di procura o giurisdizionali. A tale requisito è stata aggiunta, tuttavia, la specificazione che debbano vantare “una grande esperienza pratica in materia di sistemi giuridici nazionali, di indagini finanziarie e di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, o hanno svolto la funzione di procuratori europei”¹³⁶⁵. Al riguardo, si pone il problema di determinare cosa debba intendersi per “grande esperienza pratica”. L'indeterminatezza del requisito che potrebbe essere ritenuto soddisfatto per avere perseguito un solo caso concernente tali materie o per avere svolto indagini in relazione a un numero molto alto di casi, si presta a strumentalizzazioni e decisioni arbitrarie dal momento che non è neanche prevista la possibilità di esperire un ricorso

¹³⁶²Si legga, in tal senso il Considerando 11 che ha contenuto identico al Considerando 10 della proposta di regolamento della Commissione del 2013, il Considerando 12 che prevede che “*La Procura europea dovrebbe agire nell'interesse dell'Unione nel suo complesso e non dovrebbe sollecitare né accettare istruzioni da persone esterne alla Procura stessa*”, il Considerando 35 che stabilisce che “*La procedura di nomina del procuratore capo europeo e dei procuratori europei dovrebbe garantirne l'indipendenza. La loro legittimità dovrebbe discendere dalle istituzioni dell'Unione coinvolte nella procedura di nomina. È opportuno che il collegio nomini i sostituti del procuratore capo europeo scegliendo tra i suoi membri*”, nonché l'articolo 6 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che riprende con minime variazioni il contenuto dell'articolo 5 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*

¹³⁶³In tal senso dispone l'articolo 13, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

¹³⁶⁴Si legga al riguardo l'articolo 13, par. 2, lett. a) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

¹³⁶⁵Si legga in tal senso l'articolo 13, par. 2, lett. c) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

giurisdizionale avverso tale decisione.

L'articolo 13 stabilisce inoltre il medesimo requisito previsto nella proposta di regolamento della Commissione, ossia che il candidato offra tutte le garanzie di indipendenza, per cui valgono i rilievi svolti in precedenza¹³⁶⁶. Come abbiamo sottolineato, l'interpretazione di tale disposizione risulta particolarmente problematica nei casi in cui gli appartenenti all'ufficio del pubblico ministero non siano indipendenti nello Stato membro di appartenenza ma siano, al contrario, subordinati al potere esecutivo.

Nella proposta di regolamento è, inoltre, previsto un ulteriore requisito altrettanto incerto e foriero di interpretazioni così diverse da poter prestare il fianco ad abusi. In base all'articolo 13 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 i candidati devono possedere “una sufficiente esperienza manageriale e le qualifiche per il posto in questione”¹³⁶⁷. Non è meglio specificato né cosa debba intendersi per “esperienza manageriale”, ma soprattutto quali siano “le qualifiche per il posto in questione”. Nel testo, infatti, tali qualifiche non sono altrimenti specificate o definite. Sembra, pertanto, che tali qualifiche debbano essere definite in base alla legislazione nazionale in riferimento alle posizioni assimilabili a quella di procuratore capo europeo. La struttura delle procure negli Stati membri è, tuttavia, significativamente diversa e varierà significativamente a seconda che i procuratori siano indipendenti o subordinati al potere esecutivo. La definizione di quali siano le qualifiche per il posto in questione sarà, pertanto, determinata dalla disciplina prevista a livello nazionale e varierà significativamente nei diversi Stati membri, per cui vi è il rischio che si generino profonde diversità di trattamento.

Nella versione di proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 è stata mantenuta la previsione per cui la selezione si basa su un invito generale a presentare candidature pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Al proposito, tuttavia, a differenza di quanto previsto nella proposta della Commissione del 2013, è stato definito in modo più chiaro il ruolo del comitato di selezione, il quale ha il compito di stabilire una rosa di candidati qualificati da presentare al Parlamento europeo e al Consiglio¹³⁶⁸. I membri del comitato di selezione sono nominati, su proposta della Commissione, dal Consiglio, che stabilisce anche le regole di funzionamento del comitato. Nell'attuale proposta di regolamento, pertanto, anziché essere istituito dalla Commissione¹³⁶⁹, il

1366Al proposito, si veda l'articolo 13, par. 2, lett. b) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*, nonché i rilievi svolti poco sopra nel testo in riferimento all'articolo 8 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*

1367Si legga in tal senso l'articolo 13, par. 2, lett. d) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

1368Ai sensi dell'articolo 13, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*, “il comitato è composto di 12 persone scelte tra ex membri della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte dei conti, ex membri nazionali di Eurojust, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali, procuratori di alto livello e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo”.

1369Secondo quanto previsto dall'articolo 8, par. 3 *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura*

comitato è composto da membri nominati dal Consiglio, su proposta della Commissione. Il ruolo del Consiglio, il quale stabilirà anche le regole di funzionamento del comitato è, pertanto, nettamente preponderante rispetto a quello della Commissione nell'attuale proposta di regolamento. Anche nel testo dell'attuale proposta, tuttavia, non sono stati definiti i criteri sulla base dei quali viene effettuata tale selezione, né il numero di candidati che saranno selezionati nella rosa presentata al Consiglio e al Parlamento europeo.

La procedura di revoca del procuratore capo europeo è identica a quella prevista nella proposta di regolamento della Commissione del 2013, per cui valgono i rilievi critici esposti in precedenza. L'unica differenza consiste nella formulazione del requisito per cui il procuratore capo europeo può essere rimosso dalla Corte di Giustizia, in base all'attuale testo della proposta di regolamento, su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, qualora sia riscontrato che “non è più in grado di esercitare le sue funzioni o che ha commesso una colpa grave”¹³⁷⁰. Nella proposta di regolamento della Commissione era, invece, previsto che potesse essere revocato qualora “non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni o abbia commesso una colpa grave”¹³⁷¹. Si ritiene che in tal senso la differenza di significato tra le due espressioni parzialmente diverse utilizzate, ossia “non è più in grado di esercitare le sue funzioni” e “non risponda più alle condizioni necessarie all'esercizio delle sue funzioni”, sia minima e non incida in alcun modo sui profili problematici rilevati in precedenza e sul rischio che venga lesa l'indipendenza della Procura europea¹³⁷².

I procuratori europei sono, invece, designati da ciascuno Stato membro. In particolare, ciascuno Stato membro designa tre candidati, uno dei quali sarà successivamente selezionato e nominato dal Consiglio, ricevuto il parere motivato del comitato di selezione¹³⁷³.

Al riguardo, occorre osservare che nella proposta di regolamento non è contenuta alcuna spiegazione più precisa di quale organo statale sia deputato a selezionare i candidati. In tal senso, affinché sia garantita l'indipendenza della Procura europea, come è agevole rilevare, le implicazioni

europea, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*, il comitato era istituito dalla Commissione.

1370Si legga in tal senso l'articolo 13, par. 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 5 della medesima disposizione prevede, inoltre, che “Se il procuratore capo europeo si dimette, se è rimosso dal suo incarico o se lascia il suo incarico per qualsiasi motivo, il posto è immediatamente ricoperto secondo la procedura di cui ai paragrafi 1, 2 e 3”.

1371Disponibile in tal senso l'articolo 8, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, *cit.*.

1372La procedura di nomina e revoca dei sostituti del procuratore capo europeo è disciplinata nell'articolo 13 bis della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.* e attribuisce preminente rilievo al collegio e ai procuratori europei, i quali, come vedremo, sono selezionati dagli Stati membri. Al proposito, come avremo modo di sottolineare nel testo non è anche specificato a quale organo nazionale sia attribuito il compito di selezionare tali soggetti, per cui tale funzione potrebbe essere attribuita in certi Stati membri al Ministro della Giustizia o a un altro rappresentante del potere esecutivo. Lo sbilanciamento in favore della componente nazionale operato con la proposta di regolamento così come modificata dal Consiglio alla data del 31 gennaio 2017 non garantisce adeguatamente, pertanto, l'indipendenza della Procura europea.

1373Si legga al riguardo l'articolo 14, par. 1 e 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

saranno significativamente diverse a seconda che l'organo deputato a selezionare tali soggetti sia il Ministro della Giustizia o un altro componente dell'esecutivo, oppure, un corpo di professionisti a loro volta indipendenti¹³⁷⁴. Non essendo previsto alcunché nel regolamento istitutivo, ogni Stato può attribuire il compito di selezionare i candidati al soggetto che discrezionalmente ritenga preferibile.

I requisiti che i candidati devono presentare per essere designati da ciascuno Stato membro sono i medesimi che abbiamo analizzato in riferimento al procuratore capo europeo, fatta eccezione per l'ultimo requisito per cui i candidati devono possedere “una sufficiente esperienza manageriale e le qualifiche per il posto in questione”¹³⁷⁵. Si ripresentano, pertanto, le medesime criticità sopra esposte con riguardo all'indeterminatezza di tali requisiti che in taluni casi potrebbe portare anche alla messa a rischio dell'indipendenza della Procura europea. In tal caso, il requisito per cui devono “offrire tutte le garanzie di indipendenza” risulta ancora più vago, considerato che se ogni Stato membro deve selezionare tre candidati, ovviamente tali soggetti saranno selezionati anche dagli Stati membri in cui i procuratori sono subordinati al potere esecutivo e, in particolare, al Ministro della Giustizia. Occorre, pertanto, chiedersi cosa significhi che devono “offrire tutte le garanzie di indipendenza”. Una possibile soluzione interpretativa potrebbe portare a ritenere che negli Stati in cui i procuratori sono dipendenti dall'esecutivo, possano essere selezionati solo magistrati giudicanti. Tale interpretazione, tuttavia, porterebbe ad una restrizione del campo di scelta nei confronti di alcuni Stati a causa del loro sistema giuridico nazionale. Si ritiene, quindi, che non sarà la strada seguita in pratica dagli Stati membri se l'attuale regolamento istitutivo venisse adottato senza modifiche; anche gli Stati dove i procuratori sono dipendenti dall'esecutivo rivendicherebbero

1374Nel senso che è necessario nella procedura di selezione e nomina dei procuratori devono assumere un ruolo preminente professionisti esperti e non a membri del Governo o a soggetti che altrimenti rivestono un ruolo politico, si sono espresse anche le raccomandazioni e linee guida prima menzionate. Si legga, in particolare, COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punti 34 e 48, in cui si legge rispettivamente che “*It is important that the method of selection of the general prosecutor should be such as to gain the confidence of the public and the respect of the judiciary and the legal profession. Therefore professional, non-political expertise should be involved in the selection process. However, it is reasonable for a Government to wish to have some control over the appointment, because of the importance of the prosecution of crime in the orderly and efficient functioning of the state, and to be unwilling to give some other body, however distinguished, carte blanche in the selection process. It is suggested, therefore, that consideration might be given to the creation of a commission of appointment comprised of persons who would be respected by the public and trusted by the Government*” e “*In order to prepare the appointment of qualified prosecutors expert input will be useful. This can be done ideally in the framework of an independent body like a democratically legitimised Prosecutorial Council or a board of senior prosecutors, whose experience will allow them to propose appropriate candidates for appointment. Such a body could act upon a recommendation from the Prosecutor General with the body having the right to refuse to appoint a person but only for good reason*”. Si legga similmente E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Independence of the European Public Prosecutor*, in P. ASP (a cura di), *European Policy Initiative, The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, cit., pp. 271-272.

1375L'articolo 14, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, cit. prevede, dunque: “*Ciascuno Stato membro designa tre candidati al posto di procuratore europeo tra vari candidati che: a) sono membri attivi delle procure o della magistratura degli Stati membri; b) offrono tutte le garanzie di indipendenza; e c) possiedono le qualifiche necessarie per essere nominati, nei rispettivi Stati membri, ad alte funzioni a livello di procura o giurisdizionali e vantano una grande esperienza pratica in materia di sistemi giuridici nazionali, di indagini finanziarie e di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*”.

il diritto di selezionare i propri procuratori per non incorrere in una diversità di trattamento. Resta, di conseguenza, altamente indeterminato e passibile di un'interpretazione soggettiva il significato da attribuire alla formula per cui tali soggetti devono “offrire tutte le garanzie di indipendenza”.

Il Consiglio nomina uno dei candidati al posto di procuratore europeo dello Stato membro in questione dopo aver ricevuto il parere motivato del comitato di selezione. La disposizione precisa altresì che “se il comitato di selezione ritiene che un candidato non soddisfi le condizioni necessarie all'esercizio delle funzioni di procuratore europeo, il suo parere è vincolante per il Consiglio”¹³⁷⁶. Il parere del comitato è, dunque, vincolante solo nei casi in cui esso ritenga che “un candidato non soddisfi le condizioni necessarie all'esercizio delle funzioni di procuratore europeo”. Tale formula è altrettanto vaga di quelle esaminate in precedenza e, pertanto, non è possibile stabilire previamente in quali casi il parere del comitato di selezione è vincolante per il Consiglio. Quest'ultimo potrebbe, quindi, approfittare dell'indeterminatezza della formulazione per ritenere che tale condizione non sia soddisfatta e che il parere del comitato di selezione non sia vincolante.

La procedura di rimozione dall'incarico di un procuratore europeo è analoga a quella prevista per il procuratore capo europeo, per cui si rinvia ai rilievi svolti in tale sede¹³⁷⁷.

Per quanto riguarda la nomina dei procuratori europei delegati, infine, la proposta di regolamento del Consiglio stabilisce che i procuratori europei delegati designati dagli Stati membri vengono nominati dal collegio, su proposta del procuratore capo europeo¹³⁷⁸. Il collegio, a sua volta, è composto dal procuratore capo europeo e da un procuratore europeo per Stato membro¹³⁷⁹.

La designazione dei procuratori europei delegati è, pertanto, quasi interamente rimessa nelle mani delle autorità nazionali competenti. A differenza di quanto previsto nella proposta di regolamento della Commissione del 2013, essi non sono nominati dal procuratore (capo) europeo, ma, su proposta del procuratore capo europeo, dal collegio, il quale è composto, oltre che dal procuratore

¹³⁷⁶Si legga al riguardo l'articolo 14, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 3 e 4 della medesima disposizione prevedono altresì che “Il Consiglio, deliberando a maggioranza semplice, seleziona e nomina i procuratori europei per un mandato non rinnovabile di sei anni. Alla fine del periodo di sei anni il Consiglio può decidere di prorogare il mandato per un massimo di tre anni. 4. Ogni tre anni si procede a un rinnovo parziale di un terzo dei procuratori europei. Il Consiglio, deliberando a maggioranza semplice, adotta disposizioni transitorie relative alla nomina dei procuratori europei per e durante il primo mandato”.

¹³⁷⁷L'articolo 14, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.* prevede, infatti, in senso analogo che “La Corte di giustizia dell'Unione europea può, su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, rimuovere dall'incarico un procuratore europeo qualora riscontri che non è più in grado di esercitare le sue funzioni o che ha commesso una colpa grave”. Il paragrafo 6 prevede, specularmente all'articolo 13, par. 3 della medesima proposta di regolamento che se “Se un procuratore europeo si dimette oppure è rimosso dal suo incarico o se lascia il suo incarico per qualsiasi altro motivo, il posto è immediatamente ricoperto secondo la procedura di cui ai paragrafi 1 e 2. Se svolge la funzione di sostituto del procuratore capo europeo, il procuratore europeo è automaticamente rimosso anche da tale incarico”.

¹³⁷⁸Si legga al riguardo, l'articolo 15, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

¹³⁷⁹Si legga in proposito l'articolo 8, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Per un'analisi del ruolo e delle funzioni del collegio si legga il precedente paragrafo, Titolo secondo della Parte Prima.

capo europeo, dai procuratori europei, i quali, come abbiamo visto sopra, sono designati dagli Stati membri e poi nominati dal Consiglio.

Il collegio, inoltre, ha solo il potere di non approvare la persona designata dagli Stati membri nel caso in cui la persona proposta non soddisfi i requisiti previsti nel secondo paragrafo della disposizione, ma non ha il potere di scegliere il soggetto che ritenga più idoneo tra quelli preselezionati dagli Stati membri¹³⁸⁰. La scelta del soggetto che assumerà il ruolo di procuratore europeo delegato è rimessa, pertanto, in capo agli organi nazionali che hanno di compito di designare i soggetti che poi saranno nominati dal collegio.

Per quanto riguarda i requisiti che i candidati devono possedere per poter essere selezionati dagli Stati membri, essi sono gli stessi che abbiamo esaminato in relazione ai procuratori europei. In particolare, la proposta di regolamento prevede che “dal momento della nomina a procuratore europeo delegato e fino alla rimozione dall'incarico, i procuratori europei delegati sono membri attivi delle procure o della magistratura degli Stati membri che li hanno designati. Essi offrono tutte le garanzie di indipendenza, possiedono le qualifiche necessarie e vantano una grande esperienza pratica relativa al loro sistema giuridico nazionale”¹³⁸¹.

Per quanto riguarda la revoca, i procuratori europei delegati possono essere rimossi dall'incarico dal collegio qualora esso riscontri che non rispondono “più alle condizioni di cui al paragrafo 2” o non [sono] in grado di esercitare le [proprie] funzioni, oppure che ha[anno] commesso una colpa grave”¹³⁸². Nella proposta di regolamento del Consiglio, pertanto, i procuratori europei delegati possono essere rimossi dall'incarico dal collegio, anziché dal procuratore (capo) europeo. Con tale scelta, oltre a sottrarre poteri al procuratore capo europeo, al quale sono affidate nell'attuale proposta funzioni perlopiù manageriali¹³⁸³, si è deciso di affidare un consistente potere di scelta e di

1380Si legga in proposito l'articolo 15, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.* che stabilisce: “Il collegio, su proposta del procuratore capo europeo, nomina i procuratori europei delegati designati dagli Stati membri. Il collegio può non approvare la persona designata qualora non soddisfi i criteri di cui al paragrafo 2. I procuratori europei delegati sono nominati per un periodo rinnovabile di cinque anni”. Similmente al riguardo, si legga A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, p. 18.

1381Cfr. in tal senso l'articolo 15, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

1382Si legga al riguardo l'articolo 15, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*. I paragrafi 4 e 5 dell'articolo 15 della medesima proposta prevedono, inoltre, che “Se uno Stato membro decide la rimozione dall'incarico o l'adozione di provvedimenti disciplinari nei confronti di un procuratore nazionale nominato procuratore europeo delegato per motivi non connessi alle responsabilità che gli derivano dal presente regolamento, esso informa il procuratore capo europeo prima di attivarsi in tal senso. Uno Stato membro non può rimuovere dall'incarico un procuratore europeo delegato o adottare provvedimenti disciplinari nei suoi confronti per motivi connessi alle responsabilità che gli derivano dal presente regolamento senza il consenso del procuratore capo europeo. Se il procuratore capo europeo non dà il suo consenso, lo Stato membro interessato può chiedere al collegio di esaminare la questione. Se un procuratore europeo delegato si dimette, se il suo intervento non è più necessario per assolvere le funzioni della Procura, oppure se è rimosso dal suo incarico o se lascia il suo incarico per qualsiasi altro motivo, lo Stato membro interessato ne informa immediatamente il procuratore capo europeo e, se del caso, designa un altro procuratore affinché sia nominato come nuovo procuratore europeo delegato a norma del paragrafo 1”.

1383Si legga al riguardo l'analisi del disposto della struttura e dei poteri dei membri della Procura europea in base

influenza in merito ad una funzione così importante come la rimozione dei procuratori europei delegati, alla componente più vicina alle autorità nazionali della Procura europea, ossia il collegio. L'indipendenza della Procura europea rischia, pertanto, di essere messa seriamente a rischio. Probabilmente consapevole di questo rischio, il legislatore europeo ha inserito nell'attuale proposta di regolamento un'eccezione alla regola per cui non è possibile proporre un ricorso giurisdizionale di annullamento avverso le decisioni della Procura europea. L'articolo 36, par. 8 della proposta di regolamento prevede, infatti, che “conformemente all'articolo 263, quarto comma, del TFUE il presente articolo lascia impregiudicato il controllo giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia delle [omissis...] decisioni di rimozione di procuratori europei delegati adottate a norma dell'articolo 15, paragrafo 3, del presente regolamento”¹³⁸⁴. Una tale previsione permette, quindi, quantomeno la possibilità per i procuratori europei delegati di ricorrere avverso la decisione di rimozione dall'incarico adottata nei loro confronti.

Tali accorgimenti, tuttavia, non sono sufficienti a garantire né l'indipendenza statutaria né quella funzionale della Procura europea. La prima è, infatti, messa seriamente a rischio dal ruolo preponderante nella procedura di nomina e, in alcuni casi, di rimozione dall'incarico, che la proposta di regolamento del Consiglio ha attribuito alle autorità nazionali competenti, che potrebbero essere anche autorità appartenenti al potere esecutivo a seconda della disciplina predisposta in ogni Stato membro¹³⁸⁵.

L'indipendenza funzionale è, del pari, messa seriamente a rischio dalla struttura stessa che il Consiglio ha scelto di conferire alla Procura europea. La competenza a svolgere le indagini è, infatti, attribuita ai procuratori europei delegati, i quali possono espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali¹³⁸⁶. In tal senso, essi appartengono, quindi, allo stesso tempo a due diversi organi, la Procura europea e la Procura nazionale e sono, pertanto, tenuti ad operare sotto la direzione di due diversi soggetti, la camera permanente e il procuratore europeo incaricato della supervisione a livello europeo¹³⁸⁷, e il superiore gerarchico o il Ministro della Giustizia, a seconda della disciplina nazionale applicabile. Tale doppia natura porta inevitabilmente a dubitare dell'indipendenza di tali soggetti nei casi in cui siano subordinati al potere esecutivo a livello

all'attuale proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 svolta nel precedente paragrafo, Titolo secondo della Parte Prima.

1384 Dispone in tal senso l'articolo 36, par. 8 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1385 Nello stesso senso, si legga A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, p. 18, in cui è sottolineato che “*Their appointment is much more in the hands of the national authorities than before. Although the College still has a possibility to reject the nominated candidates, the power to appointment has shifted from the European Public Prosecutor to the College, and the possibility to choose the most suited candidate among those pre-selected by the Member States has disappeared. Their appointment is thus marked by a reinforced national control*”.

1386 Si legga in tal senso l'articolo 12, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1387 Si legga al riguardo l'articolo 12, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

nazionale. Vi è un alto rischio, infatti, che nel caso in cui debbano svolgere un'indagine concernente un reato di corruzione che coinvolge alcuni esponenti politici del proprio Stato membro di appartenenza, il procuratore europeo delegato non svolga le indagini appropriate perché dipendente dal Ministro della Giustizia di tale Stato¹³⁸⁸.

In secondo luogo, occorre sottolineare che i procuratori europei delegati non godono di indipendenza funzionale neanche all'interno della Procura europea, dal momento che essi devono seguire le indicazioni e "istruzioni" della camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione¹³⁸⁹. In tal senso, occorre verificare cosa debba intendersi per "istruzioni" poiché se tale termine viene inteso nel senso che ai procuratori europei delegati non è garantita autonomia funzionale nello svolgimento delle proprie funzioni, l'indipendenza funzionale degli stessi verrebbe meno. Tale indipendenza di funzioni è messa tanto più a rischio a causa del fatto che, come abbiamo avuto modo di sottolineare, le camere permanenti sono composte da procuratori le cui procedure di nomina e revoca non garantiscono adeguate garanzie di indipendenza¹³⁹⁰.

L'analisi della disciplina attualmente prevista nella proposta di regolamento è, pertanto, altamente insoddisfacente dal momento che non permette di garantire anche in pratica l'indipendenza della Procura europea, che pur è proclamata in via di principio. L'intento di privilegiare la componente nazionale rispetto a quella europea ha, infatti, portato a prevedere un complesso sistema in cui l'obiettivo di assicurare l'indipendenza dei membri della Procura europea si perde nei meandri dei diversi strati di soggetti coinvolti nelle procedure di nomina e revoca, nella moltitudine di soggetti a

1388Si leggano al riguardo i rilievi critici mossi nello stesso senso da J.A.E. VERVAELE, *Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, Edward Elgar 2017, p. 192, che afferma: "Second, as we have seen, the EPPO has a strong decentralized structure by which the major part of the investigation and prosecution activity will be carried out in the jurisdiction of the Member States by the Delegated Prosecutors, whilst taking into account that they are exercising EU duties while applying national law. This means that the EPPO will be dependent upon national prosecution services that institutionally are very different. In some jurisdictions these prosecution services do not even investigate and also have no powers of instruction over the police force or administrative agencies. In some jurisdictions, however, prosecution services are as independent as courts, whilst in others they belong to the executive and the executive nominates, on a political basis, the prosecutor general and dictates the criminal policy of the prosecutorial office. In these countries individual prosecutors are subject to overall control by the government, which may issue binding policy guidelines and appoint and select chief prosecutors, and to which the prosecution service is politically accountable. In other words, the constitutional standing of the prosecution services differs very much from one jurisdiction to another and does not always guarantee functional independence. In cases of criminal investigation in which public contracts, corruption and money laundering are very often involved, both at EU and national level, this difference in constitutional standing in national prosecution services is not really a guarantee for independent investigation, integrity and a sound system of political accountability" e E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Independence of the European Public Prosecutor*, in P. ASP (a cura di), *European Policy Initiative, The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, cit., pp. 275-276.

1389Così stabilisce l'articolo 12, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, cit..

1390Si legga sì sul punto quanto rilevato nel corso del presente paragrafo e nel precedente paragrafo, Titolo Secondo Parte Prima.

cui è attribuito il compito di svolgere le indagini¹³⁹¹ e nella pluralità di leggi processuali e sostanziali utilizzate dai procuratori incaricati di svolgere le indagini¹³⁹².

Si ritiene al proposito che l'unica soluzione che permetta di garantire l'indipendenza della Procura europea sia quella di creare una Procura europea accentrata in cui il procuratore capo europeo abbia rilevanti poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale. Il procuratore capo europeo e i procuratori facenti parte della Procura europea dovrebbero essere selezionati per concorso o sulla base della decisione di un gruppo di esperti indipendenti che decidano quali soggetti nominare sulla base di criteri precisi prestabiliti nel regolamento istitutivo della Procura europea. Sia le condizioni di nomina che di revoca dovrebbero, infatti, essere chiare e precise e valorizzare la professionalità dei candidati, senza tenere in considerazione altri elementi quali i legami politici dei soggetti. I candidati non dovrebbero essere selezionati dagli Stati membri, ma dovrebbero essere prese in considerazione le candidature di tutti i soggetti che rispondano a un invito generale a presentare candidature pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. La possibilità di revocare un membro della Procura dovrebbe, del pari, essere possibile solamente sulla base di criteri oggettivi e la scelta se revocare un membro della Procura europea dovrebbe essere affidata a un organo indipendente come la Corte di Giustizia. Al fine di garantire l'indipendenza funzionale del singolo procuratore incaricato di svolgere le indagini e di esercitare l'azione penale, dovrebbero, inoltre, essere stabilite delle linee guida formulate in modo chiaro e preciso in cui sia stabilito quale sia la condotta da tenere in determinate situazioni e quali siano le linee direttrici da seguire. Non dovrebbe, al contrario, essere consentita un'ingerenza mediante istruzioni nell'operato del procuratore incaricato delle indagini.

Una tale soluzione permetterebbe, inoltre, allo stesso tempo di garantire una più efficace repressione dei reati di competenza della Procura europea poiché, soprattutto nei casi di corruzione in cui siano coinvolti esponenti politici o in altre situazioni in cui la Procura europea debba prendere decisioni mal viste da certi soggetti, essa potrebbe agire in piena indipendenza e perseguire senza indebite influenze le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o gli altri reati che rientreranno nella sua competenza. Al tempo stesso, in tal modo sarebbero maggiormente tutelati i diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea, i quali potrebbero confidare nel fatto che saranno perseguiti da soggetti indipendenti, i quali non perseguono altri interessi se non la corretta applicazione della legge. In tal modo, in sostanza, sarebbe effettivamente garantita anche in pratica l'indipendenza della Procura europea e ne sarebbe, quindi, rafforzata la legittimità e la credibilità dinanzi ai cittadini, agli altri organi, organismi e istituzioni dell'Unione, nonché agli Stati

¹³⁹¹Si legga, per un esame delle modalità di ripartizione di funzioni nello svolgere le indagini e esercitare l'azione penale, il capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

¹³⁹²Si legga, per un'analisi della legge applicabile alle indagini svolte dalla Procura europea, il capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

membri.

4.1.1.1.24 Responsabilità della Procura europea

Istituire una Procura europea indipendente non significa costituire un organo inquirente europeo dotato di poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale irresponsabile. L'obbligo di rendere conto costituisce, al contrario, un elemento imprescindibile nel momento in cui sia dichiarata l'indipendenza della Procura europea¹³⁹³. Secondo quanto stabilito a livello internazionale, tuttavia, al fine di garantire l'indipendenza dell'organo inquirente, non è consentito esercitare ogni forma di responsabilità politica nei confronti dell'operato di ogni singolo procuratore; come è stato espressamente stabilito, infatti, “*accountability to Parliament in individual cases of prosecution or non-prosecution should be ruled out*”¹³⁹⁴. Prevedere una tale forma di responsabilità comporterebbe il rischio di politicizzazione delle decisioni, dal momento che il pubblico ministero potrebbe decidere di non proseguire le indagini relative a un caso concernente membri del Parlamento per il timore di essere revocato dall'incarico, oppure potrebbe essere indirettamente influenzato a non perseguire reati che lo porterebbero a prendere decisioni impopolari per il timore di subire procedimenti disciplinari¹³⁹⁵.

Le raccomandazioni e i rapporti stilati a livello europeo e internazionale precisano che, al fine di coniugare indipendenza e responsabilità del pubblico ministero, è necessario escludere ogni forma di controllo da parte di rappresentanti politici e soggetti estranei all'ufficio del pubblico ministero sulla specifica decisione di ogni magistrato inquirente di esercitare o meno l'azione penale in un determinato caso di specie. Tale scelta spetta esclusivamente al procuratore incaricato del caso e, in alcuni casi eccezionali, al superiore gerarchico facente parte del medesimo ufficio¹³⁹⁶. Al contrario,

¹³⁹³Si legga in tal senso quanto stabilito nel rapporto della Commissione di Venezia (COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, adottato dalla Commissione di Venezia durante l'85esima sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, CDL -AD (2010)040, Studio n. 494 / 2008, Strasburgo, 3 gennaio 2011, punto 44), in cui la Commissione precisa che “*Some specific instruments of accountability seem necessary especially in cases where the prosecutor's office is independent. The submitting of public reports by the Prosecutor General could be one such instrument. Whether such reports should be submitted to Parliament or the executive authority could depend on the model in force as well as national traditions. When applicable, in such reports the Prosecutor General should give a transparent account of how any general instruction given by the executive have been implemented. Guidelines for the exercise of the prosecutorial function and codes of ethics for prosecutors have an important role in standard setting. These may be adopted by the prosecution authorities themselves or may be adopted by Parliament or by Government*”.

¹³⁹⁴Si legga, in proposito, COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, adottato dalla Commissione di Venezia durante l'85esima sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, CDL -AD (2010)040, Studio n. 494 / 2008, Strasburgo, 3 gennaio 2011, punto 42, in cui si legge: “*Consequently, accountability to Parliament in individual cases of prosecution or non-prosecution should be ruled out*”.

¹³⁹⁵Si legga in tal senso CDL-AD(2007)011. Opinion on the Draft Law on the Public Prosecutors Office and the Draft Law on the Council of Public Prosecutors of “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, par. 25.

¹³⁹⁶Al riguardo, si veda COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT

deve essere responsabile di fronte al corpo dei cittadini e di fronte agli organi politici, quali Governo e Parlamento, delle scelte di politica criminale, in particolare delle modalità di attuazione delle funzioni che gli sono attribuite. La Procura deve, pertanto, essere responsabile delle funzioni svolte nel loro complesso, ossia delle priorità che sono seguite nel perseguire un caso piuttosto che un altro, nella determinazione dei tempi di durata delle indagini, nelle forme di cooperazione che può instaurare con le forze di polizia o con altre autorità operanti nel settore o nelle modalità poste in essere per proteggere i dati personali degli individui coinvolti nelle indagini¹³⁹⁷.

Una tale forma di controllo sull'operato della Procura europea, oltre che legittima, è altresì doverosa. Si consideri, infatti, che la Procura può essere considerata come un'agenzia europea incaricata di dare attuazione a determinate politiche europee mediante il perseguimento dei soggetti che violano le regole poste in essere per dare attuazione a tali politiche. In quanto agenzia europea, le sue scelte di politica criminale, concernenti le linee guida generali alle quali i singoli procuratori devono attenersi e i criteri di priorità nello scegliere i casi da perseguire, devono essere sottoposte ad un controllo di tipo politico. Tale controllo non deve sostituire le decisioni della Procura europea ma deve rappresentare uno strumento per verificare che l'operato di un organo dotato di poteri così penetranti sia legittimo; la discrezionalità nel decidere le proprie priorità e le modalità di svolgimento delle funzioni deve, infatti, essere esercitata dalla Procura europea¹³⁹⁸.

(COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punto 43, nonché CONSIGLIO D'EUROPA COMITATO DEI MINISTRI, *Raccomandazione REC (2000)19 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale*, adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, nella 724^o riunione dei Delegati dei Ministri, punto 11, in cui si legge che “*Gli Stati devono fare in modo che i membri dell'ufficio del Pubblico ministero possano adempiere al loro mandato senza ingiustificate interferenze e senza rischiare di incorrere, al di là di quanto ragionevole, in responsabilità civili, penali o di altra natura*”.

¹³⁹⁷Si legga in tal senso quanto espressamente stabilito dalla COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), *Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public*, cit., punto 43. Nello stesso senso si legga J.A.E. VERVAELE, *Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, Edward Elgar 2017, p. 198, il quale precisa altresì cosa debba intendersi per “*discretionary competences*” e “*policymaking competences*”. In particolare, l'autore precisa: “*what is the substantive content of political accountability in this field, seen the fact that the operational work in individual cases is precluded from it? It would say that it relates to the overall functioning, which should be programmed and reported upon annually. This type of accountability is about supervision on general performance indicators, as can be the registration of information, the duration of investigations, the data protection application, etc. The accountability does also include supervision on to the overall use of discretionary competences and policymaking competences and thus about investigation and prosecution policy. The EPPO is a compromise of mandatory and discretionary prosecution, as the Central Office has a duty of mandatory prosecution, but with exceptions (financial transactions, deferral of prosecution or non-prosecution). This has consequences as the discretionary and policymaking competences have to be legally anchored. By discretionary competences I refer to prioritization of cases (at the stage of opening the investigations, at the stage of use of coercive powers, at the stage of prosecution). By policymaking competences I refer to internal guidelines, for instance related to choice of specific areas of interest, transaction criteria, etc.*”.

¹³⁹⁸La responsabilità politica in senso stretto è stata definita come “*a relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgments, and the actor may face consequences*”. In tal senso, si legga M. BOVENS, *Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework*, in *European Law Journal*, 2007, 13, 4, pp. 449-450; M. BUSUIOC, *The Accountability of European Agencies - Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft, Eburon, 2010, pp. 6-9, citati da J.A.E. VERVAELE, *Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a*

L'obbligo di rendere conto è stato previsto fin dalle prime proposte di istituzione della Procura europea¹³⁹⁹ ed è stato mantenuto sia nella proposta di regolamento della Commissione, che nella proposta di regolamento del Consiglio, così come approvata il 31 gennaio 2017.

Nella proposta della Commissione del 2013, in particolare, l'obbligo di rendere conto è stato più volte sottolineato nei Considerando ed è stato espressamente previsto nell'articolato della proposta. Il Considerando 11 prevede che il “rigido obbligo di rendere conto fa da contrappeso all'indipendenza e ai poteri che il presente regolamento conferisce alla Procura europea”. In base a quanto ivi disposto, il soggetto politicamente responsabile è il procuratore europeo, il quale deve rendere “pienamente conto dell'esercizio delle sue funzioni di capo della Procura europea e, in quanto tale, ha la responsabilità istituzionale globale e risponde delle attività generali della Procura europea alle istituzioni dell'Unione”. La revoca dall'incarico del procuratore europeo può, di conseguenza, essere chiesta alla Corte di Giustizia da parte di qualsiasi istituzione dell'Unione in determinate circostanze¹⁴⁰⁰.

L'articolo 5 della proposta, oltre a prevedere l'indipendenza della Procura prevede anche al paragrafo 3 l'obbligo di rendere conto di quest'ultima. Ai sensi di tale disposizione, il “procuratore europeo risponde al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione europea delle attività generali della Procura europea, in particolare con la relazione annuale di cui all'articolo 70”¹⁴⁰¹. Quest'ultima disposizione, a sua volta, prevede l'obbligo della Procura europea di pubblicare “una relazione annuale sulle sue attività generali”. Essa deve poi trasmettere tale relazione al Parlamento europeo e ai parlamenti nazionali, nonché al Consiglio e alla Commissione. Una volta all'anno il

European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, cit., pp. 191-192. L'autore, in riferimento alla Procura europea, specifica altresì che “*In the case under discussion in this chapter, political accountability can be defined as a relationship between an agency and a representative forum in which the agency has an obligation to explain and to justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgment, and the actor may face consequences*”. In tal senso, è citato dal medesimo autore P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press 2012, p. 160.

1399Nel *Corpus Juris* nella disposizione di attuazione sottostante l'articolo 18 era previsto che “*Il P.G.E. deve presentare al Parlamento europeo e al Consiglio un rapporto annuale relativo al bilancio delle attività svolte*”. Nelle *Model Rules* è stabilito nella nota esplicativa dell'articolo 1 che sancisce l'indipendenza della Procura europea che, sebbene la Procura europea debba essere politicamente responsabile, tale aspetto non è trattato nelle Regole Modello poiché esse si concentrano esclusivamente sulle regole di procedura che devono applicarsi alla Procura europea. In particolare, si legge che “*In order to carry out its tasks, the EPPO should be independent from both the EU Member States, and also the EU institutions and authorities. This means inter alia that the EPPO is not obliged to execute requests or orders coming from national or European authorities, national executives or European institutions. Nevertheless, the EPPO must be politically accountable. Since the Model Rules do not deal with the institutional aspects of the EPPO, the rules related to the appointment, accountability and immunities and privileges of the EPPO are not treated here*”.

1400Il Considerando 11 della proposta *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, prosegue stabilendo che “*Tale obbligo di rendere conto dovrebbe essere combinato con un rigoroso regime di controllo giurisdizionale in base al quale la Procura europea può esercitare i poteri coercitivi di indagine solo previa autorizzazione giudiziaria e l'organo giurisdizionale cui sono presentate le prove deve verificarne il rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*”.

1401Si legga in proposito l'articolo 5, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit..

procuratore europeo deve altresì comparire dinanzi al Parlamento europeo e al Consiglio “per rendere conto delle attività generali della Procura europea, tenendo conto dell’obbligo del segreto e della riservatezza”. Su richiesta, deve inoltre comparire inoltre dinanzi alla Commissione. La disposizione prevede, inoltre, che i “parlamenti nazionali possono invitare il procuratore europeo o i procuratori europei delegati a partecipare a uno scambio di opinioni sulle attività generali della Procura europea”¹⁴⁰².

Per quanto riguarda la definizione delle scelte di politica criminale, infine, l'articolo 72 della proposta di regolamento della Commissione del 2013 prevede che il procuratore europeo adotta ogni anno il documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale della Procura europea; una strategia antifrode, proporzionata ai rischi di frode, tenendo conto dei costi e dei benefici delle misure da attuare, nonché le norme che regolano lo status, i criteri di rendimento, i diritti e gli obblighi dei sostituti e dei procuratori europei delegati, nonché la rotazione dei procuratori europei delegati al fine dell’applicazione dell’articolo 7¹⁴⁰³.

La disciplina predisposta nella proposta di regolamento del Consiglio da ultimo approvata il 31 gennaio 2017 è simile a quella che era stata prevista nella proposta di regolamento della Commissione, salvo alcune precisazioni. Al proposito, non si ritiene, dunque, utile ripetere gli elementi della proposta che sono uguali a quelli previsti nella proposta di regolamento della Commissione, per cui ci limiteremo a segnalare gli elementi aggiunti e le modifiche contenute nell’attuale proposta.

Quanto ai Considerando, è stato aggiunto il riferimento al fatto che “la Procura europea dovrebbe elaborare una relazione annuale pubblica sulle sue attività generali, contenente quanto meno dati statistici sul lavoro della Procura”¹⁴⁰⁴.

Il Considerando 18 precisa, inoltre, il significato da dare ai termini “controllo generale”, “monitoraggio e indirizzo” e “supervisione”. In particolare, tali termini “sono usati per descrivere attività di controllo diverse esercitate dalla Procura europea. Il concetto di “controllo generale” si dovrebbe intendere riferito all’amministrazione generale delle attività della Procura, in cui sono fornite istruzioni unicamente su questioni aventi per essa un’importanza orizzontale. Il concetto di

1402Cfr. al riguardo il disposto dell’articolo 70 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1403In tal senso dispone l’articolo 72, par. 1, lett. a), b), d) della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*. Il medesimo articolo 72 alle lettere c), e), f), g) e h) prevede altresì che il procuratore europeo: “c) adotta norme per la prevenzione e la gestione dei conflitti di interesse in relazione ai procuratori europei delegati; e) adotta le norme relative ai compromessi di cui all’articolo 29 e al calcolo degli importi delle pene pecuniarie; f) adotta le norme sulle modalità di riscontro alle persone o entità che hanno fornito informazioni alla Procura europea; g) adottare norme dettagliate per l’applicazione del regolamento (CE) n. 1049/2001 alle sue attività; h) adotta le norme di attuazione di cui all’articolo 24, paragrafo 8 del regolamento (CE) n. 45/2001”.

1404Si legga al riguardo il Considerando 14 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30. Il Considerando 13 della medesima proposta ha contenuto identico al Considerando 11 della proposta di regolamento della Commissione.

“monitoraggio e indirizzo” dovrebbe essere inteso come riferimento ai poteri volti a monitorare e indirizzare le singole indagini e azioni penali. La “supervisione” dovrebbe essere intesa come riferita a un'attività di controllo più stretta e costante sulle indagini e azioni penali, comprendente, ove necessario, interventi e istruzioni per questioni relative ad indagini e azioni penali¹⁴⁰⁵.

L'articolo 6 della proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 è rimasto invariato rispetto a quello previsto nella proposta di regolamento della Commissione, così come quello dell'articolo 70, che è ora diventato l'articolo 6 *bis* della proposta. L'unica differenza riguarda il ruolo rafforzato dei Parlamenti nazionali, dinanzi ai quali, in base all'attuale proposta, su richiesta degli stessi il procuratore capo europeo è tenuto a comparire per rendere conto delle attività della Procura europea, “fatto salvo l'obbligo del segreto e della riservatezza che incombe alla Procura europea per quanto riguarda i singoli casi e i dati personali”¹⁴⁰⁶.

Nella proposta di regolamento approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017 è stato attribuito al collegio e non più al procuratore (capo) europeo il compito di adottare ogni anno il documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale della Procura europea; una strategia antifrode, proporzionata ai rischi di frode, tenendo conto dei costi e dei benefici delle misure da attuare e le norme sulle condizioni di impiego, i criteri di rendimento, l'insufficienza professionale, i diritti e gli obblighi dei procuratori europei delegati, comprese le norme per la prevenzione e la gestione dei conflitti di interesse¹⁴⁰⁷. In base all'attuale disciplina è, quindi, il collegio, su proposta del procuratore capo europeo, ad adottare il documento di programmazione annuale e pluriennale e la strategia antifrode. Come è stato rilevato, il compito di svolgere il “controllo generale” sulle attività della Procura il cui significato è spiegato nel Considerando 18 della proposta di regolamento, spetta, dunque, al collegio e in termini di proposta al procuratore capo europeo¹⁴⁰⁸.

Dalla disciplina sopra delineata si desume che la suddivisione di compiti all'interno della Procura

1405Si legga al riguardo il Considerando 18 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1406L'articolo 6 *bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* letteralmente prevede che “Ogni anno la Procura europea elabora e presenta una relazione annuale sulle sue attività generali nelle lingue ufficiali delle istituzioni dell'Unione e la rende pubblica. Essa trasmette la relazione al Parlamento europeo e ai parlamenti nazionali nonché al Consiglio e alla Commissione. 2. Una volta all'anno il procuratore capo europeo compare dinanzi al Parlamento europeo e al Consiglio, nonché dinanzi ai parlamenti nazionali su richiesta degli stessi, per rendere conto delle attività generali della Procura europea, fatto salvo l'obbligo del segreto e della riservatezza che incombe alla Procura europea per quanto riguarda i singoli casi e i dati personali. Il procuratore capo europeo può essere rimpiazzato da uno dei sostituti per le audizioni organizzate dai parlamenti nazionali”.

1407Si legga al riguardo l'articolo 72, par. 1, lett. a), b) e c) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. La disposizione è poi completata dalle lettere f) e g), che prevedono che il collegio, su proposta del procuratore capo europeo adotti: “f) norme dettagliate per l'applicazione del regolamento (CE) n. 1049/2001 alle sue attività; g) le norme di attuazione di cui all'articolo 24, paragrafo 8, del regolamento (CE) n. 45/2001”.

1408Tale rilievo è stato formulato da J.A.E. VERVAELE, *Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, *cit.*, p. 195.

europea tra i vari soggetti che ne fanno parte provoca problemi in termini di effettiva responsabilità dell'organo nel suo complesso. Il soggetto politicamente responsabile verso l'esterno è, in base all'attuale disciplina, il procuratore capo europeo, ma, allo stesso tempo, esso non ha poteri gerarchici nei confronti dei procuratori che svolgono le indagini per conto della Procura europea¹⁴⁰⁹. Come abbiamo visto, il procuratore capo europeo, non solo non è competente a fornire indicazioni ai procuratori incaricati del caso per quanto riguarda lo svolgimento delle indagini, ma non ha neanche il potere di elaborare le linee direttrici della politica criminale della Procura europea. Il collegio nell'attuale disciplina svolge, infatti, il ruolo principale nell'adottare gli atti programmatici che indirizzeranno l'attività della Procura europea.

L'unico strumento a disposizione delle istituzioni europee nel caso in cui il rendimento della Procura europea sia scarso o i poteri ad essa attribuiti non siano esercitati in modo opportuno è nell'attuale disciplina la revoca dall'incarico del procuratore capo europeo, il quale, come abbiamo visto non può realmente influenzare le attività della Procura europea. Come è stato rilevato, tuttavia, tale procedura di “*impeachment*” non è adatta per rendere l'organo effettivamente responsabile, soprattutto nel caso in cui il soggetto che può essere rimosso non disponga né di poteri operativi, né di effettivi poteri di programmazione dell'attività dell'organo¹⁴¹⁰.

Occorre notare al proposito che l'assenza di una procedura che faccia valere la responsabilità dell'organo in modo effettivo e efficace rischia di lederne significativamente l'immagine e la credibilità. La moltiplicazione dei livelli di intervento e la volontà di affidare quanti meno poteri decisionali possibili ai soggetti che presentano una veste più marcatamente europea, come il procuratore capo europeo, porta, quindi, al risultato opposto che si voleva ottenere. Anziché aumentare la fiducia dei cittadini nella Procura europea si corre il grave rischio che l'organo perda la propria legittimità e che, di conseguenza, i cittadini non ripongano fiducia nell'istituenda Procura europea. Creando un organo collegiale in cui la dimensione intergovernativa è preponderante si sono, infatti, moltiplicati i livelli di intervento e creandosi sovrapposizione e confusione di ruoli, non è più possibile individuare un soggetto che sia realmente responsabile delle politiche della Procura europea, nel senso che la sua rimozione possa provocare la modifica delle scelte di politica criminale adottate dalla Procura europea. Moltiplicando i soggetti e affidando tale ruolo anche al collegio si è, infatti, creata una Procura europea di fatto irresponsabile poiché anche se il procuratore capo europeo verrà rimosso, il collegio, almeno teoricamente, potrà approvare le stesse linee direttrici che hanno portato alla rimozione del procuratore capo europeo, dal momento che non

1409Si legga al proposito l'analisi della struttura della Procura europea svolta nel precedente paragrafo, Titolo Secondo della Parte Prima.

1410Si legga in tal senso l'acuta analisi di J.A.E. VERVAELE, *Legal and Political Accountability for Criminal Investigations and Prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. LUCHTMAN, M. SCHOLTEN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, cit., p. 198.

vi è coincidenza tra centro decisionale e soggetto responsabile di tali decisioni.

La soluzione preferibile in tal caso, al fine di rendere credibile e legittima la Procura europea, e, quindi, politicamente responsabile sarebbe quella di creare una struttura accentrata in cui le decisioni di politica criminale sono prese da un unico soggetto, ossia il procuratore capo europeo, e in cui tali decisioni devono essere rispettate da tutti gli altri membri della Procura europea. In tal caso la Procura europea sarebbe effettivamente responsabile dinanzi ai cittadini poiché la rimozione del procuratore capo europeo coinciderebbe con la rimozione dell'organo decisionale e, pertanto, avrebbe dirette conseguenze sulle scelte organizzative complessive della Procura europea.

1.2.1.2. SEZIONE II Rapporti tra la Procura europea e altri organi

4.1.1.1.25 Rapporti della Procura europea con *Eurojust*

Una delle maggiori difficoltà che sono state riscontrate¹⁴¹¹ in rapporto all'introduzione della Procura europea, benché il valore aggiunto della stessa fosse stato più volte evidenziato dalla Commissione¹⁴¹², riguarda la disciplina dei rapporti che l'istituenda Procura europea intratterrà con gli organismi europei già esistenti, in particolare Eurojust e OLAF.

In tale paragrafo si analizzeranno le relazioni che è presumibile si instaureranno tra la Procura europea e *Eurojust*, mentre in quello seguente i rapporti tra la stessa e OLAF.

L'articolo 86, par. 1 del TFUE prevede che “il Consiglio, [omissis], può istituire una Procura europea *a partire da Eurojust*”¹⁴¹³. Dalla formulazione della disposizione si desume che il legislatore europeo ha inteso precisare che nell'istituire la Procura europea occorre tenere conto del rapporto privilegiato che sussiste tra questa e *Eurojust*. La formulazione enigmatica, probabilmente frutto di un compromesso raggiunto durante le animate riunioni del Gruppo X in seno alla Convenzione europea, tuttavia, non permette di delineare in termini più precisi che tipo di rapporto debba instaurarsi tra i due organismi¹⁴¹⁴.

1411Si veda al proposito, M. CONINX ‘*The European Commission’s legislative proposal: an overview of its main characteristics*’, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, Springer, The Hague, 2015, p. 28.

1412Si veda a tal riguardo, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, COM(2013)0534, 17 luglio 2013, punto 1.5.2., p. 49 e *Commission staff working document, Impact assessment accompanying the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, SWD (2013) 274 final, 17 marzo 2013, p. 5 e seguenti.

1413Il corsivo è nostro. In tal senso, si legga l'articolo 86, par. 1 del TFUE, che prevede per esteso: “*Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all’unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo*”.

1414Il significato da attribuire a tale inciso di cui all'articolo 86 del TFUE è stato oggetto di intensi dibattiti sia a livello istituzionale che dottrinale. Si leggano al riguardo, *Conclusions of the Strategic seminar organised by Eurojust and the Belgian Presidency*, Bruges, 20-22 settembre 2010, *Eurojust and the Lisbon Treaty, towards more effective action?*, documento del Consiglio n. 17625/10 REV 1, 9 dicembre 2010; Conferenza Eurojust/ERA, *10 years of*

Alcuni autori¹⁴¹⁵ hanno rilevato come il fatto di scegliere come “punto di partenza”¹⁴¹⁶ della Procura europea *Eurojust*¹⁴¹⁷, organismo di vocazione intergovernativa¹⁴¹⁸, sia un chiaro indicatore del fatto per cui con il Trattato di Lisbona si è voluto sancire una forma di collegamento speciale tra Procura europea e Consiglio. Altre letture della disposizione hanno, invece, portato a interpretarla nel senso che la Procura europea ingloberà *Eurojust* o che la Procura europea diventerà parte di *Eurojust*, per cui in tal caso non sarebbe neanche corretto parlare di relazione tra i due organi, in quanto l'istituzione della Procura europea farebbe scomparire la previgente agenzia *Eurojust* inglobandone le funzioni o viceversa, la Procura europea sarebbe inglobata in *Eurojust*. Tale interpretazione, tuttavia, non è mai stata accolta in nessun testo di proposta legislativa che prevedesse la creazione della Procura europea, per cui rimane puramente teorica. Occorre, pertanto, interpretare l'inciso contenuto nell'articolo 86 del TFUE per cui la Procura europea può essere istituita “a partire da Eurojust” nel senso che la Procura europea e *Eurojust* debbano coesistere e che esista una relazione speciale tra essi. Come è stato sottolineato, la “speciale relazione” sussistente tra Eurojust e la Procura europea può essere esaminata sotto due diversi punti di vista¹⁴¹⁹: si deve analizzare, in primo luogo, il legame strutturale che lega i due soggetti europei, ed in secondo luogo, quello operativo¹⁴²⁰.

Eurojust. Operational achievements and future challenges, L'Aja, 12-13 novembre 2012, documento del Consiglio 8862/13, 26 aprile 2013, pp. 15-16; L. HAMRAN, E. SZABOVA, *European Public Prosecutors Office – Cui Bono?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4, 1-2, p. 46 e seguenti.

1415Si legga in proposito, M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office. Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Antwerp, Intersentia, 2011, p. 190, p. 409 e seguenti, p. 440 e seguenti.

1416L'art. 86 del TFUE si esprime in questi termini: “Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea *a partire da Eurojust*” (il corsivo è nostro).

1417Istituito con decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, modificata con decisione 2003/659/GAI del Consiglio e con decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust (GU L 63 del 6.3.2002, p. 1).

1418A tal proposito, occorre evidenziare che il termine “intergovernativo” è qui utilizzato in maniera impropria. Certamente Eurojust è retto da un collegio di ventisette “rappresentanti” dei ventisette Stati membri, così come il Consiglio, il Consiglio europeo e tutti gli altri consessi che generalmente si usa identificare come “intergovernativi”; tuttavia, i membri nazionali di Eurojust sono autorità giudiziarie e non governative, dunque non rappresentano (per lo meno non in maniera diretta) i governi dei rispettivi Stati di provenienza. Eurojust è stato istituito su proposta del Consiglio per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata nell'Unione europea. Dal momento della sua istituzione ha agevolato il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale nei casi che coinvolgono più Stati membri. È stata scelta la forma del coordinamento delle indagini delle autorità giudiziarie degli Stati membri al fine di preservare, secondo il metodo intergovernativo proprio del Consiglio, le prerogative nazionali. Una riprova dello spirito intergovernativo proprio del terzo pilastro che caratterizza Eurojust è desumibile dai poteri che sono attribuiti ai membri nazionali che sono chiamati a farne parte. Si veda in tal senso A. WEYEMBERG, I. ARMADA, C. BRIÈRE, *Study for the LIBE Committee, The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, p. 13; P. JENEY, *The Future of Eurojust, study at the request of the LIBE Committee*, aprile 2012, p. 23; D. BIGO, L. BONELLI, D. CHI, C. OLSSON, *Mapping the field of EU Internal Security Agencies*, p. 16, il quale si esprime in questi termini: “the creation of the Eurojust Unit within the Council could be interpreted as an affirmation of the intergovernmental logic in the field of judicial cooperation in criminal matters”.

1419Si esprime in questi termini la Commissione nella Proposta di regolamento COM(2013)0534, 17 luglio 2013, punto 3.3.8, p. 8.

1420Si legga in proposito, A. WEYEMBERG, I. ARMADA, C. BRIÈRE, *Study for the LIBE Committee, The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, Studio per il comitato LIBE, Bruxelles, completato in novembre 2014, p. 49; *Conclusions of the Strategic seminar organised by*

Dal punto di vista strutturale, l'interpretazione dell'espressione “a partire da Eurojust” ha portato ad ipotizzare diversi possibili scenari, prima che la Commissione presentasse la propria proposta di regolamento, nella parte introduttiva della quale ha precisato che “alle relazioni della Procura europea con *Eurojust* si applicano norme speciali, considerati i legami particolari che li uniscono sul piano delle attività operative, dell'amministrazione e della gestione”¹⁴²¹.

Tale concetto è stato ribadito nel considerando 40 in cui si legge che “poiché il Trattato esige che la Procura europea sia istituita a partire da Eurojust, occorre che i due organismi coesistano, cooperino e si completino sotto il profilo organico, operativo e amministrativo”. Tali intenti sono stati tradotti negli articoli 3, par. 3¹⁴²² e nell'art. 57 par. 6¹⁴²³, che è stato riprodotto pressoché specularmente nell'art. 41, par. 7 della proposta di regolamento per il rafforzamento di *Eurojust*¹⁴²⁴.

Considerato che la proposta di regolamento della Commissione ha già subito delle modifiche in seno alle negoziazioni avvenute in Consiglio, le quali sono sfociate nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017¹⁴²⁵ e che il dibattito sul punto è ancora vivo, si ritiene opportuno illustrare i diversi scenari che erano stati precedentemente prospettati in merito all'interpretazione da fornire dal punto di vista strutturale all'espressione “a partire da *Eurojust*”, così da testarne i vantaggi e gli svantaggi e poter valutare se la soluzione finalmente adottata nell'attuale proposta di regolamento sia quella che permette di garantire una maggiore efficacia all'azione della Procura

Eurojust and the Belgian Presidency, Bruges, 20-22 September 2010, ‘*Eurojust and the Lisbon Treaty, towards more effective action?*’, Council Doc. No.17625/10 REV 1, 9 Dec. 2010, soprattutto workshop 6, p. 22 e seguenti. Si legga anche K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, *The European Public Prosecutor’s Office: Certain constitutional issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ and M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor’s Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, Springer, The Hague, 2015, p. 64 e seguenti; S. WHITE, *A Decentralised European Public Prosecutor’s Office - Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?*, EUCRIM, 2 / 2012, p. 73.

1421Si legga in proposito la *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final}, {SWD(2013) 275 final}, punto 3.3.8, p. 8 della versione italiana.

1422L'art. 3, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, così stabilisce: “*La Procura europea coopera con Eurojust e si avvale del suo sostegno amministrativo in conformità dell'articolo 57*”.

1423L'art. 57, par. 6 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, del 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final}, {SWD(2013) 275 final}, si esprime in questi termini: “*La Procura europea si avvale del sostegno e delle risorse amministrative di Eurojust. Le modalità sono regolate da un accordo. Eurojust fornisce alla Procura europea i seguenti servizi: a) il sostegno tecnico per la preparazione del bilancio annuale, del documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale e del piano di gestione; b) il sostegno tecnico per l'assunzione del personale e la gestione delle carriere; c) i servizi di sicurezza; d) i servizi di tecnologia dell'informazione; e) i servizi di gestione finanziaria, contabilità e audit; f) qualunque altro servizio di interesse comune*”.

1424Il riferimento nel testo è all'articolo 41, par. 7 della *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust)*, Bruxelles, 17 luglio 2013 COM(2013) 535 final, 2013/0256 (COD). Il paragrafo della medesima disposizione, in generale, prevede che “*Eurojust instaura e mantiene relazioni privilegiate con la Procura europea, basate su una stretta cooperazione e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione come specificato in appresso. A tal fine, il procuratore europeo e il presidente di Eurojust si riuniscono periodicamente per discutere le questioni di interesse comune*”.

1425Si legga al riguardo l'ultima proposta di regolamento istitutiva della Procura europea, ossia la *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPD 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30.

europea¹⁴²⁶.

Sono stati prospettati, in particolare, tre possibili scenari che descrivono i rapporti tra la Procura europea e *Eurojust*.

Secondo una prima ricostruzione la Procura europea dovrebbe essere considerata un'entità totalmente separata e autonoma da *Eurojust*. Si auspica, pertanto, che i due organismi coesistano, ma siano organizzati in due strutture totalmente separate, con due bilanci separati¹⁴²⁷. Secondo questa prima interpretazione, la Procura europea potrebbe richiedere, ove necessario, un supporto amministrativo a *Eurojust* ma nel caso in cui abbia la necessità di utilizzare fondi facenti parte del bilancio di *Eurojust* sarebbe tenuta a restituirli, in quanto organi del tutto distinti.

La collaborazione tra i due soggetti, in quest'ottica, si sarebbe perciò sostanziata nella stipula di accordi operativi tra gli stessi, secondo lo stesso schema previsto attualmente per gli scambi di informazioni tra Europol e *Eurojust*, e tra quest'ultima e OLAF.

Una tale riduttiva interpretazione dell'espressione “a partire da Eurojust”, in base alla quale il legame tra i due organi si limita a un occasionale scambio di informazioni disciplinato da un accordo interistituzionale, non sembra, tuttavia, una soluzione ideale al fine di garantire l'efficacia delle indagini della Procura europea e massimizzare gli strumenti esistenti nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia per combattere, almeno in un primo tempo, i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, e in un secondo tempo i reati che rientreranno nella competenza della Procura europea. Accogliendo una tale ricostruzione, infatti, non si darebbe adeguatamente conto né del tenore letterale della disposizione che implica un legame stretto tra i due organi, in quanto “a partire da” implica una stretta correlazione tra i due, né del fine per cui l'istituzione della Procura europea è stata prevista dal Trattato. Essa, infatti, dovrebbe costituire un'ulteriore strumento di lotta ai reati rientranti nella sua competenza e al fine di garantirne la maggiore efficacia possibile è necessario che la cooperazione con gli organismi che hanno già maturato esperienza nel settore, come *Eurojust*, sia la più stretta e efficace possibile. A tale rilievo va, inoltre, aggiunto che la circostanza che il quarto paragrafo dell'articolo 86 TFUE preveda la possibilità di estendere le competenze della Procura europea¹⁴²⁸ induce a ritenere che le competenze dell'organo possano in

1426Con il termine efficacia, ci riferiamo in tale sede alla nozione di effettività che abbiamo fornito nel capitolo primo di questa Prima parte, Titolo primo.

1427Gli autori che propendevano per tale soluzione sottolineavano che la separazione dei due organi avrebbe garantito una più efficiente organizzazione interna degli stessi e li avrebbe maggiormente responsabilizzati. In tal modo, infatti, sarebbe stata chiara la netta distinzione tra le funzioni esercitate dai due organismi, uno preposto ad agevolare la coordinazione investigativa e l'altro deputato a condurre investigazioni ed esercitare l'azione penale in relazione ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

1428A tal proposito si sottolinea che tale evenienza non era, invece, prevista nel Libro Verde predisposto dalla Commissione nel 2001 (Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, presentato dalla Commissione, Bruxelles, 11 dicembre 2001, COM(2001) 715 definitivo). In tale sede si riteneva, quindi, che i rapporti tra i due organi, la Procura europea e *Eurojust* fossero regolati mediante la ripartizione di competenze tra gli stessi, per cui la Procura europea sarebbe stata competente a perseguire gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione mentre ad *Eurojust* sarebbe stata attribuita una competenza più ampia. In particolare, nel Libro Verde si legge (punto 7.2.1., p. 69 della versione italiana): “*Mentre la procura*

futuro coincidere con quelle attribuite ad *Eurojust*, il quale è tenuto a coordinare le indagini e rafforzare la cooperazione tra le autorità nazionali al fine di perseguire i crimini gravi che interessano due o più Stati membri, e porta, pertanto, a ritenere, che debba sussistere una forma di integrazione più stretta con l'agenzia al fine di evitare che i compiti dei due organi si sovrappongano.

In aderenza a quanto previsto dalla seconda interpretazione, la Procura europea dovrebbe, invece, essere considerata un'unità specializzata all'interno di *Eurojust*. La Procura europea, dovrebbe, pertanto, essere dal punto di vista organizzativo, parte di *Eurojust*, anche se funzionalmente indipendente e dovrebbe essere previsto un unico bilancio per entrambi i soggetti.

In questo scenario, i due soggetti, pur se dotati di diverse competenze funzionali, formerebbero, quindi, un unico organo. I poteri previsti dall'art. 86 del TFUE verrebbero, dunque, esercitati all'interno dell'agenzia, che si andrebbe poco a poco trasformando nella Procura europea, con al vertice un organo coincidente con l'attuale collegio dei membri nazionali¹⁴²⁹.

In base a tale ricostruzione interpretativa l'organo collegiale composto dai magistrati dei vari Stati membri, pur essendo meno incisivo rispetto a quanto potrebbe esserlo una carica monocratica ed assicurando minori garanzie di indipendenza ai membri facenti parte del collegio, garantirebbe in maggior misura il principio di sovranità nazionale¹⁴³⁰.

Ai sensi dell'art. 86, par. 2 TFUE, tuttavia, la Procura europea ha il compito di esercitare l'azione penale nei confronti degli autori dei reati rientranti nella sua competenza ed è opinione unanime di tutti gli studiosi che caratteristica essenziale della Procura Europea debba essere l'indipendenza¹⁴³¹.

europa dovrebbe essere un organo comunitario dotato di poteri autonomi di azione penale nel settore specifico della tutela degli interessi finanziari comunitari, le attribuzioni di Eurojust rientreranno nella cooperazione giudiziaria e si estenderanno su una sfera di competenza assai ampia. A rigor di logica, la creazione della procura europea non esclude che Eurojust mantenga eventualmente una competenza in materia di criminalità finanziaria, purché si preveda che la competenza della procura prevale per quanto attiene alla tutela degli interessi finanziari comunitari. Questa ripartizione chiara di competenze dovrebbe essere accompagnata da una fattiva cooperazione per i casi transpilastri. Le funzioni dei due organi sarebbero pertanto complementari, giacché sia la procura europea sia Eurojust contribuiscono a realizzare, ciascuno per quel che lo riguarda e secondo il metodo rispettivamente del primo e del terzo pilastro, l'obiettivo generale di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia. Questa complementarità implica in concreto che la procura europea ed Eurojust cooperino strettamente e regolarmente nel quadro delle rispettive competenze, in particolare per scambiare ogni informazione utile. Tale scambio dovrebbe avvenire nel rispetto dei principi relativi alla protezione dei dati. È fuor di dubbio che si presenteranno casi transpilastri, per esempio un traffico combinato di droga (terzo pilastro) e di sigarette di contrabbando che arreca pregiudizio alle risorse proprie delle Comunità (primo pilastro). In presenza di casi transpilastri che travalichino la sfera della tutela degli interessi finanziari comunitari, ciascuno dovrebbe quindi dare il proprio contributo specifico in base a uno scambio di informazioni, e il dialogo tra la procura europea e le autorità nazionali responsabili dell'azione penale verrebbe in tal caso allargato all'unità Eurojust".

1429Si legga in proposito H. LABAYLE, *Mise en perspective*, in P. G. MARZBAN (a cura di), *Quelles perspectives pour un ministère public européen?*, *Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union européenne*, Sous l'égide de la Cour de Cassation, Paris, 2010, p. 54; C. VISART DE BOCARMÉ, *L'expérience belge*, p. 81.

1430Mena conto osservare che nel caso in cui si intendesse dare seguito a una tale impostazione bisognerebbe, altresì, prevedere una revisione delle procedure di nomina dei membri di *Eurojust* e più efficaci garanzie di indipendenza degli stessi. Si è espresso in tal senso J. A. E. VERVAELE, *Quel statut pour le ministère public?*, in P. GHALEH MARZBAN (a cura di), *Quelles perspectives pour un ministère public européen?*, cit., p. 193. Si veda anche B. BREZIGAR, in J. A. ESPINA RAMOS, I. VICENTE CARBAJOSA (a cura di), *The Future European Public Prosecutor's Office*, Madrid, 2009, p. 95.

1431Si legga sul punto l'analisi svolta in questo stesso capitolo nella prima sezione, nel paragrafo relativo

Si deve a tal proposito rilevare che, pur se tuttora si considerano indipendenti i soggetti facenti parte di *Eurojust*, tale requisito non può ritenersi sostanzialmente soddisfatto in senso pieno, dal momento che la procedura di nomina dei soggetti che andranno a costituire il collegio di *Eurojust* non garantisce la non ingerenza del potere esecutivo. Secondo la normativa nazionale italiana¹⁴³², ad esempio, il Ministro della Giustizia non solo nomina il membro nazionale di *Eurojust*, ma ha anche il potere di impartirgli direttive per l'esercizio delle sue funzioni¹⁴³³.

Un'ulteriore criticità da tenere in considerazione nel caso in cui fosse adottata questa soluzione interpretativa è stata rinvenuta nel fatto che, nel caso in cui si procedesse a trasformare *Eurojust* in Procura europea tramite il meccanismo previsto dall'art. 86 TFUE della procedura di cooperazione rafforzata, si verrebbero a creare delle situazioni di disomogeneità nell'applicazione del diritto europeo di ancora più rilevante spessore che se si istituissero due organismi distinti¹⁴³⁴.

In tal caso, infatti, *Eurojust* manterrebbe la funzione di unità di cooperazione e coordinamento investigativo che gli era attribuita prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nei confronti di quegli Stati che hanno optato per l'esercizio della clausola *opt out* riguardo alle misure dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁴³⁵, mentre per quegli Stati che non si avvalgono della

all'indipendenza della Procura europea, Titolo Secondo della Parte Prima.

1432Il dubbio circa la compatibilità della procedura prevista dalla legge n. 41 del 14.3.2005 con i principi costituzionali è stato sollevato dinanzi alla Corte Costituzionale italiana, la quale ha pronunciato la sentenza n. 136 del 6.4.2011, con cui ha dichiarato che la procedura in esame risulta essere compatibile con gli articoli 105 e 110 della Costituzione, dal momento che “ le funzioni che la decisione istitutiva e la normativa di attuazione attribuiscono all'Eurojust ed ai suoi membri non sono riconducibili a quelle giudiziarie che il magistrato del pubblico ministero esercita nel nostro ordinamento e, conseguentemente, non sono applicabili le norme interne previste per l'assegnazione di dette funzioni e, neppure quelle che la Costituzione pone a garanzia dell'indipendenza della magistratura”. La Corte ha desunto la non riconducibilità delle funzioni dei membri di Eurojust a quelle giudiziarie dei magistrati italiani sulla base di quanto affermato in merito alle funzioni dei membri del collegio dalla decisione 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 del Consiglio dell'Unione europea. Occorre, a tal proposito, evidenziare che in seguito alle modifiche che verranno apportate con il nuovo regolamento attuativo di quanto disposto dall'art. 85 TFUE, tali competenze potrebbero essere riviste e, pertanto, anche la natura, giudiziaria o meno delle funzioni attribuite ai membri di Eurojust. A commento della sentenza della Corte Costituzionale si legga C. PROTA, *La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4278; G. DE AMICIS, *La Corte costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2011.

1433Secondo quanto stabilito dall'art. 2 della legge 14.3.2005, n. 41, in *GURI* n. 72, 29.3.2005: “*Il membro nazionale distaccato presso l'Eurojust è nominato con decreto del Ministro della giustizia tra i giudici o i magistrati del pubblico ministero, che esercitano funzioni giudiziarie, o fuori del ruolo organico della magistratura, con almeno venti anni di anzianità di servizio. Il magistrato che esercita funzioni giudiziarie è collocato fuori del ruolo organico della magistratura. Ai fini della nomina, il Ministro della giustizia, acquisite le valutazioni del Consiglio superiore della magistratura in ordine ad una rosa di candidati nell'ambito della quale provvederà ad effettuare la nomina stessa, richiede al medesimo Consiglio il collocamento del magistrato designato fuori del ruolo organico della magistratura o, nel caso di magistrato già in posizione di fuori ruolo, comunica al Consiglio superiore della magistratura la propria designazione. Il Ministro della giustizia può, per il tramite del Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, indirizzare al membro nazionale direttive per l'esercizio delle sue funzioni*”. Anche nella legislazione spagnola la procedura di nomina del membro nazionale è riservata al Ministro della Giustizia. Si veda in tal senso l'art. 1 co. 2 e l'art. 2 co. 1 della legge spagnola 26.5.2006, n. 16: “*El miembro nacional de Eurojust quedará adscrito orgánicamente al Ministerio de Justicia*”, “*El miembro nacional de Eurojust será nombrado por real decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Justicia*”.

1434Si legga sul punto D. FLORE, *Eurojust ou Ministère public européen : un choix de politique criminelle*, in *Agon*, 2000; D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009, p. 605; R. DE GOUTTES, in J. A. ESPINA RAMOS, I. VICENTE CARBAJOSA (a cura di), *The Future European Public Prosecutor's Office*, Madrid, 2009.

1435Regno Unito, Irlanda e Danimarca hanno un sistema di esenzione che comprende tutte le misure adottate

clausola *opt out*, né partecipano alla cooperazione rafforzata, *Eurojust* rappresenterebbe un'unità rinforzata con poteri d'impulso delle indagini e delle azioni penali come previsto dall'articolo 85 TFUE, e costituirebbe, infine, per gli Stati che hanno partecipato alla cooperazione rafforzata un organo dotato di poteri inquirenti.

Alla luce dei rilievi critici sopra evidenziati, oltre a considerare la *ratio* sottesa alla previsione della Procura europea, ossia la previsione di un organo *ad hoc* per tutelare in maniera più efficace gli interessi dell'Unione, si ritiene che neanche questa soluzione sia stata quella avuta di mira dal legislatore europeo in sede di stesura dell'articolo 86 del TFUE.

Secondo la terza interpretazione, che appare la più plausibile, la Procura europea e *Eurojust* costituirebbero due entità distinte che, tuttavia, condividono informazioni riguardanti le indagini e condividono strutture amministrative o risorse finanziarie. Tale soluzione risulta essere anche quella avvalorata dalla Commissione in sede di redazione delle due proposte di regolamento, l'una concernente l'istituzione della Procura europea, e l'altra inerente il rafforzamento di *Eurojust*¹⁴³⁶.

In particolare, mena conto evidenziare che gli articoli 12, par. 3 e 16, par. 7 della proposta di rafforzamento di *Eurojust*¹⁴³⁷ prevedono una forma di collegamento istituzionale tra i due organi che si concretizza, in particolare, nella possibilità per il procuratore europeo di partecipare alle riunioni del Collegio di *Eurojust* e del Comitato esecutivo¹⁴³⁸, ogniqualvolta si discutano questioni che egli consideri rilevanti per il funzionamento della Procura europea¹⁴³⁹. La Commissione ritiene, quindi, che debbano essere configurati come due soggetti strutturalmente distinti ma legati da un rapporto particolare in base al quale *Eurojust* sostiene il funzionamento della Procura europea mediante servizi forniti dal proprio personale. Tale sostegno può corrispondere ad un sostegno tecnico per la preparazione del bilancio annuale, per l'assunzione delle carriere, o per i servizi informatici, di

all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Infatti, questi tre paesi hanno la possibilità di non partecipare al processo legislativo in questo settore. Le misure adottate non saranno pertanto vincolanti nei loro confronti. Inoltre, Regno Unito, Irlanda e Danimarca si vedono applicare due tipi di clausole derogatorie: **una clausola “opt-in”** che permette a ciascuno di partecipare, caso per caso, alla procedura per l'adozione di una misura o all'applicazione di una misura già adottata. Essi saranno quindi vincolati da tale misura allo stesso titolo di altri Stati membri; **una clausola “opt-out”** che permette loro di non dare attuazione ad una misura in qualsiasi momento.

1436 In tal senso si legga anche quanto contenuto nel *Report from the Eurojust seminar on the new draft Regulation on Eurojust “an improvement in the fight against cross-border crime?”*, The Hague, 14-15 Ottobre 2013, Council Doc. No. 17188/1/13 REV 1, 4 dicembre 2013, p. 36.

1437 *Commission, Proposal for a regulation of the EP and of the Council on the EU Agency for Criminal Justice Cooperation (Eurojust)*, 17 luglio 2013, COM (2013) 535 final.

1438 L'art. 12, par. 3 della proposta di regolamento COM (2013) 535 final stabilisce che “*Il procuratore europeo riceve gli ordini del giorno di tutte le riunioni del collegio ed è autorizzato a parteciparvi, senza diritto di voto, ogniqualvolta si discutano questioni che consideri rilevanti per il funzionamento della Procura europea*”. L'art. 16, par. 7, d'altra parte, prescrive che “*Il procuratore europeo riceve gli ordini del giorno di tutte le riunioni del comitato esecutivo ed è libero di parteciparvi, senza diritto di voto, ogniqualvolta si discutano questioni che egli consideri rilevanti per il funzionamento della Procura europea*”. Secondo quanto stabilito dal successivo paragrafo 8, inoltre “*il procuratore europeo può indirizzare pareri scritti al comitato esecutivo, che risponde per iscritto senza indebito ritardo*”.

1439 Alcuni autori hanno proposto di affidare al Procuratore Generale europeo la presidenza del collegio di Eurojust. Si veda in tal senso l'intervento di C. VAN DEN WYNGAERT al Gruppo X presso la Convenzione europea, nel resoconto sommario della riunione dell'8 ottobre 2002, CONV 346/02, p. 6.

gestione finanziaria e contabilità¹⁴⁴⁰.

Il legame previsto dalla Commissione, risulta, pertanto, piuttosto essere un legame funzionale che strutturale. Dal punto di vista operativo, assumendo come presupposto che *Eurojust* non verrà sostituito dalla Procura europea ma affiancato alla stessa, risulta essenziale delineare i diversi ambiti di intervento di ciascun soggetto e delineare in maniera adeguata i settori in cui le competenze dei due soggetti potrebbero intersecarsi al fine di evitare inutili duplicazioni di attività¹⁴⁴¹.

In particolare, le situazioni in cui potrebbe inverarsi il rischio suddetto si possono raggruppare in cinque ipotesi distinte. In primo luogo, è stato rilevato che non vi è necessità di coordinamento e cooperazione tra i due organismi nei casi di reati che ledano gli interessi finanziari dell'Unione che riguardano gli Stati membri non partecipanti all'istituzione della Procura europea. In tale circostanza, infatti, qualora tali reati siano gravi e abbiano una dimensione transnazionale, *Eurojust* manterrà la competenza a perseguire gli autori di tali reati, mentre la Procura europea non godrà di alcuna competenza. In secondo luogo, nei casi che riguardano sia gli Stati membri partecipanti che quelli non partecipanti, *Eurojust* assumerà una nuova posizione rispetto al passato, in quanto sarà tenuto a cooperare con la Procura europea nei casi in cui quest'ultima ne chieda l'intervento. In terzo luogo, *Eurojust* presumibilmente continuerà ad agevolare il coordinamento tra gli Stati membri nei casi in cui la Procura europea non eserciti la propria competenza o nei casi in cui ne sia sprovvista,

1440L'art. 41 della proposta di rafforzamento di Eurojust, COM (2013) 535 final, si esprime in tal senso: “*Eurojust* instaura e mantiene relazioni privilegiate con la Procura europea, basate su una stretta cooperazione e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione come specificato in appresso. A tal fine, il procuratore europeo e il presidente di Eurojust si riuniscono periodicamente per discutere le questioni di interesse comune. Eurojust tratta senza indugio le richieste di sostegno formulate dalla Procura europea e, se del caso, procede come se le avesse ricevute da un'autorità nazionale competente in materia di cooperazione giudiziaria. Ogniquale necessario, Eurojust si avvale dei sistemi di coordinamento nazionale di Eurojust istituiti ai sensi dell'articolo 20 e delle relazioni che ha stabilito con i paesi terzi, compresi i magistrati di collegamento, per sostenere la cooperazione instaurata a norma del paragrafo 1. La cooperazione instaurata a norma del paragrafo 1 comporta lo scambio di informazioni, anche personali. I dati così scambiati sono usati solo per le finalità per le quali sono stati forniti. Qualsiasi altro uso dei dati è autorizzato soltanto nella misura in cui rientra nel mandato dell'organismo che riceve i dati e previa autorizzazione dell'organismo che li ha forniti. Al fine di verificare se le informazioni disponibili presso Eurojust corrispondono a informazioni trattate dalla Procura europea, Eurojust predispone un meccanismo di controllo incrociato automatico dei dati inseriti nel sistema automatico di gestione dei fascicoli. Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati del sistema automatico di gestione dei fascicoli inseriti dalla Procura europea e quelli inseriti da Eurojust, ne è data notizia a Eurojust, alla Procura europea, nonché allo Stato membro che ha fornito i dati a Eurojust. Nel caso in cui i dati siano stati trasmessi da un terzo, Eurojust informa della concordanza solo il terzo, previo consenso della Procura europea. Eurojust designa i membri del personale autorizzati ad accedere ai risultati del meccanismo di controllo incrociato e ne informa la Procura europea. Eurojust sostiene il funzionamento della Procura europea mediante servizi forniti dal proprio personale. Tale sostegno comprende in ogni caso: a) il sostegno tecnico per la preparazione del bilancio annuale, del documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale e del piano di gestione; b) il sostegno tecnico per l'assunzione del personale e la gestione delle carriere; c) i servizi di sicurezza; d) i servizi di tecnologia dell'informazione; e) i servizi di gestione finanziaria, contabilità e audit; f) qualunque altro servizio di interesse comune. I dettagli dei servizi da fornire sono fissati in un accordo tra Eurojust e la Procura europea. Il procuratore europeo può indirizzare pareri scritti al collegio, che risponde per iscritto senza indebito ritardo. Tali pareri scritti sono presentati in ogni caso quando il collegio adotta il bilancio annuale e il programma di lavoro”.

1441Si veda in proposito C. DEBOYSER *European Public Prosecutor's Office and Eurojust: “love match or arranged marriage”?*, in in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), cit., p. 84; A. WEYEMBERG, I. ARMADA, C. BRIÈRE, *Study for the LIBE Committee, The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, completato in novembre 2014, p. 50 e seguenti.

considerato che il Consiglio, in sede di progetto di regolamento, ha escluso la competenza esclusiva della Procura europea in materia di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ed ha previsto, al contrario, una competenza di tipo concorrente. Infine, almeno in un primo momento, fino a che la Procura europea non avrà instaurato dei propri sistemi di coordinamento con gli Stati terzi, *Eurojust* sarà competente a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di *Eurojust* ma che non partecipano all'istituzione della Procura europea, o nei Paesi terzi¹⁴⁴².

Tale impostazione, in base alla quale *Eurojust* e la Procura europea devono essere considerati due organi distinti tra i quali, tuttavia, sussiste una stretta collaborazione e scambio di informazioni¹⁴⁴³, è stata mantenuta anche nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017¹⁴⁴⁴.

Rispetto a quanto previsto nell'articolo 57 della proposta di regolamento della Commissione del 2013, nell'attuale proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 è specificato che la Procura europea instaura e mantiene relazioni strette con *Eurojust*, “basate su una cooperazione reciproca nell'ambito dei rispettivi mandati e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione come specificato in appresso”¹⁴⁴⁵. Tale inciso per cui la cooperazione reciproca deve svolgersi nell'ambito dei rispettivi mandati è stato inserito nel corso delle negoziazioni per prevenire e evitare che si verificino eventuali conflitti di competenza o sovrapposizioni di compiti tra i due organismi. Rispetto a quanto era stato previsto nella proposta di regolamento della Commissione, nell'attuale proposta di regolamento è altresì previsto che “il procuratore capo europeo e il presidente di *Eurojust* si riuniscono periodicamente per discutere le questioni di interesse comune”¹⁴⁴⁶. Tali incontri sono stati previsti al fine di facilitare la cooperazione tra i due organi,

1442In tal senso si esprime l'art. 57, par. 3 della proposta di regolamento che istituisce la Procura europea, COM(2013)0534, 17.07.2013 e l'art. 41, par. 3 della proposta di regolamento per rafforzare *Eurojust* COM (2013) 535 final, del 17.7.2013.

1443Tale elemento è confermato dall'attenzione che la Commissione ha dedicato alla previsione di specifiche disposizioni in entrambe le proposte di regolamento del 17 luglio 2013 che prevedano e facilitino lo scambio di informazioni e dati personali tra i due organismi. Si veda, in particolare, quanto previsto dall'art. 41, par. 4 della proposta di rafforzamento di *Eurojust* e l'art. 57, par. 4, nonché dall'art. 15 e 21 della proposta di istituzione della Procura europea.

1444Si leggano, al riguardo l'articolo 56 relativo alle disposizioni comuni e, in particolare, l'articolo 57 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, e l'articolo 41 della *Proposta di regolamento che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust)* [Prima lettura] - Orientamento generale, Bruxelles, 27 febbraio 2015, 6643/15, EUROJUST 59, EPPO 20, CATS 37, COPEN 67, CODEC 266, CSC 49, da ultimo approvata.

1445Il corsivo è nostro. Si legga in tal senso l'articolo 57, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit., che prevede altresì che “A tal fine, il procuratore capo europeo e il presidente di *Eurojust* si riuniscono periodicamente per discutere le questioni di interesse comune”. Nella *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit., si leggeva, invece: “La Procura europea instaura e mantiene relazioni privilegiate con *Eurojust*, basate su una stretta cooperazione e sullo sviluppo di reciproci legami operativi, amministrativi e di gestione come specificato in appresso”.

1446Si legga al riguardo l'articolo 57, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit..

sulla falsariga di quanto è stato previsto anche tra il direttore di Europol e il presidente di *Eurojust*¹⁴⁴⁷. Tuttavia, al proposito, occorre ricordare che tale previsione rischia di avere un valore meramente simbolico, tenuto conto della significativa riduzione dei poteri del procuratore capo europeo che è stata operata nell'attuale versione di proposta di regolamento; esso, in base all'attuale proposta di regolamento, svolge, infatti, solamente un ruolo manageriale e una funzione di rappresentanza esterna dell'organo e non dispone, quindi, di poteri né operativi relativamente ai singoli casi di indagine e di esercizio dell'azione penale, né di poteri decisionali delle strategie generali e complessive della Procura europea¹⁴⁴⁸.

La definizione dei rapporti amministrativi tra i due organi, in particolare, è disciplinata dall'ultimo paragrafo dell'articolo 57, in base al quale “la Procura europea può avvalersi del sostegno e delle risorse amministrative di Eurojust. A tal fine, Eurojust può fornire alla Procura europea servizi di interesse comune. Le modalità sono regolate da un accordo”¹⁴⁴⁹. A differenza di quanto era stato stabilito nella proposta di regolamento della Commissione del 2013, dunque, nell'attuale proposta di regolamento non sono elencati i servizi che *Eurojust* è tenuto a fornire alla Procura europea, tra cui erano annoverati il sostegno tecnico per la preparazione del bilancio annuale, del documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale e del piano di gestione, il sostegno tecnico per l'assunzione del personale e la gestione delle carriere, i servizi di tecnologia dell'informazione, i servizi di sicurezza, i servizi di gestione finanziaria, contabilità e audit e “qualunque altro servizio di interesse comune”¹⁴⁵⁰. Le modalità attraverso cui tali servizi sarebbero stati forniti alla Procura europea sarebbero stati definiti da un accordo anche in base al previgente testo di proposta di regolamento della Commissione, il quale, tuttavia, precisava quale tipo di servizi sarebbero dovuti essere forniti alla Procura europea. L'eliminazione della lista di servizi da prestare attribuisce un maggior valore all'accordo che dovrà essere concluso tra la Procura europea e *Eurojust* poiché in tale sede non andranno più stabilite solo le modalità di erogazione, ma anche il tipo di servizi che saranno erogati. Il contenuto degli accordi andrà, di conseguenza, delineato a livello politico in sede di accordo, il che dimostra la particolare sensibilità dell'argomento che è

1447Si legga per un approfondimento sul punto, A. WEYEMBERGH, I. ARMADA, C. BRIÈRE, *The interagency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, Studio per il comitato LIBE, completato in novembre 2014, consultabile online all'indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL_STU\(2014\)510000](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL_STU(2014)510000).

1448Si legga per un'analisi dei poteri attribuiti al procuratore capo europea, l'esame effettuato in questo stesso capitolo, nella prima sezione, Titolo Secondo della Parte Prima, nel paragrafo relativo all'organizzazione interna della Procura europea.

1449Si legga in proposito, l'articolo 57, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit..

1450L'articolo 57, par. 6 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit., prevedeva, in particolare, che “La Procura europea si avvale del sostegno e delle risorse amministrative di Eurojust. Le modalità sono regolate da un accordo. Eurojust fornisce alla Procura europea i seguenti servizi: a) il sostegno tecnico per la preparazione del bilancio annuale, del documento di programmazione contenente la programmazione annuale e pluriennale e del piano di gestione; b) il sostegno tecnico per l'assunzione del personale e la gestione delle carriere; c) i servizi di sicurezza; d) i servizi di tecnologia dell'informazione; e) i servizi di gestione finanziaria, contabilità e audit; f) qualunque altro servizio di interesse comune”.

collegata alla determinazione di altri due aspetti molto delicati, ossia l'ubicazione della Procura europea e l'aspetto finanziario della stessa¹⁴⁵¹.

Per quanto riguarda la sede della Procura europea, il Considerando 49 della proposta di regolamento della Commissione stabiliva che la sede della Procura europea sarebbe stata quella decisa dai rappresentanti degli Stati membri, riuniti a livello di capi di Stato o di governo a Bruxelles il 13 dicembre 2003, ossia Lussemburgo¹⁴⁵². Tuttavia, come rilevato dallo stesso Parlamento europeo, al fine di facilitare la cooperazione tra la Procura europea e *Eurojust* sarebbe meglio che i due organi avessero la propria sede nella stessa città¹⁴⁵³. Al fine di assistersi reciprocamente quotidianamente sia dal punto di vista amministrativo che operativo, infatti, la vicinanza di sede costituisce un presupposto essenziale per facilitare la comunicazione e lo scambio di informazioni.

Per quanto riguarda l'aspetto finanziario, inoltre, è stato sostenuto a più riprese che è necessario ridurre i costi razionalizzando ed utilizzando il più possibile le risorse esistenti. A tal fine è presumibile che verranno sfruttate le risorse destinate ad *Eurojust* per finanziare le attività della Procura europea. Al proposito è stato, quindi, paventato il rischio che la creazione della Procura europea comporti delle restrizioni nei confronti di *Eurojust*, il quale non potrebbe più svolgere alcune delle attività che è tenuto ad espletare per mancanza di risorse¹⁴⁵⁴. Come è stato precisato, sebbene *Eurojust* sia disposto a cooperare e a mettere a disposizione della Procura europea le proprie risorse al fine di garantire l'efficace funzionamento di quest'ultima, “*in the event that new tasks are assigned to Eurojust, then corresponding resources must also be allocated in order to avoid prejudice to the rest of Eurojust's work*”¹⁴⁵⁵.

1451Si legga nello stesso senso, A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il comitato LIBE, completato in novembre 2016, p. 41.

1452Si legga in tal senso il Considerando 49 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*. Si legga altresì il documento citato da A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, *cit.*, in nota 126, ossia *Presidency Conclusions, European Council of Laeken*, 14 e 15 December 2001, par. 57, che si riferisce alla Decisione 67/446/EEC dell'8 aprile 1965 of the representatives of the Governments of the Member States on the provisional location of certain institutions and departments of the European Communities (in particolare, art. 3). Come riferito dalle autrici, “the basis advanced for this choice is the ‘Decision of 8 April 1965’, which stated that ‘judicial and quasi-judicial bodies are also located in Luxembourg’”.

1453Si legga in tal senso Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2016 sulla Procura europea ed Eurojust* (2016/2750(RSP)), par. 10, in cui si legge che il Parlamento europeo “*ritiene che, onde organizzare in modo efficiente la collaborazione e lo scambio di informazioni tra Eurojust e la Procura europea, i due organi dovrebbero operare sotto uno stesso tetto*”. Si legga in tal senso anche M. CONINSX, *The European Commission's legislative proposal: an overview of its main characteristics*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, p. 38.

1454Gli Stati membri non partecipanti alla Procura europea e, in particolare, il Regno Unito, si sono espressamente opposti all'idea che la creazione della Procura europea infici il corretto espletamento dei propri compiti da parte degli altri organismi attualmente esistenti nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si legga, in proposito, HOUSE OF LORDS, *The impact of the EPPO's on the United Kingdom*, 4th Report of session 2014-2015, p. 26, par. 76.

1455Si legga in tal senso M. CONINSX, all'udienza pubblica dinanzi al Comitato LIBE, su *The European Public Prosecutor's Office (EPPO) and the European Union's Judicial Cooperation Unit (EUROJUST)*, tenutasi il 24 maggio 2016, citata da A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, *cit.*, p. 42.

Dal punto di vista operativo, la proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 ha, del pari, modificato il disposto della proposta di regolamento della Commissione del 2013 in più parti. In primo luogo ha ridotto i casi in cui la Procura europea può associare *Eurojust* alle proprie attività, non menzionando più i “casi complessi”, ma solo quelli transfrontalieri¹⁴⁵⁶ e riducendo le situazioni in cui la Procura europea può associare *Eurojust* alle proprie attività da sei a due. In particolare, nella proposta di regolamento della Commissione era previsto che la Procura europea poteva associare *Eurojust* alle proprie attività nei casi transfrontalieri o complessi condividendo informazioni riguardanti le indagini, chiedendo a *Eurojust* o ai suoi membri nazionali competenti di partecipare al coordinamento di specifici atti di indagine relativi ad aspetti che possono esulare dalla competenza materiale o territoriale della Procura europea, chiedendo a *Eurojust* di agevolare l'accordo tra la Procura europea e lo Stato o gli Stati membri interessati in materia di competenza accessoria a norma dell'articolo 13, chiedendo a *Eurojust* o ai suoi membri nazionali competenti di usare dei poteri conferiti loro dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale in relazione a specifici atti di indagine che possono esulare dalla competenza materiale o territoriale della Procura europea, condividendo con *Eurojust* o con il suo o i suoi membri nazionali competenti informazioni sulle decisioni riguardanti l'esercizio dell'azione penale, l'archiviazione di un caso o la proposizione di un compromesso, prima che queste siano presentate al procuratore europeo, in caso di ripercussioni sulle competenze di *Eurojust* o, infine, chiedendo a *Eurojust* o ai suoi membri nazionali competenti di prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di *Eurojust* ma che non partecipano all'istituzione della Procura europea, o nei paesi terzi¹⁴⁵⁷.

L'attuale proposta di regolamento prevede, invece, solo due modalità con cui la Procura europea può associare *Eurojust* alle proprie attività, ossia condividendo informazioni riguardanti le sue

¹⁴⁵⁶Si legga al riguardo l'articolo 57, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* in confronto all'articolo 57, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*

¹⁴⁵⁷Si legga, in proposito, l'articolo 57, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* che recita: “Sul fronte operativo, la Procura europea può associare *Eurojust* alle proprie attività nei casi transfrontalieri o complessi: a) condividendo informazioni, anche personali, riguardanti le indagini, in particolare qualora rivelino elementi che possono esulare dalla competenza materiale o territoriale della Procura europea; b) chiedendo a *Eurojust* o al suo o ai suoi membri nazionali competenti di partecipare al coordinamento di specifici atti di indagine riguardanti specifici aspetti che possono esulare dalla competenza materiale o territoriale della Procura europea; c) chiedendo a *Eurojust* di agevolare l'accordo tra la Procura europea e lo Stato o gli Stati membri interessati in materia di competenza accessoria a norma dell'articolo 13, fatta salva l'eventuale decisione dell'autorità giudiziaria dello Stato membro interessato, competente a decidere al riguardo; d) chiedendo a *Eurojust* o al suo o ai suoi membri nazionali competenti di usare dei poteri conferiti loro dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale in relazione a specifici atti di indagine che possono esulare dalla competenza materiale o territoriale della Procura europea; e) condividendo con *Eurojust* o con il suo o i suoi membri nazionali competenti informazioni sulle decisioni di cui agli articoli 27, 28 e 29, prima che queste siano presentate al procuratore europeo, in caso di ripercussioni sulle competenze di *Eurojust* e ove opportuno vista la precedente partecipazione di *Eurojust* al caso; f) chiedendo a *Eurojust* o al suo o ai suoi membri nazionali competenti di prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di *Eurojust* ma che non partecipano all'istituzione della Procura europea, o nei paesi terzi”.

indagini e invitando *Eurojust* o i relativi membri nazionali competenti a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle sue decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di *Eurojust* ma che non partecipano all'istituzione della Procura europea, o nei paesi terzi¹⁴⁵⁸. La lista non deve considerarsi tassativa ed esaustiva considerato l'inserimento nella stessa della locuzione “fra l'altro” (in inglese “*including by*”). Tuttavia, la riduzione delle situazioni previste dall'articolo 57, par. 5 solleva dubbi. Se la lista non è esaustiva e, quindi, può essere estesa ad altre situazioni, viene da domandarsi perché il legislatore abbia deciso di eliminare il riferimento alle altre quattro situazioni in cui la Procura europea avrebbe potuto associare *Eurojust* alle proprie attività. Una tale previsioni non riflette la relazione privilegiata che dovrebbe instaurarsi tra la Procura europea e *Eurojust*, la quale è evidenziata nell'*incipit* dell'articolo 86 del TFUE, per cui la Procura europea può essere istituita “a partire da Eurojust”. Inoltre, come è stato rilevato, tale previsione non prende in considerazione la specificità e l'*expertise* acquisita da *Eurojust* in determinati settori, come nel risolvere i conflitti di giurisdizione. In tal caso sarebbe stato preferibile sfruttare l'esperienza acquisita sul campo da *Eurojust* e prevedere uno scambio di informazioni tra *Eurojust* e la Procura europea quanto all'analisi di determinati casi al fine di identificare possibili conflitti di giurisdizione¹⁴⁵⁹.

Tale previsione non rispecchia neanche quanto era stato proclamato nei Considerando antecedenti la proposta in cui si legge che “la Procura europea ed Eurojust dovrebbero diventare partner e cooperare sul fronte operativo in conformità dei rispettivi mandati. Tale cooperazione può riguardare qualsiasi indagine condotta dalla Procura europea in cui si consideri necessario od opportuno uno scambio di informazioni o un coordinamento delle misure investigative con riferimento a casi che rientrano nella competenza di Eurojust. Ogniqualevolta chiedi tale cooperazione a Eurojust, la Procura europea dovrebbe operare in collegamento con il membro nazionale di Eurojust dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. La cooperazione operativa può riguardare anche paesi terzi che abbiano concluso un accordo di cooperazione con Eurojust”¹⁴⁶⁰.

Quanto alla seconda forma di cooperazione prevista concernente l'assistenza di *Eurojust* nella trasmissione e esecuzione delle decisioni della Procura europea o delle richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di *Eurojust* ma che non partecipano all'istituzione della

1458Si legga in proposito l'articolo 57, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che stabilisce che “*Sul fronte operativo, la Procura europea può associare Eurojust alle proprie attività nei casi transfrontalieri, fra l'altro: a) condividendo informazioni, compresi dati personali, riguardanti le sue indagini, in conformità delle pertinenti disposizioni del presente regolamento; b) invitando Eurojust, o il o i relativi membri nazionali competenti, a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle sue decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di Eurojust ma che non partecipano all'istituzione della Procura europea, o nei paesi terzi*”.

1459Tale esigenza è stata rilevata da A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, *cit.*, p. 43.

1460Si legga in proposito il Considerando 97 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*

Procura europea, o nei paesi terzi della Procura europea, occorre rilevare che la rete giudiziaria europea riveste specifiche competenze in questo settore per cui non è dato comprendere perché non sia stata prevista nella proposta di regolamento il riferimento a tale soggetto, così da permettere una completa integrazione della Procura europea nello Spazio giudiziario europeo.

Dall'analisi della disciplina dei rapporti tra la Procura europea e *Eurojust* si comprende che, benché siano state previste forme di cooperazione tra i due organi, l'approccio del legislatore europeo è stato minimale. Le forme di cooperazione previste nella proposta di regolamento, sia dal punto di vista amministrativo che da quello operativo, sono minime e non chiaramente delineate nell'attuale proposta di regolamento.

Con riguardo a tale aspetto risultava più dettagliata la proposta di regolamento della Commissione che era già stata ritenuta insufficiente a garantire una disciplina adeguata dei rapporti tra i due organi¹⁴⁶¹.

L'attuale proposta di regolamento, anziché migliorare le criticità evidenziate nella previgente proposta, ha limitato ancora di più le forme di cooperazione tra i due soggetti e, soprattutto, non ha tenuto in considerazione nel predisporre tale disciplina, dell'esperienza e *expertise* specifica di *Eurojust*, per cui non sarà possibile ottenere i potenziali benefici che sarebbero potuti derivare da una collaborazione tra i due organi. In tal modo, viene inficiata l'efficacia della Procura europea, la quale non potrà beneficiare della competenza acquisita da *Eurojust* nell'ambito della criminalità grave avente dimensione transfrontaliera e della risoluzione dei conflitti di competenza in determinati casi e vi è il potenziale rischio che gli autori dei reati di competenza della Procura europea sfruttino l'inadeguato coordinamento tra i due soggetti al fine di ottenere l'impunità.

Ad una tale disciplina ne andrebbe, pertanto, sostituita una che preveda una forma di coordinazione più stretta tra i due organi non solo in via di principio, ma anche in pratica. Tale disciplina dovrebbe, in particolare, tener conto delle specifiche competenze di *Eurojust* e sfruttarle al massimo per garantire la massima efficacia delle indagini della Procura europea e garantire un valore aggiunto alla creazione di quest'ultima.

4.1.1.1.26 Rapporti della Procura europea con OLAF

A prescindere d'interpretazione che si voglia dare al sintagma “a partire da Eurojust”, certamente esso impedisce che la Procura europea venga costruita “a partire dall'OLAF”, come, invece, era

¹⁴⁶¹Per un'analisi accurata della relazione tra i due organi in base alla proposta di regolamento della Commissione si veda C. DEBOYSER, *European Public Prosecutor's Office and Eurojust: 'Love Match or Arranged Marriage'?*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., p. 79 e seguenti; K. LIGETI, A. WEYEMBERGH, *The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit..

auspicato da parte di alcuni autori¹⁴⁶². Del pari, tuttavia, non è stata prevista neanche la soppressione di OLAF; in base a tale a tale possibilità interpretativa OLAF sarebbe diventato un'unità della Procura europea¹⁴⁶³.

Nell'art. 86 TFUE non è contenuto alcun riferimento all'ufficio europeo anti-frode OLAF¹⁴⁶⁴ nonostante che lo stesso sia deputato a svolgere indagini amministrative a tutela degli interessi finanziari dell'Unione, e che, secondo quanto prescritto dal primo paragrafo dell'art. 86 TFUE, la lotta contro i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione dovrebbe essere lo scopo per cui,

1462In tal senso si veda D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009, p. 603 e quanto affermato dall'europarlamentare D. THEATO, in occasione della sessione plenaria del 13 settembre 1999.

1463Nel senso di una possibile soppressione di OLAF in seguito all'istituzione della Procura europea, si legga V. COVOLO, *From Europol to Eurojust – towards a European Public Prosecutor. Where does OLAF fit in?*, in *Eucrim*, 2012/2, pp. 86-87, la quale afferma: “According to Art. 86 TFEU, the EPPO shall be responsible not only for prosecuting and bringing to judgement but also for investigating perpetrators of offences against the EU's financial interests. The latter task overlaps with OLAF's mandate to carry out investigations related to irregularities that might also constitute criminal offences. Therefore, could OLAF's role be sustained even after the setting-up of an EPPO? The elimination of OLAF has to be taken into consideration, all the more so as it is mentioned neither by the new treaty nor in the Stockholm programme. But some authors have painted a much more optimistic picture. The question arises as to whether OLAF might be given judicial investigation powers it could exert under the direction of the EPPO. Transforming OLAF into a sort of European police unit will certainly provoke fierce criticism by some Member States. Let us assume that such a solution would be chosen: does the treaty provide decision-makers with a legal basis for assigning judicial investigative powers to OLAF? De lege lata, OLAF is established on the basis of Art. 325 TFEU. In its new formulation, the last sentence of the former Art. 280 TCE was omitted, which prevented the European legislator from adopting on that basis measures concerning the application of national criminal law or the national administration of justice. However it would be difficult to argue that empowering OLAF with judicial investigative powers falls within the scope of Art. 325, whilst Art. 86 specifically aims at empowering the EPPO with judicial powers including those for the pre-trial investigation phase. Consequently, Art. 325 merely allows for administrative investigations. In addition, it is worth noting that Art. 85 states that Eurojust can request prosecution on the basis of operations conducted and information supplied by the Member States' authorities and by Europol. No mention is made of OLAF or any other investigative body. The sole possibility for OLAF to gain criminal investigation powers is to become an investigative unit of the EPPO. Art. 86 is rather vague, however, concerning any powers the EPPO would have, and it does not explicitly refer to any type of European police taskforce. Assuming that OLAF becomes such a unit acting under the lead of the EPPO, what would its scope of competences cover? On the one hand, if OLAF continues to carry out external investigations, it risks entering into competition with national police authorities. On the other hand, some authors stress the added value of internal investigations that OLAF could carry out even as a unit of the EPPO. Ultimately, OLAF will be detached from the European Commission and act under the direction of the EPPO. Such a solution would ensure both its full operational independence and its reliability, as long as judicial review of its acts is ensured through judicial control over the EPPO”.

1464L'OLAF fu istituita nel 1988 come parte del Segretariato Generale della Commissione europea, mentre OLAF fu creato con la *Decisione della Commissione 1999/352/CE, CECA, Euratom* del 28 aprile 1999. La decisione è stata recentemente modificata dalla *decisione della Commissione del 27 settembre 2013 che modifica la decisione 1999/352/CE, CECA, Euratom che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode*, 2013/478/UE. L'istituzione dell'Ufficio europeo per la lotta antifrode è completata dal regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode, dal regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio del 25 maggio 1999 relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode, che ne definiscono i compiti, e dall'accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione delle Comunità europee relativo alle indagini interne svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode, sempre del 25 maggio 1999, che sono stati pubblicati in *G.U.C.E.* L 136, 31.5.1999. I regolamenti n. 1073/1999 e n. 1074/1999 sono stati recentemente abrogati dal regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio. Per un'analisi sulle fasi storiche che hanno visto la nascita e lo sviluppo dell'ufficio si legga A.A. MURAWSKA, *Administrative anti-fraud measures within the European Union*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 62 e seguenti.

almeno in un primo momento, viene istituita la Procura europea¹⁴⁶⁵.

La necessità di prevedere specifiche misure per combattere la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione è, altresì, espressamente tutelata dall'art. 325 TFUE, il quale, al terzo paragrafo prescrive che gli Stati membri organizzano, insieme alla Commissione, una stretta cooperazione tra autorità competenti al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione¹⁴⁶⁶. Al fine di combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione è stato istituito OLAF, il quale, nonostante svolga le proprie indagini in completa indipendenza¹⁴⁶⁷, è un organismo facente parte della Commissione¹⁴⁶⁸. A tale soggetto, tuttavia, è stato attribuito il potere di svolgere solo indagini amministrative, il cui esito, oltretutto, dipende dal seguito che le indagini svolte dall'Ufficio antifrode hanno nei singoli Stati membri. Le autorità giudiziarie nazionali non sono, infatti, obbligate a dare seguito alle indagini svolte da OLAF nel caso in cui OLAF abbia riscontrato che è stato commesso un reato a danno degli interessi finanziari dell'Unione dal momento che le autorità giurisdizionali nazionali godono di piena discrezionalità nel decidere se svolgere ulteriori indagini ed esercitare l'azione penale in relazione alla condotta

1465 Sul punto si veda C. DEBOYSER, *European Public Prosecutor's Office and Eurojust: "love match or arranged marriage"?*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, p. 87 e seguenti.

1466 L'articolo 325 del TFUE, in particolare, prevede: "*L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti. 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo*".

1467 L'art. 3 della decisione della Commissione 1999/352/EC recita: "*L'Ufficio esercita in piena indipendenza i poteri d'indagine di cui all'articolo 2, paragrafo 1. Nell'esercizio delle sue competenze, il direttore dell'Ufficio non sollecita né accetta istruzioni dalla Commissione, da governi, da altre istituzioni o da organi od organismi*". Occorre, tuttavia, rilevare che lo stesso Comitato di sorveglianza dell'OLAF, per quanto riguarda l'attività svolta dall'ufficio nell'elaborazione delle proposte legislative per conto della Commissione in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione, ha affermato che "i rapporti tra Commissione ed OLAF hanno la tendenza a essere molto simili a quelli che legano la Commissione a qualunque altra direzione generale, alla quale essa comunica ed impone i propri orientamenti politici", Comitato di sorveglianza dell'OLAF, rapporto di attività luglio 1999 – luglio 2000, p. 44. È dato, quindi, desumere che l'indipendenza sancita formalmente dalla decisione 352 de 1999 non corrisponde pienamente alla situazione di fatto.

1468 Sul ruolo e le funzioni dell'OLAF, si vedano i contributi di L. CAMALDO, *Le délits financiers dans la législation européenne. L'OLAF et la réparation du dommage*, Symposium d'étude, Centre d'études de droit pénal européen, Bruylant, 2007; T. CRETIN, *Les apports du traité de Lisbonne*, in *Quelles perspectives pour un Ministère public européen?*, *Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, cit., p. 31 e seg.; P. DOELLE, *De la création de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). Vers une possible communautarisation de la protection pénale des intérêts financiers communautaires*, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n. 4, 2001, p. 801; L. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, *Le point de vue du Comité de surveillance de l'OLAF: le contrôle de l'enquête*, in G. MARZABAN, (a cura di), *Quelles perspectives pour un Ministère public européen?*, *Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, cit., p. 37 e seguenti; L. KUHLE, *Le renforcement des dispositifs existants et la lutte contre la fraude au budget de l'Union*, in G. MARZABAN, (a cura di), *Quelles perspectives pour un Ministère public européen?*, *Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, cit., pp. 99-112.

criminosa scoperta da OLAF o, al contrario, non approfondire le indagini e archiviare il caso¹⁴⁶⁹.

La creazione di una Procura europea competente in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione avrebbe dunque un'incidenza evidente sull'attuale ruolo di OLAF, in quanto le indagini e l'azione penale in questo campo verrebbero gestite a livello europeo dalla Procura europea e non più dalle autorità nazionali degli Stati membri. Le sfere di competenza sostanziale, ossia lo svolgimento delle indagini da parte di OLAF e della Procura europea verrebbero in parte a coincidere, motivo per cui è opportuno articolare il riparto di competenze tra i due soggetti molto attentamente¹⁴⁷⁰. L'istituzione della Procura europea comporterà, infatti, un cambiamento radicale del modo in cui si svolgeranno nell'Unione le indagini in materia di frode e altre attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione, in quanto la stessa sarà competente a svolgere indagini penali e a rinviare a giudizio nel caso in cui sussistano elementi di prova fondati a sostenere l'accusa in giudizio gli autori dei reati di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, anziché a svolgere mere indagini amministrative a trasmettere il fascicolo alle autorità nazionali.

In futuro, ogniquale volta sussisteranno dei sospetti che sono stati commessi dei reati di competenza della Procura europea, le indagini che ne conseguiranno saranno condotte dalla Procura in quanto organo giudiziario, anziché dall'OLAF che ha il compito di svolgere unicamente indagini amministrative. Le procedure che saranno applicate dai due organi sono, quindi, distinte e rispetto alle indagini svolte dalla Procura europea dovranno essere previste forti garanzie procedurali a tutela dei diritti degli indagati. Risulta, dunque, essenziale al fine di proteggere adeguatamente i diritti degli indagati sottoposti al procedimento avviato dalla Procura europea, stabilire i rapporti tra i due organismi europei.

Nel caso in cui la Procura europea utilizzi il materiale probatorio raccolto da OLAF vi è, infatti, il rischio che la Procura europea utilizzi delle prove che non sono state raccolte in conformità alle garanzie e regole procedurali che devono necessariamente essere garantite nello svolgimento di un

1469Per un'analisi approfondita del ruolo di OLAF e dei poteri ad esso attribuiti, si legga J.F.H. INGHELRAM, *An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, Groninge, 2011.

1470Si esprimeva in tal senso già il Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, presentato dalla Commissione, Bruxelles, 11 dicembre 2001, COM(2001) 715 definitivo, punto 7.3.2., p. 71 della versione italiana. Nel Libro Verde (p. 72 della versione italiana), quanto ai rapporti tra la Procura europea e OLAF, si legge, inoltre: "Pur salvaguardando l'acquis comunitario in materia di controlli amministrativi, lo status e le funzioni dell'OLAF andrebbero quindi riesaminati, alla luce dei poteri conferiti alla procura europea. Si possono ipotizzare varie soluzioni, che non è possibile illustrare in dettaglio nel presente libro verde. La Commissione desidera infatti procedere in via preventiva a una valutazione del dispositivo attuale, come previsto dalla legislazione¹⁸¹. In questa sede vengono quindi semplicemente delineate alcune indispensabili scelte di base. In primo luogo, varrebbe la pena prendere in esame la possibile attribuzione all'OLAF dei poteri di indagine istruttoria all'interno delle istituzioni, degli organi e degli organismi europei, giacché la creazione di una procura europea operante sotto la garanzia di un tribunale nazionale della libertà o di una camera speciale presso la Corte di giustizia aprirebbe la strada all'esercizio di un controllo giudiziario sull'operato dell'OLAF stesso. In quest'ambito, si potrebbe esaminare se il dualismo sotteso al funzionamento dell'OLAF - che attualmente è un servizio della Commissione ma beneficia di un'indipendenza nelle sue funzioni investigative - vada mantenuto o se, invece, non sarebbe opportuno staccare interamente dalla Commissione una parte dell'OLAF. In ogni caso, a questi interrogativi non sarà possibile rispondere prima di aver valutato il funzionamento dell'attuale dispositivo dell'OLAF, valutazione alla quale la Commissione procederà in conformità della legislazione vigente".

procedimento penale. A tal proposito, la Commissione lo stesso giorno in cui ha adottato la proposta di regolamento istitutiva della Procura europea, a luglio 2013, ha adottato una Comunicazione per migliorare la *governance* di OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini di quest'ultimo¹⁴⁷¹. Tuttavia, occorre precisare che per quanto possano essere rafforzate le garanzie procedurali nei confronti delle indagini svolte da OLAF, gli strumenti previsti a tal uopo non possono essere equiparabili alle forme di tutela previste a protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea. L'equiparazione del contenuto e della portata di tali garanzie risulterebbe inoltre sproporzionata rispetto alla natura amministrativa delle indagini condotte da OLAF¹⁴⁷².

Pur essendo, d'altronde, fuori di dubbio che OLAF continuerà, anche in seguito all'istituzione della Procura europea, a svolgere la sua attività di indagine amministrativa nei confronti dei reati commessi nell'ambito di competenza degli Stati membri non partecipanti all'istituzione della Procura europea, occorre stabilire che rapporti si instaureranno tra i due organi in tal caso e occorrerà valutare le relazioni che si instaureranno tra la Procura europea e OLAF con riguardo alle indagini svolte nei confronti di Stati membri che aderiranno alla Procura europea e che, quindi, potrebbero potenzialmente vedere compiersi sul proprio territorio sia indagini amministrative da

1471 Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 533 final. In tale Comunicazione la Commissione ha sottolineato la necessità di apportare una serie di miglioramenti sistemici al regolamento OLAF, nel senso di un rafforzamento delle garanzie procedurali, ove l'OLAF intenda procedere ad atti assimilabili a perquisizioni e sequestri presso le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, e dell'istituzione di un organo di controllo, cui competa il controllo della legalità delle attività investigative. Secondo quanto previsto nel documento presentato dalla Commissione è stata prevista la creazione di un controllore delle garanzie procedurali a tal fine. In particolare, *“l'ufficio del controllore delle garanzie procedurali” farà capo amministrativamente alla Commissione ma godrà espressamente, in virtù del nuovo regolamento OLAF, di garanzie di piena indipendenza da quest'ultimo, dalla Commissione e dalle altre istituzioni dell'UE. La nomina del controllore spetterà alla Commissione, a seguito di una procedura cui dovrà partecipare il comitato di vigilanza, e il mandato sarà di cinque anni. Al controllore spetterà il compito esclusivo di controllare la conformità con le garanzie procedurali applicabili alle indagini condotte dall'OLAF e il rapido svolgimento delle stesse, onde evitare inutili ritardi. Il nuovo ufficio non sostituirà l'attuale sistema di controllo giurisdizionale dell'azione investigativa dell'OLAF, bensì lo integrerà utilmente. La funzione del controllore non dovrà in alcun modo confliggere con quella del comitato di vigilanza dell'OLAF, che continuerà a esercitare le sue funzioni ai sensi del regolamento OLAF rivisto. In secondo luogo saranno introdotte solide garanzie procedurali per gli atti d'indagine più intrusivi cui l'OLAF abbia il diritto di procedere nell'ambito delle indagini interne, ossia il potere di ispezionare uffici e riprodurre e ottenere estratti di qualsiasi documento o del contenuto di qualsiasi supporto di dati e, se necessario, prendere possesso di tali documenti o informazioni. Nell'elaborare tali garanzie procedurali, il regolamento rifletterà la differenza oggettiva esistente tra il personale dell'Unione europea e i membri delle sue istituzioni”*. Si legga al riguardo l'analisi effettuata nel capitolo settimo, seconda sezione, Titolo Secondo della Parte Seconda.

1472 Si legga al riguardo J.F.H. INGHELRAM, *An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., pp. 129-168. A livello comparativo è possibile esaminare la crescente importanza che è stata attribuita ai diritti di difesa nell'ambito del procedimento antitrust. In tale ambito, si è assistito ad una proceduralizzazione del procedimento amministrativo e al riconoscimento di sempre maggiori diritti alle imprese coinvolte nel procedimento iniziato dalla Commissione. Ciononostante, le garanzie ivi riconosciute alle imprese non assumono sempre lo stesso contenuto delle garanzie procedurali riconosciute alle persone fisiche o giuridiche sottoposte ad un procedimento penale. Per un'analisi dei diritti di difesa nel procedimento antitrust, si legga G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008. Per un'analisi delle differenze rispetto alla tutela che i diritti fondamentali assumono in materia penale a livello europeo, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Seconda Parte.

parte di OLAF che indagini penali da parte della Procura europea.

Quanto a quest'ultimo aspetto, ossia alla relazione tra la Procura europea e OLAF, occorre esaminare la disciplina contenuta nella proposta di regolamento istitutiva della Procura europea della Commissione del 2013 e in quella recentemente approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017, al fine di valutare se esse prevedano una soluzione che permetta un'allocazione efficiente di risorse, che permetta alla Procura europea di svolgere le proprie funzioni in modo efficace¹⁴⁷³ e che consenta, al tempo stesso, di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea.

Nella proposta di regolamento della Commissione non è definita in modo preciso la relazione sussistente tra l'istituenda Procura europea e OLAF. Mentre ai rapporti tra la Procura europea e *Eurojust*, infatti, è stata dedicata un'intera disposizione, le relazioni tra la Procura europea e OLAF sono state solo accennate all'interno di una disposizione che disciplina in generale le relazioni della Procura europea con le istituzioni, le agenzie e gli altri organismi dell'Unione¹⁴⁷⁴.

Nonostante nei Considerando antecedenti la proposta sia stata evidenziata la necessità di instaurare forme di cooperazione con Europol e OLAF, al fine di “evitare sovrapposizioni e consentire alla Procura europea di ottenere le informazioni pertinenti in loro possesso e avvalersi delle loro analisi in determinate indagini”¹⁴⁷⁵ e sia stato riconosciuto un ruolo importante a OLAF nel trasmettere le informazioni circa i casi di sospetta frode agli interessi finanziari dell'Unione dopo valutazione delle preliminari delle pronunce ricevute¹⁴⁷⁶, nel testo della proposta di regolamento, non sono state inserite disposizioni in tal senso.

L'unica disposizione contenuta nel testo in cui venga fatto riferimento alle forme di cooperazione tra OLAF e la Procura europea è, infatti, l'articolo 58, par. 3, ai sensi della quale “la Procura europea coopera con la Commissione, compreso l'OLAF, per adempiere agli obblighi di cui all'articolo 325, paragrafo 3, del trattato. A tal fine concludono un accordo che fissa le modalità di cooperazione”¹⁴⁷⁷.

1473 Per una definizione del concetto di effettività a livello europeo a cui ci riferiamo nel testo, rinviamo all'analisi compiuta nel capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

1474 Si legga, in tal senso, in particolare, l'articolo 58 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1475 Si legga in tal senso il Considerando 41 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*. Nella prima parte del Considerando era altresì stabilito che “*La Procura europea dovrebbe inoltre collaborare strettamente con le altre istituzioni e agenzie dell'Unione per facilitare l'esercizio delle sue funzioni a norma del presente regolamento e, ove necessario, istituire accordi formali sulle modalità di cooperazione e scambio di informazioni*”.

1476 Si legga in tal senso il Considerando 27 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, in cui è stabilito che “*Al fine di adempiere pienamente all'obbligo di informare la Procura europea in caso di presunto reato di sua competenza, le autorità nazionali degli Stati membri e tutte le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione dovrebbero seguire le procedure di segnalazione esistenti e disporre di meccanismi efficaci per una valutazione preliminare delle denunce che ricevono. Le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione possono avvalersi dell'OLAF a tal fine*”.

1477 Si legga in proposito l'articolo 58, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*. L'articolo 325, par. 3 a cui la disposizione espressamente rinvia stabilisce, inoltre, che “*Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi*

Da una lettura congiunta del testo dei considerando e dell'articolo 58 della proposta di regolamento sembra potersi desumere che le autorità nazionali siano tenute a informare circa la commissione di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione sia OLAF che la Procura europea; OLAF assumerebbe, quindi, il ruolo di canalizzatore di informazioni con il compito di far pervenire alla Procura europea tutte le informazioni rilevanti¹⁴⁷⁸.

La proposta di regolamento della Commissione del 2013 non stabilisce in modo preciso quali saranno i rapporti tra la Procura europea e OLAF¹⁴⁷⁹, i quali sono ipotizzabili in base al contenuto dei considerando antecedenti la proposta che non sempre sono coordinati con il contenuto della stessa, ma indica che tra le stesse debba sussistere un rapporto di coordinazione¹⁴⁸⁰. Alcune indicazioni che permettono di definire meglio i rapporti tra Procura europea e OLAF sono contenute, oltre che nei considerando esaminati, nell'art. 66 della proposta di regolamento¹⁴⁸¹, il

finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti".

1478Si legga nel medesimo senso A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il comitato LIBE, completato in novembre 2016, p. 44.

1479Il *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, 11 dicembre 2001, COM(2001)715 final, invece, prevedeva una definizione dei rapporti tra Procura europea e OLAF. Si veda al riguardo, S. COMBEAUD, *État du débat sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen*, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, Vol. 464, 2003, pp. 29-36; J.-F. KRIEGK, *Le Livre Vert sur le ministère public européen: une avancée décisive dans la construction d'un espace judiciaire européen intégré*, *Gazette du Palais*, Vol. 36-37, 2003, pp. 2-8; C. FIJNAUT, M. S. GROENHUIJSEN, *A European public prosecutor service: comments on the Green Paper*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11, 2002, pp. 321-336; D. FLORE, S. DE BIOLLEY, *Des organes juridictionnels en matière pénale pour l'Union européenne*, *Cahiers de droit européen*, Vol. 5-6, 2003, pp. 597-637; L. KUHL, S. COMBEAUD, *From the Corpus Juris to the European Public Prosecutor*, in *CELS Occasional Paper*, 2004 (7), p. 9 e seguenti; K. LIGETI, *The european public prosecutor's office: which model?*, in A. BANA, L. CAMALDO (a cura di), *La circolazione della prova nell'Unione europea e la tutela degli interessi finanziari*, Milano, 2011, p. 121; E. MEZZETTI, *Quale giustizia penale per l'Europa? Il "Libro verde" sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di un pubblico ministero europeo*, cit., p. 3962; S. WHITE, *The European Prosecutor: extension of Eurojust or 'prolongation' of the Corpus Juris proposals?*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, cit.; M. SCHREYER, *Presentation of the Green paper on the criminal protection of the Community's financial interests: A European prosecutor*, in *Agon*, 2002, p. 34.

1480Si legga, in proposito, anche il Considerando 13 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit., che recita: "In virtù del principio di leale cooperazione, tutte le autorità nazionali e gli organismi competenti dell'Unione, compresi Europol, Eurojust e l'OLAF, sono tenuti a prestare attivamente sostegno alle indagini e azioni penali della Procura europea, e a cooperare con la stessa nella maggior misura possibile".

1481L'art. 66 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit., prescrive che "Per facilitare la lotta contro la frode, la corruzione e ogni altra attività illecita ai sensi del regolamento (CE) n.1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, la Procura europea, entro sei mesi da quando diventa operativa, aderisce all'accordo interistituzionale, del 25 maggio 1999, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e adotta le opportune disposizioni applicabili a tutto il personale della Procura europea utilizzando i modelli riportati nell'allegato di tale accordo. La Corte dei conti europea ha la facoltà di sottoporre ad audit, sulla base di documenti e con verifiche sul posto, tutti i beneficiari di sovvenzioni, i contraenti e i subcontraenti che hanno ottenuto fondi dell'Unione dalla Procura europea. L'OLAF può svolgere indagini, compresi controlli e verifiche sul posto, conformemente alle disposizioni e procedure stabilite dal regolamento (CE) n. 1073/1999 e dal regolamento (Euratom, CE) n. 2185/96 del Consiglio, per accertare eventuali irregolarità lesive degli interessi finanziari dell'Unione in relazione a spese finanziate dalla Procura europea. Fatti salvi i paragrafi 1, 2 e 3, gli accordi di lavoro con i paesi terzi, le organizzazioni internazionali e Interpol, i contratti, le convenzioni di sovvenzione e le decisioni di sovvenzione della Procura europea contengono disposizioni che abilitano espressamente la Corte dei conti europea e l'OLAF a svolgere tali audit e indagini in base alle rispettive competenze".

quale prevede che, entro sei mesi da quando diventerà operativa, la Procura europea sarà tenuta ad aderire all'accordo interistituzionale del 25 maggio 1999, relativo alle indagini svolte dall'OLAF, nonché nella scheda allegata alla proposta in cui si legge che “l'OLAF contribuirà al funzionamento della Procura europea prestando sostegno specifico alle analisi di polizia scientifica e sostegno tecnico e operativo ai fini delle indagini e della raccolta delle prove nei casi di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹⁴⁸²”. OLAF in base a quanto stabilito nella proposta di regolamento della Commissione del 2013, diventerà, pertanto, un ufficio deputato a raccogliere e far successivamente pervenire alla Procura europea tutte le informazioni rilevanti in materia di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, nonché a prestare sostegno operativo ai fini delle indagini e della raccolta delle prove nei casi di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Tale funzione attribuita a OLAF risulta quantomeno peculiare considerate le criticità che sono state evidenziate dalla stessa Commissione circa i problemi di ammissibilità delle prove raccolte da OLAF¹⁴⁸³.

La Commissione ha evidenziato, altresì, che una conseguenza della futura istituzione della Procura europea sarà la diminuzione del ruolo dell'OLAF “in relazione a eventuali reati o condotte lesive degli interessi finanziari dell'UE di tipo interno (presso le istituzioni, gli organismi e le agenzie dell'Unione). In questi casi, infatti, l'OLAF si limiterà a una valutazione preliminare delle denunce che riceve. In altri termini, non svolgerà più indagini ma continuerà a prestare assistenza alla Procura europea, su richiesta di quest'ultima, come accade peraltro per i pubblici ministeri nazionali”¹⁴⁸⁴. Occorre ricordare, tuttavia, che OLAF sarà, pur sempre, competente a condurre indagini amministrative rispetto ai reati commessi dal personale delle istituzioni europee che esulano dalla competenza della Procura europea, così come rispetto agli illeciti disciplinari commessi dai funzionari stessi¹⁴⁸⁵.

Tale prospettiva assume significato al fine di raggiungere l'obiettivo esplicitato dalla Commissione

1482Si legga, in proposito, la *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, e, in particolare, il punto 1.5.4. relativo alla “*Compatibilità ed eventuale sinergia con altri strumenti pertinenti*”, contenuto nella sezione relativa al Contesto della Proposta/Iniziativa facente parte della Scheda finanziaria legislativa collocata nella parte sottostante all'articolato della proposta, pp. 51-52.

1483Si legga in proposito, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, Brussels, del 17 luglio 2013, SWD(2013) 274 final, {COM(2013) 534 final}, {SWD(2013) 275 final}, p. 14, in cui la Commissione evidenzia che “*It also leads to problems concerning the use of evidence collected in administrative proceedings by OLAF in subsequent criminal proceedings, since evidence collected in administrative proceedings may not always be recognised as valid under the criminal procedural laws of the Member States. Investigation efforts therefore may need to be duplicated, performing evidence collection twice*”.

1484Si legga in proposito la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea*, del 17 luglio 2013 COM(2013) 533 final, p. 2, in cui la Commissione precisa che “*Il processo investigativo ne risulterà quindi più rapido e non dovrebbero più verificarsi sovrapposizioni di indagini amministrative e penali sugli stessi fatti. Aumenterà così anche il numero di azioni penali portate a compimento*”.

1485Si legga, al riguardo, *Commission staff working document, Impact assessment accompanying the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, SWD (2013) 274 final, del 17 marzo 2013, p. 54.

di evitare duplicazioni di attività di indagine e spreco di risorse e si spiega nella misura in cui sia attribuita alla Procura europea una competenza esclusiva nella lotta agli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Si ritiene che si arriverebbe, pertanto, a diversa conclusione nel caso in cui, come prospettato dal Consiglio in sede, da ultimo, di proposta di regolamento del 31 gennaio 2017¹⁴⁸⁶, sia prevista una competenza concorrente e non esclusiva della Procura europea in merito all'esercizio dell'azione penale nei confronti degli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

OLAF è destinato ad assumere un ruolo più incisivo, non limitato ad un'attività di sostegno e ausilio alle indagini della Procura europea, in caso di archiviazione. Nella proposta di regolamento della Commissione è stabilito, infatti, che “la Procura europea può rinviare i casi che ha archiviato all'OLAF o alle autorità amministrative o giudiziarie nazionali competenti ai fini del recupero, seguito amministrativo di altro tipo o monitoraggio”¹⁴⁸⁷.

Dal punto di vista delle risorse finanziarie, infine, in base a quanto stabilito nella proposta di regolamento della Commissione, “una parte delle risorse dell'OLAF sarà utilizzata per la Procura europea, tenuto conto della sua esperienza nello svolgimento di indagini amministrative e dell'obiettivo di evitare una sovrapposizione tra le indagini amministrative e quelle penali”¹⁴⁸⁸. Al proposito, occorre prestare particolare attenzione a che il trasferimento di personale e di risorse da OLAF alla Procura europea non danneggi la capacità funzionali e operative di OLAF¹⁴⁸⁹.

La diminuita capacità operativa di OLAF potrebbe comportare conseguenze assai negative soprattutto nel caso di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione non rientranti nella competenza della Procura europea e nel caso di reati commessi sul territorio di Stati non partecipanti alla Procura europea.

In tal senso, è particolarmente negativa la circostanza che la proposta di regolamento della Commissione non disciplini il regime applicabile agli Stati membri non partecipanti e, di

¹⁴⁸⁶Si legga, a tal proposito, la *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30.

¹⁴⁸⁷In tal senso, si legga l'articolo 28, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

¹⁴⁸⁸Si legga in proposito la *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, punto 1.5.4 relativo alla “*Compatibilità ed eventuale sinergia con altri strumenti pertinenti*”, contenuto nella sezione relativa al Contesto della Proposta/Iniziativa facente parte della Scheda finanziaria legislativa collocata nella parte sottostante all'articolato della proposta, p. 51.

¹⁴⁸⁹Nel senso che il personale e le risorse di OLAF saranno trasferite gradualmente trasferite alla Procura europea, si legga la *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, punto 4, p. 8 della versione italiana. In particolare, nella proposta di regolamento è stabilito che “*parte delle risorse attuali dell'OLAF finanzieranno la sede centrale della Procura europea*”, che, tuttavia, “*Poiché l'insediamento della Procura europea prenderà verosimilmente alcuni anni, il trasferimento del personale dall'OLAF alla Procura europea sarà graduale. Dalla tabella dell'organico e dal bilancio dell'OLAF sarà dedotto di volta in volta il numero equivalente di personale trasferito e i corrispondenti stanziamenti di bilancio*”. Si veda quanto all'impatto e alla quantità di risorse stanziate, la scheda finanziaria legislativa posta in calce alla proposta di regolamento della Commissione e, in particolare, il punto 3 relativo all’*“Incidenza Finanziaria Prevista Della Proposta/Iniziativa”*. Si legga in tal senso A. CSÜRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office - from a Trojan Horse to a White Elephant?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, pp. 138-140.

conseguenza, alla funzione di OLAF in relazione a reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione concernenti tali Stati. Al fine di delineare le possibili soluzioni al problema che erano state previste dalla Commissione, occorre, quindi, analizzare quanto dalla stessa stabilito nella valutazione di impatto che accompagna la proposta di regolamento.

In tale documento, la Commissione afferma che parte del personale e delle risorse di OLAF dovranno essere trasferite alla Procura europea al fine di permettere l'efficace repressione degli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione in relazione agli Stati membri partecipanti alla Procura europea. Una parte delle risorse e del personale di OLAF dovrà, invece, continuare svolgere indagini amministrative nei confronti degli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione concernenti gli Stati membri non partecipanti alla Procura europea. Nei casi che non riguardano i reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, OLAF dovrà, inoltre, continuare a svolgere il proprio ruolo e a svolgere indagini amministrative¹⁴⁹⁰. Al proposito, la Commissione precisa che la natura di OLAF, ossia se esso continuerà ad essere un'unità all'interno della Commissione o se, invece, diventerà un'unità parte della Procura europea, sarà determinata in base al numero di Stati che aderiranno al regolamento istitutivo della Procura europea e sarà, pertanto, determinato in seguito¹⁴⁹¹.

Quanto alle forme di coordinamento tra gli Stati membri non partecipanti alla Procura europea e quest'ultima, l'art. 57, 2 lett. f) della proposta di regolamento della Commissione, prevede che l'organismo deputato ad intrattenere rapporti con tali Stati sia *Eurojust* e non OLAF¹⁴⁹². La mancata esplicita previsione di una forma di cooperazione tra i due soggetti in tal senso non esclude, tuttavia,

1490Si legga al riguardo la valutazione di impatto pubblicata dalla Commissione nella stessa data della proposta di regolamento istitutivo della Procura europea. Cfr. in particolare, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, Brussels, del 17 luglio 2013, SWD(2013) 274 final, {COM(2013) 534 final}, {SWD(2013) 275 final}, p. 57, in cui letteralmente si legge che OLAF “*would need to be adjusted to this new reality, with the likely separation of Member States into two groups, one which still uses OLAF for administrative (external) investigations and another which does not. The impact on OLAF's work would indeed be substantial: part of its staff and resources would need to be transferred to the EPPO to handle the latter's criminal investigations in relation to Member States participating in its establishment, while another part would stay and carry on conducting administrative investigations. Moreover, at least in cases not involving offences against the EU's financial interests, OLAF would still have to deal with internal investigations as well. Whether OLAF should continue to exist as a Commission service for this purpose or alternatively become a department hosted by the EPPO should be further explored. The figures and assumptions used throughout this Impact Assessment are based on participation in the EPPO by all Member States. However, should there be a decision to move to enhanced cooperation under Article 86 TFEU, all these figures and assumptions would need to be adjusted in the light of the number of Member States which choose to participate*”

1491Si legga in proposito, la valutazione di impatto della Commissione menzionata in precedenza, ossia, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, del 17 luglio 2013, *cit.*. In proposito, il Regno Unito ha paventato il rischio che la creazione della Procura europea danneggi il funzionamento di OLAF. Si veda, in proposito, House of Lords, European Union Committee, *The impact of the EPPO's on the United Kingdom*, 4th Report of Session 2014-2015, p. 22 e seguenti.

1492Occorre precisare che tale competenza è stata mantenuta anche nell'articolo 57, par. 2, lett. b) dell'attuale proposta di regolamento, ossia della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, *cit.*

che particolari forme di cooperazione potranno essere affidate anche a OLAF¹⁴⁹³.

Nell'attuale proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, a differenza che nel testo della proposta di regolamento della Commissione, è stata inserita una disposizione appositamente dedicata alle relazioni tra la Procura europea e OLAF¹⁴⁹⁴.

Tale disposizione prevede, in primo luogo, in termini generali che i due soggetti debbano instaurare e mantenere relazioni strette, “basate su una cooperazione reciproca nell'ambito dei rispettivi mandati e sullo scambio di informazioni”. Le relazioni mirano, in particolare, “ad assicurare l'utilizzo di tutti i mezzi disponibili per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la complementarità e il sostegno dell'OLAF alla Procura”¹⁴⁹⁵.

Nel secondo paragrafo della medesima disposizione si legge, inoltre, che “qualora la Procura europea conduca un'indagine penale in conformità del presente regolamento, l'OLAF non avvia alcuna indagine amministrativa parallela sugli stessi fatti”, salvo che nei casi previsti dal successivo paragrafo¹⁴⁹⁶. Tra i casi in cui la Procura europea può chiedere ad OLAF nel corso di un'indagine dalla stessa condotta di “sostenerne o integrarne l'attività in conformità del suo mandato” rientrano quelli in cui OLAF può contribuire “fornendo informazioni, analisi (comprese analisi forensi), competenze e sostegno operativo”; “facilitando il coordinamento delle azioni specifiche delle autorità nazionali amministrative competenti e degli organi dell'UE”; “conducendo indagini amministrative”¹⁴⁹⁷.

Infine, “la Procura europea può fornire all'OLAF informazioni pertinenti in merito a casi in cui ha deciso di non condurre un'indagine o che ha archiviato”, al fine di “consentire all'OLAF di valutare l'azione amministrativa opportuna conformemente al suo mandato” e può, di conseguenza, “avere accesso indiretto, in base a un sistema di riscontro positivo o negativo, alle informazioni contenute nel sistema automatico di gestione dei fascicoli dell'OLAF”¹⁴⁹⁸.

1493Si legga nel medesimo senso A. WEYEMBERGH, I. ARMADA, C. BRIÈRE, *The interagency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, Studio per il comitato LIBE, completato in novembre 2014, consultabile online all'indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL_STU\(2014\)510000](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/fr/document.html?reference=IPOL_STU(2014)510000), p. 56.

1494Si legga in proposito l'articolo 57 bis della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit..

1495Dispone in tal senso l'articolo 57 bis, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit..

1496Si legga in proposito l'articolo 57 bis, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit.. Nel Considerando 98 della medesima proposta di regolamento è spiegato il principale motivo dell'inserimento di tale previsione nell'articolato della proposta, ossia l'esigenza di evitare sovrapposizioni. In particolare, il Considerando 98 recita: “È opportuno che la Procura europea e l'OLAF instaurino e mantengano una stretta cooperazione volta ad assicurare la complementarità dei rispettivi mandati e a evitare sovrapposizioni. A tale riguardo, in linea di principio l'OLAF non dovrebbe avviare sugli stessi fatti alcuna indagine amministrativa parallela a un'indagine condotta dalla Procura europea. Tuttavia, ciò non dovrebbe pregiudicare il potere dell'OLAF di avviare un'indagine amministrativa di propria iniziativa, in stretta consultazione con la Procura europea”.

1497Si veda al riguardo l'articolo 57 bis, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit..

1498Si legga in tal senso l'articolo 57 bis, par. 4 e 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit.. Nel paragrafo 5 della medesima proposta si legge altresì che

Il ruolo di OLAF nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 è stato, dunque, rafforzato rispetto alla disciplina predisposta nella precedente proposta di regolamento della Commissione. Le ragioni di tale rafforzamento dei poteri di OLAF sono una conseguenza delle modifiche che sono state apportate in sede di negoziati ad altre disposizioni della proposta di regolamento, e, in particolare, a quelle che hanno previsto, anziché la competenza esclusiva della Procura europea a perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e la previsione di determinati casi in cui la Procura europea possa o debba astenersi dall'esercitare la propria competenza in determinati casi previsti dal regolamento istitutivo della stessa¹⁴⁹⁹.

Lo svolgimento di indagini amministrative da parte di OLAF sarà, per esempio essenziale nel caso di reati che abbiano comportato o possano comportare “un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10 000 EUR e che non abbiano ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte della Procura europea, oppure casi dei quali non possono essere sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione europea, ovvero membri delle istituzioni¹⁵⁰⁰.

Dalla disciplina attuale è dato innanzitutto ricavare che l'opzione di inglobare OLAF nella Procura europea è stata abbandonata. I rapporti tra i due soggetti sono, infatti, nel testo attuale della proposta delineati come i rapporti che possono instaurarsi tra due soggetti diversi e non tra una specifica unità di un determinato organo e quell'organo stesso.

Il ruolo di OLAF rispetto alla Procura europea nei confronti degli Stati membri non partecipanti, tuttavia, non è stato specificato nella proposta di regolamento del 31 gennaio 2017, sebbene risulti un elemento essenziale al fine di evitare che gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione sfruttino la mancanza di collaborazione e l'assenza di un sistema integrato di cooperazione tra gli attori deputati a combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione per cercare l'impunità negli Stati non aderenti alla proposta di Procura europea¹⁵⁰¹.

“Quando è riscontrata una corrispondenza tra i dati inseriti dalla Procura europea nel sistema automatico di gestione dei fascicoli e quelli detenuti dall'OLAF, ne è data notizia sia all'OLAF che alla Procura europea”. Si legga, in proposito, il Considerando 100 della medesima proposta di regolamento che prevede che “Nei casi in cui non conduce un'indagine, la Procura europea dovrebbe poter fornire informazioni pertinenti all'OLAF, di modo che quest'ultimo possa valutare l'azione opportuna conformemente al suo mandato. In particolare, la Procura europea potrebbe prendere in considerazione la possibilità di informare l'OLAF in casi in cui non vi siano ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza della Procura ma potrebbe essere opportuna un'indagine amministrativa dell'OLAF, o in casi in cui la Procura europea archivi un caso e un rinvio all'OLAF sarebbe auspicabile ai fini di un recupero o di un seguito amministrativo. Al momento di fornire le informazioni, la Procura europea può chiedere all'OLAF di valutare se aprire un'indagine amministrativa o adottare un'altra azione di seguito amministrativo o di monitoraggio, in particolare ai fini di misure cautelari, recupero o misure disciplinari, in conformità del regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013”.

1499 Si legga in proposito l'articolo 20, par. 2 e 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit.. Per un'analisi delle ipotesi in cui la Procura può o deve astenersi dall'esercitare la propria competenza, si legga il capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

1500 Dispone in questi termini, in particolare, l'articolo 20, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, cit..

1501 L'esigenza di disciplinare meglio tali rapporti è stata sottolineata anche dal Parlamento europeo nella *Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, COM(2013)0534 – 2013/0255(APP), P7_TA(2014)0234, par. 15-17, in cui il Parlamento europeo

Il silenzio della proposta su un aspetto così importante concernente le relazioni tra la Procura europea, OLAF e gli Stati membri non partecipanti è particolarmente preoccupante¹⁵⁰² e, insieme alla scarsa disciplina contenuta nella proposta di regolamento e alla mancata attuazione degli accorgimenti che erano stati prospettati per rafforzare le garanzie procedurali nei confronti dei soggetti coinvolti nelle indagini amministrative svolte da OLAF, comportano gravi rischi sia per quanto riguarda l'efficacia della Procura europea, che per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali coinvolti nel procedimento avviato dalla Procura europea.

Quanto all'efficacia, questa, infatti, potrebbe essere seriamente messa a rischio nel caso in cui non sia prevista una disciplina più dettagliata che conferisca forme di coordinamento strette tra i due organi, soprattutto nei casi concernenti gli Stati membri non partecipanti alla Procura europea, in quanto potrebbero crearsi delle “zone franche” in cui non è competente a operare né la Procura europea né OLAF per mancanza di risorse o di coordinazione tra i due soggetti. In tal caso, come è agevole comprendere, pertanto, l'efficacia della Procura europea sarebbe notevolmente diminuita.

Del pari una tale soluzione, in mancanza della previsione di adeguate forme di cooperazione tra i due organi comporterebbe gravi rischi per i diritti fondamentali delle persone accusate, in quanto i risultati delle indagini di OLAF, raccolti senza le garanzie previste nella proposta istitutiva della Procura europea potrebbero essere utilizzate, in dispregio dei diritti dei soggetti sottoposti alle indagini, dalla Procura europea.

Al fine di risolvere tali rilevanti criticità andrebbe, dunque, predisposta una disciplina dettagliata circa i rapporti tra OLAF e la Procura europea, che tenga conto dei poteri di OLAF nei casi in cui la Procura europea non sia competente a intervenire o nel caso di reati commessi sul territorio di Stati membri non aderenti alla Procura europea e che disciplini in modo preciso e dettagliato le forme di trasmissione e di accesso ai dati e alle informazioni tra OLAF e la Procura europea. Solo in tal modo potranno essere evitati i problemi derivanti dalla complessità derivante dalla potenzialmente sovrapponibile competenza di OLAF e della Procura europea, e della conseguente difficile relazione tra indagini amministrative e indagini penali a livello europeo.

“richiede, giacché svariati Stati membri si dissociano con probabilità dalla proposta che istituisce la Procura europea, un'analisi per fare chiarezza su quali unità dell'OLAF e quali funzionari dello stesso dovranno essere trasferiti alla Procura e quali dovranno restare all'OLAF; richiede che all'OLAF siano accordate le risorse necessarie all'esecuzione di qualsiasi attività antifrode non rientrante nel mandato della Procura europea; rileva che l'OLAF continuerà ad essere competente per gli Stati membri che non parteciperanno alla Procura europea e che tali Stati membri dovrebbero beneficiare di un livello equivalente di garanzie procedurali; chiede pertanto alla Commissione di includere fra le modifiche del regolamento dell'OLAF risultanti dalla creazione della Procura europea sufficienti garanzie procedurali, compresa la possibilità di un controllo giurisdizionale delle misure investigative prese dall'OLAF”.

1502 Si legga nel medesimo senso A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office - from a Trojan Horse to a White Elephant?*, cit., p. 140.

4.1.1.1.27 Rapporti della Procura europea con gli Stati non partecipanti al regolamento istitutivo della Procura europea

La definizione delle relazioni tra la Procura europea e gli Stati membri che non intendono partecipare alla proposta di regolamento della Commissione assume particolare importanza ed è allo stesso tempo una questione particolarmente sensibile.

L'articolo 86 del TFUE, essendo parte del Titolo V della Parte Terza del TFUE è soggetto al regime di *opt-in* garantito al Regno Unito e all'Irlanda e a quello di *opt-out* garantito alla Danimarca¹⁵⁰³.

Conformemente alla disciplina prevista nei protocolli allegati al Trattato, la Danimarca non

¹⁵⁰³Si leggano, in tal senso, il Protocollo n. 21 *sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia* e il Protocollo n. 22 *sulla posizione della Danimarca* allegati ai Trattati. In particolare, ai sensi dell'articolo 1 del protocollo n. 21, "Fatto salvo l'articolo 3, il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per le decisioni del Consiglio che devono essere adottate all'unanimità si richiede l'unanimità dei membri del Consiglio, ad eccezione dei rappresentanti dei governi del Regno Unito e dell'Irlanda. In conseguenza dell'articolo 1 e fatti salvi gli articoli 3, 4 e 6, nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di detto titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali conclusi dall'Unione a norma di detto titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure è vincolante o applicabile nel Regno Unito o in Irlanda; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi di tali Stati; e nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'acquis comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili al Regno Unito o all'Irlanda". L'articolo 3 prescrive, inoltre, che "Il Regno Unito o l'Irlanda possono notificare per iscritto al presidente del Consiglio, entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o un'iniziativa al Consiglio, a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che desiderano partecipare all'adozione ed applicazione di una delle misure proposte; una volta effettuata detta notifica tali Stati sono abilitati a partecipare". Gli articoli 1 e 2 del Protocollo 22 stabiliscono, invece, che "La Danimarca non partecipa all'adozione da parte del Consiglio delle misure proposte a norma della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per le decisioni del Consiglio che devono essere adottate all'unanimità si richiede l'unanimità dei membri del Consiglio, ad eccezione del rappresentante del governo della Danimarca. Nessuna disposizione della parte terza, titolo V del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nessuna misura adottata a norma di tale titolo, nessuna disposizione di alcun accordo internazionale concluso dall'Unione a norma di tale titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea sull'interpretazione di tali disposizioni o misure o di misure modificate o modificabili a norma di tale titolo è vincolante o applicabile in Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo le competenze, i diritti e gli obblighi della Danimarca; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'acquis comunitario e dell'Unione né costituisce parte del diritto dell'Unione, quali applicabili alla Danimarca. In particolare, gli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, che sono modificati, continuano ad essere vincolanti e applicabili alla Danimarca senza modifiche". Per quanto riguarda, in particolare, l'adesione al regolamento istitutivo della Procura europea, il Regno Unito non parteciperà quasi sicuramente all'istituzione della Procura europea, considerato il contenuto dell'*European Union Act*, 2011, c 11 s 6 (3) che proibisce di introdurre una Procura europea a meno che non sia approvata da un referendum nazionale e da un Atto del Parlamento. Si legga al riguardo J. R. SPENCER, *Who's Afraid of the Big, Bad European Public Prosecutor?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, 14, p. 363. L'Irlanda del pari ha espresso la propria intenzione di non aderire. Si legga al riguardo il Considerando 110 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, in cui si legge: "A norma degli articoli 1 e 2 del protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e fatto salvo l'articolo 4 di tale protocollo, il Regno Unito e l'Irlanda non partecipano all'adozione del presente regolamento, non sono da esso vincolati, né sono soggetti alla sua applicazione". Per quanto riguarda la posizione della Danimarca si legga il Considerando 111 della medesima proposta di regolamento, in cui è disposto che "A norma degli articoli 1 e 2 del protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, allegato al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la Danimarca non partecipa all'adozione del presente regolamento, non è da esso vincolata, né è soggetta alla sua applicazione".

partecipa all'istituzione della Procura europea¹⁵⁰⁴, mentre il Regno Unito e l'Irlanda hanno già manifestato la propria volontà di non partecipare¹⁵⁰⁵.

Il 7 febbraio 2017, inoltre, il Consiglio ha registrato la mancanza di unanimità a sostegno della proposta di regolamento che istituisce una Procura europea, il che consente a un gruppo di almeno nove Stati membri di sottoporre il testo all'esame del Consiglio europeo per un ultimo tentativo di garantire il consenso sulla proposta. Se ciò non sarà possibile, si potrà prendere in considerazione la cooperazione rafforzata¹⁵⁰⁶. Il 3 aprile 2017 sedici Stati membri hanno notificato alle tre istituzioni competenti, ossia Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, l'intenzione di avviare una cooperazione rafforzata in vista dell'istituzione di una Procura europea¹⁵⁰⁷.

Al proposito, occorre rilevare che, seppure non aderenti alla proposta istitutiva della Procura europea, tali Stati sono pur sempre Stati membri dell'Unione europea e in quanto tali sono tenuti ad adempiere all'obbligo di leale cooperazione di cui all'articolo 4, par. 3 del TUE¹⁵⁰⁸, e a combattere

1504Il 3 dicembre 2015 i risultati di un referendum hanno confermato la posizione della Danimarca decidendo in senso negativo sulla possibilità di optare per un *opt-in* flessibile allo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Si legga al riguardo, S. PEERS, *Denmark and EU Justice and Home Affairs Law: Really Opting Back In?*, in *EU Law Analysis*, 8 ottobre 2014 e S. PEERS, *Denmark and EU Justice and Home Affairs Law: Details of the planned Referendum*, in *EU Law Analysis*, 17 marzo 2015, consultabile all'indirizzo online <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/>.

1505Per il Regno Unito, la situazione è peculiare poiché la maggioranza della popolazione nel referendum del 23 giugno 2016 ha deciso di non voler far più parte dell'Unione europea. In data 16 marzo 2017 è stata, dunque, notificata da parte del Regno Unito l'intenzione di recedere. L'articolo 50 del TUE prevede che l'Unione negozi e concluda con tale Stato "un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione". In base alla medesima disposizione, "i trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui al paragrafo 2, salvo che il Consiglio europeo, d'intesa con lo Stato membro interessato, decida all'unanimità di prorogare tale termine". Allo stato attuale, pertanto, finché non entrerà in vigore l'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, non siano passati due anni dalla data di notifica della volontà di recedere, i Trattati trovano ancora applicazione nei confronti del Regno Unito. In seguito, esso sarà trattato come uno Stato terzo e, quindi, per quanto riguarda la Procura europea, si applicherà la disciplina applicabile agli Stati terzi, il cui esame esula dagli obiettivi del presente lavoro.

1506L'articolo 86, par. 1 del TFUE, in particolare, prevede che "In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata". Sulla fattibilità e sulle implicazioni dell'istituzione della Procura europea tramite il meccanismo di cooperazione rafforzata, si legga J.J.E. SCHUTTE, *Establishing Enhanced Cooperation Under Article 86 TFEU*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, 2014, p. 195 e seguenti; S. PAWELEC, *Implications of Enhanced Cooperation for the EPPO Model and Its Functioning*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., p. 229 e seguenti.

1507La notifica pervenuta il 3 aprile 2017 comprende Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica ceca, Germania, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovenia e Slovacchia.

1508L'articolo 4, par. 3 del TUE, in particolare, prevede che "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". Si legga con riguardo al contenuto e alla portata di tale disposizione nell'ambito del diritto penale europeo il capitolo primo, del Titolo Primo della Parte Prima.

“contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione”, ai sensi dell'articolo 325 del TFUE¹⁵⁰⁹.

Nonostante l'importanza di una disciplina in materia, la proposta di regolamento della Commissione non aveva in alcun modo disciplinato le relazioni tra Stati membri partecipanti alla Procura europea e Stati membri non partecipanti¹⁵¹⁰. In seguito alle discussioni in seno al Consiglio, considerata la grave mancanza di alcuna disciplina in tal senso, è stata inserita un'apposita disposizione concernente le relazioni tra la Procura europea e gli Stati membri non partecipanti.

Tale disposizione, tuttavia, prevede solamente che la Procura possa concludere accordi di lavoro con gli Stati membri non partecipanti che “possono riguardare, in particolare, lo scambio di informazioni strategiche e il distacco di ufficiali di collegamento presso la Procura europea”¹⁵¹¹. Tali accordi avranno contenuto simile a quelli che la Procura può instaurare con le autorità di Paesi terzi e organizzazioni internazionali, dal momento che l'articolo 59 *bis* espressamente rinvia all'articolo 56, par. 2 *bis* della proposta di regolamento. In particolare, “tali accordi di lavoro sono di carattere tecnico e/o operativo e hanno [omissis...] l'obiettivo di agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le parti”. Nel testo della proposta di regolamento è altresì stabilito che gli “accordi di lavoro non possono fungere da base per consentire lo scambio di dati personali né avere effetti giuridicamente vincolanti per l'Unione o i suoi Stati membri”¹⁵¹².

Secondo quanto previsto nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, la Procura europea “può designare, di concerto con le autorità competenti interessate, punti di contatto negli Stati membri che non sono vincolati dal presente regolamento al fine di facilitare la cooperazione in linea con le esigenze della Procura europea”¹⁵¹³. A tal fine *Eurojust* può essere invitato dalla Procura europea a prestare sostegno alla trasmissione ed esecuzione delle sue decisioni o richieste di assistenza giudiziaria negli Stati che sono membri di *Eurojust* ma che non

1509Si legga in tal senso l'articolo 325 del TFUE.

1510Per una critica in tal senso, si legga A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office - from a Trojan Horse to a White Elephant?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, pp. 138-140.

1511Si legga in tal senso l'articolo 59 *bis*, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, il quale dispone: “Gli accordi di lavoro di cui all'articolo 56, paragrafo 2 bis, con le autorità di Stati membri che non sono vincolati dal presente regolamento possono riguardare, in particolare, lo scambio di informazioni strategiche e il distacco di ufficiali di collegamento presso la Procura europea”.

1512Si legga in tal senso l'articolo 56, par. 2 *bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, il quale prevede che “Ai fini dei paragrafi 1 e 2, la Procura europea può concludere accordi di lavoro con i soggetti di cui al paragrafo 1. Tali accordi di lavoro sono di carattere tecnico e/o operativo e hanno, in particolare, l'obiettivo di agevolare la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le parti. Gli accordi di lavoro non possono fungere da base per consentire lo scambio di dati personali né avere effetti giuridicamente vincolanti per l'Unione o i suoi Stati membri”.

1513Si legga in proposito l'articolo 59 *bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

partecipano all'istituzione della Procura europea¹⁵¹⁴.

Ad una prima lettura di tale disposizione, si desume che il contenuto di tali accordi incontra molte limitazioni per cui è posto seriamente in dubbio l'effettivo apporto che tali accordi possono dare ad un'efficace repressione degli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. La cooperazione dal punto di vista operativo con gli Stati membri non partecipanti è, per esempio, sensibilmente diminuita dalla previsione per cui tali accordi non possono fungere da base per consentire lo scambio di dati personali né avere effetti giuridicamente vincolanti per l'Unione o i suoi Stati membri¹⁵¹⁵.

Sulla scorta delle raccomandazioni presentate in seno alla proposta di regolamento del Consiglio del 12 ottobre 2016 da parte di alcuni Stati membri¹⁵¹⁶, nel testo di proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 è stato aggiunto un considerando in base al quale “Ove opportuno, la Commissione dovrebbe presentare proposte volte a garantire un'efficace cooperazione giudiziaria in materia penale tra la Procura europea e gli Stati membri che non sono vincolati dal presente regolamento, in particolare per quanto riguarda le norme relative all'assistenza giudiziaria in materia penale e di consegna, nel pieno rispetto dell'acquis dell'Unione in questo settore nonché del dovere di leale cooperazione (articolo 4, paragrafo 3, del TUE)”¹⁵¹⁷. In base al contenuto del Considerando, che, tuttavia, non è stato trasposto nell'articolato della proposta, la Procura europea sarebbe, quindi, considerata nei confronti degli Stati membri non partecipanti alla proposta di regolamento un'autorità competente ad utilizzare gli strumenti attualmente esistenti nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁵¹⁸.

Le relazioni tra Procura europea e gli Stati membri non partecipanti alla proposta di regolamento, sebbene siano state parzialmente regolamentate rispetto alla previgente proposta della

1514Si legga in proposito, l'articolo 57, par. 2, lett. b) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1515Nella proposta di regolamento *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Testo completo*, Bruxelles, del 12 ottobre 2016, 12774/2/16 REV 2, LIMITE, EPPO 26, EUROJUST 120, CATS 71, FIN 614, COPEN 277, GAF 57, CSC 270, Fascicolo interistituzionale 2013/0255 (APP), nota 102 relativa all'articolo 59 *bis*, p. 123, alcuni Stati membri e, in particolare, Belgio, Spagna, Finlandia, Italia auspicavano “il ripristino del precedente paragrafo 3 di tale articolo, compresa una definizione chiara e precisa degli obblighi in materia di leale cooperazione e di protezione degli interessi finanziari dell'Unione sanciti dal trattato”. Il paragrafo 3 dell'articolo 59 *bis*, tuttavia, non è stato ripristinato neanche nel testo di proposta di regolamento del 31 gennaio 2017.

1516Si legga in tal senso la nota 101, p. 123, all'articolo 59 *bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Testo completo*, Bruxelles, del 12 ottobre 2016, *cit.*, che prevedeva che si sarebbe dovuto aggiungere il seguente considerando: “Ove opportuno, la Commissione dovrebbe presentare proposte al fine di garantire un'efficace cooperazione in materia penale tra la Procura europea e gli Stati membri che non sono vincolati dal presente regolamento, in particolare per quanto riguarda le norme relative all'assistenza giudiziaria in materia penale e all'estradizione, nel pieno rispetto dell'acquis dell'Unione in questo settore”. Nella nota era altresì specificato che “IE e NL hanno suggerito che la formulazione sia riveduta al fine di attribuire alla Commissione un obbligo più rigido ad agire in tal senso”.

1517Si legga in tal senso il Considerando 102 *bis bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che prevede altresì che “Gli Stati membri non partecipanti non sono vincolati dal presente regolamento”.

1518Si è sottolineato che sarebbe in ogni caso necessario prevedere l'adozione di un regolamento separato ai sensi dell'articolo 325, par. 4 del TFUE a tal fine. In tal senso, si legga Council, *Discussion paper on cooperation between EPPO and non-participating MSs*, Council doc. 12341/16, 19 settembre 2016, p. 2.

Commissione, non sono state, tuttavia, ancora definite in modo preciso. Una tale previsione risulta indispensabile poiché l'efficacia della Procura europea dipende in maniera consistente dagli accordi che sussistono con gli Stati membri non partecipanti alla proposta di regolamento. Ove non fossero previste adeguate forme di cooperazione, infatti, gli Stati membri non partecipanti alla Procura europea potrebbero diventare “zone franche” in cui gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e degli altri reati di competenza della Procura europea potrebbero commettere i reati o rifugiarsi in seguito al fine di non essere puniti¹⁵¹⁹. L'assenza di un'adeguata coordinazione in tal senso vanificherebbe, pertanto, sensibilmente l'efficacia della Procura europea.

1.2.2. CAPITOLO QUARTO Competenza sostanziale della Procura europea

1.2.2.1. SEZIONE I Competenza sostanziale della Procura europea per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione

In tale sede ci proponiamo di esaminare quali reati debbano rientrare nella competenza della Procura europea e che forma debba assumere tale competenza, ossia se essa debba essere esclusiva o ripartita tra la Procura europea e le autorità giudiziarie nazionali al fine di garantire al tempo stesso l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione e l'effettività delle indagini da esso svolte.

4.1.1.1.28 Competenza sostanziale della Procura europea in materia di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione

L'*incipit* dell'articolo 86 del TFUE stabilisce: “Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”, il Consiglio può istituire una Procura europea. La disposizione che costituisce la base giuridica per la creazione della Procura europea evidenzia, fin da subito, quale sia l'obiettivo che si intende perseguire con la creazione di tale organo inquirente europeo: la lotta contro gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, che, in base a quanto abbiamo sottolineato nel capitolo primo¹⁵²⁰, si deve leggere l'*efficace* lotta contro gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. In tale sede ci proponiamo, quindi, di verificare come

¹⁵¹⁹Si legga in proposito A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office - from a Trojan Horse to a White Elephant?*, cit., p. 139 e 150.

¹⁵²⁰Tale lettura è giustificata altresì dalla formulazione dell'articolo 325 del TFUE che evidenzia che la protezione degli interessi finanziari dell'Unione debba essere efficace ed è confermato da quanto previsto nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 (*Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}). Si veda, in tal senso, anche A. SUOMINEN, *The Functionality of the EPPO*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, European Criminal Policy Initiative & Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 88 eseguenti.

debba essere configurata e quali reati debbano essere ricompresi nella competenza della Procura europea al fine di assicurare l'efficace repressione delle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione. Nei paragrafi successivi esamineremo, inoltre, se estendere la competenza della Procura europea ad altre forme di “criminalità grave che presenta una dimensione”¹⁵²¹ sia necessario per consentire una più efficace repressione di tali reati.

Passando ad analizzare la competenza sostanziale della Procura europea, occorre fin da subito precisare che in tale sede analizzeremo quale debba essere la competenza *ratione materiae* della Procura europea, ossia quali reati debbano essere ricompresi nella sua competenza affinché siano perseguiti efficacemente i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Al proposito, adotteremo la nozione di efficacia che abbiamo fornito altrove, in base alla quale il diritto penale è efficace nell'attuazione delle politiche dell'Unione se contribuisce al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel settore di intervento preso in considerazione e se permette l'attuazione delle regole europee che le disciplinano¹⁵²². In base a tale definizione, occorre, quindi, in primo luogo, stabilire quali siano gli obiettivi dell'Unione nel settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione e quale sia il modo migliore per contribuire all'attuazione delle norme europee che disciplinano tale settore.

Viene in rilievo, al proposito, come altresì sostenuto a più riprese dalla Corte di Giustizia¹⁵²³, l'articolo 325 del TFUE, il quale, inserito nella Parte Sesta, Titolo secondo del TFUE, è dedicato alle disposizioni finanziarie dell'Unione e, quindi, alla disciplina concernente le risorse proprie e il bilancio di quest'ultima. L'articolo 325 del TFUE, in particolare, è l'unico articolo del Capo sesto dedicato alla “Lotta contro la frode”.

In base a tale disposizione, gli Stati membri hanno l'obbligo di lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive. In particolare, sono obbligati ad adottare, per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere le frodi lesive dei loro interessi finanziari¹⁵²⁴. Tale disposizione

1521 Nel testo è riportata la locuzione utilizzata dall'articolo 86, par. 4 del TFUE che permette di estendere la competenza della Procura europea, su decisione unanime del Consiglio, a tali altre forme di criminalità. In particolare, l'articolo 86, par. 4 del TFUE stabilisce: “*Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione*”.

1522 Si veda, al riguardo il capitolo primo, titolo Primo, della Prima Parte, nonché J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, pp. 370-387.

1523 Si veda, da ultimo, la sentenza della Corte di Giustizia *Ivo Taricco e a.*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, pubblicata nella Raccolta generale (Raccolta digitale), nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott rese il 30 aprile 2015 nella medesima causa C-105/14, pubblicata nella Raccolta generale (Raccolta digitale), e giurisprudenza ivi citata, tra cui la nota sentenza *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, *cit.*, par. 25.

1524 L'articolo 325 del TFUE letteralmente prevede: “*1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle*

ha codificato i principi di equivalenza e effettività riconosciuti dalla Corte di Giustizia fin dal 1989 in materia di sanzioni che devono essere applicate dagli Stati membri in attuazione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione¹⁵²⁵.

Del resto, lo stesso articolo 86 del TFUE, così come la proposta di regolamento della Commissione del 2013, eleva ad obiettivo principale dell'istituzione della Procura europea la necessità di reprimere efficacemente gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Tale esigenza è stata la medesima che ha portato a redigere il *Corpus Juris* e che ha spinto la Commissione ad adottare il Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea, nel 2001.

Tuttavia, non tutti gli strumenti sopra elencati, a cui si aggiungono gli atti legislativi adottati a livello europeo in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione¹⁵²⁶, hanno predisposto una eguale disciplina per proteggere gli interessi finanziari europei. Occorre, pertanto, in tale sede, verificare quale disciplina sia la più efficace per raggiungere questo obiettivo, ossia analizzare il secondo elemento della definizione di efficacia che abbiamo scelto di adottare, consistente nel determinare quale sia il modo migliore per contribuire all'attuazione delle norme europee che disciplinano tale settore.

Al riguardo, si pongono sostanzialmente tre ordini di questioni problematiche a cui occorre dare risposta.

In primo luogo, occorre determinare quale sia lo strumento giuridico migliore per definire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione che la Procura europea sarà competente a perseguire, se il regolamento o la direttiva, e sulla base di quale base giuridica contenuta nel Trattato.

In secondo luogo, bisogna definire quali reati debbano essere ricompresi nella nozione di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, valutando se, per esempio, sia opportuno ricomprendere in tale nozione i reati di frode in materia di IVA, e, più in generale, quali siano le fattispecie di reato da ricomprendere all'interno di tale nozione.

In terzo luogo, è necessario stabilire se sia auspicabile, al fine di garantire l'effettività delle indagini

istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. 3. Fatte salve altre disposizioni dei trattati, gli Stati membri coordinano l'azione diretta a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione contro la frode. A tale fine essi organizzano, assieme alla Commissione, una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti. 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 5. La Commissione, in cooperazione con gli Stati membri, presenta ogni anno al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sulle misure adottate ai fini dell'attuazione del presente articolo”.

1525 Si veda, in tal senso la sentenza della Corte di Giustizia *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979.

1526 Si veda, al riguardo la Convenzione PIF del 1995, il regolamento PIF, la Proposta di direttiva PIF della Commissione del 2012, la Proposta di direttiva PIF su cui è stato raggiunto un accordo in seno al Consiglio, la cui ultima versione risale al 1 febbraio 2017.

della Procura europea, che la competenza ad esso attribuita ricomprenda anche i reati indissolubilmente collegati a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni è legittima l'attribuzione di tale competenza alla Procura europea.

Quanto alla prima questione, occorre analizzare quale strumento giuridico sia il più idoneo a disciplinare i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione di competenza della Procura europea in modo che sia garantita una protezione efficace di essi. Al fine di delineare quale sia lo strumento migliore occorre previamente analizzare quali basi giuridiche sono contenute nel Trattato, così da poter stabilire quale sia la più adeguata per raggiungere gli obiettivi proposti.

Analizzando le disposizioni contenute nel Trattato, è possibile ricavare che possono fungere a tal fine da basi giuridiche l'articolo 83, par. 2 del TFUE, l'articolo 325, par. 4 del TFUE o l'articolo 86, par. 2 del TFUE. Occorre premettere che in tale sede non analizzeremo nel dettaglio le seguenti disposizioni poiché abbiamo già compiuto un'analisi delle stesse¹⁵²⁷; ci limiteremo, pertanto, a verificare, alla luce dei risultati raggiunti nel titolo primo, quale sia lo strumento che meglio permetta di realizzare l'obiettivo di perseguire le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive ed effettive.

Al fine di compiere un'analisi completa, occorre previamente ricordare quale soluzione sia stata finora adottata a livello europeo, così da poter verificare se essa garantisca l'obiettivo che si proponeva di raggiungere. In particolare, il legislatore europeo in entrambe le ultime proposte di regolamento, sia quella della Commissione del 2013¹⁵²⁸, che l'ultima versione emendata dal Consiglio nel 2017¹⁵²⁹, ha scelto di non definire direttamente nel corpo del regolamento, ai sensi dell'articolo 86, par. 2 del TFUE, i reati di competenza della Procura europea. In tali proposte il legislatore europeo ha, infatti, scelto di determinare il contenuto dei reati di competenza della Procura europea per rinvio “alla direttiva 2017/xx/UE, quale attuata dalla legislazione nazionale, indipendentemente dall'eventualità che in detta legislazione la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato”¹⁵³⁰. I reati di competenza della Procura europea, in base a tali disposizioni, dovrebbero, pertanto, essere disciplinati da uno strumento di armonizzazione minima, quale la direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, da adottare in forza dell'articolo 83, par. 2 del TFUE, attualmente in sede di approvazione da parte del Consiglio¹⁵³¹.

1527Si legga, al riguardo, il capitolo secondo del Titolo primo della Parte prima.

1528Articoli 12 e 13 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1529Articolo 17 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*

1530In tal senso si esprime l'articolo 17 della Proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 (*Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30). Nell'articolo 12 della proposta di regolamento della Commissione era, invece, assente l'inciso “*indipendentemente dall'eventualità che in detta legislazione la stessa condotta criminosa possa essere qualificata come un altro tipo di reato*”.

1531Come avremo modo di sottolineare nel prosieguo, infatti, la proposta di direttiva *relativa alla lotta contro la frode*

In base alla soluzione prospettata, quindi, la competenza della Procura europea è definita dalla legislazione nazionale adottata nei diversi Stati membri in attuazione della cosiddetta direttiva “PIF”. L'inadeguatezza di una tale soluzione è palese alla luce di numerosi indici fattuali.

In primo luogo i risultati delle valutazioni di impatto prodotte dalla Commissione negli ultimi anni rispetto agli strumenti di armonizzazione adottati nel settore PIF¹⁵³² rilevano gravi mancanze sia dal punto di vista formale che sostanziale. Alla mancata ratifica da parte di alcuni Stati e ai ritardi degli altri nel ratificare tali strumenti, si aggiunge, infatti, anche una sostanziale disomogeneità tra le legislazioni degli Stati che hanno ratificato tali strumenti. Come specificato dalla Commissione, il livello di tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione varia ancora notevolmente all'interno dell'Unione¹⁵³³.

Tale frammentazione è dovuta proprio al quadro giuridico e procedurale disomogeneo. Nei diversi Stati membri, infatti, dal punto di vista processuale, forze di polizia, pubblici ministeri e magistrati decidono se e come intervenire per tutelare il bilancio dell'UE sulla base delle proprie norme nazionali, mentre dal punto di vista sostanziale, le sanzioni in caso di frode variano da lievi ammende a lunghe pene detentive¹⁵³⁴. Tale situazione comporta esiti diversi in casi analoghi, a seconda delle disposizioni penali applicabili a livello nazionale.

In secondo luogo, una tale disciplina frammentaria può essere conveniente per gli autori dei reati i possono scegliere dove commettere le proprie condotte delittuose o dove trasferirsi dopo aver commesso un reato, nel caso in cui siano adottate sanzioni penali soltanto nei confronti di chi ha commesso tale condotta in un unico Stato membro.

La situazione, in terzo luogo, è aggravata dal fatto che i reati contro le frodi al bilancio dell'UE comportano spesso indagini e procedimenti transfrontalieri in diversi Stati membri e gli strumenti giuridici previsti dalla rispettiva legislazione penale da parte delle singole procure nazionali non

che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale nell'ultima versione che è stata approvata dal Consiglio, risalente al 1 febbraio 2017 sarà adottata in base all'articolo 83, par. 2 del TFUE, il quale testualmente stabilisce: “Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, *norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione* possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76”. Il corsivo è nostro.

1532In particolare, le valutazioni di impatto si riferiscono ai seguenti strumenti: la Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea del 1995, del 27 novembre 1995, in GU C 316, p. 49 e seguenti; i due Protocolli addizionali alla stessa rispettivamente adottati il 23 ottobre 1996, in GU C 313, p. 2 e seguenti e il 19 luglio 1997, in GU C 221, p. 12 e seguenti.

1533In tal senso, si legga la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, sulla *tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti*, Bruxelles, 26 maggio 2011, COM(2011) 293 definitivo, {SEC(2011) 621 definitivo}, p. 3 della versione italiana.

1534La Comunicazione della Commissione del 26 maggio 2011, COM(2011) 293 definitivo, *cit.*, p. 5, precisa, inoltre che “*la legislazione degli Stati membri non prevede sistematicamente sanzioni nei confronti di titolari di cariche pubbliche (eletti o nominati) o di funzionari corrotti*”. Al proposito, si legga anche il documento di lavoro dei servizi della Commissione SEC(2011) 621, punto 3.1 (tabelle comparative delle legislazioni).

sempre consente di perseguire in modo adeguato gli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. A causa delle differenze tra gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e dei conseguenti ostacoli che si frappongono, sul piano operativo e organizzativo, alle indagini transfrontaliere all'interno dell'Unione, dunque, gli interessi finanziari dell'UE non godono di una tutela penale uniforme in tutta l'Unione.

Considerato che, secondo quanto stabilito dalla Commissione, i principali motivi di tali carenze consistono nella “molteplicità di tradizioni e sistemi giuridici che comportano prassi giudiziarie divergenti negli Stati membri”¹⁵³⁵, si ritiene che lo strumento della direttiva, tanto più adottata sulla base dell'articolo 83, par. 2 del TFUE e non dell'articolo 325 del TFUE¹⁵³⁶, sia del tutto inadeguato a realizzare gli obiettivi dell'Unione nel settore della protezione degli interessi finanziari europei e, non rappresenti, pertanto, una soluzione efficace per contribuire all'attuazione delle norme europee che disciplinano tale settore.

Considerato che per tutte le ragioni sopra esposte la direttiva non rappresenta uno strumento efficace, occorre prendere in considerazione la possibilità di adottare un regolamento che definisca a livello europeo in modo uniforme i reati rientranti nella competenza della Procura europea.

Tale soluzione era stata sposata dai redattori del *Corpus Juris*, i quali avevano ritenuto che la soluzione migliore per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione fosse quella di predisporre regole comuni, sia di diritto penale sostanziale, per cui erano state previste otto fattispecie incriminatrici e alcune disposizioni di carattere generale su singoli istituti¹⁵³⁷, sia di diritto processuale penale¹⁵³⁸.

¹⁵³⁵In tal senso, si legga la Comunicazione della Commissione sulla *tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti*, del 26 maggio 2011, COM(2011) 293 definitivo, *cit.*, p. 6.

¹⁵³⁶Al proposito, occorre ricordare che la Commissione nella propria proposta iniziale aveva previsto che la direttiva dovesse essere adottata sulla base dell'articolo 325, par. 4 del TFUE. Si veda, al riguardo la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, adottata a Bruxelles, l'11 luglio 2012, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD). Il Consiglio, tuttavia, ha successivamente modificato tale base giuridica sostituendola con l'articolo 83, par. 2 del TFUE. Si legga, al riguardo, la Proposta di direttiva *relativa alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, adottata a Bruxelles, il 1 febbraio 2017, 5478/17, DROIPEN 6, JAI 54, GAF 5, FIN 31, CADREFIN 6, FISC 23, CODEC 76. Sulle importanti differenze che sussistono tra i due articoli, si rinvia all'analisi compiuta nel capitolo secondo del titolo primo della parte prima. A meri fini di chiarezza espositiva, occorre brevemente ricordare che in relazione all'articolo 325 TFUE non è possibile azionare il cosiddetto “freno di emergenza”, che l'articolo 325 del TFUE, essendo collocato nel capo 6, dedicato alla “lotta contro la frode”, del titolo II, relativo alle disposizioni finanziarie, della parte sesta del TFUE dedicata alle “istituzioni” europee non è soggetto ad alcuna limitazione soggettiva, nel senso che la Danimarca non è esclusa dal campo di applicazione delle misure adottate in forza di tale articolo, né il Regno Unito o l'Irlanda possono decidere di non aderirvi. Inoltre nell'articolo 325 del TFUE, a differenza del riferimento contenuto nell'articolo 83, par. 2 del TFUE, non limita il legislatore europeo a predisporre “norme minime”.

¹⁵³⁷In particolare, nel *Corpus Juris* (M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *L'attuazione del Corpus Juris negli Stati membri*, Intersentia, Utrecht, 2000, vol. I-IV) erano stati previsti quattro reati comuni, ossia la frode agli interessi finanziari delle Comunità europee e reati assimilati, la frode in materia di appalti, il riciclaggio e la ricettazione e l'associazione per delinquere, e quattro reati “propri” commessi dai funzionari, ossia la corruzione, la malversazione, l'abuso d'ufficio e la rivelazione di segreti d'ufficio. Per un commento, si legga L. PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive d'attuazione alla luce del progetto di Costituzione per l'Europa*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2003, p. 3 e seguenti.

¹⁵³⁸Tra di esse erano state predisposte regole non solo sul funzionamento e sui poteri della Procura europea, ma anche sull'acquisizione e validità delle prove e sulle misure cautelari. In tal senso, si leggano l'articolo 18 e seguenti del

Nel sistema così delineato l'unica fase demandata alla giurisdizione degli Stati di volta in volta territorialmente competenti era la fase dibattimentale. Tale soluzione era stata, tuttavia, abbandonata dalla Commissione solo pochi anni dopo, nella redazione del Libro Verde nel 2001, a causa delle reazioni negative degli Stati membri ad una tale proposta¹⁵³⁹ e della mancanza all'epoca di un'idonea base giuridica nei Trattati¹⁵⁴⁰.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, tuttavia, la situazione è cambiata e, come abbiamo avuto modo di sottolineare¹⁵⁴¹, nell'articolo 325, che ha sostituito il precedente articolo 280 del TCE è stato soppresso l'inciso contenuto in tale disposizione, in base al quale le misure previste da tale articolo non potevano riguardare "l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri" ed è stato introdotto l'articolo 86 nel TFUE.

L'articolo 325, par. 4 del TFUE prevede il "Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le *misure necessarie* nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, *al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente* in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione"¹⁵⁴². La disposizione in commento si riferisce alle "misure necessarie" per prevenire e reprimere in modo efficace e equivalente la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione. Al fine di ottenere tale obiettivo, pertanto, è possibile adottare sia una direttiva che un regolamento; la disposizione si riferisce, infatti, alle "misure necessarie" a tal fine, senza specificare se si debba ricorrere a direttive o regolamenti¹⁵⁴³. Questa risulta essere l'unica

Corpus Juris recante disposizioni penali sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea, M. DELMAS-MARTY (a cura di), Economica, Paris, 1997.

1539Si vedano, al riguardo, le reazioni al *Corpus Juris* (si legga al proposito, M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *The implementation of the corpus juris in the Member States*, Intersentia, 2000). La Commissione nel Libro Verde del 2001 (*Libro Verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea presentato dalla Commissione*, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001 COM(2001) 715 definitivo, par. 34 della versione italiana) precisa: "Da parte loro, gli autori del *Corpus Juris* hanno proposto un'armonizzazione più spinta in materia di diritto penale generale. La Commissione reputa però che un'armonizzazione del genere debba restare commisurata all'obiettivo specifico di tutelare penalmente gli interessi finanziari comunitari e variare in funzione dei vari ambiti affrontati qui di seguito (§ 5.2-5.5). Infine, nelle pagine seguenti non si dovrà mai perdere di vista che l'operato della procura europea dovrebbe inquadrarsi in una dinamica evolutiva. Da un lato, col presente libro verde la Commissione cerca di innescare un dibattito sul minimo necessario al buon funzionamento della procura europea. Una volta che quest'ultima sarà insediata e potrà fondarsi su una base comune sufficiente, sarà l'esperienza, dopo il periodo necessario all'adozione dei fondamenti e del quadro giuridici, a dire se sia opportuno completare o no il minimo necessario affinché la procura sia in grado di agire. Dall'altro, la diversità dei sistemi penali nazionali dovrebbe tendenzialmente ridursi al ritmo dei progressi compiuti nell'ambito più vasto dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, il che di rimando renderà il compito della procura europea più agevole. La fiducia che la Commissione ripone nel metodo dell'armonizzazione nasce proprio da qui: l'armonizzazione specifica proposta per la procura europea sarà parzialmente completata da un'evoluzione generale del contesto giuridico, improntata al principio del reciproco riconoscimento".

1540Al riguardo nel Libro Verde (par. 34 della versione italiana) si legge: "A giudizio della Commissione, la creazione di uno spazio comune di attività investigativa e di azione penale nel settore specifico della tutela degli interessi finanziari delle Comunità non richiede una "codificazione generale del diritto penale" fra gli Stati membri. Per funzionare, la procura europea avrà bisogno di un complesso di regole di diritto sostanziale, sulla falsariga di quelle applicate dalle autorità nazionali responsabili dell'azione penale".

1541Vedi al riguardo il paragrafo, capitolo, Titolo primo della Parte prima.

1542Articolo 325, par. del TFUE. Il corsivo è nostro.

1543Si leggano, sul punto, i riferimenti citati nel corso del capitolo secondo, Titolo Primo, Parte Prima.

interpretazione plausibile anche alla luce del dato sistematico. Da un'analisi delle norme presenti nei Trattati nel loro complesso, risulta, infatti, che nel caso in cui si è voluto limitare la potestà del legislatore europeo, questo è stato espressamente stabilito nei Trattati¹⁵⁴⁴.

Per quanto riguarda lo specifico ambito di competenza concernente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, pertanto, l'articolo 325 del TFUE rappresenta una possibile base giuridica per l'adozione di un regolamento che stabilisca delle regole penali uniformi a livello europeo in materia di protezione degli interessi finanziari dell'Unione. Per quanto riguarda la possibilità che l'articolo 325 del TFUE costituisca un'adeguata base giuridica per la previsione di fattispecie penali, occorre ricordare che la Corte di Giustizia ha recentemente stabilito che al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, pur se è vero che in generale gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, in taluni casi, conformemente all'articolo 325 TFUE, “possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi”¹⁵⁴⁵.

Al riguardo non è neanche accoglibile l'obiezione di coloro che hanno affermato che l'articolo 325 del TFUE non potrebbe costituire la base giuridica per un siffatto regolamento, dal momento che esso rappresenta una *lex generalis*, mentre *lex specialis* dovrebbe essere considerato l'articolo 83, par. 2 del TFUE e, quindi, tale disposizione dovrebbe costituire la base giuridica utilizzabile. Come è stato evidenziato, infatti, l'articolo 325 TFUE “non si limita a prevedere una (generica) competenza normativa dell'Unione nel settore della tutela degli interessi finanziari [omissis...], ma essa rappresenta, di contro, nell'ambito delle disposizioni relative al bilancio, la base giuridica specifica dell'azione dell'Unione in materia di *prevenzione e lotta* contro la frode che lede gli interessi finanziari”¹⁵⁴⁶. In base a tali considerazioni, deve, pertanto, considerarsi l'articolo 325 del TFUE quale *lex specialis* rispetto alla *lex generalis* di cui all'articolo 83, par. 2 TFUE e non viceversa. Occorre, tuttavia, rilevare che in tal caso il regolamento predisporrebbe una disciplina uniforme per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione in generale, non limitandosi a disciplinare quelli di competenza della Procura europea che, verosimilmente sarebbero gli stessi, ma

1544In ambito penale, per esempio, l'articolo 82 del TFUE e l'articolo 83 del TFUE, come abbiamo evidenziato nel capitolo secondo, Titolo Primo, Parte Prima, precisano espressamente che è possibile procedere all'armonizzazione della disciplina penale sostanziale e processuale alle condizioni ivi stabilite, solo mediante direttive.

1545Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e a.*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, pubblicata in raccolta generale, par. 39. Nel paragrafo 40 della medesima sentenza, la Corte stabilisce altresì: “Occorre del resto ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della Convenzione PIF, gli Stati membri devono prendere le misure necessarie affinché le condotte che integrano una frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che comprendano, almeno nei casi di frode grave, pene privative della libertà”.

1546R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale “armonizzato”?* Le questioni in gioco, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 31-34.

non necessariamente, obbligando tutti gli Stati membri, anche quelli non aderenti alla proposta di istituzione di una Procura europea.

Al fine di non incorrere in tale obiezione, sarebbe, pertanto, preferibile definire i reati di competenza della Procura europea in un regolamento adottato sulla base dell'articolo 86, par. 2 del TFUE. Tale soluzione, coerente con il modello proposto nel *Corpus Juris*, permetterebbe altresì di predisporre una disciplina uniforme per i reati gravi che presentano una dimensione transnazionale che si decidesse di far rientrare nella competenza sostanziale della Procura europea, nel caso in cui si volesse estenderne la competenza ai sensi dell'articolo 86, par. 4 TFUE. L'articolo 325 TFUE sarebbe, infatti, utilizzabile quale base giuridica per l'adozione di un regolamento che disciplini i soli reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

L'articolo 86, par. 2 del TFUE può costituire una base giuridica adeguata per l'adozione di un regolamento che definisca i reati di competenza della Procura europea alla luce della sua formulazione. Tale disposizione dispone, infatti, letteralmente: “La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, [omissis...] gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali *definiti* dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. [omissis...]”¹⁵⁴⁷.

In base a tale interpretazione è, pertanto, lo stesso regolamento istitutivo della Procura europea a definire i reati di competenza della stessa¹⁵⁴⁸. Di conseguenza, il compito essenziale di “definire” in

1547Il corsivo è nostro. La possibilità che tale regolamento disciplini anche i reati gravi aventi una dimensione transnazionale è desumibile dal combinato disposto del paragrafo 2 dell'articolo 86 citato nel testo con il paragrafo 4 della medesima disposizione, il quale testualmente dispone: “Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. [omissis...]”. Il corsivo è nostro. Il paragrafo 4 rinvia, quindi, al paragrafo 2 per la definizione di tali reati di competenza della Procura europea.

1548Si veda, per il dibattito riguardo a tale interpretazione quanto stabilito nel capitolo secondo, Titolo Primo, Parte Prima. Basti sottolineare in tale sede che al riguardo si contrappongono due opinioni molto divergenti. In base ad una prima impostazione, infatti, si ritiene che sembra certo che la formulazione dell'articolo 86 del TFUE presuppone una definizione autonoma dei reati di competenza della Procura europea. In tal senso, M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office, Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Intersentia, 2011, p.393. L'Autore desume da ciò quanto segue: “This means that the Office will prosecute offenders in the national courts on the basis of veritable “Eurocrimes” and not on the basis of a – potentially differing – national definition of the crimes”. Concordemente sul punto anche J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: a Harmonised National Patchwork?*, in *Centro Studi di diritto penale europeo*; J.A.E. VERVAELE, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, in *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2014, n. 2, pp. 1-17.; J.A. Espina Ramos, *Towards a European Public Prosecutor's Office: the Long and Winding Road*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp Maklu, 2011, pp. 44-45; A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp Maklu, 2011, p. 28. Ad opinione di altra parte della dottrina, invece, “si tratta di una conclusione che risulta difficilmente accettabile perché la previsione di un intervento diretto in materia penale (di dimensioni più o meno estese) risulterebbe “eversiva” degli attuali rapporti tra diritto dell'Unione europea e diritto penale e richiederebbe una base giuridica chiara e non ambigua che non può essere certamente costituita dall'art. 86”. In tal senso, G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, p. 745; G. GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2344-2345.

termini unitari i reati oggetto della specifica competenza della Procura europea sarebbe demandato al regolamento istitutivo e non ad una separata direttiva, suscettibile di attuazione differenziata nei diversi Stati membri, sia quanto a contenuti concreti, sia quanto a tempi di effettiva implementazione¹⁵⁴⁹.

L'adozione di una tale interpretazione permetterebbe di risolvere anche le critiche di chi ha affermato che in tal modo vi sarebbe un'ingerenza eccessiva e indebita nella sfera di sovranità degli Stati membri concernente la definizione del penalmente rilevante, tale da incidere "su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale"¹⁵⁵⁰. L'impossibilità di azionare il cosiddetto "freno di emergenza" di cui all'articolo 83 TUFUE sarebbe, infatti, compensata dalle speciali modalità di adozione di tale regolamento, il quale può essere adottato solo all'unanimità o, in mancanza di unanimità, tramite la procedura di cooperazione rafforzata tra gli Stati membri che decidono di aderire all'istituzione della Procura europea, la cui peculiare procedura è descritta nell'articolo 86 del TFUE¹⁵⁵¹. Nel caso in cui la proposta di regolamento non rispecchi le aspettative

1549Al proposito, occorre, tuttavia, ricordare che vi è chi ha sostenuto che il regolamento di cui all'articolo 86, par. 2 del TFUE dovrebbe limitarsi a definire i reati per cui la Procura europea sarebbe competente, senza definire le sanzioni applicabili o altri elementi del trattamento sanzionatorio complessivo che sono generalmente stabiliti nei codici penali nazionali. In tal senso, si veda l'intervento di J. VOGEL alla conferenza sul diritto penale sostanziale dell'Unione europea, tenutasi il 20 e 21 gennaio 2011, riportata anche da M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office, Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, cit., p. 394. Nel senso che, al contrario, tale disposizione possa fungere da legittima base giuridica per la definizione dei reati di competenza della Procura europea nella loro interezza, si legga L. PICOTTI (*Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, p.), il quale sottolinea che non "può sostenersi che la sintetica locuzione contenuta nel par. 2 dell'art. 86 TFUE, che per indicare l'ambito di competenza della Procura europea richiama la "definizione" dei reati contenuta nel suo regolamento istitutivo ("reati che ledono gli interessi finanziari europei, quali definiti dal regolamento di cui al paragrafo 1"), non sia sufficiente a interpretarla quale base giuridica di un regolamento che contenga disposizioni di diritto penale sostanziale. Da un lato, infatti, essa deve combinarsi con gli obblighi precettivi di protezione da prendere con le "misure" menzionate dall'art. 325 TFUE, dall'altro la sua interpretazione letterale – nel significato "fatto palese dalle parole, secondo la connessione di queste", come proclama l'art. 11 Disp. Prel. Cod. civ. sull'interpretazione della legge in generale, che sintetizza principi pacifici dell'ermeneutica giuridica – porta a concludere che un'unitaria fonte regolamentare (non certo una distinta direttiva) deve stabilire di quali reati si tratta e quali ne sono gli elementi costitutivi". In senso ancora più pregnante, inoltre, M. ZWIERS sottolinea che la formulazione dell'articolo 86, par. 2 del TFUE consentirebbe anche una codificazione, seppur limitata, di alcuni elementi di parte generale, conformemente a quanto era stato previsto nel *Corpus Juris*. In tal senso, M. ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office, Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, cit., p. 394, il quale inserisce tra tali elementi il "criminal intent, (gross) negligence, attempt, individual criminal liability, the criminal liability of the head of a business and other decision takers and persons in control, and the criminal liability of organisations".

1550Il riferimento contenuto nel testo è al disposto dell'articolo 83, par. 3 del TFUE, nonché 82, par. 3 del TFUE, in cui è prevista la possibilità di attivare il cosiddetto "freno di emergenza".

1551L'articolo 86, par. 1 del TFUE prevede: "Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata".

di un determinato Stato membro, quindi, esso potrebbe opporre il proprio veto alla proposta di regolamento oppure, nel caso non fosse possibile raggiungere un accordo, decidere di non aderire alla proposta¹⁵⁵².

A nostro avviso, non colgono nel senso neanche le obiezioni di chi desume dalla comparazione con altre versioni linguistiche del Trattato che il participio passato “definiti” non si riferisca ai reati, ma agli “interessi finanziari”¹⁵⁵³.

Tale interpretazione non sembra corretta dal punto di vista del riferimento alle diverse versioni linguistiche, poiché, mentre dalla lettura di alcune di esse potrebbero sorgere dubbi, da altre risulta chiaro il riferimento ai reati¹⁵⁵⁴.

In presenza di dubbi, occorre in ogni caso utilizzare l'argomento teleologico e il criterio dell'*effet utile* per cui una disposizione di diritto europeo deve essere interpretata nel senso che ne garantisca il suo effetto utile (*effet utile*) e il rispetto degli obiettivi fissati da tale norma.

Al proposito, si rileva che l'obiettivo della norma è quello di definire la competenza della Procura europea, la quale, ai sensi della disposizione in commento è competente a individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, “quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici”. Risulta, pertanto, evidente che in base ad un'interpretazione che voglia garantire l'effetto utile della disposizione e non sminuirne *contra legem* il significato, il termine “definiti” è senz'altro riferito ai reati, i quali sono l'oggetto della competenza della Procura europea, che la norma intende definire e non agli interessi finanziari dell'Unione che, oltretutto, sono definiti nei Trattati ed hanno una definizione che si estende ben

1552 Similmente, L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, p. 65 e seguenti.

1553 In tal senso, C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione Europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1163 e seguenti. In termini simili anche G. GRASSO, G. GRASSO, *La “competenza penale” dell'Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 717, vi contrappone la più chiara ed esplicita previsione dell'art. 280 bis proposto nell'ambito della Conferenza Intergovernativa di Nizza del 2000.

1554 Al riguardo, occorre, infatti rilevare che tale argomento è fragile poiché se la traduzione in alcune lingue come il francese o lo spagnolo può sollevare dubbi, la traduzione in altre lingue come l'inglese o il tedesco è chiara nel riferirsi ai reati. A fini di chiarezza, si riportano di seguito le versioni tedesca, inglese, francese e spagnola dell'articolo 86, par. 2 del TFUE. Nella versione tedesca: “*Die Europäische Staatsanwaltschaft ist, gegebenenfalls in Verbindung mit Europol, zuständig für die strafrechtliche Untersuchung und Verfolgung sowie die Anklageerhebung in Bezug auf Personen, die als Täter oder Teilnehmer Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union begangen haben, die in der Verordnung nach Absatz 1 festgelegt sind*”. Nella versione inglese: “*The European Public Prosecutor's Office shall be responsible for investigating, prosecuting and bringing to judgment, where appropriate in liaison with Europol, the perpetrators of, and accomplices in, offences against the Union's financial interests, as determined by the regulation provided for in paragraph 1*”. Nella versione francese: “*Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par le règlement prévu au paragraphe 1*”. Nella versione spagnola: “*La Fiscalía Europea, en su caso en colaboración con Europol, será competente para descubrir a los autores y cómplices de infracciones que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión definidos en el reglamento contemplado en el apartado 1, y para incoar un procedimiento penal y solicitar la apertura de juicio contra ellos*”.

oltre la definizione dei reati che la Procura europea sarà competente a perseguire. Essi, pertanto, non devono essere definiti in un regolamento concernente l'istituzione della Procura europea, essendo già determinati a livello generale nel diritto primario dell'Unione e nell'*acquis* ad esso correlato¹⁵⁵⁵.

Alla luce dei rilievi svolti risulta, pertanto, che l'unica soluzione che permetta di tutelare in modo efficace, con sanzioni che siano al medesimo tempo proporzionate, efficaci e dissuasive, la protezione degli interessi finanziari dell'Unione in modo uniforme su tutto il territorio europeo sia quella di definire i reati rientranti nella competenza sostanziale della Procura europea sulla base del regolamento istitutivo della stessa, ai sensi dell'articolo 86, par. 2 del TFUE.

Solo in tal modo è dato ovviare alle difficoltà riscontrate dalla Commissione nel perseguimento degli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione mediante la creazione di una Procura europea e raggiungere, così, gli obiettivi fissati dal legislatore nello stesso articolo 86 del TFUE.

4.1.1.1.29 Portata applicativa dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ossia definizione dei reati che rientrano nella competenza della Procura europea

La seconda questione a cui ci siamo promessi di trovare una risposta, dopo aver verificato quale sia la base giuridica più idonea a disciplinare i reati di competenza della Procura europea, consiste nel determinare quali reati debbano essere ricompresi nella nozione di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e rientrino, pertanto, nella competenza sostanziale della Procura europea.

A tal proposito si contrappongono due diverse interpretazioni dell'espressione “reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione”; una più ristretta che limiterebbe sensibilmente la competenza materiale della Procura europea e una più ampia in base alla quale sarebbero comprese nella competenza sostanziale della Procura europea anche fattispecie di reato come le frodi commesse in materia di IVA e altre tipologie di reato, le quali, pur non producendo un danno diretto alle finanze

¹⁵⁵⁵Non sembra neanche doversi aderire all'argomento per cui dal momento che l'articolo 280 *bis* proposto in seno alla Conferenza intergovernativa di Nizza era esplicito al riguardo, occorre desumere che il legislatore abbia voluto escludere tale possibilità rispetto all'articolo 86 del TFUE poiché non lo ha formulato in termini altrettanto espliciti. L'articolo 280 *bis*, par. 3, lett. a) (Il testo della proposta della Commissione, formulata nel “Contributo complementare” in data 29 settembre 2000 (608) intitolato: “La protection des interets financiers communautaires: le Procureur européen” si legge in appendice alla relazione di sintesi sul Libro verde in data 11.12.2001 COM(2001) 705 final (disponibile sul sito dell'OLAF).) espressamente prevedeva che il Consiglio avrebbe stabilito “*regole contenenti gli elementi costitutivi della frode e di ogni altro reato lesivo degli interessi finanziari della Comunità, come pure le pene previste per ciascun reato*”. La formulazione succinta della disposizione non esclude, infatti, che il legislatore abbia inteso eliminare la possibilità che il regolamento istitutivo della Procura disciplini i reati di competenza di quest'ultima. La formulazione dell'articolo 86 TFUE non esclude neanche espressamente tale possibilità, ma anzi ne lascia intravedere la possibilità giuridica. *A contrario*, occorre sottolineare che nel caso in cui il legislatore avesse voluto escludere del tutto tale possibilità avrebbe precisato, come ha fatto nell'inciso successivo per quanto riguarda lo svolgimento della fase dibattimentale dinanzi alle autorità giudiziarie nazionali, che la competenza della Procura europea dovesse essere stabilita mediante direttive o mediante un altro strumento normativo che non fosse il regolamento istitutivo. Tale evenienza, tuttavia, non si è verificata e, al contrario, ha previsto che i reati di sua competenza fossero da esso definiti.

dell'Unione, ne producono uno indiretto, che tuttavia in concreto non è meno offensivo¹⁵⁵⁶.

Ha costituito oggetto di accesi dibattiti, in particolare, la questione se le frodi commesse in materia IVA rientrino in tale nozione e, ai fini che qui interessa, debbano pertanto essere comprese nella competenza sostanziale della Procura europea.

Il dibattito circa l'inclusione dei reati in materia IVA all'interno della categoria dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione risale alle discussioni che si incentravano sull'interpretazione dell'articolo 1, par. 1 della Convenzione PIF del 26 luglio 1995.

In base a tale disposizione dovevano considerarsi “frode lesiva degli interessi finanziari delle allora Comunità europee” specifiche condotte in materia di spese e specifiche condotte ivi descritte in materia di entrate¹⁵⁵⁷. In particolare, si discuteva se nel catalogo delle condotte riferentesi alla

¹⁵⁵⁶Per una lettura in senso parzialmente diverso, distinguendo tra “effettiva lesione” e casi in cui un danno effettivo potrebbe non sussistere, si legga R. SICURELLA, *Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. Vol 1., A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 882-888. In particolare, tale dottrina pone la questione in termini di alternativa tra una “interpretazione rigorosamente letterale, e inevitabilmente restrittiva, che faccia leva sull'esatta portata semantica del verbo “ledere” - che richiama tecnicamente il concetto di *effettiva lesione* del bene, nel caso di specie le finanze europee - o piuttosto optare per un'interpretazione estensivo-funzionale rispetto alla quale il verbo “ledere” sarebbe in grado di abbracciare una serie molto più ampia di ipotesi in cui un danno effettivo potrebbe non sussistere, e che si porrebbero, nella fenomenologia criminosa ricorrente con riguardo alle frodi europee, quali condotte statisticamente costituenti anelli della catena criminosa che coinvolge ipotesi di frode. In tal caso l'espressione “reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione” risulterebbe sinonimo di “reati che *offendono* gli interessi finanziari”, nel senso ampio di “reati che *hanno un impatto* sugli interessi finanziari”; lettura che può apparire *prima facie* discutibile stando ai canoni ermeneutici propriamente penalistici (tassatività e determinatezza) - canoni tuttavia non rilevanti nel caso di specie laddove oggetto di interpretazione è non una fattispecie penale ma una disposizione di carattere *lato sensu* costituzionale, per l'interpretazione della quale ampio spazio deve essere riconosciuto a valutazioni di carattere teleologico e assiologico - ma che risulta non soltanto convincente nell'economia del trattato, ma altresì giustificata (e legittimata) rispetto all'*acquis* consolidato in materia”. In tal senso, R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale “armonizzato”? Le questioni in gioco*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 36-37.

¹⁵⁵⁷In particolare, si legga l'articolo 1, par. 1 della Convenzione elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, allegata all'**Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee**, in GU C 316, del 27 novembre 1995, pp. 48-57, che recita: “*Ai fini della presente convenzione costituiscono frode che ledono gli interessi finanziari delle Comunità europee: a) in materia di spese, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa: - all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio generale delle Comunità europee o dai bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; - alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto; - alla distrazione di tali fondi per fini diversi da quelli per cui essi sono stati inizialmente concessi; b) in materia di entrate, qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa: - all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale delle Comunità europee o dei bilanci gestiti dalle Comunità europee o per conto di esse; - alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico cui consegua lo stesso effetto; - alla distrazione di un beneficio lecitamente ottenuto, cui consegua lo stesso effetto. 2. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende le misure necessarie e adeguate per recepire nel diritto penale interno le disposizioni del paragrafo 1, in modo tale che le condotte da esse considerate costituiscano un'illecito penale. 3. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, ciascuno Stato membro prende altresì le misure necessarie affinché la redazione o il rilascio intenzionale di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti cui conseguano gli effetti di cui al paragrafo 1 costituiscano illeciti penali qualora non siano già punibili come illecito principale ovvero a titolo di complicità, d'istigazione o di tentativo di frode quale definita al paragrafo 1. 4. Il carattere intenzionale di un'azione o di un'omissione di cui ai paragrafi 1 e 3 può essere dedotto da circostanze materiali oggettive”.*

nozione di “entrate” vi rientrassero anche le frodi commesse in materia IVA¹⁵⁵⁸. L'inclusione delle frodi in materia IVA nella categoria dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione era stata discussa anche in relazione alla definizione contenuta nel Regolamento PIF¹⁵⁵⁹ e in rapporto alla portata applicativa dei poteri investigativi di OLAF¹⁵⁶⁰.

La medesima discussione circa l'inclusione o meno delle frodi in materia IVA tra i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione ha avuto nuovamente luogo in sede di redazione della direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (direttiva PIF), la cui proposta legislativa è stata presentata dalla Commissione a luglio 2012¹⁵⁶¹. Al riguardo, occorre sottolineare che i negoziati per determinare il contenuto della direttiva sono stati piuttosto problematici in relazione alla definizione di molteplici aspetti tra cui, in primo luogo, la definizione della base giuridica sulla base di cui adottare la direttiva PIF¹⁵⁶² e, in secondo luogo, la delimitazione della portata della direttiva PIF, con particolare riferimento all'aspetto se le frodi in materia IVA dovessero essere incluse tra le fattispecie disciplinate dalla direttiva o meno¹⁵⁶³. Le contrapposte posizioni delle istituzioni europee sul punto sono rispecchiate dalle diverse formulazioni che ha assunto la proposta di direttiva PIF nei diversi passaggi legislativi che ha attraversato prima di essere da ultimo approvata¹⁵⁶⁴.

Quanto alla proposta di direttiva della Commissione del luglio 2012, occorre rilevare che sebbene la stessa nel Preambolo e nelle spiegazioni antecedenti al testo avesse sottolineato che, sulla scorta

1558 Per un'accurata descrizione dei termini del dibattito e delle ragioni che erano portate a sostegno delle due diverse teorie contrapposte, si legga J. INGHELDRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 16 e seguenti.

1559 In tal senso, si legga il Regolamento (CE. EURATOM) n. 2988/95 del 18 dicembre 1995, *relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità*, in GU 1995 L 312/1. Sul punto, si legga J. INGHELDRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 19 e seguenti.

1560 In tal senso si legga l'articolo 1 del regolamento (Euratom, CE) n. 2185/96 del Consiglio, dell'11 novembre 1996, *relativo ai controlli e alle verifiche sul posto effettuati dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e altre irregolarità*, in GU L 292 del 15 novembre 1996, p. 2, nonché J. INGHELDRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 75 e seguenti.

1561 Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, Bruxelles, dell'11 luglio 2012, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD), C7-0192/12, {SWD(2012) 195 final} {SWD(2012) 196 final}. Per un'analisi, si legga L. KUHL, *The Initiative for a Directive on the Protection of the EU Financial Interests by Substantive Criminal Law*, 2012, 2, in *eu crim*, p. 63 e seguenti.

1562 Si legga al riguardo l'esame svolto nel paragrafo precedente dedicato alla scelta della base giuridica più appropriata per disciplinare i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Sul tema si legga anche A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, pp. 122-151, in particolare p. 134.

1563 Sul punto si contrapponevano, in particolare, il Consiglio, da una parte, e la Commissione e il Parlamento europeo, dall'altra. Mentre questi ultimi erano favorevoli all'inclusione delle frodi in materia IVA all'interno della direttiva, il Consiglio si opponeva all'inserimento di tali fattispecie in materia IVA nel testo della direttiva.

1564 Al momento in cui si scrive è stato raggiunto un accordo in prima lettura in seno al Consiglio e devono seguire le votazioni formali in sede di Parlamento europeo e di Consiglio. L'8 dicembre 2016, infatti, il Consiglio ha raggiunto un accordo sulla direttiva relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, che costituisce un primo passo verso l'adozione formale del testo. Tale comunicato è consultabile all'indirizzo online <http://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2016/12/08-jha-protection-against-fraud/>.

della giurisprudenza della Corte di Giustizia per cui “sussiste un nesso diretto tra, da un lato, la riscossione del gettito dell’IVA nell’osservanza del diritto dell’Unione applicabile e, dall’altro, la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse IVA, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde”, la frode in materia IVA dovesse essere considerata lesiva degli interessi finanziari dell’Unione e dovesse, pertanto, essere inclusa nel campo di applicazione di direttiva, nell’articolato della direttiva non è dato trovare alcun riferimento né alle entrate derivanti dalla riscossione del gettito IVA né alle frodi in materia IVA¹⁵⁶⁵. Il Consiglio nelle successive rielaborazioni della proposta di regolamento ha allineato il testo alle statuizioni di principio, affermando che le frodi in materia IVA non rientrassero nel campo di applicazione della direttiva¹⁵⁶⁶, mentre il Parlamento europeo nella propria risoluzione del 16 aprile 2014 ha ritenuto che la direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi

¹⁵⁶⁵Si legga, in proposito, il Considerando 4 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale*, dell’11 luglio 2012, *cit.*, nonché il punto 3.4, concernente “Disposizioni specifiche” e, in particolare, quanto affermato in relazione all’articolo 2 concernente la definizione degli interessi finanziari dell’Unione, p. 9 della versione italiana. Nel Considerando 4, in particolare, si legge: “*La frode in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA) riduce il gettito fiscale degli Stati membri e quindi l’applicazione di un’aliquota uniforme alla base imponibile IVA degli Stati membri. Come confermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sussiste un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell’IVA nell’osservanza del diritto dell’Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse IVA, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde. La direttiva pertanto copre le entrate derivanti dall’IVA negli Stati membri*”. La giurisprudenza della Corte di Giustizia a cui si riferisce la Commissione è la sentenza della Corte *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, causa C-539/09, del 15 novembre 2011, in GU 2011 p. I-11235, GU C 25, del 28 gennaio 2012, p. 8. L’articolo 2 della direttiva, senza menzionare in alcun modo le entrate derivanti dalla riscossione dell’IVA, recita, infatti: “*Ai fini della presente direttiva, per “interessi finanziari dell’Unione” si intendono tutte le entrate e le spese che sono coperte o acquisite oppure dovute in virtù: (a) del bilancio dell’Unione; (b) dei bilanci delle istituzioni, organi e organismi stabiliti a norma dei trattati o dei bilanci da questi gestiti e controllati*”.

¹⁵⁶⁶Si legga, in proposito il documento *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union’s financial interests by means of criminal law - GENERAL APPROACH*, Bruxelles, del 10 giugno 2013, 10729/13, DROIPEN 75, JAI 478, GAF 30, FIN 328, CADREFIN 137, CODEC 1394, fascicolo interistituzionale 2012/0193 (COD), in cui nel Considerando 4 non era più menzionata la necessità di includere le frodi in materia IVA nel campo di applicazione della direttiva (il riformulato Considerando 4 prevedeva infatti: “*The protection of the Union’s financial interests calls for a common definition of fraud falling within the scope of this Directive and covering fraudulent conduct with respect to both expenditure and revenues at the expense of the EU budget*”) e l’articolo 2 della proposta di direttiva espressamente escludeva dal proprio ambito di applicazione le frodi in materia IVA. Al proposito, l’articolo 2 della proposta di direttiva era stato riformulato in questi termini: “*For the purposes of this Directive, ‘the Union’s financial interests’ means all revenues, expenditures and assets covered by, acquired through, or due to: (a) the Union budget; (b) the budgets of institutions, bodies, offices and agencies established under the Treaties or budgets managed and monitored by them. Revenues arising from VAT are not included in the scope of this Directive*”. Il corsivo è nostro. Del pari, in un documento del novembre 2014, leggiamo: “*La presidenza desidera attirare l’attenzione dei ministri su una questione specifica, che solleva particolari difficoltà in fase di negoziati, ovvero l’esclusione delle entrate derivanti dall’IVA dal campo di applicazione della direttiva. Il Parlamento europeo, con il sostegno della Commissione, è contraria all’orientamento generale del Consiglio su questo punto e insiste con fermezza per l’inclusione dei reati pertinenti nel campo di applicazione della direttiva. La questione è stata discussa a lungo in seno al Gruppo del Consiglio competente e tra le istituzioni, ma finora non si sono individuate possibili soluzioni o basi per un compromesso. Vi è pertanto il rischio che l’adozione di questa importante direttiva sia notevolmente ritardato. La presidenza invita i ministri a sostenere una riflessione approfondita sulle possibili soluzioni alla questione nei rispettivi Stati membri”. In tal senso, si legga *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale [prima lettura] - Stato dei lavori*, Bruxelles, del 27 novembre 2014, 15221/14, DROIPEN 127, JAI 847, GAF 62, FIN 830, CADREFIN 122, CODEC 2191, Fascicolo interistituzionale 2012/0193 (COD), p. 2.*

finanziari dell'Unione mediante il diritto penale “naturalmente include le frodi in materia di IVA”¹⁵⁶⁷.

In seno al Consiglio gli Stati membri che si opponevano all'inclusione delle frodi in materia IVA tra i reati disciplinati dalla direttiva PIF motivavano il loro dissenso sulla scorta di timori inerenti una possibile estensione delle competenze dell'Unione europea al settore tributario. In particolare, le preoccupazioni degli Stati membri riguardavano una potenziale armonizzazione indiretta nel settore tributario, l'eventuale perdita del gettito IVA e il fatto che “l'inclusione della frode IVA nel campo di applicazione della direttiva PIF interferirebbe con la competenza degli Stati membri in ordine alla struttura, all'organizzazione e al funzionamento delle loro amministrazioni fiscali”¹⁵⁶⁸.

Le motivazioni addotte dagli Stati membri erano, pertanto, dovute alla tradizionale ritrosia in materia penale e tributaria. Il timore ultimo di questi era, infatti, quello di perdere parte della propria sovranità e della propria competenza in materia di riscossione del gettito IVA. La criminalizzazione di tali comportamenti a livello nazionali era nell'ottica di tali Stati membri un modo per sottrarre tale competenza all'Unione. Non vi erano altre ragioni di rilievo, né collegate alla più efficace repressione degli autori di tali frodi commesse in materia IVA, né motivate dall'esigenza di garantire una maggiore tutela dei diritti fondamentali degli individui. Né si ritiene che potrebbero esservi state poiché in entrambi i casi la previsione di tali nella direttiva PIF e la conseguente attribuzione alla Procura europea della competenza a perseguire gli autori di frodi in materia IVA avrebbe sia rafforzato la lotta contro tali fattispecie di reato che i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, quantomeno nei casi in cui tali frodi avessero avuto una dimensione transnazionale¹⁵⁶⁹.

La Commissione e il Parlamento europeo, invece, fondavano la propria posizione in base a cui le frodi in materia di IVA dovessero essere disciplinate nella direttiva PIF e, di conseguenza, dovessero essere incluse nella competenza della Procura europea, sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia che aveva stabilito che “poiché le risorse proprie dell'Unione comprendono in particolare, [omissis...] le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli

1567In tal senso, si legga la Relazione del 25 marzo 2014 *sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, (COM(2012)0363 – C7-0192/2012 – 2012/0193(COD)), PE 524.832v02-00 A7-0251/2014, in cui si legge che (si riporta il testo in inglese perché più pregante della traduzione italiana): “*the rapporteurs would like to further improve the proposal by ensuring the adoption of: - A more precise and comprehensive definition of fraud detrimental to the Union's budget. On this point, the European Parliament welcomes the Commission's proposal, which naturally includes VAT fraud in the directive*”.

1568Tali motivazioni sottese al rifiuto degli Stati membri di includere le frodi in materia IVA nella direttiva PIF sono evidenziate nella *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (prima lettura)*, *Dibattito orientativo/Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori*, Bruxelles, 11 ottobre 2016, 12686/1/16 REV 1, DROIPEN 147, JAI 785, GAF 55, FIN 603, CADREFIN 74, FISC 155, CODEC 1336, Fascicolo interistituzionale 2012/0193 (COD), punto 2 concernente il Contesto della Proposta, p. 2 della versione italiana.

1569Sull'inadeguatezza della tutela approntata dai livelli minimi di armonizzazione previsti dalle direttive adottate in attuazione della Tabella di marcia del 30 novembre 2009, soprattutto per quanto riguarda i diritti di difesa degli indagati o imputati, si legga il capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione, sussiste quindi un nesso diretto tra la riscossione del gettito dell'IVA nell'osservanza del diritto dell'Unione applicabile e la messa a disposizione del bilancio dell'Unione delle corrispondenti risorse IVA, poiché qualsiasi lacuna nella riscossione del primo determina potenzialmente una riduzione delle seconde¹⁵⁷⁰. Nella medesima decisione la Corte aveva altresì affermato che per assicurare la riscossione delle entrate provenienti dall'IVA e tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, gli Stati membri possono scegliere quale tipo di sanzione applicare. Possono, quindi, decidere di prevedere sanzioni amministrative, sanzioni penali o una combinazione delle due¹⁵⁷¹.

Nel 2015 nella sentenza *Taricco e altri*, la Corte di Giustizia ha compiuto un ulteriore passo avanti statuendo che, “se è pur vero che gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili, che possono assumere la forma di sanzioni amministrative, di sanzioni penali o di una combinazione delle due, al fine di assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall'IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell'Unione conformemente alle disposizioni della direttiva 2006/112 e all'articolo 325 TFUE, possono tuttavia essere indispensabili sanzioni penali per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinate ipotesi di gravi frodi in materia di IVA¹⁵⁷². In via di *ratio decidendi* concorrente, oltre all'argomento per cui l'adozione di sanzioni penali sia in alcuni casi indispensabile per garantire un'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione ai sensi dell'articolo 325 TFUE, il quale prevale sul diritto nazionale con esso contrastante in forza del principio del primato del diritto dell'Unione e sia, quindi, necessario per combattere in modo effettivo, proporzionato e dissuasivo ipotesi di frodi in materia IVA, la Corte ha affermato che nella nozione di frode di cui all'articolo 1 della Convenzione PIF sono comprese le “entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione¹⁵⁷³”.

1570Si legga in tal senso la sentenza della Corte di Giustizia *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 26, in cui è menzionata la precedente sentenza *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, causa C-539/09, del 15 novembre 2011, *cit.*, par. 34 e 72. In tal senso, si legga anche la sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, pubblicata in raccolta digitale (Raccolta generale), par. 38.

1571In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, del 26 febbraio 2013, *cit.*, par. 34.

1572Così stabilisce la Corte di Giustizia nella sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, *cit.*, par. 39. Si leggano, al riguardo, anche le conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott rese il 30 aprile 2015 nella medesima causa C-105/14, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale). Si veda per un commento della sentenza *Taricco e altri* S. PEERS, *The Italian Job: The CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances*, in *EU Law Analysis*, 22 September 2015, consultabile all'indirizzo online <http://eulawanalysis.blogspot.co.at>; M. TIMMERMAN, *Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: Taricco*, in *Common Market Law Review*, 2016, 53, pp. 779-796, 2016; E. BILLIS, *The European Court of Justice: A “Quasi-Constitutional Court” in Criminal Matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, Vol. 7, 1, pp. 20-38.

1573Si legga al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, *cit.*, par. 41, 50, 51, 52 e 58. In particolare nel par. 41 si legge: “La nozione di «frode» è definita all'articolo 1 della Convenzione PIF come «qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa (...) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti cui consegua la diminuzione illegittima di risorse del bilancio generale [dell'Unione] o dei bilanci gestiti [dall'Unione] o per conto di ess[a]». Tale nozione include, di

In base a quanto stabilito dalla Corte, pertanto, anche se le frodi commesse in materia IVA non fossero qualificate come reato nella direttiva PIF, esse sarebbero sanzionabili a livello europeo in base al disposto della Convenzione PIF de 1995. Del pari, la Corte ha affermato che per garantire un'efficace repressione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione ai sensi dell'articolo 325 del TFUE, è in alcuni casi indispensabile prevedere sanzioni penali per combattere in modo effettivo, proporzionato e dissuasivo fattispecie di frodi in materia IVA.

Da tali affermazioni si desume che al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione in ambito di protezione degli interessi finanziari dell'Unione e permettere l'attuazione della disciplina europea in materia di interessi finanziari dell'Unione richiesta dall'articolo 325 del TFUE¹⁵⁷⁴, è necessario prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive che, in alcuni casi particolarmente gravi aventi natura transnazionale, devono necessariamente essere sanzioni penali.

Da tale pronuncia derivano significative conseguenze anche riguardo alla competenza sostanziale della Procura europea, poiché il principale obiettivo che si intende raggiungere con la creazione di tale organo inquirente europeo è quello di “combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”¹⁵⁷⁵.

Dal momento che abbiamo constatato che per combattere efficacemente tali reati è necessario sanzionare penalmente le frodi in materia IVA, o quantomeno le frodi più gravi aventi dimensione transnazionale, per garantire che la Procura europea possa assicurare la più efficace protezione agli interessi finanziari dell'Unione è necessario includere le frodi in materia IVA tra i reati di competenza della Procura europea¹⁵⁷⁶. Considerati i contrasti in sede di adozione della PIF e la portata riduttiva al momento attribuita alla direttiva PIF, la soluzione da noi prefigurata nel paragrafo precedente di includere la definizione di tali reati nel regolamento istitutivo della Procura europea, ai sensi dell'articolo 86, par. 2 del TFUE, sembra la soluzione più efficace per permettere alla Procura europea di raggiungere gli obiettivi stabiliti nel Trattato¹⁵⁷⁷.

conseguenza, le entrate provenienti dall'applicazione di un'aliquota uniforme agli imponibili IVA armonizzati determinati secondo regole dell'Unione. Questa conclusione non può essere infirmata dal fatto che l'IVA non sarebbe riscossa direttamente per conto dell'Unione, poiché l'articolo 1 della Convenzione PIF non prevede affatto un presupposto del genere, che sarebbe contrario all'obiettivo di tale Convenzione di combattere con la massima determinazione le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”.

1574Per tale definizione di effettività che è stata desunta dall'analisi altrove svolta, si veda, in particolare, il capitolo primo, titolo Primo, della Prima Parte, nonché J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, pp. 370-387.

1575Si legga in tal senso, l'articolo 86, par. 1 del TFUE.

1576Si concorda al riguardo con chi ha sollevato dubbi circa la definizione di cosa debba intendersi per frodi gravi commesse in materia IVA e circa il quesito se debbano considerarsi assoggettati alla competenza della Procura europea solo i casi aventi natura transnazionale. In tal senso, si legga A. CSÜRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, cit., p. 136, il quale pone i seguenti interrogativi: “Which VAT fraud cases are to be considered serious and in what form will the Member States agree to include these offences in the PIF Directive? Would serious VAT fraud cases generally be under EPPO competence or only in a transnational context, such as carousel fraud?”. In proposito si ritiene che la soluzione prospettata nel testo, ossia la definizione di tali reati nel regolamento istitutivo della Procura permetta di risolvere tali problemi mediante una definizione chiara e precisa, uniformemente applicabile sul territorio di tutti gli Stati membri, di quali fattispecie di frodi in materia IVA rientrino nella competenza della Procura europea.

1577Per quanto riguarda la disamina in merito alla base giuridica più appropriata per definire i reati di competenza della

Pur non cambiando impostazione in merito alla circostanza che debba essere la direttiva PIF a disciplinare i reati di competenza della Procura europea, la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Taricco e altri* ha contribuito a far riconciliare le posizioni contrapposte del Parlamento europeo e della Commissione, da una parte, e del Consiglio, dall'altra, in una soluzione di compromesso, in base alla quale le frodi in materia IVA rientrerebbero solo limitatamente nel campo di applicazione della direttiva PIF.

Di conseguenza, la competenza della Procura europea sarebbe limitata ai casi più gravi riguardanti, ad esempio, le frodi IVA carosello di carattere transfrontaliero, la frode intracomunitaria dell'operatore inadempiente, la frode IVA commessa dalla criminalità organizzata o i casi che superano un certo valore soglia¹⁵⁷⁸.

Nell'ultima versione di proposta di direttiva PIF, è precisato che i “reati contro il sistema comune di IVA dovrebbero essere considerati gravi quando sono connessi al territorio di due o più Stati membri dell'Unione, derivano da sistemi fraudolenti per cui tali reati sono commessi in maniera strutturata allo scopo di ottenere indebiti vantaggi dal sistema comune di IVA e comportano un danno complessivo causato dai reati superiore alla soglia di 10 milioni di EUR. La nozione di danno complessivo si riferisce al danno stimato, sia per gli interessi finanziari degli Stati membri interessati sia per l'Unione, che deriva dall'intero sistema fraudolento. Ciò esclude i tassi d'interesse o le sanzioni. La presente direttiva mira a contribuire agli sforzi per combattere tali fenomeni criminali”¹⁵⁷⁹. I casi di frode aventi una dimensione puramente interna, non essendo connessi al territorio di due o più Stati membri dell'Unione, sfuggono, pertanto, all'ambito applicativo della direttiva e, di conseguenza, alla competenza sostanziale della Procura europea.

Rispetto a tale posizione di compromesso le reazioni sono state diverse. Alcuni Stati membri che prima erano contrari all'introduzione delle frodi in materia IVA nel campo di applicazione della direttiva PIF si sono dichiarate favorevoli a tale soluzione di compromesso, mentre altri Stati e, in particolare, le delegazioni cipriota, tedesca, ungherese, irlandese, maltese e polacca hanno dichiarato di non essere favorevoli all'attuale testo di compromesso¹⁵⁸⁰.

Allo stesso tempo il Parlamento europeo ha dichiarato che sosterrà la direttiva PIF solo a

Procura europea, si legga il precedente paragrafo, Titolo Secondo, Parte Prima.

1578 Si legga in tal senso *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (prima lettura), Dibattito orientativo/Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori*, Bruxelles, dell'11 ottobre 2016, 12686/1/16 REV 1, DROIPEN 147, JAI 785, GAF 55, FIN 603, CADREFIN 74, FISC 155, CODEC 1336, Fascicolo interistituzionale 2012/0193 (COD). In particolare, si legga il punto 3, possibile soluzione di compromesso, il Considerando 4 e l'articolo 3, par. 1, lett. d) della proposta di direttiva ivi allegata. Sulle frodi intracomunitarie dell'operatore inadempiente, si legga *Eurojust News*, marzo 2014, 11.

1579 Si legga in tal senso il Considerando 4 della *Proposta di direttiva relativa alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale- Accordo politico*, Bruxelles, del 1 febbraio 2017, 5478/17, DROIPEN 6, JAI 54, GAF 5, FIN 31, CADREFIN 6, FISC 23, CODEC 76, Fascicolo interistituzionale 2012/0193(COD).

1580 Tale dato è riportato nella *Proposta di direttiva relativa alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale- Accordo politico*, del 1 febbraio 2017, *cit.*, p. 2 della versione italiana.

condizione i reati di frode in materia IVA siano inclusi nel suo campo di applicazione. Del pari, il Parlamento europeo ha espresso l'intenzione di sostenere il regolamento istitutivo della Procura europea solo nel caso in cui i reati di frode in materia IVA siano inclusi nel campo di applicazione della direttiva PIF¹⁵⁸¹.

Al proposito, è stato, tuttavia, rilevato che, sebbene tale compromesso debba essere accolto con favore poiché quantomeno i casi gravi aventi dimensione transnazionale di frode in materia IVA sono stati inseriti nella proposta di direttiva PIF, l'articolo 20, par. 3 dell'attuale proposta di regolamento istitutivo della Procura europea rischia di vanificare di fatto i risultati raggiunti sul piano teorico¹⁵⁸². L'articolo 20, par. 3 della proposta di regolamento istitutiva della Procura europea prevede, infatti, che la Procura europea debba astenersi dall'esercitare la sua competenza in relazione ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinviando senza indugio il caso a queste ultime, in predeterminati casi previsti dal regolamento stesso. In base a tale disposizione, la Procura europea deve astenersi, tra l'altro, quando “vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'articolo 17 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima”¹⁵⁸³. Tale previsione potrebbe, quindi, portare di fatto a ritenere le frodi commesse in materia di IVA escluse dalla competenza della Procura europea poiché è presumibile che gli Stati membri soffrano sempre danni superiori a quelli subiti dall'Unione europea per una

1581Si legga in tal senso la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (prima lettura), Dibattito orientativo/Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori*, Bruxelles, dell'11 ottobre 2016, cit., p. 2. Nel corso di una riunione congiunta tenutasi il 12 gennaio 2017, la commissione per il controllo dei bilanci (CONT) e la commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento europeo hanno votato e approvato il testo del progetto di direttiva risultante dai negoziati interistituzionali. Il testo finale attualmente approvato dal Parlamento è quello della *Proposta di direttiva relativa alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale- Accordo politico*, del 1 febbraio 2017, cit., il cui articolo 2, par. 2 e 3 recita: “In materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, la presente direttiva si applica unicamente nei casi di reati gravi contro il sistema comune di IVA. Ai fini della presente direttiva, i reati contro il sistema comune di IVA sono considerati gravi nei casi in cui le azioni od omissioni di carattere intenzionale secondo la definizione di cui all'articolo 3, lettera d), sono connessi al territorio di due o più Stati membri dell'Unione europea e comportano un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di EUR. 3. La presente direttiva non incide sulla struttura e sul funzionamento delle amministrazioni fiscali degli Stati membri”. Il successivo articolo 3, che definisce quali condotte criminose siano da sussumersi nella fattispecie di frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al par. 1 alla lettera d) prevede che ai fini della direttiva la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione è costituita “in materia di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, l'azione od omissione commessa in sistemi fraudolenti transfrontalieri in relazione i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti relativi all'IVA, cui consegua la diminuzione di risorse del bilancio dell'Unione, ii) alla mancata comunicazione di un'informazione relativa all'IVA in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto, iii) alla presentazione di dichiarazioni esatte relative all'IVA per dissimulare in maniera fraudolenta il mancato pagamento o la costituzione illecita di diritti a rimborsi dell'IVA”.

1582Si legga in tal senso A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, studio per il Comitato LIBE, completato a novembre 2016, p. 25.

1583Si legga al proposito l'articolo 20, par. 3, lett. b) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17 LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, Fascicolo interistituzionale 2013/0255 (APP). Per un'analisi dei casi in cui la Procura europea è tenuta ad astenersi dall'esercitare l'azione penale, si legga il capitolo settimo del Titolo Secondo della Parte Seconda.

frode in materia IVA.

Al fine di non privare la disposizione della direttiva PIF che include le frodi gravi aventi dimensione transnazionale del loro effetto utile, il legislatore europeo ha, pertanto, inserito nel testo approvato il 31 gennaio 2017 una clausola che permette di risolvere le criticità rilevate al riguardo da parte della dottrina rispetto al testo della proposta di direttiva approvata il 12 ottobre 2016, che, invece, non conteneva tale inciso¹⁵⁸⁴.

Nell'attuale testo della proposta di regolamento istitutiva della Procura europea è, infatti, previsto che la Procura europea non è tenuta ad astenersi in tale circostanza nel caso in cui vengano in rilievo “i reati di cui all'articolo 3, lettere a) e d), della direttiva 2017/xx/UE quale attuata dalla legislazione nazionale”¹⁵⁸⁵. La lettera d) dell'attuale proposta di direttiva PIF, come abbiamo visto sopra, è relativa ai casi di entrate derivanti dalle risorse proprie provenienti dall'IVA, per cui il rischio che era stato giustamente paventato in dottrina sotto la vigenza del testo previgente è stato scongiurato in via legislativa¹⁵⁸⁶. Occorre sottolineare che la soluzione adottata dal legislatore è comunque una soluzione compromissoria poiché in tal modo è stato previsto un rimedio per i casi espressamente disciplinati dalla lettera a) e d) della direttiva PIF, ma non è stata eliminata la previsione per cui la Procura europea deve astenersi dall'esercitare l'azione penale nel caso in cui si presuma che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione di competenza della Procura europea sia inferiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima. Una tale previsione sarà, di conseguenza, valida in relazione ad altre fattispecie di reato che presentino tali caratteristiche e non siano inserite nella lettera a) o d) dell'articolo 3 della direttiva PIF.

Alla luce delle considerazioni svolte si ritiene che la soluzione migliore al fine di evitare possibili contrasti tra la disciplina predisposta nei due testi legislativi e creare un quadro normativo coerente¹⁵⁸⁷, sia quella di definire i reati di competenza della Procura europea nel regolamento istitutivo di questa e di includere tra tali reati anche le frodi in materia IVA, dal momento che, come è stato sottolineato dalla Corte di Giustizia¹⁵⁸⁸, prevedere sanzioni effettive proporzionate e dissuasive, se necessario penali, è indispensabile per garantire l'efficace attuazione delle politiche

1584Si legga, al riguardo, l'articolo 20, par. 3, lett. b) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Testo completo*, Bruxelles, del 12 ottobre 2016, 12774/2/16 REV 2, LIMITE, EPPO 26, EUROJUST 120 ,CATS 71, FIN 614, COPEN 277, GAF 57, CSC 270, Fascicolo interistituzionale 2013/0255 (APP).

1585Si legga, in proposito, l'articolo 20, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*

1586Tale rischio, come abbiamo già menzionato, era stato evidenziato da A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, *cit.*, p. 25.

1587La necessità di assicurare la coerenza tra le fonti legislative è stato ritenuto in criterio essenziale anche dagli autori del Manifesto della Politica criminale, i quali lo hanno inserito quale principio fondamentale da rispettare sia nel Manifesto del 2009 che del 2011.

1588Si legga al riguardo l'analisi svolta pocca sopra nel testo, con il particolare riferimento alle sentenze *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, causa C-539/09, del 15 novembre 2011, *cit.*, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, del 26 febbraio 2013, *cit.*, e *Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, *cit.*

europee, assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall’IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell’Unione.

4.1.1.1.30 Competenza per i reati indissolubilmente legati a quelli lesivi degli interessi finanziari dell’Unione

Dopo aver verificato quale sia la base giuridica più idonea a disciplinare i reati di competenza della Procura europea e aver analizzato quali reati debbano essere considerati rientranti nella nozione di reati lesivi finanziari dell’Unione, occorre, infine, verificare se sia auspicabile attribuire alla Procura europea la competenza a svolgere indagini e a rinviare a giudizio gli autori di reati indissolubilmente collegati ai reati lesivi degli interessi finanziari dell’Unione. In caso di risposta affermativa, occorrerà, inoltre, stabilire a quali condizioni un reato possa considerarsi indissolubilmente collegato a quelli lesivi degli interessi finanziari dell’Unione rientrando, dunque, nella competenza sostanziale della Procura europea. Nello svolgere la nostra analisi terremo in considerazione quanto affermato capitolo primo di questa stessa Parte quanto alla definizione della nozione di effettività; analizzeremo, pertanto, quale sia la soluzione che garantisca la maggiore effettività all’azione della Procura europea. A tal proposito ci riferiremo al medesimo concetto di effettività definito altrove, in base a cui il diritto penale è efficace nell’attuazione delle politiche dell’Unione se contribuisce al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione nel settore di intervento preso in considerazione e se permette l’attuazione delle regole europee che le disciplinano¹⁵⁸⁹.

Considerato che, come abbiamo stabilito nel primo paragrafo di questa sezione, l’obiettivo che l’Unione si propone con l’istituzione della Procura europea è quello di “pervenire ad una protezione ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell’Unione”¹⁵⁹⁰ nel settore della protezione degli interessi finanziari dell’Unione e che gli strumenti esistenti si sono rivelati inefficaci, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stato introdotto l’articolo 86 TFUE, il quale costituisce la base giuridica che permette la creazione di una Procura europea, come abbiamo più volte ripetuto nel corso del lavoro.

In tale sede, occorre, pertanto, chiederci quale sia la soluzione che renda più efficace l’azione della Procura europea al fine di raggiungere tale scopo. Ci domanderemo, in particolare, se sia opportuno attribuirle la competenza a perseguire anche gli autori di reati indissolubilmente legati a quelli lesivi degli interessi finanziari dell’Unione.

Tale questione ha sollevato un acceso dibattito sia in dottrina, che da parte di rappresentanti degli

¹⁵⁸⁹Si veda, al riguardo, capitolo primo, titolo Primo, della Prima Parte, nonché J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, pp. 370-387.

¹⁵⁹⁰Così dispone l’articolo 325, par. 4 del TFUE.

Stati membri, poiché l'estensione della competenza della Procura europea a tali tipi di reati potrebbe provocare un'estensione potenzialmente illimitata, se non adeguatamente disciplinata. Considerate le ripercussioni che l'estensione della competenza della Procura europea ad altri reati oltre a quelli lesivi degli interessi finanziari potrebbe avere sulla rispettiva competenza degli Stati membri a perseguire tali reati, è agevole intuire come le soluzioni adottate nei diversi testi concernenti l'istituzione della Procura europea abbiano previsto una disciplina sostanzialmente diversa, a seconda che prevalessero considerazioni che privilegiassero l'interesse europeo alla repressione dei reati o quelli nazionali inerenti la conservazione della propria sfera di sovranità in materia penale. Occorre, tuttavia, sottolineare che i fattori da tenere in considerazione nello scegliere una soluzione piuttosto che l'altra non concernono solo gli interessi, in tal caso contrapposti dell'Unione e degli Stati membri.

Nella risoluzione di tale questione occorre, infatti, tenere in debita considerazione anche gli interessi dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea, ossia gli indagati che corrono il rischio di essere processati due volte per lo stesso reato, in violazione del cosiddetto principio del *ne bis in idem*¹⁵⁹¹, e di vedere violati i propri diritti di difesa¹⁵⁹².

Considerata la molteplicità e la rilevanza degli interessi in gioco, occorre brevemente analizzare quali sono i principali fattori da tenere in considerazione nel delineare se, e, nel caso di risposta affermativa, a quali reati, estendere la competenza della Procura europea al fine di garantire il rispetto di tali istanze.

Riteniamo, in seguito, opportuno valutare come sia stato affrontato il problema dal *Corpus Juris* alle attuali proposte legislative per valutare se le soluzioni adottate coniughino i vari interessi in gioco e, nel caso in cui la risposta sia negativa, proporre una soluzione che possa coniugare i diversi interessi. In tale sede, daremo risalto alla soluzione che garantisca la maggiore efficacia possibile all'azione della Procura europea secondo i criteri enunciati nel capitolo primo, dal momento che l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali degli individui sarà esaminata nel dettaglio nella Seconda Parte del lavoro. Ciononostante, occorre premettere fin da subito che l'esigenza di tutelare tali diritti è imprescindibile e sarà, quindi, presa in considerazione nella presente analisi. Per un approfondimento dei diritti fondamentali qui solo menzionati si rinvia, pertanto, alla seconda Parte del lavoro.

Quanto al profilo dell'efficacia ed effettività delle indagini svolte dalla Procura europea¹⁵⁹³, occorre

¹⁵⁹¹Il divieto del *ne bis in idem* è ora espressamente disciplinato dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Per l'analisi del contenuto e della portata del principio del *ne bis in idem* a livello europeo, in base alle disposizioni attualmente in vigore e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto, si rinvia al capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

¹⁵⁹²Per un'analisi dei diritti riconosciuti a livello europeo ai soggetti coinvolti in procedimenti penali, si rinvia alla trattazione contenuta nel capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

¹⁵⁹³Occorre sottolineare che riunire due o più procedimenti connessi, oltre a garantire l'efficacia delle indagini, tutela anche il diritto ad una buona amministrazione della giustizia, ora disciplinato dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali e consente una economia di atti processuali, così favorendo la ragionevole durata del processo e altri

evidenziare che la separazione di procedimenti penali connessi può ledere l'efficacia delle indagini e incidere su ragioni di economia processuale.

La finalità preordinata alla riunione di procedimenti connessi in unico *simultaneus processus* è, infatti, quella di garantire un'economia di atti processuali consentendo, per esempio, di sottoporre ad un unico esame un testimone che riferisce fatti relativi a più imputati. Al tempo stesso, in un procedimento riunito può essere ricostruito con maggiore chiarezza e completezza il quadro probatorio e i rapporti tra i vari fatti di reato. Normalmente i casi di connessione in cui è consentito riunire i procedimenti riguardano i casi in cui una il medesimo reato è stato commesso da più persone in concorso o in cooperazione tra loro, o se più persone con condotte indipendenti hanno determinato l'evento; nel caso in cui la medesima persona sia imputata in più reati commessi con una sola azione o omissione, ovvero con più azioni o omissioni esecutive del medesimo disegno criminoso, oppure, nel caso in cui si proceda per più reati che siano stati commessi per eseguire o occultare gli altri¹⁵⁹⁴. Vi è motivo di riunire diversi procedimenti in un unico processo, in definitiva, in tutti i casi in cui vi è una stretta connessione tra i fatti di reato commessi.

Considerata la stretta connessione tra i fatti di reato, la riunione di tali procedimenti è essenziale altresì, come abbiamo accennato sopra, per evitare che il medesimo soggetto sia punito due volte per lo stesso fatto di reato o che, in violazione del principio di proporzionalità delle pene¹⁵⁹⁵, sia ad esso applicata una pena eccessiva. La riunione in un solo procedimento di più procedimenti distinti consente, infatti, al giudice di avere una visione complessiva dei fatti di reato commessi dall'imputato e di irrogare, di conseguenza, una pena proporzionata; nel caso, invece, il soggetto sia condannato due volte da due giudici diversi vi è il rischio che le sanzioni irrogate, calcolate nel complesso, risultino sproporzionate.

Per quanto riguarda il divieto di essere punito due volte per lo stesso reato, che verrà approfondito dettagliatamente in seguito¹⁵⁹⁶, occorre osservare in tale sede che il rispetto di tale divieto diventa quanto più problematico rispetto alla questione che stiamo affrontando, tanto più si ritenga che il suo ambito applicativo comprenda il divieto di cumulo di sanzioni penali con sanzioni amministrative. Sebbene, infatti, sia pacifico che il divieto di *ne bis in idem* si applichi al caso in cui

diritti ricollegati al diritto ad un equo processo di cui all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riguardo al collegamento tra efficacia delle indagini e articolo 41 della Carta, si legga, altresì, A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *The Office of the European Public Prosecutor and the Related Offences: Deconstructing the Problem*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Perspectives*, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 120 e seguenti.

1594In tal senso, un esempio può essere rappresentato dal reato di falso commesso per occultare un reato di peculato.

Con riguardo ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione possono considerarsi indissolubilmente connessi anche i reati di corruzione, di spionaggio industriale, riciclaggio di denaro o abuso di ufficio. Si legga, al riguardo, N. BITZILEKIS, *The Definition of Ancillary Competence According to the Proposal for an EPPO – regulation*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Perspectives*, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, pp. 112-119.

1595Il principio di proporzionalità delle pene è ora espressamente disciplinato dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

1596Si veda, in proposito, il già richiamato capitolo sesto, titolo Primo della Seconda Parte.

vi sia il rischio che il medesimo soggetto sia perseguito o condannato due volte per aver commesso il medesimo fatto di reato nell'ambito di un processo penale, sorgono dubbi circa l'applicabilità del principio al caso in cui il medesimo soggetto sia condannato due volte, una volta in sede penale e una in sede amministrativa, per aver commesso il medesimo fatto. Come avremo modo di analizzare dettagliatamente in seguito, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con la propria giurisprudenza relativa all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, ha esteso l'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* ai procedimenti e alle sanzioni repressive sostanzialmente penali, pur se formalmente amministrative¹⁵⁹⁷. La Corte di Giustizia, dall'altra parte, benché inizialmente non abbia seguito tale approccio, nelle sentenze *Bonda*¹⁵⁹⁸ e *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*¹⁵⁹⁹ ha fatto proprio il ragionamento della Corte EDU ed ha applicato i criteri *Engel* per verificare se vi fosse stato un cumulo di sanzioni nei confronti del medesimo soggetto per i medesimi fatti e vi fosse, quindi, stata una violazione del principio del *ne bis in idem*.

Una tale ampia interpretazione del divieto di *ne bis in idem* complica la definizione dei reati connessi a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione che la Procura europea sarà competente a perseguire. In relazione ai reati di competenza della Procura europea potrebbe, infatti, verificarsi il medesimo problema verificatosi in ambito di concorrenza per quanto riguarda il cumulo di sanzioni amministrative e penali e l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* al caso in esame.

Fermo restando che le sanzioni irrogate dalla Procura europea rivestirebbero natura penale, essendo quest'ultimo un organo inquirente che svolge la propria funzione esercitando l'azione penale, gli Stati membri potrebbero prevedere per lo stesso tipo di lesione agli interessi finanziari dell'Unione sanzioni di tipo amministrativo, soprattutto nel caso in cui, come previsto dall'attuale proposta in discussione al Consiglio, la definizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione sia determinata mediante direttiva¹⁶⁰⁰.

1597In particolare, la Corte EDU ha ritenuto il termine "*criminal proceedings*" contenuto nell'articolo 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU equiparabile a fini interpretativi all'espressione "*criminal charge*" contenuta nell'articolo 6 della CEDU, al fine estendere le garanzie degli articoli 6 e 7 della CEDU a sanzioni classificate formalmente come amministrative. Si legga, in tal senso la nota sentenza della Corte EDU *Engel e a. c. Paesi Bassi*, dell'8 giugno 1976, Serie A n. 22, par. 82.

1598Corte di Giustizia *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, del 5 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

1599Corte di Giustizia sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, *cit.*.

1600Come abbiamo già ribadito più volte nel corso del lavoro, infatti, in tal caso, infatti, gli Stati membri sono liberi di scegliere quale tipo di sanzione applicare per punire la condotta criminosa. Si legga, in tal senso, anche la sentenza della Corte di Giustizia, *Louloudakis c. Stato ellenico*, causa C-262/99, del 12 luglio 2001, in *Racc.* I-5573, par. 61 e seguenti, in cui si legge che "*in assenza di armonizzazione della normativa comunitaria nel settore delle sanzioni applicabili in caso di inosservanza delle condizioni previste da un regime istituito da tale legislazione, gli Stati membri possono scegliere le sanzioni che sembrano loro appropriate. Essi tuttavia sono tenuti ad esercitare questa competenza nel rispetto del diritto comunitario e dei suoi principi generali e, di conseguenza, nel rispetto del principio di proporzionalità (v., in particolare, sentenze 16 dicembre 1992, citata, Commissione/Grecia, punto 19, e la giurisprudenza citata; 26 ottobre 1995, causa C-36/94, Siesse, Racc. pag. I-3573, punto 21, e 7 dicembre 2000, causa C-213/99, De Andrade, Racc. pag. I-11083, punto 20). Infatti, le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario agli obiettivi perseguiti e una sanzione non deve essere così sproporzionata rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alle libertà sancite dal Trattato (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1992, Commissione/Grecia, citata, par. 20)*".

In secondo luogo, occorre tenere conto delle difficoltà che sono state riscontrate nell'applicazione del divieto di *ne bis in idem* ai casi aventi una dimensione transnazionale¹⁶⁰¹. In tale situazione la mancanza di fiducia tra gli Stati membri, fiducia che, invece, frequentemente il legislatore europeo o la Corte di Giustizia presume, riveste un ruolo fondamentale e l'assenza di una disciplina uniforme a livello europeo che armonizzi la disciplina penale, sia sostanziale che processuale, degli Stati membri costituisce uno degli aspetti più problematici dell'intera regolamentazione della materia¹⁶⁰².

Alla luce di quanto sopra, si può, quindi, in primo luogo, affermare che la disciplina predisposta per stabilire se la Procura europea sia competente a perseguire anche i reati connessi e, se del caso, quali reati debbano considerarsi connessi, deve, al tempo stesso, garantire il rispetto di due esigenze fondamentali. L'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione e la tutela del soggetto indagato contro il rischio del *bis in idem*, soprattutto nei casi aventi una dimensione transfrontaliera. Al proposito, occorre ricordare che la competenza a perseguire reati connessi a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione era già stata prevista nella proposta di regolamento della Commissione del 2013, in cui si era stabilito che la Procura europea fosse competente a perseguire i reati indissolubilmente collegati a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, purché il fatto di svolgere le indagini e le azioni penali congiuntamente fosse considerato “nell'interesse della buona amministrazione della giustizia” e a condizione che i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione fossero prevalenti e che i reati connessi si basassero su fatti identici¹⁶⁰³.

La Commissione aveva motivato la propria scelta nei considerando della proposta rilevando che, dal momento che i reati contro gli interessi finanziari dell'Unione sono spesso strettamente connessi ad altri reati, “per garantire l'efficienza procedurale ed evitare eventuali violazioni del principio del *ne bis in idem*, occorre che la Procura europea sia competente anche per quei reati che a livello nazionale non si qualificano tecnicamente come reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ma i cui fatti costitutivi sono identici e indissolubilmente collegati a quelli dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”¹⁶⁰⁴.

1601Si legga, al proposito, sia per quanto concerne la disciplina di riferimento che la giurisprudenza al riguardo, l'analisi effettuata nel capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

1602Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza, a volte contraddittoria, sul punto e delle problematiche emerse, si rinvia al capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

1603Si legga, in tal senso, l'articolo 13, par. 1 della Proposta di regolamento della Commissione del 2013 (*Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final). L'articolo 13 della proposta prosegue stabilendo: “*Se tali condizioni non sono soddisfatte, lo Stato membro competente per gli altri reati è competente anche per i reati di cui all'articolo 12. La Procura europea e le procure nazionali si consultano per determinare l'autorità competente ai sensi del paragrafo 1. Ove opportuno per agevolare la determinazione della competenza, Eurojust può essere associato a norma dell'articolo 57. In caso di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali quanto alla competenza di cui al paragrafo 1, l'autorità giudiziaria nazionale competente a decidere sull'attribuzione della competenza per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decide la competenza accessoria. La determinazione della competenza a norma del presente articolo non è soggetta a riesame*”.

1604In tal senso, si legga il Considerando 22 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit..

La Procura europea, previa consultazione delle autorità competenti dello Stato membro interessato, sarà competente a perseguire tali reati connessi “qualora prevalga il reato che lede gli interessi finanziari dell’Unione”. La Commissione nei considerando precedenti la proposta aveva altresì specificato che, al fine di garantire la “coerenza e assicurare la direzione delle indagini e azioni penali a livello dell’Unione”, la competenza della Procura europea dovesse prevalere sulle rivendicazioni di competenza degli Stati membri, le cui autorità sarebbero dovute intervenire solo su richiesta della Procura europea, “salvo ove siano necessarie misure urgenti”¹⁶⁰⁵.

Le motivazioni addotte dalla Commissione nei considerando sono, quindi, le medesime da noi precedentemente evidenziate, ossia la necessità di garantire l'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione e l'effettività delle indagini della Procura europea e l'esigenza di tutelare gli indagati contro il rischio del *bis in idem*. Nonostante le intenzioni espresse in linea di principio nei considerando, la disciplina in concreto approntata e codificata all'articolo 13 della Proposta non permette di realizzare gli obiettivi proposti.

Nell'analizzare la disposizione concernente la competenza accessoria della Procura europea, occorre innanzitutto evidenziare che in base alla proposta della Commissione, la Procura europea gode di una competenza esclusiva per individuare e perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione¹⁶⁰⁶. La Commissione, andando oltre quello che era stato previsto nel *Corpus Juris*¹⁶⁰⁷,

1605In tal senso, considerando 23 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1606L'esclusività della competenza della Procura europea a perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione è espressamente sancita all'articolo 11, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1607Nel *Corpus Juris* non era stata affermata la competenza esclusiva del Pubblico Ministero europeo a perseguire gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Nell'articolo 22, par. 1 si legge, infatti: “*Per i reati sopra definiti (artt. 1-8), il P.M.E. esercita l'azione penale presso il giudice del dibattimento (designato come indicato infra, art. 26), secondo le norme in vigore nello Stato da cui questo dipende. La parte nazionale competente ad esercitare l'azione penale può, all'occorrenza, esercitare l'azione penale accanto ad esso, se sono in causa anche interessi nazionali. In questo caso, le notifiche e le citazioni sono indirizzate anche alla parte nazionale competente ad esercitare l'azione penale ed il fascicolo le è trasmesso in tempo utile*”. Al fine di garantire il rispetto del divieto di *ne bis in idem*, inoltre, nell'ultima disposizione di attuazione dell'articolo 18 è previsto che “*-il P.M.E. prevale sui P.M.N. -è impossibile perseguire a livello nazionale una persona già giudicata a livello europeo in ragione degli stessi fatti. -la giurisdizione penale che applica le disposizioni del Corpus Juris dovrà tener conto della misura in cui una persona ha già scontato qualunque pena che gli sia stata inflitta da una giurisdizione nazionale per lo stesso fatto*”.

nel Libro Verde del 2001¹⁶⁰⁸ e nelle *Model Rules*¹⁶⁰⁹, ha previsto una competenza esclusiva della Procura europea al dichiarato scopo di evitare lo svolgimento di indagini parallele a livello europeo e a livello nazionale. Nonostante sia stata prevista la competenza esclusiva dell'organo inquirente, tuttavia, la scelta della legge applicabile è determinata dalla legislazione nazionale e la determinazione dell'autorità competente a perseguire il caso è devoluta alle autorità giudiziarie competenti. Questo criterio vale anche per la determinazione della competenza accessoria della Procura europea.

1608 Nel Libro Verde del 2001 (Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001 COM (2001) 715 definitivo) era stato, infatti, stabilito che la competenza della Procura europea non fosse esclusiva, ma concorrente con quella degli Stati membri. L'opzione per l'attribuzione di una competenza esclusiva alla Procura europea era stata, in particolare, espressamente valutata nel Libro Verde del 2001 e scartata. Al punto 6.2.2.2., lett. a), p. 49 della versione italiana si legge, infatti: “*Il principio sotteso alla procura europea è che i reati definiti per la tutela degli interessi finanziari comunitari siano di sua competenza. Resta da stabilire in quale misura a questa competenza sostanziale debba corrispondere un'attribuzione esclusiva dei casi alla procura europea stessa oppure una ripartizione con le autorità nazionali. All'esclusiva è da preferire il riconoscimento di un principio duplice per permettere alla procura europea di svolgere il proprio ruolo: l'obbligo di adirla sistematicamente, nonché la supremazia di tale obbligo. Innanzitutto, come esposto in precedenza, la procura dovrebbe essere adita sistematicamente ove ricorrano elementi che consentano di stabilire il collegamento con un reato ai danni degli interessi finanziari comunitari. In secondo luogo, una volta che essa sia stata investita di un caso, le autorità inquirenti nazionali dovrebbero essere logicamente dichiarate incompetenti, applicando la regola «ne bis in idem» alla fase istruttoria. Fermo restando il duplice principio dell'obbligo di adire sistematicamente la procura europea e della primazia della sua azione sull'azione penale a livello nazionale, i casi comunitari potrebbero formare oggetto di una ripartizione tra la procura europea e le autorità responsabili dell'azione penale nazionale. In virtù del principio di sussidiarietà, infatti, determinati casi relativi alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità potrebbero essere affidati alle autorità nazionali: – in applicazione di una soglia fissata a priori dal legislatore, espressa per esempio come importo del reato; la procura europea verrebbe però tenuta al corrente, per poter continuare ad avere un quadro complessivo dei crimini commessi; – in base a una facoltà della procura europea di rinvio alle autorità inquirenti nazionali; questo potere potrebbe essere adattato in funzione dell'esperienza pratica, in base a determinati orientamenti, e prevedere per esempio il rinvio sistematico qualora un caso sia circoscritto al territorio di un unico Stato membro; – in tutti i casi, in applicazione di una delle eccezioni evocate in precedenza al principio di obbligatorietà dell'azione penale, tranne in caso di patteggiamento*”. Per quanto riguarda i casi misti, si legge, inoltre, nel Libro Verde (punto 6.2.2.2., lett. c), p. 51) che una possibile soluzione potrebbe essere quella di “*organizzare un meccanismo di consultazioni tra la procura europea e le autorità nazionali, il quale, con le esperienze mano a mano accumulate, progressivamente consoliderebbe in legami di reciproca fiducia. L'instaurazione dell'obbligo di adire la procura europea, che incombe in particolare alle autorità nazionali responsabili dell'azione penale, dovrebbe costituire il fondamento di questo dialogo. Il dialogo tra procura europea e procure nazionali dovrebbe essere soggetto al principio del pieno rispetto della certezza del diritto. In ogni caso, i procuratori europei delegati potrebbero accedere ai casellari giudiziari*”.

1609 Nonostante che nelle *Model Rules for the Procedure of the EPPO*, cit., la questione concernente la competenza sostanziale della Procura europea non fosse stata espressamente affrontata, considerato lo scopo di tali Regole Modello, ossia quello di creare un sistema processuale comune e, quindi, non di diritto sostanziale, da alcune disposizioni delle stesse è dato ricavare che anche in tal caso la competenza della Procura europea non era stata concepita come esclusiva. Si leggano, al riguardo, l'articolo 3, che prevede che la “*Procura europea ha la competenza prioritaria per indagare e promuovere l'azione penale in relazione ad ogni reato di sua competenza. Al fine di decidere se esercitare la propria competenza, la Procura europea deve considerare, in via principale: a) se sussista un pregiudizio sostanziale agli interessi della UE; b) se il reato presenti una dimensione transfrontaliera; c) se l'indagine coinvolga degli ufficiali della UE; se sussista l'esigenza di garantire una protezione equivalente agli interessi dell'UE negli Stati membri*”. Nella nota esplicativa relativa all'articolo è, inoltre, spiegato che “*Investigating and prosecuting offences affecting the financial interests of the EU falls within the shared competence of the EU and the Member States. Therefore both the EPPO and the national authorities are competent to deal with these offences. In order to ensure efficient investigations and prosecution, this Rule gives primary authority to the EPPO. This Rule thereby implies a hierarchical relationship between the EPPO and the national investigating and prosecuting authorities*”. Assume rilievo in tal senso anche l'articolo 5, in cui è stabilita la prevalenza della competenza della Procura europea, similmente a quanto avviene in ambito di concorrenza, per cui si veda l'articolo 11, par. 6 del Regolamento 1/2003. In particolare, l'articolo 5 prevede: “*Qualora la Procura europea decida di procedere con le indagini, le autorità nazionali sono private del potere di indagare o perseguire*

In base a quanto stabilito nella proposta di regolamento, infatti, in caso di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali quanto alla competenza per i reati indissolubilmente collegati a quelli di competenza della Procura europea conformemente all'articolo 12, “l'autorità giudiziaria nazionale competente a decidere sull'attribuzione della competenza per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decide la competenza accessoria”¹⁶¹⁰. Nel caso in cui venga stabilito che tali reati connessi siano di competenza di uno Stato membro, le autorità giurisdizionali di tale Stato membro saranno competenti anche per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione¹⁶¹¹. Come è possibile desumere da tale previsione, pertanto, lo scopo principale che il legislatore europeo ha voluto realizzare stabilendo riparto di competenze è stato quello di assicurare la trattazione congiunta dei procedimenti connessi, al fine di evitare il rischio del *bis in idem* e garantire una maggiore economia processuale. Non sono stati tenuti in considerazione in tale sede altri interessi quale quello alla preponderanza dell'interesse europeo alla prosecuzione a livello europeo dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione o quali il principio di legalità e di parità di trattamento di tutti i cittadini che, in tal caso, potranno essere soggetti a processi assoggettati a regole e garanzie completamente diverse a seconda che il medesimo reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione sia compiuto in connessione con altri reati che rispettino le condizioni stabilite nel primo paragrafo dell'articolo 13 o meno. L'incertezza circa le regole processuali e sostanziali (considerato se la portata dei reati sarà diversa da Stato a Stato, in quanto dipenderà dalle caratteristiche ad essi attribuite dalla legge interna di attuazione della direttiva) è tanto maggiore, in quanto la determinazione del soggetto competente non è neanche sottoposta a stringenti criteri determinati a livello sovranazionale, ma è rimessa alla valutazione, che sarà inevitabilmente di volta in volta diversa, poiché dipendente dalle regole processuali (che sono molto diverse nei diversi sistemi giuridici nazionali) dell'autorità giudiziaria nazionale competente a decidere sull'attribuzione della competenza per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale¹⁶¹².

In conclusione, dalla decisione circa la competenza accessoria dipenderà anche l'attribuzione alla Procura europea della competenza a perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione¹⁶¹³.

quel reato. La Procura europea può in ogni momento trasmettere alle autorità nazionali un'indagine di sua competenza. In tal caso, la Procura europea può, inseguito chiedere alle autorità nazionali che le indagini le vengano nuovamente trasmesse”.

1610In tal senso, articolo 13, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1611Al riguardo, articolo 13, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1612La situazione è altresì aggravata dalla circostanza che l'articolo 13, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* preveda che la “*determinazione della competenza a norma del presente articolo non è soggetta a riesame*”. Tale aspetto sarà, tuttavia, esaminato nel capitolo ottavo, Titolo secondo della parte Seconda, in cui ci occuperemo specificamente del controllo giurisdizionale.

1613Al proposito, occorre evidenziare che il fatto che due reati siano connessi non comporta sempre la necessità che essi siano riuniti. Nell'ordinamento giuridico italiano, per esempio, sono previsti dei criteri stringenti perché si possa disporre la riunione di procedimenti tra loro connessi. In particolare, l'articolo 17 del codice di procedura penale prevede che possa disporsi la riunione solo se sono soddisfatti i seguenti requisiti: i procedimenti siano pendenti

Risulta, pertanto, di fondamentale determinare quali siano i criteri in base ai quali determinati reati siano considerati accessori. La proposta di regolamento della Commissione, in particolare, prevede che debbano essere rispettate quattro condizioni affinché i reati possano dirsi connessi ed essere, quindi, trattati congiuntamente: in primo luogo, devono essere indissolubilmente collegati ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione; in secondo luogo, deve risultare nell'interesse della buona amministrazione della giustizia svolgere le indagini e le azioni penali congiuntamente; in terzo luogo, i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione devono essere prevalenti su quelli indissolubilmente collegati; infine, i reati indissolubilmente collegati devono basarsi su fatti identici a quelli su cui si basano i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione¹⁶¹⁴.

Pur elencandoli, tuttavia, la proposta di regolamento non definisce alcuno di tali criteri.

Quanto al primo e al quarto criterio, occorre rilevare che il concetto di “indissolubile collegamento” tra reati ha una portata più ampia del concetto di “identici fatti”, che è, del pari, menzionato nell'articolo. Pertanto, o si ritiene che il primo concetto sia una categoria più generale all'interno della quale assume rilievo il *genus* di “identici fatti”, che, pertanto, sarà in tale sede il criterio distintivo, oppure i due criteri sembrano porsi in contraddizione tra loro, poiché o si considerano parte della competenza accessoria della Procura europea i fatti “indissolubilmente collegati” ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione o si considerano parte di tale competenza i reati che si basano su “fatti identici” a quelli su cui si fondano i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Oltre a ciò, deve rilevarsi che anche la definizione di “fatti identici” non è di agevole soluzione poiché tale espressione sembra richiamare uno degli elementi caratterizzanti il divieto del *ne bis in idem*, ma anche in tale ambito sono state proposte interpretazioni più ampie o, al contrario, più restrittive del concetto di *idem*. Non riteniamo, tuttavia, opportuno esaminare le diverse interpretazioni fornite del concetto di *idem* a livello europeo, poiché tale analisi sarà approfonditamente svolta in altra sede¹⁶¹⁵. Si ritiene, tuttavia, necessario riportare l'approdo raggiunto dalla Corte di Giustizia, cui si è successivamente adeguata la Corte EDU¹⁶¹⁶, quanto alla definizione dell'elemento dell'*idem*, al fine di provare a delineare i criteri in base ai quali ritenere un reato connesso. La Corte di Giustizia ha stabilito che tra le tre diverse possibilità interpretative

nella stessa fase e nello stesso grado; i procedimenti siano di competenza del medesimo giudice; i procedimenti siano connessi oppure vi sia comunque tra gli stessi una di quelle ipotesi di collegamento probatorio disciplinate dall'articolo 371, comma 2, lett. b) del c.p.p.; la riunione non determini un ritardo nella definizione dei procedimenti.

1614 Tali requisiti sono enumerati nell'articolo 13, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

1615 Si legga, al riguardo, il capitolo sesto del Titolo Primo della Seconda Parte.

1616 La Corte EDU ha, infatti definito nella sentenza *Sergey Zolothukin c. Russia*, *cit.*, par. 84. il concetto di medesimi fatti come “*un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace*”. Tale definizione è ispirata alla formula utilizzata dalla Corte di Giustizia nella precedentemente sentenza *Van Esbroeck* del 2006 in relazione alla portata dell'elemento dell'*idem* nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

enucleate dall'Avvocato Generale¹⁶¹⁷, consistenti nella possibilità di identificare l'“*idem*” con i meri fatti, con la loro qualificazione giuridica o con lo scrutinio dei beni giuridici tutelati dalla norma penale, “l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro”, nel tempo, nello spazio, nonché per il loro oggetto¹⁶¹⁸.

In base a tale più ampia nozione, dunque, non si devono considerare fatti identici solo quelli che presentano una medesima qualificazione giuridica o che proteggono lo stesso bene giuridico, ma quelli che presentano un'identità di fatti materiali, intese come un insieme di circostanze inscindibilmente collegate tra loro. In tal senso, quindi, la definizione di medesimi fatti riprende il criterio “indissolubilmente” prima menzionato e abbraccia un'ampia gamma di fattispecie. Tuttavia, occorre, al proposito, domandarsi se una tale ampia interpretazione, giustificabile e anzi apprezzabile in materia di interpretazione del divieto di *ne bis in idem*, sia quella più adeguata a definire il criterio di determinazione dei reati accessori di competenza della Procura europea. La *ratio* sottesa ai due istituti è infatti diversa e in tal modo il rischio paventato da molti Stati di allargare surrettiziamente la competenza della Procura europea potrebbe effettivamente correre il rischio di concretizzarsi.

Per quanto riguarda, il concetto della prevalenza, l'unico intento definitorio che troviamo nel testo della proposta di regolamento è contenuto nei considerando in cui la Commissione esplicita che la “prevalenza dovrebbe essere funzione di criteri quali l'incidenza finanziaria del reato sul bilancio dell'Unione e sui bilanci nazionali, il numero delle vittime o altre circostanze legate alla gravità del reato, oppure le sanzioni applicabili”¹⁶¹⁹. La Commissione non fornisce, quindi, un criterio definitorio preciso ma si riferisce a più elementi molto diversi tra loro che, in caso di disaccordo, l'autorità nazionale competente dovrà utilizzare per determinare l'autorità competente. In assenza di

1617Conclusioni dell'avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 20 ottobre 2005 nella causa *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, in *Racc.* p. I-2336, par. 43 e seguenti. In particolare, rispettivamente, al par. 46 e 47 afferma che “*per le stesse ragioni deve essere respinto anche il criterio del bene giuridico protetto, poiché esso risulta talmente vincolato alle legittime opzioni delle politiche criminali nazionali da permettere che sia punito più di una volta un medesimo comportamento, frustando l'obiettivo dell'art. 54 della Convenzione*” e che “*se anziché i semplici fatti si prendessero in considerazione le violazioni di norme giuridiche o dei valori che queste sanciscono, il principio del ne bis in idem non sarebbe mai operativo a livello internazionale*”.

1618L'argomento della Corte muove dal rilievo che “*data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti*”. In tal senso, Corte di Giustizia *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, cit., par. 35-36. Nel medesimo senso, si è espressa la Corte anche nella più recente sentenza *Norma Kraaijenbrink*, causa C-367/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. , par. 26-36. Per un approfondimento, si legga A. WEYEMBERGH, I. ARMADA, *The Principle of ne bis in idem in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar, 2016. La Corte di Giustizia ha ribadito che il concetto di interesse giuridico tutelato non può essere utilizzato nel definire il concetto di *idem* anche nella sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-6641, par. 33. In tal senso anche la sentenza della Corte di Giustizia *Van Straaten*, causa C-150/05, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9327, par. 48 e 53.

1619Al riguardo, si legga il Considerando 22 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit..

una precisa determinazione, risulta, quindi, agevole per l'autorità nazionale utilizzare tali criteri in modo da attribuire la competenza al soggetto che ritenga più appropriato. Con tale decisione potrebbe, come abbiamo visto, anche sottrarre alla Procura europea la competenza a perseguire i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Infine, l'ultimo criterio prevede che la riunione dei procedimenti debba essere effettuata nell'interesse della buona amministrazione della giustizia. Tale concetto, non è, del pari definito, ma potrebbe al proposito ritenersi definibile per rinvio al concetto di buona amministrazione contenuto nell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale ultimo criterio è, tuttavia, scomparso nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017. Del pari, gli altri criteri discretivi hanno subito delle modifiche nell'ultima versione della proposta di regolamento. Occorre, pertanto, esaminarne le differenze e verificarne la compatibilità con il rispetto delle esigenze sopra menzionate, ossia l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea e il rispetto dei diritti fondamentali degli individuali, *sub specie*, in particolare di divieto del *ne bis in idem* e di rispetto del diritto ad un equo processo.

Al proposito occorre sottolineare che, mentre le motivazioni adottate dal legislatore europeo nei considerando sono simili a quelle contenute nella proposta della Commissione del 2013¹⁶²⁰, la disciplina in concreto approntata presenta caratteristiche diverse ed ancora più limitative della competenza sostanziale della Procura europea¹⁶²¹.

In primo luogo, nella versione attuale della proposta, la competenza della Procura europea ad esercitare l'azione penale in relazione ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione non è esclusiva, come nella proposta della Commissione, ma concorrente con quella degli Stati membri¹⁶²².

In secondo luogo, pur essendo stata mantenuta la competenza accessoria della Procura europea a perseguire “qualsiasi altro reato indissolubilmente legato a una condotta criminosa” rientrante nel novero dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione¹⁶²³, il riferimento all'interesse alla buona

1620Nel Considerando 49 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 (*Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30) si legge, infatti: “*Per assicurare l'efficienza delle indagini su reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e il rispetto del principio del ne bis in idem può essere necessario, in taluni casi, allargare le indagini ad altri reati ai sensi della legislazione nazionale, qualora questi ultimi siano indissolubilmente legati a un reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione*”.

1621Occorre, tuttavia, accogliere con favore e considerare una modifica positiva del testo il fatto che l'articolo 17, par. 1 *bis* preveda che la Procura europea sia “*competente anche per i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, quale attuata dalla legislazione nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1*”.

1622Si leggano, in tal senso il Considerando 7, il quale espressamente stabilisce che il regolamento prevede “*un sistema di competenze concorrenti tra la Procura europea e le autorità nazionali nella lotta ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione basato sul diritto di avocazione della Procura europea*” e l'articolo 20 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1623In tal senso, si legga l'articolo 17, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il Considerando 49 della medesima proposta, inoltre, precisa che la

amministrazione della giustizia è scomparso ed è stato sostituito dalla condizione che la competenza riguardo a tali reati possa essere esercitata “solo in conformità dell'articolo 20, paragrafo 3”¹⁶²⁴.

L'articolo 20, par. 3 della proposta di regolamento elenca le situazioni in cui la Procura europea deve astenersi dall'esercitare la propria competenza e rinviare il caso alle autorità nazionali competenti¹⁶²⁵. In particolare, la disposizione ora menzionata indica tre casi in cui la Procura deve astenersi dall'esercitare l'azione penale: il caso in cui la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione sia meno severa della sanzione massima prevista per il reato indissolubilmente collegato; il caso in cui la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione sia uguale alla sanzione massima per il reato indissolubilmente collegato, “a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione” del reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione; infine, nel caso in cui vi sia “motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione” causato da un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione “non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima”¹⁶²⁶.

La Procura europea, quindi, al fine di stabilire la propria competenza sui reati accessori, deve stabilire quale reato è preponderante. I criteri per determinare la preponderanza nel caso dell'attuale proposta di regolamento sono quelli contenuti nell'articolo 20, par. 3, che abbiamo appena elencato. Fin da una prima lettura degli stessi è dato desumere che i criteri per determinare tale preponderanza consistono in due elementi molto diversi tra loro: il danno causato dal reato e il

“nozione di reati indissolubilmente legati dovrebbe essere considerata alla luce della relativa giurisprudenza, che, per l'applicazione del principio del ne bis in idem, adotta come criterio pertinente l'identità dei fatti materiali (o fatti sostanzialmente uguali), intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio”. Nel considerando 49 bis, inoltre, si legge: “La nozione di reati strumentali dovrebbe coprire, in particolare, i reati che sono stati commessi principalmente al fine di creare le condizioni per commettere un reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione, come i reati strettamente finalizzati a procurarsi i mezzi materiali o giuridici per commettere il reato che lede gli interessi finanziari dell'Unione, o ad assicurarsi il relativo profitto o prodotto”.

¹⁶²⁴Articolo 17, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Testualmente, l'articolo 17, par. 2 recita: “La Procura europea è altresì competente per qualsiasi altro reato indissolubilmente legato a una condotta criminosa rientrante nel campo di applicazione del paragrafo 1 del presente articolo. La competenza riguardo a tali reati può essere esercitata solo in conformità dell'articolo 20, paragrafo 3”.

¹⁶²⁵Articolo 20, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che letteralmente prevede: “La Procura europea si astiene dall'esercitare la sua competenza in relazione a qualsiasi reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17 e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia senza indugio il caso a queste ultime a norma dell'articolo 28 bis se: a) la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafo 1, è meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente legato di cui all'articolo 17, paragrafo 2; o a bis) la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafo 1, è uguale alla sanzione massima per il reato indissolubilmente legato di cui all'articolo 17, paragrafo 2, a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafo 1; o b) vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'articolo 17 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima. La lettera b) del presente paragrafo non si applica ai reati di cui all'articolo 3, lettere a) e d), della direttiva 2017/xx/UE quale attuata dalla legislazione nazionale”.

¹⁶²⁶Quanto a quest'ultima condizione, l'articolo 20, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* precisa, inoltre, che tale condizione non si applica nel caso di reati di cui all'articolo 3, lettere a) e d), della direttiva 2017/xx/UE quale attuata dalla legislazione nazionale.

trattamento sanzionatorio previsto per tale reato¹⁶²⁷. Mentre il primo è un criterio valutativo che dovrà tenere conto di dati economici e finanziari, nonché di ulteriori valutazioni dipendenti dalla definizione di danno accolta nei diversi ordinamenti giuridici, il secondo criterio, ossia, l'entità della sanzione prevista per il reato è un criterio legale che, in assenza di una definizione normativa comune a livello europeo, sarà determinato di volta di volta in base alla legge nazionale applicabile al caso di specie. Per definire quale reato sia preponderante, la Procura europea o, in caso di disaccordo, l'autorità competente a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale¹⁶²⁸, dovrà, quindi, comparare la gravità del reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione con quella del reato rientrante nella propria competenza accessoria sulla base dell'entità delle sanzioni massime previste dalla legge nazionale o del livello di danno causato all'Unione rispetto a quello causato alle altre vittime.

Un tale sistema, oltre ad essere complesso, non risolve neanche il problema a cui voleva trovare una soluzione, ossia garantire una maggiore certezza del diritto. I criteri utilizzati sono, infatti, in teoria più chiari e precisi di quelli previsti nella proposta di regolamento della Commissione ma, come abbiamo evidenziato, a causa della preponderanza attribuita alla legge nazionale rispetto a quella europea, non sono del pari adeguatamente definiti poiché la definizione del loro contenuto varierà a seconda dello Stato membro la cui legge sarà applicabile e, in ultima analisi, in caso di disaccordo, sarà altresì stabilita dall'autorità giurisdizionale di tale Stato membro, che, per ovvie ragioni, applicherà la propria legge nazionale. In tal modo la situazione è, quindi, forse peggiorata poiché la Procura europea nel determinare quali reati rientrino nella sua competenza è soggetta a limiti più stretti ma non più chiari o prevedibili in anticipo, poiché dipendenti dalla legislazione nazionale rilevante nel caso di specie e non definiti in modo uniforme a livello europeo¹⁶²⁹.

Con tale espediente, escogitato per limitare ulteriormente la competenza accessoria della Procura europea¹⁶³⁰, oltre a non essere tutelati i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, sarà

1627Tale criterio è menzionato anche nel Considerando 49 *ter* della della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in cui si legge che la “prevalenza dovrebbe essere stabilita principalmente in funzione della gravità del reato in causa quale rispecchiata nella sanzione suscettibile di essere irrogata”.

1628In tal senso, si legga, conformemente a quanto era stato stabilito con la proposta della Commissione del 2013, l'articolo 20, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* stabilisce che in caso “di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafi 1 bis e 2, o dell'articolo 20, paragrafi 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri stabiliscono l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza”.

1629In senso parzialmente diverso, A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Study for the LIBE Committee, 2016, in cui si legge: “The replacement of a condition based on the good administration of justice by more “mathematical” conditions intended to verify the preponderance of the PIF offences results in less flexibility and margin of manoeuvre for the EPPO. Although this would help to guarantee more legal certainty, it will not necessarily correspond to the interest of justice”.

1630La volontà legislativa di non compromettere la competenza degli Stati membri è altresì testimoniata dall'articolo 17, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in cui è stato precisato un elemento che, forse, poteva anche ritenersi implicito. Tale disposizione, infatti, prevede: “In ogni caso, la Procura europea non è competente per i reati in materia di imposte dirette nazionali e il

anche messa a rischio la possibilità per la Procura europea di effettuare indagini efficaci nei casi in cui sia necessario indagare anche su reati indissolubilmente connessi a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione al fine di perseguire gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Nell'ultima versione della proposta di regolamento del Consiglio, è, inoltre, scomparso il riferimento alla possibilità che *Eurojust* potesse essere consultato e intervenire come, invece, era stato previsto dall'articolo 13, par. 2 della proposta della Commissione del 2013¹⁶³¹; in base al testo attuale, in caso di disaccordo tra la Procura europea e le autorità nazionali, la decisione in merito all'attribuzione delle competenze è rimessa esclusivamente alle autorità nazionali competenti, senza alcuna previa consultazione con *Eurojust*.

Un elemento positivo è costituito dal fatto che almeno è stata prevista la possibilità per la Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale “sull'interpretazione degli articoli 17 e 20 del [omissis...] regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali competenti”¹⁶³². Sebbene tale previsione debba essere accolta con favore, occorre ribadire che il rinvio pregiudiziale non costituisce comunque una forma di ricorso diretto e, pertanto, l'effettiva efficacia dello stesso è rimessa alla buona volontà delle autorità giurisdizionali competenti. Sebbene sussista un dovere di leale cooperazione¹⁶³³ e, nel caso delle giurisdizioni nazionali di ultima istanza, il rinvio sia obbligatorio¹⁶³⁴, occorre sottolineare che in molti casi gli Stati potrebbero limitarsi ad applicare la disciplina predisposta dalla propria legislazione nazionale. Il fatto che il compito di risolvere il conflitto di competenze non sia stato assegnato ad un organo indipendente quale la Corte di Giustizia è stato lamentato dal Parlamento europeo, il quale ha altresì sottolineato che la chiarezza e precisione nel riparto di competenze tra Procura europea e autorità nazionali è essenziale per l'efficienza della Procura europea e senza una chiara definizione in tal senso il testo potrebbe non essere accettato¹⁶³⁵.

Alla luce dei rilievi svolti è, quindi, possibile affermare che la soluzione adottata nell'ultima proposta di regolamento del Consiglio non è efficace, in quanto non permette di raggiungere gli obiettivi prefissati al riguardo, né di tutelare adeguatamente i diritti degli individui coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea.

Al proposito, l'unica soluzione che permetterebbe di coniugare tali esigenze sarebbe quella di

presente regolamento non pregiudica la struttura e il funzionamento dell'amministrazione fiscale degli Stati membri”.

1631 Articolo 13, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, in cui si leggeva: “*La Procura europea e le procure nazionali si consultano per determinare l'autorità competente ai sensi del paragrafo 1. Ove opportuno per agevolare la determinazione della competenza, Eurojust può essere associato a norma dell'articolo 57*”.

1632 Articolo 36, par. 2, lett. c) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

1633 Il dovere di leale cooperazione è espressamente disciplinato dall'articolo 4, par. 3 del TUE.

1634 In tal senso, si legga l'articolo 267 del TFUE.

1635 Si legga, in tal senso, la Risoluzione del Parlamento europeo del 2016, par. 3.

prevedere una disciplina precisa e uniforme a livello europeo dei criteri in base ai quali determinare la competenza accessoria della Procura europea, lasciare a tale organo il compito di decidere quali reati rientrino nella sua competenza sulla base di tali precisi criteri previamente stabiliti e prevedere la possibilità di un ricorso giurisdizionale effettivo dinanzi alla Corte di Giustizia, nel caso in cui le autorità nazionali ritenessero che tali criteri non siano stati rispettati.

Vale appena menzionare, al proposito, che in tal caso la Procura europea non sceglierebbe la legge in base a cui determinare i reati di propria competenza, così violando il principio di legalità e di separazione dei poteri, ma semplicemente applicherebbe i criteri predeterminati e conoscibili *ex ante* stabiliti nel regolamento istitutivo della stessa. Si limiterebbe, pertanto, ad applicare tali criteri nel caso di specie, determinando quali reati rientrino nella propria competenza e quali, invece, non vi rientrino.

1.2.2.2. II SEZIONE Estensione della competenza della Procura europea ai sensi dell'articolo 86, par. 4 del TFUE

Nei prossimi paragrafi ci proponiamo di analizzare se sia opportuno estendere la competenza della Procura europea, ai sensi dell'articolo 86, par. 4 del TFUE, a forme di criminalità grave che presenta una dimensione transfrontaliera al fine di garantire un'efficace attuazione delle politiche europee nel senso delineato nel capitolo primo. In particolare, sarà scrutinata la possibilità di estendere la competenza della Procura europea ai reati di terrorismo, ai reati ambientali e agli illeciti commessi in violazione delle regole di concorrenza.

4.1.1.1.31 Valutazione circa l'estensione della competenza della Procura europea ai reati di terrorismo

L'articolo 86, par. del TFUE prevede che il “Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. [omissis...]”¹⁶³⁶. Il paragrafo 1, in particolare, stabilisce che la Procura europea può essere istituita “a partire da Eurojust” per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e il paragrafo 2 prevede che la Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, “quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e

¹⁶³⁶In tal senso, recita l'articolo 86, par. 4 del TFUE.

i loro complici”¹⁶³⁷.

In base a quanto previsto dal paragrafo 4 del medesimo articolo 86 del TFUE, pertanto, nel caso in cui si decidesse di estendere la competenza della Procura europea ad altre forme di reato, si applicherebbero le stesse regole previste nei paragrafi precedenti del medesimo articolo a cui è espressamente fatto rinvio. A tal fine tali paragrafi sarebbero modificati dalla decisione del Consiglio nella parte in cui si riferiscono esclusivamente ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e agli autori di tali reati.

L'unica differenza consiste, quindi, nella procedura che deve essere adottata per estendere la competenza della Procura europea a tali forme di reato, dal momento che la disciplina inerente i poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale della Procura europea sarebbe la medesima contenuta nel regolamento istitutivo della stessa di cui al paragrafo 1¹⁶³⁸. Le implicazioni derivanti dalla circostanza che per estendere la competenza della Procura europea è necessaria una decisione unanime in seno al Consiglio non sarà analizzata in tale sede poiché una tale analisi sarebbe esorbitante rispetto allo specifico profilo trattato.

L'analisi si concentrerà sull'opportunità e sulla necessità di estendere tale competenza. Sarà, in particolare, vagliata tale necessità alla luce dell'effettività, così come interpretata a livello europeo¹⁶³⁹, ossia sarà scrutinato se attribuire una tale competenza allargata alla Procura europea contribuisca al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel settore di intervento preso in considerazione e permetta una più efficace attuazione delle regole europee che lo disciplinano¹⁶⁴⁰.

1637L'articolo 86 del TFUE prevede, in particolare, al paragrafo 1, 2 e 3 quanto segue: “1. Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata. 2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. 3. I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni”.

1638L'articolo 86, par. 4 del TFUE prevede, infatti, che al fine di estendere la competenza sostanziale della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, “Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione”. Non è, quindi, prevista la possibilità contemplata nel paragrafo 1 nel caso in cui la competenza della Procura europea sia limitata alla lotta contro gli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ossia la facoltà per un gruppo di almeno nove Stati membri instaurino una cooperazione rafforzata.

1639Si legga, al riguardo, l'analisi svolta circa il contenuto e la portata dell'effettività a livello europeo nel capitolo primo, titolo Primo, della Prima Parte.

1640Si veda, al riguardo, il capitolo primo, titolo Primo, della Prima Parte, nonché J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, pp. 370-387.

Al tempo stesso, occorrerà verificare se una tale estensione di competenza si ponga in contrasto con il rispetto dei diritti fondamentali degli individui indagati dalla Procura europea, dal momento che il rispetto dei diritti fondamentali è imprescindibile nell'ordinamento giuridico europeo, come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, la quale ha ripetutamente affermato che l'Unione deve essere considerata un'“Unione di diritto”¹⁶⁴¹.

I requisiti che l'articolo 86, par. 4 del TFUE prevede affinché la competenza della Procura europea possa essere estesa ad altri reati sono la gravità e la dimensione transnazionale degli stessi. Sembra, pertanto, opportuno definire tali requisiti al fine di valutare quali reati possano rientrare nella competenza della Procura europea.

Considerato che tali concetti non sono stati definiti dal legislatore nell'articolo 86 del TFUE, occorre verificare se siano stati definiti altrove del Trattato e se la definizione ad essi accordata in tali disposizioni possa essere adottata anche in riferimento all'articolo 86 del TFUE. Al proposito, assumono particolare rilievo l'articolo 85 del TFUE, relativo ad *Eurojust*¹⁶⁴² e l'articolo 83 del TFUE, il quale prevede che il Parlamento europeo e il Consiglio possano stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni “in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”¹⁶⁴³.

Rispetto ai requisiti previsti dall'articolo 86 TFUE, mentre quelli contenuti nell'articolo 85 del TFUE sono descritti in maniera simile a quanto stabilito dall'articolo 86 del TFUE¹⁶⁴⁴, quelli richiesti dall'articolo 83 del TFUE sembrano essere più stringenti. Per quanto riguarda il requisito della gravità, infatti, l'articolo 83 TFUE si riferisce a sfere di “criminalità particolarmente grave”, mentre l'articolo 86 TFUE prevede che la competenza possa essere estesa alla “criminalità grave”.

Per quanto concerne il requisito della transnazionalità, inoltre, mentre l'articolo 86 del TFUE fa riferimento alla criminalità grave avente una dimensione transnazionale e a “reati gravi con ripercussioni in più Stati membri”, l'articolo 83 TFUE specifica più precisamente cosa debba

1641 Sulla rilevanza dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico e, in particolare, sulla definizione del contenuto e della portata dei diritti fondamentali in materia penale, sia sostanziale che processuale a livello europeo, si legga l'analisi svolta nei capitoli quinto e sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

1642 In particolare l'articolo 85, par. 1 del TFUE recita: “Eurojust ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la *criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni*, sulla scorta delle operazioni effettuate e delle informazioni fornite dalle autorità degli Stati membri e da Europol”.

1643 In tal senso, si legga l'articolo 83 del TFUE. Per l'analisi del contenuto, della portata e dell'interpretazione fornita a tale disposizione, si legga l'esame effettuato nel capitolo secondo, Titolo Primo della Parte Prima.

1644 L'articolo 85 del TFUE, in particolare, quanto al requisito della gravità adotta la medesima locuzione utilizzata nell'articolo 86, par. 4 TFUE, stabilendo che “Eurojust ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la *criminalità grave*”. Per quanto riguarda il requisito della transnazionalità, invece, precisa che ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra autorità nazionali contro la criminalità grave che “*interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni*”. In tal senso, la formulazione è più vicina a quella contenuta nell'articolo 83 del TFUE nel quale il legislatore si riferisce alle sfere di “criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”.

intendersi per carattere transnazionale dei reati stabilendo che per rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 83 TFUE i reati devono presentare una dimensione transnazionale “derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”. La formulazione dell'articolo 86 TFUE è, pertanto, più ampia, o, perlomeno rispetto al requisito della transnazionalità dei reati, meno precisa di quella corrispondente contenuta nell'articolo 83 del TFUE.

Al proposito, si ritiene, pertanto, che la definizione dei requisiti di gravità e transnazionalità contenuta nell'articolo 83 del TFUE possa essere adottata anche in riferimento alla nozione di gravità e transnazionalità contenuta nell'articolo 86 TFUE; la categoria più ristretta di reati cui si riferisce l'articolo 83 TFUE comprende, infatti, senza dubbio quella più ampia cui rinvia l'articolo 86 del TFUE. Per quanto riguarda il requisito della gravità, in particolare, sembra che l'articolo 83 del TFUE richieda una verifica ulteriore rispetto all'articolo 86 del TFUE. Se, infatti, un reato è considerato particolarmente grave, esso sarà senza dubbio grave¹⁶⁴⁵.

Per quanto concerne la transnazionalità, definita dall'articolo 86 del TFUE come caratteristica dei reati che hanno “ripercussioni in più Stati membri”, l'articolo 83 TFUE precisa che tali ripercussioni possono derivare dal “carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni”. In tal caso, quindi, le definizioni sembrano corrispondere, essendo quella prevista nell'articolo 83 TFUE solo una specificazione di quella di cui all'articolo 86 del TFUE. Il termine “ripercussioni”, infatti, potenzialmente abbraccia tutte le ipotesi contemplate nell'articolo 83 del TFUE.

La formulazione dell'articolo 86 TFUE porta, dunque, ad un'interpretazione ampia dei requisiti di gravità e transnazionalità.

In particolare, il requisito della gravità è definibile in senso negativo nel senso che non possono rientrare nella competenza della Procura europea i reati di lieve entità a cui conseguono effetti limitati¹⁶⁴⁶. Al proposito, occorre rilevare che una tale nozione di gravità è stata implicitamente accolta anche dalla Commissione nella Comunicazione del 2011 sulla politica penale dell'Unione europea. In tale contesto, nel definire i settori di intervento in cui il diritto penale dell'Unione potrebbe essere necessario, la Commissione, dopo aver ribadito che “le misure di diritto penale

¹⁶⁴⁵Quanto all'interpretazione da fornire ai requisiti di gravità e transnazionalità previsti nell'articolo 86 TFUE, occorre rilevare che il riferimento al requisito della sola gravità e non della particolare gravità è contenuto anche nell'articolo 85, par. 1 del TFUE relativo ad *Eurojust*, che prevede che *Eurojust* abbia il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale contro la “criminalità grave che interessa due o più Stati membri o che richiede un'azione penale su basi comuni”.

¹⁶⁴⁶In tal senso, VOGEL in E. GRABITZ, M. HILF, M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union* (versione elettronica), München 2011, Articolo 83, paragrafo 34 e P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., pp. 85-86, che, in riferimento alla definizione di particolare gravità di cui all'articolo 83 del TFUE ha affermato che, ad esempio, “it seems clear that the Treaty, as it is now framed, would not allow for criminal law harmonisation of every day road traffic offences, such as speeding, drunk driving etc.”. Per una definizione del concetto di reati gravi, si legga anche M. L. WADE, *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, 2014, Studio per il Parlamento europeo, pp. 21-27.

possono essere considerate strumentali all'efficace attuazione delle politiche dell'Unione”, ha precisato che tra i criteri di cui occorre tener conto per individuare i settori di intervento vi è quello della “gravità e della natura della violazione delle norme”. La stessa ha, infatti, ribadito che per alcuni comportamenti illegali considerati particolarmente gravi, una sanzione amministrativa può non essere una risposta sufficientemente forte¹⁶⁴⁷. Pur senza definire espressamente il concetto di gravità, la Commissione ha, quindi, confermato che in presenza di una condotta antiggiuridica gravemente lesiva del bene giuridico protetto la risposta sanzionatoria adeguata sia quella penale¹⁶⁴⁸. Per quanto riguarda il requisito della transnazionalità, la formulazione di cui all'articolo 86 TFUE è altrettanto ampia. Essa, infatti, stabilisce che i reati hanno dimensione transnazionale quando hanno “ripercussioni in più Stati membri”. I reati presi in considerazione non sono, quindi, solo quelli i cui elementi costitutivi sono intrinsecamente transfrontalieri¹⁶⁴⁹, ma anche quelli che, benché commessi sul territorio di un solo Stato membro, abbiano carattere transfrontaliero per la loro portata o per le conseguenze che dispiegano sul territorio di altri Stati membri¹⁶⁵⁰.

Quanto alla descrizione delle fattispecie di reato è stato sottolineato che non è ragionevole pretendere che la gravità e la dimensione transnazionale di tali reati faccia parte della descrizione della fattispecie incriminatrice contenuta nello strumento di diritto derivato che la regola a livello europeo. Ad esempio, nel disciplinare la fattispecie di traffico di esseri umani non deve

1647In tal senso, si legga la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 13, in cui, inoltre, esplica la diversa portata dissuasiva e, quindi, le diverse conseguenze in termini di effettività che comporta l'adozione di una sanzione penale o amministrativa. A tal riguardo, si esprime in questi termini: “*per alcuni comportamenti illegali considerati particolarmente gravi, una sanzione amministrativa può non essere una risposta sufficientemente forte. Analogamente, le sanzioni di tipo penale possono essere scelte quando si ritiene importante mettere in risalto la forte riprovevolezza per garantire la deterrenza. La registrazione delle condanne nel casellario giudiziale può avere un particolare effetto deterrente. Al contempo, i procedimenti penali spesso prevedono una maggiore protezione dei diritti dell'imputato, il che riflette la gravità dell'imputazione; Si deve altresì tenere presente l'efficacia del sistema sanzionatorio, così come la misura in cui e le ragioni per le quali le sanzioni attuali non permettono l'attuazione auspicata. È opportuno scegliere il tipo di sanzione considerata più appropriata per ottenere il risultato complessivo in termini di efficacia, proporzionalità e dissuasività*”.

1648In tal senso, la Commissione ha altresì ribadito che “*le sanzioni di tipo penale possono essere scelte quando si ritiene importante mettere in risalto la forte riprovevolezza per garantire la deterrenza*”. In tal senso, si legga la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 13.

1649Un esempio di reato intrinsecamente transfrontaliero, in cui la transnazionalità rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice è, per esempio, il contrabbando di beni e il traffico di esseri umani. Si legga, al riguardo, P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, cit., p. 86, il quale comprende nella nozione di reati transnazionali sia quelli che hanno carattere transfrontaliero “per natura” che quelli che esplicano i loro effetti sul territorio di un altro Stato membro ma, tuttavia, afferma: “*The distinction between offences that have a cross-border dimension by nature and offences that have a cross-border dimension resulting from the impact of the offence may, of course, be seen as rather arbitrary*”.

1650Esempi di reati che hanno ripercussioni sul territorio di diversi Stati membri pur essendo stati commessi sul territorio di un unico Stato membro sono, per esempio, i gravi reati ambientali e la contraffazione dell'euro. Entrambi, infatti, dispiegano i loro effetti sul territorio di diversi Stati membri pure se potenzialmente possono essere commessi sul territorio di un solo Stato. In tal senso, in relazione al requisito della transnazionalità contenuto nell'articolo 83 del TFUE, che, come abbiamo sottolineato nel testo, presenta una definizione più precisa e, quindi, tuttalpiù più ristretta di quella più generica contenuta nell'articolo 86 del TFUE, si legga D. FLORE, *Droit pénal européen, Les enjeux d'une justice pénale européenne*, 2 ed., Larcier, p. 124.

necessariamente essere specificata la gravità e il carattere transnazionale del reato nella descrizione degli elementi costitutivi della fattispecie tipica. Conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia per cui occorre privilegiare la sostanza alla forma¹⁶⁵¹, il fattore discriminante è costituito dal fatto che tale fattispecie di reato effettivamente sia grave e abbia una dimensione transnazionale¹⁶⁵².

La valutazione circa la transnazionalità di un reato e la sua gravità dovrà, pertanto, essere ricavata dall'intera disciplina che regola tale fattispecie di reato; una tale verifica non potrà limitarsi all'accertamento del dato formale della specifica menzione di tali requisiti nella descrizione della fattispecie tipica.

Il Trattato, in proposito, nell'articolo 83, par. 1 TFUE elenca una serie di reati, i quali possono essere estesi dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo, che nell'ottica del legislatore europeo meritano per definizione un approccio a livello di Unione europea, in ragione della loro natura particolarmente grave e della loro dimensione transnazionale¹⁶⁵³. Tali reati, in particolare, sono il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e

¹⁶⁵¹In particolare, con riferimento alla prevalenza della sostanza sulla forma dell'atto in riferimento all'annullamento di quest'ultimo, si legga, *ex multis*, le sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa 22-70, del 31 marzo 1971, in *Racc. p.*, par. 42; *Francia c. Commissione*, causa C- 57/95, del 20 marzo 1997, in *Racc. p.*, par. 7 richiamata, da ultimo, dalla sentenza *Germania c. Commissione*, causa T-258/06, del 20 maggio 2010, in *Racc. p.*, par. 25. Quanto alla prevalenza della sostanza sulla forma nel determinare se una determinata sanzione ha carattere penale o meno, si legga, invece, la giurisprudenza della Corte EDU nella sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, dell'8 giugno 1976, serie A, n. 22, par. 80-82, nonché *Zolotoukhine c. Russia*, del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, par. 52 e 53, nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha ripreso tale giurisprudenza. In tal senso, si legga la sentenza *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, del 5 giugno 2012, *cit.*, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

¹⁶⁵²Al proposito, P. ASP, *The substantive criminal law competence of the EU*, *cit.*, pp. 88-90, in altre parole afferma che “Another way of expressing this is to say that the generic requirements relate to the act type (i.e., the abstract offence) regulated in the instrument in question, not to the act tokens (the concrete acts) that can be subsumed under the act type, i.e., it is the act type—not necessarily all act tokens that belong to the act type—that must be serious and have a cross-border dimension”. Inoltre spiega tale concetto con il seguente esempio. “Assume, for example, that the EU aims at creating a new directive on trafficking in human beings and that the following three models of an offence description are being considered: (i) Inducing someone to go abroad + by making use of improper means + for the purpose of exploiting the person. (ii) Inducing someone to leave their home or otherwise taking control of someone in a way that makes them especially vulnerable + by making use of improper means + for the purpose of exploiting the person. (iii) Taking control over someone + by making use of improper means + for the purpose of exploiting the person. In model (i), the cross-border requirement is directly reflected in the offence description. Thus, if such a provision is implemented without extensions in the Member States, the national criminal law provisions will only cover cases with a cross-border dimension. In models (ii) and (iii), however, the cross-border requirement is not directly reflected in the offence description. This means that the implementation legislation in the Member States will (on the condition that the directive is implemented in a loyal way) not only cover cases with a cross-border dimension but also cases where: • someone otherwise is induced to leave home, for example to settle down in some other place within the same Member State, and cases where the perpetrator otherwise takes control of the victim in a way that makes them especially vulnerable (under model (ii)), or • the perpetrator otherwise takes control over the victim by making use of improper means (under model (iii)). It seems obvious that model (i), which contains a prerequisite that directly reflects a cross-border dimension and that consequently, only covers cases with a cross-border dimension, fulfils the cross-border requirement of Article 83 TFEU. However, models (ii) and (iii) probably fulfil this requirement also since these offence descriptions arguably focus on types of crimes that in most, but not all, cases have a cross-border dimension. In other words, the question is not whether each and every concrete act that falls within the ambit of the crime type has a cross-border dimension but rather whether the type of crime as such has it”.

¹⁶⁵³Sulla critica alle interpretazioni che, invece, hanno ritenuto che anche in tali sfere di criminalità sia necessario valutare se siano gravi e rivestano carattere transnazionale, si legga l'esame svolto nel capitolo secondo, Titolo Primo della Parte Prima.

dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il traffico illecito di armi, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata¹⁶⁵⁴. Occorre osservare che nella maggior parte di tali sfere di criminalità erano già stati adottati degli strumenti di diritto derivato a livello europeo prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, proprio a causa della gravità degli stessi e della dimensione transnazionale che rivestono¹⁶⁵⁵.

Ai fini che qui interessano, occorre rilevare, pertanto, che in relazione a tali reati non sussistono dubbi circa la gravità e la dimensione transnazionale e, quindi, la possibilità di comprenderli nell'ambito della competenza della Procura europea¹⁶⁵⁶. Risulta, quindi, necessario valutare se l'attribuzione della competenza a perseguire tali reati comporti un vantaggio in termini di efficacia e, al contempo, permetta di garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli individui.

In tale sede, svolgeremo tale analisi con particolare riferimento ai reati di terrorismo, considerata la tragica rilevanza che gli stessi hanno assunto negli ultimi anni e la conseguente urgente necessità di trovare una soluzione che permetta di perseguire gli autori di tali reati nel modo più efficiente possibile a livello europeo.

Il terrorismo era stato inserito tra i settori in cui adottare progressivamente misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi del reato fin dalle modifiche apportate al Trattato sull'Unione europea con il Trattato di Amsterdam¹⁶⁵⁷ ed era stato il primo settore di intervento in cui

1654Nell'elenco contenuto nell'art. 83 TFUE non è menzionata la lotta alla frode che era, invece, prevista dall'art. 29 TUE pre-Lisbona. Si è ipotizzato che tale omissione sia dovuta al fatto che la competenza dell'Unione a mettere in atto una disciplina idonea a combattere tale reato è prevista da un'autonoma disposizione (art. 325 TFUE). Per quanto riguarda l'analisi dell'articolo 83, par. 1 in riferimento alla funzione dell'elenco di "sfere di criminalità" elencate nell'articolo 83, par. 2 del TFUE, si rinvia al capitolo secondo, Titolo Primo della Parte Prima. In tale sede, in particolare, è stata esaminata la questione se le materie enumerate dall'art. 83 TFUE siano state ivi inserite a titolo esemplificativo o, invece, al fine di delimitare ulteriormente l'ambito di competenza dell'Unione.

1655Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona erano state adottate la Decisione quadro 2002/475/GAI *sulla lotta contro il terrorismo*, in GU L 164, del 22 giugno 2002, p. 3; la Decisione quadro 2004/757/GAI *riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti*, in GU L 335 dell'11 novembre 2004, p. 8; la Direttiva 2011/36/UE *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GU L 101 del 15 aprile 2011, p. 1.

1656Per quanto riguarda la valenza transnazionale che il terrorismo ha assunto negli ultimi anni, si legga D. ZIMMERMANN, *The European Union and Post-9/11 Counterterrorism: A Reappraisal*, Studies in Conflict & Terrorism, 2006, 29, p. 125.

1657In particolare, l'articolo 31, par. 1, lett. e) del TUE pre-Lisbona prevedeva: "L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende: [omissis...] e) la progressiva adozione di misure per la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni, per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti". In via più generale, inoltre, l'articolo 29 prevedeva: "Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia. Tale obiettivo è perseguito prevenendo e reprimendo la criminalità, organizzata o di altro tipo, in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode, mediante: - una più stretta cooperazione fra le forze di polizia, le autorità doganali e le altre autorità competenti degli Stati membri, sia direttamente che tramite l'Ufficio europeo di polizia (Europol), a norma degli articoli 30 e 32; - una più stretta cooperazione tra le autorità giudiziarie e altre autorità competenti degli Stati membri, a norma degli articoli 31, lettere a) - d), e 32; - il ravvicinamento, ove necessario, delle normative degli Stati membri in materia penale, a norma dell'articolo 31,

fu istituita una cooperazione di carattere informale tra le forze di polizia¹⁶⁵⁸. Tuttavia, la legislazione adottata a livello europeo e le forme di cooperazione previste non sono risultate efficienti a garantire un'efficace lotta contro il terrorismo a causa delle inefficienze nel coordinamento delle indagini effettuate dalle autorità giurisdizionali nazionali competenti a perseguire tali reati¹⁶⁵⁹. I reati di terrorismo hanno, infatti, prevalentemente natura transfrontaliera e, pertanto, in assenza di un quadro giuridico uniforme e di un meccanismo di coordinamento tra autorità giudiziarie effettivo, le possibilità di riuscire a contrastarlo efficacemente si riducono in modo drastico.

Non si pretende di esaminare in tale sede la legislazione adottata a livello europeo in materia di terrorismo, né di descrivere compiutamente il sistema di cooperazione instauratosi a livello europeo per combattere la minaccia terroristica poiché una tale analisi andrebbe al di là del tema oggetto di indagine; si esamineranno, quindi, solo alcuni aspetti della disciplina vigente in tema di lotta al terrorismo per individuarne gli aspetti critici e verificare se l'istituzione di una Procura europea potrebbe risolverli o meno¹⁶⁶⁰.

Al fine di contrastare congiuntamente il terrorismo e di assicurare la migliore protezione possibile ai cittadini europei, nel 2005 il Consiglio ha incentrato la strategia antiterrorismo dell'Unione europea su quattro strategie di contrasto principali: prevenzione, protezione, perseguimento e risposta¹⁶⁶¹.

Lo strumento della prevenzione serve a cercare di prevenire il verificarsi degli attentati terroristici mediante l'individuazione dei fattori che contribuiscono alla radicalizzazione e dei processi tramite

lettera e)". La necessità di instaurare una cooperazione tra le forze di polizia al fine di combattere il terrorismo era prevista anche dall'articolo K.1, par. 9 del Trattato sull'Unione europea adottato in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, in cui era previsto: "Ai fini della realizzazione degli obiettivi dell'Unione, in particolare della libera circolazione delle persone, fatte salve le competenze della Comunità europea, gli Stati membri considerano questioni di interesse comune i settori seguenti: 9) la cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale, compresi, se necessario, taluni aspetti di cooperazione doganale, in connessione con l'organizzazione a livello dell'Unione di un sistema di scambio di informazioni in seno ad un Ufficio europeo di polizia (Europol)".

¹⁶⁵⁸Risale al dicembre del 1975 la creazione a Roma del cosiddetto gruppo TREVI (acronimo di Terrorismo, Radicalismo, Eversione, Violenza Internazionale). Il gruppo era composto dai ministri dei Paesi membri competenti ad avviare una cooperazione nella lotta al terrorismo e alla criminalità organizzata e per la difesa dell'ordine pubblico. Si sviluppò in seguito una collaborazione di carattere informale tra le forze di polizia, con la creazione, nel 1976, di alcuni specifici gruppi di lavoro, denominati TREVI 1 (lotta al terrorismo) e TREVI 2 (cooperazione di polizia per le questioni di ordine pubblico). Per un approfondimento sul punto, si legga C. GUEYDAN, *Cooperation Between Member States of the European Community in the Fight Against Terrorism*, in R. HIGGINS, M. FLORY (a cura di), *Terrorism and International Law*, 1997, New York, Routledge; D. MESSELKEN, *Europas Antiterrorismus-Politik: Entstehung, Entwicklung, Perspektiven*, 2003, Berliner Transformationszentrum für Transnationale Sicherheit (BITS) Briefing Note 03.3 Dezember 2003.

¹⁶⁵⁹La necessità di inserire i reati di terrorismo tra quelli rientranti nella competenza della Procura europea è stata sottolineata negli ultimi anni anche nelle sedute plenarie del Parlamento europeo tenutesi a Strasburgo.

¹⁶⁶⁰Per un'analisi dettagliata delle misure di armonizzazione penale in materia di terrorismo a livello europeo, si legga SIEBER *The Forces behind the Harmonisation of Criminal Law*, in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, 2008, Paris, Société de législation comparée, p. 385 e seguenti. Si legga altresì T. WAHL, *The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism*, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (a cura di), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 107 e seguenti. In generale sulla legislazione anti terrorismo, si legga L. CONDORELLI, *Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 105/2001/4, p. 829.

¹⁶⁶¹Si legga, in tal senso, la Strategia antiterrorismo dell'Unione europea elaborata dal Consiglio il 30 novembre 2005 (01.12), 14469/4/05 REV 4.

cui i soggetti sono reclutati per commettere le condotte terroristiche. Alla luce del fatto che sono emersi nuovi attori, quali gli attori solitari e i combattenti stranieri, e che le potenzialità offerte dalle innovazioni tecnologiche sono state sfruttate indebitamente dai reclutatori di nuovi soggetti disposti a commettere atti terroristici, nel dicembre 2014, i ministri di Giustizia e degli Affari interni hanno adottato una serie di orientamenti, che stabiliscono provvedimenti che l'UE e gli Stati membri devono attuare, per la strategia riveduta dell'UE volta a combattere la radicalizzazione e il reclutamento nelle file del terrorismo¹⁶⁶².

La seconda priorità della strategia antiterrorismo, ossia la protezione dei cittadini e delle infrastrutture e la riduzione della vulnerabilità agli attacchi, mira a proteggere le frontiere esterne, a migliorare la sicurezza dei trasporti, la protezione degli obiettivi strategici e la riduzione della vulnerabilità delle infrastrutture critiche. In tale ambito è stata adottata il 27 aprile 2016 una direttiva che disciplina l'utilizzo dei dati del codice di prenotazione¹⁶⁶³.

Dal punto di vista del perseguimento, invece, si è cercato di rafforzare le capacità nazionali, di migliorare la collaborazione pratica e lo scambio di informazioni tra polizia e autorità giudiziarie di diversi Stati membri mediante Europol e Eurojust, contrastare il finanziamento del terrorismo e privare i terroristi dei mezzi per organizzare attacchi e comunicare¹⁶⁶⁴. A tal uopo nel maggio del 2015 il Consiglio e il Parlamento europeo hanno adottato nuove norme per prevenire il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo¹⁶⁶⁵ e il 2 febbraio 2016 la Commissione per evitare che il sistema finanziario sia usato per finanziare attività criminali e per rafforzare le norme sulla trasparenza per impedire l'occultamento di fondi su vasta scala, ha adottato una Comunicazione relativa a un piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo con l'intenzione di modificare la direttiva 2015/849, in seguito alle rivelazioni dell'aprile 2016 sui

¹⁶⁶² Consiglio dell'Unione europea, *Strategia riveduta dell'UE volta a combattere la radicalizzazione e il reclutamento nelle file del terrorismo*, 9956/14, del 19 maggio 2014. Precedentemente, per migliorare le politiche di prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento nelle file del terrorismo, nel 2005 erano stati adottati una strategia e un piano d'azione. La strategia era stata aggiornata nel novembre 2008. A seguito di discussioni in sede di Consiglio nel marzo 2013 sulla revisione della strategia dell'UE volta a combattere la radicalizzazione e il reclutamento nelle file del terrorismo, il 6 e 7 giugno 2013 il Consiglio ha approvato conclusioni per un aggiornamento di tale strategia. In seguito la Commissione ha presentato, in data 15 gennaio 2014, una comunicazione dal titolo "Prevenire la radicalizzazione che porta al terrorismo e all'estremismo violento", i cui contenuti sono stati presi in considerazione nel documento del Consiglio del 19 maggio 2014. Si legga, al riguardo anche European Commission, "Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on an Action Plan for strengthening the fight against terrorist financing", COM(2016) 50 final, p. 2; See also Council of the European Union, "The fight against terrorist financing", 16089/04, 14 December 2004, p. 2; Council of the European Union, "Revised Strategy on Terrorist Financing", 11778/1/08 Rev 1, 17 July 2008, pp. 2 and 4.

¹⁶⁶³ Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi*, in GU L 119, del 4 maggio 2016, pp. 132-149.

¹⁶⁶⁴ Nel senso che la legislazione in materia di lotta al terrorismo costituisce una a "composite" policy, si legga J. ARGOMANIZ, *The EU and Counter-Terrorism: Politics, polity and policies after 9/11*, Routledge, London and New York, 2011, p. 98.

¹⁶⁶⁵ Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo*, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione, in GU L 141, 5 giugno 2015, pp. 73-117.

*Panama papers*¹⁶⁶⁶.

Dal punto di vista della risposta, infine, la strategia antiterroristica adottata a livello europeo persegue l'obiettivo di gestire e minimizzare gli effetti degli attacchi terroristici in uno spirito di solidarietà. In tal senso assumono, quindi, preminente rilievo l'elaborazione di modalità dell'Unione di coordinamento per la gestione delle crisi, la revisione del meccanismo di protezione civile, lo sviluppo della valutazione dei rischi o la condivisione di migliori pratiche sull'assistenza alle vittime del terrorismo¹⁶⁶⁷.

Si aggiungono al complesso quadro delle misure adottate a livello europeo in ambito di lotta al terrorismo gli strumenti di armonizzazione a livello penale dei reati di terrorismo. Al proposito, in particolare è stata adottata la Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo¹⁶⁶⁸, che ha fornito una definizione di reati terroristici, di reati connessi alle attività terroristiche e di organizzazione terroristica¹⁶⁶⁹, la successiva Decisione quadro 2008/919/GAI del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo¹⁶⁷⁰ e la Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo del 2 dicembre 2015 recentemente approvata dal Parlamento europeo¹⁶⁷¹.

1666Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio *relativa a un piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo*, Strasburgo, 2 febbraio 2016 COM(2016) 50 final.

1667In particolare, negli ultimi anni è stata data priorità alla definizione, mediante una decisione del Consiglio adottata nel giugno 2014, delle modalità di attuazione della clausola di solidarietà da parte dell'UE (Decisione del Consiglio 2014/415/UE, del 24 giugno 2014, *relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà*, in GU L 192, del 1 luglio 2014, pp. 53-58); al riesame dei dispositivi UE di coordinamento nella gestione delle crisi e delle emergenze, sostituiti nel giugno 2013 dai dispositivi integrati dell'UE per la risposta politica alle crisi (IPCR) (Bruxelles, 7 giugno 2013, documento del Consiglio n. 10708/13) e alla revisione della normativa dell'UE in materia di protezione civile a fine 2013 (Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile, in GU L 347 del 20 dicembre 2013, p. 924).

1668Decisione quadro 2002/475/GAI *sulla lotta contro il terrorismo*, in GU L 164, del 22 giugno 2002, p. 3.

1669In particolare, in base all'articolo 1 della Decisione quadro 2002/475/GAI, ciascuno Stato membro deve adottare le misure necessarie affinché siano considerati atti terroristici una serie di atti, elencati alle lettere dalla a) alla i) dell'art. 1 della decisione, tra cui, attentati alla vita e all'integrità di una persona, distruzioni di strutture pubbliche o governative, sequestri di mezzi di trasporto, ecc., che possono arrecare grave danno a un Paese o a un'organizzazione internazionale, quando sono commessi al fine di intimidire la popolazione, costringere i poteri pubblici a compiere o ad astenersi dal compiere un atto o destabilizzare gravemente o distruggere le strutture politico-economico-sociali di un Paese o organizzazione. L'articolo 2 prescrive, inoltre, che per organizzazione terroristica deve intendersi l'associazione strutturata di più di due persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere atti terroristici, mentre l'articolo 3 prevede che sono rilevanti anche alcune ipotesi di reati da considerare connessi alle attività terroristiche tra cui furto aggravato, estorsione e formazione di documenti amministrativi falsi, commessi per realizzare i comportamenti di cui all'art. 1.

1670Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, in GU L 330 del 9 dicembre 2008, pp. 21-23. Per un approfondimento sulla relazione tra i reati di terrorismo e le nuove tecnologie con particolare riferimento a internet che è stato utilizzato per ispirare e mobilitare reti terroristiche locali e singoli individui in Europa, costituendo una fonte di informazioni sulle risorse e sui metodi terroristici, fungendo così da "campo di addestramento virtuale", si legga U. SIEBER, *International Cooperation against Terrorism use of the Internet*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2066, 77, pp. 395-449; U. SIEBER, *Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im "Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten"*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)*, 2009, pp. 353-364; U. SIEBER, *Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet*, in , p. 171 e seguenti.

1671**Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce**

Come è possibile desumere dall'illustrazione dei principali fronti di azione su cui l'Unione europea si è attivata per contrastare il terrorismo, nonché dal numero delle misure che sono state adottate per combatterlo a livello europeo, si desume che la disciplina in ambito di terrorismo è composita, nel senso che è il risultato di un insieme di atti di diritto derivato che hanno l'obiettivo di combattere il complesso fenomeno terroristico su più fronti¹⁶⁷². In tale ambito, risulta, pertanto, essenziale garantire la coerenza dei vari strumenti adottati a livello europeo e la delimitazione delle rispettive sfere di competenza nell'attuazione di tali misure.

La molteplicità di fonti normative è, infatti, rispecchiata dalla molteplicità di soggetti a cui sono rivolte, sia a livello nazionale, che a livello europeo.

Occorre, pertanto, esaminare a chi sia stato attribuito il compito di assicurare l'attuazione di tali misure e quali forme di coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti siano state previste a livello europeo per far fronte in modo coordinato alla minaccia terroristica. Al proposito, occorre osservare che i reati di terrorismo, a causa della gravità delle condotte e del carattere transnazionale che li connota, hanno costituito uno dei settori in cui l'Unione europea ha ravvisato fin da subito la necessità di instaurare forme di cooperazione tra le autorità nazionali dei diversi Stati membri. Tuttavia, nei primi anni di vita dell'allora Comunità europea non erano state adottate adeguate soluzioni a livello sovranazionale per coordinare l'attività dei soggetti impegnati a livello nazionale nella lotta al terrorismo o per dare esecuzione alle sentenze adottate dall'autorità giurisdizionale di un determinato Stato membro sul territorio di un altro Stato membro¹⁶⁷³. Le prime misure concrete sono state adottate in attuazione delle conclusioni raggiunte nel Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999¹⁶⁷⁴. In tale occasione si era auspicato che il principio del reciproco riconoscimento

la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, Bruxelles, 2 dicembre 2015, COM(2015) 625 final - 2015/0281 (COD) approvata dal Parlamento europeo il 16 febbraio 2017. Nell'ottica di combattere più efficacemente contro il terrorismo è stato adottato anche il Regolamento (UE) 2016/1686 del Consiglio, del 20 settembre 2016, *che impone misure restrittive supplementari contro l'ISIL (Dàesh) e Al Qaeda e le persone fisiche e giuridiche, le entità e gli organismi a essi associati*, in GU L 255, del 21 settembre 2016, pp. 1-11; Decisione (PESC) 2016/1693 del Consiglio del 20 settembre 2016 *concernente misure restrittive nei confronti dell'ISIL (Dàesh) e di Al Qaeda e di persone, gruppi, imprese ed entità a essi associati e che abroga la posizione comune 2002/402/PESC*, in GU L 255, del 21 settembre 2016, pp. 25-32.

1672T. WAHL, *The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism*, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (a cura di), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 109, in riferimento alla legislazione europea in materia di terrorismo, ha affermato che c'è una "panoply of measures to counter terrorism emanating from the EU".

1673Prima dell'adozione della decisione quadro 2002/584/GAI sul Mandato di Arresto Europeo, infatti, in materia penale si applicava la procedura formale di estradizione disciplinata dalle disposizioni della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, con i relativi protocolli del 1975 e 1978, e della convenzione europea del 27 gennaio 1977 per la repressione del terrorismo. Nella pratica, tuttavia, la procedura formale di estradizione risultava altamente inefficiente; per tale motivo, la convenzione d'applicazione dell'accordo di Schengen aveva istituito il SIS (Sistema di informazione Schengen), un dispositivo che permetteva di migliorare considerevolmente i meccanismi di scambio di informazioni tra gli Stati membri riguardo alle persone ricercate, e di facilitare i contatti tra autorità nazionali in occasione dell'arresto di una persona. Tuttavia, da un punto di vista formale la Convenzione di Schengen restava un Trattato internazionale con un oggetto limitato e, pertanto, non sostituiva il meccanismo politico ed intergovernativo di estradizione che comunque necessario applicare nelle relazioni tra Stati.

1674Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999, Conclusioni della Presidenza, SN 200/99, in particolare punti 33-50.

delle decisioni diventasse il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione europea in materia penale¹⁶⁷⁵ ed era stato previsto di istituire un'unità (EUROJUST) composta di pubblici ministeri, magistrati o funzionari di polizia di pari competenza, distaccati da ogni Stato membro in conformità del proprio sistema giuridico per rafforzare la lotta contro le gravi forme di criminalità organizzata¹⁶⁷⁶. In tale occasione era anche stato ribadito che era necessario istituire senza indugio le squadre investigative comuni previste nel trattato, inizialmente per combattere il traffico di droga, la tratta di esseri umani e il terrorismo¹⁶⁷⁷.

In attuazione di tali raccomandazioni, il 13 giugno 2002 è stata adottata la decisione quadro 2002/584/GAI istitutiva del Mandato di Arresto europeo¹⁶⁷⁸, che sostituisce tutti i precedenti strumenti in tema di estradizione¹⁶⁷⁹ ed è stato istituito *Eurojust*¹⁶⁸⁰. Occorre, tuttavia, ribadire che, sebbene il Mandato di Arresto europeo fosse stato concepito inizialmente per combattere contro il terrorismo, in pratica, esso rappresentava uno strumento per rafforzare la cooperazione giudiziaria in generale all'interno dell'Unione; non presentava, quindi, caratteristiche peculiari per reprimere i reati di terrorismo¹⁶⁸¹. Del pari, *Eurojust* non presentava una missione specifica in relazione ai reati di terrorismo¹⁶⁸². Successivamente, quindi, l'11 marzo 2004 a Madrid, il Consiglio europeo ha adottato una dichiarazione sulla lotta al terrorismo in cui ha dichiarato la necessità di istituire un coordinatore antiterrorismo al fine garantire un approccio globale e strettamente coordinato per reagire alla minaccia che rappresenta il terrorismo¹⁶⁸³ e a gennaio 2016 è stata annunciata la creazione di una Centro europeo antiterrorismo in seno ad Europol¹⁶⁸⁴. Oltre a tali organi

1675Si veda in riferimento all'importanza del principio del mutuo riconoscimento in ambito di cooperazione giudiziaria, l'analisi svolta nel capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

1676Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999, Conclusioni della Presidenza, SN 200/99, punto 46.

1677Consiglio di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999, Conclusioni della Presidenza, SN 200/99, punto 43, in cui è ulteriormente precisato che “*le norme da definire a tale riguardo dovrebbero consentire ai rappresentanti dell'Europol di partecipare, se opportuno, a tali squadre con funzioni di supporto*”.

1678: Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, in GU L 190, del 18 luglio 2002, pp. 1-20.

1679Per un'analisi della disciplina e della giurisprudenza relativa al Mandato di Arresto europeo in relazione all'analisi che stiamo svolgendo, si legga il capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

1680Decisione 2002/187/GAI **che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità**, del 28 febbraio 2002, in GUCE L 63, del 6 marzo 2002, pp.1-13.

1681Si legga, al riguardo, quanto specificato da D. ZIMMERMANN, *The European Union and Post-9/11 Counterterrorism: A Reappraisal*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, 2006, 29, p. 131; D. SPENCE, *International terrorism – in the Quest for a Coherent EU Response*, in D. SPENCE (a cura di), *The European Union and Terrorism*, London, Harper Publishing, 2007, p. 2; C. MUGURUZA, *The European Union's Reaction to the Terrorist Attacks on the United States*, in *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, 14, p. 234.

1682In base all'articolo 3 della Decisione 2002/187/GAI **che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità**, del 28 febbraio 2002, in GUCE L 63, del 6 marzo 2002, pp.1-13, l'obiettivo principale dell'istituendo organo era quello di migliorare il coordinamento tra le autorità competenti degli Stati membri nelle indagini, nelle azioni penali e nell'esecuzione delle sentenze in ordine alle forme gravi di criminalità.

1683Consiglio dell'Unione europea, *Dichiarazione sulla lotta al terrorismo*, Bruxelles, 29 marzo 2004 (31.03), 7906/04, punto 14, p. 14 della versione italiana, in cui il Consiglio europeo precisa la funzione del Coordinatore antiterrorismo. In particolare, secondo quanto ivi stabilito “*Il coordinatore, che opererà nell'ambito del Segretariato del Consiglio, coordinerà i lavori del Consiglio nella lotta al terrorismo e, tenendo debitamente conto delle competenze della Commissione, manterrà la supervisione di tutti gli strumenti di cui dispone l'Unione per poter riferire periodicamente al Consiglio e permettere l'efficace follow up delle decisioni del Consiglio*”.

1684Si legga, al riguardo, Europol, *Enhancing Europol's counter terrorism capabilities: European Counter Terrorism Centre (ECTC) at Europol*, Brussels, 13 May 2016, 8881/16. Si era auspicata la creazione di tale organismo nel JHA

appositamente creati per rafforzare la lotta al terrorismo, occorre ricordare che anche all'interno delle istituzioni europee esistono vari soggetti che si occupano di disciplinare la materia del terrorismo. All'interno del Consiglio, per esempio, esistono numerosi gruppi di lavoro che si occupano di terrorismo. Solo all'interno della formazione Affari Esteri, per esempio, tre diversi gruppi contribuiscono alla preparazione dei testi legislativi: il Gruppo di lavoro "Terrorismo" che dirige e gestisce il programma generale delle attività del Consiglio in materia di antiterrorismo¹⁶⁸⁵, che collabora in diversi settori strategici con il Gruppo "Terrorismo" aspetti internazionali (COTER), il Gruppo "Applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo"¹⁶⁸⁶ e il Gruppo dei Consiglieri per le relazioni esterne (RELEX)¹⁶⁸⁷. Nella formazione Giustizia e Affari Interni, del pari sono presenti altri cinque gruppi di lavoro¹⁶⁸⁸. La Commissione a sua volta è divisa in numerose Direzioni Generali; tra queste normalmente è la DG Home, Migrazione e Affari Interni che si occupa delle misure atte a contrastare il terrorismo, ma, vista la complessità della materia, normalmente sono coinvolte anche altre Direzioni Generali¹⁶⁸⁹.

Al fine di facilitare la cooperazione tra autorità di polizia, inoltre, è stata adottata la Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa alle squadre investigative comuni¹⁶⁹⁰, che prevede la possibilità per le autorità competenti di due o più Stati membri di costituire, di comune accordo, una squadra investigativa comune, per uno scopo determinato e una durata limitata che può essere prorogata con l'accordo di tutte le parti, per svolgere indagini penali in uno o più degli Stati membri che costituiscono la squadra¹⁶⁹¹. Nel caso in cui necessario svolgere indagini in relazione ad attentati terroristici, la squadra può essere costituita da ufficiali di polizia giudiziaria e magistrati specializzati nell'antiterrorismo. La squadra, inoltre, può includere anche funzionari di Europol a *Eurojust* a condizione che tale possibilità sia consentita nel regolamento istitutivo di tali organi¹⁶⁹².

Council Conclusions 848/15, del 20 novembre 2015.

1685Il gruppo "Terrorismo" (TWG) è principalmente responsabile dello scambio di informazioni e della valutazione delle minacce terroristiche; della lotta alla radicalizzazione e al reclutamento di potenziali terroristi; dello svolgimento di valutazioni reciproche delle migliori prassi degli Stati membri in materia di lotta al terrorismo.

1686Tale gruppo esamina e valuta le informazioni relative all'inserimento nell'elenco di persone, gruppi ed entità implicati in atti terroristici, nonché alla loro cancellazione dallo stesso, in conformità delle norme in materia di sanzioni nei confronti di tali attori, come indicato nella posizione comune del Consiglio. Il Gruppo si occupa inoltre del riesame periodico dell'elenco.

1687Il Gruppo RELEX si occupa delle questioni giuridiche, finanziarie e istituzionali relative alla politica estera e di sicurezza comune (PESC).

1688Tali gruppi di lavoro sono Comitato di coordinamento nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (CATS), il gruppo di lavoro Terrorismo, il Gruppo Protezione Civile, il Comitato strategico sull'immigrazione, le frontiere e l'asilo (CSIFA) e il Comitato permanente per la cooperazione operativa in materia di sicurezza interna (COSI). Per un approfondimento, si legga F. DE LONDRAS, J. DOODY (a cura di), *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, Routledge, 2015.

1689Per esempio nel redigere la Direttiva sulla conservazione dei dati, sono state coinvolte anche la Direzione generale Società dell'Informazione e Media e la Direzione generale Mercato interno e Servizi.

1690Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 *relativa alle squadre investigative comuni*, in GU L 162, del 20 giugno 2002, p. 1.

1691In tal senso, articolo 1, par. 1 della Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 *relativa alle squadre investigative comuni*, *cit.*.

1692Si legga, al riguardo, l'articolo 1, par. 12 e il Considerando 9 della Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 *relativa alle squadre investigative comuni*, *cit.*.

Al fine di rafforzare la cooperazione transfrontaliera e consentire un migliore scambio di dati è stata adottata anche la Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera¹⁶⁹³, che integra in un atto di diritto europeo gli approdi che erano stati sostanzialmente raggiunti in seno alla Convenzione di Prüm nel 2005.

Al fine di rafforzare il coordinamento tra le autorità di polizia per combattere i reati di terrorismo è stato, inoltre, rafforzato Europol durante il 2016 grazie alle nuove regole di *governance* approvate dal Parlamento Europeo, su proposta della Commissione Europea. In particolare, la strategia 2015-2020 si fonda su tre priorità: la prevenzione di terrorismo e radicalizzazione, la lotta al crimine organizzato e quella contro la criminalità informatica¹⁶⁹⁴. Nella lotta al terrorismo riveste un ruolo importante anche *Eurojust* che ha il compito di assistere e coordinare le autorità giurisdizionali nazionali nella lotta ai reati grave di dimensione transfrontaliera tra cui rientrano i reati di terrorismo.

Dallo scenario delineato, si desume che la legislazione in materia di terrorismo, così come gli attori coinvolti sono numerosi. I recenti attacchi terroristici hanno comportato la creazione di nuovi strumenti legislativi, di nuovi organi e di nuove forme cooperazione, le quali si sono aggiunte a quelle attualmente esistenti¹⁶⁹⁵. L'approccio seguito a livello europeo è stato quello di rafforzare le forme di cooperazione tra Stati membri e di assegnare nuovi compiti e nuove funzioni agli organi già esistenti a livello europeo. L'intervento dell'Unione è stato necessario al fine di colmare il vuoto

¹⁶⁹³Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, *sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera*, in GU L 210, del 6 agosto 2008, pp. 1-11. In materia di scambio di informazioni era già stata adottata la Decisione **2005/671/GAI del Consiglio, del 20 settembre 2005, concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici**, in GU L 253, 29 settembre 2005, pp. 22-24.

¹⁶⁹⁴In particolare, è stato creato un centro europeo antiterrorismo (ECTC) per rispondere immediatamente alle minacce emergenti. L'ECTC funge da polo d'informazione antiterrorismo per le autorità di contrasto negli Stati membri dell'UE, fornisce sostegno operativo e strategico, coordinamento e conoscenze specialistiche per le indagini degli Stati membri, anche in merito all'utilizzo dei media sociali a fini di radicalizzazione. Inoltre, è stata introdotta la possibilità di scambio di informazioni fra Europol e soggetti privati come provider informatici e aziende, fattore fondamentale soprattutto nell'era dei social network, utilizzati dai vari gruppi terroristici per la radicalizzazione e il reclutamento.

¹⁶⁹⁵Tale situazione è stata descritta in modo chiaro in un recente studio preparato per il Comitato LIBE, in cui si legge: *“Currently, too many actors are involved in the design and implementation of this policy area, and the tasks of the individual actors at times overlap. This overcrowding of EU counter-terrorism policy is especially clear when it concerns strategies that can be issued by the European Council, the Council as well as by the Commission, making it unclear who is in the lead. Furthermore, it is at times unclear which responsibilities individual actors have, what the limits of their competences are, in which manner their interactions are to take place and who is in charge of coordination. Certainly not helpful to this situation is the lack of clarity on the scope of the term ‘internal security’, and the extent to which Member States are willing to call on that exceptional clause in order to give priority to their national competences. This seems to be at odds with the otherwise regularly expressed conviction that the nature of the threat of terrorism has a cross-border character, and therefore merely a sum of national actions would fall short of addressing the true nature of the threat. Furthermore, the dynamic of the six months rotation of the EU Presidency implies that expectations as to the European Council’s or the Council’s capabilities – driven by the ambitions of the various Presidencies – to design and follow-up on a long-term vision, strategy and implementation of action plans need to be limited”*. In tal senso, W. WENSINK, B. WARMENHOVEN, R. HAASNOOT, R. WESSELINK, B. VAN GINKEL, S. WITTENDORP, C. PAULUSSEN, W. DOUMA, B. BOUTIN, O. GÜVEN, T. RIJKEN, *The European Union’s Policies on Counter-Terrorism Relevance, Coherence and Effectiveness*, Studio per il Comitato LIBE, 2017, pp. 52-53.

esistente tra teoria e pratica. Alla mole di strumenti e attori presenti nel panorama europeo non corrisponde, infatti, una più efficace repressione della minaccia terroristica¹⁶⁹⁶.

Una delle principali ragioni consiste nel fatto che la maggior parte delle misure adottate a livello europeo deve essere implementata dagli Stati membri e, almeno fino a che non saranno sostituiti dalla direttiva approvata dal Parlamento europeo nel 2017, gli strumenti adottati nell'ambito dell'ex Terzo Pilastro presentavano una dimensione maggiormente intergovernativa e la loro attuazione dipendeva in misura ancora maggiore dagli Stati membri¹⁶⁹⁷. La lista degli strumenti che dal 2001 non sono stati adeguatamente trasposti o sono stati trasposti con notevole ritardo è lunga e scoraggiante; essa riguarda sia le misure di diritto sostanziale che la corretta attuazione di quelle inerenti la cooperazione giudiziaria e di polizia, tra cui il Mandato di Arresto europeo e la creazione di squadre investigative comuni, nonché l'adozione della legislazione necessaria a permettere l'attuazione della decisione istitutiva di *Eurojust*¹⁶⁹⁸.

Da tali dati è dato percepire che l'Unione europea allo stato attuale non dispone di strumenti adeguati per assicurare un'effettiva attuazione delle proprie politiche in materia di lotta contro il terrorismo.

Dal punto di vista operativo, inoltre, Europol e *Eurojust*, i quali rispettivamente possono solo limitarsi a fornire intelligence e supporto alle attività di contrasto nazionali e coordinare,

¹⁶⁹⁶Si leggano, nel medesimo senso le dichiarazioni di GIJS DE VRIES in *Le Monde*, 18 maggio 2004.

¹⁶⁹⁷Sulla differenza tra misure adottate nell'ambito del Terzo Pilastro e direttive o regolamenti, si legga l'esame effettuato nel capitolo secondo, Titolo Primo della Parte Prima.

¹⁶⁹⁸Si legga, al proposito, l'analisi di T. WAHL, *The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism*, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (a cura di), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, cit., p. 160, che elenca alcuni esempi. Riferendoci alle sue parole, "To name only a few examples relating to the so-called flagships of EU's post 9/11 actions: By the end of March 2004, i.e. in the month of the attacks of Madrid, only 10 out of the then 15 old Member States finalised their national legislation process for implementation of the FD on Combating Terrorism, which had actually to be implemented by 31 December 2001. In 2004, the Commission concluded that only three of the old Member States appear to have entirely fulfilled the obligation emerging from the FD, and yet, in 2007, the Commission found that key elements of the Framework Decision, such as the criminalisation of the terrorist offences (Art. 1) and the harmonisation of penalties relating to terrorist groups (Art. 5 (3)) are still deficiently implemented in several Member States.²⁴¹ The list of legal deficiencies regarding the European Arrest Warrant is even longer. The EAW has been revealed as a model example for a very uneven and inadequate implementation (not to mention the fact that only half of the Member States met the envisaged deadline for transposition by 31 December 2003). The EAW mainly illustrates that diverse legal traditions collide with the requirements of EU framework decisions in the area of freedom, security and justice. Several Member States had to revise their implementation law after collisions with their constitutions came out, in particular as regards the abolishment of the "non-extradition of own nationals rule". Other Member States introduced unforeseen elements regarding the grounds for refusals, implemented optional grounds for refusals as mandatory ones, or even maintained/reintroduced grounds for refusals that the EAW thought to have eliminated. Joint Investigation Teams "have so far not lived up to the high expectations", their operational benefit as a tool for countering international terrorism – in particular Islamic terrorism – could not be assessed – now, more than 6 years after its coming into existence.²⁴³ The instrument remained on paper for a long time. By the end of December 2005, three old Member States could still not report successful legal implementation and the Commission had to state in January 2005 that only the legislation of 1 Member State (out of the 19 Member States whose legislation was examined) fully complied with the FD on Joint Investigation Teams.²⁴⁴ Not much has changed until today as demonstrate the annexes of the 6-month reports of the CTC on the implementation of the EU's Counter Terrorism Action Plan". Si consultino al riguardo anche i seguenti report della Commissione sul Mandato di Arresto europeo, COM(2005) 63; COM(2006) 8; COM(2007) 407 e sulle squadre investigative comuni il report della Commissione COM(2004) 858, del 7 gennaio 2005. Per quanto concerne *Eurojust* si legga il Report annuale di Eurojust del 2005; Council Doc. 7318/06, p. 13; COM(2004) 457.

promuovere indagini e azioni penali e prestare sostegno nello scambio di informazioni, si sono scontrati in numerosi occasioni con la mancanza di cooperazione da parte delle autorità nazionali competenti¹⁶⁹⁹. In tali situazioni, se uno Stato membro rifiuta di indagare o perseguire un caso, Eurojust non può obbligarlo in tal senso; del pari, Europol non può garantire che gli Stati membri diano seguito alle sue analisi né dirigere le indagini nazionali.

La mancanza di corrispondenza tra quanto è previsto in linea di principio negli atti adottati a livello europeo e quanto è effettivamente attuato in pratica, oltre a non garantire l'effettiva attuazione delle politiche dell'Unione, mette a repentaglio anche la credibilità e la legittimità dell'azione dell'Unione¹⁷⁰⁰.

Considerato che la moltiplicazione delle misure e dei soggetti coinvolti nella repressione contro il terrorismo si è rivelata altamente inefficace a perseguire gli obiettivi delineati dal legislatore europeo, si ritiene che l'attribuzione della competenza a perseguire gli autori di atti terroristici ad un unico soggetto sovranazionale che sia dotato del potere di avviare e condurre le indagini penali volte ad individuare gli autori dei reati terroristici, nonché ad esercitare l'azione penale e decidere se rinviare a giudizio gli autori di tali reati sia l'unica soluzione che permetta di combattere efficacemente il terrorismo su scala europea.

Si ritiene, inoltre, che in un ambito di intervento così delicato e rilevante al tempo stesso non vi sia spazio per rivendicazioni di sovranità nazionale da parte degli Stati membri. Gli strumenti di cooperazione esistenti si sono, infatti, rivelati inefficienti e, pertanto, si ritiene che l'unico modo per reprimere in modo efficace la minaccia terroristica sia quello di affidare la competenza a perseguire tali reati all'istituenda Procura europea, considerato altresì che tali reati sono normalmente commessi sul territorio di più Stati membri e assumono, pertanto, dimensione transnazionale¹⁷⁰¹.

Al fine di sfruttare al meglio le possibilità operative della Procura europea è, inoltre, necessario prevedere un unico corpo di norme che disciplini le fattispecie di reato e le sanzioni applicabili. In

¹⁶⁹⁹Si legga al riguardo il documento del Consiglio 7868/06, del 29 marzo 2006.

¹⁷⁰⁰Similmente, T. WAHL, *The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism*, in M. WADE, A. MALJEVIĆ (a cura di), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, cit., p. 161. Sul punto, si legga anche W. KNELANGEN, *Die innen- und justizpolitische Zusammenarbeit der EU und die Bekämpfung des Terrorismus*, in E. MÜLLER, P. SCHNEIDER (a cura di), *Die Europäische Union im Kampf gegen den Terrorismus: Sicherheit vs. Freiheit?*, 2006 Baden-Baden, Nomos, p. 107; A. REINISCH, *The Action of the European Union to Combat International Terrorism*, in A. BIANCHI (a cura di), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, 2004, Oxford, Hart Publishing.

¹⁷⁰¹Nel senso che sia necessario attribuire alla competenza della Procura europea anche il perseguimento dei reati di terrorismo, si veda prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nel 2008 J.-A.-E. VERVAELE, *Future of European Criminal Law and Harmonization of Criminal Law Enforcement*, lecture at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 8 marzo 2008; M.-L. WADE, *The European Union as a counter-terrorism actor: right path, wrong direction?*, in *Crime Law and Social Change*, 2014, vol. 62, p. 369; MURPHY, A. BORDA, L. ZAMMIT HOYTE, *The perspectives of counter-terrorism operatives on EU counter-terrorism law and policy*, in F. DE LONDRAS, J. DOODY (a cura di), *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, London, 2015, p. 157. A. NATO, *The European Public Prosecutor's Office between Counter-Terrorism and Strengthening of the European Citizens' Safety*, in *Civitas Europa*, 2016/2, n. 37, pp. 317-338. Contra C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2010, p. 189; J.-C. MARTIN, *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2015, 2, p. 342.

tal modo, oltre ad essere garantito il rispetto del principio di legalità nei confronti dei soggetti che saranno sottoposti alle indagini della Procura europea e il conseguente rispetto dei diritti di difesa di questi ultimi, sarà assicurata anche un'azione più efficace della Procura europea.

In tal caso, quest'ultima, infatti, sarà tenuta ad applicare un unico corpo di norme uniforme sul territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione e non a dover scegliere tra differenziate e molteplici fonti corrispondenti alle leggi nazionali di attuazione degli strumenti europei, le quali avranno un contenuto assai vario e diversificato sul territorio dei diversi Stati membri.

In tal modo sarà anche più agevole garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti alle indagini poiché prevedere tutele adeguate in relazione ad un unico corpo di norme risulta senza dubbio più agevole che prevedere tante forme di tutela quante sono le procedure nazionali che sanzionano penalmente le condotte terroristiche.

4.1.1.1.32 Valutazione circa l'estensione della competenza della Procura europea ai reati ambientali

La seconda categoria di reati in relazione a cui intendiamo effettuare una verifica circa la necessità di inclusione nella competenza della Procura europea sono i reati ambientali. In particolare si è scelto di prendere in considerazione la possibilità di estendere la competenza della Procura europea ai reati ambientali per due ordini di ragioni.

In primo luogo tale decisione è stata dettata dal fatto che la competenza dell'allora Comunità europea ad adottare “provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri” è stata riconosciuta dalla Corte di Giustizia al legislatore europeo proprio nei casi in cui quest'ultimo ritenesse che tali provvedimenti fossero “necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente¹⁷⁰²”.

In tale ambito, pertanto, ancora prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dell'introduzione nel corpo del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea dell'articolo 83 e della conseguente esplicita attribuzione di competenza all'Unione in materia penale entro i limiti precisati dall'articolo 83 del TFUE, la Corte aveva riconosciuto che la tutela dell'ambiente costituisca uno degli obiettivi fondamentali dell'Unione europea e che, pertanto, dovesse essere riconosciuto al legislatore europeo il potere di imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre sanzioni penali contro gli autori di danni ambientali gravi, nel caso in cui ciò fosse reso indispensabile dalla necessità di garantire la piena efficacia delle norme adottate in tale ambito¹⁷⁰³.

¹⁷⁰²Si vedano, al riguardo le sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7907, par. 48 e C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* p. I-9128, par. 66. Per quanto riguarda l'analisi di tali sentenze in relazione all'effettività in ambito penale, si rinvia all'analisi effettuata nel capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

¹⁷⁰³In tal senso, Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio*, causa C-440-05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* p. I-

In secondo luogo, si ritiene opportuno verificare se i reati ambientali debbano ritenersi gravi e aventi natura transnazionale poiché, nonostante la pacifica rilevanza del bene ambiente e il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia della tutela dell'ambiente come di uno degli obiettivi essenziali dell'Unione europea, il legislatore europeo non ha inserito i reati ambientali nella lista di reati di cui all'articolo 83, par. 1 del TFUE per cui è presunta la gravità e la dimensione transnazionale¹⁷⁰⁴.

Al proposito, occorre, tuttavia, ribadire che pur non essendo contenuta nella lista di cui all'articolo 83, par. 1 del TFUE, la tutela dell'ambiente è stata indicata dalla Commissione nella Comunicazione del 2011 come un settore di intervento in cui il diritto penale dell'Unione europea è necessario¹⁷⁰⁵. Inoltre, in materia ambientale a livello europeo è già stata adottata una disciplina penale di armonizzazione prima già dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁷⁰⁶.

Considerata la rilevanza che la tutela dell'ambiente riveste nell'ordinamento giuridico europeo¹⁷⁰⁷, appare necessario valutare se gli strumenti attualmente predisposti a livello europeo per dare attuazione alle politiche ambientali europee siano adeguati a garantire il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel settore di intervento preso in considerazione permettendo l'efficace

9128, par. 66.

1704 Per un esame della disposizione di cui all'articolo 83 del TFUE e sull'interpretazione per cui i reati elencati nel paragrafo siano i reati in relazione a cui il legislatore europeo ha presunto la gravità e la dimensione transnazionale, si legga l'analisi effettuata nel capitolo primo, del Titolo Primo della Parte Prima.

1705 Si legga, in tal senso, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 13.

1706 Direttiva 2008/99/CE sulla *tutela penale dell'ambiente*, in GU L 328, del 6 dicembre 2008, p. 28 e direttiva 2009/123/CE che modifica la direttiva 2005/35/CE *relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni*, in GU L 280, del 27 ottobre 2009, p. 52. Nel quadro del previgente trattato CE, pur essendo la decisione quadro il classico strumento per legiferare in materia penale nell'ambito del cosiddetto Terzo pilastro, alcune direttive contenenti misure di diritto penale erano già state adottate: sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle cause *Commissione c. Consiglio*, C-176/03 e C-440/05 per garantire l'applicazione delle norme relative alla tutela dell'ambiente, contro l'inquinamento originato dalle navi e contro l'impiego di cittadini il cui soggiorno è irregolare (direttive 2008/99/CE, 2009/123/CE e 2009/52/CE). In base a tale giurisprudenza (in particolare, la causa C-440/05), tuttavia, il ravvicinamento delle tipologie e dei livelli di sanzione era possibile solo mediante decisioni quadro. Per un'analisi di detta giurisprudenza e della relazione tra competenza in materia penale e giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di effettività, si legga il capitolo primo, titolo Primo, della Parte Prima.

1707 La tutela dell'ambiente è contemplata anche all'articolo 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato "Tutela dell'ambiente", che prevede: "Un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile". La necessità di proteggere l'ambiente è evocata anche nell'articolo 3, par. 3 del TUE tra gli obiettivi dell'Unione (L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. [omissis...]), nonché nel Preambolo al TUE, in cui si legge: "Determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, tenendo conto del principio dello sviluppo sostenibile nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori". Il corsivo è nostro. Si legga, al riguardo, anche l'articolo 11 del TFUE che recita: "Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile". Alla politica europea in materia ambientale è, inoltre, dedicato l'intero Titolo XX della Parte Terza del TFUE, ossia gli articoli da 191 a 193.

attuazione delle regole europee che lo disciplinano¹⁷⁰⁸. In particolare, nel caso in cui gli strumenti attualmente previsti risultino inadeguati, occorrerà valutare se l'attribuzione della competenza alla Procura europea a perseguire gli autori dei reati ambientali consenta una più efficace attuazione delle politiche europee. Nell'effettuare tale analisi, occorrerà anche tener conto della necessità di tutelare i diritti fondamentali degli individui e, quindi, valutare se tramite l'inclusione dei reati ambientali nella sfera di competenza della Procura europea tali diritti ricevano adeguata tutela.

Al fine di effettuare tale analisi, occorre innanzitutto verificare se le sanzioni penali siano essenziali per garantire l'attuazione delle politiche europee in materia di ambiente. Alcune condotte commesse in violazione del bene ambiente, infatti, sono sanzionate con sanzioni amministrative e non tramite l'utilizzo di sanzioni penali. Occorre, quindi, considerare se la previsione di sanzioni penali sia "indispensabile"¹⁷⁰⁹ per garantire un'attuazione efficace delle politiche europee o se invece, al contrario, sia possibile adottare misure meno invasive che assicurino pari efficacia all'attuazione delle politiche ambientali. Al proposito, occorre, infatti, ricordare che il diritto penale deve costituire l'*ultima ratio* e deve essere adottato nel caso in cui tutte le altre misure meno invasive si rivelino insufficienti. Del pari, occorre verificare se la disciplina penale sia posta a presidio di un legittimo scopo di tutela, poiché una condotta può essere sanzionata penalmente solo nel caso in cui esista un bene giuridico meritevole di protezione penale e bisognoso di protezione penale a livello europeo¹⁷¹⁰. Si ritiene, dunque, al proposito che sia in parte necessario rideterminare il contenuto del principio di efficacia a livello europeo, che deve essere coniugato con quello di proporzionalità, il assume del pari la valenza di principio fondamentale a livello europeo. In tal senso, infatti, occorre sottolineare che la mera necessità di rafforzare l'attuazione di politiche dell'Unione non può di per sé legittimare l'impiego del diritto penale a livello europeo. Occorre, in tal senso, altresì verificare che siano tutelati interessi meritevoli di tutela a livello penale e che tali interessi siano incisi in modo così rilevante da richiedere la risposta sanzionatoria più grave, ossia quella penale¹⁷¹¹.

1708Si veda, al riguardo, capitol primo, titolo Primo, della Prima Parte, nonché J. ÖBERG, *Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, vol. 5, pp. 370-387.

1709Tale termine è stato utilizzato espressamente dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7907, par. 48, nonché in modo ancora più esplicito nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-440-05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* p. I-9128, par. 66, in cui si legge: "Se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità (v., in tal senso, sentenze 11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati*, *Racc. pag. 2595*, punto 27, 16 giugno 1998, causa C-226/97, *Lemmens*, *Racc. pag. 1-3711*, punto 19, nonché 13 settembre 2005, *Commissione/Consiglio*, *cit.*, punto 47), resta nondimeno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito (v., in tal senso, sentenza 13 settembre 2005, *Commissione/Consiglio*, *cit.*, punto 48)".

1710Si legga, al proposito, quanto alla definizione di tale principio in materia penale a livello europeo, l'analisi svolta nel capitolo quinto, del Titolo Primo della Parte Seconda. Per una descrizione del principio in parola, si legga anche il Manifesto sulla politica criminale europea, *European Criminal Policy Initiative*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, p. 737 e seguenti, consultabile online all'indirizzo: <http://www.crimpol.eu>.

1711Si legga, in senso simile, anche quanto stabilito nel Manifesto sulla politica criminale europea, *cit.*, e in L. FOFFANI, *Il "Manifesto sulla Politica Criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010, pp. 665 e seguenti.

Al fine di valutare se le sanzioni penali siano le più efficaci a garantire la protezione dell'ambiente, occorre, innanzitutto, individuare quali reati siano ricomprese nella locuzione “reato ambientale”.

Le fattispecie di reato ambientale sono volte a punire le condotte di coloro che violano la legislazione ambientale e provocano una lesione del bene ambiente e della salute umana. Nella locuzione reati ambientali, pertanto, sono comprese numerose fattispecie di reato che ledono diversi beni giuridici, tutti riconducibili al bene primario ambiente, il quale costituisce un concetto unitario, ma trasversale, nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi, che concernono sia la conservazione dell'ambiente che la sua utilizzazione. Tra le fattispecie di reati ambientali possiamo citare l'immissione o lo scarico illeciti di sostanze nell'aria, nell'acqua o nel suolo; il commercio illegale di specie selvatiche; il commercio illegale di sostanze che riducono lo strato d'ozono e la spedizione o lo scarico illegali di rifiuti¹⁷¹². Come è possibile desumere dalla breve e non esaustiva lista dei crimini ambientali, la protezione dell'ambiente implica la predisposizione di un complesso di norme che tutelino vari aspetti facenti parte del medesimo bene ambiente. Al fine di garantire l'efficace protezione dell'ambiente, occorre, pertanto, predisporre una legislazione uniforme e coerente che predisponga una risposta sanzionatoria adeguata al singolo bene giuridico preso in considerazione dalla specifica disposizione regolante la materia, sia esso la protezione dell'aria, dell'acqua o del suolo, la tutela di specie animali o vegetali selvatiche protette o la raccolta, il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti.

Considerata la molteplicità di interessi giuridici tutelati all'interno del medesimo concetto di

¹⁷¹²La Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, *sulla tutela penale dell'ambiente*, all'articolo 3 elenca le infrazioni che, se poste in essere intenzionalmente o quantomeno per grave negligenza, costituiscono reati. Ai sensi della direttiva l'elenco è più lungo e completo di quello contenuto nel testo. In particolare, ai sensi dell'articolo 3 della Direttiva 2008/99/CE: “Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati: a) lo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; b) la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento di rifiuti, comprese la sorveglianza di tali operazioni e il controllo dei siti di smaltimento successivo alla loro chiusura nonché l'attività effettuata in quanto commerciante o intermediario (gestione dei rifiuti), che provochi o possa provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; c) la spedizione di rifiuti, qualora tale attività rientri nell'ambito dell'articolo 2, paragrafo 335, del regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni di rifiuti (1), e sia effettuata in quantità non trascurabile in un'unica spedizione o in più spedizioni che risultino fra di loro connesse; d) l'esercizio di un impianto in cui sono svolte attività pericolose o nelle quali siano depositate o utilizzate sostanze o preparazioni pericolose che provochi o possa provocare, all'esterno dell'impianto, il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; e) la produzione, la lavorazione, il trattamento, l'uso, la conservazione, il deposito, il trasporto, l'importazione, l'esportazione e lo smaltimento di materiali nucleari o di altre sostanze radioattive pericolose che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; f) l'uccisione, la distruzione, il possesso o il prelievo di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie; g) il commercio di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette o di parti di esse o di prodotti derivati, salvo i casi in cui l'azione riguardi una quantità trascurabile di tali esemplari e abbia un impatto trascurabile sullo stato di conservazione della specie; h) qualsiasi azione che provochi il significativo deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto; i) la produzione, l'importazione, l'esportazione, l'immissione sul mercato o l'uso di sostanze che riducono lo strato di ozono”.

ambiente, e, al tempo stesso, la primaria rilevanza di ognuno di essi per la conservazione e la protezione dell'unico ambiente in viviamo, occorre valutare se essi debbano essere considerati in maniera unitaria al fine di valutarne la gravità e la dimensione transnazionale o se, invece, debba ritenersi che solo alcune violazioni commesse in danno della legislazione ambientale possiedano le caratteristiche della transnazionalità e della gravità e debbano essere punite con sanzioni penali¹⁷¹³. Passando a verificare se le sanzioni penali siano le uniche che permettano di dare un'efficace attuazione alla politica ambientale, occorre innanzitutto precisare che una delle ragioni per cui, in generale, si ritiene che le sanzioni penali siano più efficaci consiste nell'effetto deterrente di queste¹⁷¹⁴. In base a tale considerazione, le sanzioni penali sono quelle che possiedono una forza deterrente maggiore rispetto ad ogni altro tipo di sanzioni poiché la minaccia della privazione della libertà personale è quella che scoraggia maggiormente un soggetto dal commettere un reato¹⁷¹⁵. Tuttavia, al riguardo, occorre sottolineare che in pratica risulta molto difficile verificare se e in che misura una specifica sanzione abbia un effetto deterrente; il compimento di ricerche empiriche sugli effetti che tali sanzioni hanno nei diversi Stati membri, infatti, è l'unico metodo affidabile per stabilire se una determinata sanzione penale in materia ambientale abbia avuto un effetto deterrente¹⁷¹⁶. Gli studi che sono stati finora compiuti al fine di determinare se le sanzioni penali sono uno strumento adeguato per proteggere l'ambiente prendono come paradigma di riferimento l'attore razionale. Considerato, in particolare, che la maggior dei reati ambientali sono commessi da persone giuridiche, come per esempio da imprese che, nello svolgere la propria attività produttiva, non adottano le misure opportune per non inquinare o non provocare altri danni all'ambiente, l'attore razionale in tali studi è rappresentato da amministratori di società e soggetti altrimenti incaricati di prendere decisioni per conto della società. La pena della reclusione, pertanto, possiede un particolare effetto deterrente in relazione a tali soggetti, poiché, oltre alla temporanea privazione della libertà personale, una tale sanzione comporta gravi conseguenze anche dal punto di vista

1713Per un'analisi in merito all'effettività delle sanzioni penali in materia ambientale, si veda J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2011, 4, pp. 402-425.

1714In tal senso si è espressa sia la giurisprudenza che la dottrina. In particolare, si veda Corte di Giustizia, sentenza Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri, procedimenti riuniti, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 2005, in *Racc.* p. I-3565; Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nella relativa causa, par. 89; CLUNE, LINDQUIST, *What "implementation" isn't; Towards a General Framework for Implementation Research*, in *Wisconsin Law Review*, 1981, pp. 1044-1045; M.G FAURE, *The Implementation of the Environmental Crime Directives in Europe*, p. 6; A KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, 2009, pp. 72-73.

1715In particolare, in generale, il modello della deterrenza accoglie l'idea della prevenzione generale. In base a tale teoria, la minaccia legale di pena è vista come tecnica finalizzata di prevenzione di fatti e comportamenti indesiderati, ritenuti dannosi o pericolosi per interessi dei singoli o della società, e perciò da vietare. Il diritto penale in tal caso è ritenuto lo strumento più adeguato poiché, come scriveva Feuerbach, la minaccia di pena, che collega alla possibile commissione di un atto anti-giuridico la prospettiva di un male sensibile, può funzionare a condizione "che il male minacciato sia così grande, che il timore di esso superi il desiderio di quell'atto, che la rappresentazione del male superi quella del bene da ottenere". FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di CATTANEO, Milano, 1972, p. 108 e seguenti.

1716Al riguardo, K. MENNINGER, *The Crime of Punishment*, Penguin, 1977.

sociale e professionale¹⁷¹⁷. Gli studi si basano, quindi, sul presupposto che tali soggetti prima di commettere il reato, compiono un'analisi razionale costi-benefici, al termine della quale decideranno se commettere o meno il reato a seconda del fatto se siano prevalenti i costi o i benefici¹⁷¹⁸. Se l'assunto su cui si fondano tali studi è corretto, pertanto, innalzare il livello delle sanzioni, così come prevedere pene privative della libertà personale, avrà un effetto deterrente poiché i costi saranno maggiori dei benefici; tanto più grave sarà la sanzione e tanto maggiore sarà l'effetto deterrente¹⁷¹⁹. Occorre, tuttavia, tenere conto del fatto che una sanzione più elevata o la minaccia della pena detentiva avrà un effetto deterrente nel caso in cui tali sanzioni siano eseguite. Nell'analisi costi-benefici sarà ponderata, infatti, anche l'eseguibilità della sanzione. Qualora nella maggior parte dei casi non venga data esecuzione alle sanzioni penali, la probabile impunità avrà un peso nell'analisi costi-benefici effettuata dal potenziale autore del reato; tale fattore inciderà in modo più o meno rilevante a seconda della frequenza con cui tali reati non vengono perseguiti¹⁷²⁰. Alla sanzione penale è, inoltre, attribuita una funzione simbolica, collegata a valutazioni morali e ripercussioni in termini di relazioni sociali del soggetto¹⁷²¹. Il diritto penale in tal caso svolgerebbe una funzione di condanna pubblica di un determinato comportamento, dal momento che dal punto di vista mediatico e sociale una sanzione penale è percepita come più grave di una sanzione civile o amministrativa. I soggetti avrebbero, quindi, interesse ad evitare anche lo stigma sociale che deriva dallo scontare una sanzione penale¹⁷²². Al proposito, è stato altresì sottolineato che tale funzione del

1717Si legga al proposito G. GEIS, *On White-Collar Crime*, Lexington books, 1982, p. 53; M. FAURE, G. HEINE, *Criminal Enforcement of Environmental Law in the European Union*, Kluwer Law International, 2005, p. 58;

1718S. WHEELER, K. MANN, A. SARAT, *Sitting in judgment: The Sentencing of White-Collar Criminals*, Yale University Press, 1988; J. GOBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Butterworths, 2003, p. 220.

1719Si legga, al riguardo l'esempio citato da J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, cit.. In base a tale esempio, "if an offender can earn 100,000 euro (A) by committing an offence and the chance of being caught is 10 % (B) and the probability of conviction (C) is 80 % the penalty must amount to 1,250,000 euro. (A (100 000) * B (0, 1) * C (0, 8) = the optimal penalty) to act as an effective deterrent.³² If the penalty is lower than 1,250,000 euro, a rational actor would decide to commit the crime as his benefits would be higher than the expected costs". Ad opinione dell'autore, inoltre, "There is some empirical support for the assumption that companies decide to comply with environmental rules depending on a cost and benefit analysis. For example, if firms intend to dispose of waste in a legal manner or comply with environmental regulation, this will generally cost a lot of money. Consequently, there is a lot of money to be made from illegal activities infringing environmental rules".

1720Si legga al riguardo R.G. BURNS, MJ LYNCH, P. STRETESKY, *Environmental Law, Crime and Justice*, LFB Scholarly Publishing LLC New York, 2008, p. 107; S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 505-507.

1721Si leggano, al riguardo anche le Conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer in data 26 maggio 2005 nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, in *Racc.* p. I-7881, par. 74.

1722Si leggano, al riguardo, R. DUFF, *Trials and Punishments*, CUP, Cambridge, 1986, pp. 235-238; OGUS, ABBOT, *Sanctions for pollution: Do we have the right regime?*, in *Journal of Environmental law*, 2002, vol. 14 n. 3, Oxford University Press; G. STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 78, p. 526. Tale concetto è esaminato in relazione all'ambiente dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer in data 26 maggio 2005 nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, cit., par. 74, in cui afferma: "La sanzione penale, invece, determina una pressione maggiore che può portare in molti casi al rispetto delle norme nonché al moltiplicarsi dei divieti legali connessi all'esercizio di attività altamente pericolose per l'ambiente. L'ingresso dell'ecologia nei codici persegue, oltre a una maggiore efficacia delle misure di prevenzione generale, il rafforzamento della coscienza del pubblico per quanto riguarda la «lesività» sociale degli atti contro la natura, riaffermando l'elevazione dei beni giuridici ambientali allo stesso rango dei classici valori tutelati dal diritto penale. Non si deve dimenticare la dimensione etica della sanzione penale: quando si persegue penalmente un comportamento, si ritiene che esso sia meritevole della massima riprovazione in quanto trasgressione ai fondamenti

diritto penale risulta tanto più essenziale nei casi in cui non vi è una percezione collettiva di quella determinata condotta come penalmente rilevante. Tale sarebbe, per esempio, il caso dei reati ambientali, dal momento che a differenza di altre fattispecie di reato come l'omicidio o il furto, che sono naturalmente percepite come criminose, in molti Stati membri la coscienza collettiva non le considera fattispecie penalmente rilevanti. In tal senso, quindi, il diritto penale svolgerebbe la funzione di “educare” la società e di far percepire alla popolazione l'importanza del bene giuridico leso e la conseguente gravità della condotta posta in essere dall'autore del reato¹⁷²³.

Si ritiene che una tale funzione del diritto penale sia tanto più importante in relazione ad amministratori di società o soggetti che gestiscono un'attività di impresa poiché la reputazione personale e della società è importante ed assume, pertanto, un particolare rilievo il fatto di essere considerati soggetti corretti e rispettosi della legge¹⁷²⁴.

Occorre ribadire che, al tempo stesso, la sanzione penale sarà efficace in quanto sarà proporzionata all'offesa arrecata al bene giuridico tutelato. Infatti, nel caso in cui la sanzione sia percepita dalla società come sproporzionata rispetto all'offesa arrecata, la funzione deterrente e quella simbolica prima menzionate non sarebbero più altrettanto efficaci; la società, infatti, quella sanzione come ingiusta e in tal caso il commetterla non sarebbe più considerato un comportamento deplorabile meritevole di sanzione penale, ma al contrario, come un'ingiustizia¹⁷²⁵. Il principio di proporzionalità richiede, viceversa, che un comportamento gravemente offensivo di un bene giuridico meritevole di tutela siano puniti con una sanzione di pari gravità; altrimenti, anche in questo caso la credibilità e legittimità dell'intero ordinamento giuridico sarebbe messa a rischio. Tale concetto è stato ribadito anche dalla Commissione, la quale ha affermato che “per alcuni comportamenti illegali considerati particolarmente gravi, una sanzione amministrativa può non essere una risposta sufficientemente forte”¹⁷²⁶. In materia di ambiente, inoltre, essa ha ribadito che per punire i più gravi reati in materia ambientale, “solo sanzioni di natura penale hanno efficacia

dell'ordinamento giuridico”.

1723Parla, in particolare, di “*educational function of criminal law*” J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, cit., nonché la dottrina dallo stesso citata. In particolare, E. RUBIN, *Just Say No to Retribution*, BUFF. CRIM. L. REV., 2003, 7, 17, pp. 49-54; HYATT, *The Federal Environmental Regulatory Structure*, in M. CLIFFORD, *Environmental crime: enforcement, policy, and social responsibility*, Jones & Bartlett Learning, 1998; J. GOBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, cit., p. 218.

1724Nello stesso senso, J. GOBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, cit., p. 220.

1725Sulla necessaria proporzionalità della sanzione, si legga See P. Asp, *Two Notions of Proportionality*, in K. NUOTIO (a cura di), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Forum Iuris, 2007, p. 207; P.H. ROBINSON, J. DARLEY, *The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best*, 91 GEO. L.J. 949 2003, pp. 457-458. Il principio di proporzionalità delle pene è, inoltre, consacrato dall'articolo 49, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed è stato pacificamente ritenuto un principio essenziale del diritto europeo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si legga, al proposito, le sentenze *SA Buitoni c. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, causa C-122/78, del 1979, in *Racc.* p. 677, par. 20; *Anklagemyndigheden c. Hansen & Soen I/S*, causa C-326/88, del 1990, in *Racc.* p. I- 2911; Conclusioni dell'Avvocato Generale Gerven nella medesima causa, par. 8.

1726In tal senso Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso una politica penale dell'UE: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM (2011) 573 def., p. 13 della versione italiana.

sufficientemente dissuasiva”¹⁷²⁷.

Le teorie ora illustrate sono state criticate da coloro che hanno affermato che i soggetti che violano la legislazione ambientale non sono necessariamente soggetti razionali che effettuano un'analisi costi-benefici. In alcuni casi, nonostante i risultati di tale analisi porterebbero a violare la legislazione ambientale poiché i costi superano i benefici in termini economici, tali soggetti decidono di non violarla. Si ritiene, pertanto, che la motivazione sottesa a tali scelte non sia il timore della sanzione penale, bensì un comando morale di rispettare la legge; in tal caso, quindi, qualunque sia la sanzione, sia essa amministrativa, civile o penale, tali soggetti rispetterebbero la legislazione ambientale¹⁷²⁸.

Sebbene tale ragionamento sia confermato da alcuni casi in cui gli amministratori di una società hanno scelto di rispettare la legislazione ambientale anche nel caso in cui tale scelta si rivelasse svantaggiosa in termini economici, questa considerazione non cancella il dato per cui numerosi soggetti effettuano, invece, un'analisi costi-benefici e decidono di agire di conseguenza. Al riguardo, si ritiene, inoltre, che la predisposizione di sanzioni, siano esse penali, amministrative o civile non è rivolta a coloro che rispettano la legge per moralità e coscienza di aderirvi, poiché in tal caso non sarebbe allora necessaria nessun tipo di sanzione. La risposta sanzionatoria è prevista, invece, per coloro che in assenza della minaccia di una sanzione non rispetterebbero la legge. Sono questi soggetti che, quindi, costituiscono il paradigma a cui occorre rapportarsi nel prevedere una risposta sanzionatoria¹⁷²⁹. Al proposito, occorre sottolineare che gli studi condotti dimostrano che la minaccia di una severa sanzione penale in numerosi casi assume un ruolo centrale nella scelta che individui e società compiono riguardo all'alternativa se rispettare la legislazione ambientale o meno. Da tali studi risulta, in particolare, che per i motivi esposti in precedenza la previsione della reclusione come sanzione penale rappresenta una delle cause che maggiormente spingono i soggetti a non violare la legislazione ambientale rilevante¹⁷³⁰.

1727Si legga, in tal senso, la proposta di direttiva Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione, *sulla tutela penale dell'ambiente*, Bruxelles, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 definitivo, 2007/0022 (COD), p. 2 della versione italiana.

1728In tal senso, J.T. SCHOLZ, N. PINNEY, *Duty, Fear and Tax Compliance: The Heuristic Basis of Citizenship Behaviour*, in *Am. J. POL. Sci.*, 1995, 39, 490, p. 491; D. SPENCE, *The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law*, *CAL. L. REV.*, 2001, 89, 917, p. 983; J.W. COLEMAN, *Motivation and Opportunity: Understanding the Causes of White-Collar Crimes*, in G. GEIS, R.F. MEIER, L.M. SALINGER (a cura di), *White-Collar-Crime. Classic and Contemporary Views*, 3rd edition, New York, Free Press, 1994, p. 292; AYRES, BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, p. 24; MP VANDENBERGH, *Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance*, *STAN. ENVTL. L.J.* 2003, 22, 55, p. 73; J.C. Jr. COFFEE, *Does “Unlawful” Mean “Criminal”?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in L. ORLAND (a cura di), *Corporate Crime and White-Collar Crime: An anthology*, Anderson Publishing, 1995, p. 53; COHEN, *Sentencing the Environmental Criminal*, in M CLIFFORD (a cura di), *Environmental crime: enforcement, policy, and social responsibility*, Jones & Bartlett Learning, 1998.

1729Giunge a conclusioni simili anche J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, cit., il quale afferma che “*Since society is not only constituted of ‘good people’ willing to follow the rules by their own sense of duty, it is necessary to give these ‘bad people’, who rationally contemplate breaking the law for the pursuit of their own personal profits, some disincentives*”.

1730Si legga al riguardo l'interessante *Study on measures other than criminal ones in cases where environmental*

Alla luce dei rilievi svolti, si ritiene di concludere nel senso che le sanzioni penali sono efficaci nel senso delineato all'inizio dell'analisi, ossia permettono l'efficace attuazione delle politiche ambientali predisposte a livello europeo. Al proposito, occorre, tuttavia, verificare, che le sanzioni penali siano anche "indispensabili" nel senso che non esistono altri tipi di sanzioni quali quelle amministrative altrettanto efficaci. Una tale analisi risulta essenziale per i motivi esposti in precedenza, ossia perché il diritto penale deve essere concepito come *ultima ratio* in quanto strumento altamente invasivo della sfera giuridica dei soggetti. Nel caso in cui l'imposizione di sanzioni amministrative risultasse altrettanto efficace, occorrerebbe, quindi, concludere nel senso che non sia necessario utilizzare lo strumento penale.

Non si ritiene opportuno esaminare in tale sede tutti i tipi di sanzioni amministrative che possono essere irrogate in caso di violazione della disciplina ambientale poiché una tale analisi sconfinerebbe dall'oggetto dell'analisi che stiamo svolgendo. In tale sede occorre, infatti, valutare se sia necessario adottare sanzioni penali a livello europeo in materia ambientale per verificare se sia opportuno attribuirne la competenza alla Procura europea. Nel caso in cui si concludesse che le sanzioni amministrative siano uno strumento più efficace, infatti, non vi sarebbe ragion d'essere per discutere della possibilità di attribuire alla Procura europea la competenza a perseguire gli autori dei reati ambientali.

Ai fini che in tale sede interessano, ci limiteremo, pertanto, ad analizzare se lo strumento sanzionatorio amministrativo più frequente e più incisivo, ossia l'irrogazione di ammende a carico della società¹⁷³¹, garantisca, al pari delle sanzioni penali, un'efficace attuazione delle politiche europee in materia ambientale e rappresenti, pertanto, una sanzione proporzionata, efficace e dissuasiva¹⁷³² nei casi di violazione della legislazione europea.

Le ammende a carico delle società sono considerate a livello nazionale uno degli strumenti più appropriati per sanzionare la condotta antiggiuridica commessa in violazione delle norme ambientali da parte di una persona giuridica. Si ritiene, infatti, che l'irrogazione di una ammenda, incidendo sul patrimonio della società, sia uno strumento idoneo a punire il comportamento anti-doveroso da essa posto in essere¹⁷³³. Le decisioni prese da coloro che rivestono funzioni di amministrazione o

Community law has not been respected in a few candidate countries, Summary Report, effettuato da Jendroska Jerzmanski Bar & Partners. Environmental Lawyers in co-operation with Environmental Management and Law Association (EMLA) and Milieu Ltd su richiesta della Direzione Generale della Commissione Ambiente n. B4-3040/2003/369100/MAR/A.3, 30 settembre 2004, Candidate Countries' Report. Consultabile online all'indirizzo: http://ec.europa.eu/environment/legal/crime/pdf/cd_summary_report.pdf.

1731 Occorre sottolineare che al momento il diritto europeo non prevede la possibilità di adottare ammende avverso le imprese che violino la legislazione ambientale adottata a livello europeo. Tuttavia, tale tipo di sanzioni è quella più utilizzata per le violazioni ambientali a livello nazionale e rappresenta la sanzione amministrativa più incisiva; per tale motivo, si è deciso di svolgere la nostra analisi in relazione a tale tipo di sanzione.

1732 Tale espressione è stata utilizzata dalla Corte di Giustizia fin dal noto caso del Mais greco, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979. Per un'analisi di tale giurisprudenza si rinvia al capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

1733 Si legga in proposito la sentenza della Corte di Giustizia *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, del 1992, in *Racc.* p. I-5383, par. 48; Conclusioni dell'Avvocato Generale

direzione di una società sono, infatti, motivate da ragioni economiche. Si ritiene, pertanto, che la minaccia di un'ammenda elevata provochi un aumento dei costi e disincentivi così tali soggetti ad inquinare.

Tuttavia, come è stato rilevato¹⁷³⁴, nonostante le ammende siano proporzionate rispetto al paradigma di attore razionale, delle perdite finanziarie possono facilmente essere riassorbite da grandi società ed essere calcolate in precedenza dall'imprenditore come costi che la società dovrà sopportare. I costi, infatti, possono essere trasferiti dalla società ad altri soggetti, come i dipendenti, i creditori o gli stessi consumatori¹⁷³⁵. In molti casi, pertanto, alle società converrà pagare le sanzioni, piuttosto che predisporre le misure necessarie per rispettare la legislazione ambientale¹⁷³⁶.

L'unica soluzione sarebbe, quindi, di imporre sanzioni così elevate che non possano essere assorbite dalla società o trasferite ad altri soggetti; in tal caso, al fine di evitare gli inconvenienti evidenziati prima l'ammontare delle sanzioni dovrebbe essere infinitamente maggiore del possibile beneficio che la società ne potrebbe ricavare. In tal caso probabilmente la sanzione sarebbe deterrente ma sorgerebbero altri tipi di criticità.

In primo luogo, occorre rilevare che in tal caso, vi sarebbe un'alta probabilità che la Corte EDU definisca tali tipo di sanzioni penali, come è già avvenuto in materia di ammende irrogate a carico delle imprese dalla Commissione¹⁷³⁷ e sarebbe, di conseguenza necessario prevedere il rispetto delle garanzie desumibili dall'articolo 6 della CEDU e dagli articoli da 47 a 50 della Carta. Si ritiene, pertanto, che al fine di garantire la piena protezione dei diritti fondamentali dei soggetti nei cui confronti sono irrogate le ammende sarebbe preferibile prevedere fin da subito delle sanzioni penali, le quali godrebbero di tutte le garanzie proprie del procedimento penale.

Jacobs, rese in data , in *Racc.* p. , par. 11.

1734Si legga, in tal, senso *Study on measures other than criminal ones in cases where environmental Community law has not been respected in a few candidate countries*, Summary Report, effettuato da Jendroska Jerzmanski Bar & Partners. Environmental Lawyers in co-operation with Environmental Management and Law Association (EMLA) and Milieu Ltd, del 30 settembre 2004, *cit.*; G. HAYMAN, D. BRACK, *International Environmental Crime, The Nature and Control of Environmental Black Markets*, Royal Institute of International Affairs, 2002, p. 16.

1735Si legga, in proposito, D. THORNBURGH, *Criminal Enforcement of Environmental Laws-A National Priority*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1990-1991, 59, p. 775.

1736Al riguardo, J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, *cit.*, precisa, infatti, che: “Shareholders experience losses resulting from fines through decrease of the share value and reduced future dividends. The cost of a fine also spills over to consumers through price increases for the companies’ goods and services, and to employees through adverse effects on wages and staffing. Whether the fine is borne by the owner or by the customers depends on the market power of the corporation. If the company has substantive market power, the customer will pay; if not, the owners will pay”. Per quanto riguarda gli azionisti, inoltre, l'autore precisa: “The problem for shareholders is that the interests of individual shareholders are likely to be so diffuse that the fines levied in environmental cases would not provoke them to take action. Furthermore, the attitude of shareholders in practically all but very closely held corporations is one of inactiveness. As long as dividends are paid and there is a reasonable expectation of profits, the shareholders will be satisfied notwithstanding a few criminal convictions. The alternative to passing the fine on to shareholders is to pass it on to customers assuming that the company possesses sufficient market power. A company with market dominance only needs to include the penalty in its production cost with the result that prices increased to the degree necessary to recover the loss. Consequently, the company loses very little and consumers bear the burden. As such, the deterrent effect on the corporation will be minimal or non-existent”.

1737Si leggano in tal senso le sentenze della Corte EDU *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, ric. n. 43509/08, del 27 settembre 2011; *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorso n. 18640/10, del 4 marzo 2014.

In secondo luogo, sanzioni troppo elevate potrebbero portare in alcuni casi al fallimento della società comportando così costi molto elevati per la società¹⁷³⁸.

In terzo luogo, tali sanzioni sarebbero rivolte solo nei confronti della società e non degli individui che hanno commesso l'infrazione. In tal caso, quindi, la deterrenza sarebbe senza dubbio minore in quanto l'individuo non sarebbe ritenuto penalmente responsabile e, quindi, personalmente non dovrebbe pagare per il fatto commesso¹⁷³⁹. Si concorda in proposito con quanti ritengono che una tale sanzione non sarebbe, pertanto, effettivamente deterrente¹⁷⁴⁰.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si desume, quindi, che le sanzioni amministrative non permettono di assicurare l'efficace attuazione delle politiche ambientali al pari di quelle penali. Risulta, pertanto, indispensabile prevedere una legislazione europea che imponga la predisposizione di sanzioni penali a tutela dell'ambiente. Tale approdo è stato altresì sottolineato dalla Commissione nella proposta di direttiva adottata nel 2007 sulla tutela penale dell'ambiente. Nell'*incipit* della proposta di direttiva, nella parte relativa alle motivazioni e finalità della proposta, la Commissione aveva evidenziato che al fine di punire i reati ambientali più gravi solo le sanzioni di natura penale hanno efficacia sufficientemente dissuasiva¹⁷⁴¹. La Commissione ha motivato la propria affermazione sulla base di quattro ordini di ragioni.

In primo luogo, ha sottolineato che l'imposizione di sanzioni penali “è indice di una riprovazione sociale di natura qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi risarcitori civilistici”.

In secondo luogo, ha precisato che “le sanzioni di natura amministrativa o pecuniaria rischiano di non aver sufficiente efficacia dissuasiva quando gli autori del danno ambientale non sono solvibili

1738Al proposito, si legga R. MACRORY, *Regulatory justice- Making Sanctions Effective, Final Report*, novembre 2006; *Study on measures other than criminal ones in cases where environmental Community law has not been respected in a few candidate countries*, Summary Report, effettuato da Jendroska Jerzmanski Bar & Partners. Environmental Lawyers in co-operation with Environmental Management and Law Association (EMLA) and Milieu Ltd, del 30 settembre 2004, *cit.*; J. GOBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Butterworths, 2003, p. 223 e seguenti.

1739In tal senso, si legga J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, *cit.*; G.J. MILLER, *Managerial Dilemmas: The Political Economy of Hierarchy*, Political Economy of Institutions and Decisions, CUP, 1993; BOWER, *On the Amoral Organization*, in R. MARRIS (a cura di), *The Corporate Society*, 178, 197 Macmillan, London, 1974.

1740Per un'analisi dell'inefficacia delle sanzioni amministrative individuali, si legga J. ÖBERG, *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, *cit.*, che elenca due ordini di ragioni: “*Firstly, it is recognised that individuals are sometimes indemnified by the company if they are subject to fines. Furthermore, fines may be too low to deter individuals. The evidence indicates that the usual arrangement is to reward management fidelity to what is perceived to be in the company's interests given that companies are normally not willing to penalise individual action with the purpose of creating profits for the company or if they acted with the consent of higher executives. [omissis...] Secondly, as argued above, prison terms are said to be an especially effective sanction in attempting to control the behaviour of corporate officials, who belong to a social group that is particularly sensitive to status deprivation and censure. The reason for this is that a prison term cannot, in contrast with a fine, be passed on to customers. Neither can the individual be reimbursed for the psychological and social harm caused by a prison sentence. It is thus claimed that individuals perceive the threat of a prison sanction as more serious than a fine when contemplating whether to engage in serious violations of environmental regulations*”.

1741Cfr. al riguardo la Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione, *sulla tutela penale dell'ambiente*, Bruxelles, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 definitivo, 2007/0022 (COD), p. 2 della versione italiana.

o, al contrario, quando abbiano cospicue risorse finanziarie”. Ad avviso della Commissione, in questi casi possono essere necessarie pene privative della libertà.

In terzo luogo, ha rilevato che “gli strumenti a disposizione nell'ambito delle indagini penali e dell'azione penale (ivi compresa l'assistenza reciproca fra Stati membri) sono molto più incisivi di quelli predisposti dal diritto civile o amministrativo e possono contribuire a una più efficace tutela dell'ambiente”.

Infine, ha evidenziato il fatto che “nelle indagini intervengano le autorità inquirenti, cioè autorità diverse da quelle amministrative che hanno rilasciato licenze di esercizio o permessi di inquinare, costituisce un'ulteriore garanzia d'imparzialità”¹⁷⁴².

Sulla scorta di tali argomentazioni e del fatto che, oltre alla diversità di natura e tipologia di sanzioni apprestate nei singoli Stati membri per reprimere le violazioni ambientali, la criminalità ambientale ha spesso una dimensione transnazionale, o possiede in ogni caso effetti transnazionali¹⁷⁴³, la Commissione in seguito alle sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio* del 2005 e del 2007, ha adottato due direttive volte ad armonizzare la legislazione penale in materia ambientale a livello europeo, la Direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente¹⁷⁴⁴ e la Direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni¹⁷⁴⁵. Tali direttive sono state adottate a livello europeo con l'intento di

¹⁷⁴²Si legga in proposito la Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio presentata dalla Commissione, *sulla tutela penale dell'ambiente*, Bruxelles, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 definitivo, 2007/0022 (COD), pp. 2-3 della versione italiana.

¹⁷⁴³Come abbiamo sottolineato all'inizio del paragrafo la dimensione transnazionale è desumibile anche dalle ripercussioni transnazionali del reato e non solo dalla natura in sé e per sé transnazionale di esso. Si leggano, al riguardo, i rilievi svolti nel capitolo secondo, Titolo Primo della Parte Prima.

¹⁷⁴⁴Tale direttiva (in GU L 328/28, del 6 dicembre 2008, pp. 28-37) recepisce le conclusioni della Corte europea di giustizia, la quale, nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005 aveva annullato la decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. Con l'adozione di tale direttiva è stata, inoltre, sostituita la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale del 13 marzo 2001 (2001/0076(COD)). Precedentemente all'adozione di tale direttiva si erano succedute diverse tappe per la predisposizione di una legislazione penale in materia ambientale a livello europeo. In particolare, nel 1998 il Consiglio d'Europa aveva adottato la Convenzione sulla tutela penale dell'ambiente. Il 15 e 16 ottobre 1999 il Consiglio europeo riunito a Tampere aveva poi chiesto alle istituzioni comunitarie uno sforzo per concordare definizioni, incriminazioni e sanzioni comuni per un numero limitato di attività criminose particolarmente gravi, ivi compresi i reati ambientali. Nel febbraio 2000 il Regno di Danimarca aveva presentato un'iniziativa ai fini dell'adozione di una decisione quadro per la repressione dei reati ambientali gravi. Il Consiglio Giustizia e Affari interni aveva convenuto, il 28 settembre 2000, che era opportuno adottare una normativa specifica sui reati ambientali. Il 13 marzo 2001 la Commissione aveva adottato una proposta di direttiva relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. L'8 aprile 2002 il Parlamento europeo aveva adottato la propria relazione sulla proposta, in prima lettura. Il 30 settembre 2002 la Commissione aveva adottato una proposta modificata che recepiva diversi emendamenti proposti dal Parlamento europeo (COM/2002/544 def.). Il Consiglio, senza prendere in esame la proposta della Commissione, in data 27 gennaio 2003, aveva adottato, su iniziativa della Danimarca, la decisione quadro 2003/80/GAI relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale. Successivamente, con sentenza 13 settembre 2005 nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, la Corte di Giustizia aveva annullato la decisione quadro perché adottata in violazione dell'articolo 47 UE. Il 30 novembre 2005 la Commissione aveva adottato una comunicazione che illustrava la sua posizione sulle conseguenze da trarre dalla sentenza sopra citata, dichiarando che sarebbe stato necessario adottare una nuova proposta legislativa sui reati ambientali. Di conseguenza, il 9 febbraio 2007, la Commissione ha presentato una proposta di direttiva sulla tutela penale dell'ambiente (Bruxelles, 9 febbraio 2007 COM(2007) 51 definitivo, 2007/0022 (COD)).

¹⁷⁴⁵Tale direttiva (in GU L 280/52, del 27 ottobre 2009, pp. 52-55) modifica la precedente direttiva 2005/35/CE e

armonizzare la disciplina vigente negli Stati membri al fine di evitare che gli autori di reati ambientali gravi possano trarre vantaggio ai propri fini dalle asimmetrie che esistono nella disciplina nazionale adottata in ogni Stato membro e cercare di porre così fine al fenomeno del cosiddetto *forum shopping*¹⁷⁴⁶. Tuttavia, come precisato nei Considerando antecedenti la direttiva 2008/99/CE, in base a quanto disposto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05¹⁷⁴⁷, la direttiva, pur obbligando gli Stati membri “a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell’ambiente”, “non crea obblighi per quanto riguarda l’applicazione di tali sanzioni, o di altri sistemi di applicazione della legge disponibili, in casi specifici”¹⁷⁴⁸.

La direttiva 2008/99/CE, tuttavia, non ha rappresentato una soluzione efficiente ai problemi che intendeva risolvere. Pur costituendo senza dubbio un passo in avanti nella direzione di una più efficace protezione delle politiche europee in materia ambientale, infatti, a causa della di molteplici fattori risulta essere uno strumento inadeguato. Tale inadeguatezza è in parte dovuta alla natura stessa dello strumento utilizzato, ossia la direttiva, e in parte dovuto all'approccio minimale contenuto nella stessa, che è stato in larga parte determinato dall'affermazione della Corte per cui non rientra nella competenza dell'Unione la “determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili”¹⁷⁴⁹. In base all'articolo 5 della direttiva, infatti, gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che i reati ambientali “siano puniti con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive”¹⁷⁵⁰. Tale formulazione ha lasciato un largo margine di azione agli Stati membri che hanno adottato sanzioni molto diverse per natura e gravità, così da non portare ad una reale armonizzazione della legislazione in materia di crimini ambientali¹⁷⁵¹. Una tale differenza di

colma il vuoto normativo venutosi a creare a seguito della sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio* nella causa C-440/05, del 23 ottobre 2007 (in *Racc.* 2007, p. I-9097), con cui la Corte ha annullato la decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell’inquinamento provocato dalle navi (in GU L 255 del 30 settembre 2005, p. 164), che aveva completato la direttiva 2005/35/CE con misure di diritto penale. Per un'analisi della sentenza della Corte e della precedente disciplina si rinvia all'analisi svolta nel capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

1746In tal senso, si esprime la Commissione nella proposta di direttiva sulla *tutela penale dell'ambiente*, Bruxelles, 9 febbraio 2007, COM(2007) 51 definitivo, pp. 2-3 della versione italiana.

1747In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio* nella causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* 2007, p. I-9097, par. 70.

1748Si legga al riguardo il Considerando 10 della Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell’ambiente, in GU L 328/28, 6 dicembre 2008, pp. 28-37.

1749Cfr. Corte di Giustizia *Commissione c. Consiglio* nella causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* 2007, p. I-9097, par. 70.

1750In tal senso, articolo 5 della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell’ambiente, *cit.*.

1751Come è dato ricavare da alcuni studi condotti in materia, infatti, “*for example, French law provides for a maximum fine of EUR 9,000 for a CITES violation by legal entities whereas in the Netherlands the maximum fine is EUR 810,000. In Finland a maximum of two years imprisonment can be imposed for the same violation whereas in the Czech Republic, the maximum is eight years*”. In tal senso, S. CHIN, C. GERSTETTER, W. VEENING, *EFFACE Policy Brief 1: Limitations and challenges of the criminal justice system in addressing environmental crime*, 2014, p. 2. Si legga al riguardo anche G. M. VAGLIASINDI, *Directive 2008/99/EC on Environmental Crime and Directive 2009/123/EC on Ship-source Pollution*, Study in the framework of the EFFACE research project, 2015

disciplina all'interno degli Stati non risolve, pertanto, il problema del *forum shopping*, che è particolarmente frequente in ambito di reati ambientali a causa della dimensione transnazionale che sovente li caratterizza.

Il carattere transnazionale dei reati ambientali è, infatti, in alcuni casi dovuto alle intrinseche caratteristiche che caratterizzano alcuni reati ambientali, quali il traffico di rifiuti, il commercio di specie protette o il commercio di sostanze che riducono lo strato di ozono. In altri casi è, invece, determinato dagli effetti che i reati ambientali dispiegano sul territorio di altri Stati membri. Nel caso di emissione di sostanze inquinanti nell'aria, nell'acqua o nel suolo, infatti, normalmente le ripercussioni della condotta inquinante non si arresteranno alle frontiere ma saranno disperse nell'ambiente circostante che, a seconda della quantità di sostanze inquinanti e della conformazione del territorio potrà ben estendersi al di là del territorio nazionale¹⁷⁵².

La dimensione transnazionale dei reati ambientali è dovuta anche alle caratteristiche dei soggetti che normalmente sono autori di tali violazioni¹⁷⁵³. Come abbiamo avuto di evidenziare poco sopra nell'analisi che abbiamo compiuto per verificare se fosse necessario ricorrere a sanzioni penali per assicurare l'efficace attuazione della politica europea in materia ambientale, infatti, le condotte illecite maggiormente rilevanti sia in termini quantitativi che sotto il profilo di una più grave attitudine offensiva sono quelle realizzate nell'esercizio di attività economico imprenditoriali. Le condotte di singole persone fisiche, infatti, possono concretarsi come offensive del bene giuridico ambiente, ma tale offensività nella maggior parte dei casi non raggiunge il requisito della gravità che è necessario per poter includere tali reati nella competenza della Procura europea.

Al riguardo, occorre sottolineare che la direttiva 2008/99/CE precisa che le fattispecie di reato ivi disciplinate sono solo quelle gravi¹⁷⁵⁴, dal che si desume che in relazione alle fattispecie elencate nell'articolo 3 della direttiva il legislatore europeo ha già effettuato una valutazione circa la rilevante gravità dell'offesa al bene giuridico tutelato, ossia l'ambiente. La gravità dei reati ivi elencati è, inoltre, confermata dai dati fattuali raccolti in studi effettuati a livello europeo, in cui è stata accertata la gravità di tali reati e la gravità delle conseguenze che da essi conseguono sia per la

Catania Università di Catania.

1752Si legga, al riguardo, il parere del Comitato economico e sociale europeo riguardo alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, adottato il 26 settembre 2007 (2008/C 10/12), in GU, C 10, 15 gennaio 2008, p. 47, punto 3.6, in cui è ribadito che “*i reati ambientali colpiscono perlopiù l'ambiente nella sua globalità, a prescindere dalle frontiere nazionali*”, nonché la relazione alla proposta di direttiva COM (2003)92, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni, comprese sanzioni penali, per i reati di inquinamento, par. 4.4.

1753In tal senso, si legga anche M. G. VAGLIASINDI, *Istituzione di una Procura europea e diritto penale sostanziale: l'eventuale estensione della competenza materiale della futura Procura alla criminalità ambientale*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, p. 202.

1754Si legga al riguardo il Considerando 10 della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, *cit.* e il punto 3.6 del parere del Comitato economico e sociale europeo riguardo alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, adottato il 26 settembre 2007 (2008/C 10/12), *cit.*

tutela del bene ambiente in sé considerato, che per la tutela della salute umana¹⁷⁵⁵.

La gravità e il carattere transnazionale dei reati ambientali è, inoltre, determinata dal triste connubio che si è intensificato negli anni tra criminalità organizzata e commissione di reati ambientali. La criminalità organizzata, infatti, spesso avvalendosi di strutture societarie o parasocietarie, opera, ad esempio, nel traffico di rifiuti, frequentemente anche pericolosi e radioattivi e del commercio illegale di specie protette¹⁷⁵⁶. Il coinvolgimento della criminalità organizzata nella commissione di tali reati aggrava la potenzialità offensiva di tali condotte e, al tempo stesso, estende il raggio di azione di tali criminali al di là del territorio nazionale. Le società gestite da soggetti appartenenti alla criminalità organizzata sfruttano, infatti, di regola, le possibilità di delocalizzazione garantite dai Trattati europei per non essere individuate e commettere le proprie attività criminose sul territorio di diversi Stati membri. In assenza di adeguati meccanismi di una disciplina uniforme e di coordinamento tra autorità giudiziarie a livello europeo, tali soggetti possono, quindi, scegliere su quale territorio sia più favorevole commettere i comportamenti criminosi e confidare nell'impunità. Uno studio sulla criminalità organizzata in materia ambientale realizzato su incarico della Commissione europea nel maggio del 2003 ha accertato che in un periodo di nove anni (dal 1992 al 2003) erano stati individuati 122 casi di crimine organizzato in campo ambientale, il 73% dei quali vedeva coinvolte persone giuridiche organizzate in forma societaria o parasocietaria e il 71% dei quali aveva dimensione transnazionale. Tra l'altro, occorre considerare che, come rilevato nel medesimo studio, tali casi sono solo una piccola parte del numero reale di crimini ambientali gestiti dalla criminalità organizzata poiché in molti casi i dati forniti dagli Stati membri erano insufficienti o lacunosi a causa della scarsa attenzione che in alcuni Paesi è prestata al perseguimento dei reati ambientali, i quali, essendo considerati reati “senza vittima” spesso non sono denunciati alle autorità competenti¹⁷⁵⁷.

1755Al riguardo, occorre precisare la protezione della salute umana è uno degli obiettivi che la politica ambientale contribuisce a perseguire ai sensi dell'articolo 191 del TFUE. Gli studi a cui ci riferiamo nel testo sono, in particolare *Report on Environmental Crime* elaborato da EnviCrimeNet (Environmental Crime Network), L'Aja, 27.5.2016; Eurojust, *Report of the Strategic Project on Environmental Crime*, 2014; Europol, *EU Serious and Organised Crime Threat Assessment*, 2013; Europol, *Threat Assessment 2013. Environmental Crime in the EU*, 2013.

1756In Italia ci si riferisce a tali fenomeni con il termine di “ecomafia”. In argomento, si veda E. LO MONTE, *Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività*, in V. PATALANO (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, 2003, p. 236 e seguenti. Le cifre relative ai casi di ecomafia sono indicative dell'enorme numero di casi di crimini ambientali in mano alla criminalità organizzata in Italia. Dal *Rapporto Ecomafia 2009*, (S. VENNARI, E. FONTANA (a cura di), Osservatorio Ambiente e Legalità di Legambiente, Milano, Edizioni Ambiente, 2009) emerge che nel 2008 il giro di affari dei clan di criminalità organizzata coinvolti nella commissione di reati ambientali raggiungeva i 20,5 miliardi di euro. Dal *Rapporto Ecomafia 2012* (Osservatorio Ambiente e Legalità di Legambiente, Milano, Edizioni Ambiente, 2012), inoltre, si desume che dal febbraio 2002 al 30 aprile 2012 le indagini hanno appurato il coinvolgimento di 676 società operanti sul territorio di ben 23 Stati.

1757Si legga, in proposito, lo studio *Organised environmental crime in the 15 EU Member States, Final Report*, coordinato da Dipl.-Oec. T. FRÖHLICH, Kassel, 15 maggio 2003. A p. III del Rapporto finale è, inoltre, dato leggere che purtroppo “*Generally penalties for environmental crime are relatively low. In some Member States this especially affects the ability of the enforcement authorities to use appropriate investigative techniques e.g. in Belgium imprisonment on remand exceeding 5 days requires a maximum penalty of minimum 1 year imprisonment*”

Ad un numero così elevato di reati ambientali gravi aventi una dimensione transnazionale commessi sul territorio degli Stati membri non corrisponde, tuttavia, un'adeguata azione di contrasto a livello europeo. La disciplina sostanziale, come abbiamo sottolineato, lascia, infatti, ampia discrezionalità agli Stati membri nel decidere quali sanzioni adottare e, pertanto, la disparità sanzionatoria sul territorio dei diversi Stati membri è abissale. Per quanto riguarda la responsabilità delle persone giuridiche, l'articolo 6 della direttiva 2008/99/CE prevede solamente che gli Stati membri provvedano affinché le persone giuridiche “possano essere dichiarate responsabili dei reati” previsti nella direttiva¹⁷⁵⁸. In tal caso, pertanto, è lasciata la discrezionalità agli Stati membri anche di decidere il tipo di sanzioni da applicare; pertanto, in alcuni Stati è stata prevista la responsabilità penale delle persone giuridiche, mentre in altri la responsabilità amministrativa di queste ultime. In tal caso, quindi, la differenza di disciplina andrà ancora di più a vantaggio delle organizzazioni criminali e degli amministratori di società che decideranno di commettere crimini ambientali, poiché potranno scegliere di stabilire la sede della propria società in uno Stato in cui sono previste solo sanzioni amministrative non elevate per la responsabilità degli enti¹⁷⁵⁹.

Dal punto di vista della cooperazione di polizia e giudiziaria a livello europeo, inoltre, la situazione è del tutto insoddisfacente e inadeguata a reprimere reati che rivestono una così ampia portata. Gli strumenti a disposizione erano, infatti, fino al 2002, i tradizionali strumenti di mutua assistenza tra Stati¹⁷⁶⁰. Nel 2002 è stata adottata la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri¹⁷⁶¹ che, tuttavia, non ha sortito gli effetti sperati al momento della sua adozione¹⁷⁶². Come è già stato sottolineato per quanto riguarda i reati di terrorismo, oltretutto, tali strumenti sono di applicazione generale e non sono stati, quindi, studiati per

in order to work out the case properly but the maximum penalty for illegal trade in endangered species foresees only a three month imprisonment. In Italy most of the environmental offences are considered as misdemeanours. Due to this the enforcement authorities are not allowed to apply modern investigation techniques which are necessary to investigate in organised crime cases. Further they are sometimes not in a position to order the arrest of the defendants”.

¹⁷⁵⁸In tal senso, articolo 6 della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente, *cit.*, che stabilisce: “1. Gli Stati membri provvedono affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili dei reati di cui agli articoli 3 e 4 quando siano stati commessi a loro vantaggio da qualsiasi soggetto che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, individualmente o in quanto parte di un organo della persona giuridica, in virtù: a) del potere di rappresentanza della persona giuridica; b) del potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica; o c) del potere di esercitare un controllo in seno alla persona giuridica. 2. Gli Stati membri provvedono altresì affinché le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di un soggetto di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile la commissione di un reato di cui agli articoli 3 e 4 a vantaggio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità. 3. La responsabilità delle persone giuridiche ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude l'azione penale nei confronti delle persone fisiche che siano autori, incitatori o complici dei reati di cui agli articoli 3 e 4”.

¹⁷⁵⁹Sulla possibilità di prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche, si legga l'esame effettuato nel capitolo quinto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

¹⁷⁶⁰Si legga, al riguardo, quanto all'efficacia e alla conformazione di tali strumenti, il capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

¹⁷⁶¹Decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri* (2002/584/GAI), in GU L 190, 18 luglio 2002, pp. 1-20.

¹⁷⁶²Per i problemi applicativi insorti con riguardo alla decisione quadro sul Mandato di Arresto europeo, si legga il capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima.

combattere nello specifico i reati ambientali¹⁷⁶³. In ambito ambientale, per rafforzare la cooperazione i rappresentanti delle autorità inquirenti di sette Stati membri hanno creato nel settembre 2012 l'*European Network of Prosecutors for the Environment* (ENPE), ossia un'associazione internazionale non-profit, che ha il compito di promuovere la cooperazione e facilitare lo scambio di informazioni tra autorità inquirenti che compiono indagini in relazione ai reati ambientali. Nella stessa ottica è stata, inoltre creata la rete dell'Unione europea per l'attuazione e il controllo del rispetto del diritto dell'ambiente (IMPEL), che è una rete internazionale composta dalle autorità ambientali degli Stati membri dell'UE, dei paesi in via di adesione e dei paesi candidati, nonché della Norvegia, creata per stimolare l'effettiva applicazione mediante la fornitura di una piattaforma che serve ai responsabili politici, agli ispettori ambientali e alle autorità di contrasto per scambiare idee e migliori prassi.

A tali strumenti si affiancano Europol e *Eurojust*. Il primo può fornire intelligence e supporto alle attività di contrasto nazionali. Il secondo ha, invece, il compito di coordinare, promuovere indagini e azioni penali e prestare sostegno nello scambio di informazioni¹⁷⁶⁴. Le attività delle due agenzie sono, pertanto, di mero supporto alle indagini svolte dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri. Di conseguenza, se uno Stato membro si rifiuta di indagare o perseguire un caso, *Eurojust* non può obbligarlo in tal senso; del pari, Europol non può garantire che gli Stati membri diano seguito alle sue analisi né dirigere le indagini nazionali.

Per quanto riguarda, in particolare, i crimini ambientali l'importanza di assicurare l'effettività nell'attuazione della politica ambientale europea è stata sottolineata da *Eurojust* in un recente rapporto, nel quale è stata evidenziata anche la necessità di rafforzare il ruolo dell'agenzia nella lotta ai crimini ambientali. Allo stato attuale, infatti, la lotta ai crimini ambientali non rientra tra le priorità di *Eurojust*; tale circostanza coniugata ai limiti strutturali del mandato di *Eurojust*, ossia

¹⁷⁶³In materia ambientale con il regolamento n. 1210/90/CE del Consiglio del 7 maggio 1990 sono state istituite l'Agenzia europea dell'ambiente (*European Environment Agency – EEA*) e la rete europea di informazione e di osservazione in materia ambientale (*European environment information and observation network – Eionet*). L'Agenzia europea per l'ambiente (AEA), con sede a Copenaghen, è stata creata al fine di sostenere lo sviluppo, l'attuazione e la valutazione della politica ambientale e di informare il pubblico su tale argomento. Questa agenzia dell'UE (aperta anche ai paesi terzi) è responsabile della fornitura di informazioni valide e indipendenti sullo stato dell'ambiente e sulle prospettive che si delineano per esso. Pertanto raccoglie, gestisce e analizza i dati e coordina la Rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale (Eionet). Per assistere i responsabili politici nell'adozione di decisioni informate e nell'elaborazione di normative e politiche ambientali, l'UE gestisce inoltre il programma europeo di monitoraggio della Terra (Copernicus), che si occupa, tra le altre questioni, del territorio, dei mari, dell'atmosfera e dei cambiamenti climatici. Per quanto concerne gli agenti inquinanti rilasciati nell'aria, nell'acqua e nel terreno nonché i trasferimenti fuori sito di rifiuti e di sostanze inquinanti contenute nelle acque reflue, il Registro europeo delle emissioni e dei trasferimenti di sostanze inquinanti (E-PRTR) fornisce dati ambientali essenziali provenienti da oltre 30000 impianti industriali situati nell'Unione come pure in Islanda, Liechtenstein, Norvegia, Serbia e Svizzera. A maggio 2016, la Commissione ha avviato il Riesame dell'attuazione delle politiche ambientali, un nuovo strumento finalizzato al conseguimento della piena attuazione della legislazione ambientale dell'UE, che va di pari passo con il controllo dell'adeguatezza (Programma di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione, o, in breve, "Refit") degli obblighi di monitoraggio e di comunicazione nell'ambito della legislazione UE in vigore, in modo da renderla più semplice e meno onerosa.

¹⁷⁶⁴In proposito, si rileva, inoltre, che tali agenzie hanno spesso riscontrato la mancanza di cooperazione da parte delle autorità nazionali competenti. Si legga al riguardo il documento del Consiglio 7868/06, del 29 marzo 2006.

l'assenza allo stato attuale del potere di avviare e condurre indagini, ha portato in numerose occasioni ad un coordinamento insufficiente a perseguire gli autori di tali reati¹⁷⁶⁵.

In tale contesto, risulta, pertanto, essenziale sfruttare le potenzialità offerte dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolare, la possibilità di estendere la competenza della Procura europea ai reati ambientali¹⁷⁶⁶. Dall'analisi che abbiamo compiuto risulta, infatti, l'unica soluzione che permetta di combattere efficacemente gli autori di tali reati e di dare un'efficace attuazione alle politiche europee in materia di ambiente. Al tempo stesso, abbiamo verificato che l'ambiente costituisce un interesse meritevole di tutela e che le sanzioni penali sono quelle che meglio garantiscono l'efficace attuazione di tali politiche. Attraverso la previsione di un corpo di norme che prescriva sanzioni uniformi per i reati ambientali e l'attribuzione della competenza a perseguire tali reati alla Procura europea, si tutelerebbe altresì il principio di legalità e, di conseguenza i diritti degli indagati.

4.1.1.1.33 Valutazione circa l'estensione della competenza della Procura europea alle violazioni della disciplina posta a tutela della concorrenza

L'ultima categoria di infrazioni in relazione cui ci siamo riproposti di verificare se sia auspicabile estendere la competenza della Procura europea sono le infrazioni commesse in violazione della disciplina posta a tutela della concorrenza.

Occorre premettere che in materia esiste una disciplina compiuta a livello europeo e una giurisprudenza copiosa della Corte di Giustizia. Uno degli obiettivi principali dell'Unione consiste, infatti, nell'instaurare un mercato interno imperniato sul corretto gioco della concorrenza¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶⁵Si legga, in proposito, Eurojust, *Strategic Project on Environmental Crime*, Report completato in ottobre 2014. Sul ruolo di Eurojust in relazione ai crimini ambientali si legga S. CHIN, W. VEENING, *Actors and Institutions Relevant to Fighting Environmental Crime* Actors and Institutions Relevant, Study in the framework of the EFFACE research project, The Hague, 2014, nonché la Environmental Crime and the EU, *Synthesis of the Research Project "European Union Action to Fight Environmental Crime" (EFFACE)*.

¹⁷⁶⁶A favore di un'estensione della competenza della Procura europea a perseguire i reati ambientali, si sono espressi anche V. MITSILEGAS, *Contribution to Conclusions and recommendations on environmental crime: Harmonisation of substantive environmental criminal law at EU level*, Study in the framework of the EFFACE research project, The Hague, completato in gennaio 2016; Dr. F. DOĞAN, İ. TORUN UZUN, D. DEMİREL, T. UZUN, *Judicial Cooperation in Criminal Matters in European Union, Fight Against Environmental Crimes*, 2012, p. 18; *Report on Environmental Crime* elaborato da EnviCrimeNet (Environmental Crime Network), L'Aja, 27 maggio 2016, p. 12; G. GRASSO, R. SICURELLA, V. SCALIA, *Articles 82 – 86 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Environmental Crime*, Study in the framework of the EFFACE research project, Catania, Università di Catania, completato in gennaio 2015; M. G. VAGLIASINDI, *Istituzione di una Procura europea e diritto penale sostanziale: l'eventuale estensione della competenza materiale della futura Procura alla criminalità ambientale*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit. .

¹⁷⁶⁷Tale esigenza è ora espressamente richiamata nel preambolo al tue in cui si legge: "riconoscendo che l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone un'azione concertata intesa a garantire la stabilità nell'espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza", nell'articolo 3 del tue che riconosce competenza esclusiva all'unione a definire le "regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno", e, infine, nel titolo VII della parte terza (articoli 101-118) rubricato "Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul

L'obiettivo principale che si intendeva perseguire fin dalla creazione delle tre Comunità nel 1957¹⁷⁶⁸ era, infatti, quello di dar vita nel territorio dei sei Stati fondatori ad un mercato comune basato sulla libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali, caratterizzato da condizioni di concorrenza non falsate né dai comportamenti posti in essere dagli attori economici né dall'azione dei poteri pubblici¹⁷⁶⁹. Il regime della concorrenza disegnato dal Trattato CE e confermato con il Trattato di Lisbona è funzionale all'obiettivo di integrare i diversi mercati nazionali in un mercato unico con caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno¹⁷⁷⁰. In tal modo si intende preservare un'efficiente allocazione delle risorse e la migliore qualità dei beni e servizi offerti dalle imprese al prezzo più basso possibile, nonché una maggiore possibilità di scelta per i consumatori¹⁷⁷¹.

La politica in materia di concorrenza assume, pertanto, un rilievo centrale nell'architettura del Trattato e rappresenta senza dubbio un interesse meritevole di protezione a livello europeo. Nell'esaminare se sia necessario attribuire alla Procura europea la competenza a perseguire le condotte commesse in violazione della concorrenza non sarà, pertanto, necessario valutare né l'esigenza di un legittimo scopo di tutela poiché, come abbiamo sottolineato, la tutela della concorrenza rappresenta uno degli obiettivi primari del diritto europeo, né la gravità dei comportamenti posti in essere poiché la disciplina sostanziale predisposta dai Trattati seleziona già i comportamenti gravi che sono ritenuti meritevoli sanzione in base al diritto europeo. La disciplina sostanziale in ambito di concorrenza è, infatti, uniformemente disciplinata a livello europeo. Nei casi espressamente previsti dal legislatore secondo l'interpretazione che ne ha fornito la Corte di Giustizia, quindi, la valutazione circa la gravità degli stessi è già stata operata dal legislatore europeo. Del pari, non è necessario neanche verificare che in tali casi sia rispettato il requisito della transnazionalità poiché anche in tal caso tale valutazione è già stata previamente compiuta dal legislatore. I comportamenti punibili sono, infatti, solo quelli che rechino pregiudizio al commercio intracomunitario¹⁷⁷².

ravvicinamento delle legislazioni?"

1768 Ci riferiamo, in particolare, alla Comunità europea del carbone e dell'acciaio, il cui Trattato istitutivo è entrato in vigore il 23 luglio 1952 ed è stato firmato il 18 aprile 1951 a Parigi da Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi, i Trattati istitutivi della Comunità economica europea e della Comunità europea per l'energia atomica, firmati a Roma dai medesimi sei Stati il 25 marzo 1957, i quali entreranno in vigore il 1 gennaio dell'anno successivo.

1769 A tale obiettivo principale si era affiancata la previsione di alcune politiche comuni, ossia la politica agricola, la politica commerciale, la politica dei trasporti, nonché i settori di competenza della CECA e dell'Euratom, ossia i prodotti carbossiderurgici e l'energia nucleare.

1770 In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Metro*, causa 26/76, del 25 ottobre 1977, in *Racc.* p. 1875, par. 20; *Continental Can*, causa 6/72, del 21 febbraio 1973, in *Racc.* p. 215, par. 25-26; *Hoffman-Le Roche*, causa 85/76, del 13 febbraio 1979, in *Racc.* p. 461, par. 38.

1771 Al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza *T-Mobile Netherlands*, causa C-8/08, del 4 giugno 2008, in *Racc.* p. I-4526; *GlaxoSmithKline*, causa C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, del 6 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-9291.

1772 Per quanto riguarda le violazioni contemplate nell'articolo 101 del TFUE, infatti, uno degli elementi costitutivi di un'intesa vietata dalla legislazione europea di riferimento è il fatto che i comportamenti anticoncorrenziali siano suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri. Tale criterio delimita l'ambito del diritto *antitrust* dell'Unione rispetto ai sistemi nazionali di tutela della concorrenza, per cui il primo si applicherà solo se sussisterà un pregiudizio agli scambi intracomunitari. In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Hugin*, causa 22/78, del 31 maggio 1979, in *Racc.* p. 1869; sentenza *Manfredi*, procedimenti riuniti da C-295/04 a C-

Al fine di determinare se occorra estendere la competenza della Procura europea a perseguire i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, occorre, pertanto stabilire, innanzitutto, se le sanzioni adottate al termine del procedimento per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE siano sanzioni penali o meno, dal momento che la Procura europea potrà essere competente solo a perseguire condotte penalmente rilevanti. In secondo luogo, occorrerà verificare se l'allocazione di tale competenza in capo alla Procura europea sia una soluzione che garantisca, al tempo stesso, l'efficace attuazione della politica in materia di concorrenza e il rispetto dei diritti fondamentali degli individui. In particolare, occorrerà piuttosto scrutinare se tale soluzione permetta di assicurare il rispetto di tali due esigenze in modo più adeguato rispetto a quanto previsto con il sistema attuale in cui spetta alla Commissione sia il compito di svolgere gli accertamenti necessari che di irrogare le sanzioni che ritenga opportune al termine del procedimento amministrativo volto ad accertare la violazione della normativa anticoncorrenziale.

Quanto al primo aspetto, occorre rilevare che la natura amministrativa delle norme per l'applicazione degli articoli 101 e 102 del TFUE è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia fin dagli anni Sessanta, nonostante in numerose occasioni ne fosse stato invocato il carattere penale¹⁷⁷³. Tale interpretazione della Corte di Giustizia è fedele alla formulazione letterale dell'articolo 23, par. 5 del regolamento n. 1/03, che prevede che le ammende irrogabili dalla Commissione ai sensi dei paragrafi 1 e 2 della medesima disposizione “non hanno carattere penale”¹⁷⁷⁴.

298/04, in *Racc.* p. I-6619. Lo stesso requisito è richiesto in relazione alle condotte di abuso di posizione dominante di cui all'articolo 102 del TFUE. Infatti, tali condotte sono vietate solo se incidono sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo e siano pregiudizievoli per il commercio tra Stati membri. Tale condizione, come per le intese, delimita, infatti, la sfera di applicazione materiale dell'articolo 102 TFUE, circoscrivendola ai casi di effettiva rilevanza per l'ordinamento dell'Unione. In proposito, si legga la Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004, *Linee direttrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli [101 e 102 TFUE]*, in *GUUE* C 101, p. 81.

1773 In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Musique Diffusion Française*, procedimenti riuniti da 100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983, in *Racc.* 1983 p. 1825, par. 14; *Stergios Delimitis c. Henninger Bau AG*, causa , del 28 febbraio 1991, in *Racc.* p. , par. 85.

1774 L'articolo 23, par. 1, 2, 5 del Regolamento 1/2003 (in *GU L* 1/1, 4 gennaio 2003, p. 1), in particolare, prevede: “1. La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende il cui importo può giungere fino all'1 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente, quando esse, intenzionalmente o per negligenza: a) forniscono informazioni inesatte o fuorvianti in risposta a una domanda rivolta a norma dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 2; b) in risposta ad una richiesta formulata mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 17 o dell'articolo 18, paragrafo 3, forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti oppure non forniscono le informazioni entro il termine stabilito; c) presentano in maniera incompleta, nel corso degli accertamenti effettuati a norma dell'articolo 20, i libri o altri documenti richiesti, connessi all'azienda, o rifiutano di sottoporsi agli accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4; d) in risposta ad una domanda posta a norma dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera e), — forniscono una risposta inesatta o fuorviante, — non rettificano entro un termine stabilito dalla Commissione una risposta inesatta, incompleta o fuorviante data da un membro del personale, oppure — non forniscono o rifiutano di fornire una risposta completa su fatti inerenti all'oggetto e allo scopo di accertamenti ordinati mediante decisione adottata ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 4; sono stati infranti i sigilli apposti, in applicazione dell'articolo 20, paragrafo 2, lettera d), dagli agenti o dalle persone che li accompagnano autorizzati dalla Commissione. e) 2. La Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza: a) commettono un'infrazione alle disposizioni dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato; oppure b) contravvengono a una decisione che disponga misure cautelative ai sensi dell'articolo 8; oppure c) non rispettano un impegno reso obbligatorio mediante decisione ai sensi dell'articolo 9. Per ciascuna impresa o associazione di imprese partecipanti all'infrazione, l'ammenda non deve superare il 10 %

Il potere sanzionatorio della Commissione è stato ed è tuttora oggetto di interesse sia da parte della giurisprudenza che della dottrina¹⁷⁷⁵. Le ammende irrogate nei confronti delle imprese hanno, infatti, carattere repressivo e comportano conseguenze negative per le imprese nei cui confronti sono irrogate. Occorre, quindi, al proposito, tracciare la linea di demarcazione tra sanzioni penali e sanzioni amministrative. Un tale sforzo non è un esercizio meramente teorico poiché la classificazione di una sanzione come penale o amministrativa comporterà importanti conseguenze in punto di disciplina sanzionatoria, di garanzie procedurali applicabili e di riprovazione sociale da parte della collettività nei confronti dell'autore della violazione.

Al proposito, occorre precisare che nell'ordinamento giuridico europeo non sono state definite in modo chiaro e preciso le caratteristiche che permettono di chiarire se una sanzione debba ritenersi penale. Di recente, tuttavia, la Corte di Giustizia ha ripreso la giurisprudenza della Corte EDU per verificare se una sanzione debba in sostanza considerarsi penale¹⁷⁷⁶. In base a tale giurisprudenza i requisiti che una sanzione deve possedere per essere considerata penale sono tre. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nella natura e nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere¹⁷⁷⁷. Alcuni autori hanno ritenuto che a tali criteri andassero affiancati anche quello concernente la verifica che la sanzione fosse stata imposta in seguito ad un procedimento che avesse accertato la colpevolezza della persona fisica o giuridica e che la sanzione esprimesse la condanna morale del soggetto¹⁷⁷⁸.

Considerato che la stessa Corte di Giustizia nella sentenza *Bonda* ha accolto la classificazione proposta dalla Corte EDU, si ritiene opportuno utilizzare tali criteri interpretativi al fine di determinare se le sanzioni emesse dalla Commissione abbiano in sostanza carattere penale o amministrativo.

Quanto al primo criterio, ossia la qualificazione formale, come abbiamo già accennato sopra, l'articolo 23, par. 5 del regolamento 1/03 prevede che la decisione di imporre una ammenda adottata dalla Commissione non ha carattere penale¹⁷⁷⁹. Come sottolineato dalla Corte EDU e dalla Corte di

del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente. Qualora l'infrazione di un'associazione sia relativa alle attività dei membri della stessa, l'ammenda non deve superare il 10 % dell'importo del fatturato totale di ciascun membro attivo sul mercato coinvolto dall'infrazione dell'associazione. [omissis...] 5. Le decisioni adottate a norma dei paragrafi 1 e 2 non hanno carattere penale”.

1775Si legga al riguardo D. SLATER, S. TOMAS, S., D. WAELBROECK, *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 04/08; W.P.J. WILS, *The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR*, World Competition 2010, 33, 5; F. CASTILLO DE LA TORRE, *Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases*, World Competition 2009, 32, 4, p. 505.

1776Corte di Giustizia, sentenza *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, del 5 giugno 2012, in *Racc.* p. , par. 37.

1777In tal senso, si legga la giurisprudenza della Corte EDU nelle sentenze *Engel e altri c. Paesi Bassi*, dell'8 giugno 1976, serie A, n. 22, par. 80-82, *Zolotoukhine c. Russia*, del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, par. 52 e 53.

1778In tal senso, J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, in *EU Criminal Law Review*, 2013, 1, il quale ha ritenuto che i criteri essenziali per definire se una sanzione sia penale o meno siano i seguenti: “i) a prescription that the behaviour is ‘criminal’, ii) the nature of the proceedings, iii) is imposed after a finding of guilt, iv) the deterrent and punitive purpose of the sanctions, v) the severity and seriousness of the sanctions that may follow from the the committal of an offence, vi) whether the sanction expresses a moral condemnation”.

1779Sul fatto che dalla natura amministrativa delle sanzioni derivi la conseguenza che le regole concernenti la raccolta

Giustizia, tuttavia, la natura di una sanzione non deve essere determinata in base alla qualifica formale di questa, ma al contenuto di tali sanzioni¹⁷⁸⁰.

Per quanto riguarda la natura della sanzione, occorre considerare se la sanzione inflitta abbia una finalità repressiva. Per quanto riguarda la natura deterrente e punitiva delle ammende irrogate dalla Commissione vi sono alcuni argomenti che portano a propendere per la natura penale di tali sanzioni. La Corte di Giustizia ha in numerose occasioni che le ammende inflitte dalla Commissione hanno lo scopo di reprimere comportamenti illeciti e di prevenire il loro ripetersi¹⁷⁸¹. La funzione punitiva, tuttavia, può essere comune al diritto amministrativo e a quello penale. La Corte di Giustizia, pur ribadendo che le ammende comminate dalla Commissione rivestono una funzione repressiva e special preventiva, ne ha continuamente affermato la natura amministrativa in ragione della natura amministrativa delle regole adottate per l'applicazione 102 e 109 del TFUE (ex articoli 82 e 89 del TCE)¹⁷⁸². Tuttavia, negli anni recenti è stata da più parti invocata la natura penale delle ammende irrogate dalla Commissione a causa dell'elevato ammontare delle ammende che la Commissione può decidere di irrogare¹⁷⁸³. L'irrogazione di sanzioni con un ammontare così elevato ha, infatti, portato a ritenere che tali sanzioni abbiano una funzione deterrente e repressiva tipica

delle prove non siano soggette alla procedura prevista nel caso di procedimenti penali, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Dansk Rørindustri and Others c. Commissione*, procedimenti riuniti C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5425, par. da 215 a 223.

1780 Si leggano, in tal senso, le parole dell'Avvocato Generale Walter Van Gerven nella causa *Meico-Fell c. Hauptzollamt Darmstadt*, causa C-273/90, presentate in data 26 settembre 1991, in *Racc.* p. I-5575, il quale espressamente stabilisce: “Ritengo che i criteri di cui si è avvalsa la Corte europea dei diritti dell'uomo per interpretare le espressioni « accusa in materia penale » e « reato » ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo possano essere utilizzati anche nella presente causa per interpretare l'espressione « atto passibile di un'azione giudiziaria repressiva ». Ciò è tanto più vero in quanto, nei casi in cui deve valutare la compatibilità di sanzioni nazionali col diritto comunitario, la Corte di giustizia si avvale anch'essa dei criteri uniformi che non sono basati sulla qualifica formale della sanzione in diritto nazionale, ma prendono in considerazione il contenuto di tali sanzioni. La Corte prescrive più in particolare che le sanzioni previste dal legislatore nazionale per le trasgressioni del diritto comunitario abbiano carattere « effettivo, proporzionato e dissuasivo ». Del resto, anche quando il diritto comunitario prevede esso stesso talune sanzioni, ad esempio nell'art. 15 del regolamento n. 17 (a proposito delle quali si dice nel n. 4 che hanno natura penale), il legislatore comunitario si avvale di sanzioni amministrative, che non sono meno dissuasive o repressive delle sanzioni penali formali. Ciò mostra ancora una volta che l'elemento essenziale non è, almeno in primo luogo, la qualifica formale della sanzione, bensì la natura e il grado di gravità di questa”. Si leggano in tal senso J. FLATTERY, *Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law: Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing*, 2010, 7, 1 CLR, 53, p. 77; M. ZULEEG, *Criminal Sanctions to be Imposed on Individuals as Enforcement Instruments in European Competition Law*, 2001, EUI Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, p. 2.

1781 In tal senso Corte di Giustizia sentenza *Chemiefarma c. Commissione*, causa C-41/69, del 1970, in *Racc.* p. 661, par. 173; sentenza *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa C-45/69, del 1970, in *Racc.* p. 769, par. 53.

1782 La natura amministrativa del procedimento giustifica anche la circostanza che la Commissione sia al tempo stesso parte accusatrice e organo giudicante e spiega l'ampia discrezionalità lasciata alla Commissione nel condurre l'intero procedimento.

1783 L'articolo 23 del regolamento 1/2003 prevede, infatti, che la Commissione possa sanzionare il comportamento anticompetitivo delle imprese con ammende che raggiungono il 10% del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente alla decisione di infrazione. Al riguardo si possono citare gli esempi di sanzioni che hanno superato il miliardo di euro. In particolare, si consideri l'ammenda di 1.06 miliardi di euro irrogata nei confronti di Intel per una violazione dell'articolo 102 del TFUE. In particolare, COMP/C-3 /37.990 – Intel, <http://ec.europa.eu/competition/sectors/ICT/intel.html>. Si consideri anche la sanzione di 896 milioni di euro irrogata nei confronti di Saint Gobain nel cosiddetto cartello Carglass. Al riguardo, si può consultare l'indirizzo online <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>.

delle sanzioni penali. In tal senso si è espressa la Corte EDU, la quale ha riquilibrato la natura di sanzioni emesse contro imprese che avevano violato le regole di concorrenza al fine di giudicare sul rispetto dell'articolo 6 della CEDU. A prescindere dal *nomen juris* previsto nella legislazione nazionale, la Corte EDU ha rilevato in alcuni casi che sanzioni emesse al fine di punire violazioni delle regole della concorrenza possiedono in sostanza una natura penale¹⁷⁸⁴. In particolare, la Corte EDU ha affermato il carattere penale delle sanzioni imposte dall'autorità garante della concorrenza finlandese al termine di un procedimento che il diritto nazionale qualificava amministrativo¹⁷⁸⁵. Del pari, ha ritenuto il carattere penale di una sanzione irrogata dall'autorità garante della concorrenza italiana al termine di un procedimento qualificato amministrativo dal diritto interno¹⁷⁸⁶. In particolare, in tal caso, per quanto riguarda la natura e la gravità della sanzione “che può essere inflitta” alla ricorrente, la Corte ha rilevato che “essa non poteva essere sostituita con una pena detentiva in caso di mancato pagamento”. Ha, tuttavia, precisato, che “l'AGCM ha inflitto nel caso di specie una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro, sanzione avente natura repressiva in quanto era volta a perseguire una irregolarità, e preventiva poiché lo scopo perseguito era quello di dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta”¹⁷⁸⁷.

Ad avviso della Corte, pertanto, la sanzione di sei milioni di euro irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nazionale era da considerarsi in sostanza penale poiché possedeva una funzione sia repressiva che dissuasiva e era da considerarsi grave a causa dell'importo elevato della sanzione pecuniaria inflitta¹⁷⁸⁸. Dalla natura penale della sanzione discende l'applicabilità dei principi del giusto processo di cui all'articolo 6 CEDU alle sanzioni emanate nei confronti delle imprese che pongano in essere comportamenti anticoncorrenziali. Tuttavia, la Corte EDU precisa che dalla qualificazione delle sanzioni come penali non discende il divieto per le autorità

1784Si legga, al riguardo anche il rapporto della Commissione HR nella causa *Société Stenuit c. Francia*, del 30 maggio 1991, serie A n. 232 A, par. 64 in cui la Commissione ha ritenuto la natura dissuasiva della sanzione sulla scorta di tali argomentazioni: “*le montant maximum de l'amende, c'est-à-dire la sanction encourue, était fixé à 5 pour cent du chiffre d'affaires annuel pour une entreprise et à 5.000.000 F pour les autres contrevenants (v. supra par. 32), ce qui démontre à l'évidence qu'une telle sanction avait une finalité dissuasive*”.

1785Corte EDU, sentenza *Forum Corporation Oil v. Finland*, ricorso n. 32559/96.

1786Corte EDU sentenza *A Menarini Diagnostics S. R. L. v Italy*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011.

1787Corte EDU sentenza *A Menarini Diagnostics S. R. L. v Italy*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011, par. 41.

1788Corte EDU sentenza *A Menarini Diagnostics S. R. L. v Italy*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011, par. 41, 42, 44. Occorre rilevare che al proposito in dottrina vi è chi ha contestato l'equiparazione tra la funzione dissuasiva e repressiva della sanzione e la loro gravità. In particolare è stato affermato che “*There is clearly a distinction between the deterrent and punitive purpose of the sanction and their actual severity. [omissis...] First, although it is true that the fines imposed under Regulation 1/2003 have a deterrent purpose, it seems that the size of the fines would not make them a deterrent penalty. Instead, it is proposed that the fines of the current size in Regulation 1/2003 cannot act as an effective deterrent for firms when contemplating to breach Union competition rules. The fact that there is a 10 % limit on the annual turnover in Article 23 of the Regulation is clearly an argument in favour of considering such fines as not being of a criminal law nature. This is particularly so given the fact that the optimal fines necessary to deter firms from engaging in anti-competitive behaviour is not feasible to impose under the Regulation. If one assumes that firms are rational, they will make a cost-benefit analysis of the potential profits from engaging in anti-competitive behaviour weighted against the risk of detection and punishment. Given that the profits discounted by the probability of detection and conviction clearly exceed the cost of 10 % ceiling of the annual profit, it seems unlikely that the fines imposed by Regulation 1/2003 will be de facto deterrent*”. In tal senso, J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, cit..

amministrative di perseguire e punire le contravvenzioni, a condizione che sia garantita al soggetto interessato la facoltà di impugnare la decisione adottata nei suoi confronti dinanzi ad un giudice che offra le garanzie di cui all'articolo 6¹⁷⁸⁹. Mentre, infatti, per i casi tipicamente penali viene sempre richiesta la separazione tra le funzioni inquirenti e giudicanti, nei casi in cui la rilevanza penale delle fattispecie sia strumentale all'applicazione dell'articolo 6 CEDU, il potere decisorio può essere attribuito ad un'autorità amministrativa, benché sia garantito il diritto al ricorso davanti ad un giudice terzo e imparziale¹⁷⁹⁰.

Come abbiamo avuto modo di osservare in relazione alla maggiore effettività delle sanzioni penali o amministrative in relazione ai reati ambientali¹⁷⁹¹, un'ulteriore elemento da considerare nel verificare se una sanzione abbia natura penale o amministrativa è l'effetto stigmatizzante di quest'ultima. La condanna penale di un soggetto comporta, infatti, nella visione collettiva anche una condanna morale dell'autore del reato. Il carattere riprovevole della condotta è, infatti, legato alla volontà di delinquere ed è una componente assente nelle sanzioni civili o amministrative. Tale argomento secondo parte della dottrina deporrebbe nel senso della natura amministrativa delle sanzioni irrogate dalla Commissione ai sensi dell'articolo 23 del regolamento 1/03. In tal senso è stato rilevato che, sebbene la Corte di Giustizia abbia statuito che è necessario garantire nell'ambito di un procedimento antitrust il rispetto del principio di legalità¹⁷⁹², di irretroattività¹⁷⁹³, di individualità della pena¹⁷⁹⁴, di presunzione di innocenza¹⁷⁹⁵ e di divieto di *ne bis in idem*¹⁷⁹⁶, è dubbio che la Corte di Giustizia abbia ricollegato l'applicabilità di tale principi alle ammende emesse in ambito di concorrenza a causa della potenzialità di queste di esprimere uno stigma sociale¹⁷⁹⁷. Tali dubbi sono

1789In tal senso, Corte EDU sentenza *A Menarini Diagnostics S. R. L. v Italy*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011, par. 58 e seguenti.

1790Corte EDU *Kadubec c. Slovacchia*, del 2 settembre 1998, par. 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, e *Čanády c. Slovacchia*, ricorso n. 53371/99, par. 31, del 16 novembre 2004; *Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria*, sentenza del 23 ottobre 1995, serie A nn. 328 A-C e 329 A-C, rispettivamente par. 34, 37, 42 e 39, 41 e 38; *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Serie A, n. 43, par. 51.

1791Si legga al riguardo il paragrafo precedente, Titolo Secondo della Parte Prima.

1792Tribunale, sentenza *SCA Holding Ltd c. Commissione delle CE*, causa T-327/94, del 14 maggio 1998, in *Racc.* 1998, p. II-1373.

1793Tribunale, sentenza *LR AF 1998 A/S, già Løgstør Rør A/S contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-23/99, del 20 marzo 2002, in *Racc.* 2002 p. II-1705; Corte di Giustizia *Dansk Rørindustri and Others c. Commissione*, procedimenti riuniti C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, *cit.*.

1794Corte di Giustizia, sentenza *Akzo Nobel e altri c. Commissione*, causa C-97/08 P, del 2009, in *Racc.* p. I-8237, par. 56; *General Química e altri c. Commissione*, Case C-90/09 P, del 20 gennaio 2011, in *Racc.* p. I-1, par. 36; Si legga, al proposito, S. THOMAS, *Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 3, 1, p. 15.

1795Corte di Giustizia, sentenza *Hüls c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-199/92, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* 1999 p. I-4287, par. 150; *Montecatini SpA contro Commissione delle Comunità europee*, causa 235/92 P, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* 1999 p. I-04539, par. 176.

1796Per un'analisi delle sentenze della Corte di Giustizia e della portata del principio del *ne bis in idem* a livello europeo, nonché delle caratteristiche che esso assume in materia di concorrenza, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

1797In tal senso, J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, *cit.*.

originati dal fatto che le ammende sono irrogate nei confronti di persone giuridiche e non fisiche, per cui si ritiene che non sia possibile che un effetto stigmatizzante si produca nei confronti di una persona giuridica¹⁷⁹⁸; in base a tale interpretazione solo le sanzioni individuali irrogate nei confronti di individui persone fisiche possono comportare uno stigma sociale¹⁷⁹⁹. In secondo luogo tali autori ritengono che le sanzioni previste dal regolamento 1/03 non siano così severe da essere percepite dalla collettività quale uno stigma sociale nei confronti delle imprese a cui sono comminate¹⁸⁰⁰. Il rilievo che esse non siano abbastanza gravi collide, tuttavia, con le osservazioni che abbiamo precedentemente espresso e che la Corte EDU ha fatto proprie.

Non si concorda neanche con l'opinione per cui non può prodursi un effetto stigmatizzante nei confronti delle persone giuridiche. Al riguardo, basti, infatti, considerare il fatto che recentemente la Corte di Giustizia ha affermato che la nozione di “errore nell’esercizio dell’attività professionale” di cui all'articolo 45, par. 2, lett. d), della direttiva 2004/18, “comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell’operatore di cui trattasi e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operatore. Ciò considerato, occorre rilevare che la commissione di un’infrazione alle regole della concorrenza, in particolare qualora tale infrazione sia stata sanzionata con un’ammenda, costituisce una causa di esclusione rientrante nell’articolo 45, paragrafo 2, lettera d), della direttiva 2004/18”¹⁸⁰¹. La Corte di Giustizia ha, quindi, stabilito che l'essere stati sanzionati per aver commesso un comportamento anticoncorrenziale può costituire una causa di esclusione da una gara di appalto ai sensi dell'articolo 45, par. 2, lett. d) della direttiva 2004/18. Tra le altre cause che possono portare all'esclusione del concorrente, la precedente lettera c) del medesimo articolo 45, par. 2 della direttiva 2004/18 prevede che possa essere escluso l'operatore economico nei cui confronti sia stata “pronunciata una condanna con sentenza passata in giudicato conformemente alle disposizioni di legge dello Stato,

1798Al proposito, è altresì stato rilevato che le sanzioni imposte dalla Commissione non hanno carattere sanzionatorio poiché, sebbene la decisione di condanna sia pubblicata sulla Gazzetta dell'Unione europea (articolo 30, par. 1 del regolamento 1/2003), non esiste un registro pubblico nazionale o europeo nel quale vengono inclusi i nomi delle società sanzionate per aver violato le regole anticoncorrenziali. In proposito, M. POLEMANS, *La Sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, 2004, p. 258.

1799Kadish, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, in *U. CHI. L. Rev.*, 1963, 30, p. 434; V.S. KHANNA, *Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?*, in *HARV. L. REV.*, 109, p. 1531; J S BAKER Jr., *Reforming Corporations Through Threats of Federal Prosecution*, in *Cornell L. Rev.*, 2004, 89, p. 334 e seguenti.

1800Al riguardo, in tal senso, J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, cit. che precisa: “*In the first place, this is because the ceiling in the Regulation is too low to express a serious moral-social stigma. Fines are only a business cost which firms have to assume in order to pursue business. Fines cannot be considered as a criminal sanction because the public does not believe that fines are sufficiently expressive of condemnation. Fines do have a meaning that is sufficiently concrete, sufficiently widespread, and sufficiently at odds with appropriate condemnation, to rule them out as a ‘criminal’ sanction. What makes fines, when viewed as mere prices, unacceptable is that they fail to impose the condemnation that the offender deserves, however much disutility they impose.*”.

1801In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, causa C-470/13, del 18 dicembre 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) par. 35.

per un reato che incida sulla sua moralità professionale”¹⁸⁰².

Una sanzione irrogata per violazione di regole anticoncorrenziali, pertanto, al pari di una condanna che incida sulla moralità professionale dell'operatore economico, rappresenta un errore grave che “può mettere in discussione l'integrità” dell'operatore economico¹⁸⁰³. L'irrogazione di una sanzione per violazione delle regole emanate in materia di concorrenza comporta, pertanto, uno stigma sociale nei confronti dell'impresa colpita dalla sanzione, con la conseguenza che la stessa potrà anche essere esclusa da una procedura di appalto¹⁸⁰⁴. Il disvalore sociale derivante dalla condanna delle pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese è stata, del resto, sottolineata anche dalla Commissione, che nel condannare le infrazioni più gravi della concorrenza, ha più volte sottolineato il disvalore sociale di tali comportamenti¹⁸⁰⁵.

Inoltre, le persone giuridiche sono equiparate alle persone fisiche nella disciplina prevista a tutela della concorrenza anche per quanto concerne l'esistenza di un elemento soggettivo. Nonostante la capacità a delinquere di una persona giuridica non sia equiparabile a quella di una persona fisica,

1802Articolo 45, par. 2, lett. c) della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, in GU L 134/144, 30 aprile 2004, pp. 114-240.

1803In tal senso, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, causa C-470/13, del 18 dicembre 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) par. 37.

1804La Corte di Giustizia nella sentenza prima menzionata (*Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, causa C-470/13, del 18 dicembre 2014, *cit.*, par. 36-39) precisa, inoltre, che “Orbene, se una tale causa di esclusione è possibile in applicazione della direttiva 2004/18, essa deve a maggior ragione ritenersi giustificata in relazione agli appalti pubblici che non raggiungono la soglia rilevante definita all'articolo 7 della medesima direttiva e che, di conseguenza, non sono soggetti alle procedure particolari e rigorose previste dalla direttiva stessa (v., in tal senso, sentenza *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, EU:C:2014:2063, punto 37). Inoltre, il considerando 101 della direttiva 2014/24, adottata successivamente all'epoca dei fatti del procedimento principale, il quale stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di escludere operatori economici, segnatamente per errori gravi nell'esercizio della propria attività professionale, come la violazione di regole in materia di concorrenza, perché un errore del genere può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico, dimostra che la causa di esclusione menzionata nel punto 35 della presente sentenza è considerata giustificata alla luce del diritto dell'Unione. Inoltre, l'articolo 57, paragrafo 4, lettera d), della stessa direttiva prevede in modo chiaro e preciso tale causa di esclusione. Occorre aggiungere che la Generali, come ha precisato in udienza, non contesta la possibilità per gli Stati membri di prevedere nella loro normativa nazionale una causa di esclusione da un appalto pubblico basata sulla commissione da parte dell'operatore economico interessato di un'infrazione alle regole della concorrenza. Ciò che essa contesta è la portata dell'articolo 61, paragrafo 1, lettera a), della Kbt, il quale, a suo parere, costituisce una causa di esclusione di carattere generale che supera ampiamente l'ambito delle cause di esclusione di cui all'articolo 45 della direttiva 2004/18. Orbene, come ricordato al punto 19 della presente sentenza, il procedimento principale riguarda l'esclusione della Generali dalla partecipazione all'appalto di cui trattasi per aver commesso un'infrazione alle regole della concorrenza per la quale le è stata inflitta un'ammenda. Pertanto, un esame della conformità al diritto dell'Unione di altre cause di esclusione eventualmente disciplinate da detta disposizione della normativa ungherese non è rilevante ai fini della risoluzione della controversia principale. Alla luce di quanto precede, si deve rispondere alle questioni pregiudiziali dichiarando che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE non ostano all'applicazione di una normativa nazionale che esclude la partecipazione a una procedura di gara d'appalto di un operatore economico che abbia commesso un'infrazione al diritto della concorrenza, constatata con decisione giurisdizionale passata in giudicato, per la quale gli è stata inflitta un'ammenda”.

1805Si leggano in proposito le dichiarazioni del Commissario europeo per la Concorrenza, Neelie Kroes, Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Brussels, 8th March 2007 consultabili all'indirizzo online: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-128_en.htm?locale=en, nonché quelle rese da Mario Monti nel 2000, 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 September 2000, consultabili all'indirizzo online: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm.

infatti, lo stesso articolo 23 del regolamento 1/03 prevede che i comportamenti anticoncorrenziali debbano essere commessi intenzionalmente o per negligenza. In base a tale disposizione, dunque, affinché sia irrogabile la sanzione è necessario accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo della società, il quale è stato interpretato in maniera estensiva dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha stabilito che l'elemento volontario dell'infrazione viene normalmente inferito dalla circostanza che l'impresa non poteva ragionevolmente non sapere che l'oggetto o l'effetto del comportamento fosse contrario alle regole concorrenziali¹⁸⁰⁶.

Alla luce degli argomenti richiamati, sembra possibile qualificare le ammende irrogate dalla Commissione a carico delle imprese che violano le regole poste a tutela della concorrenza come penali. La Corte EDU ha precisato in più occasioni che tali sanzioni sono penali quantomeno ai fini dell'applicazione dell'articolo 6 della CEDU, per cui durante il procedimento amministrativo svolto per accertare la violazione di tali sanzioni dovranno essere garantiti i diritti delle persone coinvolte nella procedura e successivamente dovrà essere garantita la possibilità di esperire un ricorso giurisdizionale effettivo avverso le sanzioni adottate dalla Commissione¹⁸⁰⁷.

Al proposito, occorre sottolineare che in ogni caso, come abbiamo sottolineato per quanto riguarda i reati ambientali¹⁸⁰⁸, in prospettiva futura e *de iure condendo* sarebbe auspicabile che alle sanzioni pecuniarie nei confronti delle società si affiancasse anche la previsione di sanzioni penali che prevedano la reclusione degli individui responsabili dei comportamenti anticoncorrenziali commessi dalle imprese, al fine di garantire una più efficace attuazione delle regole poste a tutela della concorrenza.

In tale prospettiva, tuttavia, la disciplina attuale non sarebbe adeguata a garantire i diritti delle persone fisiche e giuridiche coinvolte nel procedimento penale poiché attribuire un simile potere alla Commissione lederebbe i diritti fondamentali previsti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla CEDU e dai principi generali desunti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. In tale scenario sarebbe indispensabile affidare lo svolgimento delle indagini ad un'autorità giurisdizionale europea, ossia alla Procura europea, e il potere di irrogare le sanzioni ad un organo giurisdizionale terzo e imparziale, pena la violazione dei diritti fondamentali degli individui.

Dall'articolo 105 TFUE si desume esplicitamente che la Commissione istruisce e decide i casi di sospetta violazione delle regole di cui agli articoli 101 e 102 TFUE. La Commissione, al medesimo tempo pubblico ministero e giudice, quale istituzione europea a cui è espressamente devoluto il

¹⁸⁰⁶Corte di Giustizia, sentenza *S.C. Belasco e altri contro Commissione delle Comunità europee*, causa 246/86, dell'11 luglio 1989, in *Racc.* 1989 p. 2117; Tribunale, *Ventouris Group Enterprises SA contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-59/99, dell'11 dicembre 2003, in *Racc.* 2003 p. II-05257, par. 54.

¹⁸⁰⁷Per una disamina dei diritti di difesa nel procedimento antitrust, si legga G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Editoriale Scientifica, 2008.

¹⁸⁰⁸Si legga al riguardo il paragrafo precedente, Titolo Secondo della Parte Prima.

potere di vegliare sul corretto funzionamento del mercato interno prende delle decisioni che determinano la politica europea in materia di concorrenza.

La Commissione, infatti, non è un'autorità giurisdizionale in quanto non possiede né i requisiti di indipendenza, né di terzietà, né quelli di imparzialità e nel prendere le proprie decisioni non compie valutazioni esclusivamente giuridiche, essendo in molti casi influenzata da considerazioni di natura politica. La Commissione gode, infatti, di un'ampia discrezionalità nel gestire l'intero procedimento¹⁸⁰⁹.

La circostanza di essere al tempo stesso parte accusatrice e organo giudicante è consentita dalla natura amministrativa del procedimento. La natura penale o parapenale del procedimento antitrust ha portato, tuttavia, a riconoscere la necessità di rispettare taluni diritti fondamentali delle persone sottoposte ad indagini da parte della Commissione.

Sebbene tali argomenti porterebbero a ritenere preferibile dichiarare la natura penale del procedimento condotto per accertare la violazione delle regole concorrenziali e ad affidare la direzione delle indagini penali ad un organo inquirente europeo, ossia la Procura europea, e l'imposizione delle sanzioni ad un'autorità giurisdizionale terza e imparziale al fine di garantire, al medesimo tempo una più efficace attuazione delle regole in materia di concorrenza mediante la previsione di sanzioni limitative della libertà personale e di tutelare in modo pieno i diritti degli indagati, i quali potrebbero invocare tutte le garanzie processuali proprie del processo penale, sembra che la formulazione attuale dei Trattati non lo permetta.

L'articolo 105 del TFUE assegna, infatti, alla Commissione il ruolo di promotrice degli interessi generali quali il mantenimento di un regime di libera concorrenza, istruendo, “a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti” e, “qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone(ndo) i mezzi atti a porvi termine”¹⁸¹⁰.

In base a tale disposizione, pertanto, spetta alla Commissione il compito di condurre le condurre le indagini (nella versione inglese si legge “*shall investigate*”) e di prendere una “decisione motivata”

¹⁸⁰⁹Tale discrezionalità si concreta nella possibilità di decidere se istruire o meno un caso, se archivarlo o condannare l'operatore economico al pagamento di un'ammenda. Dal punto di vista investigativo, del pari, può scegliere i mezzi investigativi che ritenga più appropriati per raccogliere le informazioni necessarie e provare la colpevolezza dell'impresa. Anche la conclusione del procedimento è rimessa alla discrezionalità della Commissione, dal momento che quest'ultima può decidere se concludere il procedimento in modo formale adottando un provvedimento finale, oppure concluderlo in modo informale.

¹⁸¹⁰Si legga al riguardo l'articolo 105 del TFUE che, per esteso prevede: “1. Senza pregiudizio dell'articolo 104, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 101 e 102. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine. 2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione. 3. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le categorie di accordi per le quali il Consiglio ha adottato un regolamento o una direttiva conformemente all'articolo 103, paragrafo 2, lettera b)”.

nel caso in cui non sia posto termine alle infrazioni. Si ritiene, pertanto, che, sebbene auspicabile nel caso in cui si procedesse ad una modifica del Trattato, allo stato attuale non sia possibile affidare il compito di condurre le indagini e di decidere ad un soggetto diverso dalla Commissione.

2. SECONDA PARTE Diritti fondamentali e Procura europea

2.1. TITOLO PRIMO Diritti fondamentali di diritto penale europeo

Delimitazione del campo di indagine

L'articolo 67 del TFUE prescrive che il rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei “diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri” sono presupposti che l'Unione europea deve rispettare nel realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁸¹¹. A sua volta l'art. 82, par. 2 TFUE¹⁸¹² prevede che le norme minime che possono essere emanate in materia penale devono tener conto “delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri”, i quali possono “mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”. Dalle disposizioni ora menzionate è dato desumere che il legislatore europeo ha inteso fornire alla tutela dei diritti fondamentali, protetti a livello generale nell'ordinamento europeo dall'art. 6 TUE, e al rispetto delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, primaria importanza anche, e soprattutto, in ambito penale, considerate le peculiarità della materia¹⁸¹³.

1811 Si legga a tal proposito l'art. 67 TFUE, che apre il titolo V intitolato “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. La disposizione è infatti la prima del capo I relativo alle disposizioni generali. L'art. 67, par. 1 letteralmente recita: “l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”. La realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia è altresì posto tra gli obiettivi che l'Unione si impegna a realizzare in ossequio all'art. 3, par. 2 TUE che testualmente dispone: “l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”.

1812 L'art. 82, par. 2 TFUE testualmente prevede che (il corsivo è nostro) “laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone”.

1813 Val la pena ricordare che, al proposito, vi è chi sostenuto che l'art. 67 TFUE avrebbe un contenuto meramente programmatico e non spiegherebbe per ciò un effetto giuridico cogente sull'Unione e gli Stati membri. A nostro

La creazione di una Procura europea si iscrive all'interno di questo quadro giuridico. La tutela dei diritti fondamentali e il rapporto tra il livello di protezione garantito a livello europeo e quello assicurato a livello nazionale è, pertanto, un aspetto di cruciale importanza da cui non è possibile prescindere nell'analisi dell'istituzione della Procura europea.

Con il presente lavoro si intende dimostrare che la creazione di questo nuovo organo possa apportare un valore aggiunto alla lotta alla criminalità a livello europeo nel caso in cui siano previste regole sostanziali e procedurali comuni. Le ragioni di tale affermazione verranno esaminate nel corso dell'intero lavoro. In tale sede l'analisi si concentrerà sul verificare se esistano dei principi generali comuni in ambito penale a livello europeo che possano costituire la base su cui creare regole penali sostanziali e processuali comuni.

Una volta constatato che tali principi sono, allo stato attuale, tutelati a livello europeo, si esaminerà la portata applicativa degli stessi e la relazione sussistente tra il livello di protezione garantito da tali principi comuni a livello europeo e i principi in materia penale riconosciuti negli ordinamenti dei diversi Stati membri.

Il capitolo è stato suddiviso in due sezioni, la prima delle quali è dedicata allo studio dei principi affermatasi in ambito di diritto penale sostanziale, mentre la seconda è consacrata all'analisi dei principi che sono devono essere rispettati nell'ambito del processo penale.

Lo studio dei primi risulta essenziale per poter successivamente verificare che le regole concernenti la competenza della Procura europea, ossia riguardante la delimitazione dei reati che sarà competente a perseguire, rispettino i principi di legalità, colpevolezza, e perseguimento di un legittimo scopo di tutela, che sono tutelati a livello europeo.

L'analisi dei secondi è indispensabile per verificare che le regole procedurali che disciplinano la fase delle indagini dirette dalla Procura europea siano rispettose dei principi affermatasi in materia penale a livello europeo, soprattutto in ambito di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e dei mezzi di prova, quali i principi del giusto processo, con i quali sono tutelati i diritti di tutte le persone coinvolte nel processo penale (diritto di difesa, diritto al contraddittorio, presunzione di innocenza e principio di parità delle armi) e del *ne bis in idem*.

Allo scopo di adeguatamente analizzare i principi penali tutelati a livello europeo nelle sue due componenti, sostanziale e processuale, occorre previamente esaminare, seppur sinteticamente, quali sono le fonti europee devolute alla tutela dei diritti fondamentali e il relativo campo di applicazione,

avviso, anche se tale affermazione rispondesse al vero non sarebbe sminuito il valore della disposizione, in primo luogo perché il rispetto dei diritti fondamentali in ambito penale rappresenterebbe comunque la direzione verso la quale il legislatore europeo si è espressamente impegnato a dirigersi ed, in secondo luogo perché tale disposizione, anche se soltanto con riferimento al processo legislativo in materia penale, è successivamente resa in parte coercibile dal meccanismo del c.d. freno di emergenza (art. 82, par. 3 e art. 83, par. 3 TFUE), che prevede la sospensione della procedura legislativa ordinaria nel caso in cui “un membro del Consiglio ritenga che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale”. Per quanto riguarda la nozione di “aspetti fondamentali” contenuta nella disposizione si rinvia al capitolo I.

al fine di delineare quale sia il quadro vigente che regola la tutela dei diritti fondamentali in materia penale a livello europeo¹⁸¹⁴.

Tutela dei diritti fondamentali in materia penale a livello europeo

In Europa i diritti umani sono protetti a livello nazionale, sovranazionale ed internazionale.

Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i diritti fondamentali sono riconosciuti e disciplinati dall'art. 6 TUE¹⁸¹⁵, il quale riconosce l'esistenza tre fonti per la protezione dei diritti umani nell'ordinamento giuridico europeo, nonostante il contenuto e il campo di applicazione di esse si sovrappongano considerevolmente: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i principi generali dell'Unione europea risultanti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

La prima fonte di disciplina affermata a livello europeo sono stati i principi generali, riconosciuti come fonti del diritto dell'Unione dalla Corte di Giustizia. Infatti, vista la scarsità di norme al riguardo presenti nel Trattato prima delle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona, molti dei principi oggi applicabili al procedimento penale sono di creazione pretoria. In questo modo si sono andati affermando ed hanno ottenuto legittimazione numerosi dei principi che vengono in rilievo quando si tratta di dare attuazione alle norme di diritto primario e derivato. Alcuni di essi, come si è avuto modo di osservare nel capitolo precedente, attengono ai criteri di ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri. Altri riguardano i rapporti tra l'Unione e gli individui.

Quanto ai rapporti tra l'Unione e gli individui, vanno ricordati i principi di legalità, il principio di colpevolezza nonché il principio del giusto processo e del *ne bis in idem*. Ciascuno di questi principi trova nel procedimento penale tutta una serie di manifestazioni specifiche rispetto al contenuto che gli stessi assumono nel procedimento sanzionatorio in materia di concorrenza, nel cui ambito sono stati inizialmente affermati.

¹⁸¹⁴Per un approfondimento circa l'evoluzione del sistema di protezione dei diritti fondamentali a livello europeo, si legga G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La protección de los derechos fundamentales en la Union Europea*, in *Scritti in onore di F. Mancini*, II, Giuffrè, 1993, p. 831; A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione Europea per la promozione e protezione dei diritti umani*, 1999, 1, *Il Diritto dell'Unione europea*, p. 149; F. BENOIT-ROHMER, *Les droits de l'homme dans l'Union européenne: de Rome a Nice*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, 2002, p. 19; F.-X. ROUX-DEMARE, *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, thèse, Lyon 3, 2012, n 250 e seg., pp. 235 e seg.

¹⁸¹⁵L'art. 6 TUE recita: *“l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*.

La protezione dei diritti fondamentali è essenziale in ogni ramo del diritto ma risulta essere addirittura cruciale in ambito penale, dal momento che l'esecuzione delle sanzioni penali può comportare la privazione della libertà personale dell'individuo, bene primario e fondamentale che è tutelato sia a livello interno dalla Costituzione di tutti gli Stati membri, che a livello internazionale, dai Trattati internazionali cui gli Stati membri hanno in diversa misura aderito.

Il diritto penale rappresenta il complesso delle norme che prevedono quei particolari fatti illeciti, in conseguenza alla commissione dei quali sono irrogate sanzioni penali. La legge processuale penale, a sua volta, regola il procedimento mediante il quale si accerta se è stato commesso un fatto di reato, se l'imputato ne è l'autore e, in caso positivo, quale pena debba essergli applicata. L'esigenza di scoprire i reati e di applicare le sanzioni è dettata dalla necessità di proteggere la società contro il pericolo della delinquenza. Nel perseguire tale compito occorre predisporre gli strumenti che permettano di accertare se il fatto di reato è stato commesso dall'imputato; ciò è imposto dall'esigenza di difendere l'imputato innocente dal pericolo di una condanna ingiusta. Tuttavia, anche nel caso in cui l'accusato sia scoperto colpevole, il processo deve difenderlo dal pericolo costituito dall'applicazione di sanzioni più gravi di quelle che conseguono ai fatti che vengono accertati¹⁸¹⁶. Le due esigenze rivestono pari importanza.

Il diritto penale, a causa del fatto che poggia su un sistema di sanzioni limitatrici dell'altrui libertà personale, più di ogni altro ramo del diritto, risulta essere lo strumento più incisivo per proteggere, ma anche per negare i diritti fondamentali. In quanto tale, nelle moderne società democratiche si è cercato di concepire e costruire il diritto penale come un diritto penale della libertà, il quale espliciti una duplice funzione: da un lato, quella di tutelare su un piano di eguaglianza e senza discriminazioni i diritti fondamentali, oltre che i beni patrimoniali e ultraindividuali strumentali alla conservazione, dignità e sviluppo della persona umana; dall'altro quella di limitare la libertà dell'individuo, pur se entro la cornice di coesenziali principi garantisti¹⁸¹⁷.

L'ordinamento degli Stati moderni, attraverso la consacrazione dei diritti fondamentali in Costituzione hanno attuato un bilanciamento tra le due diverse esigenze consistenti nell'assicurare l'effettività delle sanzioni penali, da un lato, e nel proteggere i diritti fondamentali, dall'altro¹⁸¹⁸.

1816 Il diritto penale sostanziale e il processo penale svolgono, quindi, la duplice funzione di tutelare la società contro la lesione di beni giuridici ritenuti meritevoli di protezione e di difendere l'accusato dal pericolo di una condanna ingiusta, la quale limiterebbe ingiustificatamente i suoi diritti fondamentali. La letteratura sul tema è amplissima nella letteratura della quasi totalità degli Stati membri dell'Unione europea. Si cita, a titolo di esempio, quanto affermato da A. MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, p. 19; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Ed., Milano, 2011, pp. 1 e seg.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, 2011, pp. XXIII e seguenti.

1817 A tal proposito, occorre ricordare che in un diritto penale della libertà il ricorso alla sanzione penale va circoscritto nei limiti della stretta necessità (*nullum crimen, nulla poena sine necessitate*) di tutelare i diritti fondamentali della persona e i beni-mezzo, indispensabili per il godimento di tali diritti. Tale principio di matrice illuminista si fonda sull'assunto in base al quale la libertà è la regola e la pena l'eccezione. Ciò in antitesi con i sistemi totalitari che, nella pretesa di impossessarsi ideologicamente del singolo, si incentrano sull'opposto principio dell'espansione del diritto penale come mezzo irrinunciabile di controllo ideologico sulla fedeltà alla verità di Stato.

1818 A tal proposito, Sir William Blackstone, affermava che “[i]t is better that ten guilty persons escape, than that one

Lo stesso obiettivo è stato attualmente perseguito nell'ordinamento giuridico europeo. Tale risultato è tuttavia il punto di arrivo di un lungo percorso di integrazione europea che ha portato la Corte di Giustizia a riconoscere un'attenzione crescente ai diritti fondamentali sia nell'ambito del diritto della concorrenza che in quello strettamente penalistico, sviluppando negli anni un articolato tessuto casistico su temi essenziali quali il principio di legalità e il *ne bis in idem* in materia penale.

Allo stato attuale, a livello europeo la protezione dei diritti fondamentali è garantita da tre livelli di giurisdizione: la Corte di Giustizia dell'Unione europea, la Corte europea dei diritti umani e le corti nazionali degli Stati membri. La situazione era ben diversa agli albori della creazione della Comunità economica europea, nel 1957.

Quando furono create le Comunità economiche europee alla fine degli anni Cinquanta del ventesimo secolo non era stata presa in considerazione la possibilità né che l'Unione avesse una competenza in ambito penale¹⁸¹⁹ né che fosse predisposta un'adeguata tutela dei diritti umani¹⁸²⁰. L'ipotesi di un'integrazione completa tra gli Stati europei si è nel tempo delineata come un obiettivo da raggiungere, la cui prima tappa è stata la creazione di un mercato comune tra gli Stati membri, ossia di un'area comprendente l'insieme degli Stati, sottoposta ad un regime di libertà degli scambi di merci, lavoratori, capitali e servizi. Coerentemente con questa impostazione mercantilistica contenuta nei Trattati istitutivi, la Corte, nei primi anni Sessanta, ha affermato l'irrilevanza sul piano del diritto dell'Unione dei diritti fondamentali tutelati nelle Costituzioni degli Stati membri e la propria incompetenza a garantirne il rispetto¹⁸²¹. All'epoca il principale obiettivo della Corte era quello di assicurare l'autonomia e il primato del diritto dell'Unione sul diritto interno, nonché la sua uniformità entro il territorio dell'Unione che rischiava, anzi, di essere pregiudicata dalla subordinazione di tale diritto a norme nazionali, anche se di rango costituzionale, come quelle sui diritti dell'uomo.

All'obiettivo prettamente economico di creare un mercato comune¹⁸²², si è affiancata l'esigenza di

innocent suffer". Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, Book the Fourth* (Strahan, 1825), p. 358.

1819J. R. SPENCER, *EU Criminal Law – the Present and the Future?*, in E. SPAVENTA e altri (a cura di), *A Constitutional Order of States: Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*.

1820L'obiettivo che i c.d. padri dell'Europa comunitaria si proponevano negli anni '50 era quello di impedire, nell'immediato dopoguerra della Seconda Guerra mondiale, il ripetersi delle situazioni politiche, economiche e militari che avevano portato l'Europa e il mondo intero a quel conflitto disastroso. Era stata, allora, sottolineata la necessità di eliminare la rivalità tra Francia e Germania regolando le vicende economiche dell'industria carbosiderurgica, che era presente in maniera rilevante nei due bacini della Ruhr e della Saar. Sul processo politico che ha portato all'elaborazione e all'adozione dei Trattati istitutivi delle Comunità economiche europee si veda P. GERBET, *La construction de l'Europe*, Imprimerie Nationale, 1983; H. VON DER GROEBEN, *The European Community. The formative years. The struggle to establish the Common Market and the Political Union*, The European Perspective Series, Commission of the EC, 1987; M.-T. BITSCH, *Histoire de la construction européenne de 1945 à nos jours*, Complexe, 1996.

1821In tal senso si esprime la prima sentenza della Corte nei casi *Stork*, caso 1/58, del 4 febbraio 1959, in *Racc.* p. 00043, *Uffici di vendita del carbone della Ruhr*, casi riuniti 36-38/59 e 40/59, del 15 luglio 1960, in *Racc.* p. 857 e *Sgarlata*, caso 40/64, del 1 aprile 1965, *Racc.* p. 279.

1822I diritti umani non erano menzionati nei Trattati istitutivi, fatta eccezione per il principio di non discriminazione per ragioni di nazionalità e, sebbene limitato al corrispettivo lavorativo, per ragioni di sesso. Si esprimevano in tal senso l'ex art. 8 TCE e 119 TCE. A tal riguardo, bisogna comunque sottolineare che anche tali diritti erano

tutelare i diritti fondamentali anche a livello europeo. In particolare è stata dirimente la presa di posizione delle Corti Costituzionali italiana e tedesca¹⁸²³, le quali avevano prospettato di non applicare le norme comunitarie contrastanti con i diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni nazionali (c.d. teoria dei contro-limiti), così minando il principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale¹⁸²⁴.

Per ovviare a queste critiche la Corte di Giustizia ha affermato l'esistenza nel sistema giuridico dell'Unione di un obbligo di rispetto dei diritti fondamentali ed ha provveduto a ricostruirne il contenuto, riservandosi così il compito di verificarne di volta in volta il rispetto. In un primo tempo ha stabilito che i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione. Il contenuto di tali diritti è desunto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché dalle indicazioni fornite dagli strumenti internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito¹⁸²⁵. In tale contesto, è stato precisato fin dagli anni '70 che la CEDU riveste un significato particolare per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, fungendo da parametro di legittimità dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione¹⁸²⁶.

riconosciuti al singolo esclusivamente in quanto protagonista economico dell'Unione.

1823Nel testo ci riferiamo alla sentenza della Corte Costituzionale italiana del 17 dicembre 1973 n. 183 nel caso *Frontini* e alla decisione della Corte Costituzionale tedesca nel caso *Solange I*, del 29 maggio 1974. Per un approfondimento al riguardo, si legga O. DORD, *Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés: de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n. 4, p. 1; E. CANNIZZARO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti costituzionali italiana e tedesca*, 1990, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 372; A. OPPENHEIMER, *The relationship between European Community law and national law: the cases*, Cambridge, 1994, p. 410; J. KOKOTT, *German constitutional jurisprudence and European integration*, 1996, in *2 European Public Law*, p. 237; B. DE WITTE, *Direct effect, supremacy and the nature of the legal order*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 1999, p. 177; A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, 2003, p. 505.

1824Il principio del primato del diritto comunitario è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia come principio necessariamente derivante dalla "natura specifica" dell'Unione e dalle caratteristiche del suo ordinamento. Come noto, infatti, i Trattati istitutivi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in materie sempre più ampie, i propri poteri sovrani. All'interno di tale ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di disposizioni giuridiche che ne garantiscono il funzionamento, sono riconosciuti quali soggetti non soltanto gli Stati, ma anche i cittadini degli stessi. Come rilevato più volte dalla Corte, il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi. Per quanto riguarda il primato del diritto comunitario si leggano le decisioni *Costa c. ENEL*, caso 6/64, del 15 luglio 1964, in *Racc.* p. 01141, pp. 1144-1145, la decisione *Internationale Handelsgesellschaft*, cit., punto 3, nonché il parere 1/91, punto 21, il parere 1/09, dell'8 marzo 2011, *Racc.* p. I-01137, punto 65, e la sentenza *Melloni*, C-399/11, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 59. Per quanto riguarda l'effetto diretto si leggano la sentenza *Van Gend & Loos*, caso C-26/62, del 5 febbraio 1963, in *Racc.* p. 3, p. 23, e il parere 1/09, dell'8 marzo 2011, in *Racc.* p. I-01137, punto 65.

1825Si leggano, in tal senso, le sentenze *Internationale Handelsgesellschaft*, caso 11/70, del 17 dicembre 1970, in *Racc.* p. 1125, punto 4, e caso *Nold/Commissione*, caso 4/73, del 14 maggio 1974, in *Racc.* p. 491, punto 13. Si legga, altresì, quanto affermato dalla Corte ricapitolando la giurisprudenza precedente nel caso *Hauer*, C-44/79, del 13 dicembre 1979, in *Racc.* p. 3727, punto 15.

1826A proposito, si vedano le sentenze *Rutili*, 36/75, del 28 ottobre 1975, in *Racc.* p. 1219; *Nold*, C-4/73, del 14 maggio 1974, in *Racc.* p. 491; il caso *ERT*, caso C-260/89, del 18 giugno 1991, in *Racc.* p. I-02925, punto 41,

La Convenzione europea dei diritti umani rappresenta la seconda fonte di protezione dei diritti fondamentali a livello europeo. Il ruolo della CEDU nel sistema di protezione dei diritti umani assume un diverso significato a livello nazionale e a livello sovranazionale¹⁸²⁷.

In ambito nazionale, gli Stati membri che sono anche Alte Parti Contraenti della Convenzione sono sottoposti al controllo esterno della Corte europea dei diritti umani per quanto concerne il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti nella Convenzione¹⁸²⁸.

Per quanto concerne il ruolo riconosciuto alla CEDU all'interno dell'ordinamento giuridico europeo, il quadro è, invece, più complesso. L'art. 6, par. 3 TUE prevede che i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Tuttavia, in assenza di adesione dell'Unione a tale Convenzione¹⁸²⁹, quest'ultima non costituisce uno strumento giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione¹⁸³⁰. Da ciò consegue che l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte EDU non vincola, ai sensi del diritto internazionale, l'Unione e le sue istituzioni, ivi compresa la Corte di Giustizia e che l'Unione non è sottoposta al sistema di controllo previsto dalla CEDU, ossia la Corte EDU non può essere chiamata, sulla base di ricorsi individuali, a pronunciarsi sul rispetto da parte dell'Unione delle norme della CEDU.

La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU¹⁸³¹ non ha, tuttavia, impedito che i principi

nonché *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, casi C-402/05 P e C-415/05 P, del 3 settembre 2008, in *Racc.* p. I-06351, punto 283. L'articolo F, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea, divenuto, in seguito a modifica, articolo 6, paragrafo 2, UE, ha codificato questa giurisprudenza. Al proposito, è interessante rilevare che il disposto dell'articolo ora richiamato è divenuta in seguito la formulazione standard utilizzata dalla Corte di Giustizia nei casi in cui vi era un riferimento ai diritti fondamentali. Si veda, al riguardo, *National Panasonic*, caso 136/79, del 26 giugno 1980, in *Racc.* p. 2033, punto 18; *Johnston*, caso 222/84, del 15 maggio 1986, in *Racc.* p. 1651, punto 18; *Dow Benelux NV*, caso 85/87, del 17 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3137, punto 24; *Hoechst AG c. Commissione*, casi riuniti 46/87 e C-227/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 02859, punto 13.

1827Si legga al proposito G. DI FEDERICO, *Fundamental rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection After the Lisbon Treaty*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights, From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2011.

1828La Corte EDU è, quindi, l'organo competente a rilevare se vi è stata una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione EDU da parte delle legislazioni nazionali degli Stati aderenti. Si leggano al riguardo l'art. 1 e l'art. 19 e seguenti della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

1829La Corte di Giustizia il 14 dicembre 2014 ha espresso un parere negativo circa l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (parere 2/13), provocando così un'interruzione dei negoziati per definire i termini e le condizioni di adesione.

1830Si legga in tal senso il parere 2/13 di adesione dell'Unione europea alla CEDU, del 18 dicembre 2014, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 179 e la sentenza *Kamberaj*, caso C-571/10, del 24 aprile 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 60, e *Åkerberg Fransson*, caso C-617/10, del 26 febbraio 2013, *cit.*, punto 44.

1831La Commissione e parte della dottrina hanno coltivato con tenacia l'ipotesi dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU. La Commissione, in particolare, aveva presentato due progetti in merito all'adesione dell'Unione alla CEDU. Si legga, al riguardo, *Accession of the Communities to the Convention on Human Rights*, EC Bull., Suppl. 2/79 e la Comunicazione della Commissione SEC (90) 2087 del 19 novembre 1990. Si legga al riguardo L. FERRARI BRAVO, *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 1979, 4 Rivista di diritto europeo, p. 347; G. SPERDUTI, *Le rattachement des Communautés Européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 1980, 2 Revue du Marché Commun, p. 170; R. ADAM, *La prospettata adesione delle Comunità alla Convenzione di Roma: si devono anche modificare i trattati comunitari?*, 1980, Rivista di diritto internazionale, p. 883; J.-P. JACQUÉ, *Communauté Européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges à Boulois*, Dalloz, 1991, p. 325. La risposta della Corte di Giustizia alla richiesta di parere indirizzatele è stata, tuttavia, negativa, poiché i giudici ritennero che l'allora Comunità europea non possedesse la competenza necessaria per concludere un accordo

riconosciuti nella Convenzione fossero riconosciuti nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, dal momento che molti diritti tutelati dalla CEDU o dai Protocolli allegati alla stessa sono stati riconosciuti dalla Corte di Giustizia come facenti parte dei principi generali dell'Unione europea e/o trascritti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, molti principi in materia penale ora riconosciuti a livello sovranazionale sono stati desunti dalla Convenzione EDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU, pur se in alcuni casi la Corte di Giustizia ha loro attribuito una portata più ampia o più ristretta rispetto a quella fornita dalla Corte EDU¹⁸³².

A proposito dei rapporti intercorrenti tra il diritto dell'Unione e il sistema di tutela predisposto in seno al Consiglio d'Europa, occorre sottolineare che tra le due Corti negli anni si è instaurato un clima collaborativo, che ha portato le stesse ad instaurare tra di loro un dialogo proficuo e a rafforzare la tutela dei diritti fondamentali in Europa. Per quanto riguarda in particolare il riconoscimento di diritti in materia penale, la Corte di Giustizia ha più volte fatto riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU¹⁸³³, così come quest'ultima ha richiamato in alcuni casi la giurisprudenza della prima¹⁸³⁴. Il clima di collaborazione instauratosi tra le due Corti ha trovato conferma nella pronuncia *Bosphorus Airways*¹⁸³⁵, in cui la Corte EDU ha riconosciuto l'esistenza

internazionale concernente i diritti umani. In tal senso si legga il parere 2/94, del 28 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1759. La Corte si è pronunciata nuovamente in senso negativo con il parere 2/13 del 18 dicembre 2014. Le ragioni addotte a sostegno sono state in questo caso di ordine sostanziale, in quanto la Corte ha affermato che l'accordo di adesione è “suscettibile di pregiudicare le caratteristiche specifiche e l'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto non garantisce il coordinamento tra l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della Carta, non previene il rischio di lesione del principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri nel diritto dell'Unione e non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE”.

1832Si comparino, a mero titolo esemplificativo, la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Panayotova*, C-327/02, del 16 novembre 2004, *Racc.* p. I-11055, e la decisione della Corte EDU nel caso *Maaouia c. Francia*, ricorso n. 39652/98, del 5 ottobre 2000, per quanto riguarda la diversa interpretazione data al principio dell'equo processo.

1833La rilevanza della materia penale è evidente anche in tema di rapporti tra le due Corti. Il dialogo tra le stesse è stato, infatti, particolarmente intenso in merito a diritti rilevanti in ambito penale. A mero titolo esemplificativo dei casi in cui la Corte di Giustizia ha fatto propri i principi riconosciuti dalla CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU, si possono citare due casi in materia di concorrenza in cui la Corte ha riconosciuto al principio di presunzione di innocenza, tutelato dall'art. 6, par. 2 CEDU, e al diritto a non rendere dichiarazioni idonee a pregiudicare lo stesso dichiarante il valore di diritti fondamentali facenti parte del diritto dell'Unione. Nel secondo caso citato la Corte, pur ritenendo che non vi fossero state modifiche tali da porre in discussione quanto affermato nel precedente caso *Orkem* ha comunque direttamente valutato la giurisprudenza della Corte EDU. In tal senso, CGUE, *Hüls v. Commission*, caso C-199/92 P, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. I-4287, punto 150 e CGUE *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, del 15 ottobre 2002, in *Racc.* p. I-8618, punti dal 273 al 275. Il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU nell'interpretare diritti fondamentali riconosciuti a livello europeo è stato mantenuto anche in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si vedano, in tal senso, le decisioni *G*, caso C-292/10, del 15 marzo 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 58, in cui la Corte ha fatto riferimento, in relazione al diritto ad un equo processo, alla sentenza della Corte EDU *Nunes Dias c. Portogallo*, ricorsi n. 69829/01 e 2672/03, del 10 marzo 2003. Si leggano anche le decisioni *McB.*, caso C-400/10 PPU, del 5 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-8965, punto 53; *Sayn-Wittgenstein*, caso C-208/09, del 22 dicembre 2010, in *Racc.* p. I-13693, punto 52; *X*, caso C-507/10, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-14241, punto 43.

1834Occorre menzionare, a tal proposito, a titolo di esempio, la decisione *Sergey Zolotukhin c. Russia*, in cui la Corte EDU ha interpretato il concetto di *ne bis idem* alla luce della giurisprudenza elaborata al riguardo dalla Corte di Giustizia. In tal senso, Corte EDU, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, del 10 febbraio 2009.

1835Corte EDU *Bosphorus Airways c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98, del 30 giugno 2005, punto 156. Si legga al riguardo, C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario* in V. MANES, V.

della presunzione di equivalenza della protezione dei diritti fondamentali offerta dal diritto europeo. Con tale decisione ha, in primo luogo, affermato di essere competente a sindacare la compatibilità con i diritti fondamentali di un atto nazionale emanato, in assenza di alcun margine di apprezzamento discrezionale, da uno Stato membro in attuazione del diritto dell'Unione. Ha, in secondo luogo, rilevato che la protezione dei diritti umani offerta dal diritto comunitario deve essere considerata equivalente a quella prevista dalla Convenzione¹⁸³⁶. La Grande Camera ha comunque previsto la possibilità di smentire tale presunzione, nel caso in cui risulti che, in base ad una valutazione effettuata caso per caso, la protezione offerta dall'Unione risulti essere manifestamente insufficiente (*manifestly deficient* in inglese) rispetto al livello/standard di tutela accordato dalla CEDU¹⁸³⁷.

Per quanto concerne la materia penale, occorre evidenziare che sono stati sollevati dubbi¹⁸³⁸ in merito all'operatività della presunzione di equivalenza della protezione dei diritti fondamentali offerta dalle istituzioni europee nell'ambito delle misure adottate in materia di cooperazione giudiziaria penale nel Terzo Pilastro, a causa delle peculiarità che contraddistinguevano tali atti, già esaminate nel primo capitolo, tra cui in particolare, la competenza limitata della Corte di giustizia in materia.

In seguito alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona si può porre un dubbio circa l'equivalenza nella protezione dei diritti fondamentali in materia penale solo in rapporto agli atti adottati prima dell'entrata in vigore di esso e non ancora modificati o sostituiti secondo quanto previsto dall'invito contenuto nella dichiarazione n. 50 allegata all'atto finale della conferenza

ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 131 e seguenti; L. BESSELINK, *The European Union and the ECHR: from sovereign immunity in Bosphorus to full scrutiny under the reform treaty?*, in I. BOREFIJN, J. GOLDSCHMIDT, *Changing perceptions of sovereignty and human rights*, essay in honour of Claes Flinterman, Intersentia 2008, p. 295 ss.; A. BULTRINI, *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH*, *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2002, p. 5 ss; E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2005, p. 762; T. LOCK, *Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights Case law on responsibility of member states of International Organizations under the European convention on human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 10/2010, p. 529; J. P. JACQUÉ, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH?*, in *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 2005, p. 756.

1836 Occorre ricordare che la presunzione di equivalenza della protezione dei diritti fondamentali offerta dalle istituzioni comunitarie opera solo nel caso in cui la Corte di Giustizia abbia avuto l'occasione di pronunciarsi. Si veda, al riguardo il caso della Corte europea dei diritti umani *Michaud c. Francia*, del 6 dicembre 2012.

1837 Occorre evidenziare che, tuttavia, in concreto, questa presunzione non è mai vinta. Si leggano al riguardo i casi *Cooperative des Agriculteurs de Mayenne and Cooperative Laitière Maine-Anjou c. Francia*, ricorso n. 16931/04, del 10 ottobre 2006; *Cooperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij ua c. Paesi Bassi*, ricorso n. 13645/05, del 20 gennaio 2009; *Guerin c. 5 Stati membri dell'EU*, causa n. 51717/99, del 4 luglio 2000; *Segi e altri c. 15 Stati membri*, ricorsi n. 6422/02 e 9916/02, del 23 maggio 2002.

1838 G. KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp.409-410 e S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Third Edition, Oxford University Press, pp. 101-102. Si leggano, in tal senso, anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Mengozzi al paragrafo 86 della causa *Segi e a. c. Consiglio*, causa 355/04 P, del 27 febbraio 2007, in *Racc.* p. I-1657 e sentenza *Gestoras pro Amnistia e a. c. Consiglio*, causa 354/04 P, del 27 febbraio 2007, in *Racc.* p. I-1579.

intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona¹⁸³⁹.

La tutela dei diritti fondamentali nell'ordine giuridico europeo rappresenta un criterio ermeneutico al quale conformare non solo gli atti di diritto derivato, ma anche l'interpretazione delle norme degli stessi Trattati. La tutela dei diritti fondamentali rappresenta, infatti, un legittimo interesse che può giustificare una limitazione degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, pur se derivanti da una libertà fondamentale garantita dai Trattati¹⁸⁴⁰. Ai fini che in tale sede interessano, occorre sottolineare che tra i diritti fondamentali concretamente individuati dalla Corte sono presenti anche il diritto alla riservatezza¹⁸⁴¹, la previsione legale dei reati e delle pene¹⁸⁴², il diritto alla irretroattività delle norme penali¹⁸⁴³, il diritto ad un equo processo¹⁸⁴⁴, il diritto al contraddittorio¹⁸⁴⁵, il diritto a non rendere dichiarazioni idonee a pregiudicare lo stesso dichiarante¹⁸⁴⁶ e il diritto di difesa e ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva¹⁸⁴⁷.

L'art. 6 TUE prevede, inoltre, quale terza ed ultima fonte di protezione dei diritti fondamentali a livello europeo la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁸⁴⁸, la quale ha assunto, dopo

1839Il regime "ordinario" di competenza della Corte di giustizia è, infatti, senza dubbio più idoneo di quello pre-Lisbona a soddisfare il principio della protezione equivalente di cui alla giurisprudenza *Bosphorus*; ciò dovrebbe evitare l'insorgere di questioni legate al rispetto da parte dell'Unione, almeno nel settore penale, di principi posti dalla CEDU quanto ai profili della tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Si rinvia all'analisi che verrà effettuata nei paragrafi successivi per quanto riguarda l'interpretazione che è stata fornita all'art. 52, par. 3 della Carta, il quale afferma che: "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

1840Si è espressa in tal senso la Corte con le sentenze *Schimdbergerer*, caso C-112/00, del 12 giugno 2003, in *Racc.* p. I-5659, e *Omega*, caso C-36/02, del 14 ottobre 2004, in *Racc.* p. I-9609. La Corte ha, tuttavia, ribadito nelle celebri decisioni *Viking (International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union)*, caso C-438/05, dell'11 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-10779) e *Laval (Laval un Partneri)*, caso C-341/05, del 18 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-11767) che, salvo il caso in cui vengano in considerazione diritti fondamentali che per la loro assolutezza non tollerano restrizioni, l'esercizio dei diritti fondamentali deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dai Trattati e deve essere conforme al principio di proporzionalità.

1841CGUE *AM&S Europe c. Commissione*, caso 155/79, del 18 maggio 1982, in *Racc.* p. 1575.

1842CGUE *Procura Torino c. X*, casi riuniti C-74 e 129/95, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. 6609, punto 25.

1843CGUE *Kent Kirk*, caso 63/83, del 10 luglio 1984, in *Racc.* p. 2689.

1844CGUE *Chronopost e La Poste c. UFEEX e a.*, casi riuniti C-341/06 e C-342/06, del 1 luglio 2008, in *Racc.* p. I-4777, e decisione *Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlamento*, caso C-308/07, del 19 febbraio 2009, in *Racc.* p. I-1059, e più recentemente con riferimento anche all'art. 47 della Carta, si leggano la decisione *Legris Industries c. Commissione*, caso C-289/11 P, del 3 maggio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), e la decisione *Comap c. Commissione*, caso C-290/11 P, del 3 maggio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

1845CGUE sentenza *De Compte*, caso 141/84, del 20 giugno 1985, in *Racc.* p. 1951; *Ismeri Europa c. Corte dei Conti*, caso C-315/99 P, del 10 luglio 2001, in *Racc.* p. I-5281, punti 28-30; *Danimarca c. Commissione*, caso C-3/00, del 20 marzo 2003, in *Racc.* p. I-2643, punto 46; *Hassan e Ayadi*, casi riuniti C-399/06 P e C-403/06 P, del 3 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-11393.

1846CGUE decisione *Orkem c. Commissione*, caso C-374/87, del 18 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3283; *Otto BV*, caso C-60/92, del 10 novembre 1993, in *Racc.* p. I-5683.

1847CGUE *Höchst*, casi riuniti 46/87 e 227/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2859, punti 55-57; sentenza *Dow Benelux*, caso 85/87, del 17 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3137; decisione *Johnston*, caso 222/84, del 15 maggio 1986, in *Racc.* p. 1651; decisione *Heylens*, caso 222/86, del 15 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4097; decisione *Orkem*, 374/87, del 18 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3283; decisione *Siples*, caso C-226/99, dell'11 gennaio 2001, in *Racc.* p. I-277, punto 17; sentenza *MRAX*, caso C-459/99, del 25 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6591, punto 100 e seguenti; sentenza *Pontin*, caso C-63/08, del 20 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-10467.

1848Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007. La Carta, come noto, fu proclamata congiuntamente da Parlamento, Consiglio e Commissione il 7 dicembre 2000 a margine

l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Gli articoli 47-50 della Carta sono dedicati alla giustizia, in particolare alla giustizia penale¹⁸⁴⁹. Per quanto concerne la materia penale, il testo della Carta consacra sostanzialmente i principi derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati e dalla CEDU riconosciuti come principi generali di diritto dell'Unione dalla Corte di Giustizia negli anni precedenti. Pur non innovando dal punto di vista sostanziale, tuttavia, la Carta ha un valore simbolico molto forte, dal momento che, adottando un autonomo catalogo di diritti, garantisce all'Unione una certa autonomia anche in tema di diritti fondamentali. Dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, la Corte di Giustizia tende a riferirsi alla Carta come alla sola o, comunque, principale fonte di protezione dei diritti umani nell'ordine giuridico europeo, riferendosi sempre meno ai principi generali di diritto¹⁸⁵⁰.

Il valore giuridico vincolante della Carta, in materia penale, ha sollevato dubbi in merito a due questioni importanti concernenti i rapporti tra la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta e la tutela dei diritti fondamentali assicurata a livello nazionale. In particolare, si è posto il problema di definire l'ambito di applicazione della Carta in rapporto alle misure sanzionatorie adottate dagli Stati membri e di stabilire se uno Stato membro possa rifiutarsi di dare esecuzione ad una misura sanzionatoria penale irrogata da un altro Stato membro conformemente alla tutela dei diritti previsti a livello europeo, adducendo che il livello di tutela dei diritti fondamentali è più elevato.

Ci occuperemo in tale sede di rispondere al primo quesito di ordine più generale concernente l'ambito di applicazione della Carta, dedicando il paragrafo successivo ai rapporti tra tutela dei diritti fondamentali in materia penale approntata a livello europeo e nazionale.

Quanto all'ambito di applicazione della Carta, come stabilito nell'art. 51 della medesima¹⁸⁵¹, le disposizioni contenute nella stessa sono vincolanti nei confronti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, oltre che nei confronti degli Stati membri, “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Il significato di questo inciso è stato chiarito dalla Corte di Giustizia in un caso concernente un principio fondamentale in materia penale, ossia quello del divieto del *ne bis idem*. Nel definire la portata di tale principio, la Corte ha

del Consiglio europeo di Nizza. La stessa era all'epoca priva di valore vincolante e rappresentava uno strumento valido ai fini interpretativi, ricognitivo di diritti già altrove consacrati in forma giuridica.

1849 Per un approfondimento relativo alle situazioni in cui la Carta dei diritti fondamentali si applica alla materia penale si legga K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, 2014, p. 1557.

1850 Si leggano in tal senso le sentenze *Mayor*, caso C-323/08, del 1 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-11621; *Abdulla*, casi riuniti C-175/08, 176/08, 178/08, 179/08, del 17 giugno 2010, in *Racc.* p. I-01493; *Chakroun*, caso C-578/08, del 4 marzo 2010, in *Racc.* p. I-01839.

1851 L'art. 51 della Carta recita: “*le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati*”.

ribadito che l'interpretazione da dare all'art. 51 della Carta è quella che conferma la precedente giurisprudenza secondo cui “i diritti fondamentali garantiti nell’ordinamento giuridico dell’Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione, ma non al di fuori di esse. A tal proposito la Corte ha già ricordato che essa, per quanto riguarda la Carta, non può valutare una normativa nazionale che non si colloca nell’ambito del diritto dell’Unione. Per contro, una volta che una siffatta normativa rientra nell’ambito di applicazione di tale diritto, la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui essa garantisce il rispetto”¹⁸⁵².

Diretta conseguenza dell'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali alle normative di diritto interno che attuano il diritto dell'Unione è il fatto che, nel caso di conflitto tra disposizioni di diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno, “il giudice nazionale incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le norme di diritto dell’Unione ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”¹⁸⁵³.

Per quanto in tale sede interessa, occorre domandarsi come siano stati declinati concretamente in materia penale i principi sopra enunciati dalla Corte di Giustizia a livello generale, ossia in quali ambiti sia applicabile la Carta nei confronti degli Stati membri quando venga in rilievo una normativa di diritto penale¹⁸⁵⁴. In primo luogo, occorre chiedersi se la Carta è applicabile nei casi in cui una normativa nazionale sanzionatoria penale è emanata al fine di dare attuazione alle politiche europee. A tal fine, occorre, in particolare, determinare quando il diritto nazionale può essere

¹⁸⁵²In tal senso si è pronunciata la Corte nel caso *Åkerberg Fransson*, caso C-617/10, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 19, la quale richiama a sostegno la precedente giurisprudenza sul punto. In particolare, richiama la sentenza *ERT*, caso C-260/89, del 18 giugno 1991, in *Racc.* p. pag. I-2925, punto 42; la decisione *Kremzow*, caso C-299/95, del 29 maggio 1997, in *Racc.* p. I-2629, punto 15; la sentenza *Annibaldi*, caso C-309/96, del 18 dicembre 1997, in *Racc.* p. I-7493, punto 13; la decisione *Roquette Frères*, caso C-94/00, del 22 ottobre 2002, *Racc.* pag. I-9011, punto 25; il caso *Sopropé*, caso C-349/07, del 18 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-10369, punto 34; il caso *Dereci e a.*, caso C-256/11, del 15 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11315, punto 72, nonché la sentenza *Vinkov*, caso C-27/11, del 7 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 58. Nello stesso senso si esprimono anche le Spiegazioni all'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che stabiliscono che “per quanto riguarda gli Stati membri, la giurisprudenza della Corte sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”.

¹⁸⁵³In tal senso Corte di Giustizia, sentenza *Åkerberg Fransson*, cit., punto 45.

¹⁸⁵⁴Si legga, al riguardo K. LENAERTS, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, *The European Court of Justice and fundamental rights in the field of criminal law*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, 2016, Research Handbooks in European Law series, p.10, i quali affermano che “one may distinguish two different types of obligations that EU law imposes on the Member States, namely, (1) EU obligations that require a Member State to take action (the ‘agency situation’); and (2) EU obligations that must be complied with when a Member State derogates from EU law (the ‘derogation situation’)”. Si legga anche M. DOUGAN, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Sanctions and Penalties for the Enforcement of Community Law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and Enforcement of EU Law*, OUP, 2012, p. 90.

ritenuto compreso nel campo di applicazione del diritto europeo¹⁸⁵⁵. In secondo luogo, occorre interrogarsi se possa essere emanata una disciplina sanzionatoria penale che ponga una restrizione ad una delle libertà fondamentali garantite a livello europeo¹⁸⁵⁶.

Quanto al primo aspetto, la Corte nella decisione *Åkerberg Fransson* ha confermato che la Carta è applicabile nei casi in cui una normativa nazionale sanzionatoria penale è emanata al fine di dare attuazione alle politiche europee ed ha fornito un'interpretazione ampia del concetto di "attuazione del diritto dell'Unione" ritenendo che non sia necessario che la disposizione nazionale costituisca una fedele trasposizione del diritto dell'Unione per permettere l'applicazione della Carta, essendo sufficiente la circostanza che la misura concorra ad attuare il diritto dell'Unione. Nel caso di specie sovrattasse e procedimenti penali per frode fiscale costituivano "un'attuazione degli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112 (già articoli 2 e 22 della sesta direttiva) e dell'articolo 325 TFUE e, pertanto, del diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta" e "il fatto che le normative nazionali che fungono da base a tali sovrattasse e procedimenti penali non sono state adottate per trasporre la direttiva 2006/112 non può essere tale da rimettere in discussione detta conclusione, dal momento che la loro applicazione mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva summenzionata e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione"¹⁸⁵⁷. I tre livelli di protezione accordata ai diritti fondamentali in ambito europeo garantisce che, anche nei casi in cui non sia invocabile la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia assicurata la protezione dei diritti asseritamente violati. Nel caso in cui la normativa di diritto nazionale non sia rivolta a dare attuazione al diritto dell'Unione o nel caso in cui vengano in rilievo situazioni giuridiche puramente interne, la Corte di Giustizia ha sottolineato come anche in questi casi non venga meno la tutela dei diritti fondamentali dedotti in giudizio, ma cambi solamente lo strumento di tutela degli stessi. In tali situazioni, esemplificate dal caso *Annibaldi*¹⁸⁵⁸ che è stato scelto dai redattori delle Spiegazioni come caso emblematico dei casi di non applicazione del diritto dell'Unione, la Corte ha ribadito che gli Stati membri possono agire in conformità a quanto disposto dalle loro disposizioni costituzionali e da quanto previsto dalle disposizioni della CEDU, come interpretate dalla Corte europea dei diritti umani¹⁸⁵⁹.

¹⁸⁵⁵Si leggano al riguardo le decisioni della Corte di Giustizia *Wachauf*, caso 5/88, del 13 luglio 1989, in *Racc.* p. 2609, *Hayes*, caso C-323/95, del 20 marzo 1997, in *Racc.* p. I-1711, punto 16; *Rombi e Arkopharma*, caso C-107/97, del 18 maggio 2000, in *Racc.* p. I-3367; *Promusicae*, caso C-275/06, del 29 gennaio 2008, in *Racc.* p. I-271, punti 60 e 70.

¹⁸⁵⁶In tal senso la sentenza della Corte di Giustizia *ERT*, caso C-260/89, del 18 giugno 1991, in *Racc.* p. I-2925, punti 41-44; *Schmidberger*, caso C-112/00, del 12 giugno 2003, in *Racc.* p. I-5659; *Pfleger and others*, caso C-390/12, del 20 aprile 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

¹⁸⁵⁷Si legga in tale senso la sentenza *Åkerberg Fransson*, *cit.*, ai punti 27 e 28.

¹⁸⁵⁸Corte di Giustizia, sentenza *Annibaldi*, caso C-309/96, del 18 dicembre 1997, in *Racc.* p. I-7493.

¹⁸⁵⁹Si legga, in tal senso, la sentenza *Dereci*, caso C-256/11, del 15 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11315. Al punto 72, in particolare, si legge che "if the referring court considers, in the light of the circumstances of the disputes in the main proceedings, that the situation of the applicants in the main proceedings is covered by European Union law, it

Quanto al secondo punto, dalle decisioni della Corte di Giustizia adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, era dato desumere che gli Stati membri non potevano adottare misure sanzionatorie di natura penale nei casi in cui restringessero ingiustificatamente la libertà di movimento. Se uno Stato membro invocava ragioni imperative di interesse generale per giustificare una normativa idonea a frapporre ostacolo all'esercizio della libera prestazione dei servizi, tale giustificazione, prevista dal diritto dell'Unione, doveva essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali ormai garantiti dalla Carta. Pertanto la normativa nazionale considerata poteva fruire delle eccezioni previste solo se era conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto¹⁸⁶⁰. La Corte ha confermato la sua precedente giurisprudenza sul punto nel caso *Pfleger e altri*¹⁸⁶¹ del 2014.

2.1.1. CAPITOLO QUINTO Principi di diritto penale sostanziale

2.1.1.1. Il principio di legalità sostanziale

4.1.1.1.34 Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea e *ratio* del principio di legalità sostanziale

Il principio di legalità è espressamente disciplinato nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

L'articolo 49 è applicabile nei confronti di chiunque e stabilisce due principi fondamentali nell'ambito del diritto penale: il principio di legalità dei reati e delle pene e il principio di proporzionalità delle pene¹⁸⁶². Entrambi i principi, anche prima dell'entrata in vigore della Carta dei

must examine whether the refusal of their right of residence undermines the right to respect for private and family life provided for in Article 7 of the Charter. On the other hand, if it takes the view that that situation is not covered by European Union law, it must undertake that examination in the light of Article 8(1) of the ECHR”.

1860Si legga, in tal senso, la sentenza *ERT*, caso C-260/89, del 18 giugno 1991, in *Racc.* p. I-2925, punto 43.

1861Corte di Giustizia, sentenza *Pfleger e altri*, caso C-390/12, del 30 aprile 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) punti 35-36, in cui si legge: “una normativa nazionale che risulti idonea ad ostacolare l'esercizio di una o più libertà fondamentali garantite dal Trattato può beneficiare delle eccezioni previste dal diritto dell'Unione per giustificare tale ostacolo solamente nei limiti in cui ciò sia conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce l'osservanza. Detto obbligo di conformità ai diritti fondamentali rientra evidentemente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e, di conseguenza, in quello della Carta. Il ricorso, da parte di uno Stato membro, a eccezioni previste dal diritto dell'Unione per giustificare un ostacolo a una libertà fondamentale garantita dal Trattato deve pertanto essere considerato, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 46 delle conclusioni, come «attuazione [de]l diritto dell'Unione» ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta”.

1862L'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce letteralmente: “1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima. 2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata

diritti fondamentali dell'Unione europea e, quindi, dell'espressa codificazione degli stessi, erano stati riconosciuti dalla Corte di Giustizia quali principi generali del diritto dell'Unione. Gli stessi, infatti, erano garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e risultavano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Occorre, fin da subito, precisare che in tale sede non ci occuperemo specificamente del principio di proporzionalità¹⁸⁶³. Analizzeremo, invece, la portata applicativa e il contenuto che il principio di legalità ha assunto a livello europeo, limitandoci a esaminare alcuni aspetti del principio di proporzionalità delle pene che sono allo stesso intimamente connessi e risultano importanti per definirne alcune caratteristiche, nonché per definire lo statuto e i poteri dell'istituenda Procura europea.

Quanto alla *ratio* per cui il principio di legalità è considerato il principio fondante di ogni Stato di diritto, tale principio, il quale stabilisce il divieto di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione non fosse espressamente previsto come reato dalla legge e con pene che non fossero dalla legge espressamente stabilite (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), assolve la funzione di garantire il cittadino contro l'arbitrio del potere esecutivo e del potere giudiziario. Il principio di legalità¹⁸⁶⁴, di derivazione illuministica, serve, infatti, a tutelare, almeno dal punto di vista formale la libertà del singolo (*favor libertatis*), per cui l'individuo assume un ruolo centrale e l'efficace repressione dei reati da parte dello Stato è posta in secondo piano rispetto alla necessità di tutelare il cittadino contro il rischio di sentenze ingiuste e circoscritta entro i limiti stabiliti dalla legge. Costituiscono, pertanto, corollari essenziali del principio di legalità il principio della riserva di legge, il principio di tassatività e il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

In base al principio di riserva di legge, il potere legislativo, unico rappresentante del volere dei cittadini, possiede il monopolio normativo penale¹⁸⁶⁵. Occorre, tuttavia, osservare che il principio di

commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni. 3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

1863Si legga, al proposito, il Capitolo Primo, Titolo Primo, Parte Prima.

1864Ci riferiamo nel testo al cosiddetto principio di legalità formale, che si contrappone al cosiddetto principio di legalità sostanziale, sviluppatosi in ordinamenti totalitari come quello sovietico degli anni 1918-1919 e quello sviluppatosi in Germania con l'avvento del nazionalsocialismo. In base al principio di legalità sostanziale, che si contrappone a quello di legalità formale, devono essere considerati reati i fatti socialmente pericolosi, anche se non espressamente previsti dalla legge, e ad essi vanno applicate pene adeguate allo scopo. In base a tale principio, quindi, sono punibili le azioni socialmente pericolose anche se non espressamente incriminate dalla legge e, viceversa, non sono punibili le azioni espressamente incriminate dalla legge se socialmente non pericolose. L'obiettivo che si vuole garantire con l'adozione di tale principio è quello di ottenere una maggiore difesa sociale. Si legga per un approfondimento riguardo al contenuto di tali principi, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2011, pp. 3 e seguenti.

1865La necessità di una legge parlamentare è stata ritenuta un'articolazione del principio di legalità a livello europeo nel Manifesto sulla politica criminale europea, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, p. 737, consultabile online all'indirizzo: www.zis-online.com. Nel Manifesto il principio è descritto nei termini seguenti: “Necessità di una legge parlamentare (*nula poena sine lege parlamentaria*) L'impiego del diritto penale, trattandosi dell'“arma più forte” a disposizione dello Stato, deve, in una società democratica, trovare legittimazione popolare il più immediatamente possibile. Formalmente la competenza per l'introduzione di disposizioni penali - fino a quando manchi una competenza dell'Unione Europea per la creazione di un diritto penale sopranazionale - rimane agli Stati membri (e quindi ai Parlamenti nazionali). Ma quando il legislatore europeo rivolge nei loro confronti

legalità, *sub specie* di principio di riserva di legge parlamentare, assume tratti peculiari a livello europeo a causa della particolare ripartizione di poteri tra le istituzioni dell'Unione europea. Come è stato rilevato¹⁸⁶⁶, infatti, non esiste una netta separazione di poteri a livello europeo, né una netta separazione di funzioni tra le istituzioni europee.

Oltre a ciò, considerate le peculiarità del sistema giuridico europeo, che rappresenta un ordinamento sovranazionale nuovo “dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi”¹⁸⁶⁷, nel definire il principio di riserva di legge a livello europeo, occorre altresì tenere in considerazione le interazioni tra legislatore europeo, legislatore nazionale e autorità giudiziarie nazionali¹⁸⁶⁸. A tale proposito, senza esaminare approfonditamente tale complesse questioni interpretative, si ritiene opportuno esaminare in questa sede la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa al rapporto tra principio di legalità in materia penale e necessità di una espressa base giuridica che punisca determinati fatti di reato. Esamineremo in tale sede anche la giurisprudenza della Corte in merito circa il principio di legalità in materia penale e l'impossibilità per una direttiva di avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione della stessa. Esamineremo, al proposito, anche se un regolamento, conformemente alla giurisprudenza della Corte, possa costituire un atto idoneo a fondare la responsabilità di un soggetto.

L'analisi di tali aspetti risulta, infatti, essenziale ai fini che in tale sede interessano per comprendere se la previsione di specifici reati nella competenza dell'istituenda Procura europea tramite direttiva o, invece, tramite regolamento, sia compatibile con il principio di legalità dei reati e delle pene, così come interpretato dalla Corte di Giustizia.

delle prescrizioni vincolanti, circoscrive i loro margini di decisione. Perciò anche gli atti giuridici di armonizzazione hanno bisogno di una sufficiente legittimazione democratica. Nei limiti in cui i margini di decisione del legislatore nazionale vengano circoscritti da prescrizioni europee, la legge penale armonizzata non può trovare una completa legittimazione democratica a livello nazionale. Di conseguenza si deve pretendere una legittimazione democratica supplementare a livello europeo attraverso una partecipazione rafforzata del Parlamento Europeo”. Nel Manifesto si raccomanda oltretutto che i Parlamenti nazionali vengano tempestivamente informati circa le iniziative europee di armonizzazione penale e che vengano posti in condizione di influire in modo effettivo sul relativo processo di adozione delle stesse.

1866Si legga, al riguardo, .

1867Si legga al riguardo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nel Parere 2/13 sull'adesione alla CEDU, del 18 dicembre 2014, par. 157-158 e giurisprudenza ivi richiamata, in cui si legge: “*Infatti, come ripetutamente dichiarato dalla Corte, i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi (v., in particolare, sentenze van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, pag. 23, e Costa, 6/64, EU:C:1964:66, pag. 1144, nonché parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65)*”.

1868In tal senso, anche C. PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law*, Antwerp, Intersentia, 2015; C. PERISTERIDOU, *The principle of lex certa in national law and European perspectives*, in A. H. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011, pp. 69-95; E. CLAES, *Legality and Lex Certa in the Criminal Law*, in A. H. KLIP, (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., pp. 97-102.

Il principio di tassatività o di determinatezza (*nullum crimen sine lege poenali scripta et stricta*) presiede, invece, alla tecnica di formulazione della legge penale e si risolve in due obblighi, il primo dei quali è rivolto al legislatore, mentre il secondo è rivolto al giudice. In primo luogo, in base al principio di tassatività, il legislatore ha il dovere di procedere, nel momento di creazione della norma, ad una precisa determinazione della fattispecie penale, affinché risulti tassativamente stabilito quale condotta è, e quale, invece, non è, penalmente vietata. In secondo luogo, esso stabilisce il divieto per il giudice di applicare la norma penale incriminatrice a casi da essa non espressamente disciplinati; in altri termini, è vietata l'applicazione analogica della fattispecie penale incriminatrice.

Il principio di tassatività non è espressamente sancito dall'articolo 49 della Carta, ma è desumibile in modo implicito dalla *ratio* dell'articolo 49 della Carta, quale corollario del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, come riconosciuto dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU in relazione all'articolo 7 della CEDU. Al riguardo, come vedremo nel corso del paragrafo, la Corte di Giustizia, conformemente a quanto stabilito dalla Corte EDU, ha previsto che le norme debbano essere prevedibili e accessibili e ha prescritto il divieto di analogia *in malam partem*. L'esame della giurisprudenza della Corte sarà a tal proposito essenziale per stabilire quale grado di determinatezza dovrebbero possedere le disposizioni concernenti sia le regole sostanziali che processuali che regolano l'attività della Procura europea, al fine di essere conformi al principio di legalità.

L'ultima articolazione del principio di legalità è, infine, costituita dal principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, in base al quale la legge penale si applica soltanto ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore e, pertanto, non può essere applicata a fatti ad essa anteriori (*nullum crimen sine proevia lege poenali scripta et stricta*). Tale principio costituisce un corollario del principio di tassatività, la cui funzione garantista sarebbe frustrata se i comportamenti umani fossero poi esposti all'incognita di future incriminazioni; esso assolve inoltre alla funzione di garantire la certezza del diritto in base al quale la norma penale deve essere previamente conoscibile per poter essere osservata. In tal senso, costituisce, dunque, anch'esso un'espressione del più generale *favor libertatis*, in quanto fornisce al cittadino la sicurezza che, di fronte all'eventuale mutare delle valutazioni del legislatore, esso non sarà punito o non sarà punito più severamente per fatti che, al momento della loro commissione, non erano puniti o lo erano in modo più mite.

Accanto al fondamentale principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, l'articolo 49 della Carta, innovando sul punto rispetto all'articolo 7 della CEDU, ha altresì previsto il principio di retroattività della legge penale più favorevole, in base al quale, se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più favorevole, occorre applicare quest'ultima al fatto commesso dall'imputato. Tale principio, come sottolineato dall'Avvocato

Generale Kokott nelle conclusioni relative alla causa Berlusconi, “si fonda sulla considerazione che un imputato non deve venire condannato sulla base di un comportamento che, secondo il punto di vista (modificato) del legislatore, non è più penalmente rilevante al momento del procedimento penale. Quindi le nuove valutazioni legislative devono essere a vantaggio dell'imputato. In tal modo viene garantita in particolare la coerenza dell'ordinamento giuridico”¹⁸⁶⁹.

Prima di procedere all'analisi delle seguenti articolazioni del principio di legalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, occorre valutare l'ambito di applicazione del principio e l'interpretazione che dello stesso è stata fornita dalla Corte EDU, dal momento che, come viene sottolineato nelle Spiegazioni della Carta, conformemente all'articolo 52, par. 3 della medesima Carta, tale diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU.

Quanto alla portata applicativa, il principio di legalità, così come quello di proporzionalità, dispiega i propri effetti relativamente a tutto il processo di formazione e attuazione del diritto europeo. In primo luogo, esso deve essere informare l'attività legislativa europea. Nell'adottare atti concernenti la materia penale, sia di tipo sostanziale che processuale, il legislatore europeo deve, infatti, rispettare sia il principio di legalità che quello di proporzionalità per quanto riguarda sia gli atti di diritto derivato che armonizzino la definizione dei reati e delle sanzioni a livello europeo sia nello stabilire il contenuto di strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale, così come nel definire la legislazione applicabile ad *Eurojust*, *OLAF*, e, in futuro, alla Procura europea¹⁸⁷⁰. A tal riguardo, occorre, quindi, verificare che sia le regole sostanziali che disciplinano la competenza di quest'ultimo, che le regole processuali che regolano i poteri e le funzioni esercitabili dallo stesso siano emanate nel rispetto del principio di legalità e di proporzionalità delle pene.

In secondo luogo, i principi disciplinati dall'articolo 49 della Carta devono essere rispettati a livello di interpretazione del diritto penale europeo sia da parte della Corte di Giustizia che delle autorità giurisdizionali degli Stati membri.

In terzo luogo, il principio di legalità, così come quello di proporzionalità di cui all'articolo 49 della Carta, deve essere rispettato in sede di attuazione del diritto europeo da parte degli Stati membri, i quali dovranno garantirne l'attuazione nell'adottare la legislazione nazionale di esecuzione degli atti di diritto europeo che necessitano di atti nazionali di trasposizione.

In ultima analisi, esso deve essere considerato quale parametro essenziale dalla Corte di Giustizia per vagliare la compatibilità della legislazione penale nazionale con il diritto europeo e valutare, quindi, se vi sia stata violazione di quest'ultimo.

¹⁸⁶⁹Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 14 ottobre 2004 nella pronuncia *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell'Utri e a.*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, in *Racc.* 2005 p. I-3568, par. 161.

¹⁸⁷⁰In senso conforme, si legga anche V. MITSILEGAS, *Article 49, Principles of Legality and Proportionality*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 1352.

4.1.1.1.35 Contenuto del principio di legalità nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

Quanto al contenuto, a livello europeo¹⁸⁷¹, come è già stato osservato, tale diritto è disciplinato dall'articolo 49 della Carta, che codifica la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, in base alla quale il principio di legalità dei reati e delle pene fa parte dei principi generali del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁸⁷². In ordine alla portata dello

1871 Il principio di legalità è, infatti, un principio profondamente radicato e riconosciuto anche in diritto internazionale.

Quest'ultimo è stato disciplinato in un numero cospicuo di trattati internazionali adottati negli anni successivi alla fine della Seconda Guerra Mondiale. In particolare, esso è stato inserito tra i diritti umani che devono essere riconosciuti ad ogni essere umano nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani approvata e proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il cui articolo 11, par. 2 recita: “*Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetuato, non costituisse reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso*”. Tra gli altri, il principio di legalità è altresì riconosciuto dalla convenzione di Ginevra relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, conclusa a Ginevra il 12 agosto 1949, il cui articolo 99, par. 1 recita: “*nessun prigioniero di guerra potrà essere perseguito o condannato per un atto che non sia esplicitamente represso dalla legislazione della potenza detentrica o dal diritto internazionale vigenti il giorno in cui l'atto è stato commesso*”, e i cui articoli 65 e 67 stabiliscono, rispettivamente: “*Le disposizioni penali emanate dalla Potenza occupante entreranno in vigore solo dopo essere state pubblicate e comunicate alla popolazione, nella lingua della stessa. Esse non potranno avere effetto retroattivo*” e “*I tribunali potranno applicare soltanto le disposizioni legali anteriori all'infrazione e conformi alle norme generali del diritto, specie per quanto concerne il principio della proporzionalità delle pene. Essi dovranno tener conto del fatto che l'imputato non è cittadino della Potenza occupante*”. Il principio di legalità è altresì un principio riconosciuto dal Tribunale Internazionale per la ex-Jugoslavia (*Mitar Vasilievic*, causa n. IT-98-32-T, Trial Judgment, del 19 novembre 2002, par. 193) e contenuto nello Statuto della Corte Penale Internazionale del 1998 (*Rome Statute of the International Criminal Court adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998*), che contiene una serie di disposizioni sul principio di *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* e sul principio di non retroattività *ratione personae*, rispettivamente agli articoli 22 (1. *Una persona è penalmente responsabile in forza del presente Statuto solo se la sua condotta, nel momento in cui viene realizzata, costituisce un crimine di competenza della Corte. 2. La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna. 3. Il presente articolo non impedisce che un comportamento sia qualificato come crimine secondo il diritto internazionale, indipendentemente dal presente Statuto*), 23 (*Una persona che è stata condannata dalla Corte può essere punita solo in conformità alle disposizioni del presente Statuto*) e 24 (1. *Nessuno è penalmente responsabile in forza del presente Stato per un comportamento, precedente all'entrata in vigore dello Statuto. Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto d'inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna sarà applicato il diritto più favorevole*). Il principio di legalità è disciplinato anche in strumenti di diritto internazionale settoriali, in cui, oltre al principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole, è anche riconosciuto il principio di retroattività della legge penale più favorevole. Tra questi rientrano il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966, il cui articolo 15 stabilisce che “*1. Nessuno può essere condannato per azioni od omissioni che, al momento in cui venivano commesse, non costituivano reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Così pure, non può essere inflitta una pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso. Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne. 2. Nulla, nel presente articolo, preclude il deferimento a giudizio e la condanna di qualsiasi individuo per atti od omissioni che, al momento in cui furono commessi, costituivano reati secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni*” e dalla Convenzione americana sui diritti umani adottata a San José di Costa Rica il 22 novembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978 (articolo 9). Il principio di legalità è altresì stato riconosciuto in un settore ancora più specifico, quale quello della tutela dei minori. Si veda, al riguardo, la Convenzione sui diritti dell'infanzia, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 (articolo 40, par. 2).

1872 In tal senso, *ex multis*, Corte di Giustizia, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's*

stesso, le Spiegazioni della Carta¹⁸⁷³ relative all'articolo 49 prevedono che “conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU”¹⁸⁷⁴.

Nelle Spiegazioni è stato, di conseguenza, trascritto il testo dell'articolo 7 della CEDU, relativo al principio di legalità, con la precisazione che nell'articolo 49 della Carta, accanto al principio classico della irretroattività delle leggi e delle pene in materia penale, “è stato aggiunto il principio della retroattività della legge penale più mite, esistente in vari Stati membri e che figura nell'articolo 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici”¹⁸⁷⁵.

Considerato che, in base al combinato disposto degli articoli 6, par. 1 del TUE¹⁸⁷⁶ e 52, par. 7 della Carta¹⁸⁷⁷, le Spiegazioni relative alla Carta elaborate dal Presidium devono essere tenute in debito conto al fine di interpretare correttamente le disposizioni della stessa e che queste ultime stabiliscono espressamente che al principio di legalità di cui all'articolo 49 della Carta deve essere garantita portata e significato identici al diritto riconosciuto dalla CEDU, occorre in tale sede esaminare come sia stato interpretato dalla Corte EDU il principio di legalità di cui all'articolo 7 CEDU¹⁸⁷⁸.

Il principio di legalità previsto dall'articolo 7 della CEDU è un diritto inderogabile, per cui, ai sensi dell'articolo 15, par. 2 CEDU, non è possibile derogare a tale principio neanche in caso di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione¹⁸⁷⁹.

Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc.* p. I-04057; sentenza *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3633, par. 49.

1873 Ci riferiamo al *Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, quale figura nel doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Bruxelles, 11 ottobre 2000 (18.10), CHARTE 4473/00, CONVENT 49, stilate sotto la responsabilità del Presidium.

1874 In tal senso, *Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, cit., p. 44, spiegazione relativa all'articolo 49 della Carta.

1875 In tal senso, *Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, cit., p. 43, spiegazione relativa all'articolo 49 della Carta. Nelle Spiegazioni si legge altresì che rispetto al paragrafo 2 dell'articolo 7 della CEDU, “*si è semplicemente sostituito al paragrafo 2 il termine “civili”; la sostituzione non implica nessun cambiamento del senso del paragrafo, che contempla in particolare i crimini contro l'umanità*”.

1876 Il terzo periodo dell'articolo 6, par. 1 del TUE prevede espressamente: “*I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*”.

1877 L'articolo 52, par. 7 della Carta stabilisce: “*I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta*”.

1878 L'articolo 7 della CEDU, rubricato “*nulla poena sine lege*” recita in questi termini: “*1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*”.

1879 In tal senso, articolo, 15, par. 2 della CEDU. Il testo dell'articolo 15 è del seguente tenore: “*1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. 2. La disposizione precedente non autorizza alcuna deroga all'articolo 2, salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra, e agli articoli 3, 4 § 1 e 7. 3. Ogni Alta Parte contraente che eserciti tale diritto*

Nel ribadire l'importanza del principio di legalità quale principio essenziale dello Stato di diritto, la Corte EDU ha, inoltre, sottolineato nel caso *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 maggio 1993, che la portata applicativa dell'articolo 7 CEDU non è limitata al divieto di applicazione retroattiva della legge penale, ma comprende, più in generale, il principio in base al quale solo la legge può definire un reato e prescrivere una sanzione (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e secondo cui la legge penale non può essere interpretata estensivamente in *malam partem*, a detrimento dell'imputato, utilizzando, ad esempio, l'analogia¹⁸⁸⁰.

La Corte prosegue stabilendo che il principio può dirsi rispettato quando l'individuo può conoscere dal contenuto delle disposizioni rilevanti e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale¹⁸⁸¹. Ai fini che qui interessano bisogna sottolineare che la stessa interpretazione e, addirittura, la stessa formula, è stata successivamente ripresa dalla Corte di Giustizia nelle proprie decisioni¹⁸⁸².

Nel definire il contenuto e la portata dell'articolo 7 CEDU, la Corte EDU ha altresì stabilito che il termine "diritto" ("*law*" in inglese) contenuto nell'articolo 7 deve essere interpretato nello stesso senso in cui è inteso in altre disposizioni contenute nella Convenzione. Il termine ricomprende, pertanto, sia il diritto scritto che quello non scritto e implica la presenza dei requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità¹⁸⁸³. I principi di accessibilità e di prevedibilità devono essere soddisfatti sia per quanto riguarda la definizione del reato che per l'entità della sanzione irrogata¹⁸⁸⁴.

Circa la definizione del primo requisito, esso presuppone che il cittadino debba disporre di

di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione". La Corte EDU ha più volte ribadito l'importanza del principio di legalità, statuendo (Corte EDU, sentenza *S.W. v. the United Kingdom*, ricorso n. 20166/92, del 22 novembre 1995, par. 34) che "*the guarantee enshrined in Article 7 (art. 7), [omissis...] is an essential element of the rule of law, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 (art. 15) in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, in such a way as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment*".

1880Corte EDU, sentenza *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, del 25 maggio 1993, par. 52, passaggio citato dalla Corte anche in *S.W. v. the United Kingdom*, ricorso n. 20166/92, del 22 novembre 1995, cit., par. 35.

1881Corte EDU, sentenza *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 maggio 1993, cit., par. 52; *S.W. v. the United Kingdom*, del 22 novembre 1995, cit., par. 35; *Achour c. Francia*, ricorso n. 67335/01, del 10 novembre 2004, par. 41; *Coëme e altri c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 18 ottobre 2000, par. 145; *Cantoni c. Francia*, ricorso n. 17862/91, dell'11 novembre 1996, par. 29; *Kafkaris c. Cipro*, ricorso n. 21906/04, del 12 febbraio 2008, par. 138.

1882Corte di Giustizia, sentenza *The Queen*, su istanza di *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko)*, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko)*, *International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo)*, *Greek Shipping Co-operation Committee*, *Lloyd's Register*, *International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc.* p. I-04057, par. 71; *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3633, par. 50, la quale, a sua volta, richiama la giurisprudenza della Corte EDU.

1883Corte EDU, sentenza *S.W. v. Regno Unito*, del 22 novembre 1995, cit., par. 35; *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, ricorso n. 18139/91, del 13 luglio 1995, par. 37.

1884Corte EDU, sentenza *Achour c. Francia*, del 10 novembre 2004, cit., par. 41; *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, cit., par. 140.

informazioni sufficienti sulle norme giuridiche da applicare al proprio caso di specie¹⁸⁸⁵. La conoscibilità delle norme dipende dal mezzo con cui sono portate a conoscenza dei destinatari; per essere accessibili, devono, quindi, essere pubblicate o portate altrimenti adeguatamente a conoscenza dei destinatari.

In merito al requisito della prevedibilità, invece, la Corte EDU ha previsto che esso si scomponga in altri due *sub* principi inerenti, rispettivamente, al momento formativo della norma legislativa e all'interpretazione della stessa. Quanto al momento formativo della disposizione, il principio di prevedibilità si risolve nel principio di tassatività. In base ad esso, la norma incriminatrice deve essere formulata con sufficiente precisione. La giurisprudenza della Corte EDU, in particolare, richiede che la definizione della fattispecie penale e la pena siano chiaramente definite dalla legge, sia essa scritta o non scritta, purché il cittadino sia “in grado di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato”.

Al proposito, la Corte EDU sottolinea, tuttavia, che la legge può soddisfare il requisito della prevedibilità anche nei casi in cui il soggetto interessato debba verificare l'interpretazione che della legge è stata fornita nella giurisprudenza delle corti mediante l'ausilio di un professionista del diritto, al fine di calcolare ragionevolmente a seconda delle circostanze del caso concreto, le conseguenze che possono derivare dalla commissione di quella determinata condotta¹⁸⁸⁶. La Corte ha, inoltre, riconosciuto nella propria giurisprudenza che per quanto il testo di una determinata disposizione penale possa essere chiaro e preciso è immancabile il ricorso all'interpretazione del giudice per chiarire alcuni elementi della fattispecie in rapporto al caso concreto. In tal senso, l'adesione ad un principio di tassatività inteso in senso troppo rigoroso porterebbe ad una rigidità eccessiva e non permetterebbe al diritto di adattarsi ai mutamenti di situazione che inevitabilmente occorrono nella pratica¹⁸⁸⁷.

Quanto al momento interpretativo, la Corte EDU ha precisato che l'articolo 7 CEDU non deve essere interpretato troppo restrittivamente, nel senso che vieti in modo assoluto l'interpretazione giurisprudenziale delle leggi che prescrivono la responsabilità penale del soggetto.

Un'interpretazione della fattispecie incriminatrice da parte del giudice è lecita, tuttavia, “a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e sia ragionevolmente prevedibile”¹⁸⁸⁸. La prevedibilità, quindi, non è esclusa dall'interpretazione della norma quando si

1885 Per una ricostruzione dei principi di accessibilità e prevedibilità nel medesimo senso fatto proprio nel testo, si veda F. V. RINALDI, *Il principio di legalità e l'articolo 7 della CEDU*, consultabile online su filodiritto, all'indirizzo online: <http://www.filodiritto.com/articoli/2013/01/il-principio-di-legalita-e-larticolo-7-della-cedu/>.

1886 In tal senso, Corte EDU, sentenza *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, cit., par. 140; *Achour c. Francia*, del 10 novembre 2004, cit., par. 54.

1887 Corte EDU, sentenza *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, cit., par. 141; *The Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), ricorso n. 6538/74, del 26 aprile 1979, par. 49.; *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 maggio 1993, cit., par. 40; *Cantoni c. Francia*, del 15 novembre 1996, cit., par. 29.

1888 La traduzione è stata da noi effettuata. In tal senso, Corte EDU *Kafkaris c. Cipro*, del 12 febbraio 2008, cit., par.

riferisca ad una prassi giurisprudenziale consolidata o nel caso in cui la nuova interpretazione risulti plausibile alla luce del mutamento delle condizioni socio-culturali che determinano un'interpretazione evolutiva "storicamente prevedibile"¹⁸⁸⁹.

L'interpretazione dei concetti di "reato" ("*criminal offence*" in inglese) e di "pena" ("*penalty*" in inglese) riveste un ruolo centrale nel determinare la portata applicativa dell'articolo 7, par. 1 della CEDU. La Corte EDU, infatti, ha attribuito un significato autonomo al concetto di "accusa in materia penale", cui si riferiscono sia l'articolo 6 che l'articolo 7 della CEDU ed ha elaborato dei criteri in base ai quali determinare se la sanzione irrogata rivesta carattere penale o meno. In particolare, nel giudicare sul rispetto dell'art. 6 della CEDU, la Corte EDU si è attribuita la facoltà di rideterminare la natura della sanzione al fine di garantire il livello di tutela adeguato. In base alla propria consolidata giurisprudenza, al fine di stabilire la sussistenza di una "accusa in materia penale", occorre prendere in considerazione tre criteri: la qualificazione giuridica della misura; la natura della misura e la natura e il grado di severità della "sanzione"¹⁸⁹⁰.

Si ritiene pacificamente che l'autonomo significato, basato sullo scrutinio dei tre criteri sostanziali sopra menzionati, attribuito dalla Corte EDU alla nozione di "accusa in materia penale" sia applicabile anche con riferimento al concetto di "reato" contenuto nell'articolo 7 CEDU¹⁸⁹¹. Tale interpretazione è stata confermata dalla Corte EDU nel caso *Welch c. Regno Unito*¹⁸⁹², in cui la Corte ha ritenuto che la confisca dovesse essere ritenuta una pena ai sensi dell'articolo 7 CEDU¹⁸⁹³.

141; *S.W. c. Regno Unito*, del 22 novembre 1995, cit., par. 36; *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ricorsi n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, del 22 marzo 2001, par. 50.

1889In base a tale interpretazione, quindi, gli elementi costitutivi del reato possano essere in via interpretativa precisati e adattati a circostanze nuove che possano ragionevolmente rientrare nella originaria concezione di reato.

1890Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, dell'8 giugno 1976, par. 82; *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984, par. 50; *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, del 24 febbraio 1994, par. 47; Corte di Giustizia, sentenza *Bonda*, caso C-489/10, del 5 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 37. In base a tale giurisprudenza, quindi, a prescindere dal *nomen iuris* deciso nell'ordinamento di origine, la natura della misura sanzionatoria può essere dedotta dalla severità della sanzione e dal carattere deterrente, anziché meramente risarcitorio della sanzione.

1891Si legga, in tal senso, HARRIS, O'BOILE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2 edizione, Oxford, OUP, 2009, p. 333.

1892Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, ricorso n. 17440/90, del 9 febbraio 1995, par. 27.

1893Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, del 9 febbraio 1995, cit., par. 27-28, in cui si legge: "*La notion de "peine" contenue dans cette disposition possède, comme celles de "droits et obligations de caractère civil" et d'"accusation en matière pénale" figurant à l'article 6 par. 1 (art. 6-1), une portée autonome (voir notamment, pour ce qui est des "droits de caractère civil", l'arrêt X c. France du 31 mars 1992, série A no 234-C, p. 98, par. 28, et, pour ce qui est des "accusations en matière pénale", l'arrêt Demicoli c. Malte du 27 août 1991, série A no 210, pp. 15-16, par. 31). Pour rendre efficace la protection offerte par l'article 7 (art. 7), la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une "peine" au sens de cette clause (voir, mutatis mutandis, les arrêts Van Droogenbroeck c. Belgique du 24 juin 1982, série A no 50, p. 20, par. 38, et Duinhof et Duijf c. Pays-Bas du 22 mai 1984, série A no 79, p. 15, par. 34). 28. Le libellé de l'article 7 par. 1 (art. 7-1), seconde phrase, indique que le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction". D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard: la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité".*

4.1.1.1.36 Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'interpretazione fornita dalla Corte EDU all'articolo 7 della CEDU ha fortemente influenzato l'interpretazione data al principio di legalità dalla Corte di Giustizia. La Corte ha, infatti, più volte ripetuto che “il principio della irretroattività delle norme penali è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte deve garantire l'osservanza”¹⁸⁹⁴.

Nel definire il principio di legalità, in numerose occasioni la Corte di Giustizia ha fatto esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU concernente l'articolo 7 CEDU. In particolare, nella sentenza *Degussa AG c. Commissione delle Comunità europee* il Tribunale ha fatto esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU nel caso *Coëme c. Belgio* per affermare che “la legge deve definire chiaramente le infrazioni e le pene che le reprimono. Tale condizione è soddisfatta quando il destinatario possa conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, nel caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che comportino la sua responsabilità penale”¹⁸⁹⁵. Nella sentenza *Dansk Rørindustri A/S e altri c. Commissione delle Comunità europee*, inoltre, la Corte ha fatto espresso rinvio alla giurisprudenza della Corte EDU per definire il concetto di prevedibilità applicabile nell'ambito del diritto

1894In particolare, in tal senso Corte di Giustizia, *Regina c. Kent Kirk*, causa 63/83, del 10 luglio 1984, in *Racc.* p. 2689, par. 22; *Fedesa*, causa C-331/88, del 13 novembre 1990, in *Racc.* p. I-4023, par. 42; *Degussa AG c. Commissione delle Comunità europee.*, causa T-279/02, del 5 aprile 2006, in *Racc.* p. II-00897, par. 66; *Gerekens*, causa C-459/02, del 15 luglio 2004, in *Racc.* p. I-7315, par. 35; *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmtechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, in *Racc.* p. I-05425, par. 202; *X*, causa C-60/02, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-651, par. 63; *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3633, par. 49.

1895Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, sentenza *Degussa AG c. Commissione delle Comunità europee.*, causa T-279/02, del 5 aprile 2006, in *Racc.* 2006 p. II-00897, par. 69, in cui si legge: “Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, da tale disposizione risulta che la legge deve definire chiaramente le infrazioni e le pene che le reprimono. Tale condizione è soddisfatta quando il destinatario possa conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, nel caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che comportino la sua responsabilità penale (Corte eur. D. U., sentenza *Coëme c. Belgio* del 22 giugno 2000, *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-VII, § 145)”. Nei successivi paragrafi 71 e 71 della sentenza, il Tribunale reitera il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in merito all'articolo 7, par. 1 della CEDU, affermando che “dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che, per soddisfare i requisiti di tale disposizione, non si esige che i termini delle norme in forza delle quali tale sanzioni sono inflitte siano precisi al punto da rendere le possibili conseguenze di una loro infrazione prevedibili con assoluta certezza. 72 Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'esistenza di termini vaghi nella disposizione non comporta necessariamente una violazione dell'art. 7 della CEDU, e il fatto che una legge conferisca un potere discrezionale non osta di per sé all'esigenza di prevedibilità, a condizione che l'estensione e le modalità di esercizio di un siffatto potere siano definite con sufficiente chiarezza, tenuto conto della legittima finalità in gioco, per fornire all'individuo una tutela adeguata contro l'arbitrio (Corte eur. D. U., sentenza *Margareta e Roger Andersson c. Svezia*, cit. supra al punto 36, § 75). Al riguardo, oltre al testo della legge stessa, la Corte europea dei diritti dell'uomo tiene conto della questione se le nozioni indeterminate utilizzate siano state precisate attraverso una giurisprudenza costante e pubblicata (sentenza *G. c. Francia* del 27 settembre 1995, serie A n. 325-B, § 25)”.

europeo¹⁸⁹⁶.

La Corte ha altresì fornito la definizione del principio di legalità sulla scorta della definizione che ne era stata data dalla Corte EDU, in base alla quale “tale principio implica che la legge definisca chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, nel caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale”¹⁸⁹⁷.

A sua volta, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha influenzato le decisioni emesse dalla Corte EDU, la quale nella sentenza *Scoppola II*, del 17 settembre 2009¹⁸⁹⁸, ha esteso la portata applicativa dell'articolo 7, par. 1 della CEDU allargandola a ricomprendere anche l'ipotesi della retroattività della legge penale più favorevole, oltre che quella della irretroattività della legge penale sfavorevole, non prevista dall'articolo 7 CEDU e tutelata, invece, dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In tale sentenza la Corte EDU ha esaminato il disposto dell'articolo 49 della Carta al fine di interpretare l'ambito di applicazione dell'articolo 7, par. 1 della CEDU.

La soluzione adottata con questa decisione ha rappresentato un passaggio fondamentale nella definizione del principio di legalità, in quanto la Corte EDU ha per la prima volta affrontato la questione se il principio di legalità di cui all'articolo 7 CEDU dovesse essere interpretato in modo tale da ricomprendere nel proprio ambito di applicazione anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

In contrasto con quanto precedentemente stabilito dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo e dalla stessa Corte in precedenti sentenze¹⁸⁹⁹, la Corte EDU ha deciso con tale sentenza di allineare la

1896Corte di Giustizia, sentenza *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, cit., par. 215-219.

1897Corte di Giustizia, sentenza *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, causa 303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* p. I-03633, par. 50.

1898Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Scoppola c. Italia (N. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, par. 105-109. Per un commento della sentenza, si legga M. BOHLANDER, *Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law – the lex mitior principle and the impact of Scoppola v. Italy No. 2*, in *Criminal Law Review*, 8, 2011, pp. 627-641; C. MURPHY, *The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR*, in *European Human Rights Law Review*, 2, 2010, pp. 192-207; T. BAUMBACH, *The Notion of Criminal Penalty and the Lex Mitior Principle in the Scoppola v. Italy Case*, in *Nordic Journal of International Law*, Vol. 80, Issue 2 (2011), pp. 125-142.

1899Come si legge nella sentenza della Corte EDU *Scoppola c. Italia (N. 2)*, del 17 settembre 2009, cit., par. 103, “Nel 1978 la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, a differenza dell'articolo 15 § 1 in fine del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, l'articolo 7 della Convenzione non sanciva il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato (*X c. Germania, n. 7900/77, decisione della Commissione del 6 marzo 1978, Décisions et Rapports (DR) 13, pp. 70-72*). Pertanto, essa ha dichiarato manifestamente infondato il motivo di ricorso di un ricorrente che affermava che, dopo la loro perpetrazione, una parte dei reati di cui era imputato erano stati oggetto di una depenalizzazione. Questa giurisprudenza è stata ripresa dalla Corte, che ha ricordato che l'articolo 7 non prevede il diritto all'applicazione di una legge penale più favorevole (*Le Petit c. Regno Unito (dec.)*, n. 35574/97, 5 dicembre 2000, e *Zaprianov c. Bulgaria (dec.)*, n. 41171/98, 6 marzo 2003)”.

portata applicativa dell'articolo 7, par. 1 della CEDU a quella dell'articolo 49, par. 1 della Carta, motivando la propria decisione con la necessità di prendere in considerazione l'evoluzione del principio di legalità nel diritto internazionale ed europeo¹⁹⁰⁰, al fine di rendere le garanzie previste dalla Convenzione EDU concrete e effettive, e non teoriche e illusorie¹⁹⁰¹. La Corte EDU, in particolare, ha riconosciuto che “dalla decisione X c. Germania, si è progressivamente formato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale”¹⁹⁰². Oltre all'argomento letterale secondo cui “il paragrafo 1 in fine dell'articolo 7 non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore al reato”¹⁹⁰³, la Corte ha rilevato che “è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo”. La Corte osserva, inoltre, che “l'obbligo di applicare, tra molte leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa a un altro elemento fondamentale dell'articolo 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni”¹⁹⁰⁴.

Alla luce delle considerazioni ora esposte, modificando l'orientamento espresso nella causa *X c. Germania*, la Corte EDU ha ritenuto che “l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio

1900Nel paragrafo 105 della sentenza *Scoppola c. Italia (N. 2)*, del 17 settembre 2009, cit., la Corte EDU si riferisce espressamente all'articolo 49 della Carta e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in rapporto a tale articolo (in particolare, il riferimento è alla sentenza *Berlusconi e altri*, del 3 maggio 2005). Nella sentenza, in particolare, si legge: “La Corte considera che è trascorso molto tempo da quando è stata pronunciata la decisione X c. Germania sopra citata e che, durante questo tempo, sono intervenuti importanti sviluppi a livello internazionale. In particolare, oltre all'entrata in vigore della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, il cui articolo 9 sancisce la retroattività della legge prevedendo l'applicazione di una pena meno severa eventualmente decretata dopo la perpetrazione del reato (paragrafo 36, supra), è opportuno segnalare la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il testo dell'articolo 49 § 1 di quest'ultima si discosta – e ciò non può che essere deliberato (si veda, mutatis mutandis, *Christine Goodwin*, cit., § 100 in fine) – da quello dell'articolo 7 della Convenzione in quanto precisa che «se, posteriormente a tale reato, la legge prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata» (paragrafo 37, supra). Nella causa *Berlusconi e altri*, la Corte di giustizia delle Comunità europee, la cui giurisprudenza è stata confermata dalla Corte di cassazione francese (paragrafo 39, supra), ha ritenuto che questo principio facesse parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (paragrafo 38, supra). Infine, l'applicabilità della legge penale meno severa è stata iscritta nello statuto della Corte penale internazionale e affermata nella giurisprudenza del TPIY (paragrafi 40 e 41, supra)”.

1901In tal senso, Corte EDU, sentenza *Scoppola c. Italia (N. 2)*, del 17 settembre 2009, cit., par. 104.

1902Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Scoppola c. Italia (N. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, par. 106.

1903Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, par. 107.

1904Come è stato sottolineato dalla stessa Corte EDU, “Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive”. Al riguardo, Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Scoppola c. Italia (N. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, par. 108.

della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato"¹⁹⁰⁵.

Per quanto concerne il dialogo tra la Corte EDU e la Corte di Giustizia circa la portata del principio di legalità, occorre evidenziare che dal momento in cui la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è entrata in vigore, ossia dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è progressivamente diminuito il riferimento da parte della Corte di Giustizia alla giurisprudenza della Corte EDU. Il riferimento alla CEDU è stato, infatti, sostituito dal rinvio all'articolo 49 della Carta¹⁹⁰⁶.

La Corte di Giustizia ha sempre riconosciuto il principio di legalità dei reati e delle pene come uno dei principi generali del diritto, comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri¹⁹⁰⁷ ed ha ripetutamente affermato che esso rappresenta una particolare espressione del principio generale della certezza del diritto. Secondo la Corte, in concreto, "il principio della legalità dei reati e delle pene implica che le disposizioni comunitarie definiscano chiaramente i reati e le pene che li reprimono" e "questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale"¹⁹⁰⁸.

Al proposito, è interessante notare che esistono ormai molte pronunce della Corte di Giustizia concernenti il principio di legalità, molte delle quali sono state adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando l'Unione europea non aveva ancora una specifica competenza in materia penale e in settori compresi all'interno delle politiche dell'allora Comunità, disciplinate nell'ambito del Primo Pilastro.

Tra queste, la Corte di Giustizia ha statuito in merito al principio di legalità in casi concernenti la

1905Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Scoppola c. Italia (N. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, par. 109.

1906Si leggano al riguardo le sentenze della Corte di Giustizia, sentenza *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione europea*, causa C-352/09 P, del 29 marzo 2011, in *Racc.* 2011 p. I-02359; *Özlem Garenfeld*, causa C-405/10, del 10 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11035, par. 48. Al proposito, si veda anche V. MITSILEGAS, *Article 49, Principles of Legality and Proportionality*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, p. 1359 e seguenti.

1907Corte di Giustizia, sentenze *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3633, par. 49; sentenza *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc.* p. I-04057.

1908Corte di Giustizia, sentenze *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, cit., par. 50, *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, cit., nonché la sentenza ivi richiamata della Corte EDU, *Coëme e altri c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 145.

politica della pesca¹⁹⁰⁹, agricoltura¹⁹¹⁰, concorrenza¹⁹¹¹, politica ambientale¹⁹¹², vari aspetti concernenti il mercato interno¹⁹¹³, salute e sicurezza sul lavoro¹⁹¹⁴, cooperazione doganale¹⁹¹⁵ e sanzioni in materia di terrorismo¹⁹¹⁶.

Relativamente al Terzo Pilastro è opportuno ricordare la sentenza *Pupino* concernente l'interpretazione della decisione quadro sui diritti delle vittime nei procedimenti penali¹⁹¹⁷ e la sentenza *Advocaten voor de Wereld* sulla decisione quadro sul Mandato di Arresto Europeo¹⁹¹⁸.

L'ambito di applicazione del principio di legalità è stato interpretato dalla Corte di Giustizia tenendo conto della giurisprudenza della Corte EDU. Tuttavia, la formulazione dell'articolo 49 della Carta prevede una protezione più ampia rispetto a quella dell'articolo 7 della CEDU, dal momento che garantisce anche l'applicazione retroattiva del trattamento penale più favorevole all'imputato. Questo approccio è conforme a quanto stabilito dall'articolo 52, par. 3 della Carta, in base al quale, nella misura in cui la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione, ma questo non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

Quanto al contenuto, occorre in tale sede esaminare la giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione al principio di legalità, inteso nelle tre articolazioni dello stesso cui si è fatto prima riferimento, ossia il principio della riserva di legge, il principio di tassatività e il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole.

4.1.1.1.37 Principio di legalità inteso come riserva di legge

Quanto al principio della riserva di legge, come abbiamo evidenziato all'inizio della nostra analisi, considerate le peculiarità dell'ordinamento giuridico europeo, occorre in tale sede esaminare la

1909Al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza *Kent Kirk*, causa 63/83, del 10 luglio 1984, in *Racc.* p. 2689.

1910Corte di Giustizia, sentenze *Fedesa*, causa C-331/88, del 12 novembre 1990, cit.; *Gerekenens*, causa C-459/02, del 15 luglio 2004, in *Racc.* p. I-7315.

1911Tribunale, sentenza *Degussa AG c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-279/02, del 5 aprile 2006, cit.; Corte di Giustizia, sentenze *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione europea*, causa C-352/09 P, del 29 marzo 2011, cit.; *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, cit..

1912Corte di Giustizia, sentenza *Pretore di Salò*, causa 14/86, dell'11 giugno 1987, in *Racc.* p. 2545; *Luciano Arcaro*, causa C-168/95, del 16 ottobre 1996, in *Racc.* p. 4705; *Özlem Garenfeld*, causa C-405/10, del 10 novembre 2011, cit..

1913Corte di Giustizia, sentenza *Kolpinghuis Nijmegen BV*, causa 80/86, dell'8 ottobre 1987, in *Racc.* p. 3969; *Berlusconi*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, in *Racc.* p. I-3565; *X*, causa C-60/02, del 7 gennaio 2004, cit.; *Spector Photo Group NV*, causa C-45/08, del 23 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-12073; *Caronna*, causa C-7/11, del 28 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

1914Corte di Giustizia, sentenza *X*, procedimenti riuniti C-74/95 e C-129/75, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. I-6609.

1915Corte di Giustizia, sentenza *Aurubis Bulgaria*, causa C-546/09, del 31 marzo 2011, in *Racc.* p. I-2531.

1916Corte di Giustizia, sentenza *E e F*, causa C-550/09, del 29 giugno 2010, in *Racc.* p. I-6213.

1917Corte di Giustizia, sentenza *Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5285.

1918Corte di Giustizia sentenza *Advocaten voor de Wereld*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, cit..

giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa al rapporto tra principio di legalità in materia penale e esigenza di una espressa base legale che punisca determinati fatti di reato, nonché la giurisprudenza della Corte in merito all'impossibilità per una direttiva di avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione della stessa. Esamineremo, al proposito, anche se un regolamento, conformemente alla giurisprudenza della Corte, rappresenti un atto idoneo a fondare la responsabilità penale di un soggetto.

Quanto al primo aspetto, occorre ricordare che la Corte di Giustizia, fin dalle prime pronunce ha stabilito che le condotte ritenute penalmente rilevanti devono essere espressamente disciplinate in una previa e adeguata base legale, che ne definisca i presupposti e la portata¹⁹¹⁹, pena la violazione del principio di legalità. Ad opinione della Corte, perciò, tale principio osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge¹⁹²⁰.

Di conseguenza, la Corte ha stabilito che un'autorità nazionale non può far valere a carico di un privato una disposizione di una direttiva per la quale non si è ancora proceduto alla necessaria attuazione nell'ordinamento giuridico nazionale¹⁹²¹, né si può ricavare una direttiva può avere l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità penale di un soggetto che agisce in violazione delle regole dalla stessa prescritte, di per sé e indipendentemente da una legge nazionale di attuazione¹⁹²². In base alla giurisprudenza della Corte, infatti, “una direttiva non può creare, di per sé, obblighi a carico di un singolo e non può essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso”¹⁹²³. Secondo questa interpretazione le condotte criminose poste in essere in violazione del

1919Corte di Giustizia, sentenza *Milchwerke Köln/Wuppertal eG c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, causa C-352/92, del 14 luglio 1994, in *Racc.* 1994 p. I-3385, par. 22.

1920Corte di Giustizia, procedimento penale contro *X*, procedimenti riuniti C-74/95 e C-129/95, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. I-6629, par. 25.

1921In tal senso, Corte di Giustizia, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, causa 80/86, dell'8 ottobre 1987, in *Racc.* p. 3969, par. 10; *Marshall*, causa 152/84, del 26 febbraio 1986, in *Racc.* p. 723.

1922La Corte ha ripetuto costantemente il principio per cui “nel contesto specifico di una situazione in cui una direttiva viene invocata nei confronti di un soggetto dalle autorità di uno Stato membro nell'ambito di procedimenti penali”, essa “non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle dette disposizioni” in numerose pronunce, tra cui la sentenza *Marshall*, causa 152/84, del 26 febbraio 1986, in *Racc.* 1986, p. 723; *Pretore di Salò contro ignoti*, causa 14/86, dell'11 giugno 1987, in *Racc.* 1987 p. 2545, par. 18-19; *The Queen contro The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*, causa C-331/88, del 13 novembre 1990, in *Racc.* p. I-4023, par. 43; *Luciano Arcaro*, causa C-168/95, del 26 settembre 1996, in *Racc.* 1996 p. I-4705, par. 37; *procedimento penale a carico di X*, causa C-60/02, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* 2004 p. I-651, par. 61; *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell'Utri e a.*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, del 3 maggio 2005, in *Racc.* p. 3624, par. 74; *procedimenti penali a carico di X*, procedimenti riuniti C-74/95 e C-129/95, del 12 dicembre 1996, *cit.*, par. 24.

1923In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Antonio Niselli*, causa C-457/02, dell'11 novembre 2004, in *Racc.* p. I-10853, par. 29-30, in cui la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza a sostegno di tale assunto, ossia le pronunce *Collino e Chiapperò*, causa C-343/98, del 14 settembre 2000, in *Racc.* p. I-6659, par. 20; *Kolpinghuis Nijmegen*, causa 80/86, dell'8 ottobre 1987, in *Racc.* p. 3969, par. 13; *Arcaro*, causa C-168/95, del 26 settembre 1996, in *Racc.* p. I-4705, par. 37; *Martha Nussbaumer*, causa C-224/09, del 7 ottobre 2010, in *Racc.* 2010 p. I-09295, par. 30.

diritto europeo richiedono, quindi, sempre l'adozione di specifiche misure di attuazione da parte dello Stato membro. A tale riguardo, il diritto europeo dipende dal diritto nazionale e non solo per quanto riguarda la normativa di attuazione.

In ossequio a tale interpretazione del principio di legalità, una direttiva non può determinare o aggravare la responsabilità di un soggetto neanche in via indiretta, ossia in via interpretativa; la Corte ha, infatti, affermato che neanche l'interpretazione da parte del giudice nazionale conforme alla direttiva può provocare l'effetto di determinare o aggravare la responsabilità di un soggetto¹⁹²⁴.

Lo stesso principio si applica alle prescrizioni di una decisione quadro. Indipendentemente da una legge di attuazione, essa non può né determinare né aggravare la responsabilità penale del soggetto¹⁹²⁵. Al riguardo, nella decisione in esame, la Corte di Giustizia ha, tuttavia, ritenuto che dal momento che le disposizioni che formavano oggetto della domanda di pronuncia pregiudiziale ad essa sottoposta non vertevano “sulla portata della responsabilità penale dell'interessata, ma sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova”¹⁹²⁶, i limiti posti all'interpretazione di una decisione quadro nel senso di non aggravare o determinare la responsabilità del soggetto, non trovavano applicazione. La Corte ha, pertanto, distinto tra diritto penale sostanziale e diritto processuale penale, stabilendo che, in pratica, l'aggravamento della responsabilità penale di un soggetto sulla base di una decisione quadro non trasposta fosse possibile, in via indiretta mediante l'interpretazione conforme della stessa, anche in assenza di una norma nazionale di attuazione nel caso in cui le disposizioni vertessero su aspetti processuali e non sostanziali¹⁹²⁷.

Occorre, tuttavia, osservare che tuttavia, nonostante il divieto di creare di per sé obblighi a carico di un singolo e nonostante il divieto di interpretare la normativa nazionale conformemente alla direttiva, così da aggravare o determinare la responsabilità di un soggetto, in realtà, la Corte nell'interpretare il contenuto di una direttiva o un atto di diritto dell'Unione ha in molti casi provocato la limitazione o l'estensione della responsabilità del soggetto. Ciò rappresenta

1924In tal senso, Corte di Giustizia, procedimento penale contro *X*, procedimenti riuniti C-74/95 e C-129/95, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. I-6629, par. 24, in cui significativamente si legge: “il giudice nazionale è tenuto ad applicare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato (v., ad esempio, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *Racc.* pag. I-3325, punto 26). Tuttavia, l'obbligo del giudice nazionale di riferirsi al contenuto della direttiva nell'interpretare le pertinenti norme di diritto nazionale incontra i suoi limiti, in particolare nel caso in cui siffatta interpretazione abbia l'effetto di determinare o aggravare, in base alla direttiva ed indipendentemente da una legge adottata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni (v. in particolare sentenza 8 ottobre 1987, causa 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, *Racc.* pag. 3969, punto 13)”. Nello stesso senso, sentenza *Knud Grøngaard e Allan Bang*, causa C-384/02, del 22 novembre 2005, in *Racc.* 2005 p. I-9939, par. 30. Nello stesso senso, pronuncia *Kolpinghuis Nijmegen*, causa 80/86, dell'8 ottobre 1987, *cit.*, par. 13; *Luciano Arcaro*, causa C-168/95, del 26 settembre 1996, *cit.*, par. 42.

1925Corte di Giustizia, sentenza *Maria Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, in *Racc.* 2005 p. I-5285, par. 45.

1926Corte di Giustizia, sentenza *Maria Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, *cit.*, par. 46.

1927Si legga, per un approfondimento del tema, V. MITSILEGAS, *The Transformation of Criminal Law in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Yearbook of European Law*, 26, 2007, pp. 1-32.

un'inevitabile conseguenza del processo interpretativo. Ne costituisce un esempio la pronuncia *Frede Damgaard*, in cui la Corte ha ritenuto che anche quando “è realizzata da un terzo indipendente, al di fuori di un'attività commerciale e industriale, la pubblicità per i medicinali può nuocere alla salute pubblica la cui tutela costituisce l'obiettivo essenziale della direttiva 2001/83”¹⁹²⁸. Interpretando l'articolo 86 della direttiva 2001/83, pertanto, la Corte ha di fatto ampliato quello l'ambito del penalmente rilevante.

Oltre alle direttive, alle decisioni quadro e alle decisioni¹⁹²⁹, la Corte di Giustizia ha esteso una tale interpretazione del principio di legalità anche ai regolamenti¹⁹³⁰. In particolare, la Corte ritiene che, dal momento che nel caso sottoposto al suo esame la disposizione del regolamento in discussione “attribuisce agli Stati membri il potere di adottare le sanzioni relative alle infrazioni ai comportamenti vietati” dal suddetto regolamento, sono estensibili a tale causa il ragionamento seguito dalla Corte per le direttive.

Per cui, secondo la Corte, nel caso in cui non sia il diritto nazionale a vietare quella determinata condotta in senso conforme al regolamento, “il principio della legalità delle pene, quale consacrato dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è un principio generale del diritto comunitario, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vieterebbe di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale fosse contraria al diritto comunitario”¹⁹³¹. La Corte, nel caso dei regolamenti, ha, quindi, collegato l'applicazione del principio per cui essi non possono determinare o aggravare direttamente la responsabilità di un soggetto al fatto che il regolamento, pur essendo direttamente applicabile a differenza della direttiva, attribuisce comunque agli Stati membri il potere di decidere come dare attuazione al diritto europeo, adottando mediante un proprio

1928 Tale sentenza è citata ad esempio anche da A. KLIP, *European Criminal Law, An Integrative Approach*, Antwerp, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 180. Il riferimento è alla pronuncia della Corte di Giustizia *Frede Damgaard*, causa C-421/07, del 2 aprile 2009, in *Racc.* 2009 p. I-2629.

1929 Al proposito, Corte di Giustizia, sentenza *E e F*, causa C-550/09, del 29 giugno 2010, in *Racc.* 2010 p. I-6213, par. 59-60.

1930 Al proposito vi è chi ha interpretato tale giurisprudenza portandola alle sue estreme conseguenze e ritenendo che la Corte di Giustizia abbia stabilito che né i regolamenti né le previsioni dei Trattati possano costituire una diretta base legale per prevedere delle fattispecie incriminatrici direttamente applicabili nel sistema giuridico nazionale. In tal senso, M. DOUGAN, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Sanctions and Penalties for the Enforcement of Community Law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and Enforcement of Union Law*, Oxford, OUP, 2012, pp. 74-131, p. 120.

1931 Corte di Giustizia, pronuncia nel *procedimento penale a carico di X*, causa C-60/02, del 7 gennaio 2004, *cit.*, par. 62-63. Nel paragrafo 62 si legge: “Anche se nella causa principale la norma comunitaria di cui trattasi è un regolamento, ossia una norma che, per sua natura, non necessita di misure nazionali di recepimento, e non una direttiva, occorre rilevare che l'art. 11 del regolamento n. 3295/94 attribuisce agli Stati membri il potere di adottare le sanzioni relative alle infrazioni ai comportamenti vietati dall'art. 2 di tale regolamento, il che rende estendibile a detta causa il ragionamento seguito dalla Corte per le direttive”. Nel paragrafo 63 la Corte statuisce, invece: “Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio pervenga alla conclusione che il diritto nazionale non vieta il transito sul territorio austriaco di merci contraffatte, il principio della legalità delle pene, quale consacrato dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che è un principio generale del diritto comunitario, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vieterebbe di sanzionare penalmente un tale comportamento, anche nel caso in cui la norma nazionale fosse contraria al diritto comunitario”.

atto interno le sanzioni relative alle infrazioni ai comportamenti vietati.

Tale approccio non è stato relegato dalla Corte alla materia penale, ma è stato adottato anche in relazione all'applicazione della legalità alle sanzioni amministrative. La Corte, in relazione alle condotte poste in essere in violazione degli interessi finanziari dell'Unione ha, infatti stabilito che “gli artt. 5 e 7 del regolamento n. 2988/95 non vanno applicati in modo tale che una sanzione amministrativa possa essere inflitta unicamente in base a tali disposizioni, dal momento che, nell’ambito della tutela degli interessi finanziari dell’Unione, l’applicazione di una sanzione amministrativa ad una categoria di soggetti richiede che, prima della commissione dell’irregolarità di cui trattasi, il legislatore dell’Unione abbia adottato una normativa settoriale che definisca siffatta sanzione e le condizioni della sua applicazione a detta categoria di soggetti o, eventualmente, qualora una simile normativa non sia stata ancora adottata a livello dell’Unione, il diritto dello Stato membro in cui l’irregolarità in questione è stata commessa abbia previsto l’imposizione di una sanzione amministrativa alla suddetta categoria di soggetti”¹⁹³².

Una tale interpretazione del principio di legalità da parte della Corte di Giustizia assume particolare rilievo in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che permette l'adozione di norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale mediante direttive (articolo 83 del TFUE), nonché mediante regolamenti in forza della specifica base legale costituita dall'articolo 325 del TFUE e, come si assume in questa tesi, per quanto riguarda i reati di competenza della Procura europea, sulla base dell'articolo 86 del TFUE. Una tale interpretazione assume rilievo anche in rapporto all'adozione di sanzioni contro il terrorismo a livello europeo, che possono imporre agli Stati membri di prevedere delle specifiche sanzioni penali, ma che possono anche essere considerate sanzioni penali in sé e per sé¹⁹³³.

4.1.1.1.38 Principio di legalità inteso come tassatività

Passando ad esaminare il principio di tassatività a livello europeo, nella sua duplice declinazione di principio che impone al legislatore l'obbligo di fattispecie penali incriminatrici chiare e precise e di divieto di analogia *in malam partem*, occorre sottolineare che la Corte di Giustizia ha espressamente

¹⁹³²In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau c. SGS Belgium NV e altri*, causa C-367/09, del 28 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-10761. Nello stesso senso, l'Avvocato Generale Juliane Kokott nelle proprie conclusioni presentate il 15 luglio 2010 in relazione alla causa C-367/09, *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau c. SGS Belgium NV, Firme Derwa NV, Centraal Beheer Achmea NV*, par. 45. L'Avvocato Generale aveva, infatti, stabilito che “la normativa generale adottata nel regolamento non è di per sé sufficiente a fungere da fondamento giuridico autonomo per una sanzione”.

¹⁹³³Si legga, al riguardo, la nota pronuncia cosiddetta *Kadi II*, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea*, causa T-85/09, del 30 settembre 2010, in *Racc.* 2010 p. II-5177, par. 150 e la successiva sentenza della Corte di Giustizia *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*, procedimenti riuniti riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, del 18 luglio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

stabilito che il principio di legalità costituisce un corollario del principio in base al quale una previsione di diritto penale non può essere applicata in modo estensivo a discapito dell'imputato. In base a tale previsione, non possono, quindi, essere “intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge”¹⁹³⁴.

Il ragionamento della Corte di Giustizia riprende in tale sede quanto prescritto dalla Corte EDU in tema di prevedibilità della conseguenza sanzionatoria al tempo in cui il reato è stato commesso e di interpretazione della nozione di diritto. Nella sentenza *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, in particolare, si legge che dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo relativa all'articolo 7 della CEDU, si ricava che la nozione di “diritto” ai sensi del detto art. 7, n. 1, corrisponde a quella di “legge” utilizzata in altre disposizioni della CEDU ed include il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale¹⁹³⁵. Nei paragrafi successivi la Corte stabilisce altresì che la portata del principio di legalità a livello europeo chiarendo che, benché non possa essere inteso “come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale”, esso può “opporsi all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di un divieto di legge”. Richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, precisa altresì che ciò avviene, in particolare, “nel caso si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa, alla luce, in particolare, dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione”¹⁹³⁶.

Nel 2008, nella cosiddetta pronuncia *Intertanko*, la Corte precisa ulteriormente che “il principio

1934In tal senso, Corte di Giustizia nel caso *X*, cause riunite C-74/95 e C-129/95, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. I-6629, par. 25, in cui si legge: “Per quanto riguarda più in particolare un caso come quello in esame nel procedimento a quo, che verte sull'estensione della responsabilità penale risultante da una legge adottata in particolare per trasporre una direttiva, occorre precisare che il principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge. Tale principio, che fa parte dei principi generali di diritto poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, è stato altresì sancito da diversi trattati internazionali e, in particolare, dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (v., in particolare, sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 25 maggio 1993, serie A, n. 260-A, Kokkinakis, punto 52, e 22 novembre 1995, S. W. /Regno Unito e C. R. /Regno Unito, serie A, n. 335-B, punto 35, e 335-C, punto 33)”.

1935Corte di Giustizia, sentenza *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, cit., par. 216.

1936Corte di Giustizia, sentenza *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, cit., par. 217-219, in cui la Corte precisa ulteriormente che “la portata della nozione di prevedibilità dipende in larga parte dal contenuto del testo di cui si tratta, dal settore interessato nonché dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari” e che “La prevedibilità della legge non impedisce che l'interessato sia portato a ricorrere a un illuminato parere legale al fine di valutare, in una misura ragionevole in base alle circostanze, le conseguenze che possono risultare da un atto determinato. Ciò vale in particolare per professionisti, abituati a dover far prova di grande prudenza nello svolgimento del loro lavoro. Così ci si può attendere da loro una cura particolare nel valutare i rischi che esso comporta (v. sentenza *Cantoni e Francia*, citata, § 35)”.

della legalità dei reati e delle pene implica che le disposizioni comunitarie definiscano chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questa condizione è soddisfatta quando il soggetto di diritto può conoscere, in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici, gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale¹⁹³⁷.

Il requisito della *lex certa*, cui è strettamente collegato quello della prevedibilità della legge è, quindi, espressamente, riconosciuto come una declinazione del principio di legalità dalla Corte di Giustizia¹⁹³⁸. A sua volta, al principio in base al quale è vietata l'analogia *in malam partem* è strettamente ricollegato dalla Corte di Giustizia quello di determinatezza, come è desumibile dalla pronuncia della Corte in cui si legge che il “principio che ordina di non applicare la legge penale in modo estensivo a discapito dell'imputato, che è il corollario del principio della previsione legale dei reati e delle pene, e più in generale del principio di certezza del diritto, osta a che siano intentati procedimenti penali a seguito di un comportamento il cui carattere censurabile non risulti in modo evidente dalla legge¹⁹³⁹”.

Il concetto di certezza giuridica, quindi, ad avviso della Corte, ricomprende in sé il principio di legalità, il quale, a sua volta, include il divieto di interpretazione e applicazione analogica delle fattispecie penali incriminatrici a discapito dell'imputato.

In quanto corollario del principio di certezza del diritto, il principio di divieto di analogia *in malam partem* prevale anche su quello che obbliga i giudizi nazionali a interpretare il diritto nazionale conformemente alle direttive. L'interpretazione del giudice non può, infatti, spingersi sino a colmare le lacune delle norme penali avvalendosi di interpretazioni estensive che determinino o aggravino la responsabilità dell'imputato neanche quando ciò sia desumibile dall'interpretazione conforme di una direttiva. Secondo quanto stabilito dall'Avvocato Generale Colomer, infatti, dalla giurisprudenza della Corte è dato desumere che “l'obbligo del giudice nazionale di riferirsi al contenuto della direttiva incontra il limite dei principi giuridici generali che fanno parte del diritto comunitario ed in particolare quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività. Il principio della certezza del diritto, così inteso, vieta che si possa far riferimento ad una direttiva comunitaria per estendere, *contra reum*, le fattispecie penali a ipotesi diverse da quelle che configurano in senso stretto la definizione

1937Corte di Giustizia, sentenza *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc.* 2008 p. I-04057, par. 71, in cui la Corte cita la propria precedente sentenza *Advocaten voor de Wereld*, cit., par. 50, e la giurisprudenza della Corte EDU nella causa *Coëme e a. c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 145.

1938Si legga, in tal senso, ad ulteriore conferma anche la sentenza *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione europea*, causa C-352/09 P, del 19 marzo 2011, in *Racc.* p. 02359, par. 80-82. Si legga al riguardo anche C. PERISTERIDOU, *The Principle of Lex Certa in National Law and European Perspectives*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu Antwerpen, 2011, pp. 69-95.

1939Corte di Giustizia nel caso *X*, cause riunite C-74/95 e C-129/95, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. I-6629, par. 25.

dei fatti punibili compiuta dal diritto penale nazionale”¹⁹⁴⁰.

Da quanto sopra riportato risulta, quindi, che una direttiva non può aggravare in senso peggiorativo la responsabilità penale di un soggetto rispetto a quella prevista nel diritto nazionale neanche in via interpretativa. Considerato che la Corte ha altresì sottolineato che “spetta al giudice del rinvio garantire il rispetto del principio di certezza del diritto in sede di interpretazione, alla luce del testo e della finalità della direttiva, del diritto nazionale adottato per attuare quest'ultima”, vi è chi ha sostenuto che deve essere la legge nazionale emanata in attuazione della direttiva che deve essere conforme al principio di legalità e non l'atto europeo a cui deve essere data attuazione nel diritto interno degli Stati membri¹⁹⁴¹.

Tale interpretazione si contrappone a quella di coloro che ritengono, invece, che siano gli atti europei a doversi conformare al rispetto del principio di legalità, *sub specie* di determinatezza, tramite una dettagliata descrizione dei comportamenti da punire¹⁹⁴². Occorre, tuttavia, sottolineare

1940 In tal senso Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *X*, procedimenti riuniti C-74/95 e C-129/95, del 18 giugno 1996, in *Racc.* p. I-6612, par. 63. Nel successivo par. 64 l'Avvocato Generale precisa, tuttavia, che “*Tutto ciò non ha niente che vedere con il caso inverso in cui l'applicazione del diritto comunitario porta a dover considerare lecita una condotta definita come reato dalla legge nazionale. In tal caso la supremazia del diritto comunitario determina l'inapplicabilità della norma penale interna la quale, per questa stessa ragione, perde la sua legittimità come fondamento della sanzione penale*”. Nello stesso senso si è espresso l'Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni presentate il 13 dicembre 1989 per i procedimenti riuniti C-206/88 e C-207/88, *Vessoso e Zanetti* (in *Racc.* 1990, p. I-1461, par. 25 e 26), il quale afferma: “*Tale criterio però, a mio parere, va limitato nel campo del diritto penale, laddove l'effetto d'interpretare in questo senso la legge nazionale equivarrebbe a sancire responsabilità penali nei casi in cui essa non sorgerebbe qualora si considerasse la legge nazionale isolatamente. L'esigenza di tale limitazione è che un'interpretazione estensiva della legge penale sarebbe contraria ai principi fondamentali di legalità {nullum crimen, nulla poena sine lege}. (...) Non penso che il giudice nazionale debba, nell'ambito del diritto comunitario, interpretare la legge nazionale alla luce del significato e della finalità delle direttive, qualora ciò comporti l'insorgere di una responsabilità penale che altrimenti non sussisterebbe. Il giudice a quo deve valutare piuttosto se la legge nazionale di cui trattasi possa essere interpretata in modo conforme alle direttive, senza ricavarne un'interpretazione estensiva che finirebbe per essere contraria al principio di legalità*”. Egualmente anche l'Avvocato Generale Kokott che si riferisce alle precedenti sentenze citate, ritenendo che “*in applicazione di tale principio, che vieta anche l'interpretazione estensiva delle disposizioni penali a svantaggio dell'interessato, l'interpretazione conforme alle direttive nel procedimento penale è soggetta a restrizioni rigorose*”. Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella causa *Antonio Niselli*, causa C-457/02, del 10 giugno 2004, in *Racc.* p. I-10855, par. 54.

1941 In tal senso A. KLIP (*European Criminal Law, An Integrative Approach, cit.*, p. 182) che critica (in nota 726) sotto questo punto di vista il fatto che sia stato sostenuto dagli Autori del Manifesto sulla Politica criminale europea che certi atti di diritto europeo violino il principio di legalità, *sub specie* di principio di *lex certa*.

1942 In tal senso gli autori del Manifesto sulla politica criminale europea (in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, p. 743-744) hanno controllato il rispetto del principio di legalità-determinatezza in relazione alla formulazione di alcuni atti normativi europei con contenuto rilevante per il diritto penale. Al proposito hanno ritenuto che costituissero un esempio di descrizione puntuale dei comportamenti da punire la *Decisione quadro sulla protezione dell'euro contro le falsificazioni* (Decisione quadro 2000/383/GAI, GUCE, 2000, n. L 140, p. 1), la *Decisione quadro sulla lotta contro il traffico illecito di stupefacenti* (Decisione quadro 2004/757/GAI, GUCE, 2004, n. L 335, p. 8) e la *Decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani* (Decisione quadro 2002/629/GAI, GUCE, 2002, n. L 203, p. 1). Hanno, invece, ritenuto che dessero adito a critica, sotto il punto di vista dell'indeterminatezza, i seguenti atti normativi europei: la *Decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e contro la pornografia infantile* (Decisione quadro 2004/68/GAI, GUCE, 2004, n. L 13, p. 44), considerata l'indeterminatezza definitoria dell'incerta figura del maggiorenne con aspetto infantile, la *Decisione quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia* (Decisione quadro 2008/913/GAI, GUCE, 2008, n. L 328, p. 55), per l'indeterminatezza del riferimento all'idoneità delle modalità di realizzazione a turbare l'ordine pubblico, la *Decisione quadro sulla corruzione nel settore privato* (Decisione quadro 2003/568/GAI, GUCE, 2003, n. L 192, p. 54), a causa della definizione molto ampia del concetto di “violazione di un dovere”, e la *Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente* (Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28), a causa dell'abuso della tecnica di definire la fattispecie di reato tramite una lunga catena di rinvii.

che anche gli autori che hanno ritenuto che fosse necessario verificare se gli atti di diritto secondario adottati a livello europeo rispettassero il principio di legalità nella sua declinazione di principio di determinatezza, hanno rilevato che tale esigenza non può realizzarsi pienamente in relazione agli atti di armonizzazione penale a livello europeo¹⁹⁴³. Tali atti, infatti comportano necessariamente margini di attuazione per gli Stati membri e risultano, pertanto, necessariamente indeterminati. In base a tale lettura, pertanto, il principio di determinatezza a livello europeo è stato delineato nei termini seguenti: “Quanto minori siano i margini di attuazione lasciati agli Stati membri dagli atti normativi di armonizzazione, tanto più dovranno tali atti soddisfare di per sé anche le istanze europee di determinatezza. Qualora un atto normativo europeo sia indirizzato alla unificazione (“piena armonizzazione”) delle disposizioni penali degli Stati membri, tale atto dovrà osservare in quanto tale, come se fosse una fattispecie penale, il principio europeo di determinatezza”¹⁹⁴⁴.

4.1.1.1.39 Principio di legalità come principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e applicabilità della legge penale più favorevole

Per quanto riguarda la stretta connessione tra il principio di tassatività e il divieto di retroattività della legge penale più sfavorevole, è interessante notare che in ambito di concorrenza la Corte di Giustizia ha riconosciuto che la Commissione potesse innalzare il livello delle sanzioni. Per quanto riguarda il principio di legalità, la Corte ha, infatti, stabilito che questo innalzamento del livello delle sanzioni fosse prevedibile da parte delle imprese al momento di commissione delle infrazioni. La Corte, in tal senso, ha ricollegato il principio di determinatezza e di prevedibilità a quello di irretroattività. Il principio di irretroattività delle norme penali, in base alla giurisprudenza della Corte¹⁹⁴⁵, “è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, sancito dall'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come un diritto fondamentale, che fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza”¹⁹⁴⁶. La giurisprudenza prima analizzata in base alla quale una direttiva non può, di per sé, e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, viene fatta desunta dalla Corte dalla necessità di assicurare l'attuazione del principio di certezza del diritto e del principio di irretroattività della legge penale più

1943Si legga, in tal senso, L. FOFFANI, *Il “Manifesto sulla politica criminale europea”*, in *Criminalia*, 2010, pp. 666-667.

1944Manifesto sulla politica criminale europea, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2009, p. 738.

1945Corte di Giustizia, sentenza *Kent Kirk*, causa 63/83, del 10 luglio 1984, in *Racc.* p. 2689, par. 22.

1946Corte di Giustizia, sentenza *The Queen contro The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*, C-331/88, del 13 novembre 1990, in *Racc.* p. I-4023, par. 42.

sfavorevole¹⁹⁴⁷.

Tale principio è, inoltre, strettamente connesso alla nozione di prevedibilità. La Corte, infatti, in un caso in materia di concorrenza ha ritenuto che se il nuovo metodo di calcolo delle ammende da parte della Commissione era ragionevolmente prevedibile per le imprese nel momento in cui le infrazioni erano state commesse, non sussiste violazione del principio di irretroattività della legge penale più sfavorevole all'imputato¹⁹⁴⁸.

A nostro avviso, tuttavia, tale interpretazione della Corte di Giustizia mette a rischio il principio per cui i reati e le pene devono essere previste previamente e per iscritto, in quanto il criterio della prevedibilità viene così dilatato al punto da includere anche delle valutazioni ipotetiche che teoricamente potevano essere compiute dai soggetti interessati, ma che non si fondano su un testo scritto di legge. Al riguardo, sembra che, sebbene la giurisprudenza della Corte sia molto stretta nel valutare il rispetto del principio di legalità in rapporto alla definizione dei reati, non lo sia altrettanto dal punto di vista della previa definizione dell'ammontare delle sanzioni che, del pari, rivestono un'importanza essenziale nel definire la fattispecie sanzionatoria.

Accanto al principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, la Corte ha ritenuto che anche il principio di applicazione retroattiva della pena più mite sia “parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando applica il diritto nazionale adottato per attuare l'ordinamento comunitario”¹⁹⁴⁹.

Nella sentenza *Berlusconi e altri*, la Corte di Giustizia, a differenza di quanto sostenuto dall'Avvocato Generale¹⁹⁵⁰, ha dichiarato che il fatto di far valere la prima direttiva sulle società non poteva condurre ad escludere l'applicazione di un regime di pene più miti, posto che tale direttiva non poteva avere l'effetto di determinare o di aggravare la responsabilità penale degli imputati¹⁹⁵¹. La Corte in tale sentenza ha evitato di pronunciarsi sulla questione se il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite trovi applicazione anche nel caso in cui questa sia contraria ad altre norme di diritto europeo.

1947Al riguardo, tra le molte, si legga Corte di Giustizia, sentenza *The Queen contro The Minister of Agriculture, Fisheries and Food e The Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa e altri*, C-331/88, del 13 novembre 1990, *cit.*, par. 43-46.

1948Corte di Giustizia, sentenza *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, *cit.*, par. 231-232.

1949Corte di Giustizia, sentenza *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell'Utri e a.*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, del 3 maggio 2005, *cit.*, par. 69.

1950Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott, del 14 ottobre 2004, rese nella causa *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marcello Dell'Utri e a.*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, C-403/02, par. 154-168.

1951Il medesimo approccio è stato adottato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Michel Mulliez e a. e Giuseppe Mombiano, Alessandro Nizza e Giacomo Pizzi, Fabrizio Barra e Adelio Aggio e a.*, procedimenti riuniti C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C-473/03, del 4 maggio 2006, in *Racc.* 2006 p. I-03923, par. 42.

2.1.1.2. Principio dell'esigenza di un legittimo scopo di tutela

4.1.1.1.40 Ratio del principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela

Il primo elemento da valutare nel momento in cui il legislatore europeo esercita la propria competenza in materia penale consiste nello scrutinio circa l'esistenza di un legittimo scopo di tutela che giustifichi la scelta di approntare una risposta sanzionatoria di tipo penale.

Il principio in parola non è espressamente codificato né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea né nella CEDU. Pur non essendo espressamente disciplinato, lo stesso è, tuttavia, desumibile, a livello europeo, dal principio di proporzionalità e dai principi fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri¹⁹⁵².

Nelle moderne società democratiche¹⁹⁵³, che accolgono un modello di diritto penale misto oggettivo-soggettivo¹⁹⁵⁴, è imprescindibile il riconoscimento e la tutela del principio di offensività, in base al quale il reato deve sostanziarsi nella offesa di un bene giuridico, non essendo concepibile un reato senza offesa¹⁹⁵⁵.

1952 Il principio è stato ritenuto una linea direttrice di fondamentale importanza in ambito penale anche dagli studiosi di diritto penale, provenienti da diversi Stati membri, che hanno redatto il Manifesto sulla politica criminale. Si legga, in tal senso, il Manifesto sulla politica criminale, del 2009. Vedi capitolo primo per la citazione.

1953 Nei sistemi di *common law* è comunemente accolto il c.d. *harm principle*, su cui si veda A. VON HIRSCH, *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*, in R. HEFENDEHL - A. VON HIRSCH/W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 14 et seq.. Per quanto concerne il principio di offensività, pur se diversamente declinato, nei diversi sistemi di *civil law* si legga, invece, W. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens-Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973, pp. 100 e seg., W. HASSEMER, in NEUMANN, PUPPE, SCHILD (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, Vor § 1, R. HEFENDEHL, A. VON HIRSCH, W. WOHLERS (a cura di), *Die Rechtsgutstheorie- Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003, pp. 119-196, D. SPYRAKOS, M. KAIAFA-GBANDI, *Ein Blick auf Brennpunkte der Entwicklung der deutschen Strafrechtsdogmatik vor der Jahrtausendwende aus der Sicht eines Mitglieds der griechischen Strafrechtswissenschaft*, in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURCKHARDT (a cura di), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 263 e seguenti.

1954 È possibile distinguere due concezioni di diritto penale, uno a base oggettivistica e uno a base soggettivistica, a cui si aggiunge la categoria intermedia del diritto penale a base mista. Un diritto penale oggettivo puro è configurato come un sistema di norme-valutazione, poste a tutela di determinati beni. Esso si identifica, quindi, con la obiettiva lesione di tali beni. In tal senso si delinea sostanzialmente un diritto penale basato sulla responsabilità oggettiva, tra cui si può prendere ad esempio l'antico diritto penale germanico. Il diritto soggettivo puro, al contrario, presenta caratteristiche opposte. All'interno di questa categoria è comunque possibile distinguere diverse articolazioni, tra cui il diritto penale soggettivo repressivo, o della volontà, che funziona come un sistema di norme-comando e si incentra sulla volontà. In tale diritto la lesione non è essenziale per l'esistenza del reato, ma mero sintomo della volontà criminosa, dal momento che il bene giuridico non è considerato l'oggetto di una lesione effettiva ma un obiettivo di tutela. Nell'ambito di tale diritto viene, quindi, messa in luce la colpevolezza. Presentava tali caratteristiche il diritto penale canonico, il quale aveva tendenza a punire la mera *cogitatio*. Un'altra articolazione è rappresentata dal diritto penale soggettivo preventivo, o della pericolosità, che è costituito da un sistema di norme-garanzia contro i soggetti pericolosi. Assume, quindi, importanza in tale ottica la pericolosità del soggetto e la capacità a delinquere dell'autore del reato. La maggior parte dei sistemi penali nazionali oggi esistenti possono essere considerati come misti, ossia come sistemi in cui l'istanza oggettiva si fonde con quella soggettiva. Si legga, al riguardo, NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di dir. e proc. pen.*, I, Padova, 1969, p. 151; MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Judice pen.*, 2006, p. 509; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2011, p. 99 e seguenti.

1955 Nei sistemi in cui il reato è come considerato mera violazione del dovere, come infedeltà alle norme statuali, l'offesa ad un concreto interesse non è necessaria a perfezionarlo. Quest'ultima è, infatti, retrocessa, al più, a condizione di punibilità, a "*quantité négligeable*".

Tale principio è efficacemente rappresentato dal brocardo latino *nullum crimen sine iniuria*. Esso presuppone ed integra il principio di materialità del fatto, che è garantito anche a livello sovranazionale¹⁹⁵⁶, in base al quale può essere reato solo il comportamento umano materialmente estrinsecantesi nel mondo esteriore; mentre questo assicura contro le incriminazioni di meri atteggiamenti interni, il principio di offensività garantisce contro la incriminazione di fatti materiali non offensivi¹⁹⁵⁷ e svolge una funzione di delimitazione del penalmente illecito.

Al fine di definire il principio, occorre porsi e dare risposta ai seguenti problemi interpretativi: occorre indagare quale sia il fondamento giuridico dello stesso, quale sia il suo oggetto, in che misura sia possibile anticipare la tutela del bene giuridico, e, infine, se abbia valore assoluto o relativo. Nel rispondere a tali quesiti occorrerà altresì esaminare il complesso e delicato rapporto che sussiste tra tutela delle identità costituzionali degli Stati membri e competenza del legislatore europeo in materia penale.

4.1.1.1.41 Fondamento giuridico del principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela

Quanto al fondamento giuridico, è questo il presupposto in base al quale il principio di legittimo interesse di tutela può svolgere la duplice funzione non solo di canone interpretativo, ma anche di canone di costruzione legislativa delle fattispecie criminose.

A livello europeo, si discute se tale principio abbia un fondamento nei Trattati, negli atti europei di diritto derivato oppure se non abbia alcun fondamento di diritto positivo e sia riconosciuto soltanto a livello giurisprudenziale in quanto principio generale di diritto dell'Unione.

Riteniamo, al proposito, che pecchi per eccesso la dottrina¹⁹⁵⁸ che disconosce ogni fondamento giuridico a detto principio, non ponendo limiti né per il legislatore circa la costruzione legislativa delle fattispecie criminose né per la Corte, nell'interpretare le fattispecie in termini di reale offensività. Al tempo stesso, si ritiene non attendibile la contrapposta dottrina che riconosce un valore assoluto al principio in oggetto, ritenendo conseguentemente illegittimo ogni reato che non preveda l'offesa e ponendo inderogabili vincoli circa la costruzione delle fattispecie al legislatore, e

1956Si legga, al riguardo l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, il quale recepisce quanto affermato costantemente dalla Corte di Giustizia. Ci riferiamo, in particolare, alla nozione di "azione o omissione" che è stata "commessa". Da tale espressione si desume che anche a livello europeo si è inteso dare rilevanza alla circostanza che il fatto non debba essere solamente pensato, né una mera *Gesinnung* (sentimento), né uno stato soggettivo di pericolosità sociale. Anche a livello europeo, quindi, non è considerato reato la mera *cogitatio*, un mero accordo criminoso o atteggiamenti volontari puramente interni.

1957Il principio di offensività, o di esigenza di un legittimo scopo di tutela, come rinominato dal gruppo di Professori che hanno redatto il Manifesto sulla politica criminale, rappresenta in questo senso un corollario del principio fondamentale in materia penale del *neminem laedere*.

1958Vi sono anche autori che evidenziano l'assenza del riconoscimento esplicito di tale principio da parte della Corte di Giustizia e, comunque, a livello europeo, fatta eccezione per alcuni Stati membri, quali Spagna e Portogallo. Si legga, in tal senso SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, pp. 430 e seguenti.

circa l'interpretazione delle stesse alla Corte.

È stata, infatti, adottata a livello europeo una nozione del principio intermedia ricollegata al principio di proporzionalità, di cui all'art. 5 TUE, secondo cui il legislatore europeo può esercitare la propria competenza in materia penale solo se “in tal modo vengono protetti interessi fondamentali, (1) che derivano dal diritto primario dell’Unione, (2) che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e (3) la cui lesione risulti inoltre in misura particolare socialmente dannosa”¹⁹⁵⁹.

Il fondamento giuridico di tale principio è stato rintracciato nel principio di proporzionalità disciplinato dall'art. 5 TUE¹⁹⁶⁰, facendo propria la visione secondo cui il precetto penale può perseguire un obiettivo legittimo ed essere proporzionato solo se serve alla tutela di un interesse così delineato. Corollario del principio in questione è la circostanza che la mera attuazione di politiche dell'Unione non può legittimare di per sé l'impiego del diritto penale.

Facendo leva sul c.d. *argumentum libertatis*, si ritiene che, dal momento che la pena rappresenta la sanzione più afflittiva dell’ordinamento, in particolare quella detentiva, che pregiudica il bene fondamentale della libertà personale, essa può essere adottata dal legislatore soltanto rispetto a condotte che pregiudichino beni almeno di pari grado, ossia beni significativi, che trovino in norme sovraordinate riconoscimento, esplicito o implicito.

Tale ricostruzione è avvalorata dall'importanza che è stata attribuita ai diritti fondamentali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁹⁶¹. L'art. 6 TUE riconosce, infatti, esplicitamente valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e riconosce la valenza di principi generali di diritto dell'Unione ai diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra i quali è annoverato il diritto alla libertà personale¹⁹⁶². La privazione di un tale diritto è, quindi, ammessa solo in presenza di un interesse altrettanto meritevole di protezione.

All'art. 5 TUE, quale fondamento giuridico del principio, si affianca anche l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, il quale, riferendosi al principio di proporzionalità¹⁹⁶³, afferma che

1959Leggi a tal proposito il Manifesto sulla politica criminale europea, p.1.

1960Per quanto riguarda la disciplina approntata a livello europeo in merito al principio di proporzionalità si rinvia al Capitolo Primo di tale Titolo.

1961Per l'evoluzione dei diritti fondamentali in materia penale si legga il paragrafo introduttivo precedente.

1962Il diritto alla libertà personale è tutelato dall'art. 6 della Carta, dall'art. 5 della CEDU e dalle Costituzioni di pressoché tutti gli Stati membri. Si legga, sul punto, G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzionalità dell'opzione penale*, Archivio penale 2013 n. 3, pp. 14 e seguenti.

1963Per quanto riguarda la distinzione tra principio di proporzionalità e principio di offensività si legga DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Rivista di diritto penale contemporaneo*, 2013, 4, pp. 18 e seguenti. L'Autore condivisibilmente scrive in merito alla distinzione tra principio di offensività e principio di proporzionalità, che “il tema è tra i più insidiosi in materia di principi. La proporzionalità gode oggi di una reputazione molto sopravvalutata, perché è criterio praticamente cieco e relativistico, buono davvero per tutte le stagioni. Se fosse consolidata (almeno in astratto) la punibilità con la pena di morte (come in Cina), o anche con una pena comunque severissima e molto elevata, per il contrabbando di auto, per il traffico di stupefacenti ma anche per l'abigeato, oltre che per altri fatti davvero gravissimi, che cosa non sarebbe “proporzionato” a tali scelte di valore?”. L'Autore continua affermando che “perché non si riduca a un passepartout, la proporzionalità andrà non

“eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”¹⁹⁶⁴.

I diritti fondamentali assumono, quindi, in tale ambito una funzione limitatrice e delimitatrice della competenza del legislatore europeo, il quale potrà comprimerli solo al fine di assicurare la protezione di beni giuridici di pari valore.

Una tale interpretazione dell'art. 52 della Carta non è propugnata solo a livello dottrinale, ma anche istituzionale. Ne costituisce un esempio la proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, in cui la Commissione ha affermato che la lesione ai diritti e alle libertà fondamentali sancite dalla Carta è legittima in quanto strumentale “al raggiungimento di obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione (si veda l'articolo 52, paragrafo 1, della Carta) e in particolare all'introduzione di misure efficaci e dissuasive per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione”¹⁹⁶⁵.

Val la pena evidenziare che è stata proposta una lettura più ampia dell'articolo 52 della Carta sulla scorta dell'interpretazione fornita al principio di proporzionalità nell'ambito della criminalizzazione di comportamenti penalmente rilevanti da parte della Corte EDU. Quest'ultima presuppone, infatti, un sindacato più ampio sulle scelte legislative, presupponendo delle limitazioni alle scelte di criminalizzazione che si traducono sia in divieti di incriminazione di diritti e libertà fondamentali, che in obblighi di tutela penale di determinati diritti primari¹⁹⁶⁶. Il principio di offensività diventa,

solo concretizzata sulla coerenza delle scelte di ogni ordinamento, ma anche sulla griglia di altri principi parigrado costituzionali o sovranazionali”.

1964Con riferimento all'articolo 52 della Carta di leggano le sentenze della Corte di Giustizia *Commission e altri c. Kadi*, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, del 18 luglio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 101, 111–134; la decisione *ZZ*, causa C-300/11, del 4 giugno 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 51; *Knauf Gips c. Commissione*, causa C-407/08 P, del 1 luglio 2010, Raccolta p. I-6375, par. 91; *Volker und Markus Schecke and Eifert*, casi riuniti C-92/09 e C-93/09, del 9 novembre 2010, Raccolta p. I-11063, par. 66.

1965Si legga, al riguardo, la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo del Consiglio relativa alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale*, Bruxelles, 11 luglio 2012, SWD(2012) 195 final, SWD(2012) 196 final, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD), p. 8.

1966Il giudizio di proporzione nella giurisprudenza della Corte EDU, in particolare, ricorre ai fini di verificare la legittimità dell'ingerenza pubblica nell'esercizio di un diritto. In tal senso, il giudizio di proporzione costituisce uno dei momenti di maggiore penetrazione della Corte EDU nelle scelte di politica criminale del legislatore nazionale, andando a sindacare le ragioni che possano giustificare la limitazione della libertà personale da parte della sanzione penale. La libertà personale non è intesa secondo tale giurisprudenza nell'accezione minimale come libertà fisica e, dunque, il giudizio di proporzione non si limita a valutare se la detenzione per la tutela di un determinato interesse collettivo è la reazione proporzionata per il richiesto sacrificio della libertà personale, ma se la tutela penale in genere di un determinato bene giuridico è proporzionata al sacrificio dei diritti e delle libertà fondamentali del reo. Si legga al riguardo G. STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, Archivio penale 2013 n. 3, pp. 16 e seguenti; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 203; F. MAZZACUVA, *La Convezione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, p. 459; VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, pp. 2657 e seguenti; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1973, pp. 832 e seguenti. Per un esempio di quanto affermato, in

secondo tale giurisprudenza, anche obbligo di tutela penale della vittima, nel senso che la lesione o la messa in pericolo di un bene fondamentale impone la sanzione per il reo, nell'interesse della collettività e della vittima.

In tale ottica i diritti fondamentali assumono anche una funzione di tutela della vittima e dei soggetti diversi dal reo coinvolti nel processo penale, prescrivendo anche l'adozione di sanzioni penali in caso di violazione di determinati diritti. A livello europeo, tale interpretazione è confortata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia risalente al noto caso del c.d. *Mais greco*¹⁹⁶⁷, secondo cui gli Stati membri possono e debbono garantire il rispetto del Trattato, facendo ricorso, se necessario, a sanzioni penali che siano effettive, proporzionate e dissuasive¹⁹⁶⁸. Nella decisione citata si richiede, inoltre, che la sanzione, oltre che efficace, sia equiparabile a quella inflitta in caso di violazioni del diritto nazionale simili per natura e per importanza, in ossequio al principio di assimilazione e di equivalenza.

La necessità di emettere misure sanzionatorie di tipo penale al fine di garantire l'attuazione delle politiche europee è, quindi, un'esigenza che è stata sentita come indispensabile per realizzare gli obiettivi previsti a livello europeo dai Trattati fin dalla fine degli anni '80. All'epoca si trattava di un'obbligazione imposta agli Stati membri e, allo stato attuale, dopo le modifiche apportate con il Trattato di Lisbona è una competenza di tipo concorrente, attribuita anche all'Unione europea, la quale, “allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione” può stabilire “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione” “tramite direttive”¹⁹⁶⁹.

tema di equilibrio tra libertà di cronaca e tutela dell'onore, leggi Corte eur. dir. uomo, *Sabanovic c. Montenegro e Serbia*, ricorso n. 5995/06, del 31 maggio 2011; in tema di accertamento della pericolosità delle condotte di apologia di pur gravi reati, cfr. Corte eur. dir. uomo, *Orban e altri c. Francia*, ricorso n. 20985/05, 15 gennaio 2009; Corte eur. dir. uomo, *Aktan c. Turchia*, ricorso n. 20863/02, 2 ottobre 2008; in tema di compatibilità tra diritto alla vita privata e familiare e divieto di penalizzazione di rapporti omosessuali, cfr. Corte eur. dir. uomo, *Santos Couto c. Portogallo*, ricorso n. 31874/07, 21 settembre 2010; in tema di libertà di religione, cfr. Corte eur. dir. uomo, *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03, 7 luglio 2011.

1967Secondo la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979, la Grecia è venuta meno ai propri obblighi, tra l'altro, per non avere avviato procedimenti penali o disciplinari contro i partecipanti alla realizzazione e al favoreggiamento di alcune operazioni che avevano consentito di eludere il versamento di prelievi agricoli dovuti su talune partite di granoturco importate da un paese terzo nel maggio 1986.

1968Nelle conclusioni relative a detta causa, l'avvocato generale Tesauro aveva affermato che l'art. 5 del Trattato CE implica per gli Stati membri il dovere di sanzionare in maniera adeguata gli autori di violazioni del diritto comunitario in maniera tale da evitare che ne sia pregiudicata l'efficacia. Le misure punitive nazionali poste a difesa del diritto comunitario sono, quindi, legittime a condizione che le violazioni siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni di diritto interno simili per natura ed importanza e che le dette misure conferiscano alla sanzione un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva. Nel caso, quindi, in cui il diritto comunitario non preveda misure per garantire l'efficacia delle sue disposizioni, gli Stati membri sono tenuti ad adottarle; nel caso in cui le preveda, gli Stati membri svolgono un ruolo complementare inteso a rafforzare la tutela di tali disposizioni.

1969L'articolo 83, par. 2 TFUE dispone: “Allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate

Si può, quindi, affermare che al fine di garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione¹⁹⁷⁰, il legislatore europeo, nell'effettuare il giudizio di proporzionalità previsto dall'art. 52 della Carta, può ritenere necessaria l'emanazione di una misura sanzionatoria penale quando la lesione dei diritti fondamentali sia giustificata dal perseguimento di interessi fondamentali di pari rango, ma anche quando la sanzione penale sia ritenuta necessaria per punire il comportamento lesivo dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, fungendo da obbligo di tutela penale della vittima.

A tal proposito, occorre ricordare che l'art. 83, par. 2 TFUE prevede altresì esplicitamente la verifica dell'indispensabilità delle misure di diritto penale per garantire l'attuazione efficace di delle politiche dell'Unione.

In dottrina¹⁹⁷¹ si è criticata, tuttavia, la possibilità di adottare norme penali d'armonizzazione in base ad un parametro di "indispensabilità" focalizzato sulla attuazione efficace di politiche dell'Unione, anziché sulla tutela di beni giuridici primari. Tale critica ci porta ad analizzare il secondo problema cui ci siamo proposti di rispondere circa il principio del legittimo interesse di tutela, ossia quello concernente il suo oggetto.

4.1.1.1.42 Oggetto del principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela

Circa il problema concernente i beni oggetto della tutela penale, occorre verificare se esistano dei beni o interessi¹⁹⁷², individuali o sopraindividuali, tutelati a livello europeo e nel caso in cui si riscontri la loro esistenza, occorre stabilire quali essi siano e quale ne sia il contenuto. L'elemento

secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione, fatto salvo l'articolo 76".

1970 Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, Bruxelles, 20 settembre 2011, COM(2011) 573 definitivo, p. 3, in cui si legge che "gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che le politiche dell'Unione vengano applicate e di norma possono decidere autonomamente in merito ai mezzi di esecuzione. Al riguardo, sono di fondamentale importanza i controlli e le ispezioni. Laddove le scelte degli Stati membri non portino ai risultati attesi e i livelli di attuazione rimangano disomogenei, l'Unione può stabilire norme comuni relative alle modalità di attuazione, ivi comprese, se necessarie, sanzioni penali per le violazioni del diritto dell'Unione".

1971 Si legga, al riguardo, C. GRANDI, *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, par. 4, nt. 73; M. KAIKIFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *EuCLR*, 1, 2011, p. 19. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, Cass. pen., 2010, p. 1155, ID., *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, in *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, cit., p. 9 ss. del testo dattiloscritto.

1972 A livello terminologico, occorre rilevare che benché "bene" e "interesse" siano concetti distinti, dal momento che il primo indica tutto ciò che è atto a soddisfare una esigenza umana e il secondo la relazione tra il bene e il soggetto titolare, avente "interesse alla sua tutela", essi vengono usati indifferentemente a livello europeo. Una tale scelta non è indice di imprecisione linguistica ma di una deliberata scelta dovuta, in primo luogo, al fatto che essi esprimono la stessa realtà sotto due distinti angoli visuali e non è possibile tutelare l'uno senza l'altro, e in secondo luogo, poiché non è possibile trovare a livello europeo una traduzione così precisa da riportare tale differenza di significato, considerata la diversa sfumatura di significato che lo stesso assume nei diversi Stati membri.

fondamentale su cui si fonda il principio del legittimo interesse di tutela è, infatti, la definizione di cosa debba intendersi per interesse meritevole di tutela penale a livello europeo.

Il Manifesto sulla politica criminale europea definisce gli interessi fondamentali meritevoli di protezione come quegli interessi “(1) che derivano dal diritto primario dell’Unione, (2) che non siano in contraddizione con le tradizioni costituzionali degli Stati membri e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e (3) la cui lesione risulti inoltre in misura particolare socialmente dannosa”. Questa definizione aderisce alla teoria dell’interesse giuridicamente protetto (*Rechtsgutslehre*)¹⁹⁷³, secondo la quale l’obiettivo del diritto penale è proteggere un interesse giuridico meritevole di protezione penale (*Rechtsgut*)¹⁹⁷⁴.

Il precetto penale può, quindi, essere imposto solo a protezione di un interesse giuridico meritevole di protezione e il reato deve punire la condotta attiva o omissiva del soggetto che viola tale interesse. Il bene giuridico del reato che è assunto ad elemento costitutivo della fattispecie, sia esplicitamente che implicitamente, deve preesistere alla norma incriminatrice ed essere ricavabile *aliunde*, ossia da fonti giuridiche da quella incriminatrice, preesistenti ad essa. Il concetto di bene giuridico deve, inoltre, esser tenuto distinto dallo scopo della fattispecie di reato, che rappresenta il fine perseguito dal legislatore con l’incriminazione del fatto¹⁹⁷⁵.

Il concetto di interesse meritevole di tutela è arricchito da un ulteriore aggettivo nella formulazione datane dai redattori del Manifesto: lo stesso è, infatti, definito come “interesse fondamentale”¹⁹⁷⁶.

L’aggettivo sembra richiamare il concetto di diritto fondamentale richiamato nelle Costituzioni nazionali, nella CEDU e nella Carta europea, quale diritto inalienabile della persona che deve essere tutelato dall’ordinamento giuridico. Secondo tale accezione, quindi, gli interessi fondamentali meritevoli di tutela non sono definiti dal legislatore, ma sono desunti da fonti metagiuridiche o da fonti giuridiche superiori¹⁹⁷⁷.

1973Si legga, al riguardo, M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, in *EuCLR*, 1, 2011, p. 37.

1974Si legga, al riguardo, HASSEMER, NEUMANN, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Vol. 1, 3rd ed. 2010, dal paragrafo 1 n. 108 e seguenti, 146 e seguenti; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I: Grundlagen – Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 edizione, 2006, paragrafo 2 n. 1 e seguenti; RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, 13 Supplemento 1990, dal paragrafo 1 n. 2.

1975Il fine perseguito dal legislatore non è un elemento costitutivo del reato, ma la *ratio* dell’incriminazione. È importante sottolineare questa distinzione perché, mentre come vedremo nel testo, esistono reati senza oggetto giuridico, il fine dell’incriminazione è immanente in tutte le norme incriminatrici.

1976Secondo BERNARDI, (*La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *diritto penale contemporaneo*, p. 16), la nozione di bene giuridico non è universalmente diffusa in ambito europeo, “specie nella sua accezione funzionale a circoscrivere l’utilizzo dello strumento penale”. A sostegno di tale affermazione cita ad esempio il fatto che i redattori del Manifesto sulla politica criminale europea, “per rendere comprensibile agli appartenenti a qualsiasi cultura giuridico-penale il principio secondo cui l’intervento penale si legittima solo in vista della tutela di un bene giuridico primario, si guardano bene dall’utilizzare l’espressione “bene giuridico”, limitandosi a sottolineare l’esigenza, in ambito penale, di un legittimo scopo di tutela. Cfr., sul punto, L. FOFFANI, *Il Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Criminalia*, 2010, p. 665 e seguenti; M. PORTERO HENARES, *¿Principio de efectiva proteccion de bienes juridicos? Derecho penal europeo y principio de proporcionalidad*, in N. GARCIA RIVAS, M. A. RIQUERT (a cura di), *Garantías penales*, Buenos Aires, 2011, p. 232.

1977A livello nazionale da tale impostazione consegue il corollario che i beni giuridici meritevoli di protezione siano i beni costituzionalmente orientati e i beni desumibili dall’attuale realtà socio-culturale costituzionalmente non

A livello europeo le fonti superiori che determinano quali sono i beni giuridici meritevoli di tutela sono gli atti di diritto primario, quali i Trattati e le disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹⁷⁸. È così possibile ritenere meritevoli di tutela interessi autonomi a livello europeo, in quanto oggetto o frutto delle politiche europee, quali l'ambiente, i mercati finanziari, la sicurezza sul lavoro, la proprietà intellettuale e gli interessi finanziari europei¹⁹⁷⁹.

A tal proposito, occorre evidenziare due criticità che rendono imprecisa la definizione degli interessi meritevoli di tutela a livello europeo¹⁹⁸⁰. In primo luogo, occorre stabilire se bisogna circoscrivere i beni giuridico-penali al *numerus clausus* dei soli beni espressamente riconosciuti nelle fonti di diritto primario, lasciando alle sanzioni extrapenali la tutela dei residui interessi non espressamente riconosciuti nei Trattati e degli atti ad essi equiparati o se, viceversa, pur nel silenzio degli atti di diritto primario, possano essere riconosciuti come meritevoli di protezione penale anche beni desumibili dall'attuale realtà socio-culturale e non incompatibili con quanto stabilito nei Trattati. Occorre, quindi, stabilire quale rango attribuire a certi interessi giuridici di rilievo nel silenzio dei Trattati.

In secondo luogo, occorre rimarcare che, considerata la conformazione degli atti di diritto primario, non è sempre agevole determinare quali interessi siano da ritenersi fondamentali e, quindi, meritevoli di protezione penale e quali, invece, debbano essere considerati interessi di rango secondario, essendo solo strumentali al perseguimento dei primi o di certi obiettivi, ma non rivestendo un carattere fondamentale.

incompatibili. Tra questi ultimi sono ricompresi quei beni emergenti, quali la tutela dell'ambiente che non contrastano, ma anzi favoriscono la conservazione, la dignità e lo sviluppo della persona umana. A livello nazionale, per quanto riguarda almeno l'Italia, tuttavia, la rilevanza costituzionale dei beni non impone obblighi costituzionali di criminalizzazione, esprimendo la meritevolezza, ma non anche e perciò il bisogno della tutela penale.

1978Per una critica dell'impostazione secondo cui non è attribuito al legislatore, ossia ad un soggetto dotato di legittimità democratica, il compito di determinare quali sono gli interessi fondamentali meritevoli di tutela, si legga M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, cit., il quale scrive che “a legal interest is always constituted by an appraisal of that interest (as a “good”). Since there is no consensus on the ultimate value and pecking order of interests in a modern pluralistic society, legal (“fundamental”) interests have to be assessed and balanced in an open democratic process. Restricting the legitimate purpose of criminal law to the protection of fundamental interests of citizens would not only override the legislative competences and main tasks of the Parliament, but also delegitimise certain criminal offences that are widely accepted such as cruelty to animals”.

1979Per quanto riguarda questi ultimi si legga la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo del Consiglio relativa alla frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale*, Bruxelles, 11 luglio 2012, cit.. Per approfondire il tema circa l'esistenza di interessi europei fondamentali, si legga N. BITZILEKIS, M. KAIAFA-GBANDI, E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006, pp. 222 e seguenti; R. HEFENDEHL, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter*, o. a., pp. 214 e seguenti; R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano 2005.

1980Si leggano sul punto anche i rilevi di M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz)*, cit., p. 38; M. KAIAFA-GBANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, cit., p. 16.

4.1.1.1.43 Grado di anticipazione della soglia di tutela compatibile con l'esigenza di un legittimo scopo di tutela

Alla definizione di cosa debba intendersi per bene giuridico è strettamente collegato il problema della soglia di tutela dell'interesse fondamentale oggetto di protezione penale; occorre, cioè, stabilire, quale grado di anticipazione sia compatibile con l'esigenza di un legittimo scopo di tutela, ovvero con il principio di offensività.

L'offesa al bene giuridico può, infatti, sostanziarsi in una lesione, cioè in un nocumento effettivo del bene protetto, consistente nella diminuzione, nella distruzione o nella perdita del bene giuridico, oppure, in una messa in pericolo, ossia in nocumento potenziale del bene, che viene solamente minacciato¹⁹⁸¹. La duplice dimensione dell'offesa, estrinsecantesi nella lesione del bene giuridico tutelato e nella sua messa in pericolo, è stata riconosciuta e formalizzata anche a livello istituzionale¹⁹⁸². Il Consiglio, nel delineare le linee guida da seguire nell'emanare norme di diritto penale a livello europeo ha affermato che “Le disposizioni penali dovrebbero concentrarsi su comportamenti che arrecano un pregiudizio effettivo o minacciano seriamente il diritto o l'interesse essenziale oggetto di tutela, evitando di considerare come figura di reato un comportamento in fase ingiustificatamente precoce. Un comportamento che meramente implichi un pericolo astratto per il diritto o l'interesse tutelato dovrebbe essere considerato come figura di reato solo ove ciò appaia opportuno in considerazione della particolare importanza del diritto o interesse oggetto di tutela”¹⁹⁸³. Nelle parole del Consiglio la criminalizzazione di condotte che implicano solo un pericolo astratto per il diritto o interesse protetto devono essere criminalizzate solo se ritenute appropriate, a causa della particolare importanza del diritto o interesse che è oggetto di protezione. La penalizzazione di tali condotte è, quindi, eccezionale e rapportata al rango del bene protetto. Tanto più è elevato il rango del bene, tanto più è legittima l'anticipazione della tutela a stadi anteriori alla lesione.

Negli ultimi anni si sta assistendo un sempre maggiore stadio di avanzamento della tutela penale, tanto da mettere in crisi il rapporto tra regola e eccezione che dovrebbe caratterizzare i rapporti tra

1981 Per la conservazione dei beni giuridici può, infatti, non essere sufficiente l'incriminazione del danno subito, in un'ottica repressiva, ma necessaria l'incriminazione della messa in pericolo, in un'ottica preventiva, con conseguente anticipazione della soglia di punibilità. Si legga, per quanto riguarda i reati in cui è anticipata la soglia di tutela del bene giuridico, GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it.*, 1986, p. 689.

1982 Si leggano, in tal senso le conclusioni raggiunte in seno al Consiglio nel 2009, in cui si legge al quinto punto che “*the criminal provisions should focus on conduct causing actual harm or seriously threatening the right or essential interest which is the object of protection; that is, avoiding criminalisation of a conduct at an unwarrantably early stage. Conduct which only implies an abstract danger to the protected right or interest should be criminalised only if appropriate considering the particular importance of the right or interest which is the object of protection*”. In tal senso cfr. *Council Conclusions on model provisions, guiding the Council's criminal law deliberations*, 2979th Justice and Home Affairs Council meeting Brussels, 30 novembre 2009.

1983 Il requisito della necessaria offensività è previsto anche nel Manifesto sulla politica criminale (p. 737) per cui “*quando il legislatore europeo assume una competenza in materia penale, può esercitarla solo se in tal modo vengono protetti interessi fondamentali [omissis] la cui lesione risulti inoltre in misura particolare socialmente dannosa*”.

reati di danno e reati di pericolo. A tal proposito, occorre sottolineare che la spinta a criminalizzare reati in cui la soglia di tutela è anticipata proviene in gran parte dal diritto europeo. Ciò in quanto è sempre più sentita la necessità di interventi penali preventivi, potendo risultare poco efficiente la punizione del danno già verificatosi, in determinati casi. Tra essi è possibile segnalare; i danni che possono verificarsi a causa del progresso scientifico e tecnologico, tra cui possiamo citare ad esempio i danni da disastri nucleari, da sostanze tossiche o da epidemie e disastri ecologici, o i fenomeni criminali contro beni istituzionali che, se non bloccati già nella fase preparatoria o associativa, potrebbero diventare incontrollabili e travolgere le istituzioni democratico-repubblicane. La tendenza ad anticipare la soglia del penalmente rilevante ad uno stadio meramente preparatorio, così violando il principio di offensività è stata denunciata dagli autori del Manifesto sulla politica criminale in relazione ai reati di terrorismo, di frode e falsificazione dei mezzi di pagamento diversi dai contanti, di criminalità organizzata, di tutela penale dell'ambiente e di corruzione nel settore privato¹⁹⁸⁴.

4.1.1.1.44 Principio di esigenza di un legittimo scopo di tutela come criterio guida per il legislatore europeo

L'esigenza di un legittimo scopo di tutela deve, quindi, anche guidare la scelta del legislatore nel determinare quando utilizzare misure penali nell'attuare le politiche europee, secondo quanto disposto dall'art. 83, 2 TFUE. A tal proposito, si ritiene di non concordare con chi¹⁹⁸⁵ ha affermato

¹⁹⁸⁴Si legga al riguardo quanto stabilito nel Manifesto, in cui si legge che nella Decisione quadro integrativa sulla lotta contro il terrorismo (Decisione quadro 2008/919/GAI, GUCE, 2008, n. L 330, p. 21) “vengono ricomprese condotte che si collocano su una linea molto anticipata rispetto alla vera e propria commissione di reati di terrorismo. Il contenuto di questa decisione, in ordine ai reati testé descritti, conduce l’Unione Europea verso un diritto penale che tenta persino di prevenire i pericoli obiettivi per i beni giuridici. Vengono punite modalità di condotta che conducono esclusivamente alla formazione di un atteggiamento interiore criminale presso altre persone o che danno sostegno a tale atteggiamento interiore (cd. diritto penale pre-preventivo). Questa anticipazione della minaccia penale ed il conseguente completo distacco da qualsiasi obiettivo, quantunque astratto, pericolo per un bene giuridico non è conciliabile con il principio di proporzionalità europeo (inteso come principio di ultima ratio) come linea guida della politica criminale”. Del pari la Decisione quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti (Decisione quadro 2001/413/GAI, GUCE, 2001, n. L 149, p. 1) “si spinge così lontano da imporre ad es. agli Stati membri, nell’art. 4, di criminalizzare già il fatto di produrre o procurarsi un oggetto anche solo oggettivamente idoneo alla commissione di un reato”. Per cui si ritiene che “la giustificazione dell’impiego del diritto penale in un fase temporale così anticipata, con un potenziale di pericolo ancora limitato, avrebbe richiesto quantomeno – nel rispetto della “good governance” – una motivazione più chiara che non un generico riferimento alla criminalità organizzata”. Analogamente si lamenta il fatto che “è sufficiente per l’art. 1 n. 2 della Decisione quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (Decisione quadro 2008/841/GAI, GUCE, 2008, n. L 300, p. 42) una qualsivoglia unione che non sia assolutamente casuale, anche senza ruoli formalmente stabiliti dei vari membri, e senza una autentica struttura. In tal modo l’obbligo di criminalizzazione si spinge più in là di quanto pretenderebbe la vera e propria essenza socialmente dannosa della criminalità organizzata”. Da ultimo, la lesione del principio in parola è riscontrata anche in relazione alla Direttiva sulla tutela penale dell’ambiente (Direttiva 2008/99/CE, GUCE, 2008, n. L 328, p. 28), la quale “obbliga gli Stati membri a sottoporre a sanzione penale determinati comportamenti, che violano divieti imposti da altri atti normativi della Comunità Europea. Gli Stati membri debbono in tal modo penalizzare condotte che, in parte, violano esclusivamente precetti di natura formale”.

¹⁹⁸⁵C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, cit., p. 1155, ID., *Les principes de nécessité et de proportionnalité*, in *Le droit pénal de l’Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, cit.,

che “il giudizio di necessità o indispensabilità di pena sarebbe rapportato ad esigenze di effettività di norme extrapenali UE anziché ad esigenze di “protezione dei beni giuridici sottostanti” alle suddette norme, e ciò non sarebbe privo di conseguenze rispetto al principio di *extrema ratio* della sanzione penale. Infatti perdendo di vista il bene giuridico come oggetto della tutela penale si perderebbe di vista anche la funzione critico-selettiva del bene stesso, rischiando di legittimare qualsiasi intervento penale volto a implementare una politica dell’Unione, senza subordinare tale intervento all’esigenza di proteggere un interesse fondamentale da gravi offese non altrimenti prevenibili”.

Non si ritiene, tuttavia, di concordare neanche con chi¹⁹⁸⁶ riconosce la legittimità del carattere criminale delle norme d’armonizzazione penale accessoria nel principio di proporzione - *extrema ratio*, il quale è un po’ ovunque correlato, se non proprio al bene giuridico tutelato, quantomeno alla gravità oggettiva e soggettiva dell’illecito, ovvero al danno da esso causato¹⁹⁸⁷.

p. 9 e seguenti del testo dattiloscritto; G. MANNOZZI, F. CONSULICH, *La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899 e seguenti, 926 e seguenti.

1986A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione europea: problemi e prospettive*, in *diritto penale contemporaneo*, p. 14. L’Autore critica la concezione prima evidenziata nel testo affermando che “finalizzare le norme penali minime di armonizzazione accessoria e le rispettive norme penali nazionali di trasposizione alla attuazione efficace di norme extrapenali europee di armonizzazione, anziché alla tutela dei relativi beni giuridici, appare (non solo legittimo, ma anche) scarsamente significativo in vista del rispetto dei principi di *extrema ratio* dell’intervento penale. [omissis] In effetti, proprio la dottrina critica verso la possibilità di introdurre norme penali d’armonizzazione in base ad un parametro di ‘indispensabilità’ focalizzato sulla attuazione efficace di politiche dell’Unione anziché sulla tutela di beni giuridici primari, disconosce al concetto di ‘bene giuridico comunitario’ (...) qualsiasi significativa funzione di contenimento della politica criminale europea’. Ciò in quanto, secondo tale dottrina, la funzione ‘selettiva’ del bene giuridico sarebbe strettamente correlata a quella ‘concezione nazional-costituzionale’ del bene stesso nell’ambito della quale quest’ultimo viene a svolgere la suddetta funzione. Tutto ciò, beninteso, non significa escludere che la valutazione dell’indispensabilità di cui all’art. 83.2 TFUE con riferimento all’attuazione efficace di norme europee extrapenali anziché alla tutela di beni giuridici possa portare al varo di fattispecie penali diversamente strutturate; significa, però, che, nell’attuale stato di avanzamento del cosiddetto ‘diritto penale europeo’, una ipotetica elevazione della tutela del bene giuridico a elemento di riferimento di quel giudizio di ‘indispensabilità’ necessario a consentire il varo di norme penali europee di armonizzazione accessoria potrebbe non comportare conseguenze significative per quanto concerne la complessiva espansione del diritto penale. A conclusioni non dissimili giunge anche chi, sia pure sulla base di argomenti differenti, tende a ridimensionare il ruolo imprescindibile del bene giuridico quale unico fondamento di una politica criminale espressiva della competenza penale accessoria dell’Unione. Senonché, riconoscere la legittimità della scelta di subordinare il varo delle direttive di armonizzazione penale accessoria alla loro indispensabilità in vista dell’attuazione efficace di norme europee a carattere extrapenale, e al contempo ammettere la possibile inutilità in prospettiva di *extrema ratio* della alternativa rappresentata dalla riconduzione del requisito della indispensabilità alla tutela di ben precisi beni giuridici, non deve indurre alla sconfortata conclusione che la competenza penale accessoria debba necessariamente comportare un ricorso inflazionato allo strumento penale. Anche perché nulla esclude che il suddetto giudizio di indispensabilità risulti condizionato anche da parametri incentrati sul tipo e sull’entità dell’offesa, dunque concettualmente vicini alla dimensione ‘critico-selettiva’ del bene giuridico. Al contrario, è indubbio che parametri proporzionalistici di questo tipo si rinvergono all’interno del sistema europeo già da prima che il principio di proporzione venisse formalmente iscritto nei Trattati, risultando correlati a quei principi generali a carattere implicito che permeano il sistema giuridico europeo e che finiscono col sottoporlo a vincoli garantistici ulteriori rispetto a quelli esplicitamente previsti dai Trattati”.

1987Sul parallelismo esistente tra le elaborazioni riscontrabili nei sistemi di *civil law* e di *common law* in tema rispettivamente di bene giuridico e di principio del danno (*harm principle*) cfr., per tutti, K. SEELMANN, *El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena*, in E. HEFENDEL (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, p. 373 e seguenti; A. VON HIRSCH, *El concepto de bien jurídico y el “principio del dano”*, ivi, p. 37 e seguenti; P. WITTIG, *Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad*, ivi, p. 341 e seguenti. Va peraltro ricordato ancora una volta che una

Come affermato da attenta dottrina, si ritiene che “la proporzione [omissis] non basta a qualificare l’offensività, non può assorbirla in se stessa. Chi avesse pensato di ridurre tecnicamente l’offensività al rispetto del principio di proporzione avrebbe pertanto tradito il significato più intimo dell’offensività. L’offensività, infatti, ha una dimensione assiologica che manca alla proporzione, la quale è del tutto relativa e utilitaristica”¹⁹⁸⁸.

Si ritiene, invece, che a livello europeo il sindacato compiuto dal giudice circa la verifica del rispetto del principio di esigenza di un legittimo interesse di tutela sia costituito, secondo quanto affermato dall’Avvocato Generale nella sua opinione circa il caso *Spasic*¹⁹⁸⁹, da due diverse valutazioni. Nel valutare se la sanzione penale sia la misura più adeguata nel caso di specie, il giudice deve, infatti, prima esaminare se l’ingerenza con riferimento agli interessi fondamentali comporti la soddisfazione di un interesse fondamentale di pari grado e, solo successivamente, verificare che l’ampiezza di tale ingerenza sia proporzionata. Quanto alla prima fase valutativa, il giudice esamina se una siffatta ingerenza soddisfa i requisiti della legittimità formale, ossia se essa sia prevista dalla legge, e della legittimità sostanziale, ossia se persegua obiettivi legittimi con riguardo alla disposizione di cui trattasi e, in secondo luogo valuta se la predisposizione di una tale

parte della dottrina sottolinea il rischio di differenti valutazioni in ambito nazionale ed europeo circa la gravità dei singoli illeciti. Cfr., in particolare, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 272 e bibliografia ivi riportata. Sulle possibili divaricazioni riscontrabili tra Unione e Paesi membri in tema di meritevolezza di pena cfr. già C. SOTIS, *Diritto comunitario e meritevolezza di pena*, in G. DE FRANCESCO, E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di penale logiche deflattive*, Torino, 2002, p. 44 e seguenti. Peraltro, per una energica sottolineatura dell’attuale superamento da parte dell’Unione, dell’assoluto predominio dei valori produttivistici in nome del primato della persona e dei suoi diritti cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Charte européenne des droits fondamentaux et droit pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 3; R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell’Unione europea in materia penale*, *cit.*, p. 2628 e seguenti.

1988In tal senso DONINI, il quale richiama H. ÁVILA, *Teoría de los principios* (trad. dalla 10a ed. dell’originale portoghese), Marcial Pons, Madrid, 2011, 144 e seguenti e C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2011, e in *Riv. Di dir. Pen. contemporaneo*, 2012, 1, 111 e seguenti.

1989Ci riferiamo alla presa di posizione dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen presentata il 2 maggio 2014 nella causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), paragrafi 79-109. La Corte di Giustizia si è poi pronunciata nel caso in questione il 27 maggio 2014. Si consideri, in tal senso, il ragionamento costantemente seguito dalla Corte di Giustizia nell’interpretare l’art. 52 della Carta. Cfr., al proposito, Corte di Giustizia, *WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, causa C-419/14, del 17 dicembre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), paragrafo 70, 80-82 per l’applicazione concreta del principio, in cui si legge che “riguardo alla portata e all’interpretazione dei diritti garantiti dalla Carta, l’articolo 52, paragrafo 1, della stessa enuncia che eventuali limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità d’interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. Corte di Giustizia, *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, Causa C-237/15 PPU, del 16 luglio 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), in cui, al paragrafo 56, la Corte aggiunge che “inoltre, dall’articolo 52, paragrafo 3, della Carta emerge che, laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. L’articolo 53 della Carta aggiunge a tale proposito che nessuna disposizione di quest’ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti, fra l’altro, dalla CEDU (sentenza *Volker und Markus Schecke e Eifert*, C-92/09 e C-93/09, EU:C:2010:662, punto 51)”; Corte di Giustizia *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre-Médoc*, causa C-650/13, del 6 ottobre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

violazione sia adeguata e proporzionata¹⁹⁹⁰.

Il giudizio del giudice non consiste, quindi, in una mera verifica del rispetto del principio di proporzionalità, ma in un doppio giudizio, prima valoriale e, solo in un secondo tempo, di proporzione. Nella prima fase, valuterà se la limitazione ai diritti fondamentali è prevista per legge e, nella seconda fase verificherà il rispetto del contenuto essenziale del diritto fondamentale.

La prima frase dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta autorizza limitazioni ai diritti fondamentali da essa sanciti a condizione che esse siano previste dalla legge e rispettino il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà di cui trattasi. La seconda frase di tale articolo assoggetta tali limitazioni ad un criterio di proporzionalità se gli atti delle istituzioni dell'Unione sono idonei al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi e non superano i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento di tali scopi¹⁹⁹¹. Anche tale giudizio si articola in due fasi, in quanto prima occorre considerare l'obiettivo di interesse generale sotteso alla limitazione di cui al caso di specie e successivamente occorre valutare l'idoneità dell'applicazione della limitazione dell'interesse generale a conseguire l'obiettivo e la necessità, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1 della Carta, dell'applicazione della restrizione. In tale valutazione, il giudice dovrà verificare se il diritto dell'Unione fornisca strumenti giuridici di diritto derivato di natura meno intrusiva, i quali sono atti a consentire il conseguimento dell'obiettivo perseguito.

Per il giudice è possibile effettuare tale sindacato, in quanto la Corte riconosce che, salvo talune eccezioni¹⁹⁹² i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti¹⁹⁹³. “La Corte ricerca pertanto, nella sua giurisprudenza, un meccanismo che consenta di

1990Come sottolineato dall'Avvocato Generale al punto 84 “*la Corte europea dei diritti dell'uomo applica un ragionamento analogo, ammettendo che taluni diritti si prestano a limitazioni, a condizione che le limitazioni applicate non ledano il diritto nella sua stessa sostanza. Inoltre tali limitazioni sono compatibili con la disposizione interessata della CEDU soltanto se tendono ad uno scopo legittimo e se esiste un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. In particolare, per quanto riguarda la determinazione dell'ingerenza con riferimento alle libertà definite dalla CEDU, l'accertamento dell'ingerenza non implica la violazione della Convenzione, bensì impone di esaminare se una siffatta ingerenza soddisfi i requisiti della legittimità formale (essere prevista dalla legge), della legittimità sostanziale (perseguire obiettivi legittimi con riguardo alla disposizione di cui trattasi) e sia indispensabile in una società democratica*”.

1991V., in tal senso, sentenze *Afton Chemical*, causa C-343/09, dell'8 luglio 2010, in *Racc.* p. I-07027, par. 45; *Volker und Markus Schecke e Eifert*, cause riunite C-92 e 93/09, del 9 novembre 2010, in *Racc.* p. I-11063, par. 74; *Nelson e a.*, cause riunite C-581/10 e C-629/10, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 71; *Sky Österreich*, causa C-283/11, del 22 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 50; *Schaible*, causa C-101/12, del 17 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 29, e *Digital Rights*, cause riunite C-293 e 594/12, dell'8 aprile 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 46.

1992Sentenza *Schmidberger*, causa C-112/00, del 12 giugno 2003, in *Racc.* p. I-05659, par. 80, che riguarda il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti.

1993Vd. al riguardo le sentenze *Wachauf*, caso 5/88, del 13 luglio 1989, in *Racc.* p. 02609, punto 18; *Dokter e a.*, caso C-28/05, del 15 giugno 2006, in *Racc.* p. I-05431, punto 75 e la giurisprudenza citata, nonché *G. e R.*, caso C-383/13 PPU, del 10 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 33.

trovare un giusto bilanciamento fra, da un lato, i diversi diritti e interessi e, dall'altro, i diritti fondamentali e le libertà economiche, e procede a tale ponderazione tenendo parimenti conto degli obiettivi costitutivi della limitazione di un diritto fondamentale"¹⁹⁹⁴.

È, dunque, possibile rispondere all'ultimo quesito che ci eravamo posti circa il carattere relativo o assoluto del principio di offensività, nel senso che devi ritenersi che lo stesso abbia valore relativo, essendo un principio valevole di regola, che può, tuttavia, subire delle deroghe, necessarie per la prevenzione delle offese a beni primari, individuali, collettivi, istituzionali, dovendosi il principio di offensività contemperarsi con la necessità della prevenzione delle offese ai beni giuridico-penali. In tal modo si garantisce il diritto di libertà dal crimine, garantendo la tutela dei beni fondamentali contro le altrui aggressioni, adottano tecniche di tutela repressive, ma anche preventive, necessarie allo scopo.

2.1.1.3. Il principio di colpevolezza nel diritto penale europeo

4.1.1.1.45 Ratio e contenuto del principio di colpevolezza

Un'analisi attenta della legislazione europea e della giurisprudenza elaborata dalla Corte di Giustizia in materia, ci permette di comprendere che nel sistema giuridico europeo, così come nell'ambito del diritto penale elaborato negli Stati membri dell'Unione, affinché si perfezioni una fattispecie di reato occorre accertare la sussistenza sia dell'elemento oggettivo (*actus reus*), che dell'elemento soggettivo (*mens rea*). In base al principio di soggettività, per aversi reato non è sufficiente che il soggetto abbia posto in essere un fatto materiale offensivo, il c.d. *prius* logico, ma è altresì necessario che questo gli appartenga psicologicamente; deve, cioè, sussistere non solo un nesso causale, ma anche un nesso psichico tra l'agente e il fatto criminoso, il c.d. *posterius* logico, affinché il fatto di reato possa essergli attribuito.

Il principio di colpevolezza, impostosi quale imprescindibile principio di civiltà giuridica, richiede, quindi, la rimproverabilità personale del soggetto incriminato (*nulla poena sine culpa*) e svolge un'ulteriore funzione di delimitazione dell'illecito penale. Così come nei moderni sistemi penali¹⁹⁹⁵,

¹⁹⁹⁴In tal senso, le conclusioni dell'Avv. Gen. Generale Niilo Jääskinen presentata il 2 maggio 2014 nella causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, paragrafo 83 e la giurisprudenza ivi citata, ossia sentenze *Promusicae*, caso C-275/06, del 29 gennaio 2008, in *Racc.* p. I-00271; *Scarlet Extended*, caso C-70/10, del 24 novembre 2001, in *Racc.* p. I-11959; *Bonnier Audio e a.*, caso C-461/10, del 19 aprile 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); *Trade Agency*, caso C-619/10, del 6 settembre 2012, pubblicata nelle Raccolta digitale (Raccolta generale); *Deutsches Weintor*, caso C-544/10, del 6 settembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale); *Schmidberger*, e *Commissione/Germania*, C-271/08, del 10 luglio 2010, in *Racc.* p. I-07091.

¹⁹⁹⁵Per un'analisi del principio di colpevolezza, si legga A. ASHWORTH, J. HORDER, *Principles of Criminal Law*, 7 ed., Oxford University Press, 2013, p. 74; A. BRUDNER, *Agency and Welfare in Criminal Law*, in S. SHUTE, J. GARDNER, J. HORDER (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, 1993, p. 35. In riferimento, in particolare al principio di colpevolezza nei sistemi di *common law* si legga, in generale, C. DE

anche in ambito sovranazionale si esige l'imputazione soggettiva del fatto all'autore e vi è un netto rifiuto di ogni di ogni responsabilità penale nei casi di impossibilità del soggetto di dominare gli eventi e, quindi, della possibilità di un diverso agire.

A livello europeo non esiste una disposizione che definisca in via generale il principio di colpevolezza, non essendo stata predisposta una parte generale del diritto penale e non essendo quest'ultimo espressamente menzionato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁹⁹⁶. Tuttavia, oltre che essere considerato un principio generale risultante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁹⁹⁷, l'esigenza di rispettare tale principio a livello sovranazionale è desumibile da alcune norme contenute, in particolare, nella Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE. Le disposizioni che, al proposito vengono in rilievo sono l'art. 6, che garantisce il diritto alla libertà e alla sicurezza, l'art. 48, par.1, che sancisce il principio secondo cui “ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata” e l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che positivizza il principio di legalità.

Secondo le spiegazioni del Presidium relative alla Carta¹⁹⁹⁸, i diritti garantiti dall'art. 6 della Carta corrispondono a quelli garantiti dall'articolo 5 della CEDU, “del quale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3 della Carta, hanno pari significato e portata”¹⁹⁹⁹. Del pari, nelle spiegazioni del Presidium relative all'articolo 48 della Carta si legge che “conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU”, ossia all'art. 6, par. 2 e 3 della CEDU. La corrispondenza di significato con il relativo diritto tutelato dalla CEDU è

THAN, R. HEATON, *Criminal Law*, 4 ed., Oxford University Press, 2013, pp. 50–89; R. CARD, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21 ed., Oxford University Press, 2014, pp. 69–109; N. PADFIELD, *Criminal Law*, 9 ed., Oxford University Press, 2014, pp. 47–75; A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 6 ed., Cambridge University Press, 2015, pp. 157–159. Per quanto riguarda le caratteristiche del principio di colpevolezza nei sistemi di *civil law* si legga, invece, in generale, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2011, pp. 283 e seg.; G. MAGGIORE, *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Priulla, 1951; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè editore, 1951; P. NUVOLONE, *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, 1976, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 3; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, 1987, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 798; M. BADAR, *Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals*, 2005, in *International Criminal Law Review*, p. 203. Per quanto riguarda il principio di colpevolezza a livello europeo si legga M. BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Bloomsbury Publishing, 2013.

1996 Per un'analisi del principio di colpevolezza a livello europeo, si legga J. BLOMSMA, *Fault Elements in EU Criminal Law: the Case for Recklessness*, in A. KLIP, *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu Antwerpen, 2011, pp. 161-171.

1997 Come noto, ai sensi dell'articolo 6, par. 3 TUE “*I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*”.

1998 Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta, quale figura nel doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Bruxelles, 11 ottobre 2000, Charte 4473/00, Convent 49. Tali Spiegazioni, secondo quanto prescritto dall'art. 6 TUE devono essere tenute in debita considerazione nell'interpretare le disposizioni della Carta.

1999 Nelle Spiegazioni si legge, inoltre: “*ne consegue che le limitazioni che possono legittimamente essere apportate non possono andare oltre i limiti consentiti dalla CEDU nel quadro dell'articolo 5*”. Dopo aver riportato il testo dell'articolo 5 CEDU, il Presidium, inoltre, aggiunge che “*nella misura in cui la Carta è applicata nell'ambito dell'Unione, i diritti di cui all'articolo 6 devono essere in particolare rispettati quando, conformemente al titolo VI del trattato sull'Unione europea, l'Unione adotta decisioni-quadro per la definizione di disposizioni minime comuni in materia di qualificazione delle infrazioni e delle sanzioni*”.

affermata, con alcune precisazioni²⁰⁰⁰, anche in relazione all'articolo 49 della Carta. Di conseguenza, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo formatasi sul punto risulta di particolare importanza ai fini della delimitazione del principio che qui interessa.

4.1.1.1.46 Il contenuto del principio di colpevolezza nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

La Corte europea dei diritti dell'uomo, pur in assenza di una espressa disposizione nella Convenzione EDU, ha riconosciuto il principio di colpevolezza quale principio fondamentale in ambito penale, prima interpretando in tal senso le indicazioni ricavabili dal diritto alla “presunzione di innocenza”, di cui all'art. 6, par. 2 CEDU²⁰⁰¹ e, successivamente, riconoscendolo come corollario implicito del principio di legalità, di cui all'art. 7 CEDU²⁰⁰².

2000Precisamente nelle spiegazioni relative all'art. 49 della Carta, si legge: “Questo articolo riprende il principio classico della irretroattività delle leggi e delle pene in materia penale. Vi è stato aggiunto il principio della retroattività della legge penale più mite, esistente in vari Stati membri e che figura nell'articolo 15 del Patto relativo ai diritti civili e politici. L'articolo 7 della CEDU è redatto come segue: “1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.” Si è semplicemente sostituito al paragrafo 2 il termine “civili”; la sostituzione non implica nessun cambiamento del senso del paragrafo, che contempla in particolare i crimini contro l'umanità. Conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU. Il paragrafo 3 riprende il principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità”.

2001Si veda, in tal senso, la sentenza *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, ricorso n. 19958/92, del 29 agosto 1997, par. 47 e 48; nello stesso senso, la sentenza *E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, ricorso n. 20919/92, del 29 agosto 1997. Nella prima delle sentenze citate, ai paragrafi sopra menzionati si legge, infatti, “En l'espèce, la Cour n'estime pas nécessaire de décider si la culpabilité du défunt a été légalement établie. Conformément à l'article 130 § 1 de l'arrêté concernant la perception d'un impôt fédéral direct, la procédure en recouvrement fut engagée contre les requérants eux-mêmes et c'est à eux que les amendes furent infligées (paragraphe 11 et 21 ci-dessus). Il faut dès lors admettre que, indépendamment du point de savoir si feu M. P. était ou non réellement coupable, les requérants ont fait l'objet d'une sanction pénale pour une fraude fiscale imputée au défunt. Or il existe une règle fondamentale du droit pénal, selon laquelle la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'acte délictueux. C'est ce que reconnaît en fait, en Suisse, le droit pénal général, notamment l'article 48 § 3 du code pénal, aux termes duquel l'amende tombe si le condamné vient à décéder (paragraphe 31 ci-dessus). De l'avis de la Cour, cette règle est aussi requise par la présomption d'innocence consacrée à l'article 6 § 2 de la Convention. Hériter de la culpabilité du défunt n'est pas compatible avec les normes de la justice pénale dans une société régie par la prééminence du droit. Il y a dès lors eu violation de l'article 6 § 2”. Sull'art. 6, par. 2 della CEDU leggasi CHENAL, TAMIETTI, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, p. 222 e seg.; MEYER-LADEWIG, *EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention*, 3 ed., 2011, p. 175 e seg.. Sulla presunzione d'innocenza si legga, altresì, G. PALMISANO (a cura di), *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instruments*, Brill Nijhoff, 2014; S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, 2014; S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Hart Publishing, 2015; TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 153 et s..

2002Si legga, da ultimo, in tal senso la sentenza della Corte EDU *Varvara c. Italia*, ricorso n. 17475/09, del 29 ottobre 2013, par. 69. Nello stesso senso, si legga anche la precedente decisione *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 75909/01, del 10 maggio 2002, par. 116, in cui si legge: “En ce qui concerne la Convention, l'article 7 ne mentionne pas expressément le lien moral entre l'élément matériel de l'infraction et la personne qui en est considérée comme l'auteur. Cependant, la logique de la peine et de la punition ainsi que la notion de “guilty” (dans la version

La riconduzione del principio di soggettività nell'alveo dell'art. 7 CEDU risulta di particolare importanza ai fini della piena tutela di quest'ultimo. Il diritto alla presunzione di innocenza, consistente nel diritto dell'imputato a non essere considerato colpevole fino a quando la sua colpevolezza sia stata provata "oltre ogni ragionevole dubbio", ha, infatti, natura meramente processuale e assume, quindi, tratti significativamente diversi, sia in termini di contenuto che di accertamento del relativo diritto. Il diritto alla presunzione di innocenza mira, infatti, a tutelare l'innocenza dell'indagato a livello processuale fino a quando non sia intervenuta una sentenza definitiva che ne sancisca in base ad un elevato standard probatorio la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Il principio di colpevolezza, invece, esige che ogni elemento significativo del fatto di reato sia addebitato all'autore del reato a titolo di dolo, o, quanto meno, a titolo di colpa; e che oltre al collegamento psichico tra soggetto agente e fatto, risulta altresì necessaria la rimproverabilità dello stesso soggettivo collegamento.

L'utilizzo del diritto alla presunzione di innocenza quale principio sovranazionale idoneo a garantire il collegamento psichico tra il fatto di reato commesso e il suo autore costringe la Corte EDU a decidere sul piano processuale dell'onere probatorio, e non sostanziale, della sussistenza di un comportamento personale colpevole. La valenza processuale del principio sancito dall'art. 6, par. 2 CEDU porta ad agevolare un percorso ermeneutico in base al quale le ipotesi di responsabilità oggettiva, in cui non viene scrutinata la responsabilità personale e colpevole dell'autore del reato, sono trasformate in ipotesi di "presunzioni (relative) di responsabilità, superabili nella giustizia del caso concreto attraverso la prova dell'elemento soggettivo"²⁰⁰³.

Nei casi in cui la Corte ha affermato l'esistenza del principio di soggettività sulla scorta dell'articolo 6, par. 2 CEDU, infatti, gli accertamenti compiuti dalle autorità giudiziarie competenti ai fini della dichiarazione di colpevolezza del reo nel caso concreto sono considerati sufficienti per ritenere tale decisione compatibile con l'art. 6, par. 2 CEDU²⁰⁰⁴. In particolare, in quest'ottica la Corte EDU

anglaise) et la notion correspondante de "personne coupable" (dans la version française) vont dans le sens d'une interprétation de l'article 7 qui exige, pour punir, un lien de nature intellectuelle (conscience et volonté) permettant de déceler un élément de responsabilité dans la conduite de l'auteur matériel de l'infraction. A défaut, la peine ne serait pas justifiée. Il serait par ailleurs incohérent, d'une part, d'exiger une base légale accessible et prévisible et, d'autre part, de permettre qu'on considère une personne comme "coupable" et la "punir" alors qu'elle n'était pas en mesure de connaître la loi pénale, en raison d'une erreur invincible ne pouvant en rien être imputée à celui ou celle qui en est victime".

2003Si legga, al proposito, G. PANEBIANCO, *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 3, 2014, p. 1326, nonché CHENAL, TAMIETTI, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (diretto da), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012, p. 222 e seg..

2004Si legga, in particolare, in tal senso l'emblematica sentenza *Salabiaku c. Francia*, del 7 ottobre 1988, n. 10519/83, in cui si legge quanto segue (par. 27 e seguenti): "[omissis...] les États contractants demeurent libres, en principe, de réprimer au pénal un acte accompli hors de l'exercice normal de l'un des droits que protège la Convention (arrêt Engel et autres du 8 juin 1976, série A no 22, p. 34, par. 81) et, partant, de définir les éléments constitutifs de pareille infraction. Ils peuvent notamment, toujours en principe et sous certaines conditions, rendre punissable un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence; leurs législations respectives en offrent des exemples. [omissis...] D'un fait matériel qui ne s'analyse pas nécessairement lui-même en délit ni en contravention, il induit que la "responsabilité pénale" de l'importation frauduleuse de marchandises, prohibées ou non, ou de leur défaut de déclaration pèse sur le détenteur. Il en tire une

riconosce agli Stati la facoltà “in linea di principio e a determinate condizioni, (di) rendere punibile un fatto obiettivo o materiale considerato in quanto tale, che derivi o meno da un'intenzione delittuosa o da una negligenza”, dal momento che la Convenzione, in via di principio, non vieta presunzioni di fatto o di diritto, purché gli Stati membri le contengano “entro limiti ragionevoli, che prendano in considerazione l'importanza della posta in gioco e mantengano i diritti della difesa”²⁰⁰⁵. L'inadeguatezza del richiamo all'articolo 6, par. 2 CEDU quale fondamento normativo del principio di colpevolezza ha portato, successivamente, la Corte a porre a fondamento del principio di colpevolezza in senso sostanziale l'articolo 7 della CEDU, che disciplina il principio di legalità. In particolare, nella sentenza *Sud Fondi srl e a.*²⁰⁰⁶, la Corte ha per la prima volta affermato che,

*présomption légale en vertu de laquelle le tribunal de grande instance de Bobigny, puis la cour d'appel de Paris ont déclaré l'intéressé "coupable (...) d'importation en contrebande de marchandises prohibées" (paragraphes 13-14 ci-dessus), délit douanier qui se conçoit avec ou sans détention de la chose et que visent les articles 414 et 417. [omissis...] Le glissement ainsi opéré de l'idée de responsabilité pénale à la notion de culpabilité illustre le caractère très relatif de pareille distinction; il soulève un problème sous l'angle de l'article 6 par. 2 (art. 6-2) de la Convention. Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil. Si, comme semble le penser la Commission (paragraphe 64 du rapport), le paragraphe 2 de l'article 6 (art. 6-2) se bornait à énoncer une garantie à respecter par les magistrats pendant le déroulement des instances judiciaires, ses exigences se confondraient en pratique, dans une large mesure, avec le devoir d'impartialité qu'impose le paragraphe 1 (art. 6-1). Surtout, le législateur national pourrait à sa guise priver le juge du fond d'un véritable pouvoir d'appréciation, et vider la présomption d'innocence de sa substance, si les mots "légalement établie" impliquaient un renvoi inconditionnel au droit interne. Un tel résultat ne saurait se concilier avec l'objet et le but de l'article 6 (art. 6) qui, en protégeant le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de la présomption d'innocence, entend consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit (voir, entre autres, l'arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, série A no 30, p. 34, par. 55). L'article 6 par. 2 (art. 6-2) ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les ensermer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense. La Cour recherchera si elles ont été franchies au détriment de M. Salabiaku”. Sul punto, si legga, altresì, il commento all'art. 48, par. 1 della Carta in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, 2014; S. DE VRIES, U. BERNITZ, S. WEATHERILL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, cit.; ABBADESSA, *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in MANES, ZAGRELBESKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, 2011, p. 383 e seg.. Nello stesso senso, si leggano anche le decisioni della Corte EDU *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Svezia*, ricorso n. 36985/97, del 23 luglio 2002, par. 112; *Janosevic c. Svezia*, ricorso n. 34619/97, del 23 luglio 2002, par. 100; *Pham Hoang c. Francia*, ricorso n. 13191/87, del 25 settembre 1992, par. 33; *Radio France e altri c. Francia*, ricorso n. 53984/00, del 30 marzo 2004, par. 24; *G. c. Regno Unito*, ricorso n. 37334/08, del 30 agosto 2011, par. 26.*

2005 Come chiarito dalla Corte EDU in altre pronunce ciò significa che i mezzi impiegati devono risultare proporzionati al legittimo scopo che si intende perseguire, che dovrà essere definito tenendo in debita considerazione le circostanze rilevanti nel caso di specie. Si legga, al riguardo, Corte EDU, *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Svezia*, cit., par. 113; *Janosevic c. Svezia*, cit., par. 101 e ; *Falk c. Paesi Bassi*, ricorso n. 66273/01, del 19 ottobre 2004.

2006 La Corte EDU si è espressa in tal senso nella sentenza *Sud Fondi srl c. Italia*, del 20 gennaio 2009, n. 75909/01. Il ricorso era stato promosso da tre società che, in ragione del piano regolatore generale vigente, dei piani di lottizzazione approvati dall'amministrazione locale e delle concessioni edilizie ottenute, avevano iniziato la costruzione di alcuni complessi immobiliari sulla costa di Punta Perotti. A seguito della pubblicazione di un articolo che lamentava lo scempio paesaggistico causato dalle costruzioni, venne avviato un procedimento penale nei confronti dei rappresentanti delle società, dei direttori e dei responsabili dei lavori: le lottizzazioni e le costruzioni, infatti, erano ritenute abusive perché insistenti su un sito di interesse naturale protetto. A conclusione del procedimento di primo grado, il Tribunale riconobbe il carattere abusivo delle costruzioni, ma assolse gli imputati con la formula “il fatto non costituisce reato”, poiché, in considerazione dei permessi di costruire rilasciati dall'amministrazione e della complessità e lacunosità della disciplina, il fatto non era loro ascrivibile per carenza dell'elemento soggettivo. Tuttavia, ravvisando l'illegittimità dei piani di lottizzazione approvati dall'amministrazione locale, il Tribunale dispose la confisca di tutti i terreni lottizzati e degli immobili che vi erano stati costruiti. A seguito del ricorso proposto innanzi alla Corte di Cassazione, i giudici di legittimità cassarono la sentenza di

nonostante l'art. 7 CEDU non menzioni espressamente il legame psicologico tra l'elemento materiale dell'infrazione e la persona che ne è considerata autore, “la logica della pena e della punizione così come la nozione di “*guilty*” (nella versione inglese) e la nozione di “*personne coupable*” (nella versione francese) vanno nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di affermare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione. In mancanza, la pena non sarebbe giustificata. D'altronde, sarebbe incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, permettere che si consideri una persona come “colpevole” e “punirla” ancorché non fosse in condizione di conoscere la legge penale, in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stato vittima”²⁰⁰⁷.

Il richiamo all'art. 7 CEDU consente di valorizzare il rapporto sussistente tra il principio *nulla poena sine culpa* ed il principio di legalità. Secondo il ragionamento della Corte, infatti, non sarebbe coerente né legittimo, da un lato, esigere l'accessibilità e la prevedibilità delle norme e delle rispettive conseguenze sanzionatorie e, dall'altro, punire un soggetto senza che sia possibile accertarne la colpevolezza in concreto, sanzionando anche comportamenti dovuti alla mancata conoscenza della legge penale per errore inevitabile che non può essergli imputato²⁰⁰⁸. La Corte EDU, quindi, anche nelle sue più recenti decisioni sul punto²⁰⁰⁹, pur confermando che gli Stati contraenti possono, in via di principio, e rispettando talune condizioni, prevedere casi di responsabilità oggettiva²⁰¹⁰, ribadisce che una corretta interpretazione del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU impone di accertare che il precetto sanzionatorio fosse prevedibile e accessibile, e, quindi, il comportamento dell'autore del reato rimproverabile e colpevole anche dal punto di vista soggettivo.

appello, ritenendo illegittimi sia i piani di lottizzazione che le autorizzazioni rilasciate. Gli imputati furono comunque assolti per difetto di dolo e colpa e per errore inevitabile nell'interpretazione di disposizioni regionali “oscuri e mal formulate”, che interferivano con la legge nazionale. Tuttavia la Corte di cassazione ordinò la confisca di tutti gli immobili controversi, conformemente alla propria giurisprudenza che considera tale provvedimento consequenziale alla lottizzazione abusiva anche in assenza di condanna penale dei costruttori.

2007In tal senso, Corte EDU, sentenza *Sud Fondi srl c. Italia*, ricorso n. 75909/01, del 20 gennaio 2009, par. 116 e 117.

2008Sulla relazione tra il principio di legalità e il principio di colpevolezza, incentrata sulla valutazione della prevedibilità della conseguenza sanzionatoria in relazione all'esigibilità dell'adempimento del dovere di informazione, nella giurisprudenza della Corte EDU, si legga Corte EDU *Cantoni c. Francia*, ricorso n. 17862/91, del 15 novembre 1996. Corte EDU, *Khodorkovskiy and Lebedev c. Russia*, ricorsi nn. 11082/06 e 13772/05, del 25 luglio 2013, par. 779.

2009Si legga, al riguardo, in particolare, la sentenza della Corte EDU *Varvara c. Italie*, n. 17475/09, del 29 ottobre 2013, par. 70-73.

2010La Corte EDU si esprime nello stesso senso nel caso *Janosevic c. Svezia* (del 23 luglio 2002, n. 34619/97, par. 68) si legge che “*l'absence d'éléments subjectifs ne prive pas nécessairement une infraction de son caractère pénal; de fait, les législations des Etats contractants offrent des exemples d'infractions pénales fondées uniquement sur des éléments objectifs*”.

4.1.1.1.47 Il principio di colpevolezza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e negli atti legislativi europei

Pur se nell'ordinamento giuridico europeo non sussiste un'esplicita riconduzione del principio di colpevolezza nell'alveo del principio di legalità, è dato desumere da alcuni indici normativi che i due principi sono considerati distinti. Possiamo trovare una conferma di tale assunto nella Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, in cui, al punto 4, nell'elencare i principi generali che regolano il diritto penale, il Parlamento europeo si riferisce in due punti distinti sia al principio di *nulla poena sine culpa*, il quale assume perciò valenza autonoma, che, successivamente nello stesso paragrafo, al principio di presunzione di innocenza²⁰¹¹.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, d'altra parte, pur non giungendo agli approdi interpretativi raggiunti dalla Corte EDU circa la relazione tra principio di colpevolezza e principio di legalità è giunta a riconoscere, del pari, la necessità di accertare la sussistenza del nesso psichico, in ossequio al principio *nulla poena sine culpa*, accanto al requisito oggettivo del nesso causale tra condotta e evento.

La giurisprudenza della Corte si è inizialmente sviluppata in relazione agli illeciti amministrativi, specialmente in materia di concorrenza e, solo in alcuni casi, ha definito il principio di colpevolezza in relazione alla materia penale. Le conclusioni raggiunte in ambito di concorrenza sono tanto più estensibili alla materia penale soprattutto dopo il riconoscimento della natura penale o quasi penale delle sanzioni amministrative irrogate dalla Commissione. Nel pronunciarsi sulle impugnazioni relative alle sanzioni irrogate dalla Commissione, la Corte ha riconosciuto il principio anche nella sua accezione più estensiva di responsabilità per fatto proprio rimproverabile e non solo nelle accezioni più restrittive di divieto di responsabilità per fatto altrui o come divieto di responsabilità oggettiva.

Il principio di colpevolezza, infatti, può assumere diversi connotati a seconda dell'interpretazione che viene allo stesso fornita. Secondo un'accezione minimale, il principio è inteso come divieto assoluto di ritenere un soggetto responsabile per fatto altrui. Secondo tale opzione interpretativa, pertanto, il soggetto sarebbe penalmente responsabile in tutti i casi in cui il fatto addebitatogli sia stato da lui materialmente causato²⁰¹². Secondo quanto affermato in base ad un'accezione

2011Si legga, al riguardo, la Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 *su un approccio dell'UE in materia di diritto penale*, (2010/2310(INI)), (2013/C 264 E/02), punto n. 4.

2012In un sistema di diritto penale in cui il soggetto sia considerato penalmente responsabile per il fatto altrui, il soggetto risponde del fatto di altri senza che egli abbia in alcun modo contribuito al verificarsi di esso. Tale forma di responsabilità era propria di epoche passate in cui veniva punito il capo famiglia per i reati del figlio o il capotribù per il fatto criminoso di uno dei componenti. Alla base della previsione di una tale forma di responsabilità vi era una concezione organicistica in base alla quale l'autore de crimine era solamente un elemento dell'unica realtà politica o familiare. Una tale concezione è purtroppo riemersa anche in tempi recenti in momenti storici di crisi e conflitto politico. Tali forme distorte di responsabilità sono state proibite dalla Convenzione di Ginevra del 12

intermedia, invece, sarebbero vietate anche le ipotesi di responsabilità oggettiva. In tal caso, quindi, il fatto di reato, oltre ad essere causato dal soggetto, deve anche essergli psicologicamente attribuibile; in caso contrario, l'evento criminoso non può dirsi suo personale e non può, quindi, essergli addebitato²⁰¹³. Infine, l'ultima accezione, quella massima, accoglie il principio della responsabilità personalizzata, propria di un diritto penale dell'atteggiamento interiore²⁰¹⁴. L'interpretazione del principio di colpevolezza normalmente accolta nei moderni sistemi di diritto penale è quella intermedia, che si fonda su un sistema di responsabilità personale e colpevole, in base alla quale il soggetto è chiamato a rispondere solamente del fatto proprio, che sia a lui attribuibile anche psicologicamente, perché posto in essere con dolo o, almeno, con colpa. L'elemento a venire in considerazione è, quindi, l'atteggiamento psichico antidoveroso nei confronti del singolo fatto di reato, e non gli elementi personalistici estranei a tale atteggiamento rilevante nel caso concreto.

Per quanto, in particolare, riguarda il rapporto tra diritto nazionale e sovranazionale relativamente al principio di colpevolezza, occorre rilevare che la Corte Costituzionale tedesca nella sentenza sul Trattato di Lisbona ha affermato che le “competenze dell’Unione europea in ambito penale devono essere interpretate in modo tale da rispettare le norme del principio di colpevolezza”. Il principio nella decisione del *Bundesverfassungsgericht* è ritenuto un principio fondamentale del diritto penale che serve a delimitare ulteriormente le competenze dell'Unione europea. Il riferimento effettuato in tale pronuncia al principio di colpevolezza, anziché ad altri principi fondamentali vigenti in materia penale, non è casuale. Nel diritto tedesco, infatti, il rispetto dello stesso è strettamente collegato alla tutela della dignità umana²⁰¹⁵. Secondo l'ordinamento giuridico tedesco la dignità umana si fonda

agosto 1949, sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra, in cui all'articolo 33 si legge che “nessuna persona protetta può essere punita per un’infrazione che non ha commesso personalmente. Le pene collettive, come pure qualsiasi misura d’intimidazione o di terrorismo, sono vietate”.

2013 Il soggetto risponde a titolo di responsabilità oggettiva nel caso in cui lo stesso abbia materialmente causato il fatto addebitatogli, senza che, tuttavia, sia allo stesso psicologicamente riconducibile. Il fatto di reato viene, quindi, allo stesso addebitato sulla mera base dell'esistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento ed indipendentemente da qualsiasi nesso psichico tra il fatto e l'agente. In base a tale forma di responsabilità, la sola causazione del fatto di reato legittima la risposta punitiva statale. Allo stato attuale molti codici penali tra cui quello norvegese, danese, tedesco, spagnolo e portoghese hanno abolito qualsiasi forma di responsabilità oggettiva. Residuano, tuttavia, alcuni sistemi giuridici, tra cui quello italiano che puniscono casi di responsabilità oggettiva, sulla considerazione che *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*. In base a tale accezione, al fine di attribuire la responsabilità di un fatto di reato ad un determinato soggetto non è sufficiente che egli l'abbia realizzato materialmente, ma è, altresì, necessario che l'abbia realizzato colpevolmente. La categoria della colpevolezza così delineata presuppone la capacità dell'uomo, a differenza degli animali, di operare una scelta tra più condotte possibili secondo determinati schemi di valore.

2014 In base a tale concezione si corre il rischio di spostare l'attenzione dall'offesa del bene giuridico alla *Gesinnung* e, quindi, di ancorare la punizione a modi di essere o atteggiamenti di coscienza, che possono essere strumentalizzati in senso soggettivistico-ideologico; una tale accezione porterebbe anche a non attribuire il dovuto valore agli altri fondamentali principi che caratterizzano i moderni sistemi di diritto penale, ossia il principio di materialità e di offensività del reato.

2015 Secondo quanto si legge nella sentenza sul Trattato di Lisbona del *Bundesverfassungsgericht* (2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, del 30 giugno 2009) al paragrafo 364 “nel campo della giustizia penale, l’art. 1 comma 1 Legge fondamentale determina il modo di concepire l’essenza della pena nonché la proporzione tra la colpevolezza e l’espiazione (cfr. BVerfGE 95, 96 <140>). Il principio che ogni pena presuppone una colpevolezza ha quindi la propria base nella garanzia della dignità umana dell’art. 1 comma 1 Legge fondamentale (cfr.

sull'idea di uomo come “soggetto spirituale ed etico, determinato ad autodeterminarsi e a svilupparsi in libertà” e il principio di colpevolezza è il fondamento su cui si fonda la “responsabilità autonoma dell'uomo, che determina autonomamente il proprio agire e che, in virtù della libertà di volizione, può scegliere tra il lecito e l'illecito”²⁰¹⁶.

L'opzione interpretativa accolta nell'ordinamento giuridico tedesco, così come nella maggior parte dei sistemi di diritto penale degli Stati membri, definita come “fondamentale conquista del pensiero umano” e “imprescindibile principio di civiltà giuridica”²⁰¹⁷, in base alla quale un soggetto è punibile solo in seguito all'accertamento della sua responsabilità personale e colpevole è stata accolta anche a livello sovranazionale sia dal legislatore europeo che dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale ha avuto modo di definire i connotati e delimitare l'ambito di applicazione del principio di colpevolezza.

Pur se nella sua giurisprudenza sino ad oggi la Corte non ha ancora avuto modo di occuparsi in modo approfondito del principio *nulla poena sine culpa*, vi sono elementi che inducono a ritenere che essa dia per scontata la sua vigenza nell'ordinamento dell'Unione²⁰¹⁸.

La Corte ha, in particolare, stabilito attraverso le sue pronunce la differenza tra offesa intenzionalmente perpetrata e offesa posta in essere non intenzionalmente. Come avremo modo di osservare, inizialmente non ha disegnato i contorni di tale principio in ambito penale; si è, al contrario, soffermata sulla definizione di responsabilità personale e intenzionalità della condotta in casi inerenti, in particolare, l'ambito delle sanzioni irrogate dalla Commissione per la violazione di regole poste a tutela della concorrenza e in ambito di agricoltura e di politica agricola comune.

Nell'analisi che ci accingiamo a svolgere cercheremo innanzitutto di individuare se il diritto europeo ha accolto una nozione tripartita di colpevolezza, ispirandosi alla tradizione di *common law*, o se, invece, ha adottato una concezione bipartita della colpevolezza propria dei sistemi continentali di *civil law*. In base alla tradizione anglosassone, infatti, la colpevolezza può essere configurata secondo tre diversi gradi di intensità: *intention*, *recklessness* e *negligence*²⁰¹⁹. In base a tale

BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). Il principio di colpevolezza fa parte dell'identità costituzionale indisponibile ai sensi dell'art. 79 comma 3 Legge fondamentale, che è tutelata anche da ingerenze di un potere pubblico esercitate in forme sovranazionali”.

2016In tal senso, si legga *Bundesverfassungsgericht*, sentenza sul Trattato di Lisbona, del 30 giugno 2009, 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, par. 364.

2017In tal senso, si legga F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2011, p. 284.

2018Nella sentenza *Maizena e a.*, causa C-137/85, del 18 novembre 1987, in *Racc.* p. 4587, punto 14, la Corte ha affermato che il principio *nulla poena sine culpa* è un principio “tipico del diritto penale”. La sua esistenza nell'ordinamento dell'Unione viene inoltre presupposta nella sentenza *Käserer Champignon Hofmeister*, causa C-210/00, dell'11 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6453, in particolare par. 35 e 44. Vedi, altresì, le conclusioni presentate dall'avvocato generale Lenz l'11 luglio 1992 nella causa *Van der Tas*, causa C-143/91, in *Racc.* p. I-5045, par. 11, nonché – in generale, sul principio di colpevolezza nell'applicazione di norme amministrative a carattere sanzionatorio – le conclusioni presentate dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer il 24 gennaio 2008 nella causa *Michaeler e a.*, cause riunite C-55/07 e C-56/07, in *Racc.* p. I-3135, par. 56.

2019Si legga, al riguardo, A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2009, pp. 190-191; A. SIMESTER, J. SPENCER, R. SULLIVAN, G. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, Oxford, 2013; D. OMEROD, *Smith & Hogan Criminal Law*, Oxford, 2005, pp. 93-110; J. FEINBERG, *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 1970, pp. 192-195; M. ALLEN, *Textbook on Criminal Law*, Oxford, 2003, pp. 50-114; J.

distinzione il soggetto commette il reato “intenzionalmente” quando sceglie deliberatamente di compiere una determinata azione o omissione al fine di causare quelle determinate conseguenze²⁰²⁰. Con i termini *recklessness*²⁰²¹ e negligenza (*negligence* in inglese), il sistema anglosassone, invece, si riferisce alle condotte di coloro che accettano un irragionevole grado di rischio che una persona ragionevole non accetterebbe. La differenza tra *recklessness* e negligenza consiste nel grado di consapevolezza del rischio. *Recklessness* richiede la consapevolezza soggettiva del rischio da parte dell'attore. La negligenza, invece, si configura quando è possibile constatare oggettivamente la sussistenza di un rischio riconoscibile da un soggetto dotato di normali capacità intellettive²⁰²².

In base al diritto anglosassone, oltretutto, sono ammesse anche forme di responsabilità oggettiva, per cui il soggetto è punibile indipendentemente dall'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato²⁰²³.

Nei sistemi di diritto penale continentale, invece, di regola, sono previste due sole forme di colpevolezza, il dolo e la colpa. La sussistenza di queste due sole forme di colpevolezza ha portato i sistemi giuridici occidentali ad estendere la nozione di dolo, da una parte, e di colpa, dall'altra. Il concetto di *recklessness* è, infatti, assorbito in tali sistemi giuridici nella nozione di dolo eventuale o colpa cosciente, a seconda del sistema giuridico che viene in rilievo e della diversa tipizzazione delle due forme di colpevolezza. Occorre, altresì, aggiungere, che, salvo, anche significative, eccezioni, nei sistemi di diritto penale di *civil law* non sono ammesse forme di responsabilità oggettiva in ambito penale²⁰²⁴.

BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, Cambridge, 2012; C. TURNER, *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge, 1996, pp. 36-40.

2020A fini di completezza, occorre sottolineare che accanto a tale forma di intenzionalità chiamata *direct intention* il diritto penale anglosassone prevede anche un'altra forma di intenzionalità, denominata *oblique intention*, la quale, tuttavia, non è chiaramente stabilito se rappresenti una forma di intenzionalità indipendente o, invece, un'altra forma, più attenuata, di *direct intention*. Si legga sul tema A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 172; A. DUFF, *Intention, Agency, and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990, p. 27; G. COFFEY, *Codifying the Meaning of intention in the Criminal Law*, in *Journal of Criminal Law*, 73, 5, ottobre, 2009, pp. 402-405.

2021Si preferisce in tale sede non tradurre il termine *recklessness*, in alcuni tradotto come temerarietà, poiché esprime un concetto giuridico che non ha equivalenti di significato nell'ordinamento italiano, almeno secondo l'accezione che è ad esso attribuita nell'ordinamento anglosassone di Inghilterra e Galles.

2022Sulle differenze tra i due termini nel diritto penale anglosassone, si legga A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, cit., p. 178 e A. SIMESTER, J. SPENCER, R. SULLIVAN, G. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, cit., pp. 151-152.

2023Sulla compatibilità con il sistema giuridico penale e la previsione di ipotesi di responsabilità oggettiva nel sistema giuridico di Inghilterra e Galles, si legga A. SIMESTER, J. SPENCER, R. SULLIVAN, G. VIRGO, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, cit., pp. 173; L. ALEXANDER, *Culpability*, in J. DEIGH, D. DOLINKO (a cura di), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2011, p. 230; M. ALLEN, *Textbook on Criminal Law*, cit., p. 99; J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, p. 214.

2024A tal proposito, sono radicalmente escluse forme di responsabilità oggettiva dall'ambito del diritto penale nei sistemi giuridici di derivazione tedesca, tra i quali vi è anche il sistema giuridico finlandese. Tuttavia, anche in tali sistemi sono ammissibili forme di responsabilità oggettiva in altri ambiti, tra cui assume particolare rilevanza la responsabilità contrattuale o extracontrattuale in materia civile. Il sistema giuridico olandese, invece, ammette forme di responsabilità oggettiva. Si legga, per un approfondimento circa la previsione di forme di responsabilità oggettiva in diversi sistemi giuridici europei C. OERTEL, *Objektive Haftung in Europa*, 2010, p. 49; B. A. KOCH, *Strict Liability*, in EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (a cura di), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, 2005, p. 101, 103-04; J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, p. 209 e seguenti. Sul rapporto tra art. 6, par. 2 CEDU e responsabilità oggettiva si legga A. ASHWORTH, *Should Strict*

Nell'analizzare il principio di soggettività a livello europeo, procederemo, quindi, a verificare quali forme di colpevolezza vengano in rilievo nei testi legislativi e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cercando di comprendere se il diritto europeo fa propria la concezione bipartita o tripartita del principio di colpevolezza.

L'intenzionalità, ossia il grado più intenso di colpevolezza, è senza dubbio la forma che il legislatore europeo predilige nel definire il grado di colpevolezza richiesto affinché siano integrati gli elementi costitutivi del reato. Ciò è confermato da quanto affermato nelle Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale, adottate il 30 novembre 2009. Si legge, in particolare, che “la normativa penale dell'UE dovrebbe in generale sanzionare solo gli atti commessi intenzionalmente. Un atto di negligenza dovrebbe essere punito quando una valutazione caso per caso indica che ciò è opportuno per la particolare pertinenza del diritto o dell'interesse essenziale oggetto di tutela, ad esempio in caso di negligenza grave che mette in pericolo la vita umana o arreca un grave danno”²⁰²⁵.

Lo stesso approccio è stato seguito nella Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un approccio dell'UE in materia di diritto penale²⁰²⁶, in cui si legge che il diritto penale dell'UE deve fondarsi sul principio della colpevolezza individuale (*nulla poena sine culpa*), e “di norma generale, dovrebbe imporre pene unicamente per atti commessi intenzionalmente oppure, in circostanze eccezionali, per atti che implicino grave negligenza”²⁰²⁷.

Il riferimento all'intenzionalità è anche quello più frequentemente utilizzato nella legislazione di diritto derivato in materia di diritto penale²⁰²⁸. Nonostante il fatto che l'intenzionalità sia la forma di

Liability be Removed from All Imprisonable Offences?, 2010, 45 *Irish Jurist*, p. 1 e seguenti, nonché D. K. BROWN, *Public Welfare Offenses*, in M. D. DUBBER, T. HÖRNLE (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, p. 866 e seguenti.

2025 In tal senso si leggano il punto 6 e 7 delle *Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale*, 2979th JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting, p. 3 della versione inglese. È disponibile la versione italiana del *Progetto di conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale*, Bruxelles, 27 novembre 2009 (30.11) (OR. en), 16542/2/09 REV 2 JAI 868 DROIPEN 160.

2026 Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 *su un approccio dell'UE in materia di diritto penale*, (2010/2310(INI)), (2013/C 264 E/02), lettera J e punto n. 4.

2027 Nella Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 *su un approccio dell'UE in materia di diritto penale*, cit., nella lettera J, integralmente, si legge “considerando che il diritto penale dell'UE, di norma generale, dovrebbe imporre pene unicamente per atti commessi intenzionalmente oppure, in circostanze eccezionali, per atti che implicino grave negligenza, e che deve poggiare sul principio della colpevolezza individuale (*nulla poena sine culpa*), benché in taluni casi possa essere giustificato per contemplare la responsabilità delle persone giuridiche per determinati tipi di reato”. Il punto 4 recita, invece: “riconosce l'importanza degli altri principi generali che regolano il diritto penale quali: il principio della colpevolezza individuale (*nulla poena sine culpa*): imporre quindi pene soltanto per atti commessi intenzionalmente oppure, in circostanze eccezionali, per atti che implicino grave negligenza, [omissis]”.

2028 Tra di esse è opportuno ricordare l'articolo 3, par. 1 della Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, *sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione* e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, in GU L 151, 21.5.2014, p. 1–8; articolo 3, par. 1, della Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, *relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato)*, in GU L 173, 12.6.2014, pp. 179–189; l'articolo 3 e 9 della Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, *relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione* e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, in GU L 218, 14.8.2013, p. 8–14; l'articolo 9 della Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18

colpevolezza normalmente prevista a livello legislativo dal legislatore europeo, quest'ultimo in nessuno strumento legislativo finora adottato ha provveduto a fornirne una chiara definizione. L'unico caso in cui vi è stata un'esplicita richiesta definitoria da parte del Comitato Economico e Sociale dei termini “consapevole” e “intenzionale” contenuti nella proposta di direttiva relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile²⁰²⁹. A tal proposito occorre, tuttavia, sottolineare che, nonostante la richiesta di definizione contenuta nel parere, il legislatore europeo non ha provveduto a definire i concetti di consapevolezza e intenzionalità nella versione definitiva della direttiva sull'abuso, sfruttamento sessuale dei minori e pornografia minorile, quantomeno non espressamente.

Nel Preambolo della direttiva, sebbene non sia possibile rintracciare una definizione esplicita di tali concetti, si trovano, infatti, alcune indicazioni che forniscono importanti criteri guida per delinearne il contenuto. Nel considerando 18 si legge, in via esplicativa, che “il carattere intenzionale del reato può dedursi in particolare dal fatto che gli accessi siano ricorrenti o che i reati siano stati commessi attraverso un servizio a pagamento”²⁰³⁰.

Bisogna, comunque, sottolineare che non è frequente trovare tali indicazioni definitorie negli atti di diritto secondario dell'Unione concernenti l'ambito penale, a differenza di altri settori in cui tale tecnica legislativa è più frequentemente utilizzata²⁰³¹.

giugno 2009, *che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*, in GU L 168, 30.6.2009, p. 24–32; gli articoli 3 e 4 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, Bruxelles, 11 luglio 2012, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD), C7-0192/12, {SWD(2012) 195 final}, {SWD(2012) 196 final} e l'art. 1, par. 3 della Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo*, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 141, 5.6.2015, pp. 73–117. Con formulazione ma riferendosi sempre a condotte di tipo intenzionale, si leggano, altresì, gli articoli 3, par. 1, 4, par. 1, 5, par. 1 e 6, par. 1 della Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, in GU L 335, 17.12.2011, p. 1–14; articolo 2, par. 1 della Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GU L 101, 15.4.2011, p. 1–11; articolo 2, par. 1 della Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, *relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, in GU L 192, 31.7.2003, p. 54–56; art. 1, par. 2 della Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, *che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo*, in GU L 330, 9.12.2008, p. 21–23.

2029Parere del Comitato Economico e Sociale sulla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, COM(2010) 94 final – 2010/0064 (COD), del 15 settembre 2010, SOC/377 - CESE 1173/2010, punto 4.9.

2030Considerando 18 della Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, cit.

2031Si leggano, in tal senso, quali esempi l'articolo 1, par. 1, lett. j), della Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, *relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi)*, (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 95, 15.4.2010, p. 1–24; articolo 1, lettera j) della Direttiva Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio *relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari*

In altri atti di diritto derivato²⁰³² si trova una formula che, piuttosto, che essere definitoria, sembra in realtà essere tautologica o, se interpretata diversamente, addirittura legittimante meccanismi presuntivi contrastanti con i corretti metodi di accertamento dello stesso principio di colpevolezza. Si legge, infatti, in tali atti che il “carattere intenzionale [*omissis*] può essere dedotto da circostanze materiali oggettive”. L'espressione può essere intesa nel senso che l'elemento psicologico deve essere accertato nell'ambito del processo penale sulla base di prove oggettive dedotte nel processo o, invece, come da taluno interpretato²⁰³³, nel senso che la colpevolezza dell'autore può essere desunta automaticamente da circostanze oggettive, in base ad un meccanismo presuntivo, senza un reale scrutinio sulla coscienza e volontà del soggetto nel commettere il reato²⁰³⁴.

A livello europeo è stata avvertita la necessità di delineare in modo più preciso i contorni del principio di colpevolezza nella proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. In relazione a tale strumento, infatti, il Parlamento in una posizione definita in prima lettura nell'aprile 2014 ha sentito la necessità di meglio specificare il requisito dell'intenzionalità, chiarendo che “per quanto riguarda i reati commessi da persone fisiche quali definiti nella presente direttiva, è necessario stabilire l'intenzionalità relativamente a tutti i loro elementi”²⁰³⁵.

In base a questa concezione dell'intenzionalità come rappresentazione e volontà del fatto oggettivo tipico, in tutti gli elementi oggettivi, positivi e negativi, della fattispecie del reato, un reato può essere psicologicamente attribuibile ad un soggetto solo nel caso in cui la sua cognizione e volontà abbia investito tutti gli elementi del reato. Una tale definizione dell'elemento intenzionale, ormai accettata nella maggior parte degli Stati membri, non era finora stata menzionata a livello europeo e rappresenta per questo un significativo passo in avanti nella definizione del concetto di

e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 332, 18.12.2007, p. 27–45.

2032Tra essi, tale formulazione è utilizzata nell'articolo, 1, par. 4 dell'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in GU C 316, 27.11.1995, pp. 48–57; nell'articolo 1 della Direttiva 91/308/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1991, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite*, in GU L 166, 28.6.1991, pp. 77–82; e nell'articolo 1, par. 6 della Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo*, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 141, 5.6.2015, pp. 73–117.

2033Una tale interpretazione è quella adottata dagli autori del Manifesto sulla Politica Criminale, ZIS 12/2009, punto II.3, p. 742, in cui si legge che “*Tuttavia proprio la Convenzione PIF indica che questo importante presupposto soggettivo si regge su piedi d'argilla e può essere facilmente scardinato, se l'art. 1 comma 4 della Convenzione consente di ricavare l'esistenza del dolo da circostanze oggettive. Una simile conclusione automatica in ordine al dolo non soddisfa il principio di colpevolezza*”.

2034Per una ricostruzione delle due soluzioni interpretative, si legga J. RANKINEN, *Positive Fault Requirements in EU Criminal Law*, in *EuCLR*, Vol. 6, 2/2016, p. 127–128.

2035In tal senso nella propria posizione definita in prima lettura il 16 aprile 2014 in vista dell'adozione della direttiva 2014/.../UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (EP-PE_TC1-COD(2012)0193), TA/2014/427/P7, il Parlamento europeo ha aggiunto un Considerando 9 bis in cui, oltre a quanto riportato nel testo, si legge che “*i reati commessi da persone fisiche che non hanno il requisito dell'intenzionalità non sono coperti dalla presente direttiva*”.

intenzionalità.

Un altro requisito fondamentale caratterizzante il principio di colpevolezza è stato auspicato dal Parlamento in sede di decisione in prima lettura dell'allora proposta di direttiva sulla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale²⁰³⁶. In tale sede, si è auspicata l'introduzione del principio in base al quale “qualora risulti che un'attività continuativa dia luogo, dopo un certo tempo, a un danno ambientale che a sua volta potrebbe far scattare una responsabilità penale ai sensi della presente direttiva, per stabilire se l'autore del danno abbia agito intenzionalmente o per negligenza è opportuno far riferimento al momento in cui questi si è reso conto, o avrebbe dovuto rendersi conto, della fattispecie di reato, e non al momento in cui egli ha avviato l'attività”. Il momento determinante per stabilire se sussista l'elemento soggettivo, in base a tale lettura deve, pertanto, essere il momento in cui l'autore si rende conto che sta commettendo un reato e non nel momento, anteriore, in cui ha iniziato l'attività²⁰³⁷.

Il concetto di intenzionalità è stato anche definito dalla Corte di Giustizia, la quale ha statuito che il reato si considera commesso intenzionalmente se posto in essere con coscienza e volontà²⁰³⁸.

Con riferimento al requisito dell'intenzionalità, la Corte ha, in particolare, precisato la differenza tra violazioni poste in essere intenzionalmente e violazioni commesse, invece, non intenzionalmente, per la prima volta nel caso *Rinkau*²⁰³⁹, relativo all'interpretazione dell'art. II del Protocollo allegato alla Convenzione 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile commerciale²⁰⁴⁰.

La Corte, dopo aver sottolineato che, pur in assenza di una definizione di infrazione non volontaria nell'ambito della Convenzione²⁰⁴¹, “i diritti nazionali della maggior parte degli Stati contraenti

2036Si legga al riguardo la *Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente* (COM(2007)0051–C6-0063/2007–2007/0022(COD)), documento A6-0154/2008, emendamento 9, considerando 12 bis.

2037Su questo principio, denominato *principle of contemporaneity*, si legga J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, cit., pp. 250-258.

2038Si legga, al proposito, la sentenza della Corte di Giustizia, *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau contro SGS Belgium NV e altri*, causa C-367/09, del 28 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-10761, par. 57.

2039Corte di Giustizia, *Siegfried Ewald Rinkau*, causa 157/80, del 17 giugno 1980, in *Racc.* p. 1392, par. 15, su cui si legga T. HARTLEY, *Civil Proceedings in Criminal Court: Article II of the Protocol*, *European Law Review*, 1981, p. 483; W. J. HABSCHEID, *Zur Auslegung von Art. II des Protokolls zum EuGVÜ*, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1982, p. 173.

2040L'art. II del Protocollo della Convenzione del 27 settembre 1968 stabilisce che “salvo disposizioni nazionali più favorevoli, le persone domiciliate in uno Stato contraente cui venga contestata un'infrazione non volontaria davanti alle giurisdizioni penali di un altro Stato contraente di cui non sono cittadini possono, anche se non compaiono personalmente, farsi difendere dalle persone a tal fine abilitate. Tuttavia, la giurisdizione adita può ordinare la comparizione personale; se la comparizione non ha luogo, la decisione resa nell'azione civile senza che la persona in causa abbia avuto la possibilità di farsi difendere potrà non essere riconosciuta né eseguita negli altri Stati contraenti”.

2041Corte di Giustizia, *Siegfried Ewald Rinkau*, causa 157/80, del 17 giugno 1980, in *Racc.* p. 1392, par. 11. In particolare, la Corte letteralmente statuisce che “anche se la nozione d'infrazione non volontaria non è stata definita nell'ambito della Convenzione, occorre tuttavia, onde garantire nei limiti del possibile l'uguaglianza e l'uniformità dei diritti e degli obblighi che derivano dalla Convenzione per gli Stati contraenti e per gli interessati, considerarla come una nozione autonoma che va precisata richiamandosi anzitutto agli scopi ed alla struttura della Convenzione e, in secondo luogo, ai principi generali del complesso degli ordinamenti giuridici nazionali. Ciò è tanto più necessario qualora, come nel presente caso, vi siano differenze terminologiche fra le versioni linguistiche della

conoscono, sotto forme diverse, la distinzione fra reato intenzionale e reato non intenzionale”²⁰⁴² delinea la distinzione tra reati commessi con intenzione e reati commessi, invece, in maniera involontaria. Secondo quanto dalla stessa affermato “Mentre [omissis] i reati detti intenzionali presuppongono, per essere punibili, l'intenzione dell'autore di commettere l'atto vietato, i reati non intenzionali possono esser dovuti ad imprudenza, a negligenza, o alla semplice trasgressione obiettiva di una norma giuridica”.

In tale decisione, come è possibile osservare ad una prima lettura, la Corte, tuttavia, non ha fornito una definizione autonoma del concetto di intenzionalità, limitandosi a sottolineare la differenza tra reati commessi volontariamente e reati commessi, invece, non intenzionalmente.

Una più precisa e puntuale definizione dei contenuti del principio di colpevolezza a livello europeo è stato fornito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Afrasiabi and others* emessa nel novembre del 2011²⁰⁴³. Rilevanti al proposito, sono anche le conclusioni depositate dall'Avvocato Generale Bot nella medesima causa²⁰⁴⁴. La domanda pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte verte sull'interpretazione dell'art. 7, n. 3 e 4, del regolamento (CE) del Consiglio 19 aprile 2007, n. 423, *concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran*. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento penale a carico dei sigg. Afrasiabi, Sahabi e Kessel, sospettati di aver violato le citate disposizioni del regolamento n. 423/2007 per aver partecipato alla fornitura e all'installazione, in Iran, di un forno di sinterizzazione per ceramica proveniente dalla Germania.

Nelle proprie conclusioni l'Avvocato Generale, in primo luogo, sottolinea che i termini “consapevolmente” e “deliberatamente”, di cui all'art. 7, n. 4, del regolamento n. 423 del 2007²⁰⁴⁵ devono essere interpretati in modo autonomo e uniforme su tutto il territorio dell'Unione, tenuto conto del principio dell'autonomia del diritto penale.

In secondo luogo, nel delineare una definizione generale, le cui condizioni di esistenza ricorrano in qualsiasi tipo di reato considerato, afferma che, “nel compimento di ogni azione punibile, si devono trovare riunite, presso colui che la commette, una coscienza ed una volontà libere, ossia non inficiate da un problema mentale e/o da una coercizione”²⁰⁴⁶. La verifica circa la sussistenza di tali

Convenzione”.

2042Corte di Giustizia, *Siegfried Ewald Rinkau*, causa 157/80, del 17 giugno 1980, in *Racc.* p. 1392, par. 14.

2043Corte di Giustizia, *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-14285.

2044Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rassegnate in relazione al procedimento *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, in data 16 novembre 2011, in *Racc.* p. I-14288, par. 78-96.

2045L'art. 7, nn. 3 e 4, del regolamento n. 423/2007, *concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran* (pubblicato in GU L 103, pag. 1) stabilisce che: “Nessun fondo o risorsa economica è messo a disposizione, direttamente o indirettamente, delle persone fisiche o giuridiche, delle entità o degli organismi di cui agli allegati IV e V o utilizzato a loro beneficio. 4. È vietato partecipare, consapevolmente e deliberatamente, ad attività aventi l'obiettivo o il risultato di eludere, direttamente o indirettamente, le misure di cui ai paragrafi 1, 2 e 3”. Ai sensi dell'art. 12, n. 2, del medesimo regolamento, inoltre “[i] divieti di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera c) e all'articolo 7, paragrafo 3, non comportano alcun genere di responsabilità per le persone fisiche o giuridiche o le entità interessate se esse non sapevano, e non avevano alcun motivo ragionevole di sospettare, che le loro azioni avrebbero violato tali divieti”.

2046Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rassegnate in relazione al procedimento *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, in data 16 novembre 2011, in *Racc.* p. I-14288, par. 83.

condizioni è essenziale al fine di accertare l'elemento soggettivo del reato²⁰⁴⁷.

Nel descrivere le caratteristiche cui deve ispirarsi il principio di colpevolezza, l'Avvocato Generale passa poi a distinguere, come aveva già statuito la Corte nella sentenza *Rinkau* prima esaminata, tra colpa intenzionale, che nel suo significato più restrittivo sta ad indicare quella condizione in cui l'autore persegue proprio la finalità vietata dalla legge, e la colpa commessa per imprudenza o negligenza, in base alla quale è punita la condotta di chi ponga in essere una condotta che perfezioni il fatto di reato vietato dalla legge, anche se lo stesso non è stato intenzionalmente voluto. Come si legge nelle conclusioni, in tal caso “il testo repressivo tiene conto di un comportamento che esprime un’indisciplina sociale, tradotta in un’imprudenza o in una negligenza che determina il risultato vietato”²⁰⁴⁸. La colpa, denominata “*indiscipline sociale*” è, quindi, caratterizzata dalla “violazione di un imperativo di prudenza che la persona o l’entità devono rispettare o dall’omissione di adottare le precauzioni che si sarebbero normalmente dovute rispettare. In forza di ciò, viene incriminato anche chi, oggettivamente, rischia di causare la situazione vietata, per lo meno se questa si realizza”²⁰⁴⁹.

Alla luce del combinato disposto degli articoli 7, n. 4, e 12, n. 2, del regolamento, rileva, quindi, che i termini “deliberatamente” e “consapevolmente”, di cui all’art. 7, n. 4, del regolamento “debbono essere interpretati nel senso che essi si riferiscono ad ogni individuo, dotato di coscienza e volontà libere - condizioni queste intrinseche ad ogni responsabilità penale - che agisca, da una parte, in modo intenzionale, al fine di violare i divieti di cui all’art. 7, n. 1-3, del regolamento, e, dall’altra, per imprudenza o negligenza se aveva ragionevoli motivi per sospettare che i suoi atti avrebbero violato detti divieti”²⁰⁵⁰.

Le conclusioni dell'Avvocato Generale risultano di fondamentale importanza soprattutto da due diversi punti di vista. In primo luogo, perché è espressamente riconosciuta l'autonomia del principio di colpevolezza in ambito penale a livello europeo e, in secondo luogo, poiché lo stesso, suddiviso nelle due categorie del dolo e della colpa, è inteso nella più moderna accezione del principio di colpevolezza inteso come responsabilità personale colpevole.

La Corte di Giustizia, coerentemente con quanto sottolineato dall'Avvocato Generale, ritiene che i termini “consapevolmente” e “deliberatamente” comportano, da un lato, l’elemento della

2047Ad avviso dell'Avvocato Generale Bot “tale condizione preliminare e indispensabile sia implicitamente, ma necessariamente, sottintesa. Infatti, benché tale condizione non sia letteralmente espressa nel testo, qualora essa non fosse considerata tutto il dispositivo sarebbe contrario ai diritti fondamentali riconosciuti agli individui sia dalle convenzioni internazionali, sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”. I termini “deliberatamente” e “consapevolmente” designano pertanto l’elemento psicologico proprio al reato qui specificamente represso, come esplicitato dal testo su cui si fonda la repressione, conformemente all’esigenza di precisione richiesta dal principio di legalità del diritto penale”. In tal senso, si leggano le Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rassegnate in relazione al procedimento *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, in data 16 novembre 2011, par. 84-85.

2048Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rassegnate in relazione al procedimento *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, in data 16 novembre 2011, par. 89.

2049Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rassegnate in relazione al procedimento *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, in data 16 novembre 2011, par. 93.

2050Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rassegnate in relazione al procedimento *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, in data 16 novembre 2011, par. 96.

conoscenza e, dall'altro, l'elemento della volontà; l'elemento soggettivo del reato può, quindi, essere integrato sia in caso di dolo, che di colpa. Utilizzando le parole della Corte, gli "elementi cumulativi della conoscenza e della volontà sussistono quando la persona che partecipa a un'attività di cui all'art. 7, n. 4, del regolamento n. 423/2007 persegue deliberatamente l'obiettivo o il risultato, diretto o indiretto, di elusione connesso a tale attività. Essi ricorrono altresì quando la persona in questione ritiene che la sua partecipazione a una siffatta attività possa avere tale obiettivo o tale risultato e accetti detta possibilità"²⁰⁵¹.

Gli stessi principi sono stati altresì ribaditi dalla Corte in ambito di politica agricola comune nella sentenza *van der Ham and van der Ham-Reijersen van Buuren* del 2014²⁰⁵², in cui si legge che deve fornirsi un'interpretazione di "inadempienza intenzionale" "autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del senso abituale di tali termini, del contesto di detti articoli e dell'obiettivo perseguito dalla normativa di cui essi fanno parte"²⁰⁵³ e che le nozioni di inadempienza e di infrazione intenzionale devono essere interpretate nel senso che presuppongono la violazione delle regole relative alla condizionalità da parte di un beneficiario dell'aiuto "che persegua una situazione di inadempienza a dette regole o che, senza perseguire una tale situazione, accetti l'eventualità che essa possa verificarsi"²⁰⁵⁴.

Lo stesso ragionamento è stato seguito dalla Corte in materia di concorrenza. Secondo la giurisprudenza della Corte, infatti, anche in tale ambito non è necessario constatare che l'impresa fosse a conoscenza del fatto che stava violando le regole concorrenziali affinché possa considerarsi commessa intenzionalmente la violazione.

2051Corte di Giustizia, *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, del 21 dicembre 2011, cit., par. 67. Per un commento, si rinvia a S. BLOCKMANS, *Curbing the circumvention of sanctions against Iran over its nuclear programme: Afrasiabi*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 623. Più approfonditamente sul concetto di intenzionalità nel diritto penale europeo, si legga J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, Intersentia, 2012.

2052Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

2053Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 32 e giurisprudenza concorde ivi citata (sentenza *Leth*, C-420/11, del 14 marzo 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 24). La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il sig. van der Ham e la sig.ra van der Ham-Reijersen van Buuren, e, dall'altro, il College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland (governo della provincia dell'Olanda meridionale) in merito a una riduzione dell'aiuto concesso loro in base alla politica agricola comune. In particolare, la domanda verte sull'interpretazione degli articoli 67, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 796/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, *recante modalità di applicazione della condizionalità, della modulazione e del sistema integrato di gestione e di controllo di cui al regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori* (GU L 141, p. 18), 51, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio, del 20 settembre 2005, *sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR)* (GU L 277, pag. 1, e rettifica in GU 2007, L 4, pag. 10), nonché 23 del regolamento (CE) n. 1975/2006 della Commissione, del 7 dicembre 2006, *che stabilisce modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio per quanto riguarda l'attuazione delle procedure di controllo e della condizionalità per le misure di sostegno dello sviluppo rurale* (GU L 368, p. 74).

2054Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 37.

Il carattere volontario dell'infrazione²⁰⁵⁵ è, infatti, di regola, inferito dal fatto che l'impresa in questione non poteva ragionevolmente ignorare che l'oggetto o l'effetto del comportamento fosse anticoncorrenziale²⁰⁵⁶. Al proposito è stato rilevato che una tale interpretazione, limiterebbe di fatto sensibilmente le ipotesi di responsabilità per mera colpa²⁰⁵⁷. Al fine di non pregiudicare l'efficacia del diritto della concorrenza e di assoggettare il più possibile le imprese alle regole concorrenziali, la Corte, infatti, ha fornito un'interpretazione molto ampia del requisito in parola, giungendo ad affermare che è possibile accertare il carattere intenzionale della violazione senza la necessità di identificare le persone che hanno agito con colpa nell'ambito dell'impresa o che avrebbero dovuto essere considerate responsabili dell'organizzazione di questa²⁰⁵⁸.

Occorre a tal proposito osservare, tuttavia, che la concorrenza è uno dei pochi ambiti in cui l'Unione europea ha competenza ad irrogare direttamente sanzioni²⁰⁵⁹ nei confronti delle imprese che violino

2055 Ai fini dell'irrogazione della sanzione la violazione deve essere commessa intenzionalmente o per negligenza. Si esprime in tal senso l'articolo 23 del Regolamento 1 del 2003 rubricato "Ammende", il quale così dispone: "La Commissione può, mediante decisione, irrogare alle imprese ed alle associazioni di imprese ammende [omissis], quando esse, intenzionalmente o per negligenza: [omissis]". L'espressione "intenzionalmente o per negligenza" è ripetuta anche nel successivo paragrafo 2 in relazione alle associazioni di imprese. In tal senso, Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, GU L 1, 4.1.2003, pp. 1-25.

2056 Si legga al riguardo la sentenza *Miller c. Commissione*, causa 19/77, del 1 febbraio 1978, in *Racc.* p. 132, par. 18; *Belasco e a. c. Commissione delle CE*, causa C-246/86, dell'11 luglio 1989, in *Racc.* p. 2117; *Compagnie Générale Maritime c. Commissione delle CE*, causa T-86/95, in *Racc.* p. II-00179, punto 479; *Ventouris Group Enterprises SA c. Commissione delle CE*, causa C-59/99, dell'11 dicembre 2003, in *Racc.* p. I-5257, punto 54; *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri c. Commissione*, casi riuniti dal T-259/02 al T-264/02 e T-271/02, del 14 dicembre 2006, in *Racc.* p. II-5200, par. 205.

2057 G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 406-407, che richiama sul punto anche R. BOUSCANT, *La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen*, in *RTDE*, 2000, pp. 37 e seg..

2058 Al riguardo si legga la decisione *Volkswagen AG c. Commissione delle CE*, causa C-338/00 P, del 18 settembre 2003, in *Racc.* p. I-09189, par. 95-99. Lo stesso ragionamento è seguito dalla Corte, ad esempio, con riguardo alle condotte di partecipazione a pratiche di cartello, in cui, di regola, le imprese sanzionate dalla Commissione perché coinvolte a vario titolo nella pratica anticoncorrenziale lamentano l'ascrizione della responsabilità per l'intera infrazione, a prescindere dall'intensità del proprio ruolo. La Corte ha, in proposito, più volte confermato che "un'impresa che avesse partecipato ad un'infrazione del genere attraverso comportamenti propri, rientranti nelle nozioni di accordo o pratica concordata aventi oggetto anti-concorrenziale ai sensi dell'art. 85, n. 1, del Trattato e diretti a contribuire alla realizzazione dell'infrazione nel suo complesso, fosse responsabile, per tutta la durata della sua partecipazione alla detta infrazione, anche dei comportamenti attuati da altre imprese nell'ambito della medesima infrazione". L'argomento in base al quale così sarebbe violato principio di personalità della responsabilità personale è superato dalla Corte in base all'argomento per cui è sufficiente al fine di non violare il suddetto principio che venga accertato che l'impresa ne era al corrente o che poteva ragionevolmente prevedere i rischi; l'impresa ha, infatti, in tal modo accettato i rischi che potevano derivare da un tale comportamento. Si legga, al proposito, la sentenza della Corte di Giustizia *Commissione delle Comunità europee contro Anic Partecipazioni SpA*, causa C-49/92 P, dell'8 luglio 1999, par. 83 e seg.. Per quanto riguarda le ipotesi di partecipazione a pratiche di cartello da parte di società legate ad altre da un rapporto di affiliazione, la Corte di Giustizia, pur ribadendo il principio di responsabilità penale personale, opera l'estensione del soggetto attivo dell'illecito, considerando parte della stessa "unità economica", e dunque componenti di un'unica impresa ai sensi della disciplina sovranazionale in materia di concorrenza, la società madre e le sue affiliate, "anche se sotto il profilo giuridico quest'unità economica è costituita da più persone fisiche o giuridiche". Cfr. al riguardo, Corte di Giustizia *Alliance One International Inc. e a. c. Commissione*, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, del 19 luglio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 43; *Imperial Chemical Industries c. Commissione*, causa 48/69, del 14 luglio 1972, in *Racc.* p. 619, par. da 132 a 134; *Akzo Nobel NV e a. c. Commissione*, causa C-97/08 P, del 10 settembre 2009, in *Racc.* p. I-8237, par. 58 e 59; *Schindler Holding Ltd e a. c. Commissione*, causa C-501/11 P, del 18 luglio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 103; *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, causa C-521/09 P, del 29 settembre 2011, in *Racc.* p. I-08947, par. 55.

2059 Un altro soggetto dotato del potere di irrogare direttamente sanzioni è la Banca centrale europea. Si legga, al

le regole anticoncorrenziali.

Tranne che nel settore della concorrenza, nel caso delle sanzioni irrogate dalla Banca Centrale europea o dall'ESMA, l'esecuzione indiretta da parte degli Stati membri costituisce la regola. In alcuni settori, quali la politica agricola e la pesca, il legislatore europeo non ha solo provveduto a predisporre una legislazione dettagliata, ma ha anche contemplato sanzioni repressive dettagliate; ciononostante la competenza ad effettuare le indagini necessarie e ad irrogare le conseguenti sanzioni permane in capo agli Stati membri.

L'applicazione del principio del *nullum crime sine culpa* al diritto della concorrenza presenta altresì proprie peculiarità in considerazione del fatto che per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia le sanzioni applicate nell'ambito del procedimento *antitrust* non rientrano nel nucleo essenziale del diritto penale, ma riveste, al contrario carattere amministrativo²⁰⁶⁰. Sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU è stato, comunque, riconosciuta alle sanzioni irrogate dalla Commissione in materia di concorrenza natura penale o parapenale²⁰⁶¹. Con tale locuzione si fa riferimento alla circostanza che certi principi generali scaturenti dal diritto penale devono essere applicati anche nell'ambito del procedimento *antitrust*, al fine di assicurare la compatibilità delle

riguardo S. ALLEGREZZA, O. VOORDECKERS, *Investigative and Sanctioning Powers of the ECB in the Framework of the Single Supervisory Mechanism. Mapping the Complexity of a New Enforcement Model*, in *Eucrim* 2015/4, p. 151.

2060 La natura non penale delle sanzioni irrogate dalla Commissione nell'ambito del procedimento *antitrust* è desumibile, in primo luogo, dal dato letterale. L'art. 23, par. 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, prescrive, infatti, che *“le decisioni adottate a norma dei paragrafi 1 e 2 non hanno carattere penale”*. La Corte di Giustizia, pur sottolineando la funzione repressiva e special preventiva delle sanzioni irrogate dalla Commissione nell'ambito del procedimento volto all'accertamento della violazione di regole anticoncorrenziali, ne ha affermato il carattere amministrativo. Si vedano, al proposito, la sentenza *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, casi riuniti C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P al C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5425, par. 215-223; *Consten e Grundig*, cause riunite 56 e 58/64, del 13 luglio 1966, in *Racc.* p. 458, par. 4; decisione *Musique Diffusion Française*, cause riunite da 100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983, in *Racc.* p. 1825, par. 14; decisione *Stergios Delimitis c. Henniger Bau AG.*, causa C-234/89, del 28 febbraio 1991, in *Racc.* p. I-00935, par. 85. Si legga, altresì la decisione della Corte EDU *Jussila c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01, del 23 novembre 2006, par. 43, in cui il diritto della concorrenza non viene incluso nell'ambito del diritto penale classico ed è stato affermato che, al di fuori del “nocciolo duro” del diritto penale, le garanzie di rilevanza penalistica scaturenti dall'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU non debbono essere necessariamente applicate in tutto il loro rigore.

2061 In proposito, vedi le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale J. Kokott presentate il 28 febbraio 2013 nella causa C-681/11, *Schenker & Co. AG e altri*, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 40, quelle rassegnate dal medesimo Avvocato Generale il 3 luglio 2007 nella causa *ETI e a.*, causa C-280/06, in *Racc.* p. I-10893, par. 71 e, l'8 settembre 2011, nella causa *Toshiba Corporation e a.*, causa C-17/10, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 48, nonché la sentenza della Corte di Giustizia *Meico-Fell c. Hauptzollamt Darmstadt*, causa C-273/90, del 27 novembre 1991, in *Racc.* p. I-05583, conclusioni dell'Avvocato Generale Van Gerven par. 10; *Chemiefarma c. Commissione*, causa 41/69, del 15 luglio 1970, in *Racc.* p. 661, par. 173; *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa 45/69, del 15 luglio 1970, in *Racc.* p. 769, par. 53. Si legga, al riguardo, J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, in *EuCLR*, 1, 2013, p. 16 e seg.; A. BAILLEUX, *The Fiftieth Shade of Grey Competition Law, 'Criministrative Law' and 'Fair Trial Rights'*, in F. GALLI – A. WEYEMBERGH, *Do Labels Still Matter?* IEE, 2014, p. 139. Per quanto riguarda, in particolare, la giurisprudenza della Corte sul rispetto del principio del *ne bis idem* in ambito di concorrenza, si legga, altresì, G. DI FEDERICO, *EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law*, 2011, p. 241 e seg.; J. FLATTERY, *Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law: Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing*, 7(1) *CLR*, 2010, 53, p. 77; M. ZULEEG, *Criminal Sanctions to be Imposed on Individuals as Enforcement Instruments in European Competition Law*, 2001 EUI Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, p. 2. consultabile online all'indirizzo seguente: <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2001/4-zueleeg.pdf>.

sanzioni irrogate dalla Commissione con il sistema convenzionale delineato nella CEDU. In particolare, nel giudicare sul rispetto dell'art. 6 della CEDU, la Corte europea dei diritti umani ha la facoltà di rideterminare la natura della sanzione al fine di garantire il livello di tutela adeguato. Sulla scorta di costante giurisprudenza della Corte EDU, al fine di stabilire la sussistenza di una “accusa in materia penale”, occorre valutare tre criteri: la qualificazione giuridica della misura; la natura della misura; la natura e il grado di severità della “sanzione”²⁰⁶².

A prescindere dal *nomen iuris* dell'ordinamento di origine, quindi, secondo la Corte EDU la natura della misura sanzionatoria può essere dedotta dalla severità della sanzione e dal carattere deterrente, e non meramente risarcitorio della sanzione. Di recente, la Corte EDU ha affermato il carattere penale delle sanzioni imposte dall'Autorità garante della concorrenza finlandese al termine di un procedimento qualificato come amministrativo dal diritto interno²⁰⁶³, così come ha riconosciuto natura penalistica ai sensi dell'articolo 6, par. 1 della CEDU ad un'ammenda inflitta in base alla normativa *antitrust* dall'autorità italiana garante della concorrenza, in quanto avente sia carattere deterrente che punitivo, non solo a livello teorico, ma vista la severità e l'entità della sanzione, nel caso di specie, anche dal punto di vista pratico²⁰⁶⁴. Nelle pronunce ora menzionate, la Corte EDU, tuttavia, pur riconoscendo la natura sostanzialmente penale della misura formalmente amministrativa non equipara del tutto tali sanzioni a misure afflittive di carattere penale. In materia di concorrenza, infatti, per esempio non sindacava la commistione di funzioni inquirenti e giudicanti in capo alla Commissione, sottolineando che, dal momento che la qualificazione della sanzione come penale è meramente strumentale all'applicazione dell'art. 6 CEDU, il potere decisorio può essere conferito ad un'autorità amministrativa purché i singoli, siano essi persone fisiche o giuridiche, abbiano il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale dinanzi ad un giudice terzo e imparziale²⁰⁶⁵.

A livello europeo la Corte di Giustizia, pur non riconoscendo il carattere penale delle sanzioni irrogate in materia di concorrenza, ha più volte affermato la necessità di garantire il rispetto dei

2062Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, del 20 aprile 1977, par. 82; *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984, par. 50; *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, del 24 febbraio 1994, par. 47; Corte di Giustizia, sentenza *Bonda*, caso C-489/10, del 5 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 37.

2063Il riferimento è alla decisione *Forum Corporation Oil c. Finlandia*, ricorso n. 32559/96, del 15 luglio 2003.

2064Si legga, in tal senso la sentenza della Corte EDU *Menarini Diagnostics S. R. L. c. Italia*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011. In seguito, per quanto riguarda la fase di controllo giurisdizionale del provvedimento, si legga anche la sentenza della Corte di Giustizia, *KME Germania c. Commissione*, causa C-272/09 P, dell'8 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-12789.

2065In tal senso, Corte EDU *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ricorsi n. 6878/75 e 7238/75, del 23 giugno 1981, par. 51; *Albert e Le Compte c. Belgio*, ricorsi n. 7299/75 e 7496/76, del 1 febbraio 1983, par. 29; *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984, par. 50; *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, del 24 febbraio 1994, par. 46.

principi di legalità²⁰⁶⁶, irretroattività²⁰⁶⁷, presunzione di innocenza²⁰⁶⁸ di personalità della pena²⁰⁶⁹, di divieto di *ne bis in idem*²⁰⁷⁰ e dell'equo processo²⁰⁷¹.

Dopo aver analizzato la giurisprudenza della Corte e la disciplina relativa all'intenzionalità o dolo, ossia la forma più intensa di responsabilità personale, possiamo ora ad analizzare la cosiddetta negligenza; cercheremo, quindi, di esaminare in quali casi ricorrano ipotesi colpose a livello europeo.

Esaminando il formante legislativo, possiamo constatare che, nonostante la forma di colpevolezza normalmente prevista sia l'intenzionalità, in alcuni atti di diritto derivato che prevedono l'utilizzo del diritto penale, è possibile anche trovare il riferimento a forme meno intense di colpevolezza, quali la negligenza grave, la negligenza, e, in rari casi, anche la cc.dd. *recklessness* o temerarietà.

Il termine *recklessness* è usato in tre diversi strumenti legislativi a livello europeo. Quest'ultimo è menzionato nel Preambolo della direttiva relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, in cui si legge che gli Stati membri sono liberi di adottare o mantenere norme di diritto penale più severe in materia di abusi di mercato, per esempio, stabilendo che la manipolazione del mercato commessa “*recklessly*”²⁰⁷² o per negligenza grave costituisca reato²⁰⁷³. Bisogna, comunque, sottolineare che nel corpo della direttiva sono poi considerati punibili esclusivamente i casi gravi commessi con dolo (“*intentionally*”)²⁰⁷⁴. Si trova, altresì, menzione del termine “*recklessly*” nella

2066In tal senso, *SCA Holding Ltd c. Commissione delle CE*, causa T-327/94, del 14 maggio 1998, in *Racc.* p. II-1373; *Gondrand Frères and Garancini*, causa 169/80, del 1981, in *Racc.* p. 1931; *Maizena*, causa 137/85, del 18 novembre 1987, in *Racc.* p. 4587; *Van Es Douane Agenten*, causa C-143/93, del 13 febbraio 1996, in *Racc.* p. I-431.

2067In tal senso, *LR AF 1998 A/S c. Commissione delle CE*, causa T-23/99, del 20 marzo 2002, in *Racc.* p. II-1705; *Dansk Rørindustri e altri c. Commissione*, casi riuniti C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P al C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5425, par. 215-223.

2068In tal senso, sentenza *Montecatini SpA c. Commissione delle CE*, causa C-235/92, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* 1999, p. I-4539, par. 176; *Hüls c. Commissione delle CE*, causa 199/92 P, parimenti, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* 1999, p. I-4297, par. 149 e 150.

2069Al riguardo, *ex plurimis*, si leggano le sentenze *Commissione/Anic Partecipazioni*, caso C-49/92 P, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. I-4125, par. 145 e 204; *ETI e a.*, caso C-280/06, dell'11 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-10893, par. 39; *Akzo Nobel e a./Commissione*, caso C-97/08 P, del 10 settembre 2009, in *Racc.* p. I-8237, par. 56, e *Alliance One International e Standard Commercial Tobacco/Commissione e Commissione/Alliance One International e a.*, casi riuniti C-628/10 P e C-14/11 P, del 19 luglio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 42; *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie e a. c. Commissione delle CE*, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, del 16 dicembre 1975, in *Racc.* p. 1663.

2070Con riguardo al divieto di *ne bis in idem*, si legga la sentenza *Toshiba Corporation e a.*, caso C-17/10, del 14 febbraio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 94; *Walt Wilhelm*, causa 14/68, del 13 febbraio 1969, in *Racc.* p. 1.

2071Al riguardo sentenza *Heintz Van Landewyck e altri*, cause riunite 209 a 215 e 216/78, del 29 ottobre 1980, in *Racc.* p. 3125.

2072Si ritiene opportuno riportare il termine inglese, come sottolineato in precedenza poiché la traduzione italiana (“con grave colpa o negligenza”) non permette di adeguatamente distinguere i gradi di colpa.

2073Si legga, in tal senso il Considerando 20 e 21 della direttiva 2014/57/UE, che sono stati inseriti su richiesta del Parlamento europeo (si legga, in tal senso, la Risoluzione legislativa del Parlamento del 4 febbraio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, TA/2014/57/P7). Nella prima versione redatta dalla Commissione (COM (2011) 654 final) tale eventualità non era, infatti, disciplinata.

2074Si legga, al proposito, l'articolo 3, par. 1, 4, par. 1 e 5, par. 1 della Direttiva 2014/57/UE, Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, *relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato* (direttiva abusi di mercato), in GU L 173, 12.6.2014, p. 179–189.

direttiva 2011/92/UE, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. L'art. 9, lett. f), della stessa prevede, infatti, quale circostanza aggravante il fatto che l'autore del reato abbia deliberatamente o *recklessly* messo in pericolo la vita del minore²⁰⁷⁵. Tuttavia, l'unico atto legislativo europeo in cui il concetto di *recklessness* è utilizzato per descrivere delimitare i contorni del penalmente punibile è la direttiva relativa all'inquinamento prodotto dalle navi 2009/123/CE. L'articolo 4, par. 1 e l'art. 5 bis, par. 3, impongono, infatti, agli Stati membri il dovere di punire determinate condotte criminose specificamente descritte nella direttiva che siano state commesse intenzionalmente, temerariamente (*recklessly*) o per negligenza grave²⁰⁷⁶.

Tuttavia, non sussistendo una definizione legale del concetto di negligenza in alcun testo normativo in cui ne è fatta menzione, occorre ricavarne i contenuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁰⁷⁷.

Quanto al concetto di *recklessness* troviamo una definizione, seppur indiretta e per rinvio, dello stesso nelle Conclusioni presentate nella causa *Intertanko* dall'Avvocato Generale Kokott²⁰⁷⁸. Nelle conclusioni dalla stessa presentate si legge che, poiché l'art. 4 della direttiva 2005/35 riproduce la terminologia della Convenzione Marpol 73/78²⁰⁷⁹, occorre ritenere che il concetto di temerarietà debba corrispondere al criterio di responsabilità della Convenzione Marpol 73/78. Il concetto di temerarietà di cui all'art. 4 della direttiva 2005/35 deve, quindi, essere interpretato “nel senso che il comportamento temerario presuppone la consapevolezza che potrebbe verificarsi un'avaria”²⁰⁸⁰. La Corte di Giustizia non ha, in tal caso, tuttavia, provveduto a definire il concetto di *recklessness*.

La forma di colpevolezza corrispondente alla colpa grave risulta, al contrario, maggiormente presente negli atti legislativi e soggetta ad un più profondo scrutinio da parte della Corte di Giustizia.

A livello legislativo, il termine “grave negligenza” è un criterio di accertamento della colpevolezza,

2075In tal senso, articolo 9, lett. f) della Direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio*, cit..

2076Si leggano, in tal senso l'articolo 4, par. 1 e l'art. 5 bis, par. 3, della Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, *che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni* (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 280, 27.10.2009, p. 52–55. Una formulazione simile era stata adottata anche dall'articolo 4 della precedente Direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, *relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni*, in GU L 255, 30.9.2005, p. 11–21.

2077Per un approfondimento, si legga sul punto J. BLOMSMA, *Fault elements in EU criminal law: the case of recklessness*, in A. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011, p. 144.

2078Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale J. Kokott nella causa *The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, in data 20 novembre 2007.

2079Convenzione Marpol 73/78, del 2 novembre 1973, con relativo protocollo del 17 febbraio 1978, allegato I e II.

2080Paragrafi 97-101 delle Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale J. Kokott nella causa *The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, in data 20 novembre 2007.

come sopra menzionato, sia nella direttiva relativa alla predisposizione di sanzioni per gli abusi di mercato²⁰⁸¹, che nelle due direttive emanate per predisporre una legislazione in materia di protezione ambientale, ossia la direttiva sulla protezione dell'ambiente mediante il diritto penale²⁰⁸² e la direttiva sull'inquinamento prodotto dalle navi²⁰⁸³. Laddove sia stata messa in pericolo la vita della vittima intenzionalmente o per *colpa grave*²⁰⁸⁴, è altresì stata prevista una circostanza aggravante nella direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime²⁰⁸⁵.

Secondo quanto stabilito dalla Comunicazione nella Commissione del 2011 sulla politica penale dell'Unione europea²⁰⁸⁶, la colpa grave rappresenta la forma minima di colpevolezza che il legislatore europeo può esigere al fine di sanzionare penalmente una determinata condotta.

Al di sotto del livello della colpa grave, e, quindi, in ipotesi di mera colpa, secondo quanto prescritto altresì dal Consiglio nelle Conclusioni rassegnate il 30 novembre 2009²⁰⁸⁷ e dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 22 maggio 2012 su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, il legislatore europeo non potrebbe imporre pene, se non, in circostanze eccezionali, e solo “per atti che implicino grave negligenza²⁰⁸⁸”.

Tale linea interpretativa è stata effettivamente seguita dal legislatore europeo; non è dato ritrovare, infatti, in nessun atto che prescriva sanzioni penali in seguito alla commissione di determinati fatti di reato la previsione della punibilità del soggetto per aver commesso il fatto per colpa.

Al proposito, occorre, tuttavia, sottolineare che il legislatore europeo ha previsto la possibilità di

2081Considerando 20 e 21 della Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, *relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato* (direttiva abusi di mercato), cit., in cui si legge: “*Poiché la presente direttiva prevede norme minime, gli Stati membri sono liberi di adottare o mantenere norme di diritto penale più severe in materia di abusi di mercato. Gli Stati membri possono, ad esempio, stabilire che la manipolazione del mercato commessa con grave colpa o negligenza costituisca reato*”.

2082Art. 3 della Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, *sulla tutela penale dell'ambiente* (Testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 328, 6.12.2008, p. 28–37.

2083Art. 4 e 5 bis della Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, *che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni*.

2084Il corsivo è nostro. Seppure nella versione inglese il termine utilizzato non è *serious negligence* ma *gross negligence*. Per la possibile differenza di significato nell'utilizzo di questi due termini, si legga J. RANKINEN, *Positive Fault Requirements in EU Criminal Law*, cit., pp. 130-131.

2085Art. 4, par. 2, lett. c), della Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GU L 101, 15.4.2011, p. 1–11. Tale formulazione, in accordo con quanto previsto dall'art. 24, lett. a) della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (CETS n. 197, Varsavia, 16 maggio 2005, entrata in vigore il 1 febbraio 2008) è molto simile nel contenuto a quella prevista nell'art. 3, par. 2, lett. a), della precedente Decisione-Quadro 2002/629/GAI.

2086Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo al Comitato Delle Regioni, *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM(2011) 573 definitivo, Bruxelles, 20 settembre 2011.

2087In tal senso, punti 6 e 7 delle *Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale*, del 30 novembre 2009, 2979th JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting, p. 3 della versione inglese. È disponibile la versione italiana del *Progetto di conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale*, Bruxelles, 27 novembre 2009 (30.11) (OR. en), 16542/2/09 REV 2 JAI 868 DROIPEN 160.

2088Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 *su un approccio dell'UE in materia di diritto penale*, (2010/2310(INI)), (2013/C 264 E/02), lettera J e punto n. 4.

irrogare sanzioni civili o amministrative in seguito all'accertamento della colpa del soggetto. Considerato che la Corte di Giustizia ha, in alcuni casi, ritenuto che talune sanzioni amministrative fossero in sostanza equiparabili alle sanzioni penali, la previsione di sanzioni amministrative in caso di condotta anche solo meramente colposa del soggetto agente, potrebbe, di fatto, provocare un surrettizio aggiramento delle indicazioni fornite da Commissione, Parlamento e Consiglio.

Tale rischio si dimostra tanto più concreto in alcune ipotesi particolari, tra cui, ai fini che qui interessa, in ambito di tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Il regolamento del Consiglio sulla protezione degli interessi finanziari della Comunità europea²⁰⁸⁹, infatti, costituisce un esempio del fenomeno cui abbiamo ora fatto riferimento. L'art. 5, par. 1 prevede che le sanzioni amministrative ivi elencate possono essere irrogate in seguito ad irregolarità intenzionali o causate da negligenza. La necessità che la sanzione, oltre che efficace, sia equiparabile a quella inflitta in caso di violazioni del diritto nazionale simili per natura e per importanza, in ossequio al principio di assimilazione e di equivalenza, stabilito fin dalla nota sentenza della Corte di Giustizia nel c.d. caso del *Mais greco*²⁰⁹⁰, ha contribuito a rendere la situazione problematica. Gli Stati membri, infatti, al fine di dare attuazione a tale principio, nel caso che siano previste sanzioni di tipo penale in caso di violazioni della normativa nazionale corrispondenti a quelle previste a livello europeo, lo Stato dovrebbe sanzionare la condotta antidoverosa egualmente con una sanzione penale anche nel caso di violazione della normativa europea simile per natura e importanza a quella nazionale. Tenuto conto di tutti questi elementi, il rischio di condannare penalmente un soggetto che ha posto in essere la condotta incriminata per sola colpa è molto alto in tale ambito²⁰⁹¹.

Il legislatore europeo ha preso in considerazione tale eventualità nel redigere la nuova disciplina relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale²⁰⁹². In tale sede, infatti, la Commissione si è interrogata circa l'utilità di sanzionare anche le condotte commesse per mera negligenza. La conclusione raggiunta al proposito è stata quella di

2089Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, *relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità*, in GU L 312, 23.12.1995, p. 1-4.

2090Corte di Giustizia delle Comunità europee, *Commissione c. Grecia*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2965.

2091Un altro ambito che si rivela problematico è quello concernente le infrazioni e sanzioni doganali. In tale ambito la Commissione ha presentato la propria *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni e alle sanzioni doganali*, COM(2013) 884 final/4, 2013/0432 (COD), Bruxelles, 5 giugno 2014, che corregge la precedente versione del 13 dicembre 2013, in cui sono previste le infrazioni doganali previste con responsabilità oggettiva (art. 3), le infrazioni doganali commesse per negligenza (art. 4) e le infrazioni doganali commesse intenzionalmente (art. 5). Nel Documento di lavoro dei servizi della Commissione della valutazione d'impatto che accompagna la proposta di Direttiva (SWD (2013) 514, part 1 e 2, nonché SWD (2013) 513 e SWD (2013) 515), la Commissione ha effettuato uno studio per verificare quale fosse la soluzione più auspicabile, valutando altresì se gli Stati membri facessero ricorso a sanzioni di tipo amministrativo o penale per le violazioni oggetto della proposta di direttiva. A tal proposito, occorre sottolineare che, nonostante la formale qualificazione delle sanzioni previste con la suddetta direttiva quali amministrative, l'elevato ammontare delle stesse e la gravità delle violazioni ivi contemplate potrebbero far propendere verso un'interpretazione delle stesse come *de facto* penali.

2092Si veda, al riguardo, la *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD), C7-0192/12, Bruxelles, 11 luglio 2012.

ritenere contrario al principio di proporzionalità dei reati e delle pene, di cui all'art. 49 della Carta, ritenere indiscriminatamente punibile un soggetto per qualsiasi tipo di offesa in seguito alla sola colpa di questo²⁰⁹³. La Commissione ha, quindi, preferito fornire definizioni minime di reati, che gli Stati membri possono ampliare aggiungendo, ad esempio, in casi gravi la previsione di responsabilità per negligenza²⁰⁹⁴.

In conclusione, possiamo constatare che, sebbene teoricamente il livello minimo di colpevolezza per cui un soggetto può essere sanzionato penalmente a livello europeo dovrebbe essere la colpa grave, in pratica, dal momento che vi sono incertezze nel definire il confine tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, anche la definizione del grado di colpevolezza minimo a livello europeo risulta sfumato.

La Corte ha, d'altro canto, seppur implicitamente, definito il concetto di negligenza nel caso *Yonemoto*²⁰⁹⁵. Con tale sentenza la Corte, nel delineare, da una parte, gli obblighi imposti dalla direttiva 98/37, nonché dagli articoli 28 CE e 30 CE, all'importatore di una macchina fabbricata in uno Stato membro e importata in un altro Stato membro e, dall'altra, le sanzioni che possono essere inflitte da uno Stato membro a causa di una violazione dei detti obblighi, ha definito le regole di diligenza che l'importatore è tenuto a rispettare. Nel definire tali obblighi di diligenza, la Corte ha sottolineato che gli stessi non possono risultare così gravosi da ostacolare la libera circolazione delle macchine all'interno del mercato interno.

Il dovere di diligenza può, quindi, a livello europeo assumere un contenuto diverso nel caso che la previsione di obblighi comportamentali e di vigilanza comportino una restrizione ad una delle quattro libertà fondamentali. Pur non definendone il contenuto, in questa pronuncia la Corte riconosce comunque, almeno implicitamente, che un soggetto può essere dichiarato colpevole solo in seguito all'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato, che può sostanziarsi

²⁰⁹³Al proposito, la Commissione, nel *Commission Staff Working Paper Impact Assessment (Part I), Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law*, SWD(2012) 195 final, Bruxelles, 11 luglio 2012, pp. 25 e 30, ha ritenuto che, sebbene “*As to unintentional illegal acts, legislation providing for sanctions in case of negligence may have a “warning sign effect” which would increase awareness of risks of illegality in decisive moments of a given activity, thus reducing the likelihood of the undesired illegal outcome materialising. One may therefore speak of a deterrent effect in the sense of a “warning”*”, “*The deterrent effect of negligent criminal liability being limited to a “warning signal” as described in section 3.2.1 above, the substantial enlargement of the scope of criminal sanctions to unintentional conduct for all offences appeared too far-reaching to be warranted by the expected benefit in effectiveness of the legal framework. Thus the indiscriminate application of negligence to all offence types, with the same sanction levels as for intentional conduct was considered contrary to Article 49(3) of the EU Charter of Fundamental Rights and had to be discarded. Instead the analysis of the Impact Assessment Report is focused on a case-by-case approach to negligence, in the context of one specific offence type, with regard to its way of commission and to the particular threat to financial interests such an offence causes*”.

²⁰⁹⁴In tal senso, si legga *Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, SWD(2012) 196 final, Bruxelles, 11 luglio 2012, p. 8 (della versione italiana).

²⁰⁹⁵Corte di Giustizia, decisione *Syuichi Yonemoto*, causa C-40/04, dell'8 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7776. Per un approfondimento della sentenza, si legga A. BOUVERESSE, *Conformité des machines aux normes CE*, in *Europe*, 2005, p. 18.

anche nel mancato rispetto di determinate regole cautelari o obblighi di diligenza ossia in una condotta colposa dell'autore del reato.

La Corte ha contribuito a definire il concetto di “negligenza grave” nella sentenza *Intertanko*²⁰⁹⁶, in cui è stata chiamata a pronunciarsi su una domanda pregiudiziale vertente sulla validità degli articoli 4 e 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni²⁰⁹⁷. In tale pronuncia, dopo aver sottolineato che non è possibile tipizzare a priori tutte le situazioni in cui l'autore agisce per “negligenza grave”, considerato il numero indefinito di situazioni che possono venire in rilievo, fornisce una nozione autonoma di negligenza desumibile dalla disciplina vigente nei sistemi giuridici degli Stati membri. Nell'interpretazione fornita dalla Corte per “negligenza grave” deve intendersi “un'azione o un'omissione involontaria mediante la quale il responsabile viola, in maniera qualificata, l'obbligo di diligenza che avrebbe dovuto e potuto rispettare alla luce delle sue qualità, conoscenze, capacità nonché della sua situazione soggettiva”²⁰⁹⁸.

Dal *dictum* della Corte è, quindi, dato desumere che l'elemento soggettivo del reato è integrato nei casi colposi se si constata la presenza di tre elementi: la mancanza di volontà del soggetto di compiere il fatto di reato tipico (aspetto negativo), la violazione di una regola di condotta (aspetto oggettivo) e la possibilità che il soggetto potesse seguire tale regola di condotta /aspetto soggettivo). Dopo aver fornito tale nozione autonoma a livello europeo, la Corte, tuttavia, ribadisce che “la direttiva 2005/35 deve essere trasposta dagli Stati membri nei loro rispettivi ordinamenti giuridici. Pertanto, la definizione stessa delle violazioni di cui all'art. 4 di tale direttiva e le sanzioni applicabili sono quelle che risultano dalle disposizioni emanate dagli Stati membri”²⁰⁹⁹.

Dalla lettura di tale pronuncia è dato, quindi, desumere che, pur sussistendo una nozione autonoma

2096Corte di Giustizia, *The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc. P. I-4057*, par. 69 e seguenti. Per un commento, si legga E. DENZA, *A note on Intertanko*, in *European Law Review*, 2008, p. 870; J. MAKOWIAK, *Spécificité de l'ordre juridique communautaire et pragmatisme de la Cour: ou comment lutter efficacement contre les pollutions maritimes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 402; L. PASQUALI, *La sentenza Intertanko e il problema della sindacabilità degli atti delle istituzioni comunitarie alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 43; S. VEZZANI, *Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di giustizia nell'affare Intertanko (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 233.

2097Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, 2005/35/CE, *relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni*, pubblicata in GU L 255, pag. 11, e – rettifiche – GU 2006, L 33, pag. 87, e L 105, p. 65.

2098Corte di Giustizia, *The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, cit., par. 77.

2099Corte di Giustizia, *The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, cit., par. 78.

del principio di colpevolezza riconosciuta a livello sovranazionale, la concreta attuazione e ridefinizione dello stesso varia a seconda del contenuto che verrà ad esso attribuito dai legislatori nazionali in fase di attuazione delle direttive europee.

4.1.1.1.48 Ipotesi di responsabilità oggettiva

Quanto alle ipotesi di responsabilità oggettiva, è dato ricavare dalla giurisprudenza della Corte che la previsione di ipotesi di responsabilità oggettiva è in via generale compatibile con il diritto dell'Unione europea²¹⁰⁰, sebbene, secondo le prescrizioni del Consiglio tale forma di responsabilità non dovrebbe trovare spazio nell'ambito del diritto penale. In particolare, nelle Conclusioni del 30 novembre 2009, concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale, è stato espressamente precisato che “un atto commesso non intenzionalmente o senza negligenza, ossia [in base ad un sistema di] responsabilità oggettiva, non dovrebbe essere sanzionato nella normativa penale dell'UE”²¹⁰¹.

L'espressione “responsabilità oggettiva” è utilizzata per indicare quei casi in cui il fatto di reato è imputato al soggetto agente solo sulla base dell'esistenza del nesso di causalità tra condotta ed evento, indipendentemente da qualsiasi nesso psichico tra il fatto e l'agente. In base a tale forma di responsabilità, la sola causazione del fatto di reato legittima la risposta punitiva. Il soggetto è, in ultima analisi, punibile nel caso in cui lo stesso abbia materialmente causato il fatto addebitatogli, senza che, tuttavia, sia ad egli psicologicamente riconducibile.

La Corte si è occupata dell'ammissibilità delle ipotesi di responsabilità oggettiva nel caso *Hansen*²¹⁰².

Con tale pronuncia la Corte si è pronunciata circa la compatibilità del regolamento (CEE) del Consiglio del 25 marzo 1969, n. 543, relativo all'armonizzazione di alcune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada, con disposizioni nazionali, nel caso di specie danesi, che prescrivano che il datore di lavoro di un conducente che abbia trasgredito gli articoli 7 n. 2, e 11 di tale regolamento sia punibile anche ove tale trasgressione non possa essergli imputata né a titolo di dolo né di colpa del datore di lavoro stesso. La Corte afferma che le disposizioni del regolamento non “impediscono in alcun modo l'istituzione di una responsabilità penale oggettiva in capo al

2100Si legga, al proposito, la sentenza *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, causa C-326/88, del 10 luglio 1990, in *Racc.* p. I-2930, parr. 11-17.

2101Punto 8 delle *Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale*, del 30 novembre 2009, 2979th JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting, p. 3 della versione inglese. È disponibile la versione italiana del *Progetto di conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale*, Bruxelles, 27 novembre 2009 (30.11) (OR. en), 16542/2/09 REV 2 JAI 868 DROIPEN 160.

2102Corte di Giustizia, *Anklagemyndigheden (Pubblico ministero) c. Hansen & Søn I/S*, causa C-326/88, del 10 luglio 1990, in *Racc.* p. I-2930.

datore di lavoro”²¹⁰³.

Analizzando le ripercussioni della previsione di un'ipotesi responsabilità oggettiva da parte del solo legislatore danese e, quindi, dei possibili effetti negativi sul libero gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, la Corte ribadisce che gli Stati membri godono di una notevole discrezionalità quanto ai mezzi per dare applicazione al regolamento. L'art. 18 dello stesso regolamento lascia, infatti, agli Stati membri il compito di definire la natura e la gravità delle sanzioni da applicare in caso di infrazione. L'unico elemento da tenere in considerazione nel valutare la legittimità degli strumenti sanzionatori prescelti è quello di verificare che le violazioni del diritto europeo siano punite in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo²¹⁰⁴.

Al riguardo, occorre notare che mentre la Corte non si è soffermata ad analizzare nello specifico la possibile incompatibilità di tale interpretazione con il principio del *nullum crimen sine culpa*, l'Avvocato Generale Van Gerven ha espressamente affrontato il problema²¹⁰⁵. L'Avvocato Generale, nello scrutinare la compatibilità del sistema di responsabilità oggettiva previsto dalla legislazione danese con il rispetto dei diritti fondamentali, esamina, in primo luogo, le norme costituzionali e la prassi degli Stati membri.

Considerato che in alcuni Stati membri in presenza di circostanze particolari, è possibile prevedere casi di responsabilità oggettiva, quest'ultimo conclude che “dalla tradizione costituzionale comune agli Stati membri non si possa desumere un divieto assoluto di introdurre, in casi particolari, un sistema di responsabilità penale oggettiva”²¹⁰⁶.

Nel prosieguo del ragionamento trova conferma del carattere non assoluto del principio di responsabilità colpevole personale anche nella giurisprudenza della Corte EDU riguardo all'art. 6, n. 2 CEDU. L'Avvocato Generale ritiene, infatti, che la giurisprudenza della Corte EDU evidenzi il medesimo dato tenuto in considerazione dalla Corte di Giustizia, ossia la valutazione circa il rispetto del principio di proporzionalità nel restringere la portata applicativa dei diritti fondamentali. Secondo quanto dallo stesso sostenuto, infatti, “la Corte europea dei diritti dell'uomo ha confermato che, benché la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo non vieti, in linea di

2103Corte di Giustizia, *Anklagemyndigheden (Pubblico ministero) c. Hansen & Søn I/S*, causa 326/88, del 10 luglio 1990, cit., par. 12. Nello stesso senso, ossia che “il fatto di prevedere un sistema di responsabilità oggettiva, come quello di cui trattasi nella causa principale, che sanziona la violazione di detto regolamento non è, di per sé, incompatibile con il diritto dell'Unione”, si legga anche la più recente decisione della Corte di Giustizia, *Márton Urbán c. Vám- és Pénzügyőrség Észak-alföldi Regionális Parancsnoksága*, causa C-210/10, del 9 febbraio 2012, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale), paragrafi 47-52.

2104Corte di Giustizia, *Anklagemyndigheden (Pubblico ministero) c. Hansen & Søn I/S*, causa 326/88, del 10 luglio 1990, cit., par. 17.

2105Si leggano, al proposito, le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Walter Van Gerven nella causa C-326/88, *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, in data 5 dicembre 1989, in *Racc.* p. I-2919, par. 11-15.

2106Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Walter Van Gerven nella causa C-326/88, *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, in data 5 dicembre 1989, in *Racc.* p. I-2919, par. 13.

principio, il ricorso, in materia penale, a presunzioni di fatto o di diritto, gli Stati membri non possono tuttavia superare al riguardo un certo limite “ragionevole”²¹⁰⁷, per cui “si deve tener conto dell'entità degli interessi in gioco e del rispetto dei diritti della difesa”²¹⁰⁷. In base a tale giurisprudenza sono, quindi, possibili restrizioni al principio del *nullum crimen sine culpa*, purché queste ultime siano proporzionate. Nel definire la proporzionalità della sanzione imposta, l'Avvocato Generale sottolinea che a suo parere “un sistema di responsabilità penale oggettiva può rispondere a questo criterio di proporzionalità qualora risulti che deve consentire la realizzazione di interessi importanti, come la promozione della sicurezza stradale ed il miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori, e che nell'applicazione della normativa non vengono inflitte pene eccessive”²¹⁰⁸.

Occorre al proposito notare che, adottando quale norma di riferimento del principio *nullum crimen sine culpa* l'articolo 6 della Convenzione EDU, concernente il principio di non colpevolezza e la relativa giurisprudenza della Corte EDU, l'Avvocato Generale valuta la violazione del principio di colpevolezza e la possibilità di apportarvi restrizioni in un'ottica squisitamente processuale e non sostanziale.

La scelta di tale base giuridica e di tale accostamento al principio di non colpevolezza permette, quindi, di ridurre un principio prettamente sostanziale ad un principio di natura processuale collegato all'onere della prova circa la colpevolezza dell'imputato e soggetto alle relative presunzioni, siano esse *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Non è difficile comprendere come in tal modo lo stesso risulti affievolito e svuotato del contenuto che è proprio al principio di colpevolezza in senso sostanziale, in base al quale deve essere accertata il nesso psichico tra la violazione commessa e l'autore del reato. Il grado di prova necessario per accertare la colpevolezza del soggetto rappresenta un fattore distinto rilevante sul mero piano processuale.

A livello europeo, in assenza di una specifica disposizione che disciplini il principio del *nullum crimen sine culpa*, il fatto di adottare quale base giuridica del principio di colpevolezza, la presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2 della CEDU o l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha comportato, fino al recente mutamento giurisprudenziale sul punto, la riduzione del principio a principio processuale e la considerazione dello stesso in termini di onere della prova idoneo a provarne la colpevolezza.

La Corte ha confermato quanto statuito nella sentenza *Hansen* in una decisione emessa a distanza di un anno da quest'ultima, il caso *Vandevenne*²¹⁰⁹. In tale decisione il giudice europeo, conformemente

2107Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Walter Van Gerven nella causa C-326/88, *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, in data 5 dicembre 1989, in *Racc.* p. I-2919, par. 14.

2108Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Walter Van Gerven nella causa C-326/88, *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, in data 5 dicembre 1989, in *Racc.* p. I-2919, par. 15.

2109Corte di Giustizia, *Vandevenne e altri*, causa C-7/90, del 2 ottobre 1991, in *Racc.* p. I-4383. In ambito di trasporto su strada, la Corte ha deciso in senso conforme nel caso *Urbán*, causa C-210/10, del 9 febbraio 2012, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

a quanto stabilito dall'Avvocato Generale Van Gerven²¹¹⁰, ha affermato che “il regolamento n. 3820/85 non prescrive né impedisce che gli Stati membri istituiscano un sistema di responsabilità penale oggettiva onde garantire l'osservanza degli obblighi stabiliti dal regolamento”²¹¹¹.

Secondo quanto statuito in tal pronunce, quindi, fattispecie di reato di responsabilità oggettiva erano ritenute pienamente compatibili con il diritto europeo e la tutela dei diritti a livello europeo e, perciò, perfettamente ammissibili e configurabili.

In anni più recenti la compatibilità delle forme di responsabilità oggettiva con la tutela dei diritti fondamentali, tra cui il vigente principio di colpevolezza in materia penale è stata messa in dubbio nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*²¹¹².

Nell'ambito di tale decisione, nelle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale ha ribadito l'importanza del principio di colpevolezza e ne ha ribadito le peculiarità in relazione alle ipotesi di responsabilità delle persone giuridiche.

Letteralmente si legge che “la Corte deve anzitutto rammentare un principio generale di diritto, sviluppato come limite all'esercizio dello *ius puniendi* delle pubbliche autorità: quello della personalità della pena, che è un corollario del principio di colpevolezza, la cui prima e più importante espressione è che solo all'autore può essere contestato un comportamento sanzionabile. Tale principio, come tutte le garanzie tratte dal diritto penale, dev'essere applicato in ambito amministrativo con molta cautela, giacché, quando si tratta di punire un comportamento illecito, non è ammissibile un regime di responsabilità oggettiva o senza colpa. Sebbene la sua applicazione debba essere modulata, trattandosi di persone giuridiche, nessun elemento autorizza ad ignorare l'elemento soggettivo della colpa, che subisce comunque un processo di oggettivazione. Nelle entità collettive non esiste l'elemento della volontà in senso stretto, ma una finzione giuridica mette di attribuire ad esse le infrazioni che siano conseguenza dei loro comportamenti. Non vi sono atti di volontà, ma vi è la capacità di infrangere le norme alla cui applicazione esse sono soggette. Il corollario è chiaro: non si può imputare a una persona giuridica un'infrazione che non ha commesso”²¹¹³.

Oltre a sottolineare l'inammissibilità di un regime di responsabilità oggettiva, l'Avvocato Generale evidenzia il fatto che deve essere valutata la sussistenza dell'elemento soggettivo del reato anche con riguardo alle persone giuridiche.

²¹¹⁰Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Walter Van Gerven in data 5 dicembre 1989, nella causa C-7/90, *Vandevenne e altri*, in *Racc.* p. I-4377, par. 10 e 11.

²¹¹¹Corte di Giustizia, *Vandevenne e altri*, causa C-7/90, del 2 ottobre 1991, cit., par. 18.

²¹¹²Corte di Giustizia, *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-403.

²¹¹³Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer l'11 febbraio 2003, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, in *Racc.* p. I-133, par. 63-65.

Al proposito sottolinea che sebbene la verifica circa la sussistenza di una responsabilità penale colposa subirà un processo di oggettivazione, in quanto non sarà possibile effettuare la stessa valutazione che viene compiuta per le persone fisiche, anche in tal caso non è lecito prescindere dall'accertamento dell'elemento soggettivo del reato, così come non è possibile imputare a una persona giuridica “un'infrazione che non ha commesso”.

Occorre, a tal proposito, osservare che, tuttavia, la Corte ha preferito non affrontare direttamente la questione e nel corpo della sentenza si è limitata a dichiarare infondato il motivo di annullamento in quanto il principio di responsabilità personale poteva dirsi rispettato, poiché sussistente “continuità economica” tra le due società²¹¹⁴.

Si è assistito ad un mutamento di prospettiva della Corte in relazione alle ipotesi di responsabilità oggettiva con la sentenza *van der Ham e van der Ham-Reijersen van Buuren c. College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*²¹¹⁵.

In tale pronuncia, in particolare, la Corte statuisce in merito alla compatibilità di un sistema di responsabilità oggettiva con la normativa europea in rilievo nel caso di specie nel risolvere la terza questione interpretativa²¹¹⁶. Con la terza questione è stato sottoposto alla Corte il quesito se a un agricoltore possa essere imputata l'intenzionalità di un'inadempienza qualora i lavori che sono all'origine di quest'ultima siano stati eseguiti da terzi per suo conto.

Nella sua analisi l'Avvocato Generale sottolinea che “sono ipotizzabili diversi sistemi di imputazione”²¹¹⁷. Il sistema più efficace sarebbe quello di prevedere la responsabilità oggettiva del beneficiario e, quindi, di poterlo ritenere colpevole indipendentemente da una verifica circa la sussistenza dell'elemento soggettivo dello stesso, sia esso nella forma del dolo o della colpa. In base ad un'interpretazione nettamente favorevole per l'agricoltore beneficiario, invece, lo stesso potrebbe essere ritenuto responsabile solo nei casi in cui sia accertato che lo stesso, in prima persona, ha violato intenzionalmente o per negligenza la normativa rilevante.

In base a quanto stabilito dalla Corte, conformemente alla soluzione proposta dall'Avvocato Generale, invece, deve essere seguita una via intermedia. È escluso che il beneficiario possa essere condannato in base ad un sistema di responsabilità oggettiva, ma allo stesso tempo, al fine di evitare impunità e stravolgere l'obiettivo perseguito dai regolamenti in oggetto, il beneficiario non può essere ritenuto punibile solo quando sia egli stesso a commettere la violazione, ma deve esserne

²¹¹⁴Si legga, al riguardo, la motivazione della Corte di Giustizia *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-403, par. 354-361.

²¹¹⁵Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicata nella Raccolta generale (Raccolta generale).

²¹¹⁶Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, cit., par. 43 e seguenti.

²¹¹⁷Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, rassegnate in data 24 ottobre 2013, nel caso *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicate nella Raccolta generale (Raccolta generale), par. 49.

accertata la colpevolezza anche quando sia stato negligente o abbia intenzionalmente errato nello scegliere, controllare o nel fornire istruzioni al soggetto terzo che esegue lavori per suo conto.

La Corte, aderendo alle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale, ha, quindi, statuito che non può essere accettata un'interpretazione che preveda forme di responsabilità oggettiva, in contrasto con il principio di responsabilità personale. Nel corpo della motivazione, in particolare, ha precisato che, “in forza dell’articolo 23 del regolamento n. 1975/2006, le sanzioni sono applicate soltanto in caso di violazione dei requisiti di condizionalità per negligenza o per inadempienza intenzionale”. Nel paragrafo successivo la Corte precisa tale affermazione sostenendo che “il legislatore dell’Unione ha voluto ritenere il beneficiario degli aiuti responsabile sia per l’atto o l’omissione propri, sia per quelli dei terzi”²¹¹⁸.

Tale responsabilità viene qualificata come “responsabilità per l'atto o l'omissione propri di detto beneficiario” e, quindi, lo stesso può essere ritenuto in colpa e, quindi, penalmente responsabile della violazione solo se è stato lui stesso a violare uno dei requisiti relativi alla condizionalità intenzionalmente o per negligenza, o nel caso in cui la violazione sia stata commessa da parte di un terzo che esegue lavori su incarico di un beneficiario dell’aiuto, qualora il beneficiario dell'aiuto “abbia agito intenzionalmente o con negligenza in sede di scelta del terzo, di controllo esercitato su quest’ultimo oppure di istruzioni che gli sono state fornite, e ciò a prescindere dall’intenzionalità o dalla negligenza del comportamento di detto terzo”²¹¹⁹.

La Corte accoglie, quindi, l'interpretazione fornita dall'Avvocato Generale, in base alla quale, secondo il combinato disposto dell’articolo 51, par. 1, del regolamento (CE) n. 1698/2005 e dell’articolo 65, par. 2, del regolamento (CE) n. 796/2004, un’inadempienza può essere sanzionata solo se vi è responsabilità personale del beneficiario degli aiuti, pur se la commissione della violazione in prima persona non è necessaria. La colpa personale dell'agricoltore può, infatti, derivare dai particolari doveri di diligenza che sono posti in capo allo stesso, nello scegliere, nel fornire istruzioni o nel sorvegliare l’incaricato (*culpa in eligendo, instruendo vel custodiendo*)²¹²⁰.

Questa sentenza è stata ritenuta da una parte dottrina²¹²¹ un caso che dimostra l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia da una pacifica accettazione delle ipotesi di responsabilità

2118Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, cit., par. 45-46.

2119Corte di Giustizia, decisione *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, cit., par. 53.

2120Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, rassegnate in data 24 ottobre 2013, nel caso *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicate nella Raccolta generale (Raccolta generale), par. 67, e, in genere, per le conclusioni relative alla terza questione pregiudiziale, si leggano i paragrafi 49-85.

2121Si legga, in tal senso, A. ROSANÒ, *Some developments of the principle of mens rea in the case law of the Court of Justice of the European Union*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 3, 2016, p. 311, il quale testualmente afferma che “So, one may say that the case law in the field of strict criminal liability has constantly evolved by taking into due consideration the principle of guilt. That should be valued positively as that evolution seems to have led to the denial of a form of liability which leaves aside any consideration concerning the mental element and to the actual reaffirmation of the paramount importance of the principle of mens rea”.

oggettiva ad un ripensamento nel senso della sempre maggiore valorizzazione delle ipotesi di responsabilità personale colpevole. Secondo tale impostazione, quindi, la Corte riconoscerebbe sempre di più l'importanza del principio del *nullum crimen sine culpa* quale principio fondamentale del diritto penale europeo e circoscriverebbe sempre di più le ipotesi di responsabilità oggettiva. A nostro avviso, tale sentenza non rappresenterebbe necessariamente un indice in tale direzione, considerate le peculiarità del caso di specie e le argomentazioni della Corte che non ha mai fatto riferimento al principio di colpevolezza come principio fondamentale.

La specificità della materia è testimoniata altresì da recenti casi della Corte di Giustizia inerenti le sanzioni applicabili in caso di violazione delle norme di circolazione su strada, in cui quest'ultima ha ribadito il precedente orientamento secondo cui è pienamente ammissibile un sistema di responsabilità oggettiva, citando, a tal proposito, il precedente *Hansen*²¹²². La Corte ha ammesso l'esistenza di forme di responsabilità oggettiva anche in materia ambientale, in base all'articolo 3, par. 1, lett. a), della direttiva 2004/35, pur sottolineando che anche in tali casi è necessario accertare la sussistenza del nesso causale tra la condotta attiva o omissiva e il danno e limitando così *de facto* attraverso un altro percorso argomentativo i casi di responsabilità oggettiva²¹²³.

La circostanza che le direttive ora citate impongano soltanto un obbligo di risultato e lascino agli Stati membri di decidere quale tipo di sanzione adottare, sia esso amministrativo o penale, purché le sanzioni previste siano proporzionali, effettive e dissuasive, comporta un ulteriore elemento di criticità, in quanto uno Stato membro può scegliere di infliggere una sanzione amministrativa per un determinato tipo di comportamento, mentre un altro può decidere di applicare una sanzione penale nello stesso ambito, come per esempio per una violazione del trasporto su strada²¹²⁴, in cui la Corte ha ormai pacificamente, ammesso la possibilità di prevedere forme di responsabilità oggettiva e questo potrebbe provocare il rischio di inficiare significativamente il principio di colpevolezza a livello europeo.

2122Si legga, al riguardo, Corte di Giustizia, decisione *EL-EM-2001 Ltd c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága*, causa C-501/14, del 19 ottobre 2016, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 31.

2123Nel caso di specie, infatti, la Corte ha affermato la compatibilità con il diritto europeo della legislazione italiana che limita la responsabilità patrimoniale del proprietario non responsabile della contaminazione al valore del suo terreno. In base a tale legislazione, il proprietario non responsabile non è quindi tenuto a realizzare misure di prevenzione e di riparazione. Si legga, al proposito, la recente sentenza della Corte di Giustizia *Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e a. contro Fipa Group srl e a.*, causa C-534/13, del 4 marzo 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 55, in cui la Corte cita la precedente giurisprudenza sul punto, tra cui *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA e Syndial SpA contro Ministero dello Sviluppo economico e altri*, causa C-378/08, del 9 marzo 2010, in *Racc.* p. I-01919, par. da 63 a 65, e ordinanza *Buzzi Unicem SpA e altri contro Ministero dello Sviluppo economico e altri (C-478/08) e Dow Italia Divisione Commerciale Srl contro Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e altri (C-479/08)*, cause riunite C-478/08 e C-479/08, del 9 marzo 2010, in *Racc.* p. I-00031, par. 45.

2124Si legga, in tal senso, l'esempio portato da J. RANKINEN, *Positive Fault Requirements in EU Criminal Law*, cit., p. 136, il quale riferendosi al caso *Urbán*, sottolinea la differenza tra il sistema sanzionatorio ungherese e quello finlandese. Per quanto riguarda le violazioni commesse nell'ambito della legislazione disciplinante le regole di responsabilità vigenti nel trasporto su strada, infatti, la legislazione ungherese commina delle sanzioni amministrative, mentre in base al sistema giuridico finlandese prevede per le corrispondenti violazioni il comminare di sanzioni penali, per cui, al fine di condannare il soggetto, è necessaria la prova del dolo o della colpa grave.

4.1.1.1.49 Ammissibilità a livello europeo della responsabilità penale delle persone giuridiche

Dall'analisi che abbiamo effettuato è dato anche stabilire se a livello europeo siano considerate punibili solo le persone fisiche o anche le persone giuridiche. Occorre sottolineare che risulta di particolare importanza scrutinare questo aspetto nel corso di questo lavoro, in quanto l'articolo 86 TFUE prescrive al primo comma che la Procura europea dovrà essere competente a perseguire gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

L'ambito inerente la protezione degli interessi finanziari dell'Unione è sempre stato, fin dal 1995, un settore in cui si è sentita particolarmente pressante l'esigenza di prevedere forme di responsabilità delle persone giuridiche, oltre che di quelle fisiche. Come riconosciuto nello stesso Preambolo della Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee nel 1995, infatti, “le imprese svolgono un ruolo importante nei settori finanziati dai bilanci comunitari, e [omissis] le persone che esercitano un potere decisionale nelle imprese non dovrebbero sfuggire alla responsabilità penale in determinate circostanze”²¹²⁵. Tale esigenza è dovuta al fatto che tali reati sono frequentemente commessi da persone giuridiche, per cui l'impunità delle stesse renderebbe inefficace la disciplina in tale ambito. La fondamentale importanza di un'apposita disciplina sulla punibilità delle persone giuridiche è altresì testimoniata dalla circostanza che anche i redattori del *Corpus Juris*, nello stabilire i principi generali che devono fungere da sostrato fondamentale su cui costruire un diritto penale speciale europeo per proteggere gli interessi finanziari dell'allora comunità, avevano previsto che il principio di responsabilità personale colpevole deve essere adattato alle caratteristiche odierne della criminalità economica che “*impliquent une répartition à la fois horizontale (partage) et verticale (chaîne hiérarchique) du pouvoir de décision au sein de l'entreprise*”²¹²⁶. In tale prospettiva, quindi, il termine “personale” deve essere riferito sia al comportamento colpevole di una persona fisica, che di una persona giuridica²¹²⁷.

A tal proposito, è importante sottolineare che la previsione nel *Corpus Juris* della responsabilità

²¹²⁵In tal senso, significativamente, si legge nel Preambolo della *Convenzione elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee*, in GU C 316, 27.11.1995, p. 48–57.

²¹²⁶In tal senso, M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Volume I, Intersentia, Antwerp, Groningen, Oxford, 2000, p. 35.

²¹²⁷L'articolo 13 del *Corpus Juris* del 1997 (rinumerato come articolo 12 nella versione del 2000) prevedeva che il dirigente dell'impresa fosse responsabile nel caso in cui fosse venuto a conoscenza del fatto che fosse stato commesso un reato nell'interesse dell'impresa e non si fosse attivato per evitare tale evenienza (espressamente si legge, nel caos in cui “knowingly allowed the offence to be committed”). Il terzo comma estendeva poi la responsabilità del dirigente dell'impresa nel caso in cui quest'ultimo non avesse effettuato la necessaria supervisione sulle persone sottoposte alla sua autorità, nel caso in cui tale negligente comportamento avesse facilitato la commissione del reato. A sua volta, l'articolo 14 (rinumerato come articolo 13 nella versione del 2000) stabiliva la responsabilità penale delle persone giuridiche.

penale dei dirigenti delle imprese non costituiva una via surrettizia per inserire una forma di responsabilità per fatto altrui così violando il principio di responsabilità personale colpevole poiché, come ribadito nel testo dedicato all'attuazione del *Corpus Juris* negli Stati membri pubblicato nel 2000²¹²⁸, la responsabilità ivi delineata in capo ai dirigenti d'impresa era ancorata alla stretta verifica circa la colpa del dirigente nel sorvegliare l'operato delle persone soggette alla loro autorità in seno all'impresa. Lo stesso ragionamento è stato seguito nel prescrivere nell'articolo successivo la responsabilità della persona giuridica; anche in tal caso, infatti la punibilità della persona giuridica è subordinata alla verifica dell'elemento soggettivo.

A conferma di quanto sinora affermato, basti considerare che il primo passo nella direzione del riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche è stata approntata nel 1995 con la Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità europee. L'art. 3 della Convenzione prevedeva la responsabilità penale dei dirigenti delle imprese stabilendo che ciascuno Stato membro avrebbe dovuto prendere le “misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero qualsiasi persona che eserciti il potere di decisione o di controllo in seno ad un'impresa possano essere dichiarati penalmente responsabili, secondo i principi stabiliti dal diritto interno, per gli atti fraudolenti commessi ai danni degli interessi finanziari delle Comunità, quali definiti all'articolo 1, commessi da persona soggetta alla loro autorità per conto dell'impresa”²¹²⁹. Successivamente il Secondo Protocollo allegato alla Convenzione PIF ha espressamente esteso la responsabilità penale alle persone giuridiche²¹³⁰. In base a tali disposizioni normative, le forme in

2128M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Volume I, cit., p. 76.

2129Art. 3 dell'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in GU C 316, 27.11.1995, p. 48–57. In senso analogo, la responsabilità penale dei dirigenti delle imprese era stata prevista anche nell'art. 6 della *Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea*, del 25 giugno 1997 (in GU n. C 195, pp. 2-11), il quale letteralmente recita: “Ciascuno Stato membro prende le misure necessarie per consentire che i dirigenti delle imprese ovvero qualsiasi persona che esercitino poteri decisionali o di controllo in seno ad un'impresa possano rispondere penalmente, secondo i principi stabiliti dal diritto nazionale, per gli atti di corruzione di cui all'articolo 3, commessi da persona soggetta alla loro autorità e per conto dell'impresa”. La responsabilità penale dei dirigenti delle imprese era stata altresì prevista dall'art. 7, par. 1 dell'Atto del Consiglio del 27 settembre 1996 che stabilisce un protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in GU C 313, 23.10.1996, pp. 1–10 e l'art. 12 dell'Atto del Consiglio del 19 giugno 1997 che stabilisce il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, (in GU C 221, 19.7.1997, p. 11–22), che richiama espressamente l'art. 3 della Convenzione del 1995.

2130Art. 3 del Secondo Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea - Dichiarazione comune relativa all'articolo 13, paragrafo 2 - Commissione - Dichiarazione relativa all'articolo 7, del 19 luglio 1997, in GU n. C 221, pp. 12-22. Per un'analisi dell'applicazione che la disposizione ha avuto negli Stati membri, si legga la *Seconda Relazione della Commissione, Applicazione della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dei relativi protocolli, Articolo 10 della convenzione*, {SEC(2008) 188}, Bruxelles, 14 febbraio 2008, COM (2008) 77 definitivo. Sul punto, si legga J.A.E. VERVAELE, *Fraud against the Community: The need for European fraud legislation*, Kluwer, 1992, p. 313. Era stato previsto che gli Stati membri dovessero istituire un sistema di responsabilità per le persone giuridiche, pur essendo liberi di scegliere se tale responsabilità dovesse essere amministrativa o penale, anche nel Titolo II, A lett. c) dell'*Azione comune 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini*, in GU L 63, 4.3.1997, p. 2–6 e nell'art. 3 dell'*Azione comune 98/733/GAI del 21 dicembre 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione*

cui concretizzare la previsione di tale responsabilità era perciò rimessa in capo agli Stati membri, i quali avrebbero potuto decidere di prevedere un sistema di responsabilità amministrativa in relazione alle persone giuridiche, oppure stabilire la responsabilità penale anche per queste ultime, la quale si sarebbe aggiunta a quella prevista per le persone fisiche.

Le forti differenze di disciplina in punto di responsabilità giuridica degli enti all'interno dei diversi Stati membri e la libertà lasciata ai legislatori nazionali di stabilire se tale responsabilità debba avere carattere penale oppure no ha, *de facto*, determinato il consolidarsi di soluzioni molto diverse all'interno degli Stati membri; in alcuni di essi, è, infatti, stata prevista la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, in altri tale responsabilità è stata definita penale, mentre in altri ancora si assiste ad un sistema misto, in cui si affiancano sanzioni penali e sanzioni amministrative²¹³¹.

A tal proposito, mena conto ricordare che a causa della resistenza degli Stati membri nel prevedere un sistema armonizzato in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche e delle notevoli differenze tra i sistemi esistenti²¹³², nella proposta relativa alla lotta contro la frode che lede gli

europa, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, in GU L 351, 29.12.1998, p. 1-3.

2131 Si veda, in tal senso, per un'analisi della forma di responsabilità delle persone giuridiche adottata all'interno dei diversi Stati membri e, altresì, per un'analisi dell'evoluzione di tale responsabilità a livello europeo S. ADAM, N. COLETTE-BASECQZ, M. NIHOUL (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, Corporate Criminal Liability in Europe*, La Chartre, Bruxelles, 2008. Per quanto riguarda, in particolare, la responsabilità penale dei dirigenti di impresa si legga l'interessantissimo contributo di K. LIGETI, *Criminal Liability of Heads of Business, A Necessary Pillar in the Enforcement of the Protection of the Financial Interests of the EU*, in *Eucri* 4/2015, p. 145 e seguenti.

2132 Si legga, in tal senso, Commissione europea, *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law*, dell'11 luglio 2012, SWD (2012) 195 final, p. 16, in cui si legge: “(ii) *Restricted liability of managers and organisations The rules on when managers and their organisations can be held liable for the involvement of their organisation in crime differ widely across the EU. As regards managers, some Member States apply restrictive definitions which require that they hold a certain formal level of power in the organisation (e.g. Portugal), or only hold them criminally liable when they know and support the concrete criminal conduct of their subordinates (e.g. Germany) which unduly restricts liability to those holding official powers (e.g. sub-delegated authorising officers, CFOs), when in fact the deliberate illegality can just as well, if not easier, be committed at the preparatory stage (e.g. by members of an evaluation committee, assistants of the board etc., who do not hold powers with effect outside the organisation). This appears as a problem given that in the area of financial crime it is reasonable to assume, on the basis of circumstantial empirical evidence, that financial decisionmakers who are potentially liable very carefully inform themselves about the criminal law framework so as to avoid slipping into illegality (increase in demand on preventive criminal law advice from lawyers in corporate crime matters, which now represents up to 70% of the specialised lawyers' business).⁵⁹ As a result there may be a less careful approach of decisionmakers when handling EU money, and thus a lack of deterrence. When, in addition, problems in finding and admitting evidence prevent sanctioning of the actual perpetrator within the organisation, this can imply total impunity and therefore absence of enforcement and ensuing recovery problems. This leads to estimated losses of € 12.5 million for the EU budget annually (see breakdown in Annex V60). As regards legal persons, Member States do not provide for the same way of organising liability of legal persons (i.e. companies, associations etc.). Some do in administrative proceedings only (Bulgaria, Germany, Latvia), the others also in criminal proceedings. As a result, investigation powers (such as search and seizure, access to bank accounts etc.) vary, and are sometime insufficient, when targeting legal persons. This is problematic in the field of financial crime at the expense of EU financial interests, where numerous, and in particular the most serious cases, involve multiple shell companies aiming to hide the real beneficiaries of illegal activities.⁶¹ In the consultative meeting with Member States, an expert from a country which does apply criminal liability to legal persons also indicated that this helped to obtain recovery allowing the victims to be compensated (which remained without objection from others present). This happens not only because legal persons have usually more financial means (assets, cash money) than natural persons, but also because the rules on the liability of legal persons offer an easier legal base for the victim to claim the*

interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale attualmente in discussione²¹³³ ha portato la Commissione a non prevedere una disposizione specifica che sanzionasse penalmente il comportamento colpevole dei dirigenti di impresa, inserendo un'unica disposizione concernente la responsabilità delle persone giuridiche²¹³⁴.

Al proposito, occorre, tuttavia evidenziare che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientravano nella competenza della Comunità europea. Per tale motivo, conformemente a quanto pacificamente affermato sia dal legislatore che dalla giurisprudenza, nel caso in cui un regolamento comunitario non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione, facendo rinvio, al riguardo, alle disposizioni nazionali, gli Stati membri conservano un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni. L'unica condizione da rispettare è che le misure adottate dagli Stati membri siano atte ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur mantenendo la scelta delle sanzioni, essi sono tenuti a vigilare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, "in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo"²¹³⁵.

Per quanto riguarda la responsabilità penale delle persone giuridiche, tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri nell'adottare le misure che avessero ritenuto più appropriate ha subito negli anni delle limitazioni. In un primo momento, infatti, era stato affermato che il diritto dell'Unione non obbligava uno Stato membro né ad introdurre nel proprio diritto nazionale il principio della responsabilità penale delle persone giuridiche né a non introdurlo, purché le sanzioni che ne conseguissero avessero un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo²¹³⁶.

Con gli atti di diritto derivato emanati successivamente al 1990 il legislatore europeo ha imposto agli Stati membri di introdurre nel proprio diritto nazionale il principio della responsabilità delle persone giuridiche, pur lasciando a questi ultimi "la libera scelta di definire il tipo di responsabilità delle persone giuridiche con riferimento alla commissione di reati, dal momento che il concetto di responsabilità penale delle persone giuridiche non esiste in tutti gli ordinamenti giuridici

compensation".

2133Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, adottata a Bruxelles l'11 luglio 2012, COM(2012) 363 final, 2012/0193 (COD).

2134La responsabilità delle persone giuridiche è sancita dall'articolo 6 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*, cit.. Si legga, in chiave critica, al proposito, K. LIGETI, *Criminal Liability of Heads of Business, A Necessary Pillar in the Enforcement of the Protection of the Financial Interests of the EU*, cit., p. 148 e seguenti.

2135Si esprimono, in tal senso, sia la pronuncia *Anklagemyndigheden (Pubblico ministero) c. Hansen & Søn I/S*, causa C-326/88, del 10 luglio 1990, cit., par. 17 che la sentenza *Vandevenne e altri*, causa C-7/90, del 2 ottobre 1991, cit., par. 11.

2136In tal senso, si leggano, *ex multis*, i paragrafi 12 e 13 della sentenza *Vandevenne e altri*, causa C-7/90, del 2 ottobre 1991, cit..

nazionali”²¹³⁷.

Questa ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri nello scegliere quale tipo di responsabilità adottare in relazione alle persone giuridiche, se penale o amministrativa, ha avuto come conseguenza una profonda disomogeneità di disciplina a livello europeo che è stata considerata da taluni autori deleteria sia sotto il profilo dell'effettiva attuazione del diritto europeo e della efficace cooperazione tra autorità giudiziarie degli Stati membri al fine di reprimere le violazioni del diritto dell'Unione, che dal punto di vista della certezza del diritto e, quindi, della adeguata protezione dei diritti dei dirigenti di impresa, con il conseguente rischio di detrimento dei principi fondamentali di colpevolezza, legalità, divieto di *ne bis in idem* e presunzione di non colpevolezza²¹³⁸; altri autori hanno invece ritenuto tale tecnica legislativa un esempio apprezzabile di rispetto del principio di colpevolezza a livello europeo²¹³⁹.

Quanto alla formulazione che, di regola, è adottata nel corpo dei testi legislativi europei in merito alla responsabilità penale delle persone giuridiche²¹⁴⁰, conformemente alle conclusioni raggiunte dal

2137In tal senso si è espressa anche la Commissione nella *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, adottata a Bruxelles, il 20 settembre 2011, COM (2011) 573 definitivo, p. 11, in cui in risposta alla domanda “quale può essere il contenuto di norme minime di diritto penale dell'Unione?”, la Commissione precisa che “*In generale, la legislazione dell'Unione copre reati commessi sia da persone fisiche che da persone giuridiche, come società o associazioni. Queste ultime possono essere importanti in molti settori, ad esempio la responsabilità per fuoriuscite di idrocarburi. Tuttavia, la legislazione esistente ha sempre lasciato agli Stati membri la libera scelta di definire il tipo di responsabilità delle persone giuridiche con riferimento alla commissione di reati, dal momento che il concetto di responsabilità penale delle persone giuridiche non esiste in tutti gli ordinamenti giuridici nazionali*”.

2138Con particolare riferimento alla responsabilità penale dei dirigenti delle imprese, si legga quanto scritto da K. LIGETI, *Criminal Liability of Heads of Business, A Necessary Pillar in the Enforcement of the Protection of the Financial Interests of the EU*, cit., p. 149, la quale afferma: “*In general, and beyond the provisions related to the criminal law protection of the EU budget, the diversity of national legislation and practice enhances the risk of ineffective law enforcement and legal uncertainty. The divergent conceptual shape of punitive liability of heads of business impedes the well-functioning operation of the internal market and hampers cooperation between the criminal justice authorities of the Member States. The nationally oriented approaches and the current absence of a level playing field create opportunities for abuse by criminals and for avoiding liability. The fragmentation of laws is also problematic from the perspective of the legal protection of the head of business concerned. Due to the scattered national approaches, heads of business working for corporations that are active in several EU Member States are confronted with diverging national rules, for instance on due diligence. This leads to problems related to the principle of individual guilt (nulla poena sine culpa), the principle of legal certainty (lex certa), the principle of ne bis in idem, and the presumption of innocence. There is a need to clarify and to critically rethink the punitive liability of heads of businesses from the perspective of the integrated legal order of the EU. The scope and the conditions of the liability of heads of businesses should be addressed in a coherent manner in the Area of Freedom, Security and Justice considering both criminal and punitive administrative law and taking into account at the same time the legal protection of the individual head of business concerned*”. In tal senso anche l'articolo citato dall'autrice, ossia M.J.J.P. LUCHTMAN, A.A.H. VAN HOEK, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Safeguarding of Human Rights*, in *Utrecht Law Review*, 2005, p. 1 e seguenti.

2139In tal senso *Manifesto sulla politica criminale europea*, ZIS 12/2009, p. 742, elaborato nell'ambito della *European Criminal Policy Initiative* da un gruppo di 14 professori di diritto penale provenienti da 10 Università europee di diversi Stati membri. Il Manifesto è stato pubblicato in numerose lingue tra cui inglese, francese, tedesco, greco, spagnolo, italiano e rumeno. Si veda 8 Zeitschrift Fur Internationale Strafrechtsdogma Tik [ZIS] 430, 440 (2013) (Ger), consultabile su http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf e su www.crimpol.eu e H. SATZGER, *Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik – Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe*. In tal senso, si legga anche L. FOFFANI, *Il “Manifesto sulla Politica Criminale Europea”*, in *Criminalia*, 2010, p. 669.

2140Si vedano, in tal senso, l'articolo 6 della *Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in*

Consiglio il 30 novembre 2009²¹⁴¹, essa presenta il seguente contenuto: “*Ciascuno Stato membro [adotta le misure necessarie] provvede affinché la persona giuridica possa essere ritenuta responsabile dei reati di cui agli articoli (articolo sui reati) laddove tali reati sono stati commessi a suo beneficio da qualsiasi soggetto, che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica, il quale detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica stessa, basata: a) sul potere di rappresentanza di detta persona giuridica, b) sul potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica, o c) sull'esercizio del controllo in seno a tale persona giuridica. [2. Ciascuno Stato Membro provvede inoltre a che la persona giuridica possa essere dichiarata responsabile quando la carenza di sorveglianza o controllo da parte di uno dei soggetti di cui al paragrafo 1 abbia reso possibile commettere un reato di cui agli articoli (articolo sui reati) a vantaggio della persona giuridica da parte di una persona soggetta alla sua autorità.]* 3. La responsabilità delle persone giuridiche ai sensi dei paragrafi 1 e 2 non esclude azioni penali contro le persone fisiche che siano autori, istigatori o complici di uno dei reati di cui agli articoli (articolo sui reati)”.

Ad una prima lettura della disposizione ora menzionata è dato ricavare che l'elemento soggettivo deve essere accertato anche in relazione alle persone giuridiche, non essendo possibile prevedere forme di responsabilità oggettiva differenziando a seconda che il fatto di reato sia stato commesso

materia di traffico illecito di stupefacenti, in GU L 335, 11.11.2004, pp. 8–11, l'articolo 3 del *Secondo Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea - Dichiarazione comune relativa all'articolo 13, paragrafo 2 - Commissione - Dichiarazione relativa all'articolo 7*, cit., l'articolo 5 dell'*Azione comune 98/742/GAI del 22 dicembre 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, sulla corruzione nel settore privato*, in GU L 358, 31.12.1998, pp. 2–4; l'articolo 8 della *Decisione quadro del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro*, in GU L 140 del 14.6.2000, pp. 1–3; l'articolo 7 della *2001/413/GAI Decisione quadro del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti*, in GU L 149 del 2.6.2001; l'articolo 7, par. 1 della *Decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo*, in GU L 164 del 22.6.2002, pp. 3–7; l'articolo 4, par. 1 della *2002/629/GAI Decisione quadro del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani*, in GU L 203 del 1.8.2002, pp. 1–4; l'articolo 2, par. 1 della *2002/946/GAI Decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*, in GU L 328 del 5.12.2002, pp. 1–3; l'articolo 6 della *Decisione quadro 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale*, in GU L 29 del 5.2.2003, pp. 55–58; l'articolo 5 della *Decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato*, in GU L 192 del 31.7.2003, pp. 54–56; l'articolo 6, par. 1 della *Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile*, in GU L 13 del 20.1.2004, pp. 44–48; l'articolo 8 della *Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione*, in GU L 69 del 16.3.2005, pp. 67–71; l'articolo 5 della *Decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi*, in GU L 255 del 30.9.2005, pp. 164–167; l'articolo 5 della *Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata*, in GU L 300 dell'11.11.2008, pp. 42–45; l'articolo 6 della *Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente*, in GU L 328 del 6.12.2008, pp. 28–37; l'articolo 5 della *Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale*, in GU L 328 del 6.12.2008, pp. 55–58.

²¹⁴¹Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale, del 30 novembre 2009, 2979th JUSTICE and HOME AFFAIRS Council meeting, pp. 9-10.

da una persona fisica o giuridica. Ciononostante, occorre evidenziare che l'accertamento del dolo o della colpa della persona giuridica sarà effettuato con modalità diverse rispetto alle persone fisiche. Come si legge nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale nella causa *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE* “sebbene la sua applicazione debba essere modulata, trattandosi di persone giuridiche, nessun elemento autorizza ad ignorare l'elemento soggettivo della colpa, che subisce comunque un processo di oggettivazione. Nelle entità collettive non esiste l'elemento della volontà in senso stretto, ma una finzione giuridica mette di attribuire ad esse le infrazioni che siano conseguenza dei loro comportamenti. Non vi sono atti di volontà, ma vi è la capacità di infrangere le norme alla cui applicazione esse sono soggette. Il corollario è chiaro: non si può imputare a una persona giuridica un'infrazione che non ha commesso²¹⁴²”. Pur assistendo ad un processo di oggettivazione ed esistendo delle differenze rispetto all'accertamento della colpa nelle persone fisiche, quindi, anche in tema di responsabilità delle persone giuridiche è necessario procedere ad accertare l'elemento soggettivo del reato²¹⁴³.

2.1.2. CAPITOLO SESTO Principi di diritto penale processuale

2.1.2.1. Principio di legalità processuale e diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo

4.1.1.1.50 Il principio di legalità processuale

Il principio di legalità processuale costituisce un principio cardine a cui deve ispirarsi ogni processo e, in particolare, quello penale. Il principio di legalità nella sua dimensione sostanziale e processuale rappresenta, come abbiamo visto in relazione al principio di legalità sostanziale²¹⁴⁴, un fondamento dello Stato di diritto e a livello europeo un principio fondamentale di quella che è stata definita un'“Unione di diritto”²¹⁴⁵.

²¹⁴²Conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer l'11 febbraio 2003, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, in *Racc.* p. I-133, par. 63-65.

²¹⁴³Si ritiene che vada interpretato in tal senso anche quanto affermato dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 22 maggio 2012 *su un approccio dell'UE in materia di diritto penale*, (2010/2310(INI)), (2013/C 264 E/02), lettera J, in cui si legge che “considerando che il diritto penale dell'UE, di norma generale, dovrebbe imporre pene unicamente per atti commessi intenzionalmente oppure, in circostanze eccezionali, per atti che implicino grave negligenza, e che deve poggiare sul principio della colpevolezza individuale (nulla poena sine culpa), benché in taluni casi possa essere giustificato per contemplare la responsabilità delle persone giuridiche per determinati tipi di reato”.

²¹⁴⁴Si legga al riguardo l'analisi compiuta nel paragrafo, capitolo, Titolo Primo, della Parte Seconda.

²¹⁴⁵Si legga, al riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia che per la prima volta ha riconosciuto che l'allora Comunità fosse una Comunità di diritto, ossia la sentenza Corte di Giustizia, sentenza *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento europeo*, causa 294/83, del 23 aprile 1986, in *Racc.* p. 1357, par. 23. Per un approfondimento, si legga, inoltre, L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 04/09, New York University School of Law, 2009, consultabile online al seguente indirizzo: www.JeanMonnetProgram.org.

Tale principio assume caratteristiche parzialmente diverse in ambito processuale, soprattutto per quello che riguarda la disciplina inerente la successione di leggi nel tempo, ossia la determinazione di quale sia la legge applicabile nel caso in cui la legge in vigore al momento di commissione del fatto di reato sia stata modificata o abrogata e sia, quindi, diversa dalla legge vigente al tempo in cui viene celebrato il processo. Mentre in ambito di diritto penale sostanziale, il rispetto del principio di legalità si declina nel principio di irretroattività della legge penale sfavorevole e in quello di applicabilità della legge penale più favorevole, in materia processuale vige, seppure con alcune eccezioni, il principio *tempus regit actum*, in base al quale al momento della entrata in vigore della nuova disciplina, gli atti i cui effetti sono ormai esauriti, sono regolati dalla disciplina previgente; gli atti ancora da compiere sono disciplinati dalla nuova disciplina, mentre gli atti processuali complessi, non ancora perfezionati, sono disciplinati dalla nuova disciplina²¹⁴⁶.

Mentre, pertanto, nel caso di atti processuali complessi, non ancora perfezionati, si applicherà la legge in vigore al momento della celebrazione del processo, indipendentemente dal fatto se essa sia più sfavorevole o più favorevole per l'imputato, in forza del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, in ambito di diritto penale sostanziale, ossia nel caso in cui sopravvenga una legge penale più sfavorevole per l'imputato, sia per quanto riguarda la qualificazione del reato che per quanto concerne la disciplina sanzionatoria, in nessun caso potrà applicarsi la legge penale in vigore al momento della celebrazione del processo se essa prevede un regime più sfavorevole per l'imputato.

Per quanto riguarda il principio di tassatività, in base al quale devono essere stabilite norme chiare e precise, è discusso se lo stesso valga anche in relazione al principio di legalità processuale o meno. Vi è, infatti, parte della dottrina che ha ritenuto che in ambito processuale tale requisito non sia applicabile²¹⁴⁷. In base a tale interpretazione, di conseguenza, non sarebbe neanche *ipso facto* preclusa l'analogia, né, *a fortiori*, l'interpretazione estensiva²¹⁴⁸. Si ritiene, tuttavia, di concordare

2146 Sul principio dell'applicazione del principio *tempus regit actum* agli atti processuali, si legga a livello europeo la giurisprudenza della Corte EDU *Coëme et a. c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 147-149; *Mione c. Italia*, ricorso n. 7856/02, del 12 febbraio 2004; *Rasnik c. Italia*, ricorso n. 45989/06, del 10 luglio 2007; *Martelli c. Italia*, ricorso n. 20402/03, del 12 aprile 2007; *Morabito c. Italia*, ricorso 21743/07, del 27 aprile 2010; *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, par. 110.

2147 Si legga, al riguardo M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, *Commento all'art. 49, Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Giuffrè Editore, pp. 1003-1004, il quale, a sua volta, si riferisce a F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en Strafprocesrecht Voor Bachelors*, Antwerp, 2015.

2148 In M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, *Commento all'art. 49, Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1004, si legge in relazione all'ammissibilità dell'analogia in ambito di diritto processuale penale: "Poiché la legge processuale deve condurre per mano le autorità verso l'accertamento, essa deve essere sufficientemente ricca e analitica; si corre più facilmente il rischio che il legislatore ometta una previsione, ignori un passaggio o un chiarimento. Ecco che mentre l'analogia nel diritto penale è vietata, perlomeno quando si espliciti *contra reum*, non vi è in linea di massima ragione per escluderla nel settore processuale, salvo nelle ipotesi riferibili alla compressione di diritti fondamentali. Mentre la lacuna non trova spazio nel diritto penale, per via della logica

con quanti hanno ritenuto che la chiarezza e precisione delle norme attributive di determinati poteri a specifici soggetti processuali sia essenziale al fine di garantire la prevedibilità e accessibilità delle norme da parte dei soggetti interessati che, come avremo modo di vedere, è una delle caratteristiche che è stata riconosciuta anche al principio di legalità processuale a livello europeo²¹⁴⁹.

Nonostante tali differenze per quanto riguarda il regime di successione di leggi nel tempo, la declinazione del principio di legalità nel principio di riserva di legge, in base al quale le regole processuali devono essere stabilite per legge dal legislatore mantiene la propria valenza precettiva anche in relazione al principio di legalità processuale.

In ambito processuale il principio di legalità serve, in primo luogo, a garantire la certezza del diritto; in tal senso esso è necessario per consentire agli operatori del diritto, siano essi autorità giurisdizionali, soggetti indagati o imputati, difensori o persone offese dal reato, di conoscere previamente quale è la regola che si applicherà nel caso concreto²¹⁵⁰.

Al tempo stesso, il principio serve a garantire la separazione delle funzioni in ambito processuale e a tutelare in tal modo il diritto dei soggetti coinvolti nel procedimento a non venire indagati, rinviati a giudizio e giudicati colpevoli o innocenti dal medesimo soggetto²¹⁵¹. Il principio di legalità processuale serve, quindi, a garantire che siano stabilite *ex lege* regole precise che definiscano le funzioni attribuite a ciascun soggetto processuale e i limiti entro cui ogni soggetto può esercitare i poteri attribuitigli dalla legge. Nel caso in cui non esistessero regole precise che determinino i ruoli e le funzioni di ogni soggetto coinvolto nel processo, infatti, il pubblico ministero potrebbe, per esempio, arrogarsi il diritto di svolgere le funzioni proprie del giudice o viceversa. In ambito di reati aventi una dimensione transnazionale e, quindi, connessi al territorio di più Stati membri, inoltre, in assenza di regole precise, l'autorità inquirente potrebbe arbitrariamente scegliere quale legge applicare in base alle proprie esigenze, in dispregio dei diritti fondamentali dell'indagato e, anzi, in taluni casi potrebbe proprio scegliere la legge processuale dello Stato che garantisce una tutela minore all'indagato²¹⁵².

normativa che lo permea, nel diritto processuale essa è assolutamente possibile e in quel caso ben può esigere di essere risolta: se la norma non prescrive al magistrato, al cancelliere, al personale di polizia giudiziaria come procedere, si può rischiare un'impasse, uno stallo che il procedimento non può permettersi. La legge processuale ha funzione di guida, per cui la sua eventuale incompletezza può, anzi talora deve, essere rimediata".

2149 Nel senso che il requisito della *lex certa*, ossia della precisione e determinatezza delle norme è essenziale anche in relazione al principio di legalità processuale, si legga J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: A Harmonised National Patchwork?*, in G. FORNASARI, D. SARTORI (a cura di), *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014. p. 259 e seguenti; J.A.E. VERVAELE, *The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia*, in *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2/2014, pp. 1-17.

2150 Sul contenuto e la portata del principio di certezza del diritto a livello europeo, si legga l'analisi svolta in rapporto al principio di legalità sostanziale nel paragrafo, capitolo, Titolo Primo della Parte Prima.

2151 Tale principio serve al medesimo tempo a garantire la separazione tra i poteri dello Stato, per cui solo il legislatore può regolare lo svolgimento del processo. Tale compito non può essere svolto né da organi amministrativi, né giurisdizionali. Si legga sul punto l'esame svolto a proposito del principio di legalità sostanziale nel paragrafo, capitolo, Titolo Primo della Parte Prima.

2152 Sul principio di legalità processuale vigente in materia penale a livello europeo, si legga F. ZIMMERMANN,

Il principio di legalità sostanziale si intreccia indissolubilmente con il principio di legalità in ambito processuale, dal momento che la disciplina approntata per regolamentare l'esercizio dei mezzi di ricerca della prova di cui si avvalgono il pubblico ministero e la polizia giudiziaria deve, al tempo stesso, a garanzia dei diritti dell'indagato, soggiacere ai principi di legalità sostanziale e procedurale che devono, dunque, permeare l'intero processo penale, sia dal punto di vista delle sanzioni concretamente applicate che da quello processuale, dei mezzi di ricerca della prova che possono essere utilizzati nel corso delle indagini dall'autorità inquirente²¹⁵³.

Alcune caratteristiche che abbiamo esaminato in relazione al principio di legalità sostanziale, pertanto, si applicano anche a quello di legalità processuale.

In particolare, per quanto riguarda il principio di riserva di legge, considerate le peculiarità dell'ordinamento giuridico europeo²¹⁵⁴, valgono le osservazioni esposte in relazione al principio di legalità processuale. Nel definire il principio di riserva di legge a livello europeo, infatti, occorre tenere in considerazione le interazioni tra legislatore europeo, legislatore nazionale e autorità giudiziarie nazionali²¹⁵⁵.

A tale proposito, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è, quindi, principalmente focalizzata sulla delimitazione delle competenze tra legislatore europeo e legislatore nazionale e nel delineare

Third Demand: Respect for the Principle of Legality and Judicial Principles in European Criminal Proceedings, in *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, a cura dell'European Criminal Policy Initiative, 2014, p. 232 e seguenti; F. ZIMMERMANN, *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union*, Nomos, 2014, p. 45 e seguenti; O. LAGODNY, *Empfiehl es sich eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen?*, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Berlin, 2001, p. 114. In rapporto all'istituzione di una Procura europea si legga anche M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office*, The Hague, Springer e Asser Press, 2014, p. 140.

2153 Ad esempio delle inestricabili correlazioni che sussistono tra il principio di legalità sostanziale e il principio di legalità processuale, si legga, ad esempio, la sentenza della Corte EDU nel caso *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 10249/03, del 17 settembre 2009, in cui gli aspetti sostanziali e processuali si intrecciano in quanto la scelta del giudizio abbreviato, e, quindi, un procedimento processuale, incide direttamente sulla riduzione di pena e, quindi, sulla determinazione della pena applicabile. In tal caso, a fini garantistici dei diritti dell'imputato, di regola prevale l'aspetto sostanziale della conseguenza sanzionatoria e, quindi, troverà applicazione il regime di irretroattività della legge penale più sfavorevole, di applicazione di quella più favorevole, di divieto di analogia *in malam partem* e tutti i corollari che discendono dal principio di legalità sostanziale. Al proposito, si legga il paragrafo, capitolo, Titolo Primo della Parte Seconda.

2154 Come è stato affermato dalla Corte di Giustizia, infatti, l'ordinamento giuridico europeo rappresenta un ordinamento sovranazionale nuovo “dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi”. Si legga al riguardo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nel Parere 2/13 sull'adesione alla CEDU, del 18 dicembre 2014, par. 157-158 e giurisprudenza ivi richiamata, in cui si legge: “Infatti, come ripetutamente dichiarato dalla Corte, i Trattati fondativi dell'Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi (v., in particolare, sentenze van Gend & Loos, 26/62, EU:C:1963:1, pag. 23, e Costa, 6/64, EU:C:1964:66, pag. 1144, nonché parere 1/09, EU:C:2011:123, punto 65)”.

2155 In tal senso, anche C. PERISTERIDOU, *The principle of legality in European criminal law*, Antwerp, Intersentia, 2015; C. PERISTERIDOU, *The principle of lex certa in national law and European perspectives*, in A. H. KLIP (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Maklu, 2011, pp. 69-95; E. CLAES, *Legality and Lex Certa in the Criminal Law*, in A. H. KLIP, (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., pp. 97-102.

quale debba essere l'espressa base giuridica in base alla quale il legislatore europeo può stabilire una disciplina uniforme a livello europeo. Le pronunce della Corte, tuttavia, hanno interessato più specificamente il principio di legalità in senso sostanziale, ossia il principio in base al quale le fattispecie di reato e le sanzioni penali devono essere espressamente previste per legge²¹⁵⁶. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio di legalità processuale è decisamente più scarna, ma non per questo meno importante.

Uno dei principali motivi per cui la giurisprudenza sul principio di legalità sostanziale sembra essere più ridotta è dovuta al fatto che non è stata prevista né nei Trattati né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea una disposizione che specificamente disciplini in modo cristallino il principio di legalità processuale. La giurisprudenza della Corte, peraltro, consistente, deve, quindi, essere selezionata tra le pronunce riguardanti altri diritti previsti dalla Carta e, in particolare, i limiti che è possibile porre al godimento di tali diritti. In tal senso si è, pertanto, ritenuto che il principio di legalità processuale fosse stato codificato non nell'articolo 49 della Carta che, invece, disciplinerebbe solo il principio di legalità sostanziale, ma nell'articolo 52 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede che “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge [omissis...]”²¹⁵⁷.

L'articolo 52 della Carta codificherebbe, pertanto, il principio di legalità processuale imponendo una riserva di legge per le restrizioni dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. Ciò significa che le limitazioni alla propria libertà e sicurezza personale²¹⁵⁸, alla propria vita privata e familiare, oppure al proprio domicilio e alle proprie comunicazioni²¹⁵⁹, alla protezione dei dati di carattere

2156Per l'analisi di tale giurisprudenza, si rinvia alle decisioni della Corte di Giustizia che sono state esaminate nel paragrafo, capitolo, Titolo Primo della Parte Seconda.

2157L'articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede per esteso che “*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. 2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti. 3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. 4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. 5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti. 6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta. 7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta*”.

2158Il diritto alla libertà e sicurezza è disciplinato dall'articolo 6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale stabilisce: “*Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza*”.

2159Tale diritto è tutelato dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*”.

personale²¹⁶⁰, alla propria libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee²¹⁶¹, alla propria libertà di riunione pacifica e di associazione a tutti i livelli²¹⁶², al proprio diritto di proprietà²¹⁶³ sono legittime solo ove siano espressamente autorizzate da una legge e rispettino le altre condizioni previste dall'art. 52 della Carta²¹⁶⁴.

In tal modo, il principio di legalità processuale assume dignità costituzionale pari a quello di legalità sostanziale nell'ordinamento giuridico europeo, sebbene lo stesso presenti un contenuto e una portata parzialmente diversa da quest'ultimo. La giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia confermano tale assunto specificando la portata e il contenuto che assume il principio di legalità processuale a livello europeo e, al tempo stesso, confermandone la natura di principio fondamentale nell'ordinamento giuridico europeo. In tal senso assumono particolare rilievo le sentenze con cui la Corte EDU ha interpretato l'inciso "costituito per legge" contenuto nell'articolo 6 della CEDU. La Corte ha, infatti, affermato che il termine "costituito per legge" di cui all'articolo 6 della CEDU persegue l'obiettivo di evitare che l'organizzazione del sistema giudiziario sia lasciato alla discrezionalità dell'esecutivo e mira a garantire che, al contrario, tale materia sia regolata da una legge del Parlamento. In sostanza, quindi, l'organizzazione del sistema giudiziario non può essere lasciata alla discrezionalità delle autorità giudiziarie, sebbene ad esse residui il potere di interpretare la legge nazionale stabilita dal Parlamento²¹⁶⁵. Inoltre, la Corte EDU ha espressamente stabilito che il principio di legalità processuale è un principio generale di diritto, rappresentato dal brocardo "*nullum iudicium sine lege*". In particolare, ad avviso della Corte EDU, tale principio impone che

2160 Tale diritto è riconosciuto dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che stabilisce: "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

2161 Tale diritto è garantito dall'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede: "Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. 2. La libertà dei media e il loro pluralismo sono rispettati".

2162 La Carta prevede tale diritto all'articolo 12, che recita: "Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione a tutti i livelli, segnatamente in campo politico, sindacale e civico, il che implica il diritto di ogni persona di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi. 2. I partiti politici a livello dell'Unione contribuiscono a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione".

2163 La Carta tutela tale diritto all'articolo 17, che recita: "Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta".

2164 Al proposito, occorre sottolineare che vi è chi ha ritenuto che il principio di legalità processuale derivasse dall'articolo 47, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali, il quale recita: "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare".

2165 Si legga in tal senso la sentenza della Corte EDU *Coëme e altri c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 98, in cui si legge: "l'introduction du terme « établi par la loi » dans l'article 6 de la Convention « a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire (...) ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement ». Dans des pays de droit codifié, l'organisation du système judiciaire ne saurait pas davantage être laissée à la discrétion des autorités judiciaires, ce qui n'exclut cependant pas de leur reconnaître un certain pouvoir d'interprétation de la législation nationale en la matière".

siano rispettati specifici requisiti e procedure al fine di assicurare il rispetto del diritto ad un processo equo e del principio di parità delle armi. Le regole processuali nel processo penale sono, infatti, tese ad assicurare che ogni parte siano forniti gli strumenti necessari per non trovarsi in una situazione di svantaggio rispetto alla controparte processuale. Uno dei principali obiettivi del principio di legalità processuale è, infatti, quello di proteggere l'indagato da possibili abusi di potere da parte dell'organo inquirente sul soggetto accusato²¹⁶⁶. Una tale protezione nei confronti dell'indagato può essere garantita solo mediante la predisposizione *ex ante* di regole chiare e precise che disciplinino i diritti dell'indagato o imputato. La Corte conclude, pertanto, nel senso che l'incertezza dovuta all'assenza di regole processuali chiare previamente stabilite pone l'indagato in una situazione di svantaggio rispetto al pubblico ministero e comporta, pertanto, una violazione del diritto ad un equo processo²¹⁶⁷.

Elementi indispensabili del principio di legalità processuale, ad avviso della Corte, sono, quindi, come nel caso del principio di legalità sostanziale, l'accessibilità e la prevedibilità delle leggi processuali applicabili al caso di specie.

Sebbene ispirato alle logiche del diritto processuale penale nazionale, il principio di legalità processuale, così come definito dalla Corte EDU, trova applicazione e valenza anche in ambito di procedimenti aventi natura transnazionale²¹⁶⁸. Le conseguenze che derivano dalla scelta di applicare una legge processuale piuttosto che un'altra importano conseguenze parimenti gravi, se non più gravi di quelle che sono originate a livello nazionale. Il diritto ad un equo processo e la tutela della posizione dell'indagato che, secondo l'interpretazione della Corte EDU, sono i principali obiettivi del principio di legalità processuale²¹⁶⁹, sarebbero, infatti, irrimediabilmente lesi nel caso in cui la

2166Al proposito, sentenza della Corte EDU *Coëme e altri c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 102, in cui in modo esplicito si legge: “*La Cour rappelle que le principe de la légalité du droit de la procédure pénale est un principe général de droit. Il fait pendant à la légalité du droit pénal et est consacré par l'adage « nullum iudicium sine lege ». Ce principe impose, sur le plan substantiel, certaines exigences relatives au déroulement de la procédure, en vue d'assurer la garantie du procès équitable qui implique le respect de l'égalité des armes. Celle-ci comporte l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (voir, parmi d'autres, l'arrêt De Haes et Gijssels c. Belgique du 24 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 238, § 53). Elle rappelle aussi que la réglementation de la procédure vise, d'abord, à protéger la personne poursuivie contre des risques d'abus de pouvoir et que c'est donc la défense qui est la plus susceptible de pâtir des lacunes et imprécisions de pareille réglementation*”. Si legga, quanto al principio di legalità processuale in relazione alla precostituzione per legge del giudice, M. PANZAVOLTA, *Choice of Forum and the Lawful Judge Concept*, in M. LUCHTMAN, *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime*, The Hague-Portland, Eleven International Publishing, 2013, p. 149 e seguenti.

2167In tal senso, sentenza della Corte EDU *Coëme e altri c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, *cit.*, par. 103.

2168Si legga al riguardo, F. ZIMMERMANN, *Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, European Criminal Policy Initiative, Striftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, pp. 165-167. Per un'analisi del principio di legalità nel settore della cooperazione giudiziaria, si legga M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, *Commento all'art. 49, Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, *cit.*, pp. 1006-1008.

2169Ad avviso di alcuni autori “*la prevedibilità della legge processuale serve invece ad evitare interferenze arbitrarie*

Procura europea potesse scegliere la legge processuale applicabile a propria discrezione, in assenza di una predeterminazione dei criteri legali sulla base dei quali effettuare tale scelta²¹⁷⁰. Quando sono coinvolti più Stati membri le conseguenze della scelta di una giurisdizione e, quindi, di una legge applicabile piuttosto che di un'altra, comporta importanti conseguenze per i soggetti indagati poiché la disciplina processuale e, quindi, le garanzie procedurali applicabili, variano significativamente da Stato membro a Stato membro.

Al proposito, non sembra che tale affermazione sia smentita neanche dal diverso valore che è stato attribuito dalla Corte di Giustizia al principio di legalità processuale rispetto al principio di legalità sostanziale nella sentenza *Maria Pupino*. In tale occasione, la Corte ha interpretato diversamente le regole concernenti la “portata della responsabilità penale” dell'individuo, da quelle “sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione della prova”²¹⁷¹. Mentre, infatti, ad avviso della Corte, i principi di certezza del diritto e di obbligo di non retroattività in relazione alle disposizioni che vertono sulla responsabilità penale dell'interessato ostano all'interpretazione di un atto europeo nel senso di determinare o aggravare, sul fondamento di una decisione quadro non trasposta nell'ordinamento nazionale mediante una legge di attuazione, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni, tali restrizioni non vigono in rapporto alle disposizioni “sullo svolgimento del procedimento e sulle modalità di assunzione”²¹⁷².

In tale pronuncia, pertanto, la Corte, precisandone le differenze rispetto al principio di legalità sostanziale, riconosce implicitamente l'esistenza di un principio di legalità processuale nell'ordinamento giuridico europeo. Al tempo stesso, ne sottolinea, tuttavia, anche la maggiore flessibilità²¹⁷³ rispetto al principio di legalità sostanziale precisando quanto rilevato all'inizio del

*dei pubblici poteri; perciò essa va misurata al momento dell'intrusione del potere pubblico. Non si avverte qui (salve alcune eccezioni, fra cui quella legata al principio di precostituzione del giudice) il bisogno di applicare la legge vigente al tempo di commissione del reato, che sarebbe anzi fonte di non poche complicazioni pratiche (per via della necessità di celebrare processi con regole sempre diverse)”. In tal senso, M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale, Commento all'art. 49, Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, cit.*, p. 1005.*

2170 Nel medesimo senso, si legga F. ZIMMERMANN, *Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, European Criminal Policy Initiative, Striftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, pp. 164-167.

2171 Si legga in proposito la sentenza *Maria Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5309, par. 46.

2172 Si legga in proposito la sentenza *Maria Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, *cit.*, par. 44-48. Nel paragrafo 47, la Corte precisa, tuttavia, che “L'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una decisione quadro nell'interpretazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale cessa quando quest'ultimo non può ricevere un'applicazione tale da sfociare in un risultato compatibile con quello perseguito da tale decisione quadro. In altri termini, il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere un'applicazione tale da non sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro”. Di conseguenza, al punto 48, conclude nel senso che, considerato che, “come rilevato dall'avvocato generale al punto 40 delle sue conclusioni, non è evidente che, nella causa principale, un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla decisione quadro sia impossibile”, “spetta al giudice nazionale verificare se, nella detta causa, un'interpretazione conforme del suo diritto nazionale sia possibile”.

2173 Si riferisce alla flessibilità anche M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*,

paragrafo e consolidato nella tradizione costituzionale degli Stati membri, ossia che il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole non si applica al principio di legalità processuale e che il principio di certezza del diritto assume caratteristiche peculiari rispetto al principio di legalità processuale²¹⁷⁴. Come è stato rilevato, tale interpretazione della Corte potrebbe, di fatto, comportare un aggravamento della responsabilità penale dell'imputato sulla base di una decisione quadro non attuata nell'ordinamento giuridico interno, in violazione del principio di legalità sostanziale, tramite un'interpretazione che riconosca natura processuale alle disposizioni sottoposte all'attenzione della Corte²¹⁷⁵. Tuttavia, occorre ribadire che “quando la legge processuale incide sui diritti fondamentali, restringendoli, essa assume una spiccata funzione di garanzia, che la rende meno flessibile: l'interpretazione preferibile è quella restrittiva, l'analogia cessa di essere possibile”²¹⁷⁶.

Al proposito, occorre rilevare che, come abbiamo menzionato prima e come avremo modo di approfondire in seguito²¹⁷⁷, la scelta della legge applicabile da parte della Procura europea e la predeterminazione di precise e puntuali regole processuali che disciplinino i poteri della Procura europea incidono sui diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, pertanto, il rispetto del principio di legalità processuale, inteso nella sua dimensione di prevedibilità e accessibilità *ex ante* della legge processuale applicabile, deve essere pienamente garantito e interpretato nel modo che non vanifichi la funzione sottolineata dalla Corte EDU di tutelare l'indagato da eventuali abusi di potere da parte dell'organo inquirente²¹⁷⁸.

Come è stato detto altrimenti, infatti, “*transnational prosecution requires a transnational principle of legality*”²¹⁷⁹. La previsione di criteri precisi in merito alla legge applicabile e di regole processuali

Commento all'art. 49, Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1005, il quale afferma che “può ben dirsi che la legalità processuale sia più flessibile, meno rigida di quella sostanziale”.

2174Si legga per un commento della sentenza della Corte di Giustizia *Maria Pupino*, S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: Profili processuali*, in V. MANES, F. SGUBBI, (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007, p. 49 e seguenti.

2175Si legga, al riguardo V. MITSILEGAS, *Commento all'articolo 49. Principles of Legality and Proportionality of Criminal Offences and Penalties*, in S. PEERS, HERVEY, KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford and Portland, Oregon, 2014, 1364 e seguenti, che afferma che “*this narrow interpretation of the principle of legality based on a distinction between substantive criminal law and criminal procedure does not exclude in practice the aggravation of the criminal responsibility of the defendant on the basis of an unimplemented Framework Decision which impacts on domestic criminal justice systems*”. Si legga al riguardo la diversa natura che è riconosciuta all'istituto giuridico della prescrizione a livello europeo e a livello nazionale e il dialogo-scontro che è, di conseguenza, insorto tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale italiana nel caso *Ivo Taricco e altri*. Si leggano, in proposito, la sentenza della Corte di Giustizia *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, pubblicata in raccolta digitale (Raccolta generale) e l'ordinanza della Corte Costituzionale italiana n. 24 del 2017, depositata il 26 gennaio 2017.

2176In tal senso, M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, *Commento all'art. 49, Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 1005, il quale afferma che “*può ben dirsi che la legalità processuale sia più flessibile, meno rigida di quella sostanziale*”, p. 1006.

2177Si legga al riguardo l'analisi svolta nel paragrafo, capitolo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2178Si legga, in tal senso, la sentenza della Corte EDU, *Coëme e altri c. Belgio*, ricorsi n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000, par. 102.

2179In tal senso, F. ZIMMERMANN, *Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the*

altrettanto chiare per quanto riguardano i poteri processuali attribuiti alla Procura europea e le garanzie procedurali riconosciute agli indagati risulta in tal senso l'unica soluzione possibile per garantire il rispetto del principio di legalità processuale e, di conseguenza, il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento avviato dalla Procura europea.

4.1.1.1.51 Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo

Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, insieme al principio di legalità, costituisce la componente essenziale su cui si fonda lo Stato di diritto in ogni attuale sistema giuridico. Per quanto riguarda, in particolare, il sistema giuridico europeo, la Corte ha affermato che “la Comunità [omissis...] europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato. In particolare, [omissis...] il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni”²¹⁸⁰.

In base alla giurisprudenza della Corte²¹⁸¹, pertanto, l'Unione può considerarsi uno Stato di diritto proprio perché l'ordinamento giuridico europeo prevede un sistema completo di rimedi giurisdizionali che consente alle persone fisiche e giuridiche, a determinate condizioni stabilite nei Trattati, di deferire alla Corte di Giustizia il controllo circa la legittimità degli atti adottati a livello europeo.

Il principio di legalità, il quale a livello europeo è intrinsecamente connesso al principio di attribuzione, che prevede che le istituzioni dell'Unione adottano i propri atti in conformità di quanto stabilito nei Trattati, e il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo avverso gli atti europei

Establishment of a European Public Prosecutor's Office, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, cit., p. 167.

²¹⁸⁰Corte di Giustizia, sentenza *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento europeo*, causa 294/83, del 23 aprile 1986, in *Racc.* p. 1357, par. 23. La Corte stabilisce, altresì, nel medesimo paragrafo della sentenza: “*Le persone fisiche e le persone giuridiche sono in tal modo tutelate contro l'applicazione, nei loro confronti, di atti di portata generale che esse non possono impugnare direttamente davanti alla Corte a causa dei particolari presupposti di ricevibilità specificati nell'art. 173, secondo comma, del trattato. Quando spetti alle istituzioni comunitarie rendere tali atti operativi sul piano amministrativo, le persone fisiche e le persone giuridiche possono ricorrere direttamente davanti alla Corte contro i provvedimenti di attuazione di cui esse siano destinatarie o che le riguardino direttamente e individualmente, e dedurre, a sostegno del ricorso, l'illegittimità dell'atto generale di base. Quando detta attuazione spetti alle autorità nazionali, esse possono far valere l'invalidità degli atti di portata generale dinanzi ai giudici nazionali e indurre questi ultimi a chiedere alla Corte di giustizia, mediante la proposizione di una domanda pregiudiziale, di pronunciarsi a questo proposito*”.

²¹⁸¹Si veda in tal senso anche il parere di adesione alla Corte europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali 2/13, del 18 dicembre 2014, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 176, in cui la Corte ribadisce che “*la chiave di volta del sistema giurisdizionale così concepito è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza van Gend & Loos, EU:C:1963:1, pag. 23), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati (v., in tal senso, parere 1/09, EU:C:2011:123, punti 67 e 83)*”.

asseritamene illegittimi costituiscono, pertanto, i principi sulla cui base è possibile affermare che l'Unione è un'”Unione di diritto”²¹⁸².

In tale sede analizzeremo la portata e il contenuto che il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo assume a livello europeo, al fine di indagare quale sia la forma che il ricorso avverso le decisioni prese dall'istituenda Procura europea dovrà assumere per essere conforme ai parametri che sono stati delineati, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, in ambito di diritto europeo.

Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo è intrinsecamente connesso al principio per cui deve essere prevista una forma di controllo della legalità degli atti adottati sia dagli organi rappresentativi del potere legislativo che del potere esecutivo, al fine di consentire ai cittadini che ritengono che i loro diritti siano stati lesi di ricorrere contro ogni atto produttivo di effetti giuridici nei loro confronti²¹⁸³. Il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo è, quindi, considerato un elemento essenziale per garantire il controllo di un potere sull'altro e garantire così che sia rispettato il principio di separazione dei poteri. Allo stesso tempo, esso costituisce una garanzia essenziale per il cittadino, il quale potrà richiedere ad un giudice terzo e imparziale di verificare se i propri diritti sono stati violati.

Tali fondamentali esigenze assumono forme peculiari a livello europeo, dal momento che l'Unione europea non è uno Stato e, quindi, il riparto di competenze tra istituzioni europee e la configurazione stessa dell'ordinamento giuridico europeo presenta caratteristiche specifiche a tale tipo di ordinamento giuridico “nuovo”²¹⁸⁴, che non è completamente assimilabile a quello di uno Stato nazionale.

A livello europeo, in particolare, il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, ora espressamente previsto dall'articolo 19 del TUE e dall'articolo 47 della Carta, rappresenta il mezzo mediante il quale un'autorità giurisdizionale, ossia la Corte di Giustizia dell'Unione europea, esercita il proprio controllo di legittimità sulle misure legislative e esecutive adottate dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione²¹⁸⁵.

Il sistema giuridico europeo, costituito dall'insieme degli ordinamenti giuridici nazionali e

2182Si legga, al riguardo, l'approfondita analisi di L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 04/09, New York University School of Law, 2009, consultabile online al seguente indirizzo: www.JeanMonnetProgram.org.

2183Per una definizione del concetto di controllo giurisdizionale, o *judicial review*, si rinvia a Q. C. WILSON, *Judicial review. An introduction to the Key Principles*, in P. VON BERG (a cura di), *Criminal Judicial Review: A Practitioner's Guide to Judicial Review in the Criminal Justice System and Related Areas*, 2014, Hart Publishing, p. 6 e seguenti.

2184La Corte di Giustizia (Parere 2/13 sull'adesione alla CEDU, del 18 dicembre 2014, par. 158) lo ha definito “*un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi*”.

2185Sulla funzione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, il quale è teso ad assicurare la completezza e la coerenza dell'ordinamento dell'Unione, si legga J.A. USHER, *General principles of EC Law*, Harlow, 1998, p. 3 e seguenti, nonché P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 2 e seguenti.

dell'Unione, richiede che il principio in base al quale deve essere assicurata una tutela giurisdizionale effettiva sia assicurato sia a livello dell'Unione che a livello nazionale²¹⁸⁶. In base a divisione di competenze, le autorità giurisdizionali europee controllano la legalità degli atti e dei comportamenti posti in essere dai soggetti europei, mentre alle autorità giurisdizionali nazionali è rimesso il compito di esercitare il proprio controllo sugli atti e i comportamenti posti in essere dalle autorità nazionali, nell'esecuzione del diritto dell'Unione. Come ribadito dalla Corte di Giustizia²¹⁸⁷, tale sistema garantisce la coerenza e l'uniformità del diritto dell'Unione, prevenendo, tra i vari rischi che potrebbero verificarsi, che le autorità giurisdizionali nazionali adottino decisioni tra loro contrastanti circa la validità e l'interpretazione degli atti europei.

La tutela giurisdizionale assicurata a livello europeo si è progressivamente ampliata e il controllo della Corte di Giustizia dell'Unione europea, il quale era inizialmente limitato al controllo di legittimità degli atti adottati dalle istituzioni europee, si è progressivamente esteso fino a ricomprendere anche gli atti giuridicamente vincolanti adottati dagli altri organi e organismi dell'Unione tra cui, le agenzie decentrate europee²¹⁸⁸.

In particolare, nella sentenza *Sogelma* il Tribunale ha esteso i principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo* alle agenzie decentrate dell'Unione, ritenendo che vi fosse identità tra la “situazione degli organismi comunitari dotati del potere di adottare atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”²¹⁸⁹ e quella che aveva dato luogo alla precedente decisione della Corte di Giustizia nel caso *Les Verts*²¹⁹⁰. Il dettato di tale sentenza è stato poi recepito nel Trattato di Lisbona, in cui si sono, di fatto, state parificate le condizioni di legittimazione passiva delle agenzie europee a quelle delle altre istituzioni²¹⁹¹ per

2186L'articolo 19, par. 1 del TUE prevede espressamente che “*Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*”.

2187Corte di Giustizia, sentenza *Foto Frost*, causa 314/85, del 22 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4199.

2188In tal senso, con la sentenza *Sogelma* (sentenza *Sogelma c. EAR*, causa T-411/06, dell'8 ottobre 2008, in *Racc.* p. II-02771), il Tribunale ha affermato la legittimazione passiva delle agenzie decentrate europee rispetto alle azioni di annullamento presentate contro gli atti vincolanti di queste, riconoscendo la propria competenza a pronunciarsi su un ricorso presentato contro una decisione di EAR.

2189In tal senso si è espresso il Tribunale nella sentenza *Sogelma c. EAR*, causa T-411/06, dell'8 ottobre 2008, *cit.*, par. 33-35.

2190Occorre, al proposito, sottolineare che tale identità di presupposti era già stata rilevata dall'Avvocato Generale Poiras Maduro nelle Conclusioni presentate in data 16 dicembre 2004 nella causa *Spagna c. Eurojust*, C-160/03, in *Racc.* p. 2079, par. 15 e 21. Per un commento al caso *Parti écologiste “Les Verts” c. Parlamento europeo*, si legga v. J.P. JAQUÉ, *Les Verts v. The European Parliament*, in M. MADURO, L. AZOU- LAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, pp. 317-318.

2191Si legga sul punto J. SCHWARZE, *European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 18, 2, 2012, p. 294 e seguenti, con particolare riferimento a p. 297.

quanto concerne il ricorso per annullamento²¹⁹², l'azione in carenza²¹⁹³, il rinvio pregiudiziale²¹⁹⁴ e l'eccezione di invalidità²¹⁹⁵. Come avremo modo di approfondire nel corso della trattazione, tuttavia, il TFUE, a differenza del ricorso per carenza, dell'eccezione di invalidità e del rinvio pregiudiziale in relazione a cui il Trattato non ha previsto un regime peculiare per quanto riguarda gli organismi dell'Unione, ha adottato, al contrario una disciplina *ad hoc* per le agenzie decentrate europee nel caso dell'azione di annullamento di cui all'articolo 263 del TFUE.

In base a tale giurisprudenza, pur con i limiti che abbiamo accennato e esamineremo nelle prossime pagine, gli atti posti in essere dalle agenzie europee, tra cui quelle delle agenzie di regolazione, sono soggetti ad un controllo *ex post* da parte di un'autorità giurisdizionale. Occorre, tuttavia, sottolineare che la Procura europea non è un'agenzia di regolazione, ma un'agenzia deputata a garantire l'attuazione del diritto dell'Unione che presenta caratteri peculiari così accentuati, tanto da aver fatto dubitare che si trattasse di una vera e propria agenzia.

In quanto organo inquirente europeo, la Procura europea gode, infatti, di estesi poteri coercitivi che sono idonei ad interferire con i diritti fondamentali dei cittadini, tra cui vi rientra il potere di privare il soggetto sottoposto alle indagini di uno dei diritti più importanti per l'individuo, ossia la libertà personale.

La Procura europea, come previsto dall'articolo 86 del TFUE, avrà il potere di “individuare, perseguire e rinviare a giudizio”²¹⁹⁶ gli autori dei reati che rientrano nella propria competenza. Tale organo sarà, quindi, dotato di poteri che dovranno essere assoggettati a diverse forme di ricorso, dal momento che assumeranno caratteristiche profondamente diverse in diversi stadi del procedimento penale. Occorrerà, al proposito, distinguere innanzitutto tra l'autorizzazione giudiziale *ex ante* di cui la Procura europea avrà bisogno per effettuare intercettazioni, perquisizioni o ispezioni e il controllo giudiziale *ex post* che il giudice dovrà effettuare su misure poste in essere sia durante le indagini preliminari in caso di arresto o di altre misure privative della libertà personale che in relazione alla

2192articoli 263, paragrafi 1 e 5 del TFUE, in cui si legge che la Corte di Giustizia dell'Unione europea “[*omissis...*]. *Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*” e che “*gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti*”.

2193Articolo 265 del TFUE che recita: “[*omissis...*]. *Il presente articolo si applica, alle stesse condizioni, agli organi e organismi dell'Unione che si astengano dal pronunciarsi. Il ricorso è ricevibile soltanto quando l'istituzione, l'organo o l'organismo in causa siano stati preventivamente richiesti di agire. Se, allo scadere di un termine di due mesi da tale richiesta, l'istituzione, l'organo o l'organismo non hanno preso posizione, il ricorso può essere proposto entro un nuovo termine di due mesi. Ogni persona fisica o giuridica può adire la Corte alle condizioni stabilite dai commi precedenti per contestare ad una istituzione, organo o organismo dell'Unione di avere omesso di emanare nei suoi confronti un atto che non sia una raccomandazione o un parere*”.

2194Articolo 267 del TFUE, al cui paragrafo 1 si legge: “*La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione*”.

2195Articolo 277 del TFUE, in cui si legge: “*Nell'eventualità di una controversia che metta in causa un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione, ciascuna parte può, anche dopo lo spirare del termine previsto all'articolo 263, sesto comma, valersi dei motivi previsti all'articolo 263, secondo comma, per invocare dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea l'inapplicabilità dell'atto stesso*”.

2196Si esprime in questi termini l'articolo 86, par. 3 del TFUE.

richiesta di rinvio a giudizio o archiviazione formulata dalla Procura europea.

Nell'esaminare la disciplina posta in essere a livello europeo per quanto concerne il controllo giurisdizionale della legalità degli atti legislativi delle istituzioni europee e degli atti esecutivi degli organi e organismi dell'Unione “destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi”, terremo quindi, conto delle peculiarità della Procura europea. Non si intende, pertanto, in tale sede svolgere un esame approfondito della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul punto; ci limiteremo piuttosto a svolgere un'analisi mirata a comprendere quali forme di controllo giurisdizionale possono essere azionate in base a tale giurisprudenza avverso gli atti adottati dalla Procura europea. Un'analisi dei rimedi che possono essere esperiti contro le decisioni della Procura europea, non può, tuttavia, prescindere dall'esame del sistema di tutela giurisdizionale predisposto in via generale a livello europeo.

Al riguardo, occorre osservare che la Corte di Giustizia esercita le competenze che le sono conferite dai Trattati, in base al principio di attribuzione, che costituisce il cardine del sistema giuridico europeo. La divisione di competenze tra la Corte e le autorità giurisdizionali degli Stati membri è, pertanto, stabilita dai Trattati istitutivi.

In particolare, l'articolo 19 del TUE stabilisce che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nelle sue tre sotto articolazioni, ossia Corte di Giustizia, Tribunale e tribunali specializzati, assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati²¹⁹⁷. In base a tale riparto di competenze tra Unione e Stati membri spetta solamente alla Corte di Giustizia pronunciarsi sulla conformità di un atto europeo rispetto ai parametri stabiliti nei Trattati. A tal proposito, il sistema giuridico dell'Unione prevede un'articolata serie di rimedi per il riesame della legalità degli atti legislativi delle istituzioni europee e degli organi e organismi dell'Unione “destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi”.

Del pari, incombe agli Stati membri, in virtù del principio di leale cooperazione enunciato all'articolo 4, par. 3 TUE, garantire, nei loro rispettivi territori, l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione, nonché adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni

²¹⁹⁷Al contempo, agli Stati membri è affidato il compito di predisporre i “rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”. Infine, il terzo paragrafo dello stesso articolo descrive le tre principali funzioni attribuite alla Corte che consistono nel pronunciarsi sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica, nello statuire, in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni e nel pronunciarsi “negli altri casi stabiliti dai trattati”. I tipi di ricorsi che possono essere presentati dinanzi alla Corte di Giustizia per lamentare la lesione del diritto dell'Unione, come noto, sono disciplinati negli articoli 258 e seguenti del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Completano il quadro l'articolo 274 del TFUE che dispone: “Fatte salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dell'Unione europea dai trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali” e l'articolo 344, il quale prevede: “Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso”.

dell'Unione²¹⁹⁸.

Il sistema giurisdizionale così configurato assume, pertanto, un ruolo fondamentale nell'assicurare la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione e lo strumento essenziale per garantire tale coerenza è rappresentato dal procedimento di rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 del TFUE, che mira a garantire l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione mediante l'instaurazione di un dialogo tra Corte di Giustizia e autorità giurisdizionali degli Stati membri, “permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati”²¹⁹⁹.

Per quanto riguarda il ricorso di annullamento, che costituisce un rimedio essenziale all'interno del sistema di tutela giurisdizionale europeo, secondo quanto stabilito dai Trattati e costantemente ripetuto dalla Corte di Giustizia, pertanto, spetta solo alla Corte determinare se un atto europeo adottato da un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione sia invalido²²⁰⁰. Le autorità giurisdizionali nazionali non hanno competenza in materia. Il criterio distintivo risulta, pertanto, essere la natura dell'atto, la quale, a sua volta è determinata dalla natura dell'organo che emette l'atto in questione; in tal senso, occorre, quindi, determinare se l'organismo che ha adottato l'atto controverso sia un soggetto europeo o meno.

In tale quadro giuridico, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata altresì consacrata la natura di diritto fondamentale del diritto di poter proporre un ricorso effettivo dinanzi ad un'autorità giurisdizionale terza e imparziale. Esso è stato, infatti, consacrato nell'articolo 47, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale stabilisce: “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo”²²⁰¹.

2198Si leggano, in tal senso il parere 2/13 del 18 dicembre 2014, cit., par. 173 e il parere 1/09, dell'8 marzo 2011, in *Racc.* p. I-01137, par. 68 e la giurisprudenza ivi citata.

2199Corte di Giustizia, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, cit., par. 176 e il parere 1/09, dell'8 marzo 2011, in *Racc.* p. I-01137 par. 67, 83 e la giurisprudenza ivi citata.

2200Al riguardo la giurisprudenza della Corte di Giustizia è vastissima. Basti, quindi, ricordare, *ex multis*, la sentenza *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, causa C-461/03, del 6 dicembre 2005, in *Racc.* p. I-10513, par. 21-22 e giurisprudenza ivi citata; *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, procedimenti riuniti C-188/10 e C-189/10, del 22 giugno 2010, in *Racc.* p. I-5667, par. 54; *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, causa C-119/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-6199, par. 53; *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. e altri c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-131/03 P, del 12 settembre 2006, in *Racc.* p. I-7795, par. 80; *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00, del 25 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6677, par. 38-40; *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, causa 314/85, del 22 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4199, par. 15-20; *SpA International Chemical Corporation c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, causa 66/80, del 13 maggio 1981, in *Racc.* p. 1191, par. 9-12. Per un'esame di tale giurisprudenza in relazione al diritto penale europeo, si legga, SCHONARD, *Judicial review of EU acts affecting criminal proceedings*, in *European Criminal Law Review*, 2012, 2, pp. 63-64. Sul punto, si legga anche M. LUCHTMAN, J.A.E. VERVAELE, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 5, p. 144; J. INGHELRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, 2011.

2201L'articolo 47, ai paragrafi 2 e 3 prosegue precisando: “Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono

Dal breve quadro sopra illustrato è, pertanto, dato desumere che il sistema di controllo giurisdizionale elaborato a livello europeo garantisce al medesimo tempo due funzioni.

Da un lato, serve ad assicurare l'uniforme e coerente applicazione del diritto dell'Unione su tutto il territorio dell'Unione. In tal senso, la previsione di tali rimedi è strettamente connessa al principio di effettività in quanto principio desumibile dal principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, par. 3 del TUE. Al fine di garantire il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza, gli Stati membri e l'Unione sono, quindi, tenuti a collaborare per assicurare l'effettiva attuazione del diritto dell'Unione. In tal modo l'ordinamento giuridico europeo prevede un sistema di rimedi che garantisca la tutela indiretta delle situazioni giuridiche soggettive lese.

Tramite il meccanismo del rinvio pregiudiziale, il principio del primato del diritto dell'Unione e il principio dell'effetto diretto²²⁰², infatti, al soggetto che ritiene che un suo diritto soggettivo tutelato a livello europeo sia stato leso è attribuita la possibilità di ricorrere per valere la lesione del diritto loro riconosciuto dal diritto europeo dinanzi alle autorità giurisdizionali nazionali. Queste ultime, in virtù del principio di leale cooperazione, saranno tenute a tutelare il diritto riconosciuto a livello europeo proponendo un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia e, se necessario, disapplicando la legge nazionale contrastante con il diritto europeo²²⁰³. In tal senso assumono rilievo preminente i principi di equivalenza e di effettività, che abbiamo esaminato nella prima parte della trattazione, che, pertanto, non analizzeremo in questa sede.

Dall'altro lato, la previsione del diritto ad un ricorso effettivo è volto a tutelare, conformemente a quanto stabilito dall'articolo 13 e 6, par. 1 della CEDU, il diritto di ognuno a proporre direttamente un ricorso dinanzi ad un'autorità giurisdizionale terza e imparziale, ogni volta che asserisca che i diritti e le libertà ad esso spettanti in base al diritto dell'Unione siano stati violati. In tal senso, il diritto è tutelato dall'articolo 47 della Carta, che ha una portata applicativa più estesa di quella della CEDU. Infatti, mentre l'articolo 6, par. 1 della CEDU si applica alle controversie sui “diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale” formulata nei confronti del soggetto che lamenta la lesione del proprio diritto, l'articolo 47 della Carta non prevede tale limitazione²²⁰⁴.

di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.

2202 Tali principi costituiscono i principi generali fondamentali che regolano i rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale e sono stati affermati per la prima volta dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Van Gend en Loos*, causa 26/62, del 5 febbraio 1963, in *Racc.* p. 1, par. 10, 12 e 13; nella sentenza *Costa c. Enel*, causa 6/64, del 1 luglio 1964, in *Racc.* p. 1141 e nella sentenza *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Simmenthal*, causa 106/77, del 9 marzo 1978, in *Racc.* p. 629, par. 17. Si legga, al riguardo, W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Common Market Law Review*, 2000, 37, pp. 501-536.

2203 Per quanto riguarda il rapporto tra principio di leale cooperazione e diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, la Corte si è pronunciata nelle seguenti sentenze. Corte di Giustizia, sentenza *Rewe*, causa 33/76, del 16 dicembre 1976, in *Racc.* p. 1989, par. 5; *Comet*, causa 45/76, del 16 dicembre 1976, in *Racc.* p. 2043, par. 12; *Simmenthal*, causa 106/77, del 9 marzo 1978, cit., par. 21; *Factortame e altri*, causa C-213/89, del 19 giugno 1990, in *Racc.* p. I-2433, par. 19; *Peterbroeck*, causa C-312/93, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4599, par. 12; *Unibet*, causa C-432/05, del 13 marzo 2007, in *Racc.* p. I-2271, par. 38; *Evans*, causa C-63/01, del 4 dicembre 2003, in *Racc.* p. I-14447, par. 45.

2204 Occorre sottolineare che in tal senso l'articolo 47 Carta presenta una formulazione simile a quella dell'articolo 13

Dal testo dell'articolo 47 della Carta e dalle Spiegazioni ad esso relative che, come previsto dall'articolo 6 del TUE e 52, par. 7 della Carta, sono rilevanti nell'interpretazione dello stesso, è dato, quindi, desumere che l'unico caso in cui l'articolo 47 non trova applicazione è quello in cui non vi sia alcuna correlazione con i “diritti e le libertà garantiti dal diritto dell'Unione”. Tale disposizione, infatti, come precisato nelle Spiegazioni in cui vi è il riferimento esplicito al fatto che l'Unione europea è un’“Unione di diritto” si applica in relazione ad ogni violazione di “diritti e libertà garantiti dal diritto europeo”, non solo dei principi riconosciuti dalla Carta²²⁰⁵.

La tutela della Carta è più estesa anche rispetto all'articolo 13 della CEDU, poiché prevede espressamente che il soggetto abbia diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un “giudice” e non genericamente dinanzi a un’“istanza nazionale”, come prevede, invece, la disposizione della CEDU. Nelle Spiegazioni della Carta si legge che tale principio è stato sancito dalla Corte nella sentenza *Johnston*²²⁰⁶ e che esso si applica anche agli Stati membri quando danno attuano al diritto europeo. Nelle Spiegazioni è stato altresì precisato che una tale ampia formulazione dell'articolo 47 della Carta non “intende modificare il sistema di ricorsi previsto dai trattati e, in particolare, dalle norme in materia di ricevibilità. Questo principio è pertanto attuato secondo i rimedi procedurali previsti nei trattati. Esso si applica nei confronti delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri allorché questi attuano il diritto dell'Unione e ciò vale per tutti i diritti garantiti dal diritto dell'Unione”²²⁰⁷. Tuttavia, nelle Spiegazioni è altresì precisato che, fatta eccezione per l'ambito di applicazione, “le garanzie offerte dalla CEDU si applicano in modo analogo nell'Unione”²²⁰⁸.

4.1.1.1.52 Il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

Senza soffermarci ad analizzare dettagliatamente la giurisprudenza della Corte EDU sul punto, occorre, tuttavia, analizzare quali caratteristiche deve possedere in base a tale giurisprudenza un ricorso per essere considerato effettivo. Occorre, in primo luogo, sottolineare che la Corte nelle proprie pronunce ha precisato che il termine “ricorso” non si riferisce al concetto di riesame di una decisione giudiziaria già pronunciata; il termine ricorso si riferisce piuttosto ad ogni procedura

della CEDU, in cui si legge: “Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un’istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell’esercizio delle loro funzioni ufficiali”.

2205 In tal senso, si legga anche D. SHELTON, *Sources of Article 47 Rights*, in A. WARD, S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER (a cura di), *The EU Charter of Fundamental rights. A Commentary*, Hart Publishing, 2014, p.p. 1210-1211.

2206 Corte di Giustizia, sentenza *Johnston*, causa 222/84, del 15 maggio 1986, in *Racc.* p. 1651. Nelle Spiegazioni della Carta sono altresì citate le sentenze *Heylens*, causa 222/86, del 15 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4097, e *Borelli*, causa C-97/91, del 3 dicembre 1992, in *Racc.* p. I-6313.

2207 Spiegazioni della Carta *sub* articolo 47, p. 41 della versione italiana.

2208 Spiegazioni della Carta *sub* articolo 47, p. 41 della versione italiana.

idonea ad assumere le doglianze di quanti lamentino una violazione di un diritto tutelato dal sistema della CEDU²²⁰⁹. In secondo luogo la Corte EDU ha precisato che per essere considerato effettivo un ricorso deve essere poter essere esperibile attraverso una procedura accessibile ai soggetti interessati e adeguato, ossia capace di fornire idonee garanzie alle istanze di tutela fatte valere²²¹⁰. In particolare, il requisito dell'accessibilità serve a garantire in concreto l'esercizio stesso del diritto al ricorso e risulta, quindi, fondamentale.

In linea con la giurisprudenza della Corte EDU che tende a valorizzare l'aspetto sostanziale più che formale, infatti, il ricorso deve essere disponibile, anche a livello pratico, a beneficio di quanti intendano avvalersene, ossia non deve essere ostacolato in modo ingiustificato da azioni o omissioni delle autorità statali²²¹¹. Il criterio dell'adeguatezza si riferisce, invece, alle caratteristiche proprie dell'autorità competente ad esaminare il caso a livello nazionale, nel senso che ad essa devono essere attribuiti i poteri per condurre un esame obiettivo, rispettoso delle garanzie procedurali essenziali, così come riconosciute dalla Convenzione EDU.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte EDU, occorre altresì analizzare l'interpretazione che è stata fornita in relazione alla portata applicativa dell'articolo 6, par. 1 CEDU. La Corte EDU ha al proposito ribadito che tale disposizione è altresì applicabile a quella parte della procedura che si svolge ad organi non incaricati di pronunciarsi sul merito delle accuse, ma solo di sorvegliare lo svolgimento delle indagini e di decidere se gli elementi raccolti siano o meno sufficienti per giustificare il rinvio a giudizio dell'indagato²²¹². In particolare, la Corte ha ribadito che anche le indagini svolte dalla polizia giudiziaria e la modalità di raccolta delle prove possono comportare una violazione del diritto all'equo processo nel caso in cui la non equità delle procedure espletate si riversi sulla non equità dell'intero procedimento²²¹³.

La Corte EDU precisa inoltre che le garanzie di cui all'articolo 6 CEDU cominciano a trovare applicazione dal momento in cui il ricorrente è “accusato”, evenienza che si può verificare anche

2209Corte EDU, sentenza *M.S. c. Svezia*, ricorso n. 20837/92, del 27 agosto 1997, par. 54; *Iovchev c. Bulgaria*, ricorso n. 41211/98, del 2 febbraio 2006, par. 142-143.

2210In tal senso, Corte EDU, sentenza *Ilhan c. Turchia*, ricorso n. 22277/93, del 27 giugno 2000, par. 97; *Paulino Tomás c. Portogallo*, ricorso n. 58698/00, del 27 marzo 2003.

2211Al riguardo, Corte EDU, sentenza *Aksoy c. Turchia*, ricorso n. 21987/93, del 18 dicembre 1996, par. 95; *Aydin c. Turchia*, ricorso n. 23178/94, del 25 settembre 1997, par. 103.

2212Corte EDU, *Previti c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 45291/06, dell'8 dicembre 2009, par. 194-195; *Hany c. Italia*, ricorso n. 17543/05, del 6 novembre 2007; *De Lorenzo c. Italia*, ricorso n. 69264/01, del 12 febbraio 2004.

2213In tal senso, si legga la pronuncia della Corte EDU *Teixeira de Castro c. Portogallo*, ricorso n. 25829/94, del 9 giugno 1998, par. 34-35, in cui la Corte stabilisce: “*la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne, et qu'en principe il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable (voir, entre autres, l'arrêt Van Mechelen et autres c. Pays-Bas du 23 avril 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III, p. 711, § 50). Plus particulièrement, la Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire et lorsque la nature de l'infraction peut le justifier, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais leur emploi ultérieur par le juge du fond pour justifier une condamnation soulève un problème différent (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Kostovski c. Pays-Bas du 20 novembre 1989, série A n° 166, p. 21, § 44)*”.

prima del processo, come nel caso di arresto o di notifica di avviso di garanzia²²¹⁴. Da tale giurisprudenza della Corte EDU è dato, dunque, ricavare che il diritto al giusto processo e a un processo equo deve essere garantito all'indagato anche nella fase predibattimentale, nel caso in cui le risultanze processuali raccolte durante tale fase assumano valore probatorio anche nella fase del dibattimento e vengano, pertanto, tenute in considerazione dal giudice nell'accertare la colpevolezza o meno dell'indagato.

Considerato che l'articolo 47 della Carta non può essere interpretato nel senso di garantire una tutela inferiore a quella prevista dalle corrispondenti disposizioni dalla CEDU così come interpretate dalla Corte EDU²²¹⁵, la previsione di un sistema completo di tutela giurisdizionale assume grande importanza nell'ambito delle investigazioni compiute interamente o in parte dalle istituzioni europee o dalle agenzie europee, soprattutto nei casi in cui tali indagini portino all'irrogazione di una sanzione amministrativa o penale da parte di quella stessa istituzione o agenzia.

4.1.1.1.53 Strumenti di ricorso previsti a livello europeo

Occorre, quindi, a tal proposito verificare se i mezzi di tutela offerti a livello europeo rappresentino strumenti di ricorso effettivi nei confronti delle decisioni adottate dalla Procura europea. Mentre l'analisi specifica dell'effettività nei confronti delle decisioni della Procura europea sarà effettuata nel Titolo secondo di questa medesima parte, in tale sede occorre esaminare i tipi di ricorso che sono stati previsti a livello europeo in relazione alle decisioni prese da altri organismi aventi il potere di condurre indagini o prendere decisioni direttamente incidenti nella sfera giuridica dei terzi. Considerato che il ricorso principale a disposizione di un soggetto leso da una decisione di un'agenzia o un'istituzione dell'Unione, come nel caso della Commissione in materia di concorrenza, è il ricorso di annullamento previsto dall'articolo 263 del TFUE, occorre evidenziarne i limiti applicativi.

Il primo requisito che l'articolo 263 del TFUE prescrive che debba essere rispettato è il fatto che gli atti delle istituzioni, degli organi o organismi dell'Unione siano “destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi”.

In base a quanto previsto dall'articolo 263 TFUE, possono, quindi, dirsi impugnabili gli atti definitivi emanati dalle istituzioni, organi o organismi dell'Unione nell'esercizio del loro potere d'imperio e produttivi di effetti obbligatori nei confronti dei terzi.

La Corte ha ulteriormente precisato il contenuto da fornire a tale espressione stabilendo che fosse

²²¹⁴Al proposito Corte EDU, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, del 29 giugno 2007, par. 35; *Eckle c. Germania*, ricorso n. 8130/78, del 15 luglio 1982, par. 73.

²²¹⁵In tal senso depono sia l'articolo 52, par. 3 della Carta che le Spiegazioni relative a tale disposizione, le quali sono rilevanti nel determinare il contenuto e la portata del diritto, ai sensi dell'articolo 6 del TUE e dell'articolo 52, par. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

inammissibile il ricorso contro un provvedimento che non detta “alcuna norma atta a produrre un qualsiasi effetto giuridico, vuoi sotto il profilo normativo, vuoi nel caso concreto”²²¹⁶, che “non impone alcun dovere giuridico al ricorrente”²²¹⁷ e che “non introduce alcuna regola generale, né incide in modo definitivo su alcun interesse individuale”²²¹⁸.

In linea con tale giurisprudenza non sono quindi, impugnabili gli atti che non innovino la situazione giuridica preesistente. Un provvedimento che si limiti a dare esecuzione a un atto precedente non è, pertanto, suscettibile di ricorso, a meno che non sia intervenuto un fatto nuovo che abbia modificato la situazione presupposta dell'atto precedente²²¹⁹. Del pari, non sono impugnabili gli atti che costituiscono passaggi intermedi o preparatori per l'emanazione dell'atto definitivo, poiché di per sé inidonei a determinare conseguenze pregiudizievoli²²²⁰. In base ad una giurisprudenza costante, infatti, possono essere oggetto di un ricorso di annullamento soltanto i provvedimenti che producono effetti giuridici vincolanti idonei ad incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la situazione giuridica di questo²²²¹.

La giurisprudenza, facendo applicazione di tale principio, ha, per esempio, previsto che non fosse ammissibile il ricorso presentato contro decisioni prese da OLAF o le misure investigative da esso

2216Corte di Giustizia, sentenza *Uffici di vendita del carbone della Ruhr Geitling, Präsident, Mausegatt e imprese affiliate c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite 16/59, 17/59 e 18/59, del 12 febbraio 1960, in *Racc.* p. 47; *Reynolds Tobacco e altri c. Commissione*, causa C-131/03 P, del 12 settembre 2006, in *Racc.* p. I-7795 e giurisprudenza ivi citata.

2217Corte di Giustizia, sentenza *Usines à tubes de la Sarre c. Alta Autorità*, procedimenti riuniti 1/57 e 14/57, del 10 dicembre 1957, in *Racc.* p. 199.

2218Corte di Giustizia, sentenza *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite 42 e 49/59, del 22 marzo 1961, in *Racc.* p. 99; *Nashua Corporation e altri c. Commissione e Consiglio delle Comunità europee*, cause riunite 133/87 e 150/87, del 14 marzo 1990, in *Racc.* p. I-719; *Deutsche Post AG e Repubblica federale di Germania contro Commissione europea*, cause riunite C-463/10 P e C-475/10 P, del 13 ottobre 2011, in *Racc.* p. I-09639; *Deutsche Post AG contro Commissione europea*, causa C-77/12 P, del 24 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

2219Corte di Giustizia, sentenza *Umberto Collotti c. Corte di giustizia delle Comunità europee*, causa 20/65, del 17 novembre 1965, in *Racc.* p. 1045; *Edith Kalkuhl c. Parlamento europeo*, causa 47/65, del 14 dicembre 1965, in *Racc.* p. 1251; *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, causa 114/86, del 27 settembre 1988, in *Racc.* p. 5289; *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-180/96, del 5 maggio 1998, in *Racc.* p. I-2265.

2220Corte di Giustizia, sentenza *Jacques Boursin c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, causa 102/63, del 17 dicembre 1964, in *Racc.* p. 1347; *Kurt Weighardt c. Commissione della C.E.E.A.*, causa 11/64, del 7 aprile 1965, in *Racc.* p. 365. La Corte di Giustizia ha, tuttavia, precisato nella sentenza *Ernest Ley c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti 12/64 e 29/64, del 31 marzo 1965, in *Racc.* p. 143, p. 154, che nel caso di procedimenti strettamente collegati tra loro e interdipendenti, “Considerata la fondamentale unità dei vari atti di questo, si deve ammettere che, in caso di ricorso diretto contro atti intervenuti in un secondo tempo, il ricorrente può denunciare i vizi degli atti precedenti, ai primi strettamente collegati”.

2221Corte di Giustizia, *Internationaler Hilfsfonds eV c. Commissione europea*, causa C-362/08 P, del 26 gennaio 2010, in *Racc.* p. I-669, par. 51; *Reynolds Tobacco e a. c. Commissione*, causa C-131/03 P, del 12 settembre 2006, in *Racc.* p. I-7795, par. 54 e giurisprudenza ivi citata. Si legga al riguardo, K. LENAERTS, *Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, pp. 711-745. Al proposito, occorre ricordare che, mentre gli atti delle agenzie non aventi natura preparatoria di decisioni vincolanti sfuggono a qualsiasi sindacato giurisdizionale, in tutti i casi in cui le misure non vincolanti adottate dalle stesse concorrano in misura decisiva alla definizione di successivi atti vincolanti, la giurisprudenza comunitaria ha consentito un vaglio di legittimità di tali atti, in sede di controllo giurisdizionale del provvedimento finale. In tal senso, si legga la sentenza Tribunale *Artogodan*, cause riunite T-74, 76, 83-85, 132, 127 e 142/00, del 26 novembre 2002, in *Racc.* p. II-04945.

svolte²²²², in quanto esse non portano automaticamente all'avvio di un procedimento penale o disciplinare, dal momento che le autorità nazionali competenti sono libere di decidere i provvedimenti da prendere in base alla relazione finale predisposta da OLAF e sono dunque le sole a poter adottare decisioni eventualmente idonee a incidere sulla situazione giuridica della ricorrente²²²³.

La giurisprudenza sul punto è costante e ha sempre ribadito che, pur in seguito alle modifiche apportate con il Trattato di Lisbona e la consacrazione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo con l'articolo 47 della Carta, “i requisiti di ricevibilità previsti dall’articolo 263, quarto comma, TFUE devono essere interpretati alla luce del diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva, senza tuttavia giungere ad escludere l’applicazione dei requisiti previsti dal suddetto Trattato”, tra cui rientra il requisito che l'atto incida sulle posizioni individuali dei terzi²²²⁴.

L'articolo 263, al paragrafo 4 prevede, inoltre, requisiti stringenti per l'impugnabilità degli atti da parte delle persone fisiche o giuridiche, ossia alternativamente che gli atti adottati nei loro confronti le riguardino direttamente e individualmente, nonché contro gli atti regolamentari che essi le “riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione”²²²⁵.

Tali requisiti limitano ulteriormente la possibilità per i privati di proporre ricorso avverso gli atti delle istituzioni, organi o organismi europei, ma nonostante le aperture di qualche Avvocato

2222In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Santiago Gómez-Reino contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-471/02 P, dell'8 aprile 2003, in *Racc.* p. I-03207, par. 65, così come la precedente sentenza del Tribunale nella causa *Gómez-Reino*, causa T-215/02, del 18 dicembre 2003, in *Racc.* p. FP-I-A-00345; FP-II-01685, par. 50; *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-29/03, del 13 luglio 2004, in *Racc.* p. II-02923; *Guido Strack c. Commissione delle Comunità europee*, causa Causa C-237/06 P, dell'8 marzo 2007, in *Racc.* p. I-33; FP-I-B-2-5; FP-II-B-2-43; *Manel Camós Grau contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-96/03, del 9 giugno 2004, in *Racc.* 2004 FP-I-A-157; FP-II-707, par. 38; *Hans-Martin Tillack c. Commissione delle Comunità europee*, Causa T-193/04, del 4 ottobre 2006, in *Racc.* p. II-3995, par. 82; *Commissione europea c. Antonello Violetti e altri e Nadine Schmit*, causa T-261/09 P, del 20 maggio 2010, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 73; *Hans-Martin Tillack contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-521/04 P, del 19 aprile 2005, in *Racc.* p. I-3103, par. 34.

2223In tal senso, Tribunale *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-29/03, del 13 luglio 2004, *cit.*, par. 37. Per un approfondimento per quanto riguarda l'esperibilità del ricorso di annullamento in relazione alle misure investigative di OLAF, si legga l'approfondito esame di J. F. H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 203 e seguenti.

2224In tal senso, Corte di Giustizia, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-583/11 P, del 3 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 98; Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott nella medesima causa, presentate in data 17 gennaio 2013, par. 109-124; *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00P, del 25 luglio 2002, in *Racc.* p. I-06677, par. 44, e *Commissione c. Jégo-Quéré*, causa C-263/02P, del 1° aprile 2004, in *Racc.* p. I-03425, par. 36.

2225Articolo 263, par. 4 del TFUE.

Generale²²²⁶ e dello stesso Tribunale²²²⁷, la Corte ha ritenuto, anche in seguito all'introduzione dell'articolo 47 nella Carta, di dover mantenere la propria giurisprudenza, dal momento che il sistema dei rimedi approntato nell'ordinamento dell'Unione appariva completo e idoneo a garantire il rispetto del principio di legalità. In particolare, in base alla giurisprudenza della Corte, l'avverbio "individualmente" sta a significare che l'atto si riferisce al soggetto come singolo, e non in quanto inserito in una generalità di soggetti, in una categoria; si ritiene, pertanto, in tal caso che il provvedimento lo riguardi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze idonee a distinguerlo dalla generalità²²²⁸. Con il termine "direttamente" la Corte ha, invece, fatto riferimento alla circostanza in cui gli effetti dell'atto in capo al ricorrente si realizzino in conseguenza diretta dell'emanazione dell'atto stesso, ossia indipendentemente dall'intervento di altri soggetti o di altri provvedimenti.

Vale al proposito osservare, anticipando quanto verificheremo nel corso del Titolo secondo, che tali requisiti non sembrano ostacolare la proposizione di un ricorso da parte di coloro che soggetti alle misure adottate dalla Procura europea, poiché queste li colpiscono sia individualmente che direttamente.

Quanto alla portata del sindacato della Corte, occorre osservare che in materia di concorrenza²²²⁹, la Corte ha ribadito che la Corte è dotata di competenza esclusiva in merito al controllo di legittimità dei giudizi di fatto e di diritto adottati dalla Commissione nell'ambito del procedimento²²³⁰. Secondo quanto stabilito dalla Corte, infatti, "il sindacato esercitato dal giudice nazionale competente, che deve avere ad unico oggetto i provvedimenti coercitivi richiesti, non può andare oltre l'esame, richiesto dal diritto comunitario, volto ad accertare l'assenza di arbitrarietà nei citati provvedimenti coercitivi, nonché la loro proporzionalità rispetto all'oggetto dell'accertamento"²²³¹.

Mentre la Corte di Giustizia è l'unico organo competente a sindacare la legittimità delle misure

2226Si leggano, in particolare, le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, presentate il 21 marzo 2002 nella causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-6681; Conclusioni dell'Avvocato Generale Slynn, presentate il 6 maggio 1982 nella causa 246/81, *Bethell c. Commissione*, in *Racc.* p. 2299; Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs presentate il 21 marzo 1991 nella causa C-358/89, *Extramet Industrie c. Consiglio*, in *Racc.* p. I-2501, nonché quelle presentate il 15 settembre 1993 nella causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, in *Racc.* p. I-833; Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate in data 12 settembre 1996, nella causa C-142/95 P, *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e a. c. Commissione e a.*, in *Racc.* p. I-6669.

2227Tribunale, ordinanza *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa T-173/98, del 23 novembre 1999, in *Racc.* p. II-3357.

2228Si rinvia al riguardo alla nota sentenza della Corte *Plaumann c. Commissione*, causa 25/62, del 15 luglio 1963, in *Racc.* p. 197, i cui principi sono stati ripresi dalla giurisprudenza successiva.

2229Per un'analisi del controllo giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia *antitrust*, si legga G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore 2013, p. 429 e seguenti.

2230In tal senso, specificamente, Corte di Giustizia, sentenza *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in presenza della Commissione delle Comunità europee, causa C-94/00, del 22 ottobre 2002, in *Racc.* p. I-9011, par. 39.

2231In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in presenza della Commissione delle Comunità europee, causa C-94/00, del 22 ottobre 2002, *cit.*, par. 40.

adottate dalla Commissione, al fine di predisporre un'adeguata tutela contro gli interventi arbitrari o sproporzionati della pubblica autorità nella sfera d'attività privata di una persona fisica o giuridica, al giudice nazionale competente spetta il diritto di autorizzare ispezioni e sequestri nei locali di imprese sospettate di infrazioni alle norme sulla concorrenza, nonché “verificare se i provvedimenti coercitivi richiesti a seguito di una domanda di assistenza formulata dalla Commissione sulla base dell'art. 14, n. 6, del regolamento n. 17 non siano arbitrari o sproporzionati rispetto all'oggetto dell'accertamento ordinato”²²³².

Adottando tale soluzione, la Corte ha inteso tutelare il principio per cui spetta alla Corte di Giustizia dell'Unione europea sindacare la legittimità degli atti europei. Il principio di leale cooperazione tra Unione e Stati membri e ha altresì assicurato il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Quanto all'ampiezza del controllo esercitabile dalla Corte di Giustizia, occorre ricordare che la giurisprudenza ha stabilito che la Corte può esercitare un sindacato di sola legalità, fatta eccezione per il caso delle sanzioni pecuniarie, in cui può anche effettuare un controllo giurisdizionale di merito. Il Tribunale e la Corte, quindi, non possono rimettere in discussione le scelte della Commissione²²³³. In ambito di concorrenza, il controllo è limitato alla legalità degli atti poiché si intende garantire il rispetto della prerogativa istituzionale che è stata riconosciuta alla Commissione di garantire la concorrenza nel mercato interno e, a tal fine, svolgere le valutazioni economiche necessarie²²³⁴.

Di conseguenza, rispetto alle valutazioni della Commissione, il controllo giurisdizionale è limitato “alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere”²²³⁵. La Corte deve, inoltre, verificare se la Commissione abbia motivato la propria decisione, in particolare, se abbia spiegato la ponderazione e la valutazione che essa stessa ha effettuato degli elementi considerati²²³⁶.

2232In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in presenza della Commissione delle Comunità europee, causa C-94/00, del 22 ottobre 2002, *cit.*, par. 99.

2233Occorre ricordare che in ambito di concorrenza, il sindacato della Corte può essere ulteriormente limitato dalla complessità e dalla natura tecnica delle valutazioni economiche oggetto dei provvedimenti adottati in materia di diritto della concorrenza, in cui la Commissione esercita il proprio potere discrezionale. Al riguardo, Corte di Giustizia, *SPO e a. c. Commissione*, causa C-137/95 P, del 25 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1611; *Commissione c. Tetra Laval BV*, causa C-12/03 P, del 15 febbraio 2005, in *Racc.* p. I-987.

2234Tale prerogativa è stabilita sia dai Trattati che dai Regolamenti Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio, del 6 dicembre 2002, *concernente l'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato*, in G.U.U.E. L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 e seguenti e Regolamento (CE) 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (“Regolamento comunitario sulle concentrazioni”)*, in G.U.U.E. L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 e seguenti.

2235Corte di Giustizia, sentenza *GlaxoSmithKline Services Unlimited e. a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, 6 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-9291, par. 85.

2236Corte di Giustizia, sentenza *Chalkor c. Commissione*, causa C-386/10 P, dell'8 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13085, par. 61.

In materia di sanzioni pecuniarie, inoltre, l'art. 262 del TFUE prevede la possibilità di conferire in materia di concorrenza alla Corte una competenza giurisdizionale anche di merito per le sanzioni in materia di diritto *antitrust*²²³⁷. L'estensione della competenza al merito attribuisce alla corte il potere di sostituire la propria valutazione a quella della Commissione e, di conseguenza, di sopprimere, ridurre o aumentare l'ammenda o la pena inflitta, al di là del mero controllo di legittimità della sanzione²²³⁸.

In base al diritto dell'Unione, inoltre, oltre al ricorso di annullamento è possibile esperire un'azione di danni²²³⁹ quando si accerti la contestuale presenza²²⁴⁰ dei seguenti presupposti: l'illiceità del comportamento contestato alle istituzioni, l'esistenza di un danno e il nesso di causalità tra quest'ultimo e il comportamento contestato²²⁴¹.

Per quanto concerne la tutela cautelare, infine, gli articoli 278 e 279 del TFUE prevedono che, dal momento che la presentazione del ricorso non sospende gli effetti dell'atto impugnato, salvo apposito provvedimento del giudice adito, la Corte di Giustizia può adottare tutti i provvedimenti cautelari del caso, anche misure diverse dalla semplice sospensione degli effetti dell'atto impugnato.

I presupposti per accogliere l'istanza di un provvedimento cautelare, in particolare, sono tre. Due requisiti di natura sostanziale che si sostanziano nella necessità di provare il *fumus boni juris* e il *periculum in mora*, e uno di natura processuale, che consiste nel dovere di proporre contestualmente un ricorso contro l'atto o la carenza dell'istituzione²²⁴².

2237Si vedano, al riguardo, gli articoli 31, del Regolamento 1/2003 e 16 del Regolamento 139/2004.

2238Al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza *KME Germany AG e a. c. Commissione*, causa C-389/10 P, dell'8 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13125, par. 130-132. Un esempio dell'esercizio del potere di controllo di merito sulle sanzioni pecuniarie consiste nel potere del giudice di valutare anche il modo in cui, nella decisione impugnata, la Commissione ha esaminato e ritenuto come provata la gravità e la durata della condotta illecita. Corte di Giustizia, sentenza *E.ON Ruhrgas AG e. a. c. Commissione*, causa T-360/12, del 29 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale - parte "informazioni sulle decisioni non pubblicate").

2239L'azione di danni è regolata dal combinato disposto dell'articolo 268 del TFUE e 340, par. 2 e 3 del TFUE, nonché per le controversie tra l'Unione e gli agenti di questa, assume rilievo anche l'articolo 270 del TFUE e l'interpretazione che di esso ne ha fornito la giurisprudenza.

2240La Corte si è espressa più volte sulla necessità che i requisiti debbano essere contestualmente tutti presenti. Al proposito, Corte di Giustizia, sentenza *Lucaccioni c. Commissione*, causa C-257/98, del 9 settembre 1999, in *Racc.* p. I-5251; *T. Port c. Commissione*, causa C-122/01 P, dell'8 maggio 2003, in *Racc.* p. I-4261; *Agraz e a. c. Commissione*, causa C-243/05 P, del 9 novembre 2006, in *Racc.* p. I-10833; *CAS Succhi di Frutta*, causa C-497/06 P, del 30 aprile 2009, in *Racc.* p. I-69; *Commissione c. Systran e Systran Luxembourg*, causa C-103/11 P, del 18 aprile 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

2241Corte di Giustizia, sentenza *Lutticke c. Commissione*, causa 4/69, del 28 aprile 1971, in *Racc.* p. 00325; *Oleifici Mediterranei*, causa 26/81, del 29 settembre 1982, in *Racc.* p. 3057; *FIAMM e a. c. Consiglio e Commissione*, procedimenti riuniti C-120/06 P e C-121/06 P, del 9 settembre 2008, in *Racc.* p. I-6513; *CAS Succhi di Frutta*, causa C-497/06 P, del 30 aprile 2009, in *Racc.* p. I-69.

2242Bisogna evidenziare che tale ricorso, anche se deve essere proposto con atto separato dal ricorso introduttivo del giudizio principale, è connessa al ricorso principale. Quanto al rapporto tra ricorso principale e misure cautelari, di regola, la questione della ricevibilità del ricorso principale non deve essere esaminata nella procedura relativa alle misure cautelari, dal momento che tale valutazione potrebbe pregiudicare la decisione del ricorso principale. Tuttavia, se una parte solleva un'eccezione di manifesta irricevibilità del ricorso principale, nel procedimento relativo alle misure cautelari il giudice deve accertare se sussistano circostanze in grado di dimostrare *prima facie* la ricevibilità del ricorso principale, pena la irricevibilità anche dell'istanza relativa alle misure cautelari. Al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza *Fedesa c. Consiglio*, causa 160/88 R, del 13 luglio 1988, in *Racc.* p. 4121, par. 22-23; *Jean Marc Bosman c. Commissione*, causa 117/91R, del 27 giugno 1991, in *Racc.* p. 3353.

Infine, quale forma di ricorso indiretto, è previsto il meccanismo del rinvio pregiudiziale che consente alla Corte di giustizia di chiarire un dubbio interpretativo su una disposizione dell'Unione, oppure di dichiarare una disposizione di diritto derivato invalida, su richiesta del giudice nazionale il quale si trovi nella situazione di dover applicare quella norma o quella disposizione per risolvere la controversia di cui è stato investito. Tale strumento risulta tanto più essenziale in un contesto di applicazione decentrata del diritto europeo, come sarà nel caso della Procura europea, dato che, secondo l'interpretazione unanimemente accettata dell'articolo 86, par. 2 del TFUE, il processo penale si svolgerà dinanzi alle autorità giurisdizionali nazionali. In tale ambito, infatti, la Corte di Giustizia potrà effettuare un controllo, seppure indiretto, sul rispetto dei “diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione”²²⁴³ da parte della Procura europea, garantendo al contempo l'uniforme applicazione del diritto europeo su tutto il territorio dell'Unione e la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti ad indagine da parte della Procura europea, in base al livello di tutela garantito agli stessi a livello europeo.

2.1.2.2. Diritto alla presunzione di innocenza e diritti di difesa

4.1.1.1.54 Diritto alla presunzione di innocenza

L'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tutela la presunzione di innocenza e i diritti di difesa dell'imputato.

Il primo paragrafo dell'articolo 48 della Carta, in particolare, stabilisce: “Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata”. Il diritto alla presunzione di innocenza, detto anche *in dubio pro reo*²²⁴⁴, costituisce un principio fondamentale comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri ed è applicabile in tutte le procedure che portano all'irrogazione di sanzioni gravi a carico di persone sia fisiche che giuridiche²²⁴⁵.

Si tratta di un principio di natura processuale, che è strettamente connesso ai principi che disciplinano l'onere della prova. In base a tale principio, un imputato è considerato innocente sino a che non sia stata pronunciata nei suoi confronti una sentenza di condanna definitiva. Tale principio copre l'intero *iter* processuale; in base ad esso un individuo, pur se accusato di aver commesso un

²²⁴³L'espressione riprende quanto stabilito dall'articolo 47, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²²⁴⁴Il principio è stato così definito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Lafarge SA c. Commissione europea*, causa C-413/08 P, del 17 giugno 2010, in *Racc.* p. I-05361, par. 34.

²²⁴⁵Al fine di comprenderne la portata e il significato, occorre rilevare che il principio di presunzione di innocenza è nato come reazione al sistema penale inquisitorio durante la Rivoluzione francese (il principio è stato riconosciuto e recepito ufficialmente, infatti, per la prima volta, nell'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, approvata il 26 agosto 1789 dall'Assemblea nazionale).

reato, è presunto innocente durante lo svolgersi di tutto il procedimento penale, ossia dal momento in cui vengono iniziate le indagini a suo carico fino al momento in cui la sentenza emessa dall'autorità giudiziaria passa in giudicato.

Il diritto alla presunzione di innocenza a livello europeo, in accordo con quanto stabilito dalla Corte EDU e quanto desumibile dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, assume tre diverse forme.

Da un lato, esso è inteso quale regola di trattamento nel senso ora delineato, per cui durante tutto lo svolgimento del procedimento penale a suo carico, l'accusato non deve essere considerato colpevole, ma innocente, almeno fino a che non sia accertata la sua colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

Dall'altro, esso contribuisce a stabilire come deve essere ripartito l'onere della prova nel processo penale; poiché, infatti, l'indagato è ritenuto innocente fino a che la sua colpevolezza non venga accertata con sentenza definitiva del giudice, l'onere di provare la sua colpevolezza grava sulla pubblica accusa, che nel processo penale è rappresentata dal pubblico ministero²²⁴⁶, mentre alla difesa spetta il compito di provare l'esistenza di fatti favorevoli all'imputato.

Da tale aspetto, discende come corollario la terza funzione che il principio di colpevolezza possiede, ossia quella consistente nel determinare il grado di certezza che il giudice è tenuto a possedere nell'emettere la sentenza di condanna. Il giudice deve condannare l'imputato solo nei casi in cui la sua innocenza sia stata provata al di là di ogni ragionevole dubbio²²⁴⁷. Nelle ipotesi in cui le prove manchino, siano insufficienti o contraddittorie, il giudice dovrà emettere una sentenza di assoluzione, proprio in base al principio *in dubio pro reo*, che viene fatto coincidere dalla giurisprudenza con quello di presunzione di innocenza.

In base a quanto stabilito dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, infatti, “l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato spetta allo Stato e in tale contesto trova applicazione la regola “in dubio pro reo”. È quindi onere dell'accusa [...] produrre una prova sufficiente per condannarlo”²²⁴⁸. Al proposito, occorre, tuttavia, sottolineare che la Commissione²²⁴⁹ ha desunto dalla giurisprudenza della Corte EDU tre fattispecie nelle quali l'onere della prova non incombe esclusivamente sull'accusa: i reati a responsabilità oggettiva, i reati ai quali si applica l'inversione dell'onere della prova e, infine, il caso in cui sia stato emesso un decreto di confisca²²⁵⁰.

2246 Occorre ricordare che, tuttavia, proprio in un'ottica garantista e ad ulteriore tutela del principio della presunzione di innocenza, anche l'autorità inquirente, di regola, non dovrà necessariamente ricercare la colpevolezza dell'indagato, ma dovrà, piuttosto, ricostruire il più accuratamente possibile i fatti nella loro realtà storica.

2247 Si legga, al riguardo, anche quanto stabilito dalla Commissione nel Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza, Bruxelles, 26.4.2006, COM(2006), 174 definitivo, p. 6, in cui si legge: “Di norma l'accusa deve provare la colpevolezza dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio”.

2248 Corte EDU, sentenza *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, ricorso n. 10590/83, del 6 dicembre 1998, par. 77.

2249 Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza presentato dalla Commissione, Bruxelles, 26 aprile 2006, COM(2006), 174 definitivo. Al proposito, occorre ricordare che, in seguito alla pubblicazione del Libro Verde non fu adottato alcun atto legislativo a tutela della presunzione di innocenza.

2250 Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza presentato dalla Commissione, Bruxelles, 26 aprile 2006,

In base a tale ricostruzione, nel caso dei reati a responsabilità oggettiva, l'accusa deve produrre elementi probatori in grado di provare che l'imputato ha effettivamente posto in essere la condotta (*actus reus*) tipica del reato, ma non deve provare che l'imputato ha "agito con dolo" (*mens rea*)²²⁵¹. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha in particolare affermato che per tali reati è sufficiente provare che l'imputato ha commesso il fatto, una volta provato il quale esiste una presunzione legale che può avere effetto nei suoi confronti; tuttavia, tale presunzione deve essere contenuta in "limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell'offesa e che rispettino i diritti della difesa". Nel secondo tipo di reati enucleati dalla Commissione, ossia quelli in cui si applica l'inversione dell'onere della prova, l'accusa deve, invece, provare che l'imputato ha agito in un determinato modo e la difesa deve dimostrare l'esistenza di una giustificazione delle azioni commesse; in questo caso, quindi, l'onere della prova è aggravato. Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ciò è accettabile per i "reati meno gravi"²²⁵². Nel terzo caso, infine, ossia quando sia stato emesso un decreto di confisca, per il recupero dei beni detenuti dall'imputato o da un terzo ci può essere un'inversione dell'onere della prova se detti beni costituiscono il prodotto del reato²²⁵³; in tal caso il loro possessore deve smentire quanto sostenuto dalla pubblica accusa. In alternativa, può essere prevista una diminuzione della forza probatoria delle prove richieste, potendo provarsi la colpevolezza dell'imputato ricorrendo a un calcolo delle probabilità invece di chiedere la prova schiacciante al di là di ogni ragionevole dubbio²²⁵⁴.

COM(2006), 174 definitivo, p. 7.

2251 La Corte EDU ha riconosciuto che tali reati sono conformi alla CEDU e che la legislazione penale degli Stati prevede reati a responsabilità oggettiva. Per tali reati è sufficiente provare che l'imputato ha commesso il fatto, una volta provato il quale esiste una presunzione legale che può avere effetto nei suoi confronti. Si veda, sui limiti di ammissibilità di tali tipi di reato, la sentenza *Salabiaku c. Francia*, ricorso n. 10519/83, del 7 ottobre 1988, par. 28.

2252 Corte EDU, sentenza *Salabiaku c. Francia*, ricorso n. 10519/83, del 7 ottobre 1988, par. 28. In tali casi, anche se l'onere della prova della colpevolezza continua di norma a incombere all'accusa, talvolta, in casi eccezionali, come per i reati di falso materiale e per le contravvenzioni, una volta che l'accusa abbia dimostrato l'esistenza di un obbligo, all'imputato incombe l'onere della controprova, cioè di dimostrare che egli ha adempiuto a tale obbligo. In taluni casi l'imputato ha dovuto invocare l'applicazione di circostanze esimenti la sua responsabilità prima che all'accusa fosse chiesto di smentirle.

2253 Occorre, tuttavia, sottolineare che alcune pronunce della Corte EDU escludono l'applicabilità dell'articolo 6, par. 2 in relazione ad una procedura di confisca dei beni in cui il condannato non era in grado di provare la provenienza legale dei beni in un caso di reato legato agli stupefacenti. Corte EDU *Phillips c. Regno Unito*, ricorso n. 41087/98, del 12 dicembre 2001, par. 30-36; *Van Offeren c. Paesi Bassi*, ricorso n. 19581/04, del 5 luglio 2005. L'articolo 6, par. 2 è stato, invece, ritenuto applicabile alla confisca di beni in relazione a fatti per i quali il ricorrente era stato assolto. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Geerings c. Paesi Bassi*, ricorso n. 30810/03, del 1 marzo 2007, par. 41-51. Sui rapporti tra confisca e presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte EDU, si legga, altresì, E. VAN SLIEDREGT, *A contemporary reflection on the presumption of innocence*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1/2009, Vol. 80, p. 247-267; HOLLANS, *Confiscation of the proceeds from crime and the principle of presumption of innocence*, in KIMMO NUOTIO (a cura di), *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, University of Helsinki, 2013, 7, p. 363; A. SANBEI, *European Court on Human Rights jurisprudence and civil recovery of illicitly obtained assets (confiscation in rem)*, PrECU/CAR-02/2012, maggio 2012; *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime*, FRA Opinion – 03/2012 Confiscation of proceeds of crime Vienna, 4 dicembre 2012. pp. 7-10.

2254 Occorre ribadire che in ogni caso, tutti i recuperi di beni devono essere appellabili e devono essere giuridicamente fondati e proporzionati, cioè adeguati al fine che intendono raggiungere. In tal senso, Corte EDU, sentenze *Welch c. Regno Unito*, ricorso n. 17440/90, del 9 febbraio 1995; *Phillips c. Regno Unito*, ricorso n. 41087/98, del 5 luglio 2001. Come precisato nel Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza, del 2006, "Ciò vale, ovviamente, anche nei casi di recupero transfrontaliero dei beni. Le rivendicazioni di terzi in buona fede devono essere tenute

Passando ad analizzare il contenuto e la portata del diritto alla presunzione di innocenza, occorre sottolineare che le Spiegazioni della Carta²²⁵⁵, le quali, in base al combinato disposto degli articoli 6, par. 1 TUE²²⁵⁶ e 52, par. 7 della Carta²²⁵⁷, devono essere tenute in debito per una corretta interpretazione delle disposizioni della stessa, in relazione all'articolo 48 stabiliscono espressamente che quest'ultimo corrisponde all'articolo 6, paragrafi 2 e 3 della CEDU e che, “conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU”²²⁵⁸. Al fine di analizzare il contenuto e la portata che il principio di presunzione di innocenza e i diritti di difesa hanno assunto a livello europeo, occorre, quindi, analizzare l'interpretazione che la Corte EDU ha dato del corrispondente articolo 6, par. 2 della CEDU.

4.1.1.1.55 Il diritto alla presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

In base alla giurisprudenza della Corte EDU, il secondo paragrafo dell'articolo 6 CEDU costituisce uno degli elementi della più generale nozione di processo equo, incorporata nel primo paragrafo di suddetta disposizione²²⁵⁹; per tale motivo, la Corte, di regola, nel verificare se sia occorsa la violazione del principio di presunzione di innocenza, prende in considerazione la procedura nella

nella dovuta considerazione nel caso in cui venga pregiudicato il loro diritto di proprietà, e gli Stati devono predisporre mezzi adeguati per la loro tutela”.

2255Ci riferiamo al *Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, quale figura nel doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Bruxelles, 11 ottobre 2000 (18.10), CHARTE 4473/00, CONVENT 49, stilate sotto la responsabilità del Presidium, in GU C 303, del 14 dicembre 2007, p. 30.

2256Il terzo periodo dell'articolo 6, par. 1 del TUE prevede espressamente: “*I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*”.

2257L'articolo 52, par. 7 della Carta stabilisce: “*I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta*”.

2258Nelle Spiegazioni elaborate dal Presidium in relazione all'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si legge: “*L'articolo 48 corrisponde all'articolo 6 paragrafi 2 e 3 della CEDU che recita: “2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza*”. Conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU”.

2259Al riguardo, tra le molte, Corte EDU, sentenza *Konstas c. Grecia*, ricorso n. 53466/07, del 24 maggio 2011, par. 29; *Fatullayev c. Azerbaijan*, ricorso n. 40984/07, del 22 aprile 2010, par. 159; *Marziano c. Italia*, ricorso n. 45313/99, del 28 novembre 2002, par. 27; *Butkevičius c. Lituania*, ricorso n. 48297/99, del 26 marzo 2002, par. 49; *Bernard c. Francia*, ricorso n. 22885/93, del 23 aprile 1998, par. 37; *Minelli c. Svizzera*, ricorso n. 8660/79, del 25 marzo 1983, par. 27; *Deweert c. Belgio*, ricorso n. 6903/75, del 27 febbraio 1980, par. 56. Al riguardo si legga JEBENS, *The scope of the presumption of innocence in Article 6 paragraph 2 of the Convention: especially on its reputation-related aspect*, in *Liber amicorum Luzius Wildhaber: human rights, Strasbourg views – Droits de l'homme reards de Strasbourg*, 07, p. 207; REPIK, *Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme concernant la présomption d'innocence*, in *Mélanges à Eissen*, 95, p. 331.

sua globalità esaminando entrambi i paragrafi dell'articolo 6 della CEDU²²⁶⁰.

La presunzione di innocenza in base a tale giurisprudenza assolve alla funzione di favorire il rispetto dell'onore e della dignità dell'indagato e deve essere garantita concretamente e effettivamente. Di conseguenza, la stessa deve essere rispettata non solo da parte del giudice o dell'autorità inquirente competente, ma anche da altre autorità pubbliche quali ufficiali di polizia o rappresentanti dell'esecutivo²²⁶¹; in particolare, è importante che tali soggetti si astengano dal pronunciare ogni tipo di dichiarazione pubblica che possa essere interpretata come conferma della colpevolezza del ricorrente nella fase iniziale delle indagini, e in ogni caso prima della formalizzazione delle accuse²²⁶².

L'aspetto che il diritto alla presunzione di innocenza mira a tutelare in via assoluta è il fatto che l'autorità giudiziaria competente, prima di giudicare sulla colpevolezza o meno dell'imputato, non si sia già formata un giudizio in proposito, ossia un pregiudizio. Nel caso, quindi, in cui l'autorità giudiziaria esprima il proprio giudizio a favore della colpevolezza dell'imputato prima che questo sia ritenuto colpevole sulla base delle prove emerse nel processo, la presunzione di non colpevolezza deve ritenersi violata²²⁶³. Sussiste, in conclusione, violazione del principio di non colpevolezza quando, pur non essendo pienamente provata la colpevolezza dell'imputato ai sensi di legge e non essendogli stata data la possibilità di esercitare i suoi diritti di difesa, venga emessa una decisione di condanna nei suoi confronti sulla sola base dell'opinione preconcepita che egli sia colpevole²²⁶⁴. In base alla stessa logica, deve ritenersi violato il principio di presunzione di innocenza nel caso in cui la Corte continui ad esprimere le proprie valutazioni circa la colpevolezza dell'accusato in caso di assoluzione di quest'ultimo²²⁶⁵.

In ambito di onere della prova, la Corte EDU ha, inoltre, stabilito che, oltre a imporre di non

2260In tal senso, Corte EDU, sentenza *Previti c. Italia* (n. 2), ricorso n. 45291/06, dell'8 dicembre 2009, par. 175; *Sala I Griso c. Spagna*, ricorso n. 78023/01, del 3 dicembre 2002; *Böhmer c. Germania*, ricorso n. 37568/97, del 3 ottobre 2002, par. 53.

2261Al riguardo, Corte EDU, sentenza *Allenet de Ribemont c. Francia*, ricorso n. 15175/89, del 10 febbraio 1995, par. 35-36.

2262In tal senso, Corte EDU, sentenza *Fatullayev c. Azerbaijan*, ricorso n. 40984/07, del 22 aprile 2010, par. 161; *Kouzmin c. Russia*, ricorso n. 58939/00, del 18 marzo 2010, par. 62.

2263In tal senso, Corte EDU, sentenza *Allenet de Ribemont c. Francia*, ricorso n. 15175/89, del 10 febbraio 1995; *Fatullayev c. Azerbaijan*, ricorso n. 40984/07, del 22 aprile 2010. A tal fine, in base alla presunzione di innocenza “when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him”. Corte EDU, *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, ricorso n. 10590/83, del 6 dicembre 1988, par. 77. Alcune precisazioni sono poi apportate dalla Corte nei casi *Matijašević c. Serbia*, ricorso n. 23037/04, del 19 settembre 2006, e *Sekanina c. Austria*, ricorso n. 13126/87, del 25 agosto 1993.

2264Corte EDU, sentenza *Minelli c. Svizzera*, ricorso n. 8660/79, del 25 marzo 1983, par. 38.

2265In tal senso, Corte EDU *Sekanina c. Austria*, ricorso n. 13126/87, del 25 agosto 1993. Questo non esclude che le autorità possano informare il pubblico delle indagini e diffondere il sospetto di colpevolezza (Corte EDU, sentenza *Krause c. Svizzera*, ricorso n. 7986/77, del 3 ottobre 1978) nella misura in cui quest'ultimo non costituisca una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato (Corte EDU, sentenza *Allenet de Ribemont c. Francia*, ricorso n. 15175/89, del 10 febbraio 1995, par. 37, 41) e esse dimostrino discrezione e circospezione.

presentare un imputato come colpevole prima della condanna, l'articolo 6, par. 2 esige che, nell'espletare le loro funzioni, i membri del tribunale non partano dall'idea preconcepita che l'imputato ha commesso l'atto incriminato; inoltre, l'onere della prova deve pesare sulla pubblica accusa e il ragionevole dubbio deve andare a vantaggio dell'imputato²²⁶⁶. Al fine di tutelare il rispetto del principio di presunzione di innocenza nel corso di tutto il procedimento penale²²⁶⁷ e garantire che sia osservato il riparto dell'onere probatorio tra accusa e difesa, la Corte EDU ha stabilito, inoltre, che devono essere assicurate determinate garanzie procedurali. Tra queste rientra l'obbligo della Procura di produrre prove che dimostrino la colpevolezza dell'imputato durante il processo e il diritto dell'imputato di essere sentito in propria difesa²²⁶⁸. Pertanto, è strettamente collegato al diritto alla presunzione di innocenza, il diritto dell'imputato di ricevere informazioni concernenti l'accusa a suo carico, cosicché esso possa essere nella condizione di preparare la propria difesa in modo adeguato²²⁶⁹.

Quanto al campo di applicazione dell'articolo 6, par. 2 della CEDU, il diritto alla presunzione di innocenza può essere invocato di fronte alla Corte europea da “ogni persona accusata di un reato”. I limiti di applicabilità del secondo paragrafo dell'articolo 6 CEDU, pertanto, non coincidono perfettamente con quelli di cui al primo paragrafo della disposizione, che garantisce il diritto ad un processo equo nelle procedure aventi ad oggetto la “fondatezza di ogni accusa penale”. L'ambito di applicazione del secondo paragrafo è più ampio in quanto non copre il solo esame della fondatezza dell'accusa, ma l'insieme della procedura penale, indipendentemente dall'esito della stessa²²⁷⁰. Quanto al concetto di “reato” occorre, inoltre, precisare che la giurisprudenza della Corte EDU ha esteso il campo di applicazione della disposizione fino a ricomprenderne nella portata applicativa

2266Al riguardo, Corte EDU, sentenza *Poncelet c. Belgio*, ricorso n. 44418/07, del 30 marzo 2010, par. 51; *Janosevic c. Svezia*, ricorso n. 34619/97, del 23 luglio 2002, par. 97; *Telfner c. Austria*, ricorso n. 33501/96, del 20 marzo 2001, par. 15; *Lavents c. Lettonia*, ricorso n. 58442/00, del 28 novembre 2002, par. 125; *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, ricorso n. 10590/83, del 6 dicembre 1988, par. 77.

2267La Corte EDU ha, infatti, sottolineato che, indipendentemente dall'esito del giudizio, la presunzione di innocenza deve essere rispettata fin dall'avvio delle indagini preliminari alla sentenza definitiva. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Minelli c. Svizzera*, ricorso n. 8660/79, del 25 marzo 1983, par. 30.

2268Corte EDU, sentenza *Minelli c. Svizzera*, cit.; sentenza *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, ricorso n. 10590/83, cit.. È stato ritenuto, del pari, illegittimo basare una sentenza di condanna sulla sola base del silenzio dell'imputato. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Murray c. Regno Unito*, ricorso n. 18731/91, dell'8 febbraio 1996, par. 54.

2269Cfr., al proposito, Corte EDU, sentenza *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, ricorso n. 10590/83, cit., par. 77. La Corte EDU nelle sentenze *Ramishvili e Kokhreidze c. Georgia*, ricorso n. 1704/06, del 27 gennaio 2009, e *Jiga c. Romania*, ricorso n. 14352/04, del 16 marzo 2010, ha sottolineato che il principio di presunzione di innocenza impone altresì che l'imputato non sia trattato come se fosse colpevole prima della sentenza definitiva, motivo per cui quest'ultimo non può essere obbligato ad indossare l'uniforme da prigioniero e essere rinchiuso durante l'udienza senza giustificazione.

2270Al riguardo, si legga Corte EDU, sentenza *Poncelet c. Belgio*, ricorso n. 44418/07, del 30 marzo 2010, par. 30. Nel senso che l'articolo 6, par. 2 della CEDU non si applica solo alle procedure penali pendenti, ma anche a quelle susseguenti all'archiviazione o all'assoluzione definitiva dell'imputato nella misura in cui le questioni affrontate nell'ambito di tali procedure costituiscano un corollario delle procedure penali in cui il ricorrente ha rivestito la qualità di indagato, si legga la sentenza *Englert c. Germania*, ricorso n. 10282/83, del 25 agosto 1987; *Minelli c. Svizzera*, ricorso n. 8660/79, del 25 marzo 1983; *Puig Panella c. Spagna*, ricorso n. 1483/02, del 25 aprile 2006, par. 51; *Capeau c. Belgio*, ricorso n. 42914/98, del 13 gennaio 2005, par. 22; *Lamanna c. Austria*, ricorso n. 28923/95, del 10 luglio 2001; *Rushiti c. Austria*, ricorso n. 28389/95, del 21 marzo 2000.

anche sanzioni che sostanzialmente hanno natura penale, ma non formalmente, quali i procedimenti disciplinari²²⁷¹.

La Corte EDU ha altresì riconosciuto l'esistenza di una connessione evidente tra presunzione di innocenza e altri diritti a un equo processo; la connessione tra essi è così stretta che, laddove essi siano violati, la presunzione di innocenza è a sua volta a rischio di violazione. Tra questi, la giurisprudenza include il diritto a non auto incriminarsi²²⁷², il diritto al silenzio²²⁷³ e il diritto alla libertà, ossia a non essere sottoposti a custodia cautelare²²⁷⁴, di cui non tratteremo in tale sede²²⁷⁵.

In base al diritto a non auto incriminarsi, che si fonda sul brocardo *nemo tenetur prodere se ipsum*, al fine di non fornire prove concernenti auto incriminanti, l'imputato può rifiutarsi di rispondere alle domande e di fornire elementi probatori a proprio detrimento. Pur se non espressamente menzionato nella CEDU, la Corte ha, infatti, fatto discendere il diritto a non auto incriminarsi dal diritto alla presunzione di innocenza, ritenendo che facesse parte integrante del concetto di giusto processo. Esso assolve alla funzione di proteggere l'imputato contro un'indebita coazione delle autorità, riducendo il rischio di errori giudiziari e consacrando il principio della parità delle armi. L'organo inquirente deve provare la propria ipotesi accusatoria senza ricorrere a prove ottenute con l'uso di violenza fisica o costrizione psicologica, per cui ogni coazione volta a ottenere una prova incriminatrice costituisce una violazione del diritto contro l'auto incriminazione, discendente dal principio di presunzione di innocenza²²⁷⁶. Ciononostante, la Corte EDU ha affermato che il privilegio contro l'auto incriminazione in materia penale non comporta il divieto di ricorrere a

2271 Sulla valutazione circa la natura sostanzialmente penale di un procedimento formalmente amministrativo, si rinvia all'analisi della giurisprudenza della Corte EDU, esaminata in questo medesimo Titolo, nel Capitolo Primo, Parte Prima, Sezione Prima, nei noti casi *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, dell'8 giugno 1976, par. 82; *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984, par. 50; *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, del 24 febbraio 1994, par. 47, ripresi dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Bonda*, C-489/10, del 5 giugno 2012, par. 37. In base a tale giurisprudenza, a prescindere dal *nomen iuris* prescritto dall'ordinamento in cui è stata prevista la sanzione, la natura della misura sanzionatoria può essere dedotta dalla severità della stessa e dal carattere deterrente, anziché meramente risarcitorio della medesima.

2272 Corte EDU, sentenza *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, ricorso n. 34720/97, del 21 dicembre 2000.

2273 Corte EDU, sentenza *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84, del 25 febbraio 1993; *Murray c. Regno Unito*, ricorso n. 18731/91, dell'8 febbraio 1996, par. 45; *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, del 17 dicembre 1996.

2274 Corte EDU, sentenza *Kudla c. Polonia*, ricorso n. 30210/96, del 26 ottobre 2010. Vale al proposito osservare che gli articoli 5, par. 1, lett. c) e 5, par. 3 della CEDU prevedono deroghe al diritto di libertà se finalizzate alla traduzione di una persona in custodia cautelare dinanzi all'autorità giudiziaria "quando vi sono ragioni plausibili per sospettare che egli abbia commesso un reato" e se la custodia si svolge solo per un periodo di tempo ragionevole. La Corte EDU ha, inoltre, sottolineato che non esiste un automatico diritto di beneficiare di condizioni detentive diverse da quelle che si applicano alle persone condannate, a patto che esse siano ragionevoli. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Skoogström c. Svezia*, ricorso n. 8582/79, del 15 luglio 1982; *Peers c. Grecia*, ricorso n. 28524/95, del 19 aprile 2001.

2275 Per un approfondimento sul tema della custodia e delle misure detentive a livello europeo, si legga il Libro Verde della Commissione, intitolato *Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo - Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, COM(2011) 327 definitivo, Bruxelles, 14 giugno 2011.

2276 Nella sentenza *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, ricorso n. 34720/97, del 21 dicembre 2000, la Corte EDU sottolinea che la soppressione di tali diritti non può essere giustificata dall'esigenza di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico. Si legga, in proposito, anche la sentenza *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84, del 25 febbraio 1993, del 25 febbraio 1993; *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, del 17 dicembre 1996; *Bykov c. Russia*, ricorso n. 4378/02, del 10 marzo 2009, par. 92.

metodi coercitivi esperibili indipendentemente dalla volontà dell'imputato, come, ad esempio, l'acquisizione di documenti nel corso di un arresto, l'utilizzo di campioni di sangue, urine, alcool test, nonché tessuti corporei ai fini del test del DNA²²⁷⁷.

Il diritto al silenzio è a sua volta desunto dal diritto alla presunzione di innocenza e si sostanzia nel diritto dell'indagato o imputato a rimanere in silenzio durante gli interrogatori espletati dalle forze di polizia o dalle autorità inquirenti, così come nel caso in cui sia chiamato a deporre dinanzi al giudice. L'indagato ha, infatti, il diritto di astenersi dal rispondere alle domande rivoltegli sia nel corso delle indagini preliminari che nel corso del dibattimento. Da tale diritto discende l'obbligo per coloro che interrogano l'indagato o imputato di avvertirlo della facoltà di non rispondere e di essere assistito da un avvocato durante l'interrogatorio. L'importanza di informare l'indagato del proprio diritto di non rispondere è così stringente che, anche quando una persona presti il consenso a rilasciare dichiarazioni, tale opzione non potrà essere considerata una scelta pienamente informata laddove l'indagato non sia stato espressamente reso edotto circa il diritto di rimanere silente, e la decisione stessa di rispondere sia stata assunta senza l'assistenza di un avvocato²²⁷⁸.

Il diritto di rimanere in silenzio, tuttavia, non è assoluto. Nel valutare se un procedimento ha rispettato la vera essenza del privilegio contro l'auto incriminazione e il diritto al silenzio, la Corte EDU ha, in particolare, esaminato i seguenti elementi: la natura e il grado della coercizione, l'esistenza di garanzie nella procedura e l'uso che viene fatto del materiale probatorio così ottenuto²²⁷⁹. Se, da un lato, una condanna non può fondarsi esclusivamente o in via principale sul silenzio dell'imputato o sul rifiuto di rispondere alle domande o di fornire lui stesso delle prove, dall'altro lato, il diritto di rimanere in silenzio non impedisce che tale condotta, in situazioni particolari, possa essere presa in considerazione nel sostenere la persuasività del quadro probatorio fornito dall'accusa²²⁸⁰. Il giudice, sulla base dei criteri enucleati dalla Corte sopra menzionati e del suo proprio convincimento, trarrà, di conseguenza, le proprie conclusioni dai fatti come

2277Corte EDU, sentenza *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, del 17 dicembre 1996, par. 69; *O'Halloran and Francis c. Regno Unito*, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, del 29 giugno 2007, par. 47.

2278In tal senso Corte EDU, sentenza *Navone e altri c. Monaco*, ricorsi n. 62880/11, 62892/11 e 62899/11, del 24 ottobre 2013, par. 74; *Stojkovic c. Francia e Belgio*, ricorso n. 25303/08, del 27 ottobre 2011, par. 54.

2279Corte EDU, sentenza *Jalloh c. Germania*, ricorso n. 54810/00, del 11 luglio 2006, par. 101; *O'Halloran and Francis c. Regno Unito*, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, del 29 giugno 2007, par. 55; *Bykov c. Russia*, ricorso n. 4378/02, del 10 marzo 2009, par. 104.

2280In base alla giurisprudenza della Corte EDU, il giudice nazionale non può ritenere l'imputato colpevole solo perché questi si è avvalso del diritto al silenzio. Infatti, implicare conclusioni sfavorevoli dal silenzio dell'imputato potrebbe essere considerata una violazione del principio della presunzione di non colpevolezza a seconda dell'importanza che i giudici nazionali attribuiscono a questo silenzio in sede di valutazione degli elementi probatori e del grado di coartazione esercitato. Spetta all'accusa provare la colpevolezza dell'indagato e solo nel caso in cui le prove contro l'imputato esigano una spiegazione che egli potrebbe fornire, dall'eventuale rifiuto di spiegazioni potrebbe dedursi, secondo un ragionamento fondato sul buon senso, che non esiste alcuna spiegazione possibile e che l'imputato è colpevole. Al contrario, se gli argomenti dell'accusa hanno una forza probatoria così debole che non richiedono una replica, avvalersi del diritto al silenzio non consente di concludere che l'imputato è colpevole. Tuttavia la Corte EDU precisa a più riprese che gli interessi in gioco non possono giustificare misure che annullano la vera essenza dei diritti di difesa dell'imputato, incluso il privilegio contro l'auto incriminazione. Si legga, al riguardo, *Jalloh c. Germania*, ricorso n. 54810/00, del 11 luglio 2006, par. 97.

rappresentati in udienza. Pertanto, la valutazione circa la violazione dell'articolo 6, par. 2 della CEDU nel trarre elementi a carico dell'imputato è una questione che va risolta alla luce delle circostanze del caso concreto, tenendo particolarmente in considerazione il peso che le autorità giudiziarie nazionali hanno dato a tali elementi nell'esame delle prove ed al livello di pressione impiegato²²⁸¹. La Corte ha ribadito più volte, tuttavia, che l'interesse pubblico non può essere mai invocato per giustificare l'utilizzo processuale di risposte ottenute con la coercizione nel corso di indagini non giudiziarie al solo fine di incriminare l'indagato²²⁸².

Per quanto riguarda la valutazione del giudice, occorre inoltre ricordare che la Corte EDU nella nota sentenza *Salabiaku c. Francia* ha affermato che, sebbene la CEDU non vieti, in linea di principio, il ricorso, in materia penale, a presunzioni di fatto o di diritto, gli Stati membri non possono tuttavia superare al riguardo "limiti ragionevoli che tengano conto della gravità dell'offesa e che rispettino i diritti della difesa"²²⁸³.

4.1.1.1.56 Il diritto alla presunzione di innocenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Sebbene le Spiegazioni della Carta prevedano espressamente che il diritto alla presunzione di innocenza di cui all'articolo 48, par. 1 della Carta corrisponda all'articolo 6, par. 2 della CEDU e che, "conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU", occorre sottolineare che il medesimo articolo 52, par. 3 della Carta prevede che quanto dallo stesso stabilito "non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa"²²⁸⁴. Di conseguenza, sebbene debbano essere assicurate a livello europeo le medesime garanzie previste dall'articolo 6, par. della CEDU, come interpretato dalla Corte EDU nella propria giurisprudenza, il diritto europeo può prevedere più alti livelli di protezione²²⁸⁵.

2281Al riguardo, Corte EDU, sentenza *Murray c. Regno Unito*, ricorso n. 18731/91, dell'8 febbraio 1996, par. 47. In tale pronuncia, la Corte EDU ha precisato che se i fatti fossero provati *prima facie* e l'onere della prova restasse a carico dell'accusa, dal silenzio dell'imputato si potrebbero dedurre conclusioni sfavorevoli.

2282In tal senso, ad esempio, Corte EDU, sentenza *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, ricorso n. 34720/97, del 21 dicembre 2000, 57.

2283Corte EDU, sentenza *Salabiaku c. Francia*, ricorso n. 10519/83, del 7 ottobre 1988, par. 28.

2284In tal senso l'articolo 52, par. 3 della Carta che espressamente stabilisce: "*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*".

2285La clausola di non regressione è espressamente prevista dall'articolo 8 della Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 *sul diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali*, in G.U.U.E 26 ottobre 2010, n. L 280, p. 1 e seguenti; dall'articolo 10 della Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in G.U.U.E. 1° giugno 2012, n. L 142, p. 1 e seguenti; dall'articolo 14 della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in GU L 294, 6.11.2013, pp. 1-12 e, infine, dall'articolo 13 della Direttiva (UE) 2016/343

Occorre, quindi, analizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia per valutare se questa abbia garantito alla presunzione di innocenza la stessa protezione garantita dalla Corte EDU oppure abbia previsto un livello più elevato o, invece, minore di tutela.

Quanto al contenuto e alla portata del principio, la Corte di Giustizia ha ribadito quanto affermato dalla Corte EDU. In particolare, nella sentenza *Tomasz Rubach* ha ribadito che il diritto alla presunzione di innocenza, “come risultante in particolare dall’art. 6, n. 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali [omissis...] fa parte dei diritti fondamentali che, secondo la giurisprudenza costante della Corte [omissis...] sono tutelati nell’ordinamento giuridico comunitario” e che tale principio mira a “garantire che un soggetto non sarà dichiarato colpevole, né sarà trattato come tale, prima che la sua colpevolezza sia stata accertata da un giudice”²²⁸⁶.

Quanto al diritto a non auto incriminarsi e al diritto al silenzio, essi sono stati espressamente riconosciuti dalla Corte di Giustizia, sia in materia penale, che in ambito di concorrenza. Occorre, infatti, rilevare che, sebbene la Corte EDU avesse analizzato la portata dell'articolo 6, par. 2 della CEDU con particolare riferimento al procedimento penale, la Corte di Giustizia ha concentrato le proprie pronunce, soprattutto nei primi anni di attività, sull'applicazione di tale principio nell'ambito del diritto della concorrenza e, quindi, di un procedimento amministrativo. Il principio è stato, quindi, in parte riadattato alla finalità che lo stesso mira a garantire nell'ambito di un procedimento amministrativo o para penale, come è stato definito quello in materia di concorrenza, in cui deve essere provata la colpevolezza non di persone fisiche, ma giuridiche, quali le imprese che violano le regole anticoncorrenziali.

Gli approdi raggiunti dalla Corte di Giustizia in merito alla portata del principio di presunzione di innocenza e ai limiti imposti allo stesso, assumono, pertanto, caratteri peculiari che, affermatasi in ambito di concorrenza, sono poi stati estesi alla materia penale.

Per quanto riguarda, in particolare, il diritto al silenzio e al divieto di autoincriminazione, la Corte, ancora prima che venissero riconosciuti dalla Corte EDU come diritti tutelati dall'articolo 6 CEDU, in assenza di un'espressa disposizione nella CEDU e di alcuna norma a livello di diritto europeo primario o derivato, ha riconosciuto che esso dovesse essere tutelato nella pronuncia *Orkem c. Commissione*²²⁸⁷.

In tal caso, in particolare, la Corte ha affrontato il problema se un'impresa potesse beneficiare del diritto al silenzio nel contesto di un procedimento avviato per accertare la violazione di norme poste a tutela della concorrenza. Dopo aver riconosciuto che non il diritto al silenzio non era

del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*.

²²⁸⁶Corte di Giustizia, sentenza *Tomasz Rubach*, causa C-344/08, del 16 luglio 2009, in *Racc.* p. I-7033, par. 30-31.

²²⁸⁷Corte di Giustizia, sentenza *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, del 18 ottobre 1989, in *Racc.* 1989 p. 3283, par. 28 e seguenti.

espressamente sancito dal regolamento n. 17 del 1962 che allora regolava il procedimento in materia di concorrenza, la Corte ha esaminato se i principi generali di diritto comunitario imponessero di riconoscere il diritto di non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare, contro chi le fornisce, l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza. Esaminando le fonti da cui tale principio potesse essere dedotto, la Corte ha rilevato che esso non era espressamente disciplinato dalla CEDU, né riconosciuto dalla Corte EDU²²⁸⁸.

Del pari non poteva essere desunto dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri poiché essi riconoscevano il diritto a non testimoniare contro se stessi solo alle persone fisiche imputate in un procedimento penale²²⁸⁹. Nel prosieguo del ragionamento la Corte ha però rilevato che occorreva accertare se i poteri investigativi della Commissione nel corso dell'indagine preliminare potessero essere limitati al fine di garantire il rispetto dei diritti di difesa, che sono considerati nella giurisprudenza della Corte principi fondamentali del diritto europeo²²⁹⁰.

Di conseguenza, nell'effettuare un bilanciamento tra l'obbligo delle imprese di collaborare attivamente con la Commissione, mettendo a disposizione tutte le informazioni riguardanti l'oggetto dell'indagine di cui queste ultime fossero a conoscenza e comunicando alla Commissione, se necessario, i relativi documenti di cui fossero in possesso, e quello di garantire alle imprese il diritto a non fornire documenti o dichiarazioni auto incriminanti, la Corte ha statuito che la Commissione non può “imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione”²²⁹¹. In base a quanto stabilito dalla Corte, pertanto, la Commissione “può obbligare, eventualmente mediante una decisione, un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie per quanto attiene ai fatti di cui quest'ultima possa essere a conoscenza, ma non può imporre a tale impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali quest'ultima sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve essere provata dalla Commissione”²²⁹².

2288Corte di Giustizia, sentenza *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, del 18 ottobre 1989, *cit.*, par. 30.

2289Corte di Giustizia, sentenza *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, del 18 ottobre 1989, *cit.*, par. 29.

2290Corte di Giustizia, sentenza *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, del 18 ottobre 1989, *cit.*, par. 32.

2291Corte di Giustizia, sentenza *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, del 18 ottobre 1989, *cit.*, par. 35. Nel paragrafo 34 della medesima pronuncia la Corte afferma, infatti, che la Commissione “non può pregiudicare, mediante una decisione di chiedere informazioni, i diritti della difesa riconosciuti all'impresa”. Si veda, al riguardo, K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 531-569.

2292In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Dalmine SpA c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-407/04 P, del 25 gennaio 2007, in *Racc.* p. I-901, par. 34. Quanto previsto nella pronuncia *Orkem c. Commissione* è stato poi precisato nel Considerando 23 del Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, *concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*, in GU L 1/1, del 4 gennaio 2003, p.1, in cui si legge: “La Commissione dovrebbe disporre in tutta la Comunità del potere di esigere le informazioni necessarie per individuare accordi, decisioni e pratiche concordate vietati dall'articolo 81 del trattato, nonché casi di abuso di posizione dominante vietati dall'articolo 82 del trattato. Nel conformarsi a una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di aver commesso un'infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è rimasta costante anche in seguito alle pronunce della Corte EDU in materia di diritto al silenzio e di diritto a non auto incriminarsi. Nella sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e altri c. Commissione*²²⁹³, in particolare, la Corte ha ritenuto che quanto dalla stessa precedentemente stabilito nella sentenza *Orkem c. Commissione* fosse compatibile l'interpretazione che la Corte EDU ha fornito del diritto al silenzio e a non autoincriminarsi e richiamando, a tal proposito, la giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto che il diritto al silenzio venga in rilievo nei casi in cui “venga esercitata una coercizione sul soggetto sospettato per ottenere da quest'ultimo talune informazioni”²²⁹⁴.

Come è possibile desumere da tali pronunce, pertanto, in ambito di diritto della concorrenza, così come in relazione alle indagini amministrative interne svolte da OLAF²²⁹⁵, il diritto a non produrre prove a proprio sfavore e a non rendere dichiarazioni autoincriminatorie deve essere bilanciato con l'obbligo di collaborare con l'autorità procedente, ossia, nel primo caso, con la Commissione²²⁹⁶ e, nel secondo caso con OLAF²²⁹⁷.

Sebbene tali restrizioni siano state affermate dalla Corte di Giustizia in relazione alle persone giuridiche nell'ambito di procedimenti amministrativi, tale interpretazione del diritto alla presunzione di innocenza riveste un'importanza fondamentale anche nell'ambito del processo penale, per quanto riguarda la possibilità per le persone giuridiche di godere del diritto al silenzio e a non auto incriminarsi.

La Corte EDU, infatti, non ha affrontato espressamente il problema se tali diritti si applichino anche

utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione”.

2293Corte di Giustizia, sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, del 15 ottobre 2002, in *Racc.* p. I-8618, par. 273-276.

2294Corte di Giustizia, sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, del 15 ottobre 2002, cit., par. 275. Al riguardo, si veda L. ORTIZ BLANCO, *EU Competition Procedure*, Oxford 2013, p. 307.

2295In tal caso sono i membri delle istituzioni, così come i pubblici funzionari dalle stesse dipendenti che hanno il dovere di cooperare con OLAF e di fornire a tale agenzia le informazioni richieste. Si veda, sul punto, l'attenta analisi di J. F. H. INGHELRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF) - An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, 2011, p. 159-160.

2296In ambito di concorrenza, il Tribunale ha affermato che il rispetto del diritto al silenzio non implica che sia vietato da parte della Commissione chiedere informazioni all'impresa indagata. Ad avviso del Tribunale, infatti, “il riconoscimento di un diritto al silenzio assoluto, invocato dalla ricorrente, andrebbe infatti oltre quanto necessario per preservare i diritti della difesa delle imprese e costituirebbe un ostacolo ingiustificato allo svolgimento, da parte della Commissione, del compito di vigilanza sul rispetto delle regole di concorrenza nel mercato comune che le è attribuito dall'art. 89 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 85 CE)”. Al riguardo, Tribunale di primo grado (Prima Sezione ampliata), sentenza *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-112/98, del 20 febbraio 2001, in *Racc.* 2001 p. II-00729, par. 64-67, nonché 78.

2297Per un'applicazione del principio di presunzione di innocenza alle attività svolte da OLAF, si leggano le sentenze *Hans-Martin Tillack c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-193/04, del 4 ottobre 2006, in *Racc.* p. II-03995, e *Franchet e Byk c. Commissione*, causa T-48/05, dell'8 luglio 2008, in *Racc.* p. II-1585. Per un'applicazione ad altre fattispecie si veda anche la sentenza *Tomasz Rubach*, causa C-344/08, del 16 luglio 2009, in *Racc.* p. I-7033.

alle persone giuridiche; per tale motivo, quindi, l'unico dato cui fare riferimento risulta la giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra analizzata, in base alla quale le persone giuridiche non hanno un diritto assoluto al silenzio, per cui esse devono rispondere alle domande relative ai fatti, ma non possono essere obbligate ad ammettere l'esistenza di una infrazione²²⁹⁸.

4.1.1.1.57 Disciplina del diritto nella direttiva relativa al rafforzamento della presunzione di innocenza

Quanto alla portata e al contenuto della presunzione di innocenza a livello europeo, il legislatore europeo ha espressamente disciplinato tale diritto nella direttiva 2016/343, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali²²⁹⁹. Essa costituisce il risultato finale di un percorso iniziato nel 2006. Risale a quella data, infatti, il primo atto adottato dall'Unione in materia di presunzione di innocenza, ossia il Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza pubblicato dalla Commissione il 26 aprile 2006²³⁰⁰. L'obiettivo perseguito dalla Commissione con la pubblicazione di tale documento era quello di comprendere che significato avesse il principio di presunzione di innocenza nell'ordinamento giuridico degli Stati membri²³⁰¹.

Successivamente, nel novembre del 2013, al fine di garantire il rispetto del diritto ad un equo processo nell'Unione europea²³⁰², la Commissione ha provveduto a presentare una proposta di direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che si è successivamente trasformata nella Direttiva 2016/343²³⁰³.

2298Si legga, al proposito, quanto al diritto al silenzio in relazione alle persone giuridiche nella giurisprudenza della Corte EDU e a livello europeo, S. LAMBERIGTS, *The Directive on the Presumption of Innocence A Missed opportunity for Legal Persons?*, in *Eucrim* 1/2016, p. 36 e seguenti e quanto al diritto a non auto incriminarsi in relazione alle persone giuridiche, S. LAMBERIGTS, *The Privilege against Self-Incrimination. A Chameleon of Criminal Procedure*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 7, Issue 4, 2016, p. 418 e seguenti.

2299Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *GU L* 65, 11 marzo 2016, pp. 1–11.

2300Libro Verde sulla presunzione di non colpevolezza presentato dalla Commissione, Bruxelles, 26 aprile 2006, COM(2006), 174 definitivo. Al proposito, occorre ricordare che, in seguito alla pubblicazione del Libro Verde non fu adottato alcun atto legislativo a tutela della presunzione di innocenza.

2301Per un approfondimento circa le differenze procedurali tra i sistemi di giustizia penale degli Stati membri, si legga E. CAPE, N. NAMORADZE, R. SMITH, T. SPRONKEN, *Effective Criminal Defence in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2010.

2302In tali termini si esprime la Commissione nella Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM(2013) 821 final, 2013/0407 (COD), {SWD(2013) 478 final}, {SWD(2013) 479 final}, {SWD(2013) 500 final}, punto 6 dell'Introduzione, p. 3 nella versione italiana della Proposta.

2303Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *GU L* 65, 11 marzo 2016, pp. 1-11.

La Direttiva, adottata sulla base dell'articolo 82, paragrafo 2, lettera b) del TFUE²³⁰⁴, fa parte delle proposte che la Commissione era stata invitata ad adottare dal Consiglio al punto 2.4 del Programma di Stoccolma secondo un approccio graduale volto a rafforzare i diritti dell'indagato o imputato stabilendo norme minime comuni in materia di diritto a un equo processo²³⁰⁵. Pur non essendo espressamente prevista nella tabella di marcia allegata alla risoluzione del Consiglio del 2009, la Commissione nel prevedere una direttiva sulla presunzione di innocenza ha accolto l'invito del Consiglio a disciplinare diritti procedurali diversi da quelli elencati nella tabella di marcia elaborata dallo stesso²³⁰⁶. La presunzione di innocenza e i diritti ad essa correlati contribuiscono, infatti, nell'ottica della Commissione a realizzare l'obiettivo di dare un contenuto concreto al diritto a un equo processo, dal momento che ove questi principi fossero violati negli Stati membri, “gli obiettivi dell'agenda sui diritti procedurali non potrebbero essere pienamente raggiunti”²³⁰⁷.

Come sottolineato dalla Commissione, inoltre, la proposta “contribuirà altresì a potenziare le garanzie giuridiche che tutelano le persone coinvolte in procedimenti avviati dalla Procura europea”, in quanto la previsione di norme più stringenti a tutela della presunzione di innocenza rafforzeranno la tutela dei soggetti coinvolti nei procedimenti condotti dalla Procura europea²³⁰⁸.

È quindi la Commissione stessa a ribadire che un'effettiva garanzia del diritto alla presunzione di innocenza è necessario per tutelare in modo più efficace i diritti procedurali dei soggetti indagati dall'istituenda Procura europea. Occorre, pertanto, verificare se la direttiva 2016/343 riesca a trasporre nell'articolato di cui è composta quanto auspicato a livello teorico e, soprattutto, per quanto in tale sede interessa, se effettivamente riesca a garantire ai soggetti che potranno essere indagati dalla Procura europea una protezione maggiore di quella attualmente desumibile dalla giurisprudenza della Corte EDU, come recepita dalla Corte di Giustizia²³⁰⁹.

2304L'articolo 82, par. 2 del TFUE stabilisce: “2. *Laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; c) i diritti delle vittime della criminalità; d) altri elementi specifici della procedura penale, individuati dal Consiglio in via preliminare mediante una decisione; per adottare tale decisione il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo. L'adozione delle norme minime di cui al presente paragrafo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre un livello più elevato di tutela delle persone*”.

2305Si veda al proposito, il punto 2.4 del Programma di Stoccolma pubblicato in GU C 115 del 4 maggio 2010, p. 1.

2306Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, *relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali*, (2009/C 295/01), in GU C 295/1, del 4 dicembre 2009, p. 1, Considerando 12, che recita: “*Tenuto conto del carattere non esaustivo del catalogo di misure stabilito nell'allegato alla presente risoluzione, il Consiglio dovrebbe inoltre considerare la possibilità di trattare la questione della tutela dei diritti procedurali diversi da quelli elencati in tale catalogo*”.

2307In tal senso, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM(2013) 821 final, cit., punto 6 dell'Introduzione, p. 3.

2308Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM(2013) 821 final, cit., punto 10 dell'Introduzione, p. 3.

2309Occorre precisare che la direttiva disciplina anche il diritto ad essere presente al processo e, di conseguenza, le

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione, l'articolo 2 della direttiva restringe la propria portata applicativa ai soli procedimenti penali, escludendo dal proprio ambito di applicazione i procedimenti amministrativi aventi natura punitiva. Il Considerando 11 precisa in modo esplicito che la direttiva “non dovrebbe applicarsi ai procedimenti civili o ai procedimenti amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative”²³¹⁰. Non è contenuto alcun riferimento alle possibili conseguenze che gli accertamenti svolti in procedimenti amministrativi possano avere su successivi procedimenti penali né nell'articolo 2 della direttiva²³¹¹ né in alcun Considerando. Inoltre, la direttiva sembra contraddittoria nella misura in cui, da un lato, stabilisce che essa si applichi ai procedimenti penali, fatta salva la giurisprudenza della Corte EDU²³¹², e, dall'altro, fornisca esplicitamente una nozione più limitata di “procedimento penale” di quella desumibile dalla giurisprudenza della Corte EDU in base ai cosiddetti criteri *Engel* e alla giurisprudenza formatasi in merito all'articolo 6, par. 2 della CEDU²³¹³.

L'articolo 2, oltre a restringere la portata della direttiva ai procedimenti penali intesi restrittivamente in senso tradizionale, ne limita il campo di applicazione anche alle sole persone fisiche. In tal senso non è stata accolta la proposta del Parlamento europeo di includere le persone giuridiche nell'ambito di applicazione della direttiva, a ragione del fatto che sussistono “diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche”²³¹⁴. Il fatto che in tale direttiva sia stato precisato che la stessa non si applica alle

garanzie procedurali che devono essere garantite all'imputato *in absentia*. Tuttavia, non riteniamo opportuno analizzare in questa sede le disposizioni della direttiva (articoli 8 e 9) relativi al diritto di presenziare al processo e al diritto a un nuovo processo.

2310 Considerando 11 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit., in cui la Commissione precisa altresì che è “opportuno che la presente direttiva si applichi solo ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea («Corte di giustizia»), fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

2311 Articolo 2 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit., che recita letteralmente: “La presente direttiva si applica alle persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale. Si applica a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato”.

2312 Considerando 11 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit..

2313 Corte EDU, sentenza *Lutz c. Germania*, ricorso n. 9912/82, del 25 agosto 1987; *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, del 24 febbraio 1994.

2314 Si leggano, in tal senso, i Considerando 13, 14 e 15 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit.. In particolare, il testo del Considerando 13 stabilisce in questi termini: “La presente direttiva prende atto dei diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Per quanto riguarda le persone fisiche, tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha tuttavia riconosciuto che i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche”. Il Considerando 14 prevede, inoltre,

persone giuridiche e sia stata, pertanto, sentita la necessità di specificarlo, porta a chiedersi se le precedenti direttive, in cui vi era solo il riferimento alle “persone”²³¹⁵, senza specificazione se esse fossero fisiche o giuridiche, debbano intendersi applicabili nei confronti delle persone sia fisiche che giuridiche.

Quanto al contenuto del diritto alla presunzione di innocenza, la direttiva nell'articolo 3 riafferma quanto già stabilito in relazione all'articolo 6, par. 2 dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia in rapporto all'articolo 48 della Carta. L'articolo 4 della direttiva si limita a sua volta a stabilire quanto affermato dalla Corte EDU in relazione alla presunzione di innocenza, circa le dichiarazioni rilasciate prima dell'adozione di una sentenza penale di condanna, stabilendo che gli Stati membri devono adottare le misure adeguate al fine di evitare che le dichiarazioni pubbliche rilasciate da autorità pubbliche e le decisioni giudiziarie diverse da quelle sulla colpevolezza non presentino la persona come colpevole, fino a quando la colpevolezza di un indagato o imputato non sia stata legalmente provata.

Lo stesso articolo 4, al paragrafo 1 precisa, tuttavia, che “ciò lascia impregiudicati gli atti della pubblica accusa volti a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o imputato e le decisioni preliminari di natura procedurale adottate da autorità giudiziarie o da altre autorità competenti e fondate sul sospetto o su indizi di reità”²³¹⁶. Inoltre, conformemente all'articolo 4, par. 3, le autorità pubbliche possono divulgare informazioni sui procedimenti penali, “qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale o per l'interesse pubblico”, senza incorrere in una violazione del diritto alla presunzione di innocenza²³¹⁷.

che “*Allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche. La presente direttiva non dovrebbe pertanto applicarsi alle persone giuridiche, fatta salva l'applicazione alle persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita, in particolare, nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia*”. Il Considerando 15 recita, infine: “*È opportuno che la presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche sia protetta dalle garanzie normative e dalla giurisprudenza esistenti, la cui evoluzione deve permettere di stabilire se sia necessario un intervento dell'Unione*”.

²³¹⁵Articolo 1, par. 2 della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*; articoli 1 e 2 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*; articolo 1 della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*.

²³¹⁶Articolo 4, par. 1 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit..

²³¹⁷Le situazioni in cui tali deroghe sono ammissibili sono esplicate nel Considerando 18, in base al quale “*l'obbligo di non presentare gli indagati o imputati come colpevoli non dovrebbe impedire alle autorità pubbliche di divulgare informazioni sui procedimenti penali, qualora ciò sia strettamente necessario per motivi connessi all'indagine penale, come nel caso in cui venga diffuso materiale video e si inviti il pubblico a collaborare nell'individuazione del presunto autore del reato, o per l'interesse pubblico, come nel caso in cui, per motivi di sicurezza, agli abitanti di una zona interessata da un presunto reato ambientale siano fornite informazioni o la pubblica accusa o un'altra autorità competente fornisca informazioni oggettive sullo stato del procedimento penale al fine di prevenire turbative dell'ordine pubblico. Il ricorso a tali ragioni dovrebbe essere limitato a situazioni in cui ciò sia ragionevole e proporzionato, tenendo conto di tutti gli interessi. In ogni caso, le modalità e il contesto di divulgazione delle informazioni non dovrebbero dare l'impressione della colpevolezza dell'interessato prima che*

L'articolo 5 della direttiva, inoltre, prevede che gli Stati membri debbano adottare le misure appropriate per garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica. In base a tale disposizione, pertanto, occorre evitare di presentare al pubblico gli indagati e imputati dietro le sbarre o ammanettati poiché in tal modo si potrebbe ingenerare nel pubblico l'opinione che gli stessi siano colpevoli prima che la colpevolezza venga accertata. La Direttiva, tuttavia, prevede in alcuni casi, “per ragioni legate al caso di specie, in relazione alla sicurezza o al fine di impedire che gli indagati o imputati fuggano o entrino in contatto con terzi”, gli Stati membri prevedano l'applicazione di misure di coercizione fisica²³¹⁸. La direttiva, anche sotto tale aspetto, tuttavia, offre una protezione minore rispetto a quella prevista dalla Corte EDU. La direttiva, infatti, vieta espressamente solo le misure di coercizione fisica, mentre la Corte EDU ha stabilito che devono essere vietate anche quelle misure che facciano sembrare l'indagato colpevole agli occhi del pubblico, pur se tali misure non consistano in forme di coercizione fisica, come, per esempio, la presentazione in tribunale o in pubblico in uniformi carcerarie²³¹⁹.

L'articolo 6 della direttiva, infine, prevede che l'onere della prova circa la colpevolezza dell'indagato ricada sulla pubblica accusa. A differenza dell'articolo 5 della proposta di direttiva elaborata dalla Commissione, l'articolo 6 non prevede la possibilità di inversione dell'onere della prova mediante presunzioni²³²⁰. L'unico riferimento alla possibilità di inversione dell'onere della prova è ora rintracciabile nel testo del Considerando 22, in cui si legge che la presunzione di innocenza risulterebbe violata qualora l'onere della prova fosse trasferito dalla pubblica accusa alla difesa, “fatti salvi eventuali poteri di accertamento dei fatti esercitati d'ufficio dal giudice, la sua indipendenza nel valutare la colpevolezza dell'indagato o imputato e il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato. Tali presunzioni dovrebbero essere confinate entro limiti ragionevoli, tenendo conto dell'importanza degli interessi in gioco e preservando i diritti della difesa, e i mezzi impiegati dovrebbero essere ragionevolmente proporzionati allo scopo legittimo perseguito. Le presunzioni dovrebbero essere confutabili e, in

questa sia stata legalmente provata”.

2318 Articolo 5, par. 2 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit..

2319 In proposito, si legga quanto stabilito dalla Corte EDU nelle pronunce *Ramishvili e Kokhreidze c. Georgia*, ricorso n. 1704/06, del 27 gennaio 2009; *Jiga c. Romania*, ricorso n. 14352/04, del 16 marzo 2010. Nella direttiva un riferimento alle uniformi carcerarie è contenuto solo nel Considerando 21, in cui si legge: “*Ove fattibile, le autorità competenti dovrebbero astenersi dal presentare gli indagati o imputati, in tribunale o in pubblico, in uniformi carcerarie, onde evitare di dare l'impressione che siano colpevoli*”.

2320 L'articolo 5, par. 2 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM(2013) 821 final, cit., prevedeva che “*Gli Stati membri provvedono affinché la presunzione che comporti l'inversione dell'onere della prova a carico dell'indagato o imputato sia sufficientemente forte da giustificare la deroga a tale principio, e sia confutabile. Per confutare tale presunzione è sufficiente che la difesa adduca prove in grado di sollevare un ragionevole dubbio in merito alla colpevolezza dell'indagato o imputato*”.

ogni caso, si dovrebbe farvi ricorso solo nel rispetto dei diritti della difesa”.

L'articolo 7 disciplina, invece, il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi. L'articolo 6 riconosce il diritto al silenzio agli indagati e imputati in un ambito di applicazione ristretto al “reato che viene loro contestato”, poiché, secondo quanto previsto dal Considerando 26, il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi non dovrebbe applicarsi, ad esempio, a domande riguardanti l'identificazione dell'indagato o imputato. Il terzo paragrafo dell'articolo 7, codifica la giurisprudenza della Corte EDU, in particolare relativa al caso *Saunders*, in base alla quale l'esercizio del diritto di non autoincriminarsi non deve impedire alle autorità competenti di raccogliere “prove che possano essere ottenute lecitamente dall'indagato o imputato ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo, come il materiale ottenuto sulla base di un mandato, o per il quale sussista l'obbligo per legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o l'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue o delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA”²³²¹.

Quanto alla tutela effettiva del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, la direttiva 2016/343 sembra prevedere all'articolo 7, par. 5 una tutela più estesa di quella prevista dalla giurisprudenza della Corte EDU stabilendo che “l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato ascritto loro”. La Corte EDU, infatti, nella propria giurisprudenza ha stabilito che la decisione di un indagato di restare in silenzio può comportare conseguenze negative per esso nel corso del procedimento penale²³²². Tuttavia, la formulazione del Considerando 28, per cui “l'esercizio del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non dovrebbe essere utilizzato contro l'indagato o imputato né essere considerato *di per sé* quale prova che l'indagato o imputato in questione abbia commesso il reato ascrittogli”²³²³, sembra evidenziare la reticenza del legislatore nell'impedire il prodursi di conseguenze negative nei confronti dell'indagato che rifiuti di rispondere alle domande ad egli rivolte.

Tale atteggiamento contraddittorio del legislatore è altresì evidenziato dall'affermazione contenuta nel medesimo Considerando 28 per cui sono “impregiudicate le norme nazionali in materia di valutazione della prova da parte di tribunali o giudici, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati” e da quanto disposto al quarto paragrafo dell'articolo 7, in base al quale “gli Stati membri

²³²¹In tal senso il Considerando 29 della direttiva 2016/343 riprende letteralmente quanto previsto nella giurisprudenza della Corte EDU. Al riguardo, non appare una scelta che tuteli adeguatamente il diritto dell'indagato quella di non inserire nel testo dell'articolo 7 il riferimento contenuto nel Considerando 25 circa la produzione di documenti. In base a tale Considerando, in particolare, “*Gli indagati e imputati, se invitati a rilasciare dichiarazioni o a rispondere a domande, non dovrebbero essere costretti a produrre prove o documenti o a fornire informazioni che possano condurre all'autoincriminazione*”.

²³²²In tal senso, Corte EDU sentenza *Condron c. Regno Unito*, ricorso n. 35718/97, del 2 maggio 2000; *Murray c. Regno Unito*, ricorso n. 18731/91, dell'8 febbraio 1996.

²³²³Considerando 28 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit.. Il corsivo è nostro.

possono consentire alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati²³²⁴.

La direttiva non specifica meglio cosa debba intendersi per “comportamento collaborativo”, per cui non può escludersi che all'interno di tale nozione possa anche essere ricompresa un'ammissione di colpevolezza da parte dell'indagato²³²⁵. Questo appare contraddittorio e lesivo del diritto alla presunzione di innocenza; infatti, gli incentivi che sono previsti in molti ordinamenti giuridici a collaborare con le forze di polizia sono potenzialmente lesivi della presunzione di innocenza, in quanto incoraggiano l'indagato a confessare la propria colpevolezza in cambio di benefici premiali in termini di pena. La direttiva, non regolando espressamente tali fattispecie, sembra non essere sufficientemente garantista nei confronti dei diritti degli indagati e imputati.

Occorre altresì rilevare che, a differenza di quanto previsto dalla direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore²³²⁶, la direttiva non disciplina il diritto di rinunciare al diritto al silenzio. In assenza di una specifica disciplina sul punto vi è una probabilità più ampia di violazione di tale diritto poiché la rinuncia ad esso deve essere, in base alla giurisprudenza della Corte EDU, possibile solo a determinate condizioni e nel caso in cui siano rispettate specifiche garanzie dell'indagato. In particolare, per essere effettiva tale rinuncia deve essere espressa in modo inequivocabile, deve essere circondata da garanzie proporzionate alla sua importanza, deve essere volontaria, deve rappresentare una rinuncia consapevole e, se desumibile implicitamente dal comportamento dell'indagato, deve essere dimostrato che esso avesse ragionevolmente previsto le conseguenze del proprio comportamento²³²⁷.

A differenza di quanto previsto negli articoli 6 e 7, par. 4 della Proposta di direttiva presentata dalla

2324Articolo 7, par. 4 della direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, cit.. Al riguardo assume rilievo anche il disposto dell'articolo 7, par. 6, che prevede: “*Il presente articolo non impedisce agli Stati membri di prevedere che, in relazione ai reati minori, lo svolgimento del procedimento, o di alcune sue fasi, possa avvenire per iscritto o senza un interrogatorio dell'indagato o imputato da parte delle autorità competenti in merito al reato ascritto loro, purché ciò rispetti il diritto a un equo processo*”.

2325In tal senso, relativamente al testo della proposta di direttiva, anche D. SAYERS, *The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread'*, in EU Law Analysis Blog, del 15 novembre 2015.

2326Articolo 9 della direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, che prevede letteralmente: “*Fatte salvo il diritto nazionale che impone la presenza o l'assistenza obbligatoria di un difensore, gli Stati membri garantiscono che, in relazione a qualunque rinuncia a un diritto di cui agli articoli 3 e 10: a) l'indagato o imputato abbia ricevuto, oralmente o per iscritto, informazioni chiare e sufficienti in un linguaggio semplice e comprensibile sul contenuto del diritto in questione e sulle possibili conseguenze della rinuncia allo stesso; e b) la rinuncia avvenga in maniera volontaria ed inequivocabile. 2. La rinuncia, che può essere effettuata oralmente o per iscritto, nonché le circostanze in cui è avvenuta sono verbalizzate utilizzando la procedura di verbalizzazione conformemente al diritto dello Stato membro interessato. 3. Gli Stati membri garantiscono che indagati e imputati possano successivamente revocare una rinuncia in qualunque momento nel corso del procedimento penale e che siano informati di tale possibilità. Tale revoca produce effetto dal momento in cui è effettuata*”.

2327Si legga, al riguardo, in particolare, Corte EDU, sentenza *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008. In base alla giurisprudenza della Corte EDU, inoltre, gli Stati devono prevedere procedure specifiche per i soggetti vulnerabili.

Commissione nel 2013, in base a cui le prove ottenute in violazione del diritto al silenzio e del diritto di non incriminarsi non sono ammissibili, “salvo qualora il loro uso non pregiudichi l'equità del procedimento nel suo complesso”²³²⁸, l'attuale articolo 10, par. 2 della direttiva prevede che “fatti salvi le norme e i sistemi nazionali in materia di ammissibilità delle prove, gli Stati membri garantiscono che, nella valutazione delle dichiarazioni rese da indagati o imputati o delle prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, siano rispettati i diritti della difesa e l'equità del procedimento”. Risulta, pertanto, evidente la diminuzione di tutela apportata dal testo definitivo della direttiva che non prevede più l'inammissibilità delle prove ottenute in violazione dei diritti dalla stessa protetti, ma solamente una valutazione delle stesse da parte del giudice.

Almeno sulla Carta più efficace sembra la previsione di cui al primo paragrafo di un “ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti dalla presente direttiva”, il quale, in base al Considerando 44 in cui si legge che “in mezzo di ricorso efficace che sia disponibile in caso di violazione dei diritti sanciti dalla presente direttiva dovrebbe avere, per quanto possibile, l'effetto di porre l'indagato o imputato nella posizione in cui questi si sarebbe trovato se la violazione non si fosse verificata, così da salvaguardare il diritto a un equo processo e i diritti della difesa”.

La direttiva, in conclusione, seppur rappresenti un traguardo importante in quanto costituisce il primo strumento europeo che armonizza, seppur minimamente, il diritto alla presunzione di innocenza, non costituisce uno strumento sufficiente per garantire la protezione dei diritti degli indagati in ambito europeo. In particolare, non rappresenta uno strumento idoneo a garantire adeguata protezione alle persone sottoposte ad indagini condotte dalla Procura europea, principalmente per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, poiché in tale direttiva non vi è alcun riferimento all'utilizzabilità delle prove o alle sanzioni in caso di violazione del diritto alla presunzione di innocenza, *sub specie* di diritto al silenzio e di diritto di non autoincriminarsi, nell'ordinamento giuridico di uno Stato diverso in quello in cui esso sia stato violato. Nella direttiva non vi è, infatti, alcun riferimento ai casi di reati transnazionali, in cui le indagini sia svolte in diversi Stati membri.

In secondo luogo, poiché limitando il proprio campo di applicazione ai soli procedimenti penali in senso stretto non permette di risolvere i problemi che potrebbero derivare da un'interazione tra la Procura europea e OLAF. Nel caso, infatti, in cui la Procura europea utilizzi alcune prove raccolte da OLAF nell'ambito delle indagini dallo stesso svolte, sembra desumere dal testo della direttiva che le indagini amministrative svolte da OLAF non siano alla stessa assoggettate. Potrebbe, quindi, verificarsi la situazione paradossale per cui il Pubblico Ministero potrebbe utilizzare prove raccolte

²³²⁸Articolo 6, par. 4 e articolo 7, par. 4 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM(2013) 821 final, *cit.*.

da OLAF in violazione del diritto al silenzio o al diritto di non autoincriminarsi e, quindi, per essere raccolte con coazione fisica o morale, minacciando l'imposizione di sanzioni nel caso di mancata collaborazione, senza con ciò porsi in contrasto con la direttiva 2016/343, il cui campo di applicazione è limitato ai procedimenti penali in senso stretto. Nella direttiva non è, infatti, neanche meglio specificato quali conseguenze derivino dall'utilizzazione in un procedimento penale di prove raccolte nell'ambito di un procedimento amministrativo.

In terzo luogo, dal momento che la stessa non si applica alle persone giuridiche, la sua portata applicativa non coprirebbe molti dei reati commessi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione che la Procura europea sarebbe competente a perseguire. Tali reati, infatti, sempre più frequentemente vengono commessi da società che perpetuano frodi ai danni del bilancio dell'Unione e in tal caso il diritto alla presunzione di innocenza di tali persone giuridiche non sarebbe tutelato in base alle disposizioni della direttiva, come dalla stessa espressamente stabilito. Le persone giuridiche, quindi, potrebbero vedersi riconosciuto il proprio diritto alla presunzione di innocenza solo sulla base dei principi generali del diritto dell'Unione, derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dalla CEDU e dall'interpretazione della stessa fornita dalla Corte EDU e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Occorre, quindi, interrogarci se in sostanza la direttiva 2016/343 avrebbe previsto una tutela più estesa per quanto riguarda il diritto alla presunzione di innocenza delle persone giuridiche, o se invece, considerate tutte le limitazioni della stessa, essa non avrebbe migliorato la tutela del diritto alla presunzione di innocenza delle persone giuridiche coinvolte in un procedimento penale. Come è stato sottolineato²³²⁹, se la direttiva avesse incluso le persone giuridiche nel suo ambito di applicazione, esse avrebbero beneficiato della seguente protezione in rapporto al diritto al silenzio. Sarebbe stato garantito loro il diritto al silenzio, che non le avrebbe espressamente protette contro l'uso di prove ottenere coattivamente nell'ambito di procedimenti non aventi natura penale né, a seconda della legislazione penale nazionale, contro l'obbligo di consegnare documenti autoincriminanti. Inoltre, in base all'articolo 7 della direttiva il diritto al silenzio delle persone giuridiche sarebbe stato garantito in modo molto restrittivo, dal momento che nel garantire il diritto al silenzio alle persone giuridiche è essenziale prevedere quale dipendente o funzionario della società possa esercitare il diritto al silenzio per conto della società.

Lasciando un così ampio spazio discrezionale agli Stati membri, la direttiva avrebbe permesso alla legislazione nazionale che avesse voluto limitare tale diritto, la possibilità di stabilire che solo un cerchio ristretto di individui avrebbe potuto esercitare il diritto al silenzio per conto della società. La possibilità di richiedere alla società la consegna di documenti contenenti informazioni a sé sfavorevoli rappresenta, inoltre, un elemento importante da valutare, considerato che in generale le

²³²⁹S. LAMBERIGTS, *The Directive on the Presumption of Innocence A Missed opportunity for Legal Persons?*, cit., pp. 37-38.

prove documentali rivestono importanza capitale nei procedimenti penali iniziati contro le società. Ciò constatato, si ritiene che l'inclusione delle persone giuridiche all'interno della direttiva avrebbe certamente tutelato maggiormente questi soggetti, se non altro perché così, in assenza di una specifica giurisprudenza sul punto, sarebbe stato pacifico che il diritto alla presunzione di innocenza si applica anche ad esse.

Tuttavia, l'interpretazione restrittiva che la direttiva ha fatto propria in merito al contenuto del diritto al silenzio e l'ampia libertà che ha lasciato agli Stati membri nell'adottare la legislazione attuativa portano a ritenere che sia necessario prevedere uno strumento che garantisca in modo più adeguato il diritto alla presunzione di innocenza delle persone giuridiche, quantomeno nei procedimenti penali avviati dalla Procura europea. Al riguardo la soluzione preferibile sembra quella di adottare un regolamento sulla base dell'articolo 86, par. 3 del TFUE.

4.1.1.1.58 Diritti di difesa degli indagati o imputati

Quanto al contenuto dell'articolo 48, par. 2 della Carta, in base al quale è garantito ad ogni soggetto imputato in un procedimento penale il rispetto dei diritti di difesa, occorre, innanzitutto evidenziare che la tutela di tali diritti è strettamente correlata al diritto ad un processo equo e al diritto a disporre di un rimedio giurisdizionale effettivo, entrambi disciplinati dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, l'articolo 48, par. 2 della Carta è strettamente correlato al diritto ad un equo processo di cui all'articolo 47, par. 2 della Carta poiché, affinché un processo sia ritenuto equo, esso deve garantire il rispetto di determinate processuali, tra cui assumono preminente rilievo i diritti di difesa.

L'espressione “diritti di difesa” include in sé diverse nozioni²³³⁰, comprendendo numerose garanzie procedurali che sono state enucleate dalla Corte di Giustizia riferendosi alle tradizioni giuridiche degli Stati membri e alla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU in merito all'articolo 6 della CEDU.

Le Spiegazioni della Carta non fanno distinzioni tra il primo e il secondo paragrafo dell'articolo 48 della Carta, per cui anche per il secondo paragrafo concernente i diritti di difesa dell'imputato valgono le considerazioni svolte in precedenza, per cui “conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, questo diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla CEDU”²³³¹. L'articolo 6, par. 3 della CEDU prevede una serie di diritti di difesa essenziali che devono essere garantiti a ciascun

²³³⁰In inglese è stato utilizzato il termine più evocativo “*umbrella concept*” da H. P. NEHL, *Good Administration as Procedural Right and/or General Principle?*, in H. HOFMANN, A. TÜRK (a cura di), *Legal Challenges in EU Administrative Law – Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, pp. 322-325.

²³³¹Si legga, in tal senso, il *Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, quale figura nel doc. CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Bruxelles, 11 ottobre 2000 (18.10), CHARTE 4473/00, CONVENT 49, stilate sotto la responsabilità del Presidium, pubblicate in GU C 303, del 14 dicembre 2007, p. 30.

soggetto coinvolto in un procedimento penale²³³².

4.1.1.1.59 Contenuto dei diritti di difesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali

La Corte EDU ha stabilito che l'obiettivo dell'articolo 6, nell'imporre il rispetto dei basilari diritti di difesa, consiste nel “preservare il diritto fondamentale dello Stato di diritto”²³³³. Considerata la fondamentale importanza dei diritti ivi contenuti, la Corte EDU ha, pertanto interpretato il disposto di cui all'articolo 6, par. 3 della CEDU in modo molto ampio. La Corte EDU ha stabilito, in particolare, che l'elenco contenuto nell'articolo non è tassativo e non è completo; le cinque garanzie procedurali che devono essere garantite all'accusato ivi specificamente previste devono, pertanto, ritenersi esemplificative e non esaustive. Nel definire il contenuto e la portata applicativa dell'articolo 6, par. 3 CEDU, la Corte EDU ha sottolineato la stretta connessione di esso con il primo paragrafo dell'articolo 6 CEDU. In base a tale giurisprudenza, infatti, una violazione dei diritti espressamente previsti dall'articolo 6, par. 3 CEDU può comportare la consequenziale violazione del diritto ad un processo equo, tutelato dal primo paragrafo dell'articolo 6 CEDU²³³⁴.

A fini metodologici, prima di analizzare la giurisprudenza della Corte EDU in merito all'articolo 6, par. 3 CEDU, occorre chiarire che la giurisprudenza sul punto è estremamente copiosa; pertanto, ci limiteremo in tale sede a richiamare quella più rilevante ai fini che qui interessano per delineare quale sia il contenuto e la portata dell'articolo in commento; la nostra analisi è, infatti, finalizzata a individuare quali garanzie e quali diritti procedurali debbano essere riconosciuti ai soggetti coinvolti in un procedimento penale a livello europeo, così da poter delineare quale grado di tutela debba, in concreto, essere riconosciuto ai soggetti sottoposti alle indagini dell'istituenda Procura europea.

I diritti di difesa basilari che l'articolo 6 della CEDU garantisce all'indagato sono cinque. In particolare, l'articolo si riferisce al diritto di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; al diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

²³³²L'articolo 6, par. 3 della CEDU, in particolare, stabilisce: “*In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza*”.

²³³³In tal senso, Corte EDU, sentenza *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, del 21 febbraio 1975, par. 35.

²³³⁴Corte EDU, sentenza *Öcalan c. Turchia*, ricorso no. 46221/99, del 12 maggio 2005. Al proposito, tuttavia, la Corte EDU ha statuito che sia possibile ritenersi violato il diritto ad un processo equo anche nel caso in cui siano state rispettate le garanzie minime previste dall'articolo 6, par. 3 CEDU; la Corte ricorda, infatti, che è essenziale valutare in ogni caso le circostanze del caso di specie. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Artico c. Italia*, ricorso n. 6694/74, del 13 maggio 1980, par. 32.

al diritto a difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; al diritto di esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; al diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

Passando ad esaminare la giurisprudenza della Corte EDU concernente i diritti ora menzionati, occorre, in primo luogo, esaminare come sia stato interpretato il diritto dell'indagato ad essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico.

Per quanto riguarda il contenuto di tale diritto, la Corte EDU ha più volte ribadito che questa disposizione è strettamente collegata all'articolo 5, par. 2 della CEDU²³³⁵, che garantisce ad una persona arrestata il diritto di essere informata nel più breve tempo possibile dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico; la Corte EDU, tuttavia, ha, del pari, sottolineato che la tutela assicurata dall'articolo 6, par. 3 CEDU assume portata più ampia rispetto all'articolo 5, par. 2 CEDU. In base al disposto di cui all'articolo 6, par. 3, lett. a) CEDU, infatti, l'indagato, e non solo il soggetto già sottoposto ad arresto, come previsto dall'articolo 5, par. 2 CEDU, ha diritto di venire a conoscenza delle accuse ad esso rivolte in tempi rapidi, in modo preciso e comprensibile, al tempo in cui tali accuse sono formulate contro di esso o al momento di avvio del procedimento²³³⁶.

In base a tale disposizione, pertanto, le autorità giudiziarie sono obbligate a informare l'indagato della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico affinché quest'ultimo possa venirne a conoscenza e possa così preparare consapevolmente e adeguatamente la propria difesa²³³⁷, nonché, se necessario, contestare la legittimità della propria detenzione²³³⁸.

Come sottolineato dalla Commissione nella Proposta di direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, pur specificando le informazioni da fornire, sia l'articolo 5 che l'articolo 6 della CEDU “si limitano a informazioni fattuali sui motivi dell'arresto, sulla natura e i motivi dell'accusa e sulla relativa base giuridica”²³³⁹. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,

2335L'articolo 5, par. 2 della CEDU stabilisce letteralmente: “Ogni persona arrestata deve essere informata, al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico”.

2336Corte EDU, sentenza *T c. Italia*, ricorso n. 14104/88, del 12 ottobre 1992. Nella pronuncia *Kamasinski c. Austria*, ricorso n. 9783/82, del 19 dicembre 1989, par. 79, è stato altresì stabilito che le informazioni comunicate all'indagato devono essere dettagliate e formulate con precisione adeguata.

2337Corte EDU, sentenza *Mattoccia c. Italia*, ricorso n. 23969/94, del 25 luglio 2000, par. 60. Sulla scorta di tale pronuncia, occorre, quindi, verificare che il grado delle informazioni comunicate all'indagato sia sufficiente da permettere all'accusato di capire la portata delle accuse mosse nei suoi confronti, cosicché egli possa preparare la propria difesa adeguatamente.

2338Corte EDU, sentenza *Fox, Campbell e Hartley*, ricorsi n. 12244/86, 12245/86 e 12383/86, del 30 agosto 1990, par. 40.

2339Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, {SEC(2010) 907}, {SEC(2010) 908}, Bruxelles, 20 luglio 2010, COM(2010) 392 definitivo, 2010/0215 (COD), punto 17, p. 6.

tuttavia, precisa che non è sufficiente mettere a disposizione le informazioni lasciando all'indagato l'onere di chiederle. L'obbligo di informare l'indagato sulla natura e sui motivi dell'accusa incombe all'autorità inquirente, che non può adempiervi passivamente mettendo a disposizione le informazioni senza portarle all'attenzione della difesa²³⁴⁰.

Il diritto dell'indagato di essere informato delle accuse formulate a suo carico è, inoltre, una componente essenziale del principio di parità delle armi, poiché permette all'accusato di preparare in modo consapevole la propria difesa. Tale principio serve anche a permettere all'indagato di verificare che il reato per cui viene condannato coincida con l'accusa mossagli nelle prime fasi del procedimento²³⁴¹.

In particolare, nella sentenza *Pélissier e Sassi c. Francia* la Corte ha precisato che la quantità di informazioni da comunicare all'imputato dipende dalla natura e dalla complessità del caso, in quanto l'articolo 6, paragrafo 3, lettera b) prevede che l'interessato deve disporre del “tempo e delle facilitazioni necessarie” a preparare la sua difesa, e ciò varierà a seconda dei casi²³⁴². Di conseguenza, al fine di garantire che l'indagato abbia effettivamente compreso le informazioni, le autorità possono essere tenute a prendere misure supplementari nel caso in cui il soggetto sia vulnerabile o abbia problemi concernenti la propria capacità di intendere e di volere²³⁴³.

Il diritto di cui alla lettera a) del 3 paragrafo dell'articolo 6 CEDU è altresì strettamente connesso al diritto garantito dalla lettera e) del medesimo articolo, che prevede il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete se l'accusato non comprende o non parla la lingua usata in udienza. La Corte ha, infatti, interpretato l'articolo 6, par. 3 lett. a) CEDU nel senso che l'informazione fornita debba essere comunicata in una lingua che l'indagato comprende²³⁴⁴.

Il secondo diritto previsto dall'articolo 6, par. 3, lett. b) della CEDU consiste nel diritto dell'accusato

2340Corte EDU, sentenza *Mattoccia c. Italia*, ricorso n. 23969/94, del 25 luglio 2000, par. 65. Al proposito, pur non essendo prevista alcuna indicazione precisa sul modo in cui tali informazioni devono essere fornite, la Corte EDU nella causa *Kamasinski* (Corte EDU, sentenza *Kamasinski c. Austria*, ricorso n. 9783/82, del 19 dicembre 1989, par. 79) ha deciso che, in linea di principio, occorre fornire una traduzione scritta del capo d'imputazione all'indagato che non comprenda la lingua, sebbene in altre pronunce avesse ritenuto che per garantire il rispetto dell'articolo 6, paragrafo 3, lettera a) fossero sufficienti spiegazioni orali. La giurisprudenza della Corte EDU ha, inoltre, interpretato il terzo comma dell'articolo 6 CEDU nel senso che tra le informazioni che le autorità giudiziarie sono tenute a comunicare all'indagato vi siano quelle sul diritto al patrocinio a spese dello Stato. In tal senso, Corte EDU, sentenze *Padalov c. Bulgaria*, ricorso n. 54784/00, del 10 agosto 2006, e *Talat Tunc c. Turchia*, ricorso n. 32432/96, del 27 marzo 2007. Nella causa *Panovits c. Cipro* (Corte EDU, sentenza *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008, par. 72-73) la Corte EDU ha affermato, in particolare, che le autorità hanno l'obbligo di fornire informazioni all'indagato sul diritto all'assistenza di un avvocato e al patrocinio a spese dello Stato se sussistono le condizioni al riguardo. La Corte EDU ha inoltre stabilito che non è sufficiente che tali informazioni vengano fornite per iscritto, ad esempio con una “comunicazione dei diritti” (in inglese *Letter of Rights*), come hanno, invece, fatto le autorità nel caso all'attenzione della Corte nel caso *Panovits c. Cipro*.

2341Corte EDU, sentenza *Pélissier e Sassi c. Francia*, ricorso n. 25444/94, del 25 marzo 1999.

2342Corte EDU, sentenze *Pélissier e Sassi c. Francia*, ricorso n. 25444/94, del 25 marzo 1999, par. 54; *Mattoccia c. Italia*, ricorso n. 23969/94, del 25 luglio 2000, par. 60 e 71.

2343Corte EDU, sentenza *Brozicek c. Italia*, ricorso n. 10964/84, del 19 dicembre 1989, par. 41; *Mattoccia c. Italia*, ricorso n. 23969/94, del 25 luglio 2000, par. 65; *Vaudelle c. Francia*, ricorso n. 35683/97, del 30 gennaio 2001, par. 59.

2344Corte EDU, sentenza *Brozicek c. Italia*, ricorso n. 10964/84, del 19 dicembre 1989.

a “disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa”. La Corte EDU lo ha definito come “il diritto dell'accusato di avere a sua disposizione, al fine di disculparsi o di ottenere una riduzione di pena, tutti gli elementi di prova che sono stati raccolti o saranno raccolti dalle autorità competenti”²³⁴⁵. Il principio è strettamente connesso al principio garantito dall'articolo 6, par. 3 lett. c) della CEDU²³⁴⁶ e al diritto a ricevere assistenza legale, così come al principio di parità delle armi. Il concetto di “tempo necessario” di cui all'articolo 6, par. 3, lett. b) CEDU è un concetto relativo e, pertanto, la verifica di cosa debba considerarsi adeguato dipende da una valutazione da eseguirsi caso per caso a seconda delle esigenze individuali²³⁴⁷. In tale valutazione il giudice riveste un ruolo importante, in quanto ha il dovere di valutare le circostanze del caso di specie e di decidere di conseguenza se concedere una dilazione temporale all'imputato per permettergli di adeguatamente preparare la sua difesa, oppure privilegiare le istanze di ragionevole durata del processo e non concedere tale termine dilatorio. Il giudice dovrà, pertanto, effettuare un bilanciamento tra le due esigenze senza violare il diritto a concedere all'accusato il tempo e le facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa²³⁴⁸. La Corte ha, infatti, sottolineato che ogni restrizione a tale diritto deve essere strettamente necessaria e deve essere proporzionata rispetto a rischi chiaramente identificati²³⁴⁹.

L'articolo 6, par. 3, lett. c) della CEDU prevede, invece, il diritto dell'accusato a “difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia”. Anche tale diritto, strettamente correlato all'articolo 47, par. 2 della Carta, in cui si legge che “ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare”, persegue l'obiettivo di garantire il diritto ad una difesa effettiva e un equo processo²³⁵⁰.

La Corte EDU ha ripetutamente affermato che l'articolo 6, par. 3, lett. c) della CEDU trova applicazione sia nella fase che precede il processo penale²³⁵¹, che nel corso del processo vero e proprio; l'indagato, infatti, deve avere la possibilità di ottenere l'assistenza di un difensore sia nelle

2345Corte EDU, sentenze *Jespers c. Belgio*, ricorso n. 8403/78, del 15 ottobre 1983; *Can c. Austria*, ricorso n. 9300/81, del 30 settembre 1985; *Hadjinastassiou c. Grecia*, ricorso n. 12945/87, del 16 dicembre 1992.

2346L'articolo 6, par. 3, lett. c) della CEDU recita in questi termini: “*In particolare, ogni accusato ha diritto di difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia*”.

2347Tale valutazione include la natura e la complessità della causa, così come la fase processuale a cui è giunto il procedimento. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Albert e Le Compte c. Belgio*, ricorsi n. 7299/75 e 7496/76, del 1 febbraio 1983, par. 41.

2348Corte EDU, *Öcalan c. Turchia*, ricorso no. 46221/99, del 12 maggio 2005; *X c. Regno Unito*, 1980, 19 DR 223; *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ricorsi n. 7819/77 e 7878/77, del 6 maggio 1978.

2349Corte EDU, *Kurup c. Danimarca*, ricorso n. 11219/84, del 10 luglio 1985; *Kröcher e Möller c. Svizzera*, ricorso n. 8463/78, del 9 luglio 1981.

2350Il diritto a farsi difendere da un difensore è diverso dal diritto a essere difeso dall'avvocato di propria scelta, che può essere ristretto per legge. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Lagerblom c. Svezia*, ricorso n. 26891/95, del 14 gennaio 2003, par. 54. Del pari, può essere limitato per legge anche il diritto a difendersi da solo in giudizio. Si veda, al riguardo, Corte EDU, sentenza *Croissant c. Germania*, ricorso n. 13611/88, del 25 febbraio 1992.

2351Corte EDU, sentenza *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02, del 27 novembre 2008, par. 50.

fasi iniziali degli interrogatori di polizia²³⁵², che nel momento in cui viene privato della libertà personale, a prescindere da qualunque forma di interrogatorio²³⁵³.

L'obiettivo perseguito dalla Corte EDU è quello di garantire il pratico ed effettivo godimento dei diritti all'accusato²³⁵⁴, per cui se l'imputato è rappresentato in modo inefficace da parte del difensore, può ritenersi violato il godimento di tale diritto²³⁵⁵. La Corte ha, tuttavia, precisato al proposito che, in virtù dell'indipendenza delle professioni forensi, tale inefficace rappresentanza dell'imputato può essere imputata allo Stato solamente in due casi: se quest'ultimo venga adeguatamente informato delle mancanze dell'avvocato d'ufficio assegnato all'imputato²³⁵⁶ o se le carenze nella difesa assicurata dall'avvocato d'ufficio sono manifeste²³⁵⁷. Occorre ricordare, inoltre, che, in base alla giurisprudenza della Corte EDU, spetta al ricorrente addurre circostanze che dimostrino che la difesa d'ufficio della quale ha beneficiato è stata inefficace al punto da richiedere l'intervento delle autorità²³⁵⁸.

Occorre, inoltre, ricordare, che la Corte EDU ha ricollegato al diritto di cui all'articolo 6, par. 3 lett. c) della CEDU anche il diritto alla protezione delle comunicazioni confidenziali tra avvocato e cliente, statuendo che “la conversazione libera tra un avvocato e il proprio cliente detenuto è un diritto fondamentale che è essenziale in una società democratica, soprattutto nei casi più gravi”²³⁵⁹.

La disposizione discussa finora costituisce anche l'articolo che garantisce il diritto all'assistenza legale gratuita, ma solo se interessi della giustizia lo esigono. Per determinare se gli interessi della giustizia esigano di concedere il gratuito patrocinio, occorre prendere in considerazione la gravità del reato contestato, la misura della pena che potrebbe essere irrogata e la complessità del reato²³⁶⁰,

2352Corte EDU, sentenza *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02, cit., par. 52.

2353Corte EDU, sentenza *Dayanan c. Turchia*, ricorso n. 7377/03, del 13 gennaio 2010, par. 32. La Corte ha stabilito che queste garanzie devono applicarsi anche ai testimoni nel caso in cui siano in realtà indagati per un reato, dal momento che la qualifica formale della persona è irrilevante. Al riguardo, Corte EDU, sentenza *Brusco c. Francia*, ricorso n. 1466/07, del 14 ottobre 2010, par. 47.

2354Corte EDU, sentenza *Yoldaş c. Turchia*, ricorso n. 27503/04, del 23 febbraio 2010, par. 52; *Artico c. Italia*, ricorso n. 6694/74, del 13 maggio 1980, par. 32; *Imbrioscia c. Svizzera*, ricorso n. 13972/88, del 24 novembre 1993.

2355Corte EDU, sentenza *Czekalla c. Portogallo*, ricorso n. 38830/97, del 10 ottobre 2002. Per la precisazione che, tuttavia, lo Stato non può essere considerato responsabile per ogni errore commesso, si veda Corte EDU, *Sannino c. Italia*, ricorso n. 30961/03, del 27 aprile 2006.

2356Corte EDU, sentenza *Artico c. Italia*, ricorso n. 6694/74, del 13 maggio 1980, par. 36.

2357Corte EDU, sentenza *Hermi c. Italia*, ricorso n. 18114/02, del 18 ottobre 2006, par. 96; *Booker c. Italia*, ricorso n. 12648/06, del 14 settembre 2006, *Lagerblom c. Svezia*, ricorso n. 26891/95, del 14 gennaio 2003, par. 56; *Czekalla c. Portogallo*, ricorso n. 38830/97, del 10 ottobre 2002, par. 60; *Daud c. Portogallo*, ricorso n. 22600/93, del 21 aprile 1998, par. 38; *Kamasinski c. Austria*, ricorso n. 9783/82, del 19 dicembre 1989, par. 65.

2358Corte EDU, sentenza *Stanford c. Regno Unito*, ricorso n. 73299/01, del 12 dicembre 2002. Quale ulteriore fattispecie in cui è stata rilevata dalla Corte EDU una violazione dell'articolo 6 della CEDU, occorre ricordare che nella causa *Panovits* (Corte EDU, sentenza *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008, par. 73-76) la Corte ha ravvisato tale violazione nel caso in cui, pur non essendo gli unici mezzi di prova a disposizione, erano state utilizzate per confermare la sentenza di condanna, le dichiarazioni rese dall'indagato in assenza del suo difensore. La Corte ha ritenuto, infatti, che, in assenza di ragioni imperative, la mancanza di assistenza legale durante l'interrogatorio di un indagato costituisce una limitazione dei suoi diritti di difesa (Corte EDU, sentenza *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, cit., par. 66).

2359Corte EDU, sentenza *S. c. Svizzera*, ricorsi n. 12629/87 e 13965/88, del 28 novembre 1991.

2360Corte EDU, sentenza *Lagerblom c. Svezia*, ricorso n. 26891/95, del 14 gennaio 2003, par. 51; *Benham c. Regno Unito*, ricorso n. 19380/92, del 10 giugno 1996, par. 60; *Quaranta c. Svizzera*, ricorso n. 12744/87, del 24 maggio 1991, par. 32-34.

nonché valutare se l'imputato sia sprovvisto di mezzi economici propri²³⁶¹. Al proposito, al Corte EDU ha stabilito che nel caso in cui vi sia il rischio che il soggetto venga privato della libertà personale, “gli interessi della giustizia in generale esigono l'assistenza legale”²³⁶².

L'articolo 6, par. 3 della CEDU prevede, inoltre, alla lettera d), che l'accusato ha diritto a “esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”.

A meri fini definitivi, occorre premettere che è considerato “testimone a carico” qualunque soggetto che renda dichiarazioni suscettibili di costituire materiale probatorio sul quale sarà fondata un'eventuale sentenza di condanna²³⁶³. In base alla propria autonoma interpretazione, la Corte EDU ha applicato l'articolo 3, par. lettera d) CEDU alle parti offese dal reato²³⁶⁴, ai consulenti tecnici²³⁶⁵ e persino a prove documentali che avevano un rapporto con le accuse mosse al ricorrente²³⁶⁶.

Il principio di parità delle armi prevede che l'indagato abbia il diritto ad una difesa effettiva. I principi del processo equo esigono che gli elementi di prova siano, di norma, prodotti di fronte all'imputato nella pubblica udienza, in vista di un esame contraddittorio. A tale regola possono, tuttavia, essere apportate delle eccezioni, le quali sono ammissibili a condizione che i diritti della difesa siano rispettati. In generale, all'imputato è concessa “un'occasione adeguata e sufficiente per contestare una testimonianza a carico e interrogarne l'autore”, al momento delle sue prime deposizioni o successivamente²³⁶⁷.

La seconda parte della disposizione in questione garantisce, inoltre il diritto ad ottenere “la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico”. Tale principio, come precisato dalla Corte EDU non deve, tuttavia, essere inteso in senso assoluto, dal momento che spetta in generale ai tribunali nazionali decidere se sia necessario o opportuno ascoltare un determinato testimone²³⁶⁸. L'articolo 6, par. 3, lettera d) della CEDU, pertanto, non esige la convocazione e l'interrogatorio di qualsiasi testimone a discarico²³⁶⁹. Tuttavia, la Corte EDU ha enucleato dei casi in cui il rifiuto di sentire una persona come testimone sia incompatibile con

2361Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, la possibilità di essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio dipenderà anche dalla gravità della sanzione e dalla complessità del caso. In tal senso, Corte EDU, sentenza *Granger c. Regno Unito*, ricorso n. 11932/86, del 28 marzo 1990.

2362Corte EDU, *Benham c. Regno Unito*, ricorso n. 19380/92, del 10 giugno 1996; *Perks e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 e 28456/95, del 12 ottobre 1999.

2363Corte EDU, sentenza *Mika c. Svezia*, ricorso n. 31243/06, del 27 gennaio 2009, par. 36; *Laukkanen e Manninem c. Finlandia*, ricorso n. 50230/99, del 3 febbraio 2004, par. 32; *S.N. c. Svezia*, ricorso n. 34209/96, del 2 luglio 2002, par. 45; *Vidal c. Belgio*, ricorso n. 12351/86, del 22 aprile 1992, par. 33.

2364Corte EDU, sentenza *A.H. c. Finlandia*, ricorso n. 46602/99, del 10 maggio 2007, par. 41.

2365Corte EDU, sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*, ricorso n. 20524/92, del 26 marzo 1996, par. 81-82.

2366Corte EDU, *Mirilashvili c. Russia*, ricorso n. 6293/04, dell'11 dicembre 2008, par. 158-160.

2367Corte EDU, sentenza *Carta c. Italia*, ricorso n. 4548/02, del 20 aprile 2006, par. 48; *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, ricorso n. 19874/92, del 7 agosto 1996, par. 51; *Saïdi c. Francia*, ricorso n. 14647/89, del 20 settembre 1993, par. 43; *Lüdi c. Svizzera*, ricorso n. 12433/86, del 15 giugno 1992, par. 92.

2368Corte EDU, sentenza *Laukkanen e Manninem c. Finlandia*, ricorso n. 50230/99, del 3 febbraio 2004, par. 35.

2369Corte EDU, sentenza *Vos c. Francia*, ricorso n. 10039/03, del 5 dicembre 2006; *Guilloury c. Francia*, ricorso n. 62236/00, del 22 giugno 2006, par. 55.

l'articolo 6 CEDU²³⁷⁰. In tal senso non è sufficiente che il ricorrente dimostri di non aver potuto interrogare un determinato testimone a discarico; è altresì necessario che egli renda verosimile che la convocazione di tale testimone era necessaria alla ricerca della verità e che il rifiuto di interrogarlo ha portato pregiudizio ai diritti della difesa²³⁷¹.

Infine, l'articolo 6, par. 3, lett. e) della CEDU garantisce all'indagato il diritto di “farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”. Esso consacra, in materia processuale penale, il principio di non discriminazione enunciato in via generale dall'articolo 14 della CEDU²³⁷². Tale diritto vale non solo per le dichiarazioni fatte all'udienza, ma anche per i documenti scritti e per la fase delle indagini preliminari.

In particolare, l'imputato che non comprende la lingua processuale ha diritto che siano tradotti o interpretati tutti gli atti della procedura di cui è necessario, per beneficiare di un processo equo, comprendere il contenuto²³⁷³. Occorre evidenziare che la CEDU, tuttavia, non esige una traduzione scritta di ogni prova documentale o atto del fascicolo, poiché l'assistenza offerta in materia di interpretazione deve essere valutata secondo un criterio funzionale, nel senso che deve permettere all'imputato di conoscere gli addebiti che gli sono rivolti e di difendersi, fornendo la propria versione dei fatti dinanzi al giudice²³⁷⁴.

4.1.1.1.60 I diritti di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

A livello di diritto dell'Unione europea, la Corte di Giustizia ha riconosciuto un ampio catalogo di diritti processuali che sono applicabili nel procedimento penale. Alcuni di essi, come stabilito nel testo delle Spiegazioni della Carta relative agli articoli 47 e 48 della stessa, nonché dall'articolo 52, par. 3 della Carta, sono desunti ed hanno significato e valore uguali a quelli conferiti dalla CEDU, come interpretata dalla Corte EDU; altri, invece, si sono sviluppati grazie ad una giurisprudenza autonoma della Corte di Giustizia, non sempre corrispondente a quella della Corte EDU²³⁷⁵. Al

2370Corte EDU, sentenze *Popov c. Russia*, ricorso n. 26853/04, del 13 luglio 2006, par. 179; *Destrehem c. Francia*, ricorso n. 56651/00, del 18 maggio 2004, par. 41; *Bricmont c. Belgio*, ricorso n. 10857/84, del 7 luglio 1989, par. 89.

2371Corte EDU, sentenze *Kouzmin c. Russia*, ricorso n. 58939/00, del 18 marzo 2010, par. 78-83; *Tarău c. Romania*, ricorso n. 3584/02, del 24 febbraio 2009, par. 71; *Perna c. Italia*, ricorso n. 48898/99, del 6 maggio 2003, par. 29 e 32; *Priebke c. Italia*, ricorso n. 48799/99, del 5 aprile 2001.

2372In tal senso, Corte EDU sentenza *Kamasinski c. Austria*, ricorso n. 9783/82, del 19 dicembre 1989, par. 75.

2373Corte EDU, sentenza *Hermi c. Italia*, ricorso n. 18114/02, del 18 ottobre 2006, par. 69; *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, ricorsi n. 6210/73, 6877/75 e 7132/75, del 28 novembre 1978, par. 48. A tal proposito, occorre rilevare che dal momento che l'articolo 6, par. 3 lett. d) CEDU fa riferimento ad un “interprete” e non ad un “traduttore”, la Corte EDU ha in talune circostanze ritenuto che un'assistenza linguistica orale abbia soddisfatto le esigenze della Convenzione. In tal senso, si legga Corte EDU, sentenza *Husain c. Italia*, ricorso n. 18913/03, del 24 febbraio 2005.

2374Corte EDU, sentenze *Güngör c. Germania*, ricorso n. 31540/96, del 17 maggio 2001; *Diallo c. Svezia*, ricorso n. 13205/07, del 5 gennaio 2010, par. 23.

2375Per un approfondimento circa la giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è posta in contrasto con quella della Corte EDU, si legga D. SPIELMANN, *Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: conflicts, inconsistencies and complementarities*, in P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (a cura di), *The Euand human rights*, OUP, 1999; S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing*

proposito, occorre sottolineare che, nell'assenza di pronunce della Corte in ambito di garanzie processuali nell'ambito di veri e propri procedimenti penali, la maggior parte dei diritti processuali da riconoscere ai soggetti sottoposti alle indagini si sono, almeno inizialmente, affermati nell'ambito di pronunce concernenti casi di concorrenza²³⁷⁶.

La giurisprudenza della Corte distingue tra il generale diritto ad un equo processo e più specifici diritti di difesa²³⁷⁷.

In generale, la Corte ha affermato che “il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e idoneo a sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, che dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma disciplinante la procedura. Tale principio impone che i destinatari di decisioni che pregiudichino in maniera sensibile i loro interessi siano messi in condizione di far conoscere utilmente il proprio punto di vista sugli elementi addebitati a loro carico per fondare la decisione impugnata”²³⁷⁸. Tale assunto è stato ribadito dalla Corte nelle pronunce *Hoechst*²³⁷⁹ e *Dow*²³⁸⁰, in cui le società accusate di aver violato le regole anticoncorrenziali allegavano che la Commissione avesse violato i loro rispettivi diritti di difesa. La Corte in tali pronunce ha ribadito che i diritti di difesa devono essere assicurati a livello europeo e ha esteso l'ambito di applicazione di tali diritti anche alla fase delle indagini preliminari²³⁸¹.

Occorre rilevare che la Corte, tuttavia, ha ribadito che tali diritti fondamentali di difesa non devono considerarsi assoluti. Nel corpo della medesima sentenza prima menzionata *G. J. Dokter, e altri c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che “i diritti fondamentali, quale il rispetto dei diritti della difesa, non si configurano come prerogative

European human rights acquis, in *CMLR*, 2006, pp. 629 e seguenti.

2376Si veda al riguardo, Corte di Giustizia, sentenza *Montecatini SpA (prima Montedison SpA, poi Montepolimeri SpA, poi Montedipe SpA, ricorrenti supportati da DSM NV)*, causa C-235/92, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. I-4575; *Hüls, ricorrente supportato da DSM NV*, causa C-199/92 P, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. I-4287, par. 150.

2377Il primo è stato ora codificato all'articolo 47 della Carta, mentre i secondi sono tutelati dall'articolo 48 della Carta. Si legga, in generale, sui diritti di difesa, K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 531-569; O. MADER, *Verteidigungsrechte im Europäischen Gemeinschaftsverwaltungsverfahren – Herkunft, Inhalt und Grenzen grundrechtlichlicher Verfahrensgarantien im unmittelbaren Vollzug sowie die Folgen ihrer Verletzung, unter besonderer Berücksichtigung der externen Finanzkontrolle*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2006.

2378Corte di Giustizia, sentenza *G. J. Dokter; Maatschap Van den Top e W. Boekhout c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, causa C-28/05, del 15 giugno 2006, in *Racc.* p. I-05431, par. 74 e giurisprudenza ivi citata, tra cui le sentenze della Corte di Giustizia *Commissione c. Lisrestal e a.*, nella causa C-32/95 P, del 24 ottobre 1996, in *Racc.* p. I-5373, par. 21; *Mediocurso c. Commissione*, causa C-462/98 P, del 21 settembre 2000, in *Racc.* p. I-7183, par. 36, e *Spagna c. Commissione*, causa C-287/02, del 9 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5093, par. 37. La necessità di tutelare i diritti di difesa, in quanto principi fondamentali del diritto europeo è stata ribadita anche nella sentenza della Corte di Giustizia *Appeal of SGL Carbon AG*, causa C-328/05 P, del 10 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3921, par. 59.

2379Corte di Giustizia, sentenza *Hoecst AG c. Commissione*, procedimenti riuniti 46/87 e 227/88, del 12 settembre 1989, in *Racc.* p. 2859, par. 15.

2380Corte di Giustizia, sentenza *Dow Benelux NV c. Commissione*, causa 85/87, del 17 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3137, par. 26.

2381La Corte si era già pronunciata nello stesso senso in pronunce precedenti tra cui si veda, ad esempio, la sentenza *Musique Diffusion française e altri c. Commissione*, procedimenti riuniti da 100 a 103/80, del 7 giugno 1983, in *Racc.* p. 1825, par. 10-11.

assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti²³⁸².

Occorre premettere che per compiere un'analisi quanto più accurata possibile ai fini che in tale sede interessa delle restrizioni che possono essere poste ai diritti di difesa, gli specifici diritti di difesa garantiti nell'ordine giuridico europeo devono essere esaminati distintamente.

4.1.1.1.61 Limitazioni ai diritti di difesa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Per quanto riguarda il diritto dell'imputato ad essere ascoltato prima che venga emessa una decisione pregiudizievole nei suoi confronti, occorre, in particolare, indagare, ai fini che qui interessano, se la Corte ammetta che i diritti di difesa possano essere limitati al fine di garantire l'effettività delle indagini. Una tale indagine risulta essenziale per comprendere se sia possibile prevedere delle restrizioni ai diritti di difesa dei soggetti indagati dalla Procura europea nei casi in cui ciò sia necessario per garantire una maggiore effettività delle indagini dallo stesso condotte.

Al proposito, occorre rilevare che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di concorrenza la possibilità di limitare il godimento dei diritti di difesa, in generale, e del diritto ad essere ascoltato, in particolare, è stata, in determinati casi, riconosciuta nel caso in cui l'effettivo godimento del diritto in questione da parte dell'accusato fosse pregiudizievole all'effettività delle indagini. La giurisprudenza sul punto è stata originata dal fatto che i diritti di difesa, pur essendo diritti fondamentali dell'individuo, concernono, in sostanza, i diritti di un solo soggetto²³⁸³ e devono essere bilanciati con l'interesse pubblico dell'Unione europea e di tutti gli Stati membri a proteggere gli interessi dell'Unione assicurando l'effettivo svolgimento delle indagini penali. I due interessi, ossia quello di tutelare i diritti di difesa e quello di garantire l'effettività delle indagini, sono, quindi, confliggenti.

Al proposito, l'articolo 48 della Carta si limita a stabilire che “il rispetto dei diritti della difesa è

²³⁸²Corte di Giustizia, sentenza *G. J. Dokter, Maatschap Van den Top e W. Boekhout c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, causa C-28/05, del 15 giugno 2006, cit., par. 75. La Corte precisa che “nel novero degli obiettivi che possono giustificare siffatte restrizioni rientra la tutela della salute”, secondo quanto stabilito dalla precedente giurisprudenza (in particolare sentenze *Commissione c. Germania*, causa C-62/90, dell'8 aprile 1992, in *Racc. p. I-2575*, par. 23; *Fishermen's Organisations e a.*, causa C-44/94, del 17 ottobre 1995, in *Racc. p. I-3115*, par. 55). Nel successivo paragrafo 76, la Corte sottolinea, infatti, che, “pertanto, la tutela della salute giustifica, in linea di massima, che tale autorità adotti le misure in parola anche senza sentire preliminarmente il punto di vista degli interessati in merito agli elementi considerati per giustificare le medesime. Inoltre tale restrizione potrebbe costituire un intervento sproporzionato e inaccettabile, che violerebbe l'essenza stessa dei diritti della difesa, solo se gli interessati fossero stati privati della possibilità di contestare tali misure in un procedimento successivo, e di far utilmente valere il loro punto di vista nel contesto del medesimo” (par. 76).

²³⁸³In tal senso, non si intende sminuire il significato che gli stessi possono assumere in quanto pubblico interesse in una società democratica a che non siano condannate persone innocenti.

garantito ad ogni imputato”. Dalla formulazione letterale dell'articolo è possibile desumere che i diritti ivi tutelati non sono configurati come diritti assoluti, ma, al tempo stesso, la disposizione in parola non contiene alcun riferimento alla possibilità che essi possano essere limitati al fine di garantire l'efficacia delle indagini svolte dalle autorità competenti a livello europeo.

Per sciogliere tale nodo, occorre, pertanto, una pronuncia della Corte di Giustizia, la quale risolvesse la questione sul piano interpretativo, indicando la corretta interpretazione da adottare a livello europeo in merito alla portata applicativa dei diritti di difesa e alla natura delle restrizioni che potevano essere agli stessi apportate. La Corte si è pronunciata al riguardo con la sentenza *Dalmine c. Commissione*, in materia di concorrenza, e la sentenza *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, in materia di congelamento dei beni.

In particolare, in ambito di concorrenza la Corte ha affermato che l'impresa può esigere il pieno rispetto dei diritti di difesa nella seconda fase del procedimento amministrativo avviato dalla Commissione, in seguito alla comunicazione degli addebiti²³⁸⁴. La Corte ha, infatti, affermato che laddove il diritto di essere ascoltato fosse stato esteso al periodo che precede la comunicazione degli addebiti, “l'efficacia dell'indagine della Commissione risulterebbe compromessa, in quanto l'impresa sarebbe in grado, già dalla prima fase dell'inchiesta della Commissione, di identificare le informazioni note a quest'ultima e, pertanto, quelle che possono esserle ancora nascoste”²³⁸⁵. Nel bilanciamento tra uno dei diritti più significativi compresi nel novero dei diritti di difesa, ossia il diritto ad essere ascoltato, e l'esigenza di garantire l'efficacia delle indagini e la confidenzialità delle informazioni raccolte dalla Commissione, la Corte in materia di concorrenza ha ritenuto in alcuni casi²³⁸⁶, come quello di cui alla sentenza *Dalmine c. Commissione*, prevalente nella prima fase delle indagini l'esigenza di garantire l'efficacia delle indagini e la riservatezza delle informazioni²³⁸⁷.

Tale interpretazione si pone in parziale contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU, in base

2384Corte di Giustizia, sentenza *Dalmine c. Commissione*, causa C-407/04, del 25 gennaio 2007, in *Racc.* p. I-829, par. 59, in cui si legge: “È infatti con la comunicazione degli addebiti che l'impresa interessata viene informata di tutti gli elementi essenziali sui quali si fonda la Commissione in tale fase del procedimento (sentenze *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione e Aalborg Portland e a./Commissione*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, del 15 ottobre 2002, in *Racc.* p. I-8375, punti 315 e 316, punti 66 e 67). Di conseguenza, solo dopo l'invio della detta comunicazione l'impresa interessata può far pienamente valere i diritti della difesa (sentenza *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione*, causa C-105/04 P, del 21 settembre 2006, in *Racc.* p. I-8725, punti 47 e 50)”.

2385Corte di Giustizia, sentenza *Dalmine c. Commissione*, causa C-407/04, del 25 gennaio 2007, in *Racc.* p. I-829, par. 60.

2386Si veda, invece, in senso contrario per quanto riguarda l'obbligo di motivazione delle decisioni di accertamento, la sentenza *Hoechst c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti 46/87 e 227/88, del 21 settembre 1989, cit., par. 41, in cui si legge: “Ne consegue che la portata dell'obbligo di motivazione delle decisioni di accertamento non può essere limitata in base a considerazioni relative all'efficacia dell'indagine. A questo proposito, va precisato che la Commissione, anche se non è tenuta a comunicare al destinatario di una decisione di accertamento tutte le informazioni di cui è in possesso quanto ad asserite infrazioni, né a procedere ad una rigorosa qualificazione giuridica delle infrazioni stesse, deve però chiaramente precisare gli indizi che intende verificare”.

2387Occorre notare che la necessità di operare tale bilanciamento è stata esplicitata anche a livello legislativo nell'articolo 41 della Carta in relazione al diritto di accesso al fascicolo. L'articolo 41, par. 2, lett. b) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede, infatti: “il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale”.

alla quale nei procedimenti penali il diritto che deve essere maggiormente tutelato è quello di parità delle armi, per cui ad ambedue le parti del procedimento deve essere garantito il diritto di avere accesso alle prove che le concernono²³⁸⁸. Le restrizioni che è possibile apportare a tale diritto, non essendo un diritto assoluto, devono, tuttavia, essere strettamente necessarie e controbilanciate dalla previsione di meccanismi procedurali che permettano una protezione effettiva del diritto di essere sentiti²³⁸⁹; tra esse, la Corte menziona la necessità di tutelare un importante pubblico interesse e la protezione dei diritti fondamentali di un altro individuo²³⁹⁰. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in ambito di concorrenza non garantisce, pertanto, il medesimo livello di tutela dei diritti di difesa assicurato dalla Corte EDU, prevedendo la possibilità di limitarli anche in determinate circostanze in cui la protezione degli stessi comporti l'inefficacia delle indagini.

Ai fini della nostra analisi, occorre, tuttavia, rilevare che il procedimento avviato dalla Commissione in ambito di concorrenza riveste natura amministrativa, mentre le indagini svolte dalla Procura europea avrebbero natura prettamente penale, per cui, occorre esaminare se la giurisprudenza della Corte di Giustizia si distanzi da quella della Corte EDU in materia di procedimento penale, oppure no. Al proposito, viene in rilievo una pronuncia emanata in una circostanza peculiare in materia di congelamento dei beni.

Il riferimento è alla pronuncia *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, in cui la Corte ha stabilito che “per quanto riguarda i diritti della difesa, in particolare il diritto al contraddittorio, con riferimento a misure restrittive quali quelle imposte dal regolamento controverso, non può richiedersi alle autorità comunitarie di comunicare detti motivi prima dell’inserimento iniziale di una persona o di un’entità nell’elenco stesso. Infatti, [omissis...] una simile comunicazione preventiva sarebbe tale da compromettere l’efficacia delle misure di congelamento di capitali e di risorse economiche imposte da tale regolamento. Per raggiungere l’obiettivo perseguito dal detto regolamento, misure siffatte devono, per loro stessa natura, poter beneficiare di un effetto sorpresa e, come già rilevato dalla Corte, applicarsi con effetto immediato. Per ragioni anch’esse relative all’obiettivo perseguito dal regolamento controverso e all’efficacia delle misure da esso previste, le autorità comunitarie non erano neppure tenute a procedere a un’audizione dei ricorrenti prima dell’inserimento iniziale dei loro nomi nell’elenco di cui all’allegato I di tale regolamento²³⁹¹”.

La Corte di Giustizia con tale pronuncia ha, quindi, ritenuto che l'esigenza di garantire l'efficacia delle misure di congelamento di capitali e di risorse economiche, nonché l'efficacia delle misure

2388In tal senso, Corte EDU *Nideröst-Huber c. Svizzera*, ricorso n. 18990/91, del 18 febbraio 1997, par. 27; *Jasper c. Regno Unito*, ricorso n. 27052/95, del 16 febbraio 2000, par. 56.

2389Corte EDU, sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*, ricorso n. 20524/92, del 26 marzo 1996, par. 72.

2390Corte EDU, sentenza *Jasper c. Regno Unito*, ricorso n. 27052/95, cit., par. 52.

2391Il corsivo è nostro. Corte di Giustizia, sentenza *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti C-402/05 P e C-415/05 P, del 3 settembre 2008, in *Racc.* p. I-06351, par. 338-341.

previste dal regolamento in questione prevalesse rispetto al diritto del soggetto di conoscere i motivi del proprio inserimento nella lista prima dell'inserimento stesso.

Al proposito, occorre, tuttavia, ricordare che anche tale caso concerneva una procedura particolare quale il congelamento dei beni dei soggetti inseriti in un'apposita lista a fini di prevenire il compimento di atti terroristici, per cui i principi ivi affermati dalla Corte di Giustizia non sono estensibili *in toto* alla tutela dei diritti di difesa nei procedimenti aventi natura penale. Oltretutto, dai casi ora citati non è desumibile il fatto che l'esigenza di garantire l'effettività delle indagini possa impedire il riconoscimento all'imputato dei diritti di difesa.

L'unica conclusione che si può trarre dalle pronunce ora menzionate è rappresentata, infatti, dal fatto che l'esigenza di assicurare l'effettivo svolgimento delle indagini può influenzare il momento temporale in cui l'accusato può esercitare tale diritto, ma non il fatto che esso possa esercitarlo²³⁹². La necessità di garantire l'efficacia delle indagini può, quindi, influire sulle modalità con cui il diritto di essere ascoltato viene esercitato, ma non può impedire all'imputato di goderne.

Constatato che il diritto di essere ascoltato, che rappresenta una delle più pregnanti declinazioni dei diritti di difesa, può essere posposto ad una fase successiva, occorre chiederci in che occasioni esso possa essere deferito ad un'altra fase processuale. In particolare, ai fini che rilevano per l'indagine che stiamo svolgendo, occorre chiedersi se l'istituenda Procura europea possa chiedere che il diritto di essere ascoltato sia rinviato ad una fase successiva a quella preliminare delle indagini, e in tal caso occorre chiedersi fino a quando tale diritto possa essere rinviato.

Dalla giurisprudenza, sembra desumersi che l'indagato abbia il diritto di essere sentito prima che la decisione circa la sua colpevolezza, quindi, di rinvio a giudizio, nell'ambito di un processo penale, sia stata adottata²³⁹³. L'unico riferimento al riguardo che troviamo nella Carta è contenuto

²³⁹²Giunge alle stesse conclusioni, J. F. H. INGHELRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF) - An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, 2011, p. 138. A conferma di tale interpretazione, si legga anche la sentenza della Corte di Giustizia, *Eurofood IFSC*, causa C-341/04, del 2 maggio 2006, in *Racc.* p. I-03813, par. 66.

²³⁹³In tal senso si legga anche la recente sentenza *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, causa C-249/13, dell'11 dicembre 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 37- 39. Letteralmente: "Secondo la giurisprudenza della Corte, la regola secondo cui il destinatario di una decisione ad esso lesiva deve essere posto in condizione di far valere le proprie osservazioni prima che la stessa sia adottata ha lo scopo di consentire all'autorità competente di essere in grado di tener conto utilmente di tutti gli elementi del caso. Al fine di assicurare una tutela effettiva della persona coinvolta, la suddetta regola ha in particolare l'obiettivo di permettere a quest'ultima di correggere un errore o far valere elementi relativi alla sua situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro (v. sentenze *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, punto 49, e *Mukarubega*, EU:C:2014:2336, punto 47). Tale diritto implica anche che l'amministrazione presti tutta l'attenzione necessaria alle osservazioni così presentate dall'interessato esaminando, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e motivando circostanziatamente la sua decisione (v. sentenze *Technische Universität München*, C-269/90, EU:C:1991:438, punto 14, e *Sopropé*, EU:C:2008:746, punto 50), laddove l'obbligo di motivare una decisione in modo sufficientemente dettagliato e concreto, al fine di consentire all'interessato di comprendere le ragioni del diniego opposto alla sua domanda, costituisce un corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa (sentenza *M.*, EU:C:2012:744, punto 88). Conformemente alla giurisprudenza della Corte, il rispetto del diritto di essere ascoltato s'impone anche quando la normativa applicabile non preveda espressamente siffatta formalità (v. sentenze *Sopropé*, EU:C:2008:746, punto 38; *M.*, EU:C:2012:744, punto 86, nonché *G. e R.*, C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, punto 32)".

nell'articolo 41, par. 2, lett. a), in cui si legge che ogni persona ha diritto ad “essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio”²³⁹⁴. La disposizione di cui all'articolo 41, par. 2, lett. a) sembra avere una portata applicativa più ristretta di quella prevista dalla giurisprudenza della Corte. L'articolo 41 della Carta, infatti, chiarisce espressamente che il diritto ad essere ascoltati deve in ogni caso poter essere esercitato dal soggetto prima che venga adottato un provvedimento pregiudizievole nei confronti; la Corte ha, invece, affermato che in circostanze eccezionali l'autorità che conduce le indagini può decidere di posporre l'audizione del soggetto indagato ad un momento successivo a quello in cui è adottata la misura pregiudizievole.

Occorre precisare che tale disposizione si riferisce, in generale, al diritto ad una buona amministrazione e rileva, pertanto, prevalentemente in sede di procedimento amministrativo.

Al proposito, si ritiene d'altronde che se tale garanzia procedurale è indispensabile nell'ambito di un procedimento amministrativo, essa dovrà tanto più trovare applicazione nell'ambito di un procedimento penale, in cui i diritti dell'imputato che rischiano di essere limitati sono di massimo rilievo, essendo posta a rischio la stessa libertà personale dell'indagato. La Corte di Giustizia, nel definire la portata applicativa dell'articolo 41, par. 2 della Carta sembra avvalorare tale conclusione, affermando che “tale disposizione è di applicazione generale” e che “la Corte ha sempre affermato l'importanza del diritto al contraddittorio e la sua portata assai ampia nell'ordinamento giuridico dell'Unione, considerando che tale diritto si applica a qualsiasi procedimento che possa sfociare in un atto lesivo”²³⁹⁵.

Infine, val la pena rilevare che, seppure si dovesse ritenere che l'articolo 41 della Carta non sia applicabile al procedimento penale, ma solo a quello amministrativo, una limitazione al diritto di cui all'articolo 48 della Carta potrebbe essere concesso solo in presenza dei requisiti, ben più stringenti, di cui all'articolo 52, par. 1 della Carta. Tale esigenza è stata più volte ribadita dalla Corte, la quale ha affermato che “i diritti fondamentali, quale il rispetto dei diritti della difesa, non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente agli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed

2394L'articolo 41, par. 1 e 2 della Carta recita: “Ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Tale diritto comprende in particolare: a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni”.

2395Corte di Giustizia, sentenza *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, causa C-277/11, del 22 novembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 84, 85, in cui la Corte cita le precedenti sentenze *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, causa 17/74, del 23 ottobre 1974, in *Racc.* p. 1063, par. 15; *Krombach*, causa C-7/98, del 28 marzo 2000, in *Racc.* p. I-1935, par. 42, e *Sopropé*, causa C-349/07, del 18 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-10369, par. 36.

inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti”²³⁹⁶.

Dalla lettera delle disposizioni della Carta e dalla giurisprudenza della Corte sembra, dunque, potersi ricavare che l'autorità giudiziaria non possa indefinitamente posporre il diritto di essere sentito di un soggetto; il diritto di posporre tale diritto ad una fase successiva deve, infatti, essere previsto per legge, rispettare il contenuto essenziale di tale diritto e non risultare sproporzionato o inaccettabile.

A tal riguardo, occorre evidenziare che l'interesse perseguito dalla Procura europea, sia esso quello di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione o di perseguire gli autori di crimini gravi aventi una dimensione transnazionale, rappresenterebbe senza dubbio un interesse generale. Nel predisporre le regole concernenti la possibilità di posporre il diritto ad essere ascoltato in vista dello svolgimento di indagini effettive, occorre, pertanto, verificare che tale proroga rispetti il contenuto del diritto e non sia sproporzionata.

Valga al proposito osservare che, al fine di tutelare il rispetto di tale principio, risulta essenziale prevedere la possibilità di ricorso avverso la decisione della Procura europea di posporre l'audizione dell'interessato; motivo per cui risulta essenziale configurare la possibilità di proporre un ricorso effettivo avverso le decisioni della Procura europea, come avremo modo di analizzare nel secondo titolo di questa seconda parte.

Al proposito, è interessante menzionare una pronuncia della Corte di Giustizia in cui è stata esaminata la questione se i diritti della difesa degli interessati nei procedimenti principali fossero stati rispettati nel caso in cui essi avessero potuto fare valere le rispettive posizioni soltanto nell'ambito del procedimento di reclamo. Al proposito, la Corte ha ritenuto che “un’audizione successiva nell’ambito di un ricorso formulato avverso una decisione sfavorevole può, in determinate condizioni, essere idoneo a garantire il rispetto del diritto ad essere sentiti”²³⁹⁷.

²³⁹⁶Corte di Giustizia, sentenza *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, causa C-249/13, dell'11 dicembre 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 43 e sentenze ivi citate, *Alassini e a.*, procedimenti riuniti da C-317/08 a C-320/08, del 18 marzo 2010, in *Racc.* p. I-02213, par. 63; *G. e R.*, del 10 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 33; *Texdata Software*, causa C-418/11, del 26 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 84. Nella pronuncia *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques* la Corte di Giustizia dichiara che, tuttavia, l'autorità nazionale competente non ha l'obbligo di avvertire il cittadino del fatto che essa prevede di adottare nei suoi confronti una decisione di rimpatrio, né di comunicargli gli elementi sui quali essa intende fondare tale decisione, né di concedergli un periodo di riflessione prima di ricevere le sue osservazioni, poiché non previsto dal diritto dell'Unione. Al fine di garantire il rispetto del diritto di essere ascoltato, pertanto, è sufficiente che l'interessato abbia la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, il proprio punto di vista sull'irregolarità del suo soggiorno e sui motivi che possano giustificare la non adozione di una decisione di rimpatrio. Un'eccezione è prevista qualora il cittadino non possa ragionevolmente prevedere gli elementi che potrebbero essere posti a suo carico o possa obiettivamente contestarli solo dopo aver effettuato talune verifiche o adempimenti in vista, in particolare, dell'ottenimento di documenti giustificativi. La Corte ricorda altresì che le decisioni di rimpatrio possono essere sempre oggetto di ricorso, di modo che la tutela e la difesa dell'interessato sono garantite contro qualunque decisione negativa.

²³⁹⁷Corte di Giustizia, sentenza *Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV c. Staatssecretaris van Financiën*, procedimenti riuniti C-129/13 e C-130/13, del 3 luglio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 55, in cui la Corte si riferisce, per analogia, alla sentenza *Texdata Software GmbH*, Causa C-418/11, del 26 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par.

Nel corpo della stessa sentenza la Corte, tuttavia, ha sottolineato altresì che l'efficacia sospensiva automatica della decisione lesiva da parte del provvedimento di reclamo potesse assumere una certa importanza nella valutazione di una eventuale giustificazione della restrizione del diritto di essere ascoltati prima dell'adozione di una decisione lesiva, pur non comportando come conseguenza che, “in mancanza di un'audizione prima dell'adozione di un'intimazione di pagamento, la presentazione di un reclamo o di un ricorso amministrativo contro tale intimazione di pagamento debba necessariamente avere l'effetto di sospendere automaticamente l'esecuzione dell'intimazione di pagamento in parola al fine di garantire il rispetto del diritto ad essere sentiti nel contesto di siffatto reclamo o ricorso”²³⁹⁸.

Nel decidere la questione, quindi, in conclusione, la Corte ha affermato che “il principio del rispetto dei diritti della difesa e, segnatamente, il diritto di ogni persona di essere sentita prima dell'adozione di un provvedimento individuale lesivo, devono essere interpretati nel senso che, quando il destinatario di un'intimazione di pagamento adottata a titolo di una procedimento di recupero a posteriori di dazi doganali all'importazione, in applicazione del codice doganale, non è stato sentito dall'amministrazione prima dell'adozione di tale decisione, i suoi diritti della difesa sono violati quand'anche abbia la possibilità di fare valere la sua posizione nel corso di una fase di reclamo amministrativo ulteriore, se la normativa nazionale non consente ai destinatari di siffatte intimazioni, in mancanza di una previa audizione, di ottenere la sospensione della loro esecuzione fino alla loro eventuale riforma. [omissis...]”²³⁹⁹.

Un secondo limite alla possibilità di posporre il diritto di essere ascoltati, infine, è correlato alle conseguenze che la proroga dell'audizione dell'indagato può avere sui diritti di difesa di quest'ultimo. In base ad un principio, pacificamente affermato dalla Corte nell'ambito della concorrenza, infatti, è necessario evitare che i diritti della difesa “vengano irrimediabilmente compromessi nell'ambito di procedure di indagine previa, fra cui, in particolare, gli accertamenti, che possono essere determinanti per la costituzione di prove attestanti l'illegittimità di comportamenti di imprese che possono farne sorgere la responsabilità”²⁴⁰⁰. Di conseguenza, se il rinvio dell'audizione dell'accusato ad una fase successiva a quella delle indagini preliminari

85.

2398Corte di Giustizia, sentenza *Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV c. Staatssecretaris van Financiën*, procedimenti riuniti C-129/13 e C-130/13, del 3 luglio 2014, cit., par. 64-67.

2399Corte di Giustizia, sentenza *Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV c. Staatssecretaris van Financiën*, procedimenti riuniti C-129/13 e C-130/13, del 3 luglio 2014, cit., par. 73.

2400Corte di Giustizia, *Hoechst c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti 46/87 e 227/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2919, par. 15, in cui si legge: “Occorre precisare che, anche se in detta sentenza la Corte ha rilevato che i diritti della difesa devono essere rispettati nei procedimenti amministrativi che possono portare all'irrogazione di sanzioni, è necessario evitare che detti diritti vengano irrimediabilmente compromessi nell'ambito di procedure di indagine previa, fra cui, in particolare, gli accertamenti, che possono essere determinanti per la costituzione di prove attestanti l'illegittimità di comportamenti di imprese che possono farne sorgere la responsabilità”; *AC Treuhand c. Commissione*, causa T-99/04, dell'8 luglio 2008, in *Racc.* p. II-01501, par. 51.

rendesse più gravosa per l'indagato la possibilità di difendersi in una fase successiva, ossia durante il processo, tale rinvio sarebbe suscettibile di ledere irrimediabile i diritti difensivi dell'imputato e non sarebbe, pertanto, legittimo.

Passando ad esaminare il diritto di accesso al fascicolo, occorre ricordare che ad esso, sia a livello legislativo che giurisprudenziale, non è attribuito lo stesso valore che è riconosciuto al diritto dell'indagato ad essere ascoltato.

Il diritto di accesso al fascicolo deve intendersi ricompreso nel novero dei “diritti di difesa” tutelati dall'articolo 48, par. 2 della Carta ed è, altresì, espressamente disciplinato dall'articolo 41 della Carta. In base a tale principio, deve essere garantito alle parti il diritto di avere conoscenza dei documenti e, in generale, delle informazioni su cui l'autorità inquirente intende fondare la propria decisione finale. Tale diritto è necessario per permettere alle parti di esercitare in modo efficace il proprio diritto di replica alle accuse mosse nei propri confronti²⁴⁰¹, e, quindi, in sostanza per garantire l'efficace attuazione del diritto alla parità delle armi.

Pur essendo una specificazione del fondamentale diritto al contraddittorio, tuttavia, il diritto di accesso al fascicolo assume una portata più circoscritta rispetto al diritto di essere ascoltato o ad altri diritti che derivano da esso, poiché deve essere bilanciato con altri fondamentali interessi, quali quello all'efficace perseguimento della giustizia e alla riservatezza delle informazioni raccolte. Tale diritto, pertanto, è stato assoggettato a restrizioni sia a livello formale nella formulazione che il legislatore europeo ne ha dato, che a livello sostanziale, secondo quanto discende dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito alle conseguenze che derivano dal diniego di concedere al soggetto l'accesso al fascicolo.

Dal punto di vista formale, mentre l'articolo 48, par. 2 della Carta si riferisce genericamente alla necessità di rispettare i “diritti di difesa”, l'articolo 41, par. 2, lett. b) della Carta prevede il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, “nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale”. A differenza del diritto dell'accusato, previsto dalla precedente lettera a), ad essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio, la formulazione della lettera b) dell'articolo 41, par. 2 della Carta prevede la possibilità di limitare il diritto di accesso al fascicolo nei casi in cui ciò sia necessario a garantire la riservatezza e il segreto professionale e commerciale.

Tuttavia, val la pena osservare che i concetti di “riservatezza” e “segreto professionale e commerciale”, il cui significato non si ritiene opportuno esaminare in tale sede²⁴⁰², devono essere in

2401In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Hoffman – La Roche*, causa 85/76, del 13 febbraio 1979, in *Racc.* p. 461, par. 11.

2402Al riguardo S. BRAUM, *Justizförmigkeit und europäische Betrugsermittlung – Bemerkungen zum Fall Eurostat (EuG T-48/05, Urteil vom 8.7.2008)*, in *Juristenzeitung*, 2009, pp. 298-304 specifica che “the legitimate interests of confidentiality and of professional and business secrecy are those of third parties and not of an EU institution or body itself. OLAF's own interest to keep investigation confidential therefore could not justify a refusal of access to the file under Art. 41 (2) (b) of the Charter”.

ogni caso interpretati restrittivamente, dal momento che costituiscono eccezioni ad un diritto fondamentale²⁴⁰³. Non sembra, dunque, corretto ritenere che l'autorità giudiziaria possa legittimamente respingere una richiesta di accesso al fascicolo solo invocando formalmente una di tali esigenze²⁴⁰⁴.

Tale conclusione è tanto più avvalorata dal fatto che sia la Corte EDU che la Corte di Giustizia ritengano che il diritto di accesso al fascicolo costituisce un corollario del diritto di essere ascoltato, in quanto il diritto di difendersi adeguatamente durante l'interrogatorio può essere garantito solo se l'indagato abbia avuto precedentemente la possibilità di accedere al fascicolo e conoscere le informazioni di cui è a conoscenza l'autorità inquirente²⁴⁰⁵. Una limitazione del primo comporterebbe, quindi, anche una indiretta compromissione del diritto dell'accusato ad essere ascoltato²⁴⁰⁶, nonché la violazione del più generale diritto al contraddittorio²⁴⁰⁷.

Occorre sottolineare che il diritto di accesso al fascicolo non è considerato un diritto assoluto neanche dalla Corte EDU, la quale, tuttavia, ha previsto restrizioni più stringenti al godimento di tale diritto. In particolare, ha interpretato l'articolo 6 della CEDU, nel senso che l'accesso al fascicolo possa essere limitato a causa di esigenze di sicurezza nazionale, al fine di proteggere testimoni a rischio di ritorsioni o di tenere segrete talune informazioni per garantire l'effettivo svolgimento delle indagini da parte dell'autorità inquirente²⁴⁰⁸. La Corte EDU ha, tuttavia, sottolineato al riguardo che è necessario valutare se ciò sia assolutamente necessario.

Le restrizioni ai diritti della difesa, infatti, sono legittime solo se sono indispensabili nelle

2403In merito alla necessità di fornire un'interpretazione restrittiva alle eccezioni, in generale, e con specifico riferimento al principio di libera circolazione delle merci all'interno della Comunità, si legga la sentenza della Corte di Giustizia *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, causa C-141/07, dell'11 settembre 2008, in *Racc.* p. I-06935, par. 50.

2404In tal senso, si legga anche J. F. H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF) - An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 140.

2405La Corte ha, infatti, ritenuto che, sebbene l'articolo 6 CEDU non ne faccia menzione, il diritto dell'imputato a prendere conoscenza delle osservazioni e degli elementi di prova prodotti dalle altre parti costituisca un corollario dei principi del contraddittorio e di parità delle armi. In tal senso, Corte EDU, *Brandstetter c. Austria*, **ricorsi n.** 11170/84, 12876/87 e 13468/87, del 28 agosto 1991, par. 66-67. Al riguardo, S. ALLEGREZZA, *La conoscenza degli atti nel processo penale fra ordinamento interno e convenzione europea*, in AA. VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, 08, p. 142. In base a tale diritto, il pubblico ministero, quindi, deve comunicare alla difesa tutte le prove in suo possesso, a carico o a discarico. Si veda, al riguardo, Corte EDU, sentenza *Papageorgiou c. Grecia*, ricorso n. 59506/00, del 9 maggio 2003, par. 36; *Fitt c. Regno Unito*, ricorso n. 29777/96, del 16 febbraio 2000, par. 44; *Edwards c. Regno Unito*, ricorso n. 13071/87, del 16 dicembre 1992, par. 36.

2406In dottrina, si legga, sul punto, K. LENAERTS, J. VANHAMME, *Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 541.

2407In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Etablissements Consten e Grundig - Verkaufs - GmbH c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti 56/64 e 58/64, del 13 luglio 1966, in *Racc.* p. 457 e seguenti. In riferimento al procedimento in materia di concorrenza, si legga, in particolare, Corte di Giustizia sentenza *Hoffman - La Roche*, causa 85/76, del 13 febbraio 1979, in *Racc.* p. 461, par. 11; *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, causa 322/81, del 9 novembre 1983, in *Racc.* p. 3461, par. 7; *Musique Diffusion Française c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti da 100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983, in *Racc.* p. 1825, par. 14.

2408Corte EDU, sentenza *Rowe e Davis c. Regno Unito*, ricorso n. 28901/95, del 16 febbraio 2000, par. 61, in cui la Corte sottolinea che tali limitazioni al diritto di difesa devono essere, tuttavia, strettamente necessarie. Nel valutare tali interessi concorrenti, la Corte EDU ammette addirittura la possibilità di sottrarre alcune prove alla difesa, se necessario a preservare i diritti fondamentali di altri individui o un interesse pubblico essenziale. Al riguardo, Corte EDU, sentenza *Papalia c. Italia*, ricorso n. 60395/00, del 23 giugno 2005.

circostanze del caso concreto e suscettibili di arrecare il minimo danno all'imputato²⁴⁰⁹. Al proposito, occorre evidenziare che la Corte EDU, lasciando in linea di principio alle autorità nazionali il compito di valutare le prove circa l'esistenza di una reale causa di interesse pubblico²⁴¹⁰, di regola, effettua uno stringente controllo circa l'esistenza di un processo decisionale suscettibile di tener conto delle esigenze del contraddittorio e atto a tutelare gli interessi del ricorrente. Al riguardo, ha attribuito particolare importanza alla circostanza che il diniego di accesso al fascicolo potesse essere esaminato da un giudice terso e imparziale, che abbia la facoltà di prendere visione del materiale dissimulato e il potere di pronunciarsi tanto circa l'esistenza di un interesse pubblico dissimulato prevalente quanto riguardo all'eventuale illegittima restrizione dei diritti di difesa²⁴¹¹.

In base a tale giurisprudenza della Corte EDU, pertanto, i diritti di cui agli articoli 41 e 48, par. 2, della Carta, riferentesi al diritto di accesso al fascicolo possono essere limitati solo nei casi in cui ciò sia "strettamente necessario" per assicurare le esigenze di riservatezza e segreto professionale e commerciale. Tale valutazione deve, pertanto, essere eseguita caso per caso, non essendo ammessa la possibilità di derogare al diritto in questione in generale, mediante il richiamo a astratte esigenze di riservatezza.

Dalla giurisprudenza della Corte EDU al proposito è, altresì, dato desumere, che, per essere legittima, la valutazione operata dall'autorità inquirente, deve poter essere soggetta a ricorso di fronte ad un'autorità terza e imparziale. Al proposito, risulta essenziale, come sottolineato altrove, definire quale autorità giurisdizionale terza e imparziale sarà competente a riesaminare le decisioni prese dalla Procura europea. L'inadeguata previsione di un organo che assicuri un rimedio giurisdizionale effettivo avverso le decisioni della Procura europea, oltre a ledere il diritto di cui all'articolo 47 della Carta, come abbiamo appena avuto modo di dimostrare, lederebbe, infatti, anche i diritti di difesa dell'indagato, tutelati dall'articolo 48, par. 2.

Dal punto di vista sostanziale, inoltre, la Corte di Giustizia ha ulteriormente limitato l'operatività del diritto di accesso al fascicolo. In particolare, la Corte non ha smentito il fatto che esso costituisca un corollario del principio del rispetto dei diritti di difesa, ma ne ha limitato in concreto la portata applicativa. Da un lato, ha, infatti, sostenuto che esso si sostanzia nel dovere dell'autorità

2409In tal senso, Corte EDU, sentenza *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93, del 23 aprile 1997, par. 58. In base alla giurisprudenza della Corte EDU, inoltre, lo Stato dovrà tener conto delle difficoltà della difesa e provare a compensarle con idonee garanzie procedurali. Al riguardo, Corte EDU, *Bannikova c. Russia*, ricorso n. 18757/06, del 4 novembre 2010, par. 62; *A. e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05, del 19 febbraio 2009, par. 205; *Rowe e Davis c. Regno Unito*, ricorso n. 28901/95, cit., par. 61.

2410In tal senso, Corte EDU, sentenza *Previti c. Italia (n.2)*, ricorso n. 45291/06, dell'8 dicembre 2009, par. 180; *Edwards c. Regno Unito*, ricorso n. 13071/87, del 16 dicembre 1992, par. 34.

2411Al riguardo, Corte EDU sentenza *Jasper c. Regno Unito*, ricorso n. 27052/95, del 16 febbraio 2000, par. 52 e seguenti; *Milan c. Italia*, ricorso n. 32219/02, del 2 dicembre 2004, e a contrario, *Tinnelly & Sons Ltd e altri e McElduff e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 20390/92, del 10 luglio 1998, par. 72 e seguenti, in cui non è stata ritenuta legittima la circostanza che il diniego di accesso fosse stato deciso solamente dal pubblico ministero. Sul punto, si legga anche, in dottrina, P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, p. 588.

precedente di dare al soggetto interessato la possibilità di procedere ad un esame di tutti i documenti presenti nel fascicolo istruttorio che potrebbero essere rilevanti per la sua difesa, includendo tanto i documenti a carico quanto quelli a discarico, “fatti salvi i segreti aziendali di altre imprese, i documenti interni della Commissione e le altre informazioni riservate”²⁴¹². Dall'altro, nel corso della motivazione della medesima sentenza, la Corte ha statuito che “la mancata comunicazione di un documento costituisce una violazione dei diritti della difesa solo se l'impresa interessata dimostra, da un lato, che la Commissione si è basata su tale documento per suffragare il suo addebito relativo all'esistenza di un'infrazione e, dall'altro, che tale addebito può essere provato solo facendo riferimento al detto documento”²⁴¹³.

La Corte ha ribadito oltretutto che “all'impresa interessata spetta altresì dimostrare che il risultato al quale è pervenuta la Commissione nella sua decisione sarebbe stato diverso se dai mezzi di prova a carico avesse dovuto essere eliminato un documento non comunicato sul quale la Commissione si è basata per incriminare tale impresa”²⁴¹⁴. L'onere della prova circa il diverso esito delle indagini nel caso in cui avesse ottenuto il diritto di accedere al fascicolo incombe, pertanto, sul soggetto che ha richiesto l'accesso al fascicolo. L'operatività del principio di accesso al fascicolo, quindi, in concreto, è ulteriormente limitata da tale interpretazione della Corte di Giustizia secondo cui il provvedimento finale potrà essere annullato solo nel caso in cui venga provato che il rispetto del diritto di accesso al fascicolo avrebbe potuto portare ad un risultato diverso. Al riguardo, sono palesi le difficoltà probatorie che incombono sul soggetto che ha richiesto l'accesso²⁴¹⁵.

²⁴¹²Corte di Giustizia, sentenza *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P E C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, in *Racc. p. I-403*, par. 68, in cui si legge: “Corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa, il diritto di accesso al fascicolo implica che la Commissione debba dare all'impresa interessata la possibilità di procedere ad un esame di tutti i documenti presenti nel fascicolo istruttorio che potrebbero essere rilevanti per la sua difesa (v., in tal senso, sentenze del Tribunale 29 giugno 1995, causa T-30/91, *Solvay/Commissione*, *Racc. pag. II-1775*, punto 81, e della Corte 2 ottobre 2003, causa C-199/99 P, *Corus UK/Commissione*, *Racc. pag. I-11177*, punti 125-128). Questi ultimi comprendono tanto i documenti a carico quanto quelli a discarico, fatti salvi i segreti aziendali di altre imprese, i documenti interni della Commissione e le altre informazioni riservate (v. sentenze 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche/Commissione*, *Racc. pag. 461*, punti 9 e 11; 8 luglio 1999, causa C-51/92 P, *Hercules Chemicals/Commissione*, *Racc. pag. I-4235*, punto 75, e 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, *Racc. pag. I-8375*, punto 315)”.

²⁴¹³Corte di Giustizia sentenza *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P E C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, cit., par. 71 e giurisprudenza ivi citata. In particolare, sentenza *Michelin c. Commissione*, causa 322/81, del 9 novembre 1983, in *Racc. p. 3461*, par. 7 e 9; *AEG c. Commissione*, causa 107/82, del 25 ottobre 1983, in *Racc. p. 3151*, par. 24-30; Tribunale, *Solvay c. Commissione*, causa T-30/91, del 29 giugno 1995, in *Racc. p. II-1775*, par. 58.

²⁴¹⁴Corte di Giustizia sentenza *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P E C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, cit., par. 73. Occorre, al proposito, sottolineare che la Corte ha adottato un ragionamento simile per quanto riguarda il riparto dell'onere probatorio in un caso inerente il diritto dell'accusato ad essere ascoltato. Si legga, in particolare, in tal senso, la sentenza della Corte di Giustizia *Ismeri Europa Srl c. Corte dei conti delle Comunità europee*, causa C-315/99 P, del 10 luglio 2001, in *Racc. p. I-05281*, par. 31-34.

²⁴¹⁵Nella medesima sentenza (Corte di Giustizia sentenza *Aalborg Portland e a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P E C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, cit., par. 74 e seguenti), quanto all'onere probatorio incombente sul soggetto, la Corte precisa, tuttavia, che “per quanto riguarda la mancata comunicazione di un documento a discarico, l'impresa interessata deve solo provare che la sua mancata divulgazione ha potuto influenzare, a scapito di quest'ultima, lo svolgimento del procedimento ed il contenuto della

Nel corso dell'analisi che stiamo svolgendo, è interessante verificare se la portata dei diritti e le restrizioni imposte agli stessi a livello giurisprudenziale siano state riprodotte fedelmente negli atti di diritto derivato adottati a livello europeo per garantire l'uniforme applicazione degli stessi nei diversi Stati membri dell'Unione europea. Tali atti rappresentano, infatti, l'applicazione concreta dei “diritti di difesa”, il cui rispetto è assicurato in generale dall'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e risulta, pertanto, essenziale valutare se i diritti ivi previsti siano conformi a quelli previsti dalla CEDU, come interpretati dalla Corte EDU e a quelli delineati dalla Corte di Giustizia prima che fossero espressamente codificati.

4.1.1.1.62 Direttive adottate a livello europeo a tutela dei diritti di difesa

Al proposito, assumono particolare rilievo le direttive adottate in forza dell'articolo 82, par. 2, lett. b) del TFUE in attuazione della risoluzione del Consiglio del 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali²⁴¹⁶, che è stata integrata nel Programma di Stoccolma²⁴¹⁷. Occorre premettere che non pare opportuno analizzare compiutamente e nel dettaglio il contenuto delle direttive ora menzionate. Ci limiteremo, quindi, ad analizzarne il contenuto al fine di comprendere se i diritti ivi contenuti tutelino adeguatamente gli accusati a fronte delle indagini portate avanti dalla Procura europea o, se, invece, sia necessario prevedere garanzie procedurali più penetranti al fine di conformarsi al dettato dell'articolo 48, par. 2 della Carta, come interpretato dalla Corte di Giustizia.

La prima misura adottata in base alla misura A della tabella di marcia è stata la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto

decisione della Commissione (v. sentenza Solvay/Commissione, cit., punto 68). È sufficiente che l'impresa dimostri che essa avrebbe potuto utilizzare i detti documenti a discarico per la sua difesa (v. citate sentenze Hercules Chemicals/ Commissione, punto 81, e Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, punto 318), nel senso che, se essa avesse potuto avvalersene durante il procedimento amministrativo, avrebbe potuto far valere elementi che non concordavano con le deduzioni operate in quello stadio dalla Commissione e avrebbe potuto quindi influenzare, in una qualsiasi maniera, le valutazioni svolte da quest'ultima nell'eventuale decisione, almeno per quanto riguarda la gravità e la durata del comportamento contestato e, di conseguenza, l'entità dell'am-menda (v., in tal senso, sentenza Solvay/Commissione, cit., punto 98)”.

²⁴¹⁶Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in GU C 295 del 4 dicembre 2009, p. 1. Seguendo un approccio in varie tappe, la tabella di marcia ha auspicato l'adozione di misure concernenti il diritto alla traduzione e all'interpretazione (misura A), il diritto a informazioni relative ai diritti e all'accusa (misura B), il diritto alla consulenza legale e all'assistenza legale gratuita (misura C), il diritto alla comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (misura D), nonché le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E). Nella tabella di marcia si è avuto cura di sottolineare che l'ordine dei diritti è meramente indicativo e di conseguenza potrà essere cambiato in conformità alle priorità.

²⁴¹⁷Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in GU C 115, del 4 maggio 2010, p. 1. Il Consiglio europeo ha sottolineato il carattere non esaustivo della tabella di marcia e ha invitato la Commissione a esaminare ulteriori elementi dei diritti processuali minimi di indagati e imputati e a valutare se fosse necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore.

all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali²⁴¹⁸. Il diritto all'interpretazione, come abbiamo visto sopra, è contenuto nell'articolo 6, par. 3, lett. e) della CEDU²⁴¹⁹ ed è stato riconosciuto quale principio generale facente parte del diritto dell'Unione dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione fornita dalla Corte EDU. Il diritto all'interpretazione e alla traduzione rappresenta un corollario del generale diritto al contraddittorio e all'equo processo, in quanto garantisce l'effettiva partecipazione dell'accusato al processo. Come ha precisato la Corte EDU, infatti, la base per instaurare un effettivo contraddittorio processuale è data dalla possibilità di un'effettiva comprensione del procedimento.

Tuttavia, come specificato dal Considerando 6 della direttiva, nonostante che tutti gli Stati membri siano membri della CEDU, tale circostanza non ha assicurato un grado adeguato di fiducia nel sistema di giustizia penale degli altri Stati membri. Inoltre, come è stato evidenziato da uno studio dall'Università di Maastricht²⁴²⁰, esistono sensibili differenze nell'attuazione di tale diritto all'interno degli Stati membri. La direttiva, nel codificare la giurisprudenza sul punto ha, sotto alcuni aspetti limitato la portata applicativa del diritto all'interpretazione e alla traduzione.

In particolare, ha limitato l'ambito di applicazione del diritto, per quanto riguarda le sanzioni irrogate per reati minori da un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale, ai soli casi in cui tali sanzioni siano oggetto di impugnazione dinanzi alla giurisdizione competente in materia penale²⁴²¹.

Al proposito, occorre rilevare che tale disposizione, considerato il fatto che la direttiva non definisce cosa debba intendersi per “reati minori” e che la stessa, per sua stessa natura deve essere attuata nell'ordinamento degli Stati membri mediante apposite leggi attuative, che, di conseguenza, assumeranno contenuto diverso in ogni diverso Stato, rischia di inficiare la protezione garantita dallo stesso diritto. Considerato che a livello europeo non è stabilito neanche un livello standard oltre il quale una sanzione debba considerarsi grave o, invece, minore, tali situazioni varieranno da Stato membro a Stato membro e, classificando talune sanzioni come sanzioni irrogate per reati minori il diritto all'interpretazione e alla traduzione non sarebbe più garantito.

Un criterio interpretativo della nozione di “giurisdizione competente in materia penale” è stato fornito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Marián Baláž*, in cui la Corte ha, in particolare

2418Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in GU L 280/1, del 26 ottobre 2010, p. 1.

2419L'articolo 6, par. 3, lett. e) della CEDU prevede che ogni accusato ha diritto di “farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza”.

2420T. SPRONKEN, G. VERMEULEN, D. DE VOCHT, L. VAN PUYENBROECK, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Antwerp, 2009.

2421In tal senso, articolo 1, par. 3 della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, cit.. Nel precedente paragrafo 2, la direttiva specifica che il proprio ambito di applicazione concerne le “*persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagate o imputate per un reato fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che stabilisce se abbiano commesso il reato [omissis...]*”.

affermato che “la nozione di “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale” non può essere lasciata all’apprrezzamento di ciascuno Stato membro. Infatti, dalla necessità di garantire l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione discende che, poiché l’articolo 1, lettera a), iii), della decisione quadro non contiene alcun rinvio al diritto degli Stati membri riguardo alla nozione di “autorità giudiziaria competente, in particolare, in materia penale”, tale nozione, decisiva per determinare l’ambito di applicazione della decisione quadro, esige nell’intera Unione un’interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione nella quale si inserisce e dello scopo perseguito da tale decisione quadro”²⁴²².

Nel fornire la nozione autonoma di “autorità giudiziaria”, la Corte rinvia alla propria giurisprudenza circa le caratteristiche che un organo del rinvio deve possedere per essere ritenuto un “organo giurisdizionale”, ai sensi dell’articolo 267 del TFUE²⁴²³.

Nel definire l’espressione “competente, in particolare, in materia penale”, la Corte ritiene che è necessario che l’autorità giudiziaria competente “applichi un procedimento che presenti le caratteristiche essenziali di un procedimento penale, senza tuttavia che sia richiesto che tale autorità giudiziaria disponga di una competenza esclusivamente penale”²⁴²⁴. Come è possibile desumere dal contenuto della sentenza, seppure a livello europeo sia possibile fornire una nozione autonoma di autorità giudiziaria competente in materia penale, non è altrettanto agevole definire cosa debba intendersi per “reati minori”. Tale operazione risulta tanto più complessa se si considera che la giurisprudenza della Corte EDU non effettua tale distinzione e, anzi, adotta un’interpretazione ampia e funzionale del concetto di “reato penale”, il quale deve essere definito in concreto secondo i criteri enunciati nella sentenza *Engel c. Paesi Bassi*²⁴²⁵. Un reato, pertanto, potrebbe essere considerato penalmente rilevante ai fini della Convenzione EDU, ma non rientrare nel campo di applicazione della direttiva 2010/64/UE.

Il campo di applicazione della direttiva è ulteriormente limitato dall’indeterminatezza con cui il legislatore si riferisce alla tempistica entro cui gli indagati o gli imputati hanno diritto di essere assistito da un interprete o da un traduttore. La direttiva prevede, infatti, esclusivamente che questo debba avvenire “senza indugio”, senza specificare con più precisione un termine specifico. Il

2422Corte di Giustizia, sentenza *Marián Baláž*, causa C-60/12, del 14 novembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 25-26.

2423Corte di Giustizia, sentenza *Marián Baláž*, causa C-60/12, del 14 novembre 2013, cit., par. 32, in cui si legge: “*In tal senso, secondo una giurisprudenza costante, la Corte tiene conto di un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell’organo, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., per analogia, sentenza del 14 giugno 2011, Miles e a., C-196/09, Racc. pag. I-5105, punto 37 e giurisprudenza ivi citata)*”.

2424Nei paragrafi precedenti (da 33 a 35), la Corte sottolinea che, poiché le infrazioni oggetto della decisione quadro non sono soggette a un trattamento uniforme nei vari Stati membri, “dato che alcuni di essi le qualificano come illeciti amministrativi, mentre altri come illeciti penali”, al fine di garantire l’effetto utile della decisione quadro, è necessario ricorrere a un’interpretazione dell’espressione “competente, in particolare, in materia penale” nella quale non è determinante la qualificazione delle infrazioni da parte degli Stati membri”. In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Marián Baláž*, causa C-60/12, del 14 novembre 2013, cit., par. 33-35.

2425Corte EDU, *Engels e altri*, del 1989.

legislatore europeo lascia, quindi, ancora una volta agli Stati membri la facoltà di determinare entro quale termine tale diritto debba essere garantito. L'unico riferimento contenuto nell'articolo è al fatto che l'interpretazione sia disponibile per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio, inclusi gli interrogatori di polizia, e in tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari²⁴²⁶. Il Considerando 18, inoltre, precisa che “l'interpretazione a beneficio degli indagati o degli imputati dovrebbe essere fornita senza indugio. Tuttavia, qualora un certo lasso di tempo trascorra prima che l'interpretazione sia fornita, ciò non dovrebbe costituire una violazione dell'obbligo di fornire l'interpretazione senza indugio, nella misura in cui tale lasso di tempo sia ragionevole date le circostanze”. Il parametro di riferimento sembrerebbe, dunque, essere la ragionevolezza, che rappresenta un termine altamente indeterminato e soggettivamente interpretabile nei modi più disparati.

Un altro aspetto preoccupante consiste nella previsione di un inadeguato sistema di ricorso nel caso in cui sia negata l'assistenza di un interprete o di un traduttore. Al proposito, l'articolo 2, par. 5 stabilisce che “Gli Stati membri assicurano che, secondo le procedure della legislazione nazionale, gli indagati o gli imputati abbiano il diritto di impugnare una decisione che dichiara superflua l'interpretazione e, nel caso in cui l'interpretazione sia stata fornita, abbiano la possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione in quanto insufficiente a tutelare l'equità del procedimento”²⁴²⁷. L'articolo 2, par. 5 della direttiva, come può desumersi dalla sua formulazione, non stabilisce che debba essere un'autorità giurisdizionale, o al più, un'autorità indipendente e imparziale a riesaminare la decisione. Di conseguenza, la legislazione di uno Stato membro potrebbe rimettere tale facoltà di riesame anche un'autorità coinvolta nella procedura, come l'organo di accusa stesso o le forze di polizia che svolgono le indagini. Tale ampia discrezionalità lasciata agli Stati membri nel determinare la procedura di riesame costituisce un rischio molto elevato per il diritto all'interpretazione e alla traduzione e non garantisce il rispetto dei parametri posti al riguardo dalla giurisprudenza della Corte EDU²⁴²⁸.

In conclusione, occorre altresì sottolineare che la direttiva nulla dispone con riguardo al diritto all'assistenza di un interprete per quei soggetti a cui non è consentito di partecipare attivamente e effettivamente al procedimento penale non perché stranieri e, quindi, non in grado di comprendere la lingua processuale, ma perché incapaci di seguire lo svolgimento del processo a causa di difetti fisici o mentali. Esistono molti indagati che, infatti, hanno problemi di comunicazione, in quanto incapaci di esprimersi o comprendere correttamente quello che viene detto, o affetti da patologie più

2426 Articolo 2 della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, cit..

2427 Articolo 2, par. 5 della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, cit..

2428 Per un approfondimento e altri acuti rilievi sulle mancanze della direttiva, si legga D. SAYERS, *Article 48 (Criminal Law)*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing 2014, p. 1324 e seguenti.

gravi, congenite, come autismo o altre disfunzioni che si ripercuotono sulla capacità di comprendere cosa stia succedendo intorno a loro. Il Parlamento europeo aveva raccomandato l'inserimento del diritto all'interpretazione o alla traduzione per tali categorie di soggetti, ma, in conclusione, il suggerimento non è stato accolto e la direttiva non prevede norme in tal senso²⁴²⁹.

La seconda misura adottata in base alla misura B della tabella di marcia è la direttiva 2012/13/UE, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali²⁴³⁰. Essa stabilisce norme minime comuni da applicare in materia di informazioni relative ai diritti e all'accusa da fornire alle persone indagate o imputate per un reato, al fine di rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri. Nelle intenzioni del legislatore europeo, tale direttiva mira a dare concretizzazione ai diritti enunciati negli articoli 47 e 48 della Carta, recependo il contenuto della giurisprudenza della Corte EDU in merito agli articoli 5 e 6 della CEDU. Il diritto all'informazione, come abbiamo menzionato sopra, è strettamente connesso al diritto ad un equo processo, dal momento che il soggetto indagato può approntare una difesa adeguata solo se è a conoscenza delle accuse che sono mosse nei suoi confronti e delle prove di cui l'autorità inquirente è in possesso²⁴³¹. La Corte EDU ha, in particolare, affermato che in materia penale, un'informazione precisa e completa delle accuse mosse a un imputato è una condizione essenziale dell'equità della procedura e, quindi, del più generale diritto ad un processo equo²⁴³². Del pari, tale diritto permette di garantire la parità delle armi tra accusa e difesa²⁴³³ e protegge il soggetto contro il rischio di essere assoggettato ad un'ingiusta detenzione²⁴³⁴. La direttiva 2012/13/UE, nel codificare la giurisprudenza sul punto, ha sotto alcuni aspetti limitato la portata applicativa che è stata riconosciuta al diritto all'informazione nella giurisprudenza della

2429L'unico riferimento al problema è contenuto nel Considerando 27, in cui si legge: “L'obbligo di dedicare un'attenzione particolare a indagati o imputati in posizione di potenziale debolezza, in particolare a causa di menomazioni fisiche che ne compromettono la capacità di comunicare efficacemente, costituisce il fondamento di una buona amministrazione della giustizia. Le autorità preposte all'esercizio dell'azione penale, le autorità di pubblica sicurezza e le autorità giudiziarie dovrebbero quindi provvedere affinché tali persone possano esercitare in modo effettivo i diritti previsti dalla presente direttiva, ad esempio prendendo in considerazione qualsiasi potenziale vulnerabilità che compromette la loro capacità di seguire il procedimento e di farsi capire, e intraprendendo le azioni necessarie per garantire i diritti in questione”. Dal contenuto di tale Considerando, come è possibile desumere da una prima lettura, non scaturisce alcun obbligo cogente nel senso di assicurare tale diritto ai soggetti “in posizione di potenziale debolezza”, ma solo una raccomandazione rivolta alle autorità di pubblica sicurezza e alle autorità giudiziarie.

2430Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in GU L 142/1, del 1 giugno 2012, p. 1.

2431Per un'analisi del contenuto del diritto all'informazione, in generale, e con specifico riferimento al contenuto di tale diritto in base all'articolo 6 della CEDU, si legga W. HETZER, *Fight against Fraud and Protection of Fundamental Rights in the European Union*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 26; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006, pp. 632-634. Per un'analisi della direttiva 2012/13/UE, si veda, invece, S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (a cura di.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg, 2015.

2432Corte EDU, sentenza *Mattoccia c. Italia*, ricorso n. 23969/94, del 25 luglio 2000, par. 60; *Mattei c. Francia*, ricorso n. 34043/02, del 19 dicembre 2006, par. 35; *Bäckström e Andersson c. Svezia*, ricorso n. 67930/01, del 5 settembre 2006.

2433Al riguardo, Corte EDU, *CGP c. Paesi Bassi*, ricorso n. 29835/96, del 15 gennaio 1997.

2434In tal senso, Corte EDU, *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, ricorsi n. 12244/86, 12245/86 e 12383/86, del 30 agosto 1990, par. 40.

Corte EDU, poi recepita dalla Corte di Giustizia.

In particolare, per quanto riguarda l'ambito di applicazione della direttiva e la limitazione imposta dall'articolo 2, par. 2, per cui la direttiva si applica solo ai casi in cui la sanzione relativamente a reati minori da parte di un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale sia oggetto di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione, valgono le medesime considerazioni che abbiamo svolto precedentemente in riferimento all'articolo 1, par. 3 della direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione. Come abbiamo sottolineato, la Corte EDU non riconosce tali limitazioni in relazione all'articolo 6 CEDU²⁴³⁵.

In riferimento al contenuto del diritto di informazione, le disposizioni che vengono in rilievo sono gli articoli da 3 a 6 della direttiva²⁴³⁶. Senza soffermarci ad analizzare il contenuto di tali disposizioni, analizzeremo in tale sede gli aspetti critici della disciplina, al fine di comprendere se tali disposizioni garantiscano un livello adeguato di tutela dei soggetti indagati secondo quanto previsto dalla giurisprudenza della Corte EDU, come recepita dalla Corte di Giustizia.

In base all'articolo 3 della direttiva, gli Stati membri assicurano che alle persone indagate o imputate siano tempestivamente fornite le informazioni concernenti i propri diritti processuali, “ai sensi del diritto nazionale, onde consentire l'esercizio effettivo di tali diritti”²⁴³⁷. L'espressione “tempestivamente” contenuta nell'articolo 3, in riferimento al momento temporale in cui devono essere fornite alle persone indagate o imputate le informazioni concernenti i propri diritti processuali è un'espressione vaga che lascia adito a dubbi circa il momento entro cui tali informazioni dovranno essere comunicate all'indagato o imputato. Dalla giurisprudenza della Corte EDU è dato che ricavare che, in caso di arresto²⁴³⁸, un ritardo nella comunicazione dei motivi

2435In tal senso di legga anche Opinion of the Secretariat on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on “the right to information in criminal proceedings”, dell'8 dicembre 2010, p. 2, *Comments on some specific provisions*, Article 2 (Scope) Para. 3: “*The Draft Directive excludes from its scope sanctions regarding minor offences if imposed by an authority other than a court having jurisdiction in criminal matters, and if the imposition of such a sanction may be appealed to a court. While understanding the reasons for this exclusion as outlined in recital 15a of the Draft Directive, the Council of Europe Secretariat wonders about its necessity: the ECHR does not recognise any exemptions from the standards under its Article 6 with regard to minor offences (“everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights ...”). Moreover, while the majority of rights mentioned in the Draft Directive require the arrest of the accused person, thereby practically excluding suspected perpetrators of minor offences, some rights (such as the right to information about the accusation set out in Article 6 of the Draft Directive) would apply also to those being accused of minor offences, and would therefore be subject to the exclusion clause*”.

2436In particolare, l'articolo 3 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit., è rubricato “diritto all'informazione sui diritti”, l'articolo 4 è dedicato alla “comunicazione dei diritti al momento dell'arresto”, l'articolo 5 alla “comunicazione dei diritti nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo”, mentre l'articolo 6 si occupa del “diritto all'informazione sull'accusa”.

2437Tra i diritti cui si riferisce l'articolo 3 della direttiva 2012/13/UE vi è, alla lettera e), il diritto al silenzio. Occorre, al proposito, osservare che non è chiaro se tale diritto ricomprenda il privilegio contro l'auto-incriminazione, dal momento che, sebbene tali diritti siano strettamente collegati, la Corte EDU nell'interpretare l'articolo 6 della CEDU, si riferisce ad essi come a due diritti distinti. Si legga, al riguardo, per esempio, la sentenza della Corte EDU *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, del 17 dicembre 1996, par. 68.

2438Con specifico riferimento al caso in cui il soggetto sia stato arrestato, viene in rilievo l'articolo 4 della direttiva 2012/13/UE, in cui si legge che “gli Stati membri garantiscono che le persone indagate o imputate che siano arrestate o detenute, ricevano *prontamente* una comunicazione dei diritti per iscritto. A queste persone è data la

dell'arresto pari o superiore a settantasei ore non è compatibile con il requisito della tempestività e, pertanto, viola l'articolo 5, par. 2 della CEDU²⁴³⁹. In base alla giurisprudenza della CEDU, infatti, la comunicazione delle informazioni concernenti i propri diritti deve avvenire entro poche ore e può essere posticipata solo nel caso in cui lo richiedano circostanze eccezionali o la complessità del caso²⁴⁴⁰.

L'unico riferimento che circoscrive l'ambito temporale entro cui i soggetti devono essere informati è contenuto nel Considerando 28, in cui si legge che “le informazioni fornite alle persone indagate o imputate relative al reato che sono sospettate o accusate di aver commesso dovrebbero essere fornite in modo tempestivo, al più tardi anteriormente al loro primo interrogatorio da parte della polizia o di altra autorità competente e senza pregiudicare lo svolgimento delle indagini in corso”. Nel Considerando 28, pertanto, viene indicato come termine ultimo il primo interrogatorio da parte della polizia o di altra autorità competente, ma poco dopo il legislatore europeo precisa che ciò non deve pregiudicare lo svolgimento delle indagini. Tale aspetto è stato affrontato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Covaci*²⁴⁴¹. In tale pronuncia la Corte, conformemente a quanto stabilito dall'Avvocato Generale²⁴⁴², ha constatato che la direttiva 2012/13 non disciplina le modalità con cui l'informazione sull'accusa deve essere comunicata²⁴⁴³. Tuttavia prosegue il suo ragionamento affermando che tali modalità non devono ledere l'obiettivo perseguito dagli articolo 6 della direttiva, che consiste nell'esercizio effettivo dei diritti della difesa e nel garantire l'equità del procedimento, per cui la procedura di notifica del decreto penale di cui si dibatteva di fronte alla Corte²⁴⁴⁴ poteva essere ritenuta compatibile con l'articolo 6 della direttiva solo nel caso in cui il termine di due settimane di cui al procedimento principale iniziasse a decorrere dal momento in cui l'imputato avesse avuto effettivamente conoscenza del decreto penale di condanna²⁴⁴⁵. La Corte in tale pronuncia non ha, pertanto, affrontato in concreto l'appropriatezza del termine stabilito nel diritto nazionale, ma ha solo statuito che esso non dovesse essere discriminatorio nei confronti di un soggetto non residente nel territorio dello Stato²⁴⁴⁶.

La direttiva non ovvia, quindi, alla mancanza di una definizione autonoma di accusa a carico del soggetto e, non definendo chi debba essere considerato un “indagato”, non contribuisce a chiarire in

possibilità di leggere la comunicazione e hanno la facoltà di conservarla per tutto il periodo in cui esse sono private della libertà”. Il corsivo è nostro.

2439In tal senso, Corte EDU, *Saadi v. The United Kingdom*, ricorso n. 13229/03, del 29 gennaio 2008, par. 84-85.

2440Corte EDU, sentenza *Fox, Campbell e Hartley c. Regno Unito*, ricorso n. 112244/86, 12245/86 e 12383/86, del 30 agosto 1990, par. 40.

2441Corte di Giustizia sentenza *Gavril Covaci*, causa C- 216/14, del 15 ottobre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

2442Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, presentate il 7 maggio 2015, in relazione alla pronuncia *Gavril Covaci*, causa C- 216/14, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 105.

2443Corte di Giustizia sentenza *Gavril Covaci*, causa C- 216/14, del 15 ottobre 2015, *cit.*, par. 62.

2444Nella sentenza *Covaci* si verteva sulla.

2445Corte di Giustizia sentenza *Gavril Covaci*, causa C- 216/14, del 15 ottobre 2015, *cit.*, par. 66-67.

2446Corte di Giustizia sentenza *Gavril Covaci*, causa C- 216/14, del 15 ottobre 2015, *cit.*, par. 65.

che momento l'indagato deve essere informato di essere sottoposto ad indagine e dei diritti che gli sono garantiti. In conclusione, quindi, il momento in cui l'indagato dovrà essere informato dell'accusa a suo carico e dei diritti a lui conferiti varierà significativamente tra i diversi Stati membri, a seconda del bilanciamento operato nell'ordinamento nazionale tra diritto alla segretezza delle indagini e diritto dell'indagato di essere informato delle accuse a suo carico²⁴⁴⁷. La direttiva, quindi, non armonizza significativamente le discipline nazionali in tal senso.

Quanto alla forma in cui devono essere portate a conoscenza del soggetto le informazioni concernenti i propri diritti, l'articolo 3, par. 2 della direttiva precisa che gli Stati membri assicurano che le informazioni “siano fornite oralmente o per iscritto, in un linguaggio semplice e accessibile, tenendo conto delle eventuali necessità delle persone indagate o imputate in condizioni di vulnerabilità”²⁴⁴⁸.

Tale disposizione si riferisce alla giurisprudenza della Corte EDU che ha sposato un approccio funzionale del problema, in base al quale avvisare qualcuno delle indagini aperte a suo carico e dei diritti ad esso spettanti costituisce un atto giuridico d'importanza tale da dover rispondere a condizioni a forma e sostanza idonee a garantire l'esercizio effettivo dei diritti dell'imputato²⁴⁴⁹.

In tal senso, al fine di assicurare l'effettiva comprensione delle informazioni, la Corte EDU ha ribadito che l'onere di assicurarsi che l'informazione sia stata compresa dall'indagato o imputato ricade sulle autorità nazionali, le quali devono adottare tutte le misure ragionevoli per garantire che l'indagato sia pienamente consapevole dei propri diritti²⁴⁵⁰. Nel caso *Panovits*²⁴⁵¹, per esempio, la Corte EDU ha affermato che le autorità hanno l'obbligo positivo di fornire informazioni all'indagato sul diritto all'assistenza di un avvocato e al patrocinio a spese dello Stato se sussistono le condizioni al riguardo e che non è sufficiente che tali informazioni vengano fornite per iscritto, ad esempio con una “comunicazione dei diritti” (*Letter of Rights*) come, invece, avevano fatto le autorità competenti nel caso *Panovits*. Per quanto riguarda le persone sottoposte ad arresto, la direttiva prevede all'articolo 4 che le persone sottoposte ad arresto ricevano una comunicazione per iscritto. Tuttavia, al fine di ovviare ai problemi di compatibilità con la giurisprudenza della Corte EDU, nel successivo paragrafo 5 è precisato che qualora la comunicazione non sia disponibile in una lingua comprensibile dall'indagato o dall'imputato, esso è informato dei suoi diritti oralmente in una lingua a lui comprensibile²⁴⁵². Un problema che sorge riguardo alla formulazione della

2447In tal senso, si legga anche S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGIERI, *Human Rights in European Criminal Law*, Springer, 2015, p. 85.

2448Articolo 3, par. 2 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

2449Corte EDU, *Sejdovic c. Italia*, ricorso n. 56581/00, del 1 marzo 2006, par. 99; *Somogyi c. Italia*, ricorso n. 67972/01, del 18 maggio 2004, par. 75; *T. c. Italia*, ricorso n. 14104/88, del 12 ottobre 1992, par. 28.

2450In tal senso, Corte EDU *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008; *Plonka c. Polonia*, ricorso n. 20310/02, del 31 marzo 2009; *Padalov c. Bulgaria*, ricorso n. 54784/00, del 10 agosto 2006.

2451Corte EDU, sentenza *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008, par. 72-73.

2452L'articolo 4, par. 4 e 5 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit., letteralmente dispone: “4. La comunicazione dei diritti è

direttiva consiste nella mancata definizione del concetto di “arresto”²⁴⁵³, per cui anche al riguardo potrebbe aversi un'applicazione differenziata nel territorio dei diversi Stati membri.

Il terzo diritto riconosciuto ai soggetti indagati o imputati dalla direttiva, oltre a quello a conoscere i propri diritti e quello a conoscere i motivi dell'accusa a proprio carico, consiste nel diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, che è disciplinato dall'articolo 7 della direttiva. In base a tale disposizione, da un lato, è garantito il diritto di ogni persona arrestata e detenuta in una qualunque fase del procedimento penale ad avere a disposizione i documenti relativi al caso specifico, in possesso delle autorità competenti, che sono essenziali per impugnare effettivamente, conformemente al diritto nazionale, la legittimità dell'arresto o della detenzione²⁴⁵⁴. Dall'altro garantisce all'accusato non in stato di arresto o detenzione di avere accesso “almeno a tutto il materiale probatorio in possesso delle autorità competenti, sia esso a favore o contro l'indagato o imputato”²⁴⁵⁵.

Dalla formulazione della disposizione, per cui l'accesso alla documentazione “è concesso in tempo utile per consentire l'esercizio effettivo dei diritti della difesa e al più tardi nel momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria”²⁴⁵⁶, tuttavia, non è dato desumere con chiarezza se il diritto di accesso sia garantito anche nella fase delle indagini preliminari. I sistemi processuali penali variano, infatti, significativamente da Stato a Stato e, quindi, la formula per cui l'accesso è garantito al più tardi al “momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria” non permette di definire con chiarezza quando l'esercizio di tale diritto sia consentito. La portata del diritto sarà sostanzialmente determinata dalla legislazione attuativa di ogni Stato membro e continueranno, pertanto, verosimilmente a permanere differenze nei diversi sistemi giuridici nazionali.

Dal momento che il diritto di accesso al fascicolo non costituisce un diritto assoluto, inoltre, la direttiva prevede i casi in cui può essere negato tale accesso. In particolare, stabilisce che esso può essere rifiutato, “se tale accesso possa comportare una grave minaccia per la vita o per i diritti fondamentali di un'altra persona o se tale rifiuto è strettamente necessario per la salvaguardia di interessi pubblici importanti, come in casi in cui l'accesso possa mettere a repentaglio le indagini in

redatta in linguaggio semplice e accessibile. L'allegato I contiene un modello indicativo della comunicazione. 5. Gli Stati membri provvedono affinché l'indagato o l'imputato riceva la comunicazione redatta in una lingua a lui comprensibile. Qualora la comunicazione non sia disponibile nella lingua appropriata, l'indagato o l'imputato è informato dei suoi diritti oralmente in una lingua a lui comprensibile. Senza indugio gli verrà quindi fornita la comunicazione dei diritti in una lingua a lui comprensibile”.

2453La Corte EDU ha, invece, fornito una nozione autonoma di arresto, in base alla quale tale termine si riferisce al momento in cui una persona è privato della propria libertà personale. Corte EDU, sentenza *Van der Leer c. Paesi Bassi*, ricorso n. 11509/85, del 21 febbraio 1990, par. 27.

2454Articolo 7, par. 1 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

2455Articolo 7, par. 2 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

2456Articolo 7, par. 3 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

corso, o qualora possa minacciare gravemente la sicurezza interna dello Stato membro in cui si svolge il procedimento penale²⁴⁵⁷. Occorre evidenziare che tra i casi in presenza dei quali è possibile derogare al diritto di accesso, conformemente al paragrafo 4 dell'articolo, vi rientra anche quello di “mettere a repentaglio le indagini in corso”. Sembra, quindi, che il legislatore abbia permesso di effettuare un bilanciamento di valori tra diritto di accesso al fascicolo e effettività delle indagini, seppure entro certi limiti. Il legislatore europeo, infatti, conformemente a quanto stabilito dalla Corte EDU, ha stabilito che tale deroga è possibile solo ove strettamente necessario; sarà, pertanto, necessario effettuare una valutazione caso per caso e indagare se l'esigenza di garantire l'effettività delle indagini prevalga rispetto a quella di assicurare l'accesso al fascicolo in base ad un rigoroso test di necessità.

Al riguardo, è opportuno sottolineare un'ulteriore punto contraddittorio della direttiva, che inficia la protezione del diritto di accesso al fascicolo. Se, infatti, da una parte, l'articolo 7, par. 4 prevede che la decisione di rifiutare l'accesso alla documentazione relativa all'indagine in base alle esigenze sopra menzionate debba essere adottata “da un'autorità giudiziaria o sia quantomeno soggetta a un controllo giurisdizionale”, dall'altra, il Considerando 36 della medesima direttiva esclude che ciò comporti un obbligo per gli Stati membri di prevedere “una specifica procedura di impugnazione, un meccanismo separato o una procedura di ricorso con cui impugnare la mancanza o il rifiuto suddetti²⁴⁵⁸. Da ciò discende, che, in assenza di una procedura appositamente dedicata all'impugnazione di tale diniego, nei casi in cui essa sia possibile solo congiuntamente alla decisione conclusiva della relativa fase, anche nel caso in cui la verifica circa la correttezza del bilanciamento effettuato dia esito negativo, non sarà possibile rimediare alla lesione del contraddittorio che si sarà nel frattempo prodotta²⁴⁵⁹.

Infine, per tutelare l'effettiva attuazione del diritto all'informazione, la direttiva 2012/13/UE prevede due meccanismi di tutela. In base al primo, le persone indagate o imputate o i loro avvocati hanno il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni disciplinate dalla direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse²⁴⁶⁰. In base al secondo, è previsto un obbligo in capo agli Stati membri

2457 Articolo 7, par. 4 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

2458 Il Considerando 36 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit. recita: “Le persone indagate o imputate o i loro avvocati dovrebbero avere il diritto di contestare, in conformità del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni richieste ai sensi della presente direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse. Tale diritto non comporta, per gli Stati membri, l'obbligo di prevedere una specifica procedura di impugnazione, un meccanismo separato o una procedura di ricorso con cui impugnare la mancanza o il rifiuto suddetti”.

2459 Si legga, per un approfondimento sul punto, G.L. CANDITO, *The Influence of the Directive 2012/13/EU on the Italian System of Protection of the Right to Information in Criminal Procedures*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 235.

2460 Articolo 8, par. 2 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

di verbalizzare le informazioni fornite all'indagato o imputato a norma degli articoli da 3 a 6 secondo la procedura di documentazione degli atti prevista dal diritto dello Stato membro interessato²⁴⁶¹.

Tali meccanismi di tutela, tuttavia, non sono accompagnati dalla previsione di sanzioni in caso di violazione di essi. Non sono, infatti, previste sanzioni né in caso di violazione del dovere di registrare e né in caso di rifiuto di informare l'indagato o l'imputato.

Di conseguenza, è ragionevole ritenere che la mancanza di una sanzione possa diminuire l'effettività delle garanzie procedurali previste dalla direttiva²⁴⁶². Infatti, sebbene la direttiva preveda che l'indagato abbia il diritto di impugnare l'eventuale rifiuto delle competenti autorità di fornire informazioni, non essendo stabilito a livello europeo quali conseguenze derivino in caso di mancata attuazione di tale dovere, l'effettiva applicazione di tale diritto riposa principalmente sulla volontà di prevedere misure adeguate da parte degli Stati membri.

Come è possibile desumere dalla sommaria analisi appena svolta, pertanto, tale impianto normativo risolve solo parzialmente i problemi collegati agli eventuali abusi delle autorità procedenti e alle insufficienze strutturali delle legislazioni nazionali. I diritti garantiti ai soggetti privati della propria libertà personale sono, infatti, minimi e ulteriormente limitati dal fatto che assumeranno contenuto diverso a seconda della legge di attuazione dello Stato membro che ha eseguito l'arresto. Non è prevista alcuna disciplina specifica per i casi in cui siano limitati altri diritti fondamentali, quali il diritto di proprietà o il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni.

In tal caso, troverà, quindi, applicazione l'articolo 7, par. 3, in base al quale il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine “è concesso in tempo utile per consentire l'esercizio effettivo dei diritti della difesa e al più tardi nel momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria”. Al proposito, vale, però, osservare che la prima formula risulta estremamente vaga e indeterminata, per cui il “tempo utile per consentire l'effettivo esercizio dei diritti di difesa” potrebbe essere ritenuto sussistere in una fase molto avanzata delle indagini, in cui l'autorità giudiziaria abbia, di fatto, già preso la propria decisione. Per quanto riguarda, invece, il termine ultimo citato nell'articolo, ossia il “momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria”, esso può risultare, a seconda del sistema processuale adottato, un momento già molto avanzato del procedimento in cui il contributo difensivo dell'indagato

2461 Articolo 8, par. 1 della direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, cit..

2462 In tal senso, S. ALLEGREZZA, V. COVOLO, *The Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings: Status Quo or Step Forward?*, in Z. DURDEVIC, E. IVICEVIC KARAS (a cura di), *European Criminal Procedure law in service of protection of the Union financial interests: State of Play and Challenges*, Croatian Association of European Criminal law, 2013; S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (a cura di.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, cit., p. 90.

sarebbe sostanzialmente svuotato di significato. In una fase già avanzata, in cui, di fatto, si siano già consolidati gli effetti negativi derivanti dall'adozione di misure restrittive di tali diritti fondamentali, come ad esempio un ordine di sequestro, infatti, le istanze difensive dell'indagato sarebbero in gran parte private di effetto utile²⁴⁶³.

La terza misura adottata in base alle misure C e D della tabella di marcia è la direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari²⁴⁶⁴.

Si ritiene opportuno in tale sede esaminare se la Direttiva in questione comporta un'armonizzazione adeguata dei diritti degli indagati nei procedimenti transfrontalieri. In particolare, valuteremo se la disciplina prevista da tale direttiva raggiunga l'obiettivo di rafforzare la protezione delle garanzie procedurali degli indagati e imputati nei procedimenti penali, con specifico riguardo a quelli aventi carattere transfrontaliero e quelli che verosimilmente rientreranno nella competenza dell'istituenda Procura europea²⁴⁶⁵.

Al proposito, occorre, in primo luogo, analizzare la portata applicativa *ratione personae* della direttiva. Ai sensi dell'articolo 2, par. 1 della direttiva 2013/48, essa si applica agli indagati e imputati in procedimenti penali dal momento in cui sono informati dalle autorità competenti di uno Stato membro, mediante notifica ufficiale o in altro modo, di essere indagati o imputati per un reato, indipendentemente dal fatto che siano privati della libertà personale, nonché alle persone oggetto di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo a partire dal momento del loro arresto nello Stato membro di esecuzione²⁴⁶⁶. Il paragrafo 3 del medesimo articolo precisa altresì che la direttiva si applica anche alle “persone diverse da indagati o imputati che, nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altre autorità di contrasto, diventano indagati o imputati”. Tale previsione serve a tutelare quegli individui che diventino indagati a causa delle dichiarazioni rese nel corso di un interrogatorio a cui sottoposti in qualità di testimoni; tale situazione è

2463Per un rilievo analogo, si legga S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2015, p. 144; S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 88.

2464Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in GU L 294/1, del 6 novembre 2013, p. 1.

2465Si legga, al riguardo, L. BACHMAIER WINTER, *The establishment of a European Public Prosecution's Office and the right to defence: critical approach to the EU proposal for a Directive of access to a lawyer*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, 2014, Giuffrè Editore, Milano, pp. 505–531.

2466Articolo 2, par. 2 della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, cit..

meritevole di particolare attenzione poiché, a differenza dei soggetti indagati, i testimoni non hanno diritto all'assistenza di un difensore.

Mentre dal punto di vista teorico tale disposizione sembra garantire un elevato livello di tutela delle persone che mutano la propria veste da testimoni a indagati, dal punto di vista pratico non garantisce un livello di tutela sufficiente per due ordini di ragioni concorrenti. In primo luogo, il fatto che non sia indicato con precisione in quale momento un soggetto muti la propria natura da testimone a indagato. La qualifica di una data persona come indagato o come testimone varia, infatti, significativamente da Stato a Stato e la direttiva lascia, di fatto, alle autorità procedenti nazionali il compito di definire il momento in cui una persona si trasformi da testimone in indagato. Pur essendo comprensibile la difficoltà del legislatore europeo di stabilire con precisione un momento esatto, si ritiene che sarebbe stato a tal uopo opportuno prevedere che in caso di dubbio circa la qualifica del soggetto sottoposto ad interrogatorio, l'interrogatorio dovesse essere sospeso al fine di garantire all'interrogato il diritto di farsi assistere da un difensore prima che un tale accorgimento si riveli tardivo e, quindi, meno protettivo nei confronti dell'indagato²⁴⁶⁷.

In secondo luogo, risulta lesivo nei confronti del soggetto indagato il fatto che la direttiva non preveda neanche la regola affermatasi nella giurisprudenza della Corte EDU, in base alla quale devono ritenersi lesi i diritti della difesa se dichiarazioni rese nell'interrogatorio di polizia senza poter beneficiare della presenza e dell'ausilio di un difensore siano utilizzate per fondare la sentenza di condanna²⁴⁶⁸.

Quanto al campo di applicazione *ratione materiae*, l'articolo 2, par. 4 esclude dalla portata applicativa della direttiva i procedimenti relativi a reati minori nei casi in cui la sanzione non sia stata irrogata da una giurisdizione competente in materia penale²⁴⁶⁹. In base a tale previsione, pertanto, l'elemento che permette di determinare se un indagato ha diritto all'assistenza di un difensore oppure no, risiede nella circostanza che il reato minore sia sanzionato da un'autorità competente in materia penale, oppure no. In base a tale disposizione, quindi, non rileva la natura penale o amministrativa della sanzione ma la natura della Corte competente ad irrogarla, per cui la

2467 Occorre sottolineare a tale proposito che neanche nelle cosiddette *Model Rules* (progetto elaborato dall'università di Lussemburgo sotto la direzione di Katalin Ligeti) era determinato il momento preciso, ma era fornita una definizione di indagato (articolo 11), in base alla quale “*la persona sottoposta alle indagini è il soggetto nei cui confronti la Procura europea ha motivi ragionevoli di ritenere che abbia commesso un reato. Se la Procura europea compie un atto investigativo che può essere compiuto solo contro la persona sottoposta alle indagini, il soggetto acquisisce tale stato*”.

2468 La giurisprudenza della Corte EDU è consolidata in tal senso. Si leggano, ad esempio, le pronunce *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02, del 27 novembre 2008; *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008; *Dayanan c. Turchia*, ricorso n. 7377/03, del 13 gennaio 2010; *Sebalj c. Croazia*, ricorso n. 4429/09, del 28 giugno 2011; *Trymbach c. Ucraina*, ricorso n. 44385/02, del 12 gennaio 2012.

2469 L'articolo 2, par. 4 della direttiva 2013/48/UE letteralmente stabilisce: “*Fatto salvo il diritto a un equo processo, in relazione a reati minori: a) laddove il diritto di uno Stato membro preveda l'irrogazione di una sanzione da parte di un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale e l'irrogazione di tale sanzione possa essere oggetto di impugnazione dinanzi a tale giurisdizione o ad essa deferita; oppure b) laddove la privazione della libertà personale non possa essere imposta come sanzione, la presente direttiva si applica solamente ai procedimenti dinanzi a una giurisdizione competente in materia penale*”.

direttiva non troverà applicazione in relazione alle sanzioni emesse in relazione a reati minori di competenza di autorità amministrative. Al riguardo non è certa la compatibilità di tale disciplina con la giurisprudenza della Corte EDU, dal momento che quest'ultima ha ripetutamente ribadito che le garanzie procedurali proprie del processo penale devono applicarsi anche a quelle misure che formalmente rivestano natura amministrativa, ma sostanzialmente abbiano natura penale, indipendentemente dall'autorità competente a irrogare tali sanzioni²⁴⁷⁰.

Occorre sottolineare che in parte tale problema è ovviato dalla precisazione contenuta nella direttiva, in base alla quale essa trova applicazione in ogni caso nei casi in cui la privazione della libertà personale può essere imposta come sanzione²⁴⁷¹. A nostro avviso, tuttavia, tale precisazione non risolve la possibile incompatibilità con la giurisprudenza della Corte EDU menzionato prima, dal momento che molte sanzioni sostanzialmente penali, pur non prevedendo la detenzione come punizione, prevedono pene pecuniarie estremamente rigorose e afflittive, che possono comportare un effetto altamente pregiudizievole nei confronti del soggetto colpito²⁴⁷². Vale appena la pena accennare che tale disposizione potrebbe porre degli interrogativi a cui cercheremo di rispondere nel titolo secondo di questa parte seconda circa l'applicabilità della direttiva e, quindi, il diritto di accesso ad un difensore da parte dell'indagato, nei confronti degli autori di reati minori contro gli interessi finanziari dell'Unione, che dovrebbero rientrare nella competenza della Procura europea.

Per quanto concerne la portata applicativa *ratione loci*, infine, occorre precisare che non saranno obbligati a rispettare il contenuto della direttiva né il Regno Unito, né l'Irlanda, né la Danimarca. Al proposito, occorre sottolineare che tale restrizione territoriale si applicherà anche in relazione alla futura istituzione della Procura europea, la quale, anzi, se sarà istituita mediante una procedura di cooperazione rafforzata, sarà applicabile nei confronti di un numero ancora minore di Stati membri. Per un'analisi delle ripercussioni negative di tale scenario, si rinvia al titolo secondo di questa seconda parte della trattazione.

Prendendo in considerazione il contenuto del diritto di accesso ad un avvocato, con particolare riferimento al diritto di incontrare e comunicare con un avvocato, come rilevato da recenti studi²⁴⁷³,

2470Si legga riguardo al criterio sostanziale per determinare la natura di una sanzione la sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, dell'8 giugno 1976, nonché *Jussila c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01, del 23 novembre 2006. Quanto al profilo concernente l'indifferenza che rientri nella competenza di un'autorità amministrativa o meno, si leggano le pronunce *Galstyan c. Armenia*, ricorso n. 26986/03, del 15 novembre 2007, e *Palaoro c. Austria*, ricorso n. 16718/90, del 28 giugno 1994.

2471Si veda, in tal senso, *a contrario*, l'articolo 2, par. 4, lett. b) della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, cit..

2472Risulta, invece, di avviso contrario e, quindi, favorevole all'esclusione del diritto di accesso ad un avvocato nei casi di procedimenti sanzionatori amministrativi fintanto che essi non si risolvano in una privazione della libertà personale L. BACHMAIER WINTER, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, 2015, Springer International Publishing, p. 117.

2473Sono rilevanti, al riguardo, i dati raccolti nel contributo di S. SCHUMANN, K. BRUCKMÜLLER, R. SOYER (a

le problematicità nell'ordinamento giuridico degli Stati membri non sono originate dall'assenza della previsione del diritto degli indagati ad essere assistiti da un avvocato, riconosciuto nella maggior parte degli Stati membri, ma piuttosto l'effettiva attuazione di tale diritto in pratica. Risulta, infatti, dalle analisi effettuate che in molti casi passano molte ore prima che la persona arrestata possa incontrare il proprio difensore, e che, in contrasto con la giurisprudenza sul punto della Corte EDU²⁴⁷⁴, una volta che lo incontrino non siano messi a disposizione i mezzi per tenere una conversazione privata con quest'ultimo, senza la presenza di agenti delle forze dell'ordine. Il diritto di “incontrare in privato e di comunicare con il difensore che li assiste”²⁴⁷⁵ è stato, pertanto, inserito nel testo finale della direttiva 2013/48/UE.

L'articolo 3, par. 3, lett. b) della direttiva prevede, inoltre che “gli indagati e imputati abbiano diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati. Tale partecipazione avviene secondo le procedure previste dal diritto nazionale, a condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto in questione”. La determinazione delle forme di partecipazione del difensore all'interrogatorio è, quindi, rimessa dalla direttiva al diritto nazionale, “a condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto in questione”. La disposizione lascia, di conseguenza, un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, considerato che la condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'esercizio del diritto in questione è una formula aperta, che può essere interpretata in modo molto diverso a seconda del contenuto stesso che il diritto nazionale attribuisce al diritto, il quale, a sua volta, sarà dallo stesso determinato. In assenza di un'interpretazione della Corte di Giustizia che definisca in quali forme si estrinsechi il diritto di partecipazione dell'avvocato, pertanto, la formula resta vaga e aperta a possibili abusi da parte degli Stati membri²⁴⁷⁶.

L'articolo 3 della direttiva prevede, inoltre, al successivo paragrafo 6, i casi in cui è possibile derogare temporaneamente ed eccezionalmente al diritto all'assistenza di un avvocato. Il paragrafo, in particolare, enuncia i seguenti casi: “a) ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l'integrità fisica di una persona; b) ove vi sia la necessità indispensabile di un intervento immediato delle autorità inquirenti per evitare di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale”. Al proposito occorre sottolineare che la direttiva non prevede alcun limite temporale a tali deroghe; l'unico avverbio temporale che si

cura di), *Pre-trial emergency defence*, 2012, Intersentia, Anwerp.

2474Corte EDU, sentenza *Brennan c. Regno Unito*, ricorso n. 39846/98, del 16 ottobre 2001; *Öcalan c. Turchia*, ricorso n. 46221/99, del 12 maggio 2005; *Rybacki c. Polonia*, ricorso n. 52479/99, del 13 gennaio 2009.

2475Articolo 3, par. 3, lett. a) della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, cit..

2476Si legga sul punto J. BLACKSTOCK, *Procedural safeguards in the European Union: a road well travelled?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, 2, 1, pp. 20–35.

trova nella disposizione è, infatti, “temporaneamente”, ossia un avverbio indefinito che lascia ampio spazio di manovra agli Stati membri. Dal momento che si tratta di una deroga ad un diritto fondamentale, essa dovrà essere rigorosamente motivata e applicata solo ove strettamente necessario, nonché “adottata caso per caso da un’ autorità giudiziaria o da un’ altra autorità competente a condizione che la decisione possa essere sottoposta a controllo giurisdizionale”²⁴⁷⁷. La definizione di quale arco temporale sia proporzionato è, tuttavia, lasciata agli Stati membri, che possono, quindi, prevedere periodi di tempo diversi da Stato a Stato²⁴⁷⁸. Il legislatore europeo anche in questo caso ha preferito rinunciare ad un livello di armonizzazione più elevato per consentire il raggiungimento del consenso degli Stati membri sul testo della direttiva.

In conclusione, come è stato sottolineato, occorre rilevare che *“The main drawback of this Directive is to be found in not what it regulates and how it regulates it but rather what it does not include”*²⁴⁷⁹.

I problemi maggiori sorgono, infatti, in relazione alle procedure transfrontaliere in cui le prove sono raccolte in diversi Stati membri. Nei casi in cui le indagini siano svolte sul territorio di diversi Stati membri e, di conseguenza, le prove siano raccolte a loro volta in diversi Stati membri, il diritto di essere assistito da un difensore quando le prove sono raccolte sul territorio di un altro Stato membro non è garantito. La legislazione di numerosi Stati membri, infatti, non permette che l’ indagato sia assistito dal difensore durante la raccolta delle prove sul territorio di un altro Stato membro. Considerato che i reati commessi a livello europeo assumono sempre di più carattere transnazionale e che alla Procura europea sarebbe attribuita la competenza a perseguire gli autori di tali reati, nonché degli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, aventi per loro natura dimensione europea, si ritiene che tale direttiva, così come le precedenti e le successive, avrebbe dovuto adottare un approccio di armonizzazione più elevato rispetto alle garanzie procedurali degli indagati e imputati in procedimenti penali transfrontalieri.

La totale assenza di regolamentazione dei diritti degli imputati e, in particolare, del diritto di accesso al difensore, che assume un valore essenziale per approntare una difesa adeguata, nei procedimenti aventi dimensione transnazionale produce un inevitabile e grave *vulnus* ai diritti di difesa degli indagati, che non potranno godere di tali garanzie procedurali nel caso in cui le prove

2477SI veda in tal senso l’articolo 8 della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d’arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, cit..

2478L’arco temporale entro cui può essere fatta valere la deroga non è definito neanche nell’articolo 5, par. 3 della direttiva concernente le deroghe al diritto di informare un terzo della privazione della libertà personale. L’articolo 5, par. della direttiva recita: *“Gli Stati membri possono derogare temporaneamente all’applicazione dei diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 qualora ciò sia giustificato alla luce delle circostanze particolari del caso, sulla base di uno dei seguenti motivi imperativi: a) ove vi sia la necessità impellente di evitare gravi conseguenze negative per la vita, la libertà o l’integrità fisica di una persona; o b) ove vi sia la necessità impellente di prevenire una situazione suscettibile di compromettere in modo sostanziale un procedimento penale”*.

2479L. BACHMAIER WINTER, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, cit., p. 128.

siano raccolte sul territorio di diversi Stati membri. In tal senso, l'unica soluzione che permetterebbe di tutelare adeguatamente i diritti degli indagati sarebbe quella di prevedere regole processuali uniformi a livello europeo per quanto riguarda, in particolare, i procedimenti aventi dimensione transnazionale²⁴⁸⁰.

Prima di concludere l'esame di tale direttiva, occorre altresì sottolineare che in tale direttiva non è armonizzata la disciplina relativa al patrocinio a spese dello Stato a livello europeo. L'unica disposizione che troviamo nel corpo della direttiva è, infatti, l'articolo 11, il quale si limita a stabilire che la direttiva “fa salvo il diritto nazionale in materia di patrocinio a spese dello Stato, che si applica in conformità della Carta e della CEDU”²⁴⁸¹. Il diritto a ricorrere al patrocinio a spese per lo Stato è stato successivamente disciplinato nella direttiva 2016/1919, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo²⁴⁸².

Nell'ambito delle misure di attuazione della tabella di marcia adottata dal Consiglio nel 2009 sono poi state adottate la Direttiva 2016/800 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali²⁴⁸³ e la direttiva 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali²⁴⁸⁴, che abbiamo analizzato precedentemente in relazione al diritto alla presunzione di innocenza.

2.1.2.3. Il principio di *ne bis in idem*

4.1.1.1.63 Ratio e contenuto del principio di *ne bis in idem*

Il diritto a non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (principio del *ne bis in idem*) è un principio generale di diritto penale disciplinato nell'ordinamento giuridico di molti Stati, in

2480Si legga, in tal senso, S. GLESS, J.A.E. VERVAELE, *Law should govern: aspiring general principles for transnational criminal justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9, pp. 1–10; S. GLESS, *Transnational cooperation in criminal matters and the guarantee of a fair trial: approaches to a general principle, in the same volume, the problem of safeguarding the rights of defendant in transnational proceedings is not adequately addressed by the EctHR*, in *Utrecht Law Review*, 9, 4, pp. 90–108.

2481Articolo 11 della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, cit..

2482Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, *sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in GU L 297/1, del 4 novembre 2016, p. 1.

2483Direttiva (UE) 2016/800, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in GU L 132/1, del 21 maggio 2016.

2484Direttiva (UE) 2016/343, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in GU L 65/1, dell'11 marzo 2016.

alcuni casi addirittura a livello costituzionale²⁴⁸⁵.

Il principio del *ne bis in idem* storicamente è stato codificato quale principio inerente le situazioni meramente interne ad un singolo ordinamento nazionale²⁴⁸⁶ e concernente le sole sanzioni formalmente e sostanzialmente penali²⁴⁸⁷. Nella maggior parte dei casi erano escluse dal campo di applicazione del principio, dal punto di vista oggettivo, tutte le condotte criminose commesse in un altro Stato membro²⁴⁸⁸ e, dal punto di vista soggettivo, qualsiasi comportamento criminoso che non avesse natura penale; potevano, quindi, essere irrogati due tipi di sanzione, una di tipo penale ed una di tipo amministrativo, nei confronti della stessa persona per lo stesso comportamento antidoveroso²⁴⁸⁹.

Recentemente tale impostazione restrittiva circa l'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem* è stato rivisto a livello europeo. Al fine di garantire un'eguale applicazione del principio del *ne bis in idem* su tutto il territorio dell'Unione e, al contempo, di assicurare legittimazione alla sentenza avente forza di *res judicata* sul territorio degli altri Stati membri, il principio del *ne bis in idem* è stato disciplinato a livello europeo. Successivamente al riconoscimento di tale principio a livello europeo, gli Stati membri hanno in parte modificato la propria legislazione per conformarsi al livello di tutela del principio garantito a livello sovranazionale. Una rigida applicazione del principio di

2485Si veda, in tal senso, per esempio, la clausola di divieto di punire un soggetto due volte per lo stesso reato contenuta nel Quinto Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, o, tra gli Stati membri dell'Unione europea, l'art. 103 della Costituzione tedesca.

2486Un'eccezione in tal senso è costituita dall'articolo 68, par. 2 del codice penale olandese (*Wetboek van Strafrecht*), che sancisce il principio in via generale, indipendentemente dal luogo in cui il fatto di reato è stato commesso. Per un approfondimento in merito si legga P. BAAUW, *Ne bis in idem*, in B. SWART, A. KLIP (a cura di), *International Criminal law in the netherlands*, 1997, pp. 75-84. In merito alle limitazioni del campo di applicazione dal punto di vista oggettivo, ossia le limitazioni territoriali dello stesso, si legga B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2010, p. 36 e seguenti, in cui si legge che “*As a matter of state sovereignty, criminal behaviour affecting different states has always been regarded as a set of independent offences in each of those states*”. Cfr., altresì, J. L. DE LA CUESTA, *Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle “ne bis in idem” general report*, *Revue internationale de droit pénal*, 73, 2002-3/4, p. 707.

2487Si legga sul punto B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, cit., p. 39 e seguenti. L'Autore sottolinea, al proposito le criticità che possono sorgere in relazione alle persone giuridiche. Le stesse, infatti, non sono penalmente sanzionabili in tutti gli ordinamenti giuridici e questo può creare problemi per quanto riguarda il cumulo di sanzioni e il rispetto del principio del *ne bis in idem*.

2488A tal proposito, occorre rilevare che in ambito internazionale ciascun ordinamento giuridico è autonomo e indipendente rispetto agli altri. Il principio del *ne bis in idem*, a livello internazionale, inoltre, non è considerato al momento un principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto; alla luce dell'attuale diritto internazionale consuetudinario, quindi, la sentenza penale definitiva pronunciata all'estero non costituisce una preclusione a procedere in un altro Stato. Con decisione del 2 novembre 1987, il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite ha precisato che il divieto del *ne bis in idem*, disciplinato dall'articolo 14, par. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici di New York considera esclusivamente “i rapporti interni tra le decisioni giudiziarie di un medesimo Stato e non tra quelle di Stati diversi”, in *Ind. pen.*, 1988, p. 124 e seguenti. Va comunque rilevato che al fine di evitare che il medesimo soggetto sia sottoposto ad una pluralità di giudizi per il medesimo reato, sono state adottate numerose Convenzioni che riconoscono il principio del *ne bis in idem* in ambito internazionale. Tra queste è possibile citare, tra i più rilevanti accordi, la Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato Nord Atlantico sullo statuto delle loro forze armate, firmata a Londra nel 1951; la Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961; la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970; la Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali del 1972.

2489Sulla progressiva eliminazione del confine tra sanzione penale e sanzione amministrativa a livello europeo e, di conseguenza, in modo indiretto, anche nella legislazione degli Stati membri, soprattutto ad opera della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, si rinvia a quanto esaminato più avanti in questo stesso paragrafo.

territorialità, espressione del principio di sovranità, in base al quale veniva regolata l'efficacia che il diritto penale esplicava nello spazio, è, infatti, incompatibile con numerose situazioni che presentano elementi di extraterritorialità, nonché con quelle in cui uno stesso comportamento è capace di produrre effetti giuridici in diverse parti del territorio dell'Unione.

L'esigenza di garantire l'attuazione di tale principio è risultata essenziale fin dai primi anni di creazione delle Comunità economiche europee. La costruzione di un'Europa senza frontiere, che ha per corollario il ravvicinamento dei diversi ordinamenti giuridici nazionali, inclusi quelli di diritto penale, presuppone che gli Stati interessati si ispirino a valori comuni ed è nel contesto dei valori comuni che il principio del *ne bis in idem* acquista pieno significato²⁴⁹⁰.

L'eliminazione dei controlli alle frontiere interne tra gli Stati membri, la conseguente libertà di circolazione di persone, merci, servizi e capitali, l'incremento della legislazione europea volta a sanzionare determinate condotte e la (spesso diseguale) attuazione di essa nell'ordinamento dei vari Stati membri, nonché lo scarso e inefficiente coordinamento delle indagini tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri²⁴⁹¹, infatti, hanno aumentato il rischio per un soggetto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato sul territorio dell'Unione.

Si presenta il rischio che una simile evenienza si verifichi sia a livello orizzontale, che a livello verticale; nel primo caso il soggetto corre il rischio di essere assoggettato a due diversi procedimenti penali per il medesimo fatto di reato in due diversi Stati membri; è, invece, possibile che si verifichi la seconda circostanza negli ambiti di intervento in cui l'Unione europea ha la competenza ad emanare in via diretta sanzioni coercibili nei confronti degli autori della violazione, come in materia di concorrenza, nel caso in cui sia le autorità di uno Stato membro che la Commissione irrogano sanzioni punitive nei confronti dell'autore della violazione.

Il principio del *ne bis in idem*, riconosciuto quale principio generale di diritto²⁴⁹², è stato fin da subito fortemente radicato nel diritto dell'Unione. Prima che l'accordo di *Schengen* e la Decisione quadro sul Mandato di Arresto Europeo lo proclamassero come limite all'esercizio dello *ius puniendi* degli Stati membri, precedentemente all'entrata in vigore del Protocollo n. 7 della CEDU, la giurisprudenza della Corte di giustizia aveva applicato tale principio nel campo del diritto della concorrenza e nell'ambito della giurisprudenza sulla funzione pubblica dell'Unione²⁴⁹³.

2490Si leggano, in tal senso, le conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 19 settembre 2002, nella causa *Gözütok e Brügge*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, in *Racc.* p. I-1345, par. 54-55.

2491In particolare, sulla riluttanza degli Stati a riconoscere il medesimo valore alla *res judicata* di una decisione resa in un altro Stato membro, si legga H. VAN DER WILT, *The European Arrest Warrant and the Principle Ne Bis In Idem*, in R. BLEKXTOON, V. VAN BALLEGOOIJ (a cura di), *Handbook on the European Arrest Warrant*, L'Aja, T.M.C. Asser Press, 2005, p. 100 e seguenti, il quale individua tre principali ragioni.

2492In tal senso le sentenze *Limburgse Vinyl Maatschappij e a. c. Commissione*, ("LVM"), del 15 ottobre 2002, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, in *Racc.* p. I-8375, par. 59, nonché sentenza *Showa Denko c. Commissione* ("Showa Denko"), del 29 giugno 2006, causa C-289/04 P, in *Racc.* p. I-5859, par. 50.

2493Si leggano, al riguardo le sentenze della Corte del 5 maggio 1966, *Gutmann c. Commissione CEEA*, procedimenti

In seguito, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio ha acquisito, grazie all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali²⁴⁹⁴, il rango di diritto fondamentale dell'Unione²⁴⁹⁵. Occorre in tale sede verificare quale portata rivesta il principio del *ne bis in idem* a livello europeo, in particolare, nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. A tal riguardo sono sorti numerosi problemi interpretativi concernenti la portata applicativa dei due requisiti del “bis” e dell’“idem”, nonché della cosiddetta clausola di esecuzione contenuta nell'art. 54 della CAAS.

La definizione dei parametri su cui si fonda il principio del *ne bis in idem* riflette il giudizio di bilanciamento tra la necessità che gli Stati garantiscano una risposta sanzionatoria efficiente e definitiva che, ai fini della certezza giuridica, sia riconosciuta su tutto il territorio dell'Unione, da un lato, e l'esigenza di assicurare che l'autore della violazione non sia punito due volte per la commissione dello stesso reato, dall'altro²⁴⁹⁶.

La *ratio* sottesa al principio del *ne bis in idem* è, quindi, funzionale ad assicurare allo stesso tempo il rispetto dello Stato di diritto e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. Nel primo senso, il principio serve a tutelare l'autorità della cosa giudicata all'interno dell'ordinamento dello Stato membro e, quindi, l'autorità della decisione definitiva stessa e con essa l'autorevolezza dell'autorità giudicante che l'ha resa; se la *res judicata* non assumesse carattere definitivo, questo potrebbe provocare la mancata legittimazione dello Stato²⁴⁹⁷. Nel secondo senso, il divieto di *bis in idem* assolve la funzione di proteggere l'individuo dal possibile abuso dello *ius puniendi* da parte dello Stato: lo Stato non può avere il diritto di far vivere l'autore di un reato in uno stato di perenne

18/65 e 35/65, in *Racc.* p. 142, in materia di funzione pubblica, e del 15 luglio 1970, *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa 45/69, in *Racc.* p. 769, nel settore della concorrenza. Per una descrizione attenta del principio del *ne bis in idem* nell'ambito dell'evoluzione storica del diritto dell'Unione, si leggano le Conclusioni relative alla causa *Gözütok e Brügge*, rassegnate dall'Avvocato Generale Ruiz Jarabo Colomer (Conclusioni presentate il 19 settembre 2002, *Gözütok e Brügge*, sentenze dell'11 febbraio 2003, causa C-187/01 e C-385/01, in *Racc.* p. I-1345, paragrafi 47 e seguenti) e le Conclusioni presentate dall'avvocato generale Kokott nelle conclusioni relative alla causa *Toshiba* (Conclusioni presentate l'8 settembre 2011, *Toshiba Corporation* (sentenza del 14 febbraio 2012, causa C-17/10), paragrafi 96 e seguenti).

2494L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rubricato “Diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato” stabilisce: “Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

2495In tal senso si è espresso anche l'Avvocato Generale Juliane Kokott, nelle Conclusioni presentate il 15 dicembre 2011, in relazione alla causa C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*, del 5 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 13. Sulla rilevanza della codificazione del principio nella Carta, l'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nelle Conclusioni presentate il 12 giugno 2012, nella causa C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 48, afferma che “La codificazione dei diritti fondamentali dell'Unione, sebbene coesista con le altre componenti dell'articolo 6 TUE, ha conseguenze specifiche. In particolare, la Carta rende visibili alcuni “collegamenti di significato” (*Sinnzusammenhänge*) che, in un sistema di diritti a carattere principalmente giurisdizionale, rimangono in qualche modo in penombra”.

2496Sul punto, si legga C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*, in *ICLQ*, vol. 48, 1999, pp. 779–804; B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, cit., p. 25 e seguenti; V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, p. 458 e seguenti.

2497In tal senso, si legga C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions*, cit., pp. 780-781.

incertezza e turbamento, sottoponendolo indefinitamente al rischio di essere perseguito nuovamente a causa della commissione del medesimo fatto di reato²⁴⁹⁸. La situazione inversa porterebbe ad una situazione di costante incertezza e trasformerebbe il cittadino in un perenne sospettato, erodendo la fiducia sussistente tra l'individuo e lo Stato.

Il principio del *ne bis in idem* è, quindi, altresì necessario per rafforzare il legame di fiducia sussistente tra l'individuo e lo Stato; in tal modo quest'ultimo conserva la funzione che gli è propria garantendo la sicurezza dei propri cittadini tramite l'emanazione di sentenze penali effettive e definitive.

La delimitazione dei confini del principio del *ne bis in idem* è quindi fondamentale sia per rafforzare il rapporto di fiducia tra Stato e cittadino, che per creare uno Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, in cui sussista la fiducia reciproca sia tra gli Stati membri e le competenti autorità giurisdizionali nazionali degli altri Stati membri, che tra cittadini e Stati membri, considerati nel loro complesso come Stati facenti parte di un unico spazio giudiziario comune²⁴⁹⁹.

La duplice dimensione del principio a livello europeo è stata evidenziata anche dall'Avvocato Generale Colomer nella causa *Gözütok e Brügger*. L'Avvocato Generale, prima di ricostruire la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio del *ne bis in idem*, ha affermato che “alla base di questo principio si trovano due pilastri fondamentali di ogni sistema giuridico. Il primo è la certezza del diritto, l'altro, il principio di equità. Una volta che l'autore dell'infrazione sia stato giudicato e punito, egli deve poter essere certo che con l'esecuzione della pena ha definitivamente espiato la sua colpa, e non deve quindi temere di andare incontro ad una nuova sanzione. Nel caso in cui venga assolto, egli deve essere altrettanto certo che non verrà aperto un altro procedimento allo scopo di giudicarlo di nuovo”²⁵⁰⁰.

Nello studiare le fonti che disciplinano il principio del *ne bis in idem*, bisogna innanzitutto rilevare che non esiste alcuna regola di diritto internazionale che prescriva di rispettare il divieto del *ne bis in idem* e che, quindi, l'ambito di applicazione del principio, così come i suoi limiti sono disciplinati in base a convenzioni o accordi internazionali.

Le fonti che disciplinano il principio possono essere di tre generi: le convenzioni di diritto internazionale sui diritti umani, gli atti che prevedono le regole di disciplina dei Tribunali internazionali penali, e gli accordi multilaterali che regolano la cooperazione giudiziaria in materia

2498Al proposito, si legga M. FLETCHER, *The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response*, in *Yearbook of European Law*, Glasgow, 2007, p. 10. Occorre, al proposito, evidenziare che nei Paesi con tradizione di *common law* il principio del *ne bis in idem* è visto primariamente come un principio posto a tutela dei diritti dell'individuo.

2499Si legga, al riguardo, J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, 2013, pp.211–229 ; R. ROTH, *Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes?*, in S. BRAUM, A. WEYEMBERGH (a cura di), *Le Controle Juridictionnel dans l'Espace Pénal Européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 121–141.

2500Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 19 settembre 2002, nella causa *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, in *Racc.* p. I-1345, par. 49.

penale, chiamati anche di mutua assistenza. A livello europeo a tali strumenti si aggiunge la disciplina ora prevista dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, come previsto dall'articolo 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Tale disposizione non può essere inserita nel catalogo dei tradizionali trattati internazionali sui diritti umani in quanto, come noto, i “Trattati fondativi dell’Unione hanno dato vita, diversamente dai trattati internazionali ordinari, ad un ordinamento giuridico nuovo, dotato di proprie istituzioni, a favore del quale gli Stati che ne sono membri hanno limitato, in settori sempre più ampi, i propri poteri sovrani, e che riconosce come soggetti non soltanto tali Stati, ma anche i cittadini degli stessi”²⁵⁰¹.

4.1.1.1.64 Il principio di *ne bis in idem* nella Convenzione europea dei diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali

La Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali (CEDU) non conteneva in origine alcuna disposizione sul *ne bis in idem*. Quest'ultimo è stato riconosciuto solamente con l’art. 4 del Protocollo addizionale n. 7 alla CEDU, aperto alla firma il 22 novembre 1984 ed entrato in vigore il 1° novembre 1988. Tra gli altri diritti, l’articolo 4 disciplina la garanzia del *ne bis in idem* con il proposito, secondo le spiegazioni del Protocollo elaborate dal Consiglio d’Europa, di dare espressione al principio in virtù del quale nessuno deve essere giudicato in un procedimento penale per un delitto per il quale sia stato già condannato o assolto in precedenza con sentenza passata in giudicato²⁵⁰².

A differenza di altri diritti riconosciuti dalla CEDU, il diritto previsto dall’articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU non è stato unanimemente accettato dagli Stati firmatari della Convenzione, tra i quali figurano vari Stati membri dell’Unione. Il Protocollo, infatti, non è stato ancora ratificato dalla Germania, dal Belgio, dai Paesi Bassi e dal Regno Unito. Inoltre, il Lussemburgo, così come la Francia hanno formulato riserve al momento della ratifica. La Francia, in particolare ha formulato una riserva all’articolo 4 del citato protocollo, limitando la sua applicazione unicamente agli illeciti di natura penale²⁵⁰³. Analogamente, all’atto della firma, la Germania, l’Austria, l’Italia e il

2501Corte di Giustizia, parere di adesione alla CEDU 2/13, del 18 dicembre 2014, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 157.

2502L’art. 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU letteralmente recita: “*Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell’articolo 15 della Convenzione*”.

2503Nella riserva depositata il 17 febbraio 1986 è precisato: “*Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent Protocole*”.

Portogallo hanno formulato varie dichiarazioni in merito alla stessa circostanza: la portata limitata dell'articolo 4 del protocollo n. 7, la cui protezione copre unicamente la duplice sanzione "penale" ai sensi dell'ordinamento interno²⁵⁰⁴. La formulazione di tali riserve ad opera di molti Stati membri indica con sufficiente chiarezza che i problemi sussiste un'elevata mancanza di accordo e consenso degli Stati membri in merito al divieto di duplicare la risposta punitiva statale, sia per quanto riguarda le sanzioni amministrative che penali. Il duplice interesse a mantenere un potere punitivo sia amministrativo che penale fornisce una spiegazione del motivo per cui attualmente siano molti gli Stati membri che rifiutano, in una maniera o nell'altra, di sottomettersi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come preciseremo, si è evoluta in un senso che esclude la doppia imposizione di una sanzione penale e di una sanzione amministrativa in capo al medesimo soggetto per il medesimo fatto di reato.

Con la propria giurisprudenza relativa all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ampliato l'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* ai procedimenti e alle sanzioni repressive sostanzialmente penali, pur se formalmente amministrative. La Corte EDU ha ritenuto il termine "*criminal proceedings*" contenuto nell'articolo 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU equiparabile a fini interpretativi all'espressione "*criminal charge*" contenuta nell'articolo 6 della CEDU, al fine estendere le garanzie degli articoli 6 e 7 della CEDU a sanzioni classificate formalmente come amministrative²⁵⁰⁵. Utilizzando i cosiddetti criteri *Engel*²⁵⁰⁶, la Corte EDU ha ampliato la sfera applicativa dell'art. 6 CEDU, includendo nella nozione di *criminal charge* contenuta nella disposizione anche tutte quelle sanzioni formalmente amministrative che rivestono, tuttavia, in concreto, carattere penale²⁵⁰⁷. Di conseguenza, in base a tale giurisprudenza il principio

2504La formulazione di tali dichiarazioni ricalca praticamente quella della Repubblica francese, con alcune varianti. Ciononostante, si deve tenere presente che la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella causa *Gradinger c. Austria*, ha dichiarato l'invalidità della dichiarazione austriaca relativa all'articolo 4 del protocollo n. 7 della CEDU (par. 49-51), sebbene per motivi formali e sulla base della giurisprudenza avviata con la decisione *Belilos c. Svizzera*, ricorso n. 10328/83, del 29 aprile 1988. Al riguardo, v. I. CAMERON, F. HORN, *Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case*, in *German Yearbook of International Law*, 33, 1990, e G. COHEN-JONATHAN, *Les réserves à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Revue Générale de Droit International Public*, T. XCIII, 1989. Le dichiarazioni e le riserve possono essere consultate sul sito internet www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.aspNT=117&CM=8&DF=11/01/2013&CL=ENG&VL=1.

2505Corte EDU sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, dell'8 giugno 1976, par. 82.

2506Corte Europea dei Diritti umani, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, dell'8 giugno 1976, par. 82. Come noto, fin dalla pronuncia di tale sentenza, la Corte EDU ha utilizzato tre criteri per valutare se una determinata sanzione abbia carattere penale ai sensi degli articoli 6 e 7 della CEDU: la qualificazione dell'infrazione nel diritto nazionale, la natura dell'infrazione e l'intensità della sanzione inflitta al contravventore. Nello stesso senso si leggano le pronunce successive *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984; *Lauko c. Slovacchia*, ricorso n. 26138/95, del 2 settembre 1998, e *Jussila c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01, del 23 novembre 2006. Gli ultimi due criteri sono alternativi, ma la Corte europea dei diritti dell'uomo può, in funzione delle circostanze del caso, valutarli congiuntamente.

2507Si veda, in tal senso la decisione della Corte EDU nel caso *Jussila c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01, del 23 novembre 2006; *Zaicevs c. Lettonia*, ricorso n. 65022/01, del 31 luglio 2007; *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011; nonché, più recentemente, decisione *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, del 4 marzo 2014.

del *ne bis idem* ha, nell'ambito di applicazione dell'art. 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU, visto estendersi la propria sfera applicativa giungendo a ricomprendere anche le fattispecie sostanzialmente penali, ma formalmente amministrative²⁵⁰⁸.

Nonostante la giurisprudenza della Corte EDU sia molto garantista in tal senso, avendo fornito un'interpretazione di “procedimento penale” che abbraccia tutte le ipotesi sanzionatorie che, indipendentemente dalla qualificazione ad esse fornita, rivestano in concreto carattere penale, occorre rilevare che, come visto sopra, l'articolo 4 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU non assume valore vincolante nei confronti degli Stati membri che non lo hanno ancora ratificato e, inoltre, la disposizione in materia di *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo settimo si applica soltanto in seno alla giurisdizione di ogni singolo Stato, dovendosene escludere l'operatività in ambito transnazionale.

Alla luce di tali considerazioni sorgono, quindi, dubbi circa l'effettiva protezione delle persone fisiche e giuridiche dal rischio di un doppio giudizio per la stessa infrazione all'interno del mercato unico europeo. Sorgono, quindi, spontanei i seguenti interrogativi: quale protezione transnazionale fornisce il principio del *ne bis in idem* ai cittadini europei?

Considerati i limiti che abbiamo sopra evidenziato, l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU non è in grado di fornire un'adeguata protezione dal rischio del doppio giudizio alle persone fisiche e giuridiche nello spazio giuridico europeo. Garantire il divieto del *ne bis in idem* nello spazio giuridico europeo risulta, tuttavia, di fondamentale importanza al fine di aumentare il livello di fiducia dei cittadini europei nel mercato unico europeo e al fine di assicurare il libero godimento delle quattro libertà fondamentali. Non stupisce, quindi, che la Corte di Giustizia si sia occupata del problema dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* a livello transnazionale già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e prima che venisse attribuita all'allora Comunità europea la competenza in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale.

4.1.1.1.65 Il principio di *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La Corte di giustizia ha, per la prima volta applicato il principio del *ne bis in idem* nella sentenza *Gutmann*²⁵⁰⁹, inerente l'attivazione di due procedimenti disciplinari a carico di un dipendente per i medesimi fatti. In tal caso, tuttavia, era stata valutata la violazione del principio all'interno del

²⁵⁰⁸Tali requisiti sono stati applicati alle sanzioni tributarie pecuniarie (in tal senso, si leggano le sentenze *Västberga Taxi Aktiebolag e Vulic c. Svezia*, ricorso n. 36985/97, del 23 luglio 2002, e *Janosevic c. Svezia*, ricorso n. 34619/97, del 23 luglio 2002) e la Corte EDU ha confermato che questo tipo di misure rientra nella categoria di una sanzione di carattere “penale” ai sensi degli articoli 6 e 7 della CEDU e, per estensione, dell'articolo 4 del suo protocollo n. 7. Si legga, al riguardo, la sentenza *Zolotukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, del 10 febbraio 2009.

²⁵⁰⁹Corte di Giustizia, decisione *Gutmann c. Commissione CEEA*, cause riunite 18/65 e 35/65, del 5 maggio 1966, in *Racc.* p. 141.

medesimo sistema giuridico. È solo con le sentenze *Wilhelm*²⁵¹⁰ e *Boehringer*²⁵¹¹ che la Corte di Giustizia si è occupata della dimensione transnazionale del principio del *ne bis in idem*, ossia dell'efficacia dello stesso quando i due diversi procedimenti sanzionatori sono stati promossi in due Stati diversi.

Ai fini che in tale sede interessano, occorre tenere distinte le pronunce della Corte di Giustizia relative al principio del *ne bis in idem* in ambito di concorrenza da quelle emanate in relazione agli articoli 54-58 della Convenzione intergovernativa del 1990 di attuazione dell'Accordo di Schengen del 1985 (CAAS), come integrato dal Trattato di Amsterdam nel Terzo pilastro. La giurisprudenza della Corte in tale ambito è limitata allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e si occupa del *ne bis in idem* transnazionale in materia penale, come elaborato nell'art. 54 della CAAS.

Pur se in tale sede non esamineremo in modo esaustivo gli approdi interpretativi raggiunti dalla Corte in materia di concorrenza²⁵¹², ci riferiremo a grandi linee alla giurisprudenza della Corte sul principio del *ne bis in idem* per quanto risulta utile a comprendere l'evoluzione dei contenuti del principio nella giurisprudenza della Corte e per quanto riguarda gli elementi in comune che la materia, almeno in linea teorica, condivide con l'istituenda Procura europea.

In caso di istituzione della Procura europea, potrebbero, infatti, sorgere problemi simili per quanto concerne il cumulo di sanzioni emesse da un organo europeo e dalle autorità degli Stati membri. In tale evenienza potrebbe anche verificarsi il medesimo problema verificatosi in ambito di concorrenza per quanto riguarda il cumulo di sanzioni amministrative e penali e l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* al caso in esame. Fermo restando che le sanzioni irrogate dalla Procura europea rivestirebbero natura penale, essendo quest'ultimo un organo requirente che svolge la propria funzione esercitando l'azione penale, gli Stati membri potrebbero prevedere per lo stesso tipo di lesione agli interessi finanziari dell'Unione sanzioni di tipo amministrativo, nel caso in cui, come previsto dall'attuale proposta in discussione al Consiglio, la competenza dello stesso e la definizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione sia determinata mediante direttiva e non regolamento. In tal caso, infatti, gli Stati membri possono scegliere quale tipo di sanzione applicare per punire la condotta criminosa²⁵¹³; lo Stato potrebbe, quindi, anche scegliere di emanare

2510Corte di Giustizia, decisione *Walt Wilhelm c. a.*, causa 14/68, del 13 febbraio 1969, in *Racc.* p. 1.

2511Corte di Giustizia, decisione *Boehringer Mannheim c. Commissione* causa 45/69, del 15 luglio 1970, in *Racc.* p. 769. Si legga, inoltre, la sentenza *Boehringer Mannheim c. Commissione*, detta “*Boehringer II*”, causa 7/72, del 14 dicembre 1972, in *Racc.* p. 1281, nonché le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Mayras in data 29 novembre 1972, in *Racc.* p. 1291.

2512Si legga, al riguardo, W. WILS, *The principle of “ne bis in idem” in EC Antitrust Enforcement: a Legal and Economic Analysis*, 2003/2, *World Competition*; J. TOMKIN, *Article 50*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 1399 e seguenti; B. VAN BOCKEL, *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, cit., p. 72 e seguenti, p. 140 e seguenti; J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, tesi di dottorato Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005, non pubblicata, p. 421; G. DI FEDERICO, *EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem*, in *European Public Law* 17, n. 2, 2011, pp. 241–260.

2513Corte di Giustizia, *Louloudakis c. Stato ellenico*, causa C-262/99, del 12 luglio 2001, in *Racc.* I-5573, par. 61 e

una sanzione amministrativa e non penale.

In ambito di concorrenza, la Corte di Giustizia ha esaminato i casi in cui si era verificato un cumulo tra le sanzioni irrogate dalla Commissione e quelle applicate dalle autorità garanti della concorrenza nazionali. Pur affermando con chiarezza che il principio del *ne bis in idem* assurge a principio generale del diritto europeo²⁵¹⁴, la Corte di Giustizia dell'UE ha espresso una propria interpretazione del principio per quanto riguarda la materia concorrenziale che assume tratti peculiari rispetto ad altri ambiti, tra cui la cooperazione giudiziaria in materia penale; in tale ambito, infatti, la Corte non esclude a priori la doppia azione penale, né l'imposizione di una doppia punizione.

Secondo la Corte, infatti, “il diritto comunitario e il diritto nazionale in materia di intese considerano le intese sotto aspetti diversi. (...) L'art. [85] considera infatti le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio tra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato, considerano le intese in un ambito più ristretto”²⁵¹⁵. La Corte di Giustizia ha, quindi, ritenuto ammissibile che la legalità di un'intesa venga esaminata contemporaneamente in base al diritto nazionale e alla legislazione europea, accettando che tale duplice scrutinio porti a sanzionare due volte uno stesso soggetto per la medesima condotta²⁵¹⁶. L'assenza di contraddizione tra l'affermazione secondo cui il principio del

seguenti, in cui si legge che “in assenza di armonizzazione della normativa comunitaria nel settore delle sanzioni applicabili in caso di inosservanza delle condizioni previste da un regime istituito da tale legislazione, gli Stati membri possono scegliere le sanzioni che sembrano loro appropriate. Essi tuttavia sono tenuti ad esercitare questa competenza nel rispetto del diritto comunitario e dei suoi principi generali e, di conseguenza, nel rispetto del principio di proporzionalità (v., in particolare, sentenze 16 dicembre 1992, citata, Commissione/Grecia, punto 19, e la giurisprudenza citata; 26 ottobre 1995, causa C-36/94, Siesse, Racc. pag. I-3573, punto 21, e 7 dicembre 2000, causa C-213/99, De Andrade, Racc. pag. I-11083, punto 20). Infatti, le misure amministrative o repressive non devono esulare dai limiti di quanto è strettamente necessario agli obiettivi perseguiti e una sanzione non deve essere così sproporzionata rispetto alla gravità dell'infrazione da risolversi in un ostacolo alle libertà sancite dal Trattato (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1992, Commissione/Grecia, citata, par. 20)”.

2514 In quanto principio generale del diritto europeo, il principio del *ne bis in idem* non è limitato a sanzioni aventi natura penale, ma si applica anche alle sanzioni di natura amministrativa, quali quelle in materia di concorrenza. Si leggano, in tal senso le seguenti decisioni della Corte di Giustizia: sentenza *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa 7/72, del 14 dicembre 1972, in Racc. p.1281; sentenza *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-251/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, del 15 ottobre 2002, in Racc. p. 8375, par. 59.

2515 Corte di Giustizia, decisione *Walt Wilhelm c a.*, causa 14/68, cit., par. 3.

2516 La Corte di Giustizia in *Walt Wilhelm c a.*, causa 14/68, cit., par. 11, ha, in particolare affermato che “the special system of sharing jurisdiction between the Community and the Member States with regard to cartels” prevista nel Regolamento del Consiglio 17/62 non preclude la possibilità di attivare due diversi procedimenti, ognuno dei quali persegua diversi fini. A tal proposito, occorre, tuttavia, precisare che nel caso *Walt Wilhelm* la Corte di Giustizia non applicò il principio del *ne bis in idem*, in quanto, secondo la Corte la fattispecie sottoposta al suo esame non presentava quell'identità di obiettivi da tutelare rispetto alla quale si impone l'applicazione del principio. D'altra parte, da tale pronuncia si evince che, secondo la giurisprudenza comunitaria, anche nei casi in cui non opera il ricordato principio ed è legittimo infliggere una doppia sanzione, “un'esigenza generale di equità (...) implica che si tenga conto, nel determinare la sanzione, delle decisioni repressive anteriori” (*Anrechnungsprinzip*) (paragrafo 11). Una previsione simile è contenuta nell'art. 56 della Convenzione. Come chiarisce l'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni presentate il 19 settembre 2002 nella causa *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, cit., nota 19, “in tali casi, anche se si parla di applicazione del principio del *ne bis in idem* (*Anrechnungsprinzip* o “principio della considerazione dei precedenti”), si tratta in realtà di un'altra cosa. [omissis...], il principio sul quale focalizzo l'attenzione non è una norma processuale che viene utilizzata come lenitivo in funzione della proporzionalità, quando una persona è sottoposta a duplice procedimento e sanzionata due volte per la medesima condotta, bensì una garanzia fondamentale dei cittadini che osta all'emissione di una seconda decisione in merito alla stessa causa (*Erledigungsprinzip* o “principio di esaurimento del procedimento”).

ne bis in idem preclude in materia di concorrenza di considerare colpevole o di iniziare un procedimento una seconda volta contro un'impresa che è già stata condannata o dichiarata non colpevole sulla base di una precedente sentenza definitiva per la commissione di comportamenti anti-competitivi²⁵¹⁷ e la circostanza che la medesima impresa venga sanzionata sia dalla Commissione che dall'Autorità garante della concorrenza di uno Stato membro è spiegata dalla diversa interpretazione e il diverso approccio che la Corte di Giustizia adotta in relazione al concetto di “*idem*” nell'ambito del diritto della concorrenza e in materia penale.

In materia di concorrenza, la Corte ha infatti stabilito che “circa il rispetto del principio del “*ne bis in idem*”, si deve rammentare che l'applicazione di tale principio è soggetta ad una triplice condizione di identità dei fatti, di unità del contravventore e di unità dell'interesse giuridico tutelato. Tale principio vieta quindi di sanzionare lo stesso soggetto più di una volta per un medesimo comportamento illecito, al fine di tutelare lo stesso bene giuridico”²⁵¹⁸. Nell'ambito della concorrenza la Corte ha, quindi, confinato l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* ad un numero limitato di situazioni.

Come ha affermato l'Avvocato Generale Colomer nella causa *Bourquain* la “Corte ha attribuito diversa ampiezza al principio del *ne bis in idem*, secondo che esso attenga al settore della concorrenza o al “terzo pilastro” dell'Unione europea: in entrambi i casi ha affermato il divieto della doppia condanna, ma solo nel secondo caso ha esteso il principio alla possibilità di sottoporre qualcuno a giudizio due volte per il medesimo fatto (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*)”²⁵¹⁹.

In base all'interpretazione della Corte di Giustizia, infatti, l'espressione “medesimi fatti” contenuta nell'art. 54 della CAAS, si riferisce “all'aspetto materiale dei fatti in causa, restando esclusa la loro qualificazione giuridica”²⁵²⁰; per cui, conformemente a quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU, la Corte afferma espressamente che, in assenza dell'armonizzazione delle discipline penali nazionali, “un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti”²⁵²¹, per cui “l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro”²⁵²².

2517Corte di Giustizia *LVM NV*, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-251/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, cit., par. 59. Tale principio è stato ribadito sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU, tra cui, *ex multis*, *Franz Fischer v. Austria*, ricorso n. 37950/97, del 29 maggio 2001, par. 29.

2518In tal senso Corte di Giustizia *Aalborg Portland e A. c. Commissione*, cause riunite C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P E C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-123, par. 338.

2519Conclusioni presentate in data 8 aprile 2008 dall'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer nella causa *Staatsanwaltschaft Regensburg c. Bourquain*, C-297/07, in *Racc.* I-9425, par. 33.

2520Corte di Giustizia *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, in *Racc.* p. I-2333, par. 27. Per approfondire l'argomento, si legga, inoltre B. VAN BOCKEL, *Common Market Law Review* 45, 2008, p. 223.

2521Corte di Giustizia, *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, cit., par. 35.

2522Corte di Giustizia, *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, cit., par. 36.

In disparte il rilievo²⁵²³ secondo cui l'interpretazione dell'*idem factum* fornita dalla Corte di giustizia dell'UE in materia di concorrenza contrasterebbe con la definizione fornita dalla Corte EDU nel recente caso *Zolotukhin c. Russia*²⁵²⁴, occorre prendere atto della diversa impostazione adottata dalla Corte nei due diversi ambiti di applicazione.

Fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e alla conseguente acquisizione di valore vincolante da parte della Carta, il cui articolo 50 disciplina espressamente il principio del *ne bis in idem*, il rispetto del divieto di doppia incriminazione a livello europeo era garantito dall'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 14 giugno 1985, tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, firmata a Schengen (Lussemburgo) il 19 giugno 1990 (in prosieguo, "CAAS")²⁵²⁵.

Conformemente a quanto precisato dall'Avvocato Generale Colomer, l'art. 54 della CAAS "ha lo scopo di evitare che una persona, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione, sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri"²⁵²⁶. In quest'ottica, la Corte ha interpretato il principio del *ne bis in idem* previsto dall'art. 54 CAAS estensivamente, cercando di assicurare un elevato livello di certezza giuridica al fine di garantire la libertà di circolazione in uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Una tale interpretazione estensiva del principio da parte della Corte di Giustizia, pur in assenza di armonizzazione della legislazione degli Stati membri, si fonda sull'assunto che esiste un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. La Corte di Giustizia ha, infatti, sottolineato l'importanza della fiducia reciproca quale elemento chiave nell'attuazione dell'art. 54 della Convenzione, dichiarando che ogni Stato deve accettare l'applicazione del diritto penale vigente negli altri, anche quando il proprio diritto condurrebbe a soluzioni diverse²⁵²⁷. Nell'ottica di creare "un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa" l'obiettivo di assicurare l'effettivo godimento della libertà di movimento declinata nelle quattro libertà fondamentali riconosciute dai Trattati assume prevalenza rispetto alle istanze nazionali legate ad un antiquato concetto di territorialità e sovranità in base alle quali all'interno del territorio dello Stato sono riconosciute solamente le decisioni emesse dalle

2523 In tal senso J.A.E. VERVAELE, *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU*, in *Review of European Administrative Law*, 2013-1, Vol. 6, pp. 113-134; J.A.E. VERVAELE, *El principio non bis in idem en Europa*, in L. ARROYO, A. NIETO (a cura di), *La orden de detención y entrega europea*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 229.

2524 Corte EDU, sentenza *Zolotukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, del 10 febbraio 2009.

2525 La Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985, firmata il 19 giugno 1990 è stata pubblicata nella GU 2000, L 239, p. 19.

2526 Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 19 settembre 2002, nella causa *Gözütok e Brügge*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, cit., par. 38.

2527 Secondo l'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer "dal punto di vista degli effetti, la ratio della fiducia reciproca assume toni utilitaristici quando si applica al principio del reciproco riconoscimento". In tal senso si leggano le conclusioni rassegnate in data 8 aprile 2008 nella causa *Staatsanwaltschaft Regensburg c. Bourquain*, C-297/07, cit., par. 41.

autorità giudiziarie del medesimo. La Corte ha adottato tale argomento teleologico nell'interpretare ambedue gli elementi del “bis” e dell’“idem”.

Per quanto riguarda il concetto di “bis”, la Corte, in considerazione dell'oggetto e della finalità dell'art. 54 CAAS, ha interpretato l'espressione “giudicata con sentenza definitiva”, nel senso che, oltre alle sentenze di condanna²⁵²⁸, sono ricompresi in tale locuzione anche le procedure di estinzione dell'azione penale che non prevedono l'intervento di nessun giudice²⁵²⁹ e i casi di assoluzione definitiva per prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale²⁵³⁰.

Il ragionamento che porta la Corte a formulare tali conclusioni muove principalmente dall'argomento teleologico secondo cui “l'attuazione nell'ambito dell'Unione europea dell'*acquis* di Schengen, di cui fa parte l'art. 54 della CAAS, mira a promuovere l'integrazione europea e, in particolare, a consentire all'Unione di trasformarsi più rapidamente in uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, che quest'ultima ha lo scopo di conservare e sviluppare”²⁵³¹. In tale contesto, da un attento esame dell'art. 54 della CAAS, la Corte rileva che esso ha lo scopo di evitare che una persona sia sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti sul territorio di più Stati membri, per il fatto di esercitare il suo diritto alla libera circolazione²⁵³².

La Corte rigetta, inoltre l'argomento secondo cui non sarebbe possibile equiparare un provvedimento transattivo o una decisione di proscioglimento per decorso del termine prescrizionale ad una sentenza definitiva di condanna o di assoluzione, in assenza di una legislazione armonizzata delle seguenti forme di risoluzione delle controversie nel processo penale, adducendo due ordini di ragioni. Il primo argomento è di tipo letterale; secondo la Corte, infatti, poiché nessuna disposizione del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, i cui articoli 34 e 31 sono stati indicati come

2528La Corte di Giustizia aveva già affermato nella sentenza *Van Straaten*, causa C-150/05, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9327, par. 56, che la proposizione principale contenuta nell'unica frase che costituisce l'art. 54 della CAAS non fa alcun riferimento al contenuto della sentenza diventata definitiva; motivo per cui essa non è applicabile alle sole sentenze di condanna. Nella stessa decisione *Van Straaten* (al paragrafo 62) la Corte aveva perciò ritenuto che il principio *ne bis in idem*, sancito all'art. 54 della CAAS, andasse altresì applicato in riferimento ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato contraente con cui un imputato viene definitivamente assolto per insufficienza di prove.

2529In tal senso la Corte si è espressa nella causa *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, dell'11 febbraio 2003, in *Racc.* p. I-1378, par. 48, in cui la Corte afferma letteralmente che “*Alla luce di tutte le precedenti considerazioni occorre rispondere alle questioni proposte dichiarando che il principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della CAAS, si applica anche nell'ambito di procedure di estinzione dell'azione penale, quali quelle di cui trattasi nelle cause principali, in forza delle quali il Pubblico ministero di uno Stato membro chiude, senza l'intervento di un giudice, un procedimento penale promosso in questo Stato dopo che l'imputato ha soddisfatto certi obblighi e, in particolare, ha versato una determinata somma di denaro, stabilita dal Pubblico ministero*”.

2530In tal senso, si veda Corte di Giustizia *Gasparini e altri*, causa C-467/04, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9245, par. 33, in cui la Corte afferma che “*Dalle considerazioni che precedono risulta che occorre risolvere la prima questione nel senso che il principio ne bis in idem, sancito all'art. 54 della CAAS, si applica a una decisione di un giudice di uno Stato contraente, pronunciata in seguito all'esercizio di un'azione penale, con cui un imputato viene definitivamente assolto in ragione della prescrizione del reato che ha dato luogo al procedimento penale*”.

2531Corte di Giustizia *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, cit., par. 5 e 37.

2532Corte di Giustizia *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, cit., par. 35-38. In tal senso si leggano anche le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in data 19 settembre 2002, nella causa *Gözütok e Brügger*, in *Racc.* p. I-1347, par. 42-47.

fondamento normativo degli articoli 54-58 della CAAS, né dell'Accordo di Schengen o della stessa CAAS assoggetta l'applicazione dell'art. 54 all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nei settori dalla stessa presi in esame, non vi è alcun obbligo interpretativo in tal senso²⁵³³. In secondo luogo, valorizzando nuovamente il dato teleologico, la Corte aggiunge che il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti, anche quando il ricorso al suo diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse²⁵³⁴.

Secondo il ragionamento della Corte, pertanto, in assenza di armonizzazione della legislazione penale degli Stati membri, la fiducia reciproca tra gli Stati membri è presunta. La fiducia reciproca è presunta anche nell'ambito del sistema di mandato di arresto europeo ma, mentre, in tal caso, come avremo modo di approfondire nel prossimo capitolo²⁵³⁵, tale presunzione mette a rischio la protezione dei diritti fondamentali a livello europeo, nell'ambito del principio del *ne bis in idem* serve a rafforzare la protezione degli stessi nello spazio giudiziario europeo²⁵³⁶.

Nel definire il contenuto dell'“*idem*”, la Corte ha altresì utilizzato l'argomento teleologico e sistematico per indicare i casi in cui non si applica il principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 54 della CAAS. In particolare, ha implicitamente riconosciuto che in alcuni peculiari casi, nonostante la nozione del *ne bis in idem* assuma un contenuto autonomo a livello europeo, si debba tener conto della disciplina nazionale al fine di determinare se una sentenza possa ritenersi o meno definitiva.

In un caso, sulla scorta dell'argomento secondo cui “anche se l'art. 54 della CAAS mira a garantire che una persona che è stata condannata e ha scontato la sua pena o, se del caso, che è stata definitivamente assolta in uno Stato contraente possa circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguita per gli stessi fatti in un altro Stato contraente, ciò nondimeno esso non persegue la finalità di proteggere un sospettato dall'eventualità di doversi sottoporre ad ulteriori accertamenti, per gli stessi fatti, in più Stati contraenti”, afferma che “il principio *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, non si applica ad una decisione mediante la quale un'autorità di uno Stato contraente, al termine di un esame nel merito della causa sottoposta, dispone, in una fase precedente all'incriminazione di una persona sospettata di aver

2533Corte di Giustizia *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, cit., par. 35; *Gasparini e altri*, causa C-467/04, cit., par. 29; nonché *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, in *Racc.* p. I-2333, par. 29.

2534Corte di Giustizia *Gasparini e altri*, causa C-467/04, cit., par. 30 e *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, cit., par. 30.

2535Si legga, al riguardo, la Prima Parte, Titolo Primo, Capitolo Terzo, Prima Sezione.

2536Si legga, al riguardo, V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, p. 461.

commesso un reato, la sospensione del procedimento penale, qualora detta decisione di sospensione, secondo il diritto nazionale di tale Stato, non estingua definitivamente l'azione penale e non costituisca quindi un ostacolo a nuovi procedimenti penali, per gli stessi fatti, in detto Stato”²⁵³⁷.

In un'altra situazione, sulla scorta delle medesime argomentazioni afferma che “il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della CAAS, non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro che dichiara chiusa una causa dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito”²⁵³⁸, dal momento che “l'applicazione di tale articolo ad una decisione di chiudere il procedimento penale come quella di cui alla causa principale sortirebbe l'effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'imputato”²⁵³⁹ e contrasterebbe palesemente con la finalità stessa delle disposizioni del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, quale risulta dall'art. 2, primo comma, quarto trattino, UE.

La Corte ha privilegiato l'argomento teleologico, ribadendo la necessità di rafforzare la libera circolazione delle persone all'intero del territorio europeo anche nell'interpretare il concetto di “*idem*”. La Corte articola il proprio ragionamento in riferimento alla delimitazione della nozione di “medesimi fatti” in tre passaggi argomentativi che valorizzano parimente l'approccio teleologico. In primo luogo, la Corte, considerato che l'applicazione dell'articolo 54 della CAAS non è assoggettata all'armonizzazione o, perlomeno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri e che il principio del *ne bis in idem* da esso sancito presuppone che esista una fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti, sottolinea che l'eventualità di qualificazioni giuridiche divergenti dei medesimi fatti in due Stati contraenti diversi non può ostare all'applicazione dell'art. 54 della CAAS²⁵⁴⁰. Il concetto di “medesimi fatti” di cui all'articolo 54 della CAAS deve, pertanto, essere interpretato autonomamente a livello europeo, in quanto l'espressione di cui all'articolo 54 CAAS si distingue sia da quella utilizzata in altri strumenti internazionali²⁵⁴¹, che da quella contenuta nella legislazione penale di molti Stati.

2537Corte di Giustizia *Vladimir Turanský*, causa C-491/07, del 22 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-11039, par. 44-45.

2538Corte di Giustizia *Filomeno Mario Miraglia*, causa C-469/03, del 10 marzo 2005, in *Racc.* p. I-2011, par. 35.

2539Corte di Giustizia *Filomeno Mario Miraglia*, causa C-469/03, del 10 marzo 2005, cit., par. 33.

2540Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, in *Racc.* p. I-2351, par. 31.

2541Corte di Giustizia *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, cit., par. 28, in cui la Corte, in particolare, si riferisce “tanto (al)l'art. 14, n. 7, del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, quanto (al)l'art. 4 del protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (che) ricorrono alla nozione di “reato”, risultando dunque pertinente il criterio della qualificazione giuridica dei fatti come presupposto per l'applicazione del principio “*ne bis in idem*” sancito da questi ultimi strumenti”.

In secondo luogo, la Corte rileva che il diritto alla libera circolazione è efficacemente tutelato soltanto qualora l'autore di un atto sappia che, una volta condannato e scontata la pena o una volta definitivamente assolto in uno Stato membro “può circolare all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguito in un altro Stato membro nel cui ordinamento giuridico tale atto integri una distinta infrazione”²⁵⁴².

Infine, la Corte fornisce la definizione del criterio di “medesimi fatti” a livello europeo. In particolare, stabilisce che tra le tre diverse possibilità interpretative enucleate dall'Avvocato Generale²⁵⁴³, consistenti nella possibilità di identificare l’“*idem*” con i meri fatti, con la loro qualificazione giuridica o con lo scrutinio dei beni giuridici tutelati dalla norma penale, “l'unico criterio pertinente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 della CAAS è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro”, nel tempo, nello spazio, nonché per il loro oggetto²⁵⁴⁴.

L'argomento della Corte muove dal rilievo che “data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, un criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti”²⁵⁴⁵.

Occorre, tuttavia, tener conto che, sebbene la Corte di Giustizia ribadisca nella propria giurisprudenza che il principio del *ne bis in idem* deve essere interpretato autonomamente, senza tener conto delle qualificazioni dello stesso a livello nazionale, in pratica è la stessa Corte a riconoscere che il carattere definitivo della sentenza presa in considerazione debba essere stabilito in base alla legge dello Stato membro in cui la decisione è stata presa. La Corte, infatti, dopo aver ribadito che per appurare il carattere definitivo di una sentenza occorre assicurarsi che tale decisione sia stata pronunciata in seguito ad una valutazione nel merito della causa²⁵⁴⁶, nel caso *M* precisa che

2542Corte di Giustizia *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, cit., par. 34.

2543Conclusioni dell'avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 20 ottobre 2005 nella causa *Leopold Henri Van Esbroeck*, C-436/04, in *Racc.* p. I-2336, par. 43 e seguenti. In particolare, rispettivamente, al par. 46 e 47 afferma che “per le stesse ragioni deve essere respinto anche il criterio del bene giuridico protetto, poiché esso risulta talmente vincolato alle legittime opzioni delle politiche criminali nazionali da permettere che sia punito più di una volta un medesimo comportamento, frustando l'obiettivo dell'art. 54 della Convenzione” e che “se anziché i semplici fatti si prendessero in considerazione le violazioni di norme giuridiche o dei valori che queste sanciscono, il principio del *ne bis in idem* non sarebbe mai operativo a livello internazionale”.

2544La Corte di Giustizia ha ribadito che il concetto di interesse giuridico tutelato non può essere utilizzato nel definire il concetto di *idem* anche nella sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-6641, par. 33. In tal senso anche la sentenza della Corte di Giustizia *Van Straaten*, causa C-150/05, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9327, par. 48 e 53.

2545Corte di Giustizia *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, cit., par. 35-36. Nel medesimo senso, si è espressa la Corte anche nella più recente sentenza *Norma Kraaijenbrink*, causa C-367/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-06619, par. 26-36. Per un approfondimento, si legga A. WEYEMBERGH, I. ARMADA, *The Principle of ne bis in idem in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar, 2016.

2546In tal senso Corte di Giustizia, *Filomeno Mario Miraglia*, causa C-469/03, del 10 marzo 2005, cit., par. 30. In particolare, la Corte ha dichiarato che una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente, con cui un imputato è definitivamente assolto per insufficienza di prove, deve essere considerata fondata su una valutazione nel merito. Si veda, in questo senso, la sentenza *van Straaten*, C-150/05, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9350, par.

“la valutazione del carattere “definitivo” della decisione penale in oggetto deve essere effettuata sulla scorta del diritto dello Stato membro da cui questa promana”²⁵⁴⁷.

Il fatto che la definizione di cosa debba intendersi per “sentenza definitiva” nel momento in cui l'azione penale sia definitivamente “estinta” secondo la terminologia adottata dalla Corte di Giustizia²⁵⁴⁸, sia rimessa alla legislazione penale e processualpenalistica degli Stati membri rischia di diminuire l'efficacia del principio del *ne bis in idem* a livello europeo, in assenza di fiducia reciproca degli Stati nel sistema di giustizia penale degli altri Stati membri. L'assenza di un'autonoma definizione del concetto di *res judicata* a livello europeo comporta, quindi, in assenza di armonizzazione della legislazione penale degli Stati membri un possibile *vulnus* all'efficacia del principio del *ne bis in idem* a livello transnazionale.

Il bilanciamento tra fiducia reciproca, protezione dei diritti fondamentali e rispetto delle scelte di politica criminale operate negli Stati membri risulta ancora sbilanciato a favore della dimensione nazionale. La presunzione dell'esistenza di fiducia reciproca tra gli Stati membri e la conseguente mancata armonizzazione a livello europeo dei presupposti in base ai quali definire gli elementi del *ne bis in idem* rischiano di indebolire la tutela offerta dal principio del *ne bis in idem* a livello transnazionale e di rimettere nelle mani degli Stati membri la decisione di stabilire in quali casi esso si applichi, così inficiando la tutela di tale diritto fondamentale, facendo, di fatto, diminuire la fiducia degli Stati membri nella legislazione degli altri Stati e innestando un corto circuito in base al quale le istanze di territorialità sembrano tuttora prevalere sulla necessità di garantire l'effettiva di un tale fondamentale principio di garanzia della persona a livello europeo.

A tal proposito, occorre osservare che l'obiezione secondo cui la Corte ha comunque fornito alcuni criteri che definiscono i due concetti di *bis* e *idem* a livello europeo, pur se taluni aspetti della

60.

²⁵⁴⁷Corte di Giustizia *M*, causa C-398/12, del 5 giugno 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 36. In suddetta sentenza, nei paragrafi da 30 a 32, la Corte conferma altresì quanto già affermato nelle precedenti decisioni *Miraglia* e *Turanský*, sostenendo che “una decisione di non luogo a procedere pronunciata in seguito ad un'istruttoria nel corso della quale sono stati raccolti ed esaminati diversi mezzi di prova è stata oggetto di una valutazione nel merito, ai sensi della sentenza *Miraglia* (EU:C:2005:156), in quanto contiene una decisione definitiva sul carattere insufficiente di tali prove ed esclude qualsiasi possibilità che la causa sia riaperta sulla base del medesimo complesso di indizi”. La Corte prosegue affermando che “dalla costante giurisprudenza della Corte risulta che, affinché una persona possa essere considerata “giudicata con sentenza definitiva” per i fatti che le sono addebitati, ai sensi dell'articolo 54 della CAAS, l'azione penale deve essere definitivamente estinta, di modo che la decisione in oggetto, nello Stato contraente in cui è stata adottata, dia luogo alla tutela conferita dal principio del *ne bis in idem* (v., in questo senso, sentenza *Turanský*, C-491/07, EU:C:2008:768, punti 32 e 35 e giurisprudenza citata). Infatti, una decisione che, secondo il diritto dello Stato contraente che ha avviato un procedimento penale a carico di una persona, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può, in linea di principio, produrre l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato contraente (sentenza *Turanský*, EU:C:2008:768, punto 36)”.

²⁵⁴⁸Si esprime in tal senso la Corte di Giustizia in *M*, causa C-398/12, del 5 giugno 2014, cit., par. 34, in cui si legge, in merito all'estinzione definitiva dell'azione penale a livello nazionale “come la Corte ha statuito al punto 40 della sua sentenza *Bourquain* (C-297/07, EU:C:2008:708), in merito ad una sentenza pronunciata in contumacia, la sola circostanza che tale procedura penale avrebbe comportato, ai sensi del diritto nazionale, la riapertura del processo, non esclude, di per sé, che tale sentenza sia comunque considerata “definitiva”, a norma dell'articolo 54 della CAAS”.

materia sono inevitabilmente rimessi alla legislazione nazionale, e che questo rappresenta un primo passo verso la definizione di concetti autonomi a livello europeo stride con la constatazione che la Corte nelle proprie sentenze ha sempre presunto l'esistenza di una fiducia reciproca tra gli Stati, così sminuendo la necessità di creare concetti autonomi a livello europeo.

A ciò si aggiunge il rilievo che la giurisprudenza della Corte è rimasta sul punto immutata anche dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui è contenuto l'articolo 50, che espressamente inserisce tra i diritti fondamentali anche il divieto di essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato. Pur non modificando la propria posizione sul punto, la Corte ha, tuttavia, modificato la sua impostazione in seguito all'introduzione dell'art. 50 della Carta, interpretando l'art. 54 della CAAS alla luce di quest'ultimo e della giurisprudenza della Corte EDU. Risulta, quindi, necessario analizzare quali siano i rapporti tra le tre fonti che disciplinano in ambito europeo il principio del *ne bis in idem*.

Per quanto riguarda la relazione tra articolo 54 della CAAS e articolo 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, bisogna rilevare che la Corte EDU nel caso *Zolothukin c. Russia*²⁵⁴⁹ ha allineato la propria giurisprudenza concernente l'interpretazione dei due componenti del *bis* e dell'*idem* che costituiscono l'essenza del *ne bis in idem* con l'interpretazione del medesimo principio di cui all'articolo 54 della CAAS elaborata dalla Corte di Giustizia²⁵⁵⁰.

In tale decisione la Corte EDU, dopo aver richiamato la propria giurisprudenza in materia di *ne bis in idem*, ha constatato l'assenza di un criterio definitivo unitario del concetto di *idem* nei propri precedenti giurisprudenziali e ha riconosciuto la necessità di armonizzare l'interpretazione della nozione di “*même infraction*” contenuta nell'articolo 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU. Ad avviso della Corte EDU, infatti, la diversità di approcci adottati per verificare se il reato per il quale l'autore del reato è stato perseguito era lo stesso per il quale era già stato condannato o assolto in via definitiva è fonte di incertezza giuridica ed è incompatibile con un'adeguata tutela di tale principio fondamentale²⁵⁵¹. Nel delineare un'interpretazione armonizzata del principio di *ne bis in idem* la Corte EDU ha tenuto conto espressamente dell'interpretazione e della portata che è stata allo stesso attribuita sia dalla Corte di Giustizia, in ambito di concorrenza e in materia di cooperazione di

2549Corte EDU decisione *Zolothukin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, del 10 febbraio 2009, par. 78–84.

2550La pronuncia della Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., ha rappresentato un precedente importante per le decisioni successive sia della Corte EDU che della Corte di Giustizia. Per quanto riguarda le sentenze della Corte EDU si leggano, in tal senso, in particolare le decisioni *Glantz c. Finlandia*, ricorso n. 37394/11, del 20 maggio 2014; *Nykanen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11, del 20 maggio 2014; *Rinas c. Finlandia*, ricorso n. 17039/13 del 27 gennaio 2015; *Österlund c. Finlandia*, ricorso n. 53197/13, del 10 febbraio 2015; *Kapetanios e altri c. Grecia*, ricorsi n. 3453/12, 49241/12 e 9028/13, del 30 aprile 2015. Per quanto riguarda i casi successivi della Corte di Giustizia che hanno fatto riferimento alla decisione si legga, tra le altre, la sentenza *M*, causa C-398/12, del 5 giugno 2014, cit., par. 39.

2551Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 78. Nello stesso paragrafo la Corte sottolinea, altresì, che “*Certes, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents; toutefois, si elle devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (Vilho Eskelinen et autres c. Finlande [GC], no 63235/00, § 56, CEDH 2007-II)*”.

polizia e giudiziaria in materia penale, che dalla Corte interamericana dei diritti dell'Uomo²⁵⁵². Ha ritenuto, in particolare, di abbracciare l'interpretazione accolta dalle due giurisdizioni secondo cui, al fine di garantire il più elevato grado di tutela all'autore del reato, nell'interpretare il concetto di *idem* occorre verificare esclusivamente l'identità dei fatti materiali e senza prendere in considerazione la qualificazione giuridica dei due reati contestati²⁵⁵³.

In linea con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia, al fine di rendere le garanzie contenute nella Convenzione concrete ed effettive²⁵⁵⁴, la Corte EDU ha stabilito che il requisito dell'*idem* di cui all'articolo 4 del Protocollo 7 deve essere interpretato nel senso che è fatto divieto di perseguire o giudicare una persona una seconda volta nel caso in cui i fatti integranti la seconda fattispecie criminosa siano identici o siano, in sostanza, gli stessi di quelli per cui è stato già condannato in via definitiva la prima volta²⁵⁵⁵.

La Corte competente a scrutinare se sia occorsa una violazione del principio del *ne bis in idem* dovrà, quindi, verificare se i fatti all'origine dei due procedimenti penali siano identici o sostanzialmente gli stessi. A tal proposito, la Corte EDU sottolinea altresì che non rileva a tal fine il fatto che la seconda Corte che si trova a giudicare sui medesimi fatti ritenga le accuse fondate o infondate, dal momento che l'articolo 4 del Protocollo 7 mira a proteggere l'imputato da un ulteriore esercizio dell'azione penale o dal rischio di riesercizio dell'azione penale in relazione ai medesimi fatti; non impone il divieto di una seconda decisione di condanna o di assoluzione²⁵⁵⁶.

La formula utilizzata dalla Corte per cui l'esame compiuto dalle autorità giurisdizionali deve vertere su quei fatti che costituiscono “*un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace*”²⁵⁵⁷ riecheggia la

2552La Corte EDU, in particolare, si riferisce all'interpretazione che tale Corte ha fornito del principio enunciato dall'articolo 8, par. 4 della Convenzione interamericana relativa ai diritti dell'Uomo.

2553In tal senso, si legga Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 79 e par. 35-40 per quanto riguarda l'analisi comparata della giurisprudenza delle due giurisdizioni richiamate nel testo in relazione al principio del *ne bis in idem*. Al paragrafo 80 si legge, inoltre, a sostegno di tale interpretazione, che “*Elle rappelle que la Convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire. Par ailleurs, c'est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles (voir, parmi d'autres, Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, § 31, série A no 26, et Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 75, CEDH 2002-VI). Il faut lire les dispositions d'un traité international, tel que la Convention, à la lumière de leur objet et de leur but et en tenant compte du principe de l'effet utile (Mamatkoulou c. Turquie [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 123, CEDH 2005-I)*”.

2554Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 81, in cui si legge: “*En outre, l'approche qui privilégie la qualification juridique des deux infractions est trop restrictive des droits de la personne, car si la Cour s'en tient au constat que l'intéressé a été poursuivi pour des infractions ayant une qualification juridique différente, elle risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole no 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention (comparer avec Franz Fischer, précité, § 25)*”.

2555Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 82. Nel paragrafo 84 la Corte conclude statuendo che: “*La Cour doit donc faire porter son examen sur ces faits qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées*”.

2556Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 83 e 110 e seguenti in cui la Corte definisce anche la portata del secondo requisito previsto dal principio del *ne bis in idem*, ossia l'elemento *bis*.

2557Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 84.

formula utilizzata dalla Corte di Giustizia nella precedentemente menzionata sentenza *Van Esbroeck* del 2006 in relazione alla portata dell'elemento dell'*idem* nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia.

Per quanto riguarda l'elemento del *bis*, la Corte sottolinea che l'articolo 4 del Protocollo 7 proibisce l'avvio di un nuovo processo penale nei confronti della medesima persona per i medesimi fatti per cui è stata emanata una sentenza definitiva²⁵⁵⁸. A giudizio della stessa, inoltre, una sentenza può dirsi definitiva “*si elle est, selon l’expression consacrée, passée en force de chose jugée. Tel est le cas lorsqu’elle est irrévocable, c’est-à-dire lorsqu’elle n’est pas susceptible de voies de recours ordinaires ou que les parties ont épuisé ces voies ou laissé passer les délais sans les exercer*”²⁵⁵⁹.

Quanto alla portata del *bis*, la Corte EDU stabilisce, quindi, tre principi fondamentali: in primo luogo, evidenzia che le decisioni nei confronti delle quali non è ancora scaduto il termine per proporre appello o che sono altrimenti suscettibili di appello ordinario non godono della garanzia di cui all'art. 4 del Protocollo 7; al contrario, non viene presa in rilievo al fine di determinare se una sentenza rivesta carattere definitivo la possibilità di presentare ricorsi straordinari avverso tale sentenza.

In secondo luogo, la Corte EDU chiarisce che l'articolo 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU “*ne vise pas seulement le cas d’une double condamnation, mais aussi celui des doubles poursuites*”²⁵⁶⁰.

Sulla scorta sia di un argomento letterale che teleologico, la Corte afferma che l'inserimento del termine “perseguito” prima di “condannato” nel disposto dell'articolo 4 del Protocollo 7 pone in rilievo la circostanza che il divieto è riferito anche all'avvio di un procedimento penale nei confronti del medesimo soggetto, non essendo necessario che tali indagini sfocino in una sentenza di condanna²⁵⁶¹.

Infine, nello stabilire se il fatto che il condannato sia stato rilasciato abbia comportato la perdita della qualifica di “vittima” della violazione allegata dell'articolo 4 del Protocollo 7 in capo a quest'ultimo, la Corte EDU afferma che occorre operare una distinzione. Nel caso in cui la seconda Corte che si trova a decidere sui medesimi fatti riconosca che è già stata avviato un procedimento avente natura penale nei confronti del medesimo soggetto e che, per tale motivo, riconosca espressamente la violazione del principio del *ne bis in idem*, sospenda la procedura e cerchi di ripristinare la situazione, chiudendo o annullando la seconda procedura e cancellando tutti gli effetti, o prevedendo una compensazione adeguata, il soggetto non può ritenersi “vittima” della

2558Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 107, in cui la Corte EDU cita i precedenti *Franz Fischer e Gradinger*, **citare!!!**, rispettivamente ai paragrafi 22 e 53.

2559Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 107, in cui prosegue statuendo che “*Cette approche est bien établie dans la jurisprudence de la Cour (voir, par exemple, Nikitine c. Russie, no 50178/99, § 37, CEDH 2004-VIII, et Horciag c. Roumanie (déc.), no 70982/01, 15 mars 2005)*”.

2560Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 110.

2561A tal proposito, in particolare, la Corte stabilisce che “*l’article 4 du Protocole no 7 renferme trois garanties distinctes et dispose que nul i. ne peut être poursuivi, ii. jugé ou iii. puni deux fois pour les mêmes faits (Nikitine, précité, § 36)*”. In tal senso Corte EDU *Sergey Zolothukin c. Russia*, cit., par. 110.

violazione del principio del *ne bis in idem*²⁵⁶². Nel caso in cui, invece, l'imputato sia stato rilasciato o assolto per insufficienza di prove o per altri motivi inerenti la fondatezza dell'accusa, e non per il motivo procedurale della accertata violazione del principio del *ne bis in idem*, il soggetto conserva la propria qualifica di “vittima” della violazione di cui all'articolo 4 del Protocollo 7, che sancisce il principio del *ne bis in idem*²⁵⁶³.

In base a quanto stabilito dalla Corte EDU, quindi, il principio del *ne bis in idem* non vieta solamente la pronuncia di due sentenze definitive ma vieta anche l'avvio di un procedimento penale due volte per gli stessi fatti contro il medesimo soggetto.

Inoltre, a giudizio della Corte EDU, l'elemento del *bis* include il divieto di cumulo di due sanzioni secondo la definizione contenuta nell'articolo 6 CEDU, come per esempio l'irrogazione di una sanzione amministrativa e di una sanzione penale. Nel caso oggetto di esame la Corte, utilizzando i cosiddetti criteri *Engel*, ha qualificato la sanzione amministrativa precedentemente irrogata in ordine di tempo come penale, ai sensi dell'articolo 4 del Protocollo 7, a causa della natura repressiva della violazione e della severità della sanzione imposta²⁵⁶⁴.

Benché la Corte di Giustizia inizialmente non abbia seguito tale approccio, occorre rilevare che nelle sentenze *Bonda*²⁵⁶⁵ e *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*²⁵⁶⁶ la Corte ha fatto proprio il ragionamento della Corte EDU ed ha applicato i criteri *Engel* per verificare se vi fosse stato un cumulo di sanzioni nei confronti del medesimo soggetto per i medesimi fatti e vi fosse, quindi, stata una violazione del principio del *ne bis in idem*.

4.1.1.1.66 Il principio di *ne bis in idem* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

Con la sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* la Corte ha chiarito la portata applicativa dell'articolo 51 della Carta e la conseguente sfera di applicazione dei diritti consacrati dalla stessa, chiarendo in quali casi la stessa si applichi agli Stati membri che operino “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”²⁵⁶⁷. Nella medesima decisione, riprendendo il ragionamento sviluppato nella sentenza *Bonda*, ha altresì provveduto a definire il contenuto del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della Carta, chiarendo se lo stesso debba riferirsi alle sole sanzioni

²⁵⁶²Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 113 e seguenti, in cui cita ad esempio le pronunce *Zigarella c. Italie*, ricorso n. 48154/99, del 3 ottobre 2002; *Falkner c. Austria*, ricorso n. 6072/02, del 30 settembre 2004; e *Ščiukina c. Lituania*, ricorso n. 19251/02, del 5 dicembre 2006.

²⁵⁶³Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 116-119.

²⁵⁶⁴Corte EDU *Zolothukin c. Russia*, cit., par. 52-57.

²⁵⁶⁵Corte di Giustizia *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, del 5 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

²⁵⁶⁶Corte di Giustizia sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

²⁵⁶⁷Si esprime in tali termini l'articolo 51 della Carta, il quale prevede che

penali in senso stretto o anche a quelle sanzioni che, in accordo con la giurisprudenza della Corte EDU, pur se formalmente aventi altra natura, rivestono in concreto natura penale.

In tale sede non ci soffermeremo sull'esame dell'interpretazione che la Corte di Giustizia ha fornito dell'ambito di applicazione della Carta, per quanto riguarda l'operato degli Stati membri, definito all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, in base al quale le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", per cui si rimanda a quanto già detto nella parte introduttiva del Capitolo²⁵⁶⁸.

Esamineremo, invece, le conclusioni raggiunte dalla Corte relativamente alla portata del principio del *ne bis in idem* consacrato dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Occorre rilevare al proposito che da una prima lettura sembrerebbe che la disposizione in oggetto si riferisca ai soli illeciti penali in senso stretto.

Ad avviso della Corte risulta, tuttavia, chiaro che il testo debba essere interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, dato che le Spiegazioni della Carta relative all'articolo 50 sanciscono che, "per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del Protocollo 7, [omissis...] il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU", e l'art. 52, par. 3 della Carta stabilisce chiaramente che il significato e la portata dei diritti della Carta sono gli stessi rispetto ai corrispondenti diritti sanciti nella Convenzione.

La Corte con tale sentenza ha, quindi, in sostanza, chiarito che l'ambito di applicazione dell'articolo 50 della Carta comprende anche, conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza della Corte EDU, tutti i procedimenti e le sanzioni repressive che rivestono in concreto, in seguito ad una verifica effettuata seguendo i cosiddetti criteri di *Engel*, natura penale; per tale motivo, quindi, tale disposizione vieta anche il cumulo di sanzioni penali e di sanzioni aventi formalmente altra natura, che rivestono, tuttavia, nella sostanza, carattere penale²⁵⁶⁹.

Nonostante la Corte ribadisca il divieto di cumulo tra sanzioni sostanzialmente penali nei termini sopra precisati, nella medesima sentenza ribadisce che l'articolo 50 della Carta non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni una combinazione di sanzioni tributarie, amministrative o di altra natura e penali. Solo se la sovrattassa abbia in realtà natura penale, ai sensi dell'articolo 50 della Carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penali per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona. La Corte, nel sancire tale principio, richiama la propria giurisprudenza in punto di tutela effettiva degli interessi, in specie,

²⁵⁶⁸Leggi, al proposito, la parte introduttiva della Prima Parte del Titolo Primo del Capitolo Secondo.

²⁵⁶⁹Si leggano, invece, le Spiegazioni della Carta, in cui si legge che: "*Va precisato che la regola che vieta il cumulo si riferisce al cumulo di due sanzioni della stessa natura, nella fattispecie penali*". La Corte, pur ribadendo che è vietato il cumulo di due sanzioni penali, precisa che non debbano intendersi quali penali solo le sanzioni sia formalmente che sostanzialmente penali ma, conformemente a quanto prescritto dalla giurisprudenza della Corte EDU, anche le sanzioni che formalmente hanno altra natura ma hanno sostanzialmente natura penale.

finanziari, dell'Unione²⁵⁷⁰ e rimette, poi, al giudice nazionale il compito di verificare se le sanzioni alla sua attenzione rivestano sostanzialmente natura penale secondo i criteri di *Engel* delineati dalla Corte EDU e richiamati nella precedente sentenza *Bonda*, oppure abbiano natura sostanzialmente penale e non siano, quindi, cumulabili con altre sanzioni di natura penale irrogate al medesimo soggetto per lo stesso fatto di reato. A conclusione del proprio ragionamento, la Corte sottolinea altresì che il divieto di cumulo e la non irrogazione di ulteriori sanzioni di natura penale è possibile solo a “condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive”²⁵⁷¹.

Nella sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, contrariamente a quanto statuito nella decisione *Bonda*, la Corte di giustizia ha ritenuto che spetta al giudice del rinvio verificare, alla luce dei criteri *Engel* richiamati nella sentenza *Bonda*, se l’infrazione di sanzioni fiscali avesse carattere penale. Come rilevato da parte della dottrina²⁵⁷², sebbene sia vero che la direttiva IVA non contiene indicazioni circa il tipo e il livello delle sanzioni da applicare, è abbastanza chiaro nella giurisprudenza della Corte EDU che questo tipo di sanzioni fiscali amministrative siano considerate repressive in Svezia e abbiano una natura criminale secondo i criteri *Engel*²⁵⁷³.

In tal senso pare opportuno rilevare che entrambi i casi sottoposti all'attenzione della Corte concernevano sanzioni che erano state previste nella legislazione degli Stati membri al fine di dare attuazione a strumenti di diritto secondario disciplinanti settori strettamente connessi agli interessi finanziari dell'Unione. In entrambi i casi, le sanzioni erano, più o meno, direttamente, volte a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione.

Al fine di proteggere tali interessi, l'articolo 325 TFUE obbliga gli Stati membri a combattere le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure che siano dissuasive ed efficaci, prevedendo, se necessario, anche sanzioni penali, qualora necessarie ad attuare il diritto

2570Corte di Giustizia sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, cit., par. 34, in cui la Corte dichiara che “per assicurare la riscossione di tutte le entrate provenienti dall’IVA e tutelare in tal modo gli interessi finanziari dell’Unione, gli Stati membri dispongono di una libertà di scelta delle sanzioni applicabili” e richiama, a tal proposito, la propria precedente giurisprudenza. In particolare la sentenza *Commissione c. Grecia*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2965, par. 24; *de Andrade*, causa C-213/99, del 7 dicembre 2000, in *Racc.* p. I-11083, par. 19, e *Hannl-Hofstetter*, causa C-91/02, del 16 ottobre 2003, in *Racc.* p. I-12077, par. 17.

2571Corte di Giustizia sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, cit., par. 36, in cui la Corte afferma che “Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce di tali criteri, se occorra procedere ad un esame del cumulo di sanzioni tributarie e penali previsto dalla legislazione nazionale sotto il profilo degli standard nazionali ai sensi del punto 29 della presente sentenza, circostanza che potrebbe eventualmente indurlo a considerare tale cumulo contrario a detti standard, a condizione che le rimanenti sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (v. in tal senso, segnatamente, sentenze *Commissione/Grecia*, cit., par. 24; *Hansen*, causa C-326/88, del 10 luglio 1990, in *Racc.* p. I-2911, punto 17; *Inspire Art*, causa C-167/01, del 30 settembre 2003, in *Racc.* p. I-10155, par. 62; *Penycoed*, causa C-230/01, del 15 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-937, par. 36, nonché *Berlusconi e a.*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, in *Racc.* p. I-3565, par. 65)”.

2572Si legga, al proposito, J.A.E. VERVAELE, *The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU*, in *Review of European Administrative Law*, 2013-1, Vol. 6, pp. 113- 134.

2573In tal senso si legga la sentenza della Corte EDU *Janosevic*, ricorso n. 34619/97, del 23 luglio 2002.

dell'Unione²⁵⁷⁴. L'art. 325, n. 2, TFUE prescrive, inoltre, che gli Stati membri adottino, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. Tuttavia, l'obbligo, previsto dal diritto dell'Unione, di sanzionare penalmente le violazioni del diritto dell'Unione può sussistere solo a condizione che restino intatti i diritti fondamentali degli interessati, garantiti a livello dell'Unione. Solo così è possibile assicurare che gli obblighi risultanti dal diritto dell'Unione a tutela degli interessi finanziari dell'Unione siano soggetti a limiti uniformi nell'intero territorio dell'Unione²⁵⁷⁵.

L'obbligo di prevedere sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive e, al tempo stesso, tutelare i diritti degli individui coinvolti nel procedimento è nel ragionamento della Corte in gran parte ricollegato all'esigenza di combattere le attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e verrebbe, pertanto, da chiedersi se il ragionamento svolto dalla Corte in merito al contenuto del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della Carta sia limitato a quegli ambiti di intervento in cui le sanzioni sono previste dallo Stato membro per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Depone, tuttavia, in senso contrario il fatto che la Corte di Giustizia, nel corso del proprio ragionamento si richiami alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla nozione di "procedura penale", ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del Protocollo n. 7²⁵⁷⁶, la quale sancisce i tre criteri in base ai quali determinare la natura penale di una determinata sanzione in via generale, riferendosi a qualsiasi sanzione che formalmente abbia altra natura, ma sostanzialmente rivesta natura penale.

Le conseguenze di queste sentenze per gli Stati Membri in sede di attuazione e applicazione del diritto dell'UE sono rilevanti, in quanto la portata dell'art. 50 della Carta non è limitata alla giurisdizione di ogni singolo Stato membro, come per l'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

Gli Stati Membri dovranno, quindi, occuparsi dell'applicazione transnazionale del principio del *ne bis in idem* in ordine a tutte le sanzioni repressive in sede di attuazione e applicazione del diritto dell'UE. Sarà, pertanto, necessario a tal fine prevedere dei criteri certi che permettano di discernere una sanzione amministrativa da una sanzione penale, considerando che la Corte di Giustizia nel caso *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* ha lasciato lo scrutinio circa la natura della sanzione e la conseguente applicabilità del principio del *ne bis in idem* al giudice nazionale; la definizione di criteri comuni risulta, pertanto, fondamentale al fine di garantire la tutela effettiva del diritto fondamentale a non essere perseguito o giudicato due volte per lo stesso reato e di garantire la

2574Corte di Giustizia sentenza *Commissione c. Grecia*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2965, par. 23 e seguenti.

2575Cfr. le Conclusioni presentate il 15 dicembre 2011 dall'Avvocato Generale Juliane Kokott nel caso *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale), par. 18-19.

2576Corte di Giustizia sentenza *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, cit., par. 35 e sentenza della Corte di Giustizia *Lukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, del 5 giugno 2012, par. 37.

certezza del diritto all'interno dello spazio giudiziario comune europeo, così garantendo anche la libera circolazione dei soggetti sul territorio dell'Unione senza il timore incessante di non sapere se potrà essere soggetto ad nuovo procedimento penale per uno stesso fatto di reato una seconda volta. In materia di *ne bis in idem*, come abbiamo potuto osservare, il dialogo tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU ha portato, quindi, almeno in ambito di spazio di libertà, sicurezza e giustizia²⁵⁷⁷, ad una reciproca condivisione delle soluzioni adottate dall'altra giurisdizione e ad una proficua armonizzazione della portata interpretativa del principio del *ne bis in idem* per quanto concerne i due elementi del *bis* e dell'*idem*.

Dopo aver esaminato, seppur a grandi linee, la relazione che sussiste tra l'articolo 54 della CAAS e l'articolo 4 del Protocollo 7 allegato alla CEDU, occorre analizzare la relazione sussistente tra l'articolo 54 della CAAS e l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale riconosce al principio del *ne bis in idem* la natura di diritto fondamentale nel sistema giuridico europeo. In particolare, l'interrogativo a cui intendiamo rispondere è il seguente: l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 54 della CAAS è equivalente a quella di cui all'articolo 50 della Carta?

L'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'interpretazione del terzo requisito previsto dall'articolo 54 della CAAS, consistente nell'esecuzione, nel caso in cui il soggetto sia stato condannato, della sentenza penale di condanna²⁵⁷⁸, consente di analizzare la relazione tra l'articolo 54 della CAAS e l'articolo 50 della Carta, non solo in astratto, ma altresì in concreto, portandoci a considerare se effettivamente esista tra gli Stati membri un livello di fiducia reciproca che permetta al principio del *ne bis in idem* di operare correttamente.

I casi portati all'attenzione della Corte di Giustizia in relazione all'interpretazione della condizione di esecuzione della sentenza di condanna rivelano, infatti, in modo più pregnante rispetto alla giurisprudenza sviluppatasi in merito al requisito del *bis* e dell'*idem*, che vi è mancanza di fiducia tra le autorità giurisdizionali degli Stati membri circa la corretta esecuzione della sentenza penale nel sistema giuridico di un altro Stato membro.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia si è, al proposito, evoluta nel senso di restringere l'ambito

²⁵⁷⁷Si legga quanto menzionato sopra nel testo per quanto riguarda la diversa portata applicativa cit., del principio in ambito di concorrenza, nonché J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in S. GLESS, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *Special on Transnational Criminal Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, pp. 211-229.

²⁵⁷⁸L'articolo 54 della CAAS prevede anche la possibilità che la pena sia effettivamente in corso di esecuzione al momento dell'inizio del secondo procedimento penale, o che essa, secondo la legge dello Stato che ha emanato la sentenza di condanna, non possa più essere eseguita. L'articolo 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, in GU n. L 239 del 22 settembre 2000 p. 19-62 espressamente stabilisce: “*Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente a condizione che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita*”.

applicativo della condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS. Da un approccio estensivo secondo cui l'articolo 54 della CAAS “si applica ad un procedimento penale avviato in uno Stato contraente per reprimere fatti per i quali l'imputato è già stato definitivamente giudicato in un altro Stato contraente, anche qualora, ai sensi del diritto dello Stato in cui esso è stato condannato, la pena inflittagli non abbia mai potuto essere direttamente eseguita a causa di peculiarità procedurali”²⁵⁷⁹, la Corte ha adottato nella sentenza *Kretzinger*²⁵⁸⁰ un'interpretazione del limite di esecuzione della sentenza più stringente, prescrivendo dei limiti all'applicazione della condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS.

In tale sentenza, la Corte constata che una pena detentiva a cui è stata applicata la sospensione condizionale costituisce una pena ai sensi dell'art. 54 della CAAS che deve essere considerata come “effettivamente in corso di esecuzione” fin dal momento in cui la condanna è divenuta esecutiva e durante il periodo di sospensione e come eseguita, una volta che il periodo di sospensione è scaduto²⁵⁸¹.

La Corte, tuttavia, ha del pari rilevato che i periodi di arresto di polizia e di custodia cautelare non devono automaticamente essere considerati come l'esecuzione di una pena ai sensi dell'art. 54 della CAAS, anche se questi dovranno essere presi in considerazione, in forza del diritto nazionale, nell'esecuzione successiva di un'eventuale pena detentiva²⁵⁸². Avvalorando l'argomento teleologico la Corte afferma, infatti, che la finalità della condizione di esecuzione “è di evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti e resti quindi, alla fine, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta”²⁵⁸³. Egualmente la Corte ritiene che l'interpretazione proposta da *Kretzinger* secondo cui “la facoltà giuridica che la decisione quadro concede allo Stato di condanna di emettere un mandato di arresto europeo al fine di procedere all'esecuzione di una sentenza divenuta definitiva ha come conseguenza che la condizione di esecuzione dev'essere considerata soddisfatta”²⁵⁸⁴ contrasta con lo stesso tenore letterale dell'articolo 54 della CAAS che prevede esplicitamente che anche la condizione di esecuzione sia espressamente soddisfatta²⁵⁸⁵.

2579Corte di Giustizia decisione *Klaus Bourquain*, causa C-297/07, dell'11 dicembre 2008, *Racc.* p. I-09425, par. 52, ma si legga al riguardo la motivazione relativa ai paragrafi da 33 a 52.

2580Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 38 e seguenti.

2581Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 42.

2582Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 48 e seguenti.

2583Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 51.

2584Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 57.

2585Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 59. La Corte evidenzia quali *ratio decidendi* concorrenti che tale conclusione “è confermata dalla decisione quadro stessa la quale, all'art. 3, punto 2, obbliga lo Stato membro richiesto a rifiutare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo allorché risulta dalle informazioni in possesso dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione che la persona ricercata è stata giudicata con sentenza definitiva per gli stessi fatti da uno Stato membro e che, in caso di condanna, la condizione di esecuzione è soddisfatta” (paragrafo 61) e che “questo risultato è corroborato dal fatto che l'interpretazione dell'art. 54 della CAAS non può dipendere dalle disposizioni della decisione quadro senza dar luogo ad un'incertezza giuridica che deriverebbe, da un lato, dal fatto che non tutti gli Stati membri vincolati dalla decisione quadro lo sono anche dalla CAAS — la quale inoltre, si applica a taluni Stati terzi — e, dall'altro, dalla circostanza

La Corte chiarisce, quindi, espressamente che la facoltà concessa ad uno Stato membro di emettere un mandato di arresto europeo non ha incidenza sull'interpretazione della nozione di “esecuzione” ai sensi dell'art. 54 della CAAS e che il fatto che la sentenza fatta valere a sostegno di un eventuale mandato di arresto europeo sia stata emessa in contumacia non è tale da inficiare detta constatazione²⁵⁸⁶.

Con tale decisione la Corte ha, quindi, circoscritto l'ambito di applicazione della condizione di applicazione contenuta nell'articolo 54 della CAAS sottolineando che il giudice, oltre a verificare che sia stata emessa una sentenza definitiva deve altresì verificare che questa sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o non possa più essere eseguita in base alla legge dello Stato che ha emesso la sentenza di condanna, secondo quanto previsto dallo stesso articolo 54 della CAAS. Inoltre, nell'interpretazione della Corte non deve essere considerato come esecuzione della sentenza di condanna qualsiasi periodo di detenzione; allo stesso tempo, la sola facoltà concessa allo Stato di condanna di emettere un mandato di arresto europeo non è considerato di per sé essere sufficiente per soddisfare la condizione di esecuzione, che richiede che le pene siano state effettivamente eseguite²⁵⁸⁷.

La Corte in tale pronuncia, quindi, non fa discendere come conseguenza della facoltà dello Stato di condanna di emettere un mandato di arresto europeo al fine di procedere all'esecuzione di una sentenza divenuta definitiva il fatto che la condizione di esecuzione sia ritenuta automaticamente soddisfatta. Tale decisione è basata sul rilievo, prontamente sottolineato da parte della dottrina²⁵⁸⁸, secondo cui l'interpretazione opposta avrebbe costituito un peso per le autorità giurisdizionali nazionali e un'indebita ingerenza nella discrezionalità delle autorità requirenti e giudicanti; se fosse stata accolta l'ipotesi interpretativa prospettata da Kretzinger, infatti, la decisione di non emettere un Mandato di Arresto Europeo “would effectively shield defendants from prosecutions as it would in essence constitute an act equivalent to a decision triggering the *ne bis in idem* principle”²⁵⁸⁹.

La Corte ha avuto modo di statuire sulla portata applicativa della condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS anche in un caso successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona,

che il campo di applicazione del mandato di arresto europeo è limitato, cosa che non vale per l'art. 54 della CAAS, che è valido per tutte le infrazioni sanzionate dagli Stati membri che hanno aderito a tale convenzione” (paragrafo 62).

2586Corte di Giustizia sentenza *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, cit., par. 66-67, in cui la Corte conclude che “nella presente causa, non è necessario esaminare la questione se una sentenza emessa in contumacia, la cui forza esecutiva può essere subordinata a condizioni in forza dell'art. 5, punto 1, della decisione quadro, debba essere considerata come una decisione con la quale una persona “sia stata giudicata con sentenza definitiva” ai sensi dell'art. 54 della CAAS”.

2587Sull'influenza della decisione quadro sul Mandato di Arresto Europeo sulla nozione di “esecuzione” di cui all'art. 54 della CAAS e la relativa incidenza sulla portata del principio del *ne bis in idem*, si legga V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart, 2009, capitolo 3.

2588Si legga sul punto V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, p. 463.

2589Si legga sul punto V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, p. 463.

in cui ha valutato se le limitazioni imposte al principio del *ne bis in idem* dall'articolo 54 della CAAS siano compatibili con l'articolo 50 della Carta, che non subordina l'applicazione del principio alla condizione di esecuzione prevista, invece, dall'articolo 54 CAAS²⁵⁹⁰.

Nella pronuncia *Spasic*²⁵⁹¹ la Corte ha ritenuto che la condizione di esecuzione prevista dall'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* compatibile con l'articolo 50 della Carta²⁵⁹². Nel giungere a tale conclusione la Corte sottolinea, dapprima, che le Spiegazioni relative alla Carta, per quanto concerne l'articolo 50 della stessa²⁵⁹³, menzionano espressamente l'articolo 54 della CAAS fra le disposizioni contemplate dalla clausola orizzontale di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta. Da tale assunto la Corte fa discendere direttamente la conseguenza che “la condizione supplementare contenuta all'articolo 54 della CAAS costituisce una limitazione del principio del *ne bis in idem* che è compatibile con l'articolo 50 della Carta, in quanto tale limitazione rientra nell'ambito delle spiegazioni relative alla Carta con riferimento a quest'ultimo articolo”²⁵⁹⁴.

Nel prosieguo della sentenza la Corte procede a verificare se siano state rispettate le condizioni prescritte dall'articolo 52 della Carta²⁵⁹⁵. Quanto alla previsione per legge della limitazione del principio del *ne bis in idem*, la Corte stabilisce che essa sia prevista per legge, in quanto risulta dall'articolo 54 della CAAS.

In secondo luogo, nel valutare se il disposto dell'articolo 54 della CAAS rispetti il contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 della Carta, la Corte conclude in

2590 Occorre, a tal fine, rilevare che alcune Corti nazionali avevano già precedentemente affrontato la relazione sussistente tra articolo 50 della Carta e articolo 54 della CAAS, per quanto riguarda, in particolare, la clausola di esecuzione. In Italia, per esempio, la questione è stata affrontata dal Giudice per le Indagini Preliminari di Milano nella seguente decisione: *Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari*, N.12396/92RG N.R.-N. 3351/94 RG G.I.P., del 6 luglio 2011, su cui si legga C. AMALFITANO, *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, 11 Cassazione Penale, 2012. La Corte Suprema greca (Areopag) si è occupata della medesima questione, ossia della relazione tra articolo 50 della Carta e articolo 54 della CAAS nella sentenza N.1/2011, del 9 giugno 2011. Si sono occupate della materia anche il tribunale di Aachen (52 Ks 9/08, Boere, decisione dell'8 dicembre 2010), la Corte Federale tedesca (BGH1StR57/10, decisione del 25 ottobre 2010) e la Corte Costituzionale tedesca (1BVerfG, 2BvR148/11, del 15 dicembre 2011, par. 43). Si legga per un commento alla prima sentenza citata: BURCHARD e BRODOWSKI, *The Post-Lisbon principle of transnational ne bis in idem: on the relationship between article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement*, 1 *New Journal of European Criminal Law* 2010, pp. 310–327.

2591 Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale)

2592 Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 54-55.

2593 Quanto al valore da attribuire alle Spiegazioni del Praesidium relative alla Carta, la Corte evidenzia che esse, “conformemente agli articoli 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e 52, paragrafo 7, della Carta, sono state elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione di quest'ultima e devono essere tenute nel debito conto dai giudici dell'Unione e degli Stati membri”. Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 54.

2594 Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 55.

2595 Ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1 della Carta, “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla stessa Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Secondo la seconda frase del suddetto paragrafo, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni a tali diritti e libertà solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”. In tal senso Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 56.

senso affermativo, ritenendo che la condizione di esecuzione prevista all'articolo 54 della CAAS non rimetta in discussione il principio del *ne bis in idem* in quanto tale. Ad avviso della Corte, infatti, la condizione di esecuzione “è segnatamente intesa ad evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti in un secondo Stato contraente e resti quindi, in definitiva, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta”²⁵⁹⁶.

Infine, nel valutare se la restrizione risultante dalla condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS sia proporzionata, la Corte verifica innanzitutto se questa possa essere considerata rispondente ad una finalità di interesse generale, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in caso affermativo, accerta successivamente se essa rispetti il principio di proporzionalità²⁵⁹⁷.

Quanto alla rispondenza della condizione di esecuzione ad una finalità di interesse generale, la Corte afferma che tale requisito è pienamente rispettato in quanto mira ad evitare, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'impunità della quale potrebbero giovare persone condannate in uno Stato membro dell'Unione con sentenza penale definitiva.

La condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS, infatti, “consentendo alle autorità di uno Stato contraente, in caso di mancata esecuzione della sanzione inflitta, di perseguire per i medesimi fatti un soggetto condannato in via definitiva da un altro Stato contraente”, persegue l'obiettivo di evitare il rischio che il soggetto condannato resti impunito per l'aver lasciato il territorio dello Stato di condanna²⁵⁹⁸. Al proposito, la Corte disattende l'obiezione formulata dalla Commissione nelle proprie osservazioni scritte, in base a cui i numerosi strumenti intesi a facilitare la cooperazione fra gli Stati membri in materia penale previsti a livello dell'Unione, tra cui la decisione quadro sui conflitti di giurisdizione²⁵⁹⁹, sarebbero idonei e di per sé sufficienti ad ottenere tale obiettivo. La Corte ritiene, infatti, che “siffatti strumenti di assistenza non impongono una condizione di esecuzione analoga a quella dell'articolo 54 della CAAS e, quindi, non sono idonei ad assicurare la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito”²⁶⁰⁰, poiché, pur se tali meccanismi sono idonei a facilitare l'esecuzione delle decisioni all'interno dell'Unione, il loro impiego è pur

2596Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 58.

2597Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 60-74.

2598Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 64. Con al primo quesito affrontato dalla Corte C. AMALFITANO ha sottolineato che, “per quanto pienamente condivisibile nel merito la soluzione fornita dalla Corte sul rapporto tra art. 54 CAAS e art. 50 Carta, ci si potrebbe anche chiedere se essa non sia stata eccessivamente prudente nel verificare che la condizione di esecuzione fissata dalla prima disposizione soddisfa i requisiti di cui all'art. 52, par. 1, Carta. Non appare infatti così scontato che la condizione in parola debba essere considerata necessariamente come “limitazione” al *ne bis in idem* ai sensi dell'art. 52, par. 1, Carta, potendo forse essa anche, più semplicemente, configurarsi quale “requisito” intrinseco all'operatività del principio sul piano orizzontale, ovvero nei rapporti tra Stati membri, proprio in quanto finalizzato ad evitare l'impunità del reo e non solo a soddisfare esigenze di certezza del diritto e di tutela individuale rispetto ad un doppio giudizio per gli stessi fatti”. C. AMALFITANO, *Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen*, in Eurojus.

2599Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in GU EU 2009 L 328, 42.

2600Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 68.

sempre assoggettato a diverse condizioni e dipende, in ultima analisi, da una decisione dello Stato membro in cui ha sede il giudice che ha pronunciato la sentenza penale definitiva, non essendo tale Stato membro soggetto ad un obbligo, di diritto dell'Unione, di assicurare l'esecuzione effettiva delle sanzioni risultanti da tale sentenza²⁶⁰¹.

A tal proposito, la Corte sottolinea altresì che la verifica circa il rispetto della clausola di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS e, quindi, l'avvio di un secondo procedimento penale nei confronti del medesimo soggetto è possibile solo qualora la sentenza definitiva emanata dal primo giudice non sia stata eseguita e “il sistema attualmente previsto dal diritto dell'Unione non sia stato sufficiente, *per un qualsiasi motivo*, ad impedire l'impunità delle persone condannate nell'Unione con sentenza penale definitiva”²⁶⁰².

Dopo aver asserito che la condizione di esecuzione prevista all'articolo 54 della CAAS non eccede quanto necessario ad evitare, in un contesto transfrontaliero, l'impunità delle persone condannate in uno Stato membro dell'Unione con sentenza penale definitiva²⁶⁰³, la Corte conclude, quindi, che “l'articolo 54 della CAAS, il quale subordina l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alla condizione che, in caso di condanna, la sanzione “sia stata eseguita” o sia “in corso di esecuzione attualmente” è compatibile con l'articolo 50 della Carta, il quale sancisce tale principio”²⁶⁰⁴.

2601La Corte sottolinea altresì che “*la condizione di esecuzione della CAAS implica che, qualora le circostanze particolari del caso di specie e l'atteggiamento dello Stato della prima condanna abbiano consentito che la sanzione irrogata sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente, se del caso tramite l'impiego degli strumenti previsti dal diritto dell'Unione per facilitare l'esecuzione delle pene, una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro non può più essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro Stato membro*”. Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 71.

2602Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 71. Il corsivo è nostro. Sulle possibili cause di non esecuzione della sentenza definitiva negli Stati membri e per un esame critico di tale passaggio della sentenza *Zoran Spasic*, si legga N. I. THORHAUER, *Conflicts of Jurisdiction in Cross-Border Criminal Cases in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 1, 2015, pp. 83-84.

2603A tal proposito, la Corte sottolinea, tuttavia, che “*nell'ambito dell'applicazione concreta della condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS ad un caso specifico, non si può escludere che, in base all'articolo 4, paragrafo 3, TUE e agli strumenti giuridici di diritto derivato dell'Unione in materia penale menzionati dalla Commissione, i giudici nazionali competenti si contattino e avviino consultazioni al fine di verificare se esista un'effettiva intenzione, da parte dello Stato membro della prima condanna, di procedere all'esecuzione delle sanzioni inflitte*”. Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 73.

2604Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 74. Nella sentenza *Spasic* (paragrafi 75-85) la Corte di Giustizia risolve anche la seconda questione pregiudiziale sottoposta al suo esame, concernente la definizione di “esecuzione” a livello europeo. In particolare, era stato richiesto alla Corte di stabilire se la condizione di “esecutività” della sentenza di cui all'art. 54 CAAS sia soddisfatta anche nel caso in cui sia stata data esecuzione solo ad una parte della sanzione inflitta nello Stato di condanna, nel caso in cui la sanzione irrogata fosse composta di due parti autonome, una pena detentiva e una pena pecuniaria. La Corte evidenzia al proposito che, benché l'articolo 54 della CAAS utilizzi il singolare nel disporre che occorre che “la pena” sia stata eseguita, in tale condizione è compresa anche la situazione in cui siano state inflitte due pene principali, come una pena detentiva e una pena pecuniaria. Una diversa interpretazione svuoterebbe, infatti, di significato il principio del *ne bis in idem* come disciplinato dall'art. 54 della CAAS e ne diminuirebbe in modo significativo l'effetto utile. Costituisce corollario di tal conclusione il fatto che qualora una delle due sanzioni inflitte non sia stata “eseguita”, ai sensi dell'art. 54 della CAAS, la clausola di esecuzione non può considerarsi soddisfatta. Né può dirsi soddisfatta la condizione “esecutiva” sostenendosi che la pena detentiva sia “in corso di esecuzione attualmente”, come pure previsto dalla disposizione in parola, poiché nel caso di specie è stato accertato certo che il signor Spasic non ha iniziato a scontare la pena detentiva in Italia. Ne consegue che il solo pagamento della sanzione pecuniaria, inflitta con la medesima decisione con cui viene comminata anche una pena detentiva che non è stata ancora eseguita, non

Con tale decisione la Corte ha deciso in senso difforme rispetto alle conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen²⁶⁰⁵, il quale riteneva che l'applicazione generalizzata della condizione di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS non superava il test di proporzionalità e non poteva essere considerata una legittima restrizione, ai sensi dell'articolo 52 della Carta, del diritto di non essere perseguito o punito due volte per la commissione dello stesso reato. Quest'ultimo precisa, tuttavia, che esistono taluni casi limite, in particolare, tre situazioni, nelle quali “l'applicazione della condizione di esecuzione dell'articolo 54 della CAAS deve essere considerata necessaria alla realizzazione dell'obiettivo perseguito”²⁶⁰⁶. Al di fuori di tali situazioni eccezionali, la cui sussistenza deve essere verificata caso per caso, il diritto dell'Unione fornisce attualmente strumenti giuridici di diritto derivato di natura meno intrusiva che sono atti a consentire agli Stati membri di eseguire le sanzioni penali nei casi in cui il condannato si trovi in un altro Stato membro, nonché di scambiare le relative informazioni. Alla luce di tali considerazioni, pertanto, “assoggettare sistematicamente le persone già condannate con sentenza penale definitiva ad un rischio di duplicazione dei procedimenti in un altro Stato membro supera i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento dell'obiettivo perseguito”; motivo per cui un'applicazione generalizzata della condizione di esecuzione contenuta nell'articolo 54 della CAAS risulta sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito e, quindi, non legittima.

L'elemento distintivo che porta la Corte di Giustizia a raggiungere conclusioni difformi rispetto a quelle a cui è giunto l'Avvocato Generale nel caso di specie consiste nel diverso approccio alla fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti degli altrui sistemi di giustizia penale.

L'Avvocato Generale, infatti, considera l'esistenza della fiducia reciproca tra Stati membri, grazie alla quale ciascuno di essi accetta l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri,

permette di considerare che la sanzione sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione ai sensi dell'art. 54 CAAS. La Corte ritiene applicabile lo stesso ragionamento anche alla situazione inversa in cui la sola sanzione detentiva sia stata eseguita e debba ancora essere eseguita la pena pecuniaria.

2605Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, presentata il 2 maggio 2014, nella causa C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale).

2606Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, presentata il 2 maggio 2014, nella causa C-129/14 PPU, cit., paragrafi 91-103. Nei paragrafi 105-108 l'Avvocato Generale elenca i tre casi in cui, a suo avviso, l'applicazione della condizione di esecuzione dell'articolo 54 della CAAS deve essere considerata necessaria alla realizzazione dell'obiettivo perseguito. Secondo quanto dallo stesso affermato “È tale il caso, in primo luogo, delle situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 2, del protocollo n. 7, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Mi sembra evidente che una deroga applicabile in conformità della CEDU a situazioni nazionali può essere applicata nelle situazioni transfrontaliere che si aggiungono, in virtù della Carta, all'ambito di applicazione del diritto fondamentale del *ne bis in idem*. In secondo luogo, a mio avviso, i crimini i cui autori devono essere puniti dagli Stati in forza del diritto internazionale generale, come i crimini contro l'umanità, il genocidio e i crimini di guerra, devono essere perseguiti una seconda volta qualora l'applicazione del principio del *ne bis in idem* comporti la loro impunità. Una decisione del Consiglio relativa all'accertamento e al perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra riflette parimenti la necessità di un approccio rigoroso a tal riguardo. In terzo luogo, al fine di evitare l'impunità, una nuova azione giudiziaria e una nuova pena sarebbero necessarie parimenti in caso di un ostacolo duraturo all'assistenza in materia di esecuzione delle decisioni. Una fattispecie del genere ricorre nell'ipotesi in cui, nonostante l'applicazione o in assenza di applicazione di strumenti meno intrusivi a disposizione di due Stati membri interessati, l'obiettivo dell'Unione consistente nell'impedire l'impunità rischi di essere vanificato”.

anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse, un elemento centrale e dirimente del proprio ragionamento giuridico²⁶⁰⁷, mentre la Corte sembra trasformare la presunzione di fiducia reciproca dalla stessa sostenuta nelle precedenti decisioni sul punto in un “*institutionalisation of mutual distrust*”²⁶⁰⁸.

Nel ragionamento della Corte gli strumenti di diritto derivato di natura meno intrusiva che si fondano sul riconoscimento reciproco e sono atti a consentire agli Stati membri di eseguire le sanzioni penali nei casi in cui il condannato si trovi in un altro Stato membro, nonché di scambiare le relative informazioni, sono considerati inadeguati ad evitare, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l’impunità delle persone condannate con una sentenza penale definitiva qualora il primo Stato di condanna non abbia fatto eseguire la pena inflitta²⁶⁰⁹. La Corte di Giustizia deduce tale inadeguatezza dalla circostanza che l’impiego di tali strumenti dipende, in ultima analisi, dalla decisione dello Stato membro in cui ha sede il giudice che ha pronunciato la sentenza penale definitiva; la protezione garantita non è quindi effettiva poiché il diritto europeo non prevede alcun obbligo di assicurare l’esecuzione effettiva delle sanzioni risultanti da tale sentenza e non esistono criteri di valutazione uniformi in tale ambito; la disciplina non è stata, infatti, armonizzata a livello europeo.

Sembra, pertanto, emergere dalla sentenza che l’obiettivo primario della Corte sia quello securitario di scongiurare l’impunità di un soggetto condannato, che non ha scontato la pena nello Stato di condanna; di conseguenza, l’assenza di armonizzazione in tale ambito è considerata dalla Corte come un indice per presumere la mancanza di fiducia nel sistema repressivo penale degli altri Stati membri. Vale appena la pena sottolineare che la Corte in tale sentenza non porta avanti un ragionamento giuridico che tenga in debito conto il fatto che il principio del *ne bis in idem*, in seguito all’espressa codificazione di esso nell’articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali ha assunto la veste di diritto fondamentale.

Tale impostazione della Corte di Giustizia è foriera di importanti e preoccupanti conseguenze.

Il principio del *ne bis in idem* a cui, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato riconosciuto il valore di diritto fondamentale rischia, infatti, di essere indebolito nel suo contenuto da una così ampia interpretazione delle limitazioni che possono essere apportate allo stesso²⁶¹⁰.

Le Spiegazioni della Carta relative all’articolo 50 chiariscono che, nella misura in cui il diritto

2607Conclusioni dell’Avvocato Generale Niilo Jääskinen, presentata il 2 maggio 2014, nella causa C-129/14 PPU, cit., paragrafi 95-96.

2608In tal senso, V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe’s Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, p. 465.

2609Corte di Giustizia *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, cit., par. 69.

2610Vale al proposito ricordare che risulta altresì dubbio che la condizione di esecuzioni facilitate la creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, basato sulla reciproca fiducia, in cui i diritti fondamentali, quali riconosciuti in particolare dalla Carta, siano interpretati e applicati in seno all’Unione nel rispetto del quadro costituzionale europeo. Si veda in tal senso il Parere della Corte di Giustizia di adesione alla CEDU, 2/13, del 18 dicembre 2014, par. 177.

tutelato dall'articolo 50 corrisponda a quello tutelato dall'articolo 4 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU, il diritto garantito dall'articolo 50 della Carta ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU.

Secondo quanto previsto dall'articolo 52, par. 3 della Carta, inoltre, il diritto dell'Unione può prevedere una protezione più estesa²⁶¹¹. Nelle Spiegazioni si legge al riguardo che l'Unione può garantire una protezione più ampia dei diritti ivi contemplati e che in ogni caso la “protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”²⁶¹².

L'articolo 4 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU, come noto, non prevede la possibilità di subordinare l'applicazione del diritto alla verifica dell'esecuzione della sentenza²⁶¹³. Del pari, le Spiegazioni della Carta chiariscono che “le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola “ne bis in idem” sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni”²⁶¹⁴. La decisione della Corte si incentra, quindi, in ultima analisi, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, sulla verifica circa il rispetto delle condizioni previste dall'articolo 52, par. 1 per derogare ai diritti, tra cui quello del *ne bis in idem*, tutelati dalla Carta.

La logica seguita dalla Corte per subordinare l'applicazione del principio alla verifica della condizione di esecuzione contenuta nell'articolo 54 della CAAS riposa su un ragionamento che privilegia istanze prevalentemente securitarie.

La Corte incentra la parte centrale della propria motivazione sull'esigenza di evitare l'impunità di un

2611L'articolo 52, par. 3 della Carta letteralmente recita: “Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.

2612Nelle Spiegazioni della Carta relative all'articolo 52, par. 3 letteralmente si legge: “Il paragrafo 3 intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo affermando la regola secondo cui, qualora i diritti della presente Carta corrispondano ai diritti garantiti anche dalla CEDU, il loro significato e la loro portata, comprese le limitazioni ammesse, sono identici a quelli della CEDU. Ne consegue in particolare che il legislatore, nel fissare le suddette limitazioni, deve rispettare gli standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU, che è quindi applicabile anche ai diritti contemplati in questo paragrafo, senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea. Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea. L'ultima frase del paragrafo è intesa a consentire all'Unione di garantire una protezione più ampia. La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU”. Si legga al riguardo S. PEERS, PRECHAL, *Comments on Article 52 CFR, Scope and Interpretation of Rights and Principles*, in PEERS e altri, *The EU Charter of Fundamental Rights*, Hart, 2014.

2613L'articolo 4 del Protocollo n. 7 allegato alla CEDU letteralmente recita: “Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. Le disposizioni del paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione”.

2614In tal senso, si leggano le Spiegazioni della Carta relative all'articolo 50.

soggetto condannato con sentenza definitiva sul territorio di uno Stato membro dell'Unione, sacrificando il rispetto di un principio che ora ha assunto la veste di diritto fondamentale per favorire un'istanza meramente securitaria²⁶¹⁵. Una tale interpretazione, oltre a restringere significativamente l'ambito di applicazione del principio, pone a rischio l'esigenza di certezza giuridica nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia; lasciare agli Stati membri la possibilità di dare esecuzione o meno ad una sentenza, lasciando ad un altro Stato membro la possibilità di avviare un altro processo nei confronti del medesimo soggetto, nonché attribuire agli Stati la libertà di individuare gli *standard* in base ai quali una sentenza deve considerarsi eseguita, è foriera di incertezza giuridica e pone a rischio la stessa libertà di movimento dei cittadini europei sul territorio dell'Unione²⁶¹⁶.

Una tale interpretazione da parte della Corte di Giustizia risulta peculiare anche se si considera la *ratio* sottesa alla previsione della clausola di esecuzione nell'articolo 54 della CAAS. All'origine la clausola di esecuzione è stata inserita nell'articolo poiché gli Stati parte dell'*acquis* erano restii a cedere il proprio *ius punendi* ad un altro Stato. La clausola di esecuzione era stata, quindi, inserita per permettere ad uno Stato di avviare un secondo processo nei confronti del medesimo soggetto nel caso in cui nello Stato di condanna non fosse stata eseguita la condanna, almeno cominciata l'esecuzione o quest'ultima non possa più essere eseguita, in base alla legge dello Stato di condanna. Una tale previsione era giustificata dal fatto che in caso di mancata esecuzione della sentenza, l'altro Stato Contraente non aveva altri mezzi a disposizione per risolvere la situazione; non era infatti istituito dalla Convenzione alcun altro strumento specifico di cooperazione in materia penale. Al fine di evitare l'impunità dell'autore del reato, l'avvio di un secondo processo penale era quindi, all'epoca, la sola soluzione.

Come noto, la situazione a livello europeo che si è presentata agli occhi della Corte al momento dell'emissione della sentenza *Spasic* era ben diversa. Erano, infatti, già stati disciplinati numerosi strumenti di diritto secondario che prevedevano diversi sistemi per evitare che l'autore del reato restasse impunito. Accanto agli strumenti di diritto derivato menzionati dalla Corte, ossia la

²⁶¹⁵Si ritiene che tale impostazione non sia coerente neanche con le Spiegazioni della Carta relative all'articolo 50 della medesima (2007/C303/02, GU 2007, C 303/17), in cui si legge che “*le eccezioni, molto limitate, per le quali dette convenzioni consentono agli Stati membri di derogare alla regola “ne bis in idem” sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'articolo 52, paragrafo 1, sulle limitazioni. Per quanto riguarda le situazioni contemplate dall'articolo 4 del protocollo 7, vale a dire l'applicazione del principio all'interno di uno Stato membro, il diritto garantito ha lo stesso significato e la stessa portata del corrispondente diritto sancito dalla CEDU*”.

²⁶¹⁶Si legga, al proposito anche V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 4, 2015, p. 465, il quale evidenzia che “*not only does this rationale (and the emphasis on the need to avoid impunity) not fall within the scope of ne bis in idem, but the Court's interpretation also opens the door towards divergent interpretations and levels of protection between domestic ne bis in idem cases involving the implementation of EU law (interpreted in conformity with Article 50 of the Charter) and transnational ne bis in idem cases under Article 54 CISA*”. Sul punto, si legga anche J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, in *Common Market Law Review*, 52, 2015, pp. 1339–1360; M. WASMEIER, *Ne bis in idem and the Enforcement Condition: Balancing Freedom, Security and Justice?*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 4, 2014.

Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione nei procedimenti penali²⁶¹⁷, le decisioni quadro 2002/548²⁶¹⁸, 2005/214²⁶¹⁹, 2008/909²⁶²⁰, occorre citare anche la decisione del Consiglio 2002/187, che prevede l'obbligo di rivolgersi ad Eurojust in caso di conflitto di giurisdizione²⁶²¹.

A tal proposito, occorre rilevare che la Corte non ha preso in considerazione tutti gli strumenti esistenti e, pertanto, la valutazione circa la necessità e proporzionalità della clausola di esecuzione non può essere stata correttamente operata dalla Corte; nel valutare se gli strumenti attualmente previsti per evitare conflitti di giurisdizione e coordinare le indagini tra gli Stati membri sono adeguati per evitare l'impunità del soggetto, la Corte avrebbe dovuto, infatti, quantomeno prenderli tutti in considerazione. A ciò si aggiunga che in tale materia la competenza di *Eurojust* a dirimere conflitti di giurisdizione tra più Stati membri assume oltretutto un peso significativo nel sistema giuridico europeo attuale.

L'esecuzione della sentenza è stata ritenuta idonea a limitare un diritto fondamentale che tutela il soggetto contro la reiterazione dello *ius puniendi* da parte di Stati diversi. In tal modo la competenza territoriale di uno Stato ad esercitare la propria potestà punitiva nei confronti di un soggetto può essere determinata dallo Stato che emette la prima sentenza definitiva di condanna. Tuttavia, occorre al proposito ricordare che la protezione di un diritto fondamentale quale quello del *ne bis in idem* dovrebbe essere indifferente a quale autorità giurisdizionale per primo inizia il procedimento penale e a quale Stato vuole iniziare un altro procedimento penale contro il medesimo soggetto; la tutela di un diritto fondamentale in uno spazio comune di giustizia non può dipendere dalla decisione unilaterale dell'autorità nazionale competente²⁶²².

La reciproca fiducia tra le autorità giurisdizionali statali obbliga queste ultime ad accettare le decisioni adottate nel territorio altrui e a cooperare al fine di evitare conflitti di giurisdizione e la conseguente potenziale violazione del diritto fondamentale del *ne bis in idem*²⁶²³.

2617Decisione Quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, in GU 2009, L 328/42.

2618**Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri - Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro, in GU L 190, 18.7.2002, pp. 1-20**

2619Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, in GU L 76, 22.3.2005, p. 16-30.

2620Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, in GU L 327, 5.12.2008, pp. 27-46.

2621Articolo 13, par. 7 della Decisione del Consiglio 2002/187, in GU 2002, L63/1, a come modificata dalla decisione del Consiglio 2009/426, in GU 2009, L 138/14, consultabile nella versione consolidata su <eurojust.europa.eu/doc/library/Eurojust-framework/ejdecision/Consolidated%20version%20of%20the%20Eurojust%20Council%20Decision/Eurojust-Council-Decision-2009Consolidated-EN.pdf>. Si legga anche l'Allegato al Report Annuale del Collegio di Eurojust del 2003, *Which jurisdiction should prosecute?*.

2622Nella stessa ottica di idee la Commissione nel Libro Verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del *e bis in idem* metteva in dubbio la necessità di prevedere una clausola di esecuzione nell'Area di Libertà, Sicurezza e Giustizia. Leggi, in tal senso, COM (2005) 696, p. 9.

2623Si legga l'interessante analisi di J.A.E. Vervaele per un'analisi della sentenza *Spasic*. L'autore, in particolare,

La ragione di evitare l'impunità dell'autore del reato non può restringere il contenuto del principio fino ad abbassarne la protezione al di sotto di quella garantita dalla CEDU come interpretata dalla Corte EDU. L'ambito di applicazione può essere diverso, in quanto quello dell'articolo 50 della Carta è più ampio rispetto a quello previsto dalla CEDU, ma il significato minimo deve rispettare almeno gli standard minimi previsti dalla CEDU²⁶²⁴. L'accoglimento di tale interpretazione porterebbe anche alla creazione di diversi livelli di tutela in seno al medesimo articolo 50 della Carta, uno per lo Spazio di libertà, Sicurezza e Giustizia cui sarebbe limitato dalla clausola di esecuzione di cui all'articolo 54 della CAAS e ed uno per l'ambito del mercato interno, in cui tali restrizioni non operano²⁶²⁵.

Una tale interpretazione potrebbe, inoltre, legittimare un'interpretazione ancora più restrittiva del principio del *ne bis in idem* contenuto nell'articolo 50 della Carta, che consideri le deroghe al principio contenute nell'articolo 55 della CAAS legittime e proporzionate limitazioni, ai sensi dell'articolo 52, par. 1 della Carta, al principio del *ne bis in idem* di cui all'articolo 50.

La Corte di Giustizia ha avuto l'opportunità di pronunciarsi sulla compatibilità delle deroghe di cui all'articolo 55 della CAAS con l'articolo 50 della Carta nella recente pronuncia *Piotr Kossowski* resa il 29 giugno 2016²⁶²⁶.

Nelle proprie Conclusioni²⁶²⁷ l'Avvocato Generale Yves Bot ritiene che la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS non rispetti il contenuto essenziale del principio del *ne bis in idem* quale enunciato dall'articolo 50 della Carta e debba, pertanto, essere dichiarata invalida.

Il ragionamento dell'Avvocato Generale si incardina sull'esame della precedente giurisprudenza

sottolinea che la Corte di Giustizia “*should thus have applied an assessment in concreto, looking at all the obligations and instruments in place. As for the obligations, the ECJ only referred to optional (“may”) means of cooperation between the courts, based on the Union principle of loyalty in Article 4(3) TFEU. In my view, the ECJ should have referred to loyalty to the Union as a basis for an obligation (“must”) and not limited to the courts but to all national authorities, including judicial authorities such as prosecutors. As the Advocate General observed, also Article 57 CISA41 may contain a duty to consult. In my view Article 57 CISA is a clear obligation (“shall”) and is thus mandatory*”. J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, cit., p. 1356.

2624Nel medesimo senso anche J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, cit., p. 1358; TOMKIN, *Comments on Article 50 CFR, part IV (Limitations and Derogations)* in PEERS e altri, op. Cit., p. 1409.

2625Si legga, in tal senso anche J.A.E. VERVAELE, *Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic*, cit., p. 1358.

2626Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale). Nel caso di specie, la procura di Amburgo contestava al sig. *Piotr Kossowski* di aver commesso, ad Amburgo, un'estorsione aggravata a fini di rapina. Tuttavia, il Landgericht Hamburg (tribunale regionale di Amburgo) aveva negato l'avvio del procedimento in quanto vi ostava il principio *ne bis in idem*, come applicato nello spazio Schengen. Secondo tale principio, una persona non può essere perseguita o condannata due volte per lo stesso reato. Nel caso di specie, la procura di Kołobrzeg in Polonia, dove il sig. *Kossowski* era stato arrestato per altro reato, aveva già avviato nei suoi confronti un procedimento istruttorio per i medesimi fatti e lo aveva definitivamente chiuso per mancanza di prove sufficienti. Tale decisione di chiusura del procedimento da parte della procura di Kołobrzeg era più precisamente motivata dal fatto che il sig. *Kossowski* si era rifiutato di deporre e che la vittima e un testimone indiretto risiedevano in Germania: non era stato quindi possibile sentirli durante il procedimento istruttorio e, di conseguenza, non era stato possibile verificare le affermazioni della vittima. In Polonia non era stata svolta alcuna istruzione più approfondita.

2627Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa C-486/14, nel procedimento penale c. *Piotr Kossowski*, cit., par. 43.

della Corte di Giustizia, in cui è stato espressamente statuito che il principio del *ne bis in idem* implica necessariamente l'esistenza di una reciproca fiducia degli Stati membri nei confronti dei rispettivi sistemi di giustizia penale. Come sottolineato nelle Conclusioni, infatti, è proprio l'esistenza di una fiducia reciproca nel sistema giurisdizionale degli altri Stati che, in assenza di una previa armonizzazione o ravvicinamento delle legislazioni, fa sì che le divergenze tra le legislazioni nazionali non possano costituire un ostacolo all'applicazione del principio del *ne bis in idem*.

Nel prosieguo del ragionamento, l'Avvocato Generale, esamina inoltre la stretta connessione esistente tra il principio di fiducia reciproca, quello del mutuo riconoscimento e la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Quanto al rapporto con il principio del mutuo riconoscimento, si legge che la “formula utilizzata dev’essere interpretata nel senso che la fiducia reciproca è non già il presupposto dell’applicazione del reciproco riconoscimento, bensì la conseguenza imposta agli Stati membri dall’applicazione di tale principio”²⁶²⁸. Ritenendolo il principio cardine su cui si incentra lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'AG sottolinea conseguentemente che è “alla luce di detta creazione giurisprudenziale che dev’essere oggi valutata la validità della riserva di cui all’articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS”²⁶²⁹.

Di conseguenza procede valutando se “la particolare forza attribuita al principio del reciproco riconoscimento debba portare ad escluderla (la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a) della CAAS)”²⁶³⁰. Una tale valutazione è necessaria poiché, a suo avviso, la riserva di cui all'articolo 55 della CAAS non è divenuta invalida per il solo fatto dell’integrazione dell’*acquis* di Schengen nel diritto dell’Unione; ciononostante l'AG sottolinea il fatto che ciò non osta a verificarne le compatibilità rispetto alla giurisprudenza della Corte e all'articolo 50 della Carta, poiché essa non può contrastarvi. Nel valutarne la compatibilità l'AG riconosce, in primo luogo, che “non vi è dubbio che l’applicazione della riserva di cui all’articolo 55, paragrafo 1), della CAAS ha l’effetto di svuotare del suo contenuto il principio del *ne bis in idem*. Tenuto conto delle considerazioni di cui sopra, relative al legame tra tale principio e quello del reciproco riconoscimento, nonché dell’importanza fondamentale di quest’ultimo per la costruzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, questa considerazione è, da sola, sufficiente per concludere nel senso che detta riserva dev’essere dichiarata invalida”.

Nonostante, quindi, che, in via generale, l'AG ritenga la clausola di riserva di cui all'articolo 55 della CAAS incompatibile con il principio del *ne bis in idem* sancito dalla Carta, egli stesso afferma che tale affermazione potrebbe subire un'eccezione solamente nel caso in cui essa fosse giustificata

2628Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa *Piotr Kossowski* C-486/14, cit., par. 43.

2629Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa *Piotr Kossowski* C-486/14, cit., par. 45.

2630Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa *Piotr Kossowski* C-486/14, cit., par. 45.

dalla necessità di attribuire a siffatta riserva un effetto utile che vada nel senso di soddisfare un interesse superiore che non costituisca un effetto contrario all'elaborazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Il ragionamento dell'Avvocato Generale si concentra, pertanto, nel prosieguo²⁶³¹ sulla valutazione dell'esistenza di un'eventuale utilità o necessità della riserva. Sulla base di tale analisi, condotta alla luce della giurisprudenza della Corte e della Carta, l'Avvocato Generale, infine conclude nel senso che la riserva di cui all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS è inutile “perché essa non è più necessaria per effetto dell'esatta applicazione della giurisprudenza della Corte, in linea con le disposizioni della Carta”²⁶³². In senso esplicativo, l'Avvocato Generale, infatti, conclude che, dal momento che “la giurisprudenza della Corte e la Carta consentono di garantire il rispetto della differenza sostanziale tra i reati, consentire a uno Stato membro di eludere il principio del *ne bis in idem* in situazioni diverse equivarrebbe a svuotarlo di ogni contenuto e rimetterebbe in discussione il sistema su cui si fonda lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia”²⁶³³.

A differenza dell'Avvocato Generale²⁶³⁴, il quale ha affrontato la questione, la Corte non ha l'ha esaminata poiché, a suo avviso, il problema dell'eventuale applicabilità dell'eccezione alla regola del *ne bis in idem* riportata all'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS si pone solo qualora, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, si ritenga che la persona sia stata “giudicata con sentenza definitiva”, ai sensi dell'articolo 54 della CAAS.

Risolvendo la seconda questione sottoposta al suo esame nel senso che “il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 54 della CAAS, letto alla luce dell'articolo 50 della Carta, deve essere interpretato nel senso che una decisione del pubblico ministero che pone fine all'azione penale e conclude definitivamente, salvo riapertura o annullamento, il procedimento di istruzione condotto nei confronti di una persona, senza che siano state irrogate sanzioni, non può essere considerata una decisione definitiva, ai sensi di tali articoli, qualora dalla motivazione di tale decisione risulti che il suddetto procedimento è stato chiuso senza che sia stata condotta un'istruzione approfondita, laddove la mancata audizione della vittima e di un eventuale testimone costituisce un indizio dell'assenza di un'istruzione siffatta”²⁶³⁵, la Corte ha ritenuto che non occorresse risolvere la prima questione.

La Corte, quindi, in tale occasione ha omesso di definire il rapporto sussistente tra l'articolo 55 della

2631Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa *Piotr Kossowski* C-486/14, cit., par. 50-68.

2632Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa *Piotr Kossowski* C-486/14, cit., par. 51. Per l'analisi della giurisprudenza della Corte in riferimento al principio del *ne bis in idem* e l'esame del testo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, poiché non espressamente rilevante in tale sede, si rinvia a quanto precisato dall'Avvocato Generale nelle proprie Conclusioni ai paragrafi da 50 a 67.

2633Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa *Piotr Kossowski* C-486/14, cit., par. 67.

2634Si leggano, al riguardo, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate il 15 dicembre 2015, nella causa C-486/14, nel procedimento penale c. *Piotr Kossowski*, cit.

2635Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, cit., par. 54.

CAAS e l'articolo 50 della Carta. Occorre, altresì rilevare che nel determinare cosa debba intendersi per “sentenza definitiva” e se, in particolare, la decisione emessa dal pubblico ministero polacco, in assenza del previo ascolto della vittima del reato e del testimone *de relato*, debba considerarsi una “sentenza definitiva” ai sensi dell'articolo 54 della CAAS, la Corte, pur richiamando formalmente i propri precedenti, si distanzia dalla propria precedente interpretazione quanto al fine per cui è stato istituito il principio del *ne bis in idem* e ne fornisce un'interpretazione parzialmente diversa.

Secondo quanto affermato dalla Corte, infatti, una sentenza può dirsi “definitiva” in presenza di due condizioni: occorre, in primo luogo, che l'azione penale sia definitivamente estinta in base al diritto dello Stato contraente che ha pronunciato la decisione penale e, in secondo luogo, bisogna verificare che tale decisione sia stata pronunciata a seguito di un esame condotto nel merito della causa.

Quanto alla prima condizione, la Corte constata che secondo il diritto polacco l'azione penale si era definitivamente estinta, nonostante non fosse stata irrogata una sanzione e la decisione fosse stata presa dal pubblico ministero.

Per quanto concerne il secondo requisito, la Corte sottolinea invece che “l'interpretazione del carattere definitivo, ai sensi dell'articolo 54 della CAAS, di una decisione in materia penale di uno Stato membro deve essere condotta alla luce non solo della necessità di garantire la libera circolazione delle persone, bensì anche della necessità di promuovere la prevenzione della criminalità e di lottare contro quest'ultima all'interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia”²⁶³⁶.

L'obiettivo securitario di promuovere la criminalità e di lottare contro quest'ultima è, quindi, affiancata nel ragionamento della Corte all'esigenza di evitare, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, che una persona giudicata con sentenza definitiva venga perseguita, per il fatto di esercitare il suo diritto di libera circolazione, per gli stessi fatti sul territorio di diversi Stati contraenti.

La dimensione di diritto fondamentale attribuita al principio del *ne bis in idem* con la consacrazione dello stesso nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è passata in secondo piano, o quantomeno, posta allo stesso livello della necessità di “sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'accusato”²⁶³⁷. Ad opinione della Corte, pertanto, una decisione emanata a seguito di un'istruzione non approfondita non costituisce una decisione che è stata preceduta da un esame svolto nel merito²⁶³⁸.

2636Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, cit., par. 47.

2637Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, cit., par. 49.

2638Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, cit., par. 49, in cui si legge che “*infatti, l'applicazione dell'articolo 54 della CAAS ad una siffatta decisione avrebbe l'effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all'accusato. Da un lato, la detta decisione di chiudere la causa sarà stata adottata dalle autorità giudiziarie di uno Stato membro senza alcuna valutazione del comportamento illecito addebitato all'accusato. Dall'altro, l'apertura di un procedimento penale in un altro Stato membro per gli stessi fatti risulterebbe compromessa. Tale conseguenza contrasterebbe palesemente con la finalità stessa dell'articolo 3, paragrafo 2, TUE*”.

Per giungere alla conclusione che una tale decisione non sia una “sentenza definitiva”, ai sensi dell'articolo 54 della CAAS, la Corte di Giustizia valuta anche la circostanza che l'articolo 54 della CAAS implichi necessariamente che esista la fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale. Nel valutare questo requisito, la Corte, tuttavia, di fatto nega che in concreto esista tale fiducia reciproca tra gli Stati contraenti.

Dopo aver affermato che “tale fiducia reciproca esige che le autorità competenti interessate del secondo Stato contraente accettino una decisione definitiva che è stata pronunciata sul territorio del primo Stato contraente, nei termini in cui essa è stata comunicata a tali autorità”²⁶³⁹, essa sottolinea che “[t]uttavia, la suddetta fiducia reciproca può affermarsi solo qualora il secondo Stato contraente sia in grado di accertarsi, sulla base dei documenti trasmessi dal primo Stato contraente, che la decisione di cui trattasi adottata dalle autorità competenti di tale primo Stato costituisce effettivamente una decisione definitiva che contiene un esame della causa nel merito”²⁶⁴⁰.

La Corte modifica, quindi, la propria precedente giurisprudenza sopra esaminata in base alla quale la fiducia tra gli Stati è presunta e, quindi, ciascuno di è tenuto ad accettare l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati contraenti, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse²⁶⁴¹ ed afferma che, in concreto, il secondo Stato debba accertarsi che la decisione emessa dal primo Stato costituisca una causa definitiva che contiene un'analisi nel merito della causa. Tra gli Stati, quindi, la fiducia reciproca non è più presunta; la definitività della decisione emessa dall'autorità giudiziaria che per prima ha emesso la decisione deve, al contrario, essere accertata dalle autorità del secondo Stato in cui viene esaminata la questione²⁶⁴².

(v., in tal senso, sentenza del 10 marzo 2005, *Miraglia*, C-469/03, EU:C:2005:156, punti 33 et 34)”.

2639Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, cit., par. 51.

2640Corte di Giustizia, *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, cit., par. 52.

2641Quanto al collegamento tra il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri, il principio del mutuo riconoscimento e il principio del *ne bis in idem*, si legga quanto riportato dall'Avvocato Generale Yves Bot nelle proprie Conclusioni (par. 41-45), in cui si legge che “*la Corte ha rilevato che nessuna disposizione del Trattato UE o della CAAS assoggetta l'applicazione del principio del ne bis in idem a una previa armonizzazione o a un previo ravvicinamento delle legislazioni, ciò vuol dire che l'applicazione di tale principio, divenuto fondamentale in quanto condizione dell'applicazione concreta della libertà di circolazione, impone di fatto agli Stati membri di fidarsi reciprocamente. Le divergenze tra le legislazioni nazionali non possono quindi costituire un ostacolo all'applicazione di detto principio. Con il ricorso al principio del reciproco riconoscimento, il legislatore dell'Unione ha inteso superare le difficoltà quasi insormontabili incontrate a causa, segnatamente, del fallimento dei tentativi di previo ravvicinamento delle legislazioni nazionali. La Corte, in seguito, ne ha tratto le conseguenze nella propria giurisprudenza. La formula utilizzata dev'essere interpretata quindi nel senso che la fiducia reciproca è non già il presupposto dell'applicazione del reciproco riconoscimento, bensì la conseguenza imposta agli Stati membri dall'applicazione di tale principio. In altre parole, l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento impone agli Stati membri di fidarsi reciprocamente a prescindere dalle differenze tra le rispettive legislazioni nazionali. La forza del principio così espresso si giustifica con l'interesse che rappresenta la creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia per la creazione dell'Unione. Tale spazio, infatti, appare come la dimensione complementare dello spazio unico di circolazione e di attività economica, in quanto assicura a quest'ultimo un contesto normativo contenente i diritti individuali dei cittadini dell'Unione. In ciò, esso si ricollega indubbiamente alla nozione di cittadinanza dell'Unione, a cui contribuisce a conferire una dimensione concreta*”.

2642Si legga, al riguardo, anche quanto affermato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni, par. 74-75, in cui si legge: “*L'essenza stessa del principio del ne bis in idem consiste nel reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, il quale postula la fiducia reciproca tra gli Stati membri. La questione è se, tuttavia, ciò vieti agli Stati membri di verificare se le condizioni di applicazione del principio del ne bis in idem siano effettivamente soddisfatte, e in particolare se si tratti di una decisione nel merito. La nozione di “merito della controversia”*”

La Corte sembra, quindi, nuovamente, come nel caso *Spasic*, legittimare la sfiducia reciproca tra gli Stati membri e far regredire così la portata garantista che il principio del *ne bis in idem* aveva raggiunto nella propria precedente giurisprudenza in favore dell'esigenza securitaria di assicurare la punizione dell'autore del reato²⁶⁴³.

Sembra che tali decisioni della Corte siano quantomeno anacronistiche e si pongano in contrasto con la tendenza affermata a livello legislativo dal legislatore dell'Unione dopo il Programma di Stoccolma di rafforzare, al contrario le garanzie procedurali dell'imputato e di garantire nello spazio giuridico europeo un'elevata protezione dei diritti fondamentali dei cittadini europei, al fine di garantirne anche la libera circolazione.

2.2. TITOLO SECONDO Disciplina processuale applicabile alle indagini svolte dalla Procura europea alla luce dei diritti fondamentali

2.2.1. CAPITOLO SETTIMO Poteri della Procura europea e disciplina processuale delle indagini da essa svolte

potrebbe evocare l'idea di un esame approfondito e critico del procedimento in questione. Lo Stato membro che effettuasse tale esame "giudicherebbe", in un certo senso, il procedimento dell'altro Stato membro prima di riconoscere se lo accetta o meno. Ciò equivarrebbe a ristabilire l'exequatur, il che sarebbe inaccettabile in quanto priverebbe di ogni significato il principio del reciproco riconoscimento e colliderebbe direttamente con l'idea stessa di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia". L'Avvocato Generale sottolinea, nei paragrafi successivi (in particolare 78), che lo scrutinio circa il soddisfacimento delle condizioni per cui una sentenza può definirsi "definitiva" può essere effettuato dal secondo giudice che conosce della controversia. Tale verifica non può, tuttavia, entrare nel merito di quanto deciso dal primo giudice, ma deve essere limitata ad un esame *prima facie* della motivazione della sentenza. *"Pertanto, qualora dalla motivazione – che non può essere assente – della decisione di cui si contesta la presa in considerazione risulti che, innegabilmente, le condizioni stabilite dalla Corte non sono soddisfatte, il giudice interessato dall'applicazione del principio del ne bis in idem è legittimato a non applicare tale principio, avendo la facoltà, in caso di dubbio, di interrogare la Corte – come è stato fatto nel caso di specie".*

²⁶⁴³L'elemento che viene in rilievo dal ragionamento della Corte consiste nel fatto che la delegittimazione del principio di fiducia reciproca e la conseguente restrizione dell'ambito di applicazione del principio del *ne bis in idem* non viene giustificato neanche in ragione della protezione di un altro diritto fondamentale, ma solo al fine di garantire l'istanza securitaria di perseguire i colpevoli. Si veda, invece, in senso difforme, l'Avvocato Generale, il quale ha giustificato tale restrizione per assicurare la protezione del diritto fondamentale degli altri soggetti processuali, tra i quali la vittima. Si legga, in tal senso, i paragrafi 83-84 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale, in cui si legge: *"Peraltro, se, da un lato, il diritto penale ha lo scopo di sanzionare la violazione dell'ordine pubblico, dall'altro, esso mira anche a consentire alla vittima di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla commissione dei fatti costituenti l'elemento materiale del reato. È, questo, un motivo supplementare per considerare che, questa volta, alla luce del diritto essenziale delle vittime, la decisione polacca non poteva produrre l'effetto tipico del principio del ne bis in idem, la cui conseguenza sarebbe stata di privare tale vittima di qualsiasi diritto al risarcimento. Di conseguenza, ritengo che il principio del ne bis in idem enunciato dagli articoli 54 della CAAS e 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che una decisione di non luogo a procedere emessa dal pubblico ministero, la quale conclude il procedimento istruttorio, non può essere qualificata come «sentenza definitiva», ai sensi di tali articoli, qualora dalla sua motivazione risulti manifestamente che gli elementi che costituiscono la sostanza stessa della situazione giuridica, quali l'audizione della vittima e quella del testimone, non sono stati esaminati dalle autorità giudiziarie interessate".*

2.2.1.1. SEZIONE I Modalità di esercizio dell'azione penale e legge processuale applicabile alle indagini svolte dalla Procura europea

In tale sede ci proponiamo di definire in che modo debbano essere configurate le funzioni della Procura europea affinché siano rispettati i diritti fondamentali in ambito penale, sia di natura sostanziale che processuale, così come delineati nei precedenti capitoli quinto e sesto. In altre parole, il quesito a cui ci proponiamo di rispondere è il seguente: quali funzioni devono essere assegnate alla Procura europea per garantire il massimo rispetto dei diritti fondamentali a livello europeo?

In questo capitolo verificheremo, quindi, che forma debbano assumere le funzioni attribuite alla Procura europea e quale debba essere la legge processuale applicabile alle indagini svolte dalla Procura europea al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli accusati.

4.1.1.1.67 Poteri della Procura europea. Modalità di esercizio dell'azione penale

Il secondo elemento, dopo la definizione dello statuto della Procura europea, da definire nel predisporre un regolamento che istituisca una Procura europea consiste nella definizione delle funzioni ad esso attribuite e delle modalità di esercizio delle stesse.

In tale sede esamineremo, in particolare, in che modo debbano essere disciplinati i poteri attribuiti alla Procura europea affinché sia garantito il rispetto dei diritti fondamentali esaminati nel Titolo Primo di questa seconda Parte.

Il principio di legalità, inteso nella sua dimensione processuale, così come risultante dal diritto primario dell'Unione e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁶⁴⁴, è il primo elemento di cui bisogna garantire il rispetto nel definire le funzioni da assegnare alla Procura europea. In base a tale principio, come abbiamo avuto modo di osservare²⁶⁴⁵, deve essere garantita l'accessibilità e la prevedibilità delle disposizioni che definiscono le funzioni della Procura europea. Al fine di garantire il rispetto di tale principio, occorre, quindi, definire in modo chiaro e preciso le regole che disciplinano i poteri della Procura europea.

Al proposito, occorre fin da subito sottolineare che le soluzioni contenute nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 e nell'ultima proposta di regolamento del Consiglio risalente al 31 gennaio 2017 non appaiono soddisfacenti. In base alle disposizioni contenute in tali proposte²⁶⁴⁶, infatti, i poteri della Procura europea sono disciplinati mediante il rinvio alla

²⁶⁴⁴Per un'analisi del contenuto e della portata del principio di legalità processuale, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda, con la giurisprudenza ivi citata.

²⁶⁴⁵Per un'analisi del contenuto e della portata del principio di legalità processuale, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda, con la giurisprudenza ivi citata.

²⁶⁴⁶In particolare, risultano particolarmente insoddisfacenti le norme relative al ricorso avverso la decisione di

legislazione nazionale, che al momento in cui si scrive non solo non è armonizzata per quanto riguarda gli aspetti processuali concernenti la fase delle indagini preliminari, ma presenta, al contrario, significative differenze all'interno dei diversi Stati membri²⁶⁴⁷. Il rinvio alla legislazione di tanti Stati quanti sono gli Stati membri aderenti alla proposta non permette, quindi, di stabilire *ex ante* secondo quali modalità la Procura europea eserciterà le proprie funzioni, né che rimedi siano previsti per il controllo delle decisioni da questa adottate. Una tale disciplina non risulta, quindi, né accessibile né prevedibile in base ai parametri delineati dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU²⁶⁴⁸.

Del pari, nel predisporre le regole concernenti l'esercizio dei poteri della Procura europea, occorre tenere in debita considerazione il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e il diritto ad un equo processo²⁶⁴⁹. Per verificare che sia stato rispettato il diritto ad un equo processo, in particolare, occorre accertarsi che siano stati tutelati i diritti al contraddittorio e alla parità delle armi dei soggetti coinvolti nel procedimento iniziato dalla Procura europea, nonché tutti gli altri diritti discendenti dalla necessità di assicurare un equo processo, mentre affinché sia rispettato il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, occorre prevedere la possibilità che le decisioni prese dalla Procura europea possano essere impugnate dinanzi ad un giudice terzo e imparziale, come previsto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁶⁵⁰.

Prima di esaminare quali poteri siano stati attribuiti alla Procura europea nelle proposte di regolamento della Commissione e del Consiglio, si ritiene opportuno ricordare brevemente quale sia la funzione che normalmente viene affidata al pubblico ministero negli ordinamenti giuridici nazionali. In generale, la funzione svolta dall'Ufficio del pubblico ministero consiste nel vegliare alla osservanza delle leggi, al fine di tutelare l'interesse generale dello Stato al rispetto delle leggi e, indirettamente, l'interesse delle persone fisiche e giuridiche protetto da tali leggi. Al fine di svolgere tale compito, il pubblico ministero promuove la repressione dei reati, ossia svolge le indagini necessarie per valutare se chiedere il rinvio a giudizio o l'archiviazione. Da tale compito deriva, quindi, la funzione principale del pubblico ministero, ossia quella di esercitare l'azione penale, nei casi in cui non richieda l'archiviazione, ossia quando dalle indagini siano emersi elementi idonei a

archiviazione secondo quanto previsto dalla *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, e nella *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, 31 gennaio 2017, 5766/17, Fascicolo interistituzionale 2013/0255 (APP).

2647Si leggano, al proposito, le schede relative ai diversi Stati membri e le conclusioni raggiunte nello studio elaborato sotto la guida dell'Università di Lussemburgo, K. LIGETI (a cura di) *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013.

2648Per la disamina della giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia in merito al significato da attribuirsi ai requisiti di prevedibilità e accessibilità, si legga il capitolo quinto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2649Per un'analisi del contenuto e della portata del diritto ad ricorso giurisdizionale effettivo e ad un giusto processo, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2650Per un'analisi dei rimedi esperibili a livello europeo per garantire il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

sostenere l'accusa in giudizio. In tal senso egli svolge una funzione di parte imparziale²⁶⁵¹, in quanto si configura, al contempo, come “avvocato dell'accusa” e difensore della legalità²⁶⁵².

Nonostante tutti gli ordinamenti degli Stati membri concordino nell'affidare al pubblico ministero la funzione di esercitare l'azione penale nei casi in cui vi siano elementi idonei a sostenere in giudizio la colpevolezza dell'indagato al fine di tutelare l'interesse della collettività alla repressione dei reati, gli ordinamenti processual-penalistici degli Stati membri prevedono modalità diverse di esercizio dell'azione penale. Di conseguenza, anche le regole processuali che disciplinano la fase delle indagini preliminari durante cui il pubblico ministero svolge le indagini necessarie per valutare se chiedere il rinvio a giudizio o l'archiviazione, nonché le forme di controllo sulla scelta di rinviare a giudizio l'indagato o chiedere, invece, l'archiviazione del caso, sono molto diverse.

Tali diversità di regole processuali, dovute alle diverse tradizioni storico-culturali e al conseguente ruolo che il pubblico ministero riveste all'interno dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro è rispecchiata in maniera evidente nelle diverse modalità di esercizio dell'azione penale nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. In particolare, a livello europeo si distinguono i sistemi giuridici processuali in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale da quelli che, invece, adottano il principio di discrezionalità della stessa.

Alla luce di tali considerazioni, tenuto conto delle implicazioni che derivano dalla scelta di una piuttosto che dell'altra modalità di esercizio dell'azione penale²⁶⁵³, risulta essenziale definire quale principio applicare in relazione all'istituenda Procura europea.

Sia la proposta di regolamento adottata dalla Commissione nel 2013²⁶⁵⁴ che la proposta di regolamento del Consiglio, così come modificata nel 2017²⁶⁵⁵, conformemente a quanto stabilito

2651 Si legga in tal senso E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, coll. « Droit », Paris, C.N.R.S. Éditions, 1999.

2652 In tal senso, PAOLO FERRUA, *Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2010, pp. 22-23. Tale autore lo definisce “avvocato dell'accusa”, dando rilievo all'etimo della parola. Il pubblico ministero è, infatti, chiamato, ossia *ad-vocatus* a ricercare prove a carico dell'imputato, a presentare richieste di custodia cautelare e ad esercitare l'azione penale. Al tempo stesso, è difensore della legalità in quanto “il pubblico ministero, come rappresentante della collettività offesa dal reato, persegue la condanna dell'imputato solo in quanto colpevole e a quel criterio deve uniformare tutte le sue scelte”.

2653 Tra le diverse conseguenze derivanti dalla scelta di una modalità di esercizio dell'azione penale piuttosto che di un'altra si segnala, in particolare, la modalità di controllo sulle scelte operate dal pubblico ministero.

2654 Si legga, in tal senso il Considerando 20 e 31 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, nonché gli articoli 27 e 28 della medesima Proposta.

2655 Si legga in tal senso l'articolo 22 della Proposta del Consiglio del 31 gennaio 2017, *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che stabilisce: “Se, conformemente al diritto nazionale applicabile, esistono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza della Procura europea, un procuratore europeo delegato di uno Stato membro che, secondo il suo diritto nazionale, è competente per il reato, fatte salve le norme di cui all'articolo 20, paragrafi 2 e 3, avvia un'indagine e lo annota nel sistema automatico di gestione dei fascicoli”. Il corsivo è nostro.

precedentemente nel *Corpus Juris*²⁶⁵⁶ e nel Libro Verde del 2001²⁶⁵⁷, hanno proposto per un sistema di obbligatorietà dell'azione penale attenuato, ossia temperato da una nutrita serie di eccezioni in cui la Procura europea può decidere di non esercitare l'azione penale.

Tale scelta è coerente con l'approdo raggiunto nella maggior parte dei sistemi giuridici nazionali, dal momento che, sebbene in teoria in alcuni sia enunciato il principio di obbligatorietà dell'azione penale, mentre in altri sia proclamato quello della discrezionalità, in pratica, la prassi in vigore negli uffici giudiziari assume tratti molto simili²⁶⁵⁸. Nei sistemi in cui vige il principio di opportunità dell'azione penale, infatti, sono stati introdotti negli anni controlli sempre più stringenti sulla decisione dell'organo della pubblica accusa di non esercitare l'azione penale²⁶⁵⁹, mentre, al contrario, negli ordinamenti penali in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale sono state introdotte eccezioni, talvolta a livello legislativo²⁶⁶⁰, talaltra solo a livello pratico²⁶⁶¹, che consentono

2656 Articolo 19, par. 4 del *Corpus Juris*, in cui il principio era espressamente richiamato. La disposizione disponeva, infatti, in questi termini: “La decisione di esercitare l'azione penale può essere presa dal P.M.E. qualunque sia l'ammontare della frode. *Vincolato dall'obbligatorietà dell'azione penale*, il P.M.E. deve esercitare quest'ultima ogni qualvolta sembri configurarsi uno dei reati previsti (artt. 1-8). Può tuttavia, con decisione appositamente motivata, subito comunicata alla persona che l'ha informato, così come a quella che ha denunciato il reato presso i suoi uffici o che ha sporto querela: a) deferire alle autorità nazionali i reati di lieve entità o che colpiscono principalmente gli interessi nazionali; ovvero b) archiviare il caso se la persona sottoposta alle indagini, avendo riconosciuto la propria colpevolezza, ha riparato il danno e restituito, all'occorrenza, i fondi conseguiti irregolarmente; ovvero c) accordare l'autorizzazione a transigere all'autorità nazionale che ne ha fatto richiesta, alle condizioni elencate infra (art. 22, par. 2, b)”. Il corsivo è nostro.

2657 Libro verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, COM (2001) 715 def., Bruxelles, dell'11 dicembre 2001, p. 47, punto 6.2.2.1, in cui si legge: “*La Commissione, per questi motivi, esprime una preferenza per un sistema di obbligatorietà dell'azione penale, temperato da una serie di eccezioni*”.

2658 Si legga, al riguardo, A. PERRODET, *Quante figure di pubblico ministero*, in M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (versione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, Padova, CEDAM, 2001, p. 413; S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in M. G. COPPETTA (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2005, pp. 235-236, la quale testualmente afferma che “è sotto gli occhi di tutti un progressivo avvicinamento, che dietro cortine rigide, spesso fatte di dichiarazioni di principio, si nutre di movimenti talvolta secondari, talvolta settoriali o parziali, ma tutti diretti ad una crescente convergenza fra la famiglia di common law ed i paesi di tradizione romano-germanica, e di portata tale da attenuare i caratteri originari dei vari ordinamenti ... Questo progressivo avvicinamento è avvenuto anche in tema di esercizio dell'azione penale, ove la circolazione dei modelli processuali ha fatto sì che il “riferimento alle due tradizionali famiglie europee può al più assumere una funzione orientativa”. Si assiste ad “una ricerca di legalità da parte dei sistemi ad originaria matrice discrezionale e una apertura ad inediti momenti di discrezionalità nei modelli storicamente legati all'obbligo di azione””. Per una presentazione degli assetti del pubblico ministero in 25 paesi dell'Unione Europea, si legga vedi P.J.P. TAK (a cura di), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Opera in due volumi, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, Olanda, 2004 e 2005.

2659 Per un approfondimento circa le forme di controllo che sono state previste in relazione all'archiviazione disposta dal pubblico ministero in Francia, in Inghilterra o in altri Paesi in cui vige il principio di discrezionalità dell'azione penale, si legga C. LAZERGES (a cura di), *Figures du Parquet*, Presses Universitaires de France, 2006; M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (versione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia, cit.*; K. LIGETI (a cura di) *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, cit..

2660 Nell'ordinamento giuridico tedesco, infatti, per esempio, sono state introdotte deroghe legali al principio di obbligatorietà dell'azione. Si legga al riguardo quanto previsto in relazione all'ordinamento giuridico tedesco nei volumi C. LAZERGES (a cura di), *Figures du Parquet, cit.*; M. CHIAVARIO, B. DELEUZE, M. DELMAS-MARTY, (versione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia, cit.*; K. LIGETI (a cura di) *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, cit..

2661 Nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, non è stata prevista alcuna eccezione legale al principio di obbligatorietà dell'azione penale. Tuttavia, l'impossibilità pratica di perseguire tutti i reati ha portato i pubblici ministeri nazionali ad adottare dei propri criteri di priorità, sottraendo in tal modo le scelte di politica criminale al

al pubblico ministero di scegliere quali casi perseguire e quali, invece, non rinviare a giudizio.

A livello europeo sono state adottati diversi motivi a sostegno di tale scelta.

In particolare nel *Corpus Juris* si è giustificata la preferenza per il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale sulla scorta dell'argomento per cui lo scopo principale che si voleva realizzare con la creazione di un corpo di norme sostanziali e procedurali uniformi, nonché con la creazione di un Pubblico Ministero europeo era quello di assicurare un eguale trattamento su tutto il territorio dell'allora Comunità europea in caso di reati commessi ai danni del bilancio della Comunità. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale è, pertanto, ritenuto essenziale per garantire il perseguimento di tale risultato. Nel *Corpus Juris* si trova altresì un esempio che rappresenta l'inadeguatezza dell'adozione del principio di discrezionalità dell'azione penale al fine di raggiungere un obiettivo siffatto. Si legge, infatti, che se il pubblico ministero di uno Stato X esercita l'azione penale nei confronti di un reato poiché vincolato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, mentre il rispettivo pubblico ministero di uno Stato Y può decidere di archiviare definitivamente un caso che presenta le medesime caratteristiche, l'ineguaglianza di trattamento che si voleva eliminare con l'istituzione del Pubblico Ministero europeo inevitabilmente permane²⁶⁶².

Pertanto, come è dato desumere da quanto appena esposto, nel *Corpus Juris* si era scelto di optare per l'obbligatorietà dell'azione penale al fine di garantire l'efficace protezione degli interessi finanziari dell'allora Comunità europea. Al proposito l'efficacia e l'effettività delle indagini svolte dal Pubblico Ministero europeo erano i due obiettivi che si intendevano conseguire e i diritti degli indagati o degli altri soggetti coinvolti nel procedimento non erano neanche menzionati nelle Spiegazioni dell'articolo 19 del *Corpus Juris*²⁶⁶³.

controllo democratico. Si legga, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, in particolare, G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno "Obbligatorietà dell'azione penale nell'Italia del 2008: un tabù da superare, Roma, 29-30 settembre 2008, il quale, afferma che "poiché solo in pochissimi casi i capi delle procure fissano quei criteri in modo articolato (non sono tenuti a farlo), il CSM riconosce che di regola sia legittimo che ogni sostituto fissi le sue priorità. Peraltro, che i singoli sostituti procuratori in casi del tutto simili tra loro seguano spesso criteri e priorità diversi l'uno dall'altro nell'uso dei mezzi di indagine e nell'esercizio dell'azione penale è ampiamente confermato dalla stragrande maggioranza delle interviste che abbiamo fatto a 3000 avvocati penalisti tra il 1992 ed il 2000". Si legga, in proposito del medesimo autore G. DI FEDERICO, *Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy*, in Open Society Institute, *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia 2008, pp. 301-338; *Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia*, in *Il giusto processo*, n. 1, maggio 2002, pp. 216-246; *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno XLI, Fasc. 1, 1998, pp. 230-252; *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in *L'Indice penale*, XXIX, n. 2, 1995, pp. 399-437; *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in A. GAITO (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 170-208; nonché L. VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Archivio Penale*, 2014, n. 3, pp. 1-9.

²⁶⁶²In tal senso, si leggano le spiegazioni relative all'articolo 19 contenute in M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Volume 1, Intersentia, Antwerp, Groningen, Oxford, 2000, p. 84.

²⁶⁶³Occorre, tuttavia, menzionare, a fini di completezza e precisione, che nelle spiegazioni relative all'articolo 19 (M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, cit., p. 84), era contenuto un riferimento alla potenziale violazione del principio del *ne bis in idem* nel caso in cui il

Nel Libro Verde del 2001, del pari, la Commissione aveva specificato di preferire l'obbligatorietà dell'azione penale poiché lo scopo della creazione di una Procura europea consisteva nel “permettere di potenziare e unificare la tutela degli interessi finanziari comunitari”. Secondo quanto dalla stessa ritenuto, perciò, “ciò implica, in linea di principio, un'azione penale uniforme nell'intero spazio giudiziario europeo, senza lasciare quindi margini di valutazione alla procura europea. L'indipendenza della procura europea trova inoltre un giusto contrappeso nell'applicazione senza fallo del diritto”²⁶⁶⁴.

Le principali ragioni sottese all'opzione in favore dell'obbligatorietà dell'azione penale risiedevano, pertanto, ad avviso della Commissione, nella necessità di garantire la massima tutela degli interessi finanziari dell'Unione attraverso la predisposizione di un sistema di azione penale uniforme all'interno dello spazio giudiziario europeo. Di conseguenza, per realizzare tale obiettivo occorre non lasciare alcun margine di valutazione alla Procura europea e assoggettare quest'ultima al principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Una ragione concorrente di tale scelta è, inoltre, costituita dalla necessità di assicurare l'indipendenza della Procura europea, la quale, ad opinione della Commissione, poteva essere adeguatamente tutelata solo proteggendo quest'ultimo contro indebite pressioni da parte del potere esecutivo, che avrebbe potuto influenzare le autorità requirenti e l'indirizzarne l'azione nel senso di esercitare l'azione penale in relazione ad un determinato fatto di reato o, al contrario, di archiviare il caso in un'altra circostanza. Al proposito, occorre, tuttavia, sottolineare che, in pratica, non sembra necessario stabilire il principio di obbligatorietà dell'azione penale per garantire l'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo. Come è dimostrato dal sistema vigente in alcuni ordinamenti nazionali, come la Germania²⁶⁶⁵, infatti, all'adozione del principio di obbligatorietà dell'azione penale non è necessariamente correlata l'indipendenza del pubblico ministero dal potere esecutivo. Da tale circostanza è dato desumere che i due principi non sono strettamente correlati e ben può esistere un sistema in cui il pubblico ministero è assoggettato al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ma in cui egli è dipendente dal potere esecutivo. Tale argomento non sembra, pertanto, alla luce del dato fattuale, dirimente. Al fine di garantire l'indipendenza della Procura

Pubblico Ministero europeo esercitasse l'azione penale nei confronti di un soggetto che fosse già stato giudicato definitivamente per la stessa infrazione a livello nazionale. Nelle spiegazioni si legge, tuttavia, solamente che il gruppo di studio non ritiene che la formula proposta sia contraria agli strumenti di diritto internazionale che disciplinano il principio di *ne bis in idem*.

2664 Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione, Bruxelles, 11 dicembre 2001, COM(2001) 715 definitivo, punto 6.2.2.1.

2665 Al riguardo occorre notare che in realtà non sempre il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale è strettamente correlato alla garanzia di indipendenza del pubblico ministero. L'ordinamento giuridico tedesco, per esempio, costituisce un esempio in tal senso. In tale ordinamento vige, infatti, il principio di obbligatorietà dell'azione penale, seppure temperato, ma, al tempo stesso, il pubblico ministero è dipendente dal potere esecutivo. Si veda al riguardo E. MATHIAS, *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, cit.; H. HENRION, N. SALDITT, *Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in C. LAZERGES (a cura di), *Figures du Parquet*, cit., pp. 29-46.

europea devono piuttosto essere stabiliti altri tipi di garanzia, come abbiamo avuto modo di osservare nel capitolo terzo²⁶⁶⁶.

La Commissione nel punto in cui motiva la propria scelta in favore dell'obbligatorietà dell'azione penale non fa alcun riferimento alla tutela dei diritti degli indagati o dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea. In particolare, nel corpo del Libro Verde la Commissione non fa alcun altro tipo di riferimento alla tutela di altri diritti fondamentali che, invece, sono strettamente collegati alla modalità di esercizio dell'azione penale, come il principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge disciplinato dall'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁶⁶⁷, nonché il diritto dei soggetti coinvolti nella procedura ad un equo processo²⁶⁶⁸. Al proposito, occorre, infatti, ricordare che, sebbene in teoria il principio di obbligatorietà dell'azione penale tuteli meglio entrambi questi diritti garantendo l'avvio delle indagini e il conseguente rinvio a giudizio indiscriminatamente di ogni soggetto che abbia commesso un reato, in pratica, l'elevatissimo numero di reati, il conseguente enorme carico di lavoro gravante sulle procure e la mancanza di mezzi finanziari e umani sufficienti ad affrontarli porta, in pratica, a ledere in modo ancora più incisivo i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. Come è stato dimostrato da alcune ricerche svolte nei Paesi in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale, infatti, la mancanza di criteri legislativi che determinino quali reati perseguire e quali, invece, non perseguire, porta i procuratori nazionali a stabilire, più o meno discrezionalmente²⁶⁶⁹, quali reati perseguire e quali, invece, non prendere in considerazione²⁶⁷⁰.

Per quanto riguarda il rapporto tra modalità di esercizio dell'azione penale e diritto ad un ricorso effettivo, occorre, inoltre, citare la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in relazione all'articolo 13 della CEDU. In base a tale giurisprudenza, l'articolo 13 della CEDU impone il dovere di svolgere indagini effettive, nonché il potere della vittima del reato di essere parte del

2666Cfr. al riguardo capitolo terzo, Parte Prima, Titolo Secondo.

2667L'articolo 20 della Carta espressamente prevede: “*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*”.

2668Tale diritto è ora espressamente disciplinato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e costituiva al tempo di redazione del Libro Verde un principio generale dell'Unione, in quanto desumibile dall'articolo 6 della CEDU e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

2669In alcuni casi, infatti, sono state stabiliti a livello nazionale dei criteri di priorità per la scelta dei casi da trattare che, seppure non aventi valore di fonte legislativa, assumono carattere obbligatorio nei confronti dei procuratori operanti sul territorio nazionale. Si veda, al riguardo, G. DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno “Obbligatorietà dell'azione penale nell'Italia del 2008: un tabù da superare”, Roma, 29-30 settembre 2008; G. DI FEDERICO, *Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy*, in Open Society Institute, *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, cit.; M.-L. MARSTALLER, *The Legality Principle: An Effective Way to Minimise the European Prosecutors' Influence on Substantive Criminalisation? Comparing the German Staatsanwaltschaft and the Crown Prosecution Service in England and Wales*, in *EuCLR* Vol. 6, 2/2016.

2670Per quanto riguarda un'accurata descrizione di tali problematiche nell'ordinamento nazionale italiano, si legga ancora DI FEDERICO, *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno “Obbligatorietà dell'azione penale nell'Italia del 2008: un tabù da superare”, Roma, 29-30 settembre 2008; L. VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, cit.. Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico tedesco, vedi, al riguardo, H. HENRION, N. SALDITT, *Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in C. LAZERGES (a cura di), *Figures du Parquet*, cit., pp. 29-46.

procedimento penale iniziato per perseguire tale reato²⁶⁷¹, nonché il diritto ad avere il potere di proporre ricorso avverso la decisione di non esercitare l'azione penale²⁶⁷². Al riguardo, tuttavia, nel Libro Verde la Commissione non ha previsto la necessità di istituire un rimedio giurisdizionale effettivo nei confronti della decisione della Procura europea di archiviare il caso²⁶⁷³.

Dall'analisi sopra effettuata, sembra, pertanto, che anche in tal caso i principali motivi che abbiano spinto la Commissione a propendere per il sistema di obbligatorietà dell'azione penale consistessero nell'assicurare un'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione. L'unica esigenza evocata nel Libro Verde che non si riferisce a criteri di effettività e efficacia consiste, infatti, nella funzione di controbilanciare sul piano dei poteri l'indipendenza statutaria della Procura europea ma, come avuto modo di sottolineare sopra nel testo, tale esigenza non è, in pratica, dirimente per assicurare l'indipendenza del pubblico ministero, né necessariamente correlata alla protezione dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.

Nelle cosiddette *Model Rules* è stata, del pari, espressa la preferenza per il principio di obbligatorietà dell'azione penale²⁶⁷⁴ sulla base del rilievo per cui l'obiettivo principale per l'istituzione di una Procura europea è quello di assicurare una protezione uniforme e equivalente nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Secondo quanto desumibile dalle note esplicative che

2671Si leggano, al proposito, le sentenze della Corte EDU *Tanrikulu c. Turchia*, ricorso n. , dell'8 luglio 1999; *Labita c. Italia*, del 6 aprile 2000, par. 133-136; *Ipek c. Turchia*, ricorso n. 25760/94, del 17 febbraio 2004, par. 118; *Z. e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 29392/45, del 10 maggio 2001, par. 108 e seguenti.

2672Al riguardo la Corte EDU non si è pronunciata espressamente, ma tale diritto è desumibile dalla sua giurisprudenza, nonché desumibile dalla tradizionale costituzionale dei diversi Stati membri. Si veda, sul punto, A. DEARING, *Das Recht des Opfers auf ein Strafverfahren und die Strafpflicht des Staates nach der EMRK*, in A. DEARING, M. LÖSCHNIG-GSPANDL (a cura di), *Opferrechte in Österreich. Eine Bestandsaufnahme*, VOR, 2004, p. 93; Z. DURDEVIC, *Judicial Control in Pre-Trial Criminal Procedure Conducted by the European Public Prosecutor's Office*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A comparative analysis*, Hart, 2013, p. 1004; J. GÖHLER, *To Continue or Not, Who Shall Be in Control of the European Public Prosecutor's Dismissal Decisions?*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, Issue 1, 2015, pp. 113-114. Si legga, al riguardo, anche la raccomandazione n. R(85)11 (articolo 7) del Consiglio d'Europa sulla posizione della vittima nell'ambito del diritto penale e processuale penale riguardo a tale diritto ad un ricorso effettivo avverso la decisione di archiviazione.

2673In relazione a tale aspetto al punto 8.1.3. (Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione, dell'11 dicembre 2001, *cit.*, p. 75, della versione italiana) la Commissione solleva il problema, senza però giungere ad una conclusione. In particolare la stessa ha espressamente affermato: “Giuridicamente, spetterebbe alla procura europea valutare se decidere l'archiviazione di un caso. Occorre però chiedersi se alla Comunità, in quanto vittima, non andrebbe riconosciuta la facoltà di proporre ricorso contro un'archiviazione per decisione discrezionale della procura europea, quantomeno in determinati casi. Dato che infatti la procura europea agisce in piena indipendenza, le Comunità potrebbero essere del parere che sia opportuno procedere in un caso nel quale la procura europea ha optato invece per l'archiviazione. Questa divergenza di valutazione potrebbe vertere, per esempio, sul carattere sufficiente delle prove raccolte. Oppure le Comunità potrebbero ritenere abusive le modalità di patteggiamento accettate dalla procura europea, nei casi in cui il patteggiamento fosse praticabile. Dato che i diritti delle Comunità, in quanto vittime, nel caso di un'azione penale sempre determinati dal sistema penale nazionale dello Stato membro di rinvio a giudizio, occorre chiedersi quali siano i diritti delle Comunità in assenza di azione penale in un qualche Stato membro. Se comunque si dovesse riconoscere alle Comunità un interesse per impugnare una decisione di archiviazione della procura europea, sarebbe opportuno stabilirne le modalità: ricorso amministrativo di volontaria giurisdizione? ricorso giurisdizionale? e in quest'ultimo caso dinanzi a quale giurisdizione?”.

2674L'articolo 63 delle *Model Rules (Model Rules for the Procedure of the EPPO)*, consultabili all'indirizzo online: <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules/english>, rubricato “Obbligatorietà dell'azione penale”, prescrive quanto segue: “La Procura europea esercita l'azione penale se dagli elementi di prova emerge una probabilità ragionevole di condanna, a meno che gli articoli che seguono non dispongano altrimenti”.

accompagnano l'articolo 63 delle Regole Modello di procedura per la Procura europea, tale obiettivo può essere meglio raggiunto stabilendo un dovere di esercitare l'azione penale in capo alla Procura europea e limitando il margine di apprezzamento della Procura europea nel determinare la misura delle prove sufficienti per rinviare a giudizio l'indagato²⁶⁷⁵. In base a tale disposizione, infatti, la Procura europea dovrebbe esercitare l'azione penale in tutti i casi in cui dagli elementi di prova emerga una ragionevole probabilità di condanna.

Sembra che anche l'obiettivo delle Regole Modello fosse, quindi, quello di assicurare una protezione uniforme degli interessi finanziari dell'Unione su tutto il territorio europeo. Occorre, tuttavia, precisare che nell'articolato di tali regole i diritti degli indagati sono stati tenuti in considerazione e adeguatamente tutelati prevedendo idonee forme di ricorso avverso la decisione della Procura europea di archiviare il caso²⁶⁷⁶ e la determinazione di criteri chiari in presenza dei quali la Procura europea debba ritenere le prove sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio. Occorre, tuttavia, rilevare che l'obbligatorietà di esercizio dell'azione penale non risulta attenuata e, pertanto, nella pratica potrebbe corrersi il rischio che si ripresentino le criticità evidenziate prima nei casi in cui via sia un eccessivo carico di lavoro e la Procura europea non riesca, in pratica, a svolgere indagini in relazione a tutti i casi di cui ha avuto notizia²⁶⁷⁷.

Passando ad esaminare le proposte di regolamento della Commissione del 2013 e l'ultima versione di proposta di regolamento approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017, occorre precisare che anche in tali proposte l'accento è stato posto sulla necessità di garantire l'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione, piuttosto che sull'esigenza di scegliere la soluzione che garantisca la più elevata protezione dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

In particolare, la Commissione nel motivare la decisione di optare per l'obbligatorietà di esercizio dell'azione penale, ha affermato che tale scelta era dettata dalla necessità di “garantire la certezza del diritto e una politica di tolleranza zero verso i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”²⁶⁷⁸.

Nel Considerando 31 la Commissione ha precisato, inoltre, il contenuto da dare al principio di

²⁶⁷⁵Nelle *Model Rules (Model Rules for the Procedure of the EPPO, cit., p. 41)* si legge, altresì, quanto alla determinazione delle prove sufficienti per rinviare a giudizio l'indagato che “*Charges should be brought if conviction seems more probable than acquittal. The EPPO should establish guidelines detailing the criteria for the test of a reasonable prospect of conviction. It follows from this Rule that there is a double condition for instituting a prosecution: first, the EPPO must establish its primary competence according to Rule 3 (primary authority for investigations and prosecutions). If the EPPO decides to exercise its primary authority, the EPPO has a margin of appreciation as to whether to investigate the case. The EPPO is not required to initiate an investigation in all of the offences reported to it falling within its remit (Rule 21, initiation of investigation). After completing the investigation, the EPPO examines the evidence and applies the reasonable prospect of conviction test as described above*”.

²⁶⁷⁶Articolo 65, par. 3 delle *Model Rules for the Procedure of the EPPO, cit.*

²⁶⁷⁷Si leggano, al riguardo, in particolare, i contributi della dottrina citata in precedenza, con specifico riferimento a G. DI FEDERICO, *Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy*, in Open Society Institute, *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, cit.

²⁶⁷⁸Considerando 20 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}.

obbligatorietà in base alla proposta. In particolare, è stabilito che tale principio si sostanzia nel dovere della Procura europea, “in presenza di prove solide e in assenza di impedimenti giuridici”, di esercitare, di norma, l'azione penale dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale competente. Nel prosieguo del Considerando, tuttavia, la Commissione, in linea con quanto già stabilito nel *Corpus Juris* e nel Libro Verde del 2001, attenua tale obbligo prevedendo i casi in cui la Procura europea può archiviare il caso²⁶⁷⁹.

Pur senza soffermarci in tale sede ad esaminare i casi in cui la proposta di regolamento ha previsto la possibilità per la Procura europea di archiviare il caso sottoposto al suo esame²⁶⁸⁰, vale la pena osservare fin da subito che, pur proclamato in teoria nei considerando, il principio di obbligatorietà dell'azione penale non trova una disciplina adeguata nell'articolato della proposta. Le disposizioni che regolano l'esercizio dell'azione penale e l'archiviazione sono gli articoli da 27 a 29 della Proposta e nessuno di tali articoli, fatta eccezione per l'articolo 29, par. 4, relativo al cosiddetto “compromesso”, che espressamente esclude il controllo giurisdizionale in relazione alla decisione di archiviazione²⁶⁸¹, prevede la possibilità di controllo giurisdizionale sul provvedimento con cui la Procura europea decide l'archiviazione.

Al proposito, occorre osservare che è un principio consolidato il fatto che il principio di obbligatorietà dell'azione penale possa dirsi rispettato solo se esistano adeguate forme di controllo sull'inazione del pubblico ministero. Tale verifica opera sotto due diversi aspetti: “da un lato, quello dell'adeguatezza al suddetto fine della regola di giudizio dettata per individuare il discrimine tra archiviazione ed azione; dall'altro, quello del controllo del giudice sull'attività omissiva del pubblico ministero, sì da fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest'ultimo ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale”²⁶⁸².

2679Il Considerando 31 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, in particolare, stabilisce: “Se non sussistono prove solide ed è altamente improbabile che siano prodotte durante il processo, il caso può essere archiviato. Inoltre la Procura europea dovrebbe avere la possibilità di archiviare il caso qualora si tratti di un reato minore. Se non sussistono gli estremi per archiviare il caso ma l'azione penale non si giustifica, è opportuno che la Procura europea abbia la possibilità di proporre un compromesso, qualora ciò sia nell'interesse della buona amministrazione della giustizia. Le norme applicabili al compromesso e al calcolo delle sanzioni pecuniarie irrogabili dovrebbero essere chiarite nelle regole amministrative della Procura europea. La chiusura di un caso mediante compromesso ai sensi del presente regolamento non dovrebbe pregiudicare l'applicazione di misure amministrative da parte delle autorità competenti, purché tali misure non comportino sanzioni assimilabili a sanzioni penali”.

2680L'analisi dei casi in cui la Procura europea può archiviare il caso sarà, infatti, affrontata nel successivo paragrafo di questo medesimo capitolo, Titolo Secondo della Seconda Parte.

2681L'articolo 19, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, letteralmente stabilisce: “L'archiviazione di cui al paragrafo 3 non è soggetta a controllo giurisdizionale”. Il paragrafo 3 dell'articolo 19, di conseguenza, stabilisce: “Quando il compromesso è accettato e l'indagato ha pagato, il procuratore europeo archivia definitivamente il caso e ne dà comunicazione ufficiale alle competenti autorità giudiziarie e di polizia nazionali e ne informa le istituzioni, gli organismi e le agenzie dell'Unione interessate”.

2682Si è espressa, in tal senso la Corte Costituzionale italiana nella sentenza 28 gennaio – 15 febbraio 1991, n. 88, la quale ha precisato la natura del controllo esercitabile dal giudice sulla decisione del pubblico ministero di archiviare il caso. Si è scelto di riferirsi a tale pronuncia poiché essa esprime principi vevoli anche a livello europeo in merito

Il controllo giurisdizionale serve, quindi, a verificare che i processi non instaurati siano effettivamente solo quelli superflui e non, invece, procedimenti che il pubblico ministero abbia deciso discrezionalmente di non perseguire, in violazione del principio di obbligatorietà di esercizio dell'azione penale e in violazione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, tra cui il diritto ad un equo processo e il diritto alla parità di trattamento di fronte alla legge. Come avremo modo di esaminare più approfonditamente nel prossimo paragrafo²⁶⁸³, quindi, una tale lacuna legislativa nella proposta di regolamento della Commissione non permette di ritenerla compatibile con il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

Si ritiene, quindi, che ancora una volta, come del resto sottolineato dalla stessa Commissione nei Considerando²⁶⁸⁴, il motivo per cui sia stato privilegiato l'esercizio obbligatorio dell'azione penale sia da rintracciare in ragioni di efficacia e efficienza dell'azione repressiva della Procura europea, piuttosto che di tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale da esso instaurato.

Nella proposta di regolamento del Consiglio, così come da ultimo modificata il 31 gennaio 2017, infine, non è espressamente stabilito quali siano i motivi sottesi alla scelta di ritenere obbligatorio l'esercizio dell'azione penale da parte della Procura europea. Occorre, quindi, desumerli in modo implicito dall'articolato predisposto dal Consiglio e, in particolare, dal contenuto dei Considerando che normalmente in un atto legislativo servono proprio a chiarire le ragioni in forza delle quali sono state adottate le disposizioni contenute nell'atto legislativo.

Da un esame sistematico del testo risulta che ancora una volta i principali motivi che hanno spinto il Consiglio a prevedere il principio di obbligatorietà dell'azione penale, sebbene attenuato, è stata l'esigenza di combattere efficacemente i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione oltre che di

alle caratteristiche che deve possedere, per essere legittimo, un sistema in cui viga l'obbligatorietà di esercizio dell'azione penale.

²⁶⁸³Si veda, al riguardo, il capitolo ottavo di questo Titolo Secondo della Seconda Parte.

²⁶⁸⁴Il Considerando 20 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, prima citato nel testo, espressamente stabilisce che l'adozione del principio di obbligatorietà dell'azione penale è necessaria per garantire “una politica di tolleranza zero verso i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”.

garantire la certezza del diritto. Un esame congiunto dei Considerando 56²⁶⁸⁵, 68²⁶⁸⁶ e 71²⁶⁸⁷, porta, infatti, a ritenere che l'esigenza di tutelare i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale non sia stata presa in considerazione dal legislatore europeo. L'unica menzione che si ritrova nel testo quanto alla tutela dei diritti di tali soggetti è il riferimento all'esigenza di garantire la “certezza del diritto”²⁶⁸⁸.

Al proposito, occorre osservare che, come abbiamo avuto modo di rilevare nel capitolo quinto²⁶⁸⁹, il principio di certezza del diritto rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico europeo, nonché più in generale di ogni Stato di diritto, e consiste nell'assicurare che i soggetti possano conoscere le norme giuridiche ad essi applicabili²⁶⁹⁰. Come esplicitato nel Considerando 56, al fine di garantire l'attuazione di tale diritto in relazione alla Procura europea, dovrebbero applicarsi “rigorosamente” le “norme stabilite” nel regolamento istitutivo della stessa per quanto concerne la disciplina delle attività di indagine e l'esercizio dell'azione penale²⁶⁹¹. Solo in tal caso, infatti, sarebbe garantito il rispetto del principio di legalità, inteso nel senso che le norme siano prevedibili, ossia chiare e precise, nonché accessibili, ossia facilmente conoscibili dai soggetti cui sono rivolte e nei cui confronti producono effetti giuridici²⁶⁹².

2685Il Considerando 56 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, stabilisce, in particolare, l'obbligo di rispettare il principio di legalità. In particolare, si legge: “*Al fine di garantire la certezza del diritto e combattere efficacemente i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, è opportuno che le attività di indagine e relative all'azione penale della Procura europea siano informate al principio di legalità, per cui la Procura applicherà rigorosamente le norme stabilite nel presente regolamento concernenti, in particolare, la competenza e il suo esercizio, l'avvio delle indagini, la chiusura delle indagini, il rinvio di un caso, l'archiviazione del caso e le procedure semplificate di azione penale*”.

2686Il Considerando 68 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, si riferisce alle modalità concrete di esercizio dell'azione penale. In particolare, prevede: “*Ai sensi del presente regolamento, la Procura europea esercita l'azione penale, il che implica la formulazione di capi d'accusa nei confronti dell'indagato o dell'imputato e la scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere. La decisione di incriminare l'indagato o l'imputato dovrebbe, in linea di principio, essere presa dalla camera permanente competente sulla base di un progetto di decisione del procuratore europeo delegato, onde garantire una politica comune in materia di azione penale. La camera permanente dovrebbe poter prendere una decisione entro 21 giorni dal ricevimento del progetto di decisione, anche richiedendo ulteriori prove, prima di decidere di portare un caso in giudizio, ma non una decisione di archiviazione di un caso che il procuratore europeo delegato abbia proposto di portare in giudizio*”.

2687Il Considerando 71 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, infine, prescrive il principio di obbligatorietà dell'azione penale stabilendo che “*tenuto conto del principio di legalità, in presenza di prove sufficienti e in assenza di impedimenti giuridici, oppure nel caso in cui non sia stata applicata una procedura semplificata di azione penale, le indagini della Procura europea dovrebbero, di norma, comportare l'azione penale dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale competente. I motivi di archiviazione di un caso sono stabiliti in modo esaustivo nel presente regolamento*”.

2688In tal senso, si legga il Considerando 56 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, precedentemente citato.

2689Si veda, al riguardo il capitolo quinto, Titolo Primo, Parte Seconda.

2690Al riguardo, si leggano le sentenze della Corte di Giustizia *Deutsche Milchkontor*; procedimenti riuniti 205/82-215/82, del 21 settembre 1983, par. 30; *Spa Alois Lageder e a. c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, procedimenti riuniti da C-31/91 a C-41/91, del 1 aprile 1993, in *Racc.* 1993 p. I-1761, par. 33; *Ernst – Otto Flemmer e a. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle CE*, procedimenti riuniti da C-80/99 a 82/99, del 9 settembre 2001, in *Racc.* 2001, p. I-7211, par. 60.

2691In tal senso, si legga il Considerando 56 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, precedentemente citato.

2692Per un'analisi della giurisprudenza che ha affermato la necessità di garantire il rispetto di tali principi a livello europeo, si rinvia a quella citata nel capitolo quinto, Titolo primo di questa Parte seconda.

Al proposito, occorre, tuttavia, rilevare che, benché affermato in via di principio nei Considerando, tale principio non trova altrettanto riscontro nel testo della proposta.

L'articolo 22, par. 1, prevede, infatti: “Se, *conformemente al diritto nazionale applicabile*, esistono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza della Procura europea, un procuratore europeo delegato di uno Stato membro che, *secondo il suo diritto nazionale*, è competente per il reato, fatte salve le norme di cui all'articolo 20, paragrafi 2 e 3, avvia un'indagine e lo annota nel sistema automatico di gestione dei fascicoli”²⁶⁹³. In base a quanto previsto dall'articolo 22 della proposta di regolamento, la valutazione circa l'esistenza di ragionevoli motivi per ritenere che sia stato commesso un reato di competenza della Procura europea è compiuta in base al diritto nazionale applicabile e la competenza ad avviare l'indagine spetta al procuratore europeo delegato di uno Stato membro che, *secondo il suo diritto nazionale*, è competente per il reato.

In base all'articolo 30, par. 1, inoltre quando “il procuratore europeo delegato presenta un progetto di decisione in cui propone di portare un caso in giudizio, *la camera permanente, seguendo le procedure di cui all'articolo 29, decide su tale progetto entro 21 giorni*. La camera permanente non può decidere di archiviare il caso se un progetto di decisione propone di portarlo in giudizio”²⁶⁹⁴.

²⁶⁹³Il corsivo nel testo è nostro. L'articolo 22 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, prosegue stabilendo che “2. *Se, a seguito della verifica effettuata a norma dell'articolo 19, paragrafo 2, la Procura europea decide di avviare un'indagine, essa ne informa senza indebito ritardo l'autorità che ha segnalato la condotta criminosa in conformità dell'articolo 19, paragrafi 1 o 1 bis.* 3. *Se nessun procuratore europeo delegato ha avviato un'indagine, la camera permanente cui è stato assegnato il caso incarica, alle condizioni di cui al paragrafo 1, un procuratore europeo delegato di avviarne una.* 4. *Un caso è di norma aperto e trattato da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza della Procura, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati. Un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro competente nel caso di specie può avviare o essere incaricato dalla camera permanente competente di avviare un'indagine soltanto qualora una deviazione dal principio di cui alla precedente frase sia debitamente giustificata, tenuto conto dei seguenti criteri, in ordine di priorità: a) il luogo in cui l'indagato o l'imputato ha la residenza abituale; b) la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; c) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale.* 5. *Finché non sia deciso di esercitare l'azione penale conformemente all'articolo 30, la camera permanente competente può, in un caso rientrante nella competenza di più Stati membri e previa consultazione con i procuratori europei e/o i procuratori europei delegati interessati, decidere di: a) riassegnare un caso a un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro; b) riunire o separare i casi e, per ogni caso, scegliere il procuratore europeo delegato che ne è incaricato; se tali decisioni sono nell'interesse generale della giustizia e conformi ai criteri di scelta del procuratore europeo delegato incaricato del caso ai sensi del paragrafo 4.* 6. *Al momento di decidere di riassegnare, riunire o separare un caso, la camera permanente tiene debitamente conto dello stato delle indagini in quel momento.* 7. *La Procura europea informa senza indebito ritardo le autorità nazionali competenti di qualsiasi decisione di avviare un'indagine”.*

²⁶⁹⁴Il corsivo è nostro. In tal senso, articolo 30, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Nei paragrafi da 2 a 5 del medesimo articolo, si legge, inoltre: “1 bis. *Se la camera permanente non prende una decisione entro 21 giorni, la decisione proposta dal procuratore europeo delegato è considerata accettata.* 2. *Qualora vi siano più Stati membri aventi giurisdizione, la camera permanente, in linea di principio, decide che l'azione penale è esercitata nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. Prendendo in considerazione la relazione presentata ai sensi dell'articolo 29, paragrafo 1, se vi sono motivi sufficientemente giustificati per procedere in tal senso, tenendo conto dei criteri di cui all'articolo 22, paragrafi 4 e 5, la camera permanente può decidere di provvedere a che l'azione penale sia esercitata in un altro Stato membro e di incaricare di conseguenza un procuratore europeo delegato di detto Stato membro.* 3. *Prima di decidere di portare un caso in giudizio, la camera permanente competente può, su proposta del procuratore europeo delegato incaricato del caso, decidere di riunire vari procedimenti, qualora diversi procuratori europei delegati abbiano condotto indagini nei confronti della stessa o delle stesse persone, affinché l'azione penale*

Come si può constatare dal contenuto delle suddette disposizioni, pertanto, la disciplina concernente l'avvio delle indagini da parte del procuratore europeo delegato è determinata in gran parte sulla base di valutazioni compiute in forza del diritto nazionale, mentre la successiva decisione circa il rinvio a giudizio del caso è rimessa alla camera permanente, la quale dispone di ventuno giorni per decidere se rinviare a giudizio il caso.

La decisione circa il rinvio a giudizio di un determinato soggetto nei cui confronti sono state raccolte prove idonee a sostenere l'accusa in giudizio è, quindi, affidata a tre soggetti diversi, ossia il procuratore europeo delegato, il procuratore europeo incaricato della supervisione, i cui poteri sono descritti nell'articolo 29 della proposta di regolamento²⁶⁹⁵ e la camera permanente, la quale ha ventuno giorni per decidere sul rinvio a giudizio dell'indagato. Tale moltiplicazione di soggetti deputati a svolgere un compito sì delicato e essenziale comporta problemi sia in termini di individuazione del soggetto responsabile a rinviare a giudizio l'indagato, sia in termini di prevedibilità del soggetto che svolgerà tale delicato compito.

Si ritiene, pertanto, che tali previsioni indeboliscano i diritti degli indagati per i seguenti motivi. In primo luogo, occorre rilevare la natura ibrida dei procuratori europei delegati, i quali avranno la competenza esclusiva a perseguire i reati di competenza della procura europea ma, al tempo stesso, nel corso del loro mandato, saranno anche membri della procura del loro Stato membro di appartenenza, il quale dovrebbe conferire loro almeno gli stessi poteri dei procuratori nazionali, comporta la possibilità che ci sia un'applicazione diseguale dell'esercizio dell'azione penale. In alcuni ordinamenti giuridici, infatti, essi sono dipendenti dal potere esecutivo, mentre in altri sono indipendenti, in alcuni sistemi nazionali essi hanno l'obbligo di esercitare l'azione penale, mentre in altri possono decidere discrezionalmente se esercitarla o meno, e, in generale, le regole processuali differiscono notevolmente da un sistema giuridico all'altro; queste ultime sono state solo parzialmente armonizzate nella proposta di regolamento istitutiva della Procura europea.

In tale contesto, quindi, la certezza del diritto e, in particolare per quanto riguarda la materia penale, il principio di legalità è seriamente compromesso, dal momento che l'indagato non può

sia esercitata dinanzi all'organo giurisdizionale di uno Stato membro che, in conformità del suo diritto, ha giurisdizione per ciascuno di detti procedimenti. 4. Una volta deciso lo Stato membro in cui esercitare l'azione penale, l'organo giurisdizionale nazionale competente di detto Stato membro è determinato sulla base del diritto nazionale. 5. Se necessario ai fini del recupero, seguito amministrativo o monitoraggio, l'ufficio centrale comunica la decisione di esercitare l'azione penale alle autorità nazionali competenti, alle persone interessate e alle istituzioni, agli organi e alle agenzie dell'Unione interessati".

²⁶⁹⁵L'articolo 29, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in particolare, dispone: "Quando ritiene che l'indagine sia giunta a conclusione, il procuratore europeo delegato incaricato del caso presenta, al procuratore europeo incaricato della supervisione, una relazione contenente una sintesi del caso e un progetto di decisione di esercitare o no l'azione penale dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale o di valutare un rinvio del caso, un'archiviazione o una procedura semplificata di azione penale ai sensi degli articoli 28 bis, 33 o 34. Il procuratore europeo incaricato della supervisione trasmette tali documenti alla camera permanente competente, corredandoli, ove lo ritenga necessario, della propria valutazione. Se la camera permanente, a norma dell'articolo 9, paragrafo 3, decide conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, quest'ultimo procede di conseguenza".

ragionevolmente prevedere in anticipo quale sia la legge applicabile al singolo caso di specie o il soggetto responsabile. Tale situazione è, inoltre, complicata dalla previsione della competenza della camera permanente a decidere se esercitare l'azione penale o meno. Al riguardo è previsto un termine di ventuno giorni, allo scadere dei quali, nel caso in cui la camera permanente non si sia pronunciata, la decisione del procuratore europeo delegato deve ritenersi non accettata. Non è, pertanto, dato neanche conoscere in anticipo quale soggetto in concreto prenderà la decisione di rinvio a giudizio.

In secondo luogo, occorre precisare che tale incertezza giuridica, sia per quanto concerne la legge applicabile che per quanto riguarda il soggetto tenuto ad esercitare l'azione penale, è ulteriormente aggravata nei casi di indagini transfrontaliere. L'articolo 26, rubricato "indagini transfrontaliere", prevede, infatti, un sistema basato sulla cooperazione, comunicazione e reciproca assistenza tra procuratori europei delegati, i quali applicheranno la legge nazionale della giurisdizione dove sono svolte le indagini. La proposta di regolamento, pertanto, apporta un miglioramento assai limitato rispetto alla situazione attuale, in cui già esistono forme di collaborazione tra autorità giurisdizionali nazionali²⁶⁹⁶ e non contribuisce in alcun modo a garantire la certezza del diritto come auspicato nei considerando, dal momento che non esistendo regole processuali uniformi sul punto, la disciplina resterà assai frammentata e non vi sarà la previa certezza di sapere quale disciplina troverà attuazione nel singolo caso di specie.

Alla luce delle osservazioni che precedono, ad una prima analisi del testo delle proposte che hanno delineato l'istituzione di una Procura europea risulta che la motivazione principale che ha spinto il legislatore europeo a preferire il principio di obbligatorietà dell'azione penale rispetto a quello di discrezionalità consiste nel garantire un'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione su tutto il territorio dell'Unione.

Come abbiamo sottolineato sopra, la giustificazione di tale scelta sulla scorta della necessità di garantire l'indipendenza dell'organo inquirente e la necessità di garantire la certezza del diritto, benché proclamati in linea di principio nei considerando, non trova concreta attuazione nel testo. Infatti, la predisposizione di un sistema complesso in cui la facoltà decisionale circa l'esercizio dell'azione penale è ripartita tra diversi attori e il rinvio alla legge nazionale per significativi aspetti della procedura comporta la lesione di numerosi diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento. In particolare, viene in tal modo leso il diritto ad un processo equo, inteso nell'accezione che il processo deve svolgersi entro un termine ragionevole da un giudice precostituito per legge²⁶⁹⁷.

La dilatazione dei tempi processuali è, infatti, evidente a causa dell'intervento di diversi soggetti nella fase decisoria. Nel testo del regolamento è previsto un termine di ventuno giorni entro cui la

²⁶⁹⁶Si pensi, al proposito, ad *Eurojust* che svolge il compito di coordinare le autorità giurisdizionali degli Stati membri.
²⁶⁹⁷Si legga, in tal senso, l'articolo 47, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Camera permanente può decidere sul rinvio a giudizio, ma occorre rilevare che il precedente articolo 29 della proposta prevede che il procuratore europeo delegato incaricato dell'indagine debba presentare al procuratore europeo incaricato della supervisione una relazione contenente una sintesi del caso e un progetto di decisione di esercitare o no l'azione penale dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale o di valutare un rinvio del caso, un'archiviazione o una procedura semplificata di azione penale ai sensi degli articoli 28 bis, 33 o 34. In seguito, il procuratore europeo incaricato della supervisione deve trasmettere tali documenti alla camera permanente competente, corredandoli, ove lo ritenga necessario, della propria valutazione. Il secondo paragrafo prevede inoltre che nel caso in cui, sulla base delle relazioni ricevute, “ritenga di non decidere conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, la camera permanente procede, ove necessario, a un proprio riesame del fascicolo prima di prendere una decisione definitiva o di impartire ulteriori istruzioni al procuratore europeo delegato”²⁶⁹⁸.

In base a tale sistema, quindi, la camera permanente, nel caso in cui non concordi con la valutazione del procuratore europeo delegato che ha svolto le indagini procede ad un proprio riesame del fascicolo e impartisce, se lo ritiene necessario, ulteriori istruzioni al procuratore europeo delegato. In tal caso, quindi, i tempi saranno presumibilmente ben più lunghi dei ventuno giorni stabiliti dall'articolo 30 e nella proposta non è dato trovare alcun termine al riguardo.

La moltiplicazione dei livelli decisionali comporterà, quindi, problemi quanto alla lesione del diritto dell'indagato a vedere esaminata la propria causa in un termine ragionevole. Del pari, come altrove, il rinvio alla legislazione processuale nazionale per quanto concerne la determinazione del procuratore europeo delegato competente e, successivamente, dell'autorità giurisdizionale competente a conoscere il caso, non garantisce il rispetto del principio di legalità processuale, inteso, in particolare nell'accezione di avere il diritto ad essere giudicati da un giudice “precostituito per legge”. Il mancato rispetto del principio di legalità comporta conseguentemente anche la violazione dei diritti di difesa dell'indagato, il quale non potrà adeguatamente preparare la sua difesa non essendo a conoscenza della legge applicabile al caso di specie. Un altro diritto che risulta violato da tale disciplina è quello ad un ricorso giurisdizionale effettivo, poiché, come abbiamo sottolineato, in assenza di un controllo di legalità delle scelte adottate dal pubblico ministero non può neanche dirsi rispettato in pratica il principio di opportunità dell'azione penale e i valori che esso intende tutelare. Tale aspetto sarà, tuttavia, meglio esaminato quando ci occuperemo dei casi in cui la Procura europea possa decidere di archiviare il caso. Come abbiamo sottolineato all'inizio del paragrafo,

²⁶⁹⁸In tal senso, articolo 29, par. 1 e 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Nel testo inglese, inoltre, si legge “*shall*”, intendendosi, quindi, la necessità per la Camera permanente di riesaminare il caso come un dovere della stessa. Nella versione inglese l'articolo 29, par. 2, infatti, recita: “*If the Permanent Chamber, based on the reports received, considers that it will not take the decision as proposed by the European Delegated Prosecutor, it shall, where necessary, undertake its own review of the case file before taking a final decision or giving further instructions to the European Delegated Prosecutor*”.

infatti, il legislatore europeo ha optato per un sistema di obbligatorietà dell'azione penale attenuato e ha previsto, quindi, determinati casi, in cui la Procura europea può scegliere di non esercitare l'azione penale.

Al fine di valutare se il sistema delineato nelle proposte di regolamento risponda agli obiettivi che si intendevano raggiungere mediante la previsione di tale sistema e se, oltre a ciò, tuteli effettivamente i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, come illustrati nei capitoli quinto e sesto di questa seconda parte, occorre analizzare il sistema nel suo complesso come delineato nella proposta di regolamento, esaminando anche i casi in cui è concessa alla Procura europea la facoltà di archiviare un caso e la disciplina relativa ai controlli previsti avverso tale decisione. Al termine di tale analisi, quando avremo fornito una visione completa della modalità di esercizio dell'azione penale in base al disposto delle proposte attualmente in discussione, sarà possibile delinearne ulteriormente la compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali degli individui e nel caso in cui tali proposte non siano ritenute idonee a proteggerli, sarà possibile indicare delle possibili soluzioni per garantire il rispetto di tali diritti, così come delineati a livello europeo.

4.1.1.1.68 Norme alternative all'azione penale. Archiviazione del caso e procedure semplificate di azione penale da parte della Procura europea

In tutte le proposte sinora presentate concernenti l'istituzione di una Procura europea il principio di obbligatorietà dell'azione penale è stato sottoposto ad eccezioni.

I redattori delle proposte hanno, infatti, ritenuto che la previsione di un sistema di obbligatorietà dell'azione penale cosiddetto attenuato potesse essere il più conforme alle tradizioni costituzionali degli Stati membri²⁶⁹⁹ e il più idoneo al raggiungimento degli obiettivi che si intendono perseguire con la creazione di una Procura europea.

La discrezionalità lasciata alla Procura europea nello scegliere quali casi perseguire e quali, invece, non perseguire, tuttavia, assume contenuti diversi a seconda del contenuto di tali eccezioni, a

²⁶⁹⁹Come abbiamo avuto modo di sottolineare in precedenza, infatti, anche nei sistemi in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale, come in Germania o in Svezia sono previste eccezioni allo stesso. L'unico caso che fa eccezione al proposito è l'ordinamento giuridico italiano in cui, però, di fatto, i procuratori nazionali, a causa dell'eccessivo carico di lavoro e della carenza di organico, effettuano comunque una scelta in merito circa quali reati perseguire e quali, invece, no. Si legga, in proposito, G. DI FEDERICO, *Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy*, in Open Society Institute, *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia 2008, pp. 301-338; *Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia*, in *Il giusto processo*, n. 1, maggio 2002, pp. 216-246; *L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno XLI, Fasc. 1, 1998, pp. 230-252; *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in *L'Indice penale*, XXIX, n. 2, 1995, pp. 399-437; *Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità*, in A. GAITO (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 170-208. Per un'esame del sistema giurisdizionale vigente nei diversi Stati membri europei, si legga K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. I, 2013, p. 7 e seguenti.

seconda dei poteri attribuiti al pubblico ministero e delle forme di controllo espressamente previste per verificare il corretto operato di quest'ultimo.

Al proposito, in via generale, si può fin da subito rilevare che più le eccezioni sono precise e definite nel loro contenuto ed espressamente regolate per legge e meno discrezionalità sarà attribuita al pubblico ministero. Del pari, più il controllo sulla decisione di archiviazione sarà ampio e tutelato con estese garanzie procedurali, essendo assegnato ad un organo giurisdizionale terzo e imparziale e meno discrezionalità residuerà in capo al pubblico ministero procedente.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare, un sistema di obbligatorietà dell'azione penale puro, ossia senza eccezioni permette in linea teorica di assicurare la perfetta corrispondenza tra incriminazione a livello legislativo di determinati comportamenti e punizione degli autori di tali condotte vietate; tale principio, permette, quindi, in teoria di tutelare al massimo grado il principio di legalità e di lasciare solamente al legislatore il compito di stabilire la contrarietà all'interesse pubblico di un determinato comportamento. Nel caso in cui, invece, sia lasciata al pubblico ministero discrezionalità nello stabilire quali condotte, entrambe vietate dalla legge nazionale, punire e quali, invece, non punire, l'autorità inquirente sostituisce la propria valutazione a quella del legislatore che aveva previsto di punire entrambe le condotte, creando così incertezza giuridica e minando le fondamenta di ogni Stato di diritto, consistenti nella separazione tra i poteri e nel principio di legalità, soprattutto in materia penale (vi è chi ha parlato, al proposito, di *substantive criminalisation*)²⁷⁰⁰.

Nonostante la validità di tali argomenti a livello teorico, la prassi ha dimostrato che un sistema che si fondi su un principio di obbligatorietà dell'azione penale puro è praticamente impossibile da realizzare. La mancanza di risorse e l'eccessivo carico di lavoro porta, infatti, i pubblici ministeri a dover scegliere tra allungare in modo eccessivo e lesivo per i diritti dell'indagato i tempi del procedimento penale²⁷⁰¹ e decidere, nonostante l'obbligo teorico di perseguire tutti i casi di violazione della legge penale, di non perseguire certi reati lasciando scorrere il tempo senza perseguirli o adducendo la mancanza di prove sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio²⁷⁰². Tale situazione rappresenta un pericolo ben maggiore per la tutela della libertà individuale dei soggetti

2700 Si riferisce al concetto di “*substantive criminalisation*” in rapporto al ruolo del pubblico ministero N. LACEY, *Historicising Criminalisation*, in *Modern Law Review*, 2009, p. 946. Al riguardo, si legga G. PFEIFFER, *Strafprozessordnung: StPO, Kommentar*, 2005, par. 152; R. DAW, A. SOLOMON, *Assisted suicide and identifying the public interest in the decision to prosecute*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 741; J. REIMANN, *Against Police Discretion: Reply to John Kleinig*, in *Journal of Social Philosophy*, 1998, pp. 132-133; M.-L. MARSTALLER, *The Legality Principle: An Effective Way to Minimise the European Prosecutors' Influence on Substantive Criminalisation? Comparing the German Staatsanwaltschaft and the Crown Prosecution Service in England and Wales*, in *European Criminal Law Review*, 2016, vol. 2, pp. 161-185.

2701 Tale soluzione, oltre a porsi in contrasto con quanto stabilito dall'articolo 6 della CEDU e dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è stata ritenuta lesiva di una adeguata amministrazione della giustizia (“*proper administration of justice*”) dal Comitato dei Ministri del Consiglio fin dalla propria Raccomandazione n. R (87) 18, del 17 settembre 1987, in cui si legge che “*delay in dealing with crimes brings criminal law into disrepute and affects the proper administration of justice*”.

2702 J. KLEINIG, *Selective Enforcement and the Rule of Law*, in *Journal of Social Philosophy*, 1998, p. 124.

indagati e per lo Stato di diritto rispetto a quegli ordinamenti che optano per un sistema di discrezionalità dell'azione penale in cui siano espressamente stabiliti i criteri e i casi nei quali il pubblico ministero può archiviare un caso e in cui siano previsti stringenti controlli sull'esercizio di tale diritto²⁷⁰³.

Nello stabilire il grado di discrezionalità da attribuire alla Procura europea, occorre, quindi, trovare una soluzione che permetta, al tempo stesso, di proteggere il diritto fondamentale degli accusati ad un equo processo e di garantire il rispetto del principio di legalità e, più in generale, di certezza giuridica. A tal fine occorre previamente dare conto delle soluzioni adottate nelle proposte di regolamento della Commissione del 2013 e del Consiglio del 31 gennaio 2017, onde verificarne la compatibilità con i principi sopra enunciati per poi proporre delle soluzioni alternative che permettano di garantire il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale nel caso in cui la soluzione adottata da tali proposte legislative non sia adeguata a tale scopo. La Commissione nell'articolo 28 della propria proposta del 2013 ha previsto due diverse fattispecie in cui la Procura europea ha il potere di archiviare il caso.

In primo luogo, la Commissione ha previsto un obbligo (in inglese si legge “*shall dismiss the case*”) per il procuratore europeo di archiviare il caso quando esso sia impossibile per uno dei cinque motivi elencati nel primo paragrafo della disposizione²⁷⁰⁴.

In secondo luogo ha, invece, previsto la possibilità (in inglese si legge “*may dismiss the case*”) per la Procura europea di archiviare il caso quando il reato sia “un reato minore ai sensi della legge nazionale di attuazione della direttiva 2013/xx/UE relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale” e quando esso ravvisi la “mancanza di prove pertinenti”²⁷⁰⁵.

Mentre, quindi, nel primo caso la proposta di regolamento non lascia in capo alla Procura europea alcuna discrezionalità nel decidere se archiviare o meno il caso, prevedendo esplicitamente e compiutamente i casi in cui esso deve proporre decreto di archiviazione, nel secondo caso è ad esso attribuita la scelta discrezionale se archiviare il caso oppure in presenza dei requisiti, peraltro

2703Si legga, al riguardo, E. LUNA/M. L. WADE, *The Prosecutor as Policy Maker, Case Manager, and Investigator*, in E. LUNA, M. L. WADE (a cura di), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, 2012, p. 2; J.-M. JEHLE, *The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System*, in J.-M. JEHLE, M. WADE (a cura di), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 24.

2704In particolare, l'articolo 28, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, prevede: “*Il procuratore europeo archivia il caso se l'esercizio dell'azione penale è impossibile per uno dei seguenti motivi: a) morte dell'indagato; b) la condotta oggetto di indagine non costituisce reato; c) amnistia o immunità concessa all'indagato; d) scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale; e) l'indagato è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva per gli stessi fatti o il caso è stato trattato in conformità dell'articolo 29*”.

2705In tal senso dispone l'articolo 28, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, il quale nei successivi par. 3 e 4 dispone: “*La Procura europea può rinviare i casi che ha archiviato all'OLAF o alle autorità amministrative o giudiziarie nazionali competenti ai fini del recupero, seguito amministrativo di altro tipo o monitoraggio. La Procura europea ne informa la persona offesa dal reato, se l'indagine è stata avviata a seguito di informazioni da quella fornite*”.

piuttosto indeterminati, elencati nella disposizione. In tal caso la discrezionalità della Procura europea è ampia soprattutto perché i due criteri menzionati nell'articolo non sono né chiari né precisi, né consentono di determinarne la portata in anticipo. A tal proposito, non sono, quindi, neanche prevedibili o conoscibili prima che la Procura europea effettui la propria scelta²⁷⁰⁶.

Al proposito, quanto stabilito nei Considerando non costituisce un valido supporto per fornire un'interpretazione autonoma dei concetti sopra menzionati.

Quanto al primo requisito, infatti, il considerando 31 si limita a stabilire che “la Procura europea dovrebbe avere la possibilità di archiviare il caso qualora si tratti di un reato minore”²⁷⁰⁷. L'articolo 28, a sua volta, rinvia per la definizione di reato minore alla legge penale di attuazione della direttiva sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Tuttavia, come abbiamo avuto modo di osservare nel capitolo quarto, la direttiva PIF contiene solo regole di armonizzazione minima, per cui il legislatore nazionale gode di un'ampia discrezionalità nell'attuazione della stessa ed è, quindi, presumibile con elevata certezza che la legislazione nazionale adottata in attuazione della direttiva differirà significativamente tra i diversi Stati membri. Non vi sarà, pertanto, una definizione autonoma a livello europeo e prevedibile *ex ante* di cosa debba intendersi per reato minore e, di conseguenza, di quali reati possano essere archiviati dalla Procura europea e quali, invece, no.

Quanto al secondo requisito, corrispondente al caso in cui la Procura europea ravvisi la mancanza di prove pertinenti, l'unica spiegazione che si trova nella direttiva è contenuta nei considerando e precisa che “se non sussistono prove solide ed è altamente improbabile che siano prodotte durante il processo, il caso può essere archiviato”²⁷⁰⁸. Come si può ravvisare ad una prima lettura, tale formulazione non definisce in modo più chiaro e pertinente cosa debba intendersi per “prove pertinenti”. Il riferimento al concetto di “prove solide” e al fatto che sia “altamente improbabile che siano prodotte durante il processo” sono, infatti, altrettanto indeterminati che il primo. Possono essere interpretati estensivamente o restrittivamente dal pubblico ministero competente e, come è facile presumere, possono prestarsi anche ad interpretazioni indiscriminate e di pura opportunità da parte del pubblico ministero procedente. In assenza di una definizione autonoma a livello europeo, che non è stata inserita nel testo di proposta di direttiva e, al momento, non è stata resa dalla Corte di Giustizia, quindi, tale locuzione si presta ad abusi da parte della Procura europea e, oltre a non garantire il rispetto del principio di legalità a causa della sua indeterminatezza, imprecisione e non prevedibilità né conoscibilità *ex ante*, essa non garantisce neanche il rispetto dei diritti di difesa che devono essere assicurati agli indagati. Ai soggetti indagati nel processo non sarà, infatti, possibile

²⁷⁰⁶Come abbiamo visto nel capitolo quinto, Titolo Primo Parte Seconda, la prevedibilità e l'accessibilità sono requisiti essenziali del principio di legalità, in base alla giurisprudenza sia della Corte EDU che della Corte di Giustizia.

²⁷⁰⁷In tal senso, si legga il Considerando 31 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

²⁷⁰⁸Si legga, in tal senso, egualmente il Considerando 31 della proposta della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

preparare un'adeguata difesa nel caso in cui non siano definite le ipotesi in cui il Pubblico Ministero può archiviare il caso, né sarà possibile alla persona offesa dal reato svolgere un adeguato controllo sulla legittimità della decisione della Procura europea di archiviare il caso. Al proposito, il rilievo che la persona offesa dal reato nel caso di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione sia l'Unione europea stessa non diminuisce la gravità della violazione dei diritti di questa. Inoltre, occorre, al proposito, osservare che se la competenza, anche in futuro, venisse estesa a ricomprendere forme di criminalità grave aventi una dimensione transfrontaliera, le persone offese dal reato ben potrebbero essere persone fisiche o giuridiche²⁷⁰⁹, i cui diritti in quanto vittime del reato devono essere tutelati.

Nella proposta di regolamento del 2013 è, inoltre, previsto un rimedio specifico, il cosiddetto “compromesso” nel caso in cui non sussistano gli estremi per archiviare il caso ma l'azione penale non si giustifichi²⁷¹⁰. In particolare, in base a quanto stabilito dall'articolo 29 della proposta di regolamento della Commissione, quando “il caso non deve essere archiviato e la prosecuzione del

2709 Occorre, in tale sede evidenziare che la stessa ambiguità e indeterminazione era presente nel Libro Verde elaborato dalla Commissione del 2001, il quale, tuttavia, svolgeva una funzione evidentemente diversa. Esso, infatti, costituiva uno strumento di consultazione, il cui scopo era quello di riflettere preliminarmente sulle possibilità di creare una Procura europea. La Proposta della Commissione del 2013 rappresenta, invece, la proposta di un atto legislativo dell'Unione e l'indeterminatezza ivi contenuta presenta, pertanto, un contenuto più lesivo rispetto a quanto stabilito nel Libro Verde. In quest'ultimo, in particolare, la Commissione aveva stabilito (Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea presentato dalla Commissione*, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001 COM(2001) 715 definitivo, p. 48 della versione italiana del testo): “*La procura europea, soggetta al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, dovrebbe avere la facoltà di archiviare, non solo per motivi tecnici opportunità, come quelle esposte qui di seguito. Innanzitutto, le eccezioni al principio di obbligatorietà potrebbero avere quale principale obiettivo quello di non intasare l'attività della procura europea con casi minori sotto il profilo della tutela degli interessi finanziari comunitari, in base all'adagio «de minimis non curat praetor».* Per conseguire questo obiettivo si possono immaginare varie modalità. Si potrebbe per esempio prevedere un criterio, a discrezione del procuratore europeo e sotto il controllo delle giurisdizioni, di «scarsa gravità con riferimento agli interessi finanziari delle Comunità». In termini più precisi, si potrebbe fissare una soglia finanziaria, corrispondente all'ammontare del reato sotto il quale la procura europea sarebbe libera di procedere o no. Il primo metodo sembra quello più elastico; il secondo, più rigoroso, comporta il rischio di banalizzare illeciti per un ammontare che non superi la soglia, rischio che la discrezionalità del procuratore permetterebbe comunque di tenere sotto controllo. In secondo luogo, si potrebbe prevedere di derogare al principio di obbligatorietà dell'azione penale in funzione dell'utilità dell'azione stessa sull'esito del processo. In particolare, si potrebbe lasciare alla procura europea la facoltà di procedere contro una medesima persona solo per una parte sufficiente dei capi di imputazione a suo carico. Questa disposizione potrebbe rivelarsi utile qualora le indagini già condotte su alcuni capi di imputazione risultassero sufficienti per ottenere una sentenza e si potesse ragionevolmente considerare che il proseguimento delle indagini non produrrebbe una modificazione significativa della sentenza finale”.

2710 La necessità di prevedere una modalità di conclusione del procedimento alternativa all'archiviazione era dettata dal fatto, secondo quanto evidenziato nel Libro Verde del 2001 (Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea presentato dalla Commissione*, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001, *cit.*, p. 48 della versione italiana del testo), che in tal modo era possibile realizzare una maggiore efficacia nel recupero delle somme corrispondenti agli interessi finanziari lesi. Letteralmente, si legge quanto segue: “*Si tratta della tecnica del patteggiamento praticato in alcuni Stati membri, del quale vale la pena che si esamini almeno la praticabilità. In questa ipotesi l'imputato, a condizione di aver riparato il danno arrecato restituendo - d'accordo con l'ordinatore comunitario - i fondi irregolarmente percepiti o versando i diritti e le tasse elusi, avrebbe la possibilità di concludere con la procura europea un accordo sull'estinzione di qualsiasi azione penale, presente o futura. Mediante il pagamento spontaneo di una somma, l'imputato beneficerebbe della mancata pronuncia di una sentenza. Una possibilità del genere potrebbe rivelarsi utile qualora le prospettive di giungere a una condanna risultassero esigue. Essa può tuttavia ritenersi accettabile solo nel caso di reati per un importo finanziario modesto. In linea di massima, le condizioni del patteggiamento andrebbero concepite in modo da non costituire una scappatoia o da non provocare un'iniquità”.*

procedimento è nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, la Procura europea può, previo risarcimento del danno, proporre all'indagato una sanzione pecuniaria forfettaria il cui pagamento comporta l'archiviazione definitiva del caso (compromesso). Se acconsente, l'indagato versa l'importo forfettario all'Unione²⁷¹¹. In seguito al controllo circa il pagamento della pena pecuniaria stabilita nel compromesso, la Procura europea archivia definitivamente il caso, ne dà comunicazione ufficiale alle competenti autorità giudiziarie e di polizia nazionali e ne informa le istituzioni, gli organismi e le agenzie dell'Unione interessate²⁷¹².

Come è possibile desumere a prima lettura dalla formulazione della disposizione, alla Procura europea è attribuita un'amplissima discrezionalità in materia di compromesso. Nel testo della disposizione non è dato, infatti, rinvenire alcun criterio preciso che orienti la scelta della Procura europea tra promozione della procedura di transazione e rinvio a giudizio dell'indagato. L'unico criterio che è menzionato nella norma è la "buona amministrazione della giustizia", che, tuttavia, non sembra neanche esser considerato il criterio discretivo che orienti l'operare della Procura europea. Nei considerando si legge che le "norme applicabili al compromesso e al calcolo delle sanzioni pecuniarie irrogabili dovrebbero essere chiarite nelle regole amministrative della Procura europea"²⁷¹³. In base a quanto stabilito nei considerando, ma non nell'articolato della proposta, viene, pertanto, effettuato un rinvio alle "regole amministrative della Procura europea" per quanto riguarda la definizione delle norme applicabili al compromesso e al calcolo delle sanzioni pecuniarie. Spetta, quindi, alle "regole amministrative della Procura europea", cui si riferisce l'articolo 72, par. 1 lett. e) della proposta di regolamento²⁷¹⁴, definire le "norme relative ai compromessi".

Non è dato, tuttavia, chiaramente desumere cosa debba intendersi per "norme applicabili ai compromessi"; in particolare, non è chiaro se esse includano anche la definizione dei criteri di scelta che devono essere adottati dalla Procura europea per decidere se procedere a tale soluzione compromissoria o se, invece, includano solamente le norme che disciplinano l'ammontare delle sanzioni pecuniarie e i metodi di calcolo che il Pubblico Ministero deve seguire; detto altrimenti, occorrerebbe verificare se tali norme disciplineranno solo il *quomodo* del compromesso o anche i criteri per determinare l'*an*. In ogni caso, tali criteri non solo stabiliti nel regolamento e non assumeranno, quindi, la medesima portata delle regole ivi disciplinate, ossia l'obbligatorietà e la

²⁷¹¹Questo il contenuto letterale del primo paragrafo dell'articolo 29 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

²⁷¹²In tal senso dispone l'articolo 29, par. 2, 3 e 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

²⁷¹³Considerando 31 della proposta di regolamento della Commissione (*Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*), in cui, inoltre, si legge: "La chiusura di un caso mediante compromesso ai sensi del presente regolamento non dovrebbe pregiudicare l'applicazione di misure amministrative da parte delle autorità competenti, purché tali misure non comportino sanzioni assimilabili a sanzioni penali".

²⁷¹⁴Si legga al riguardo l'articolo 72 della proposta di regolamento della Commissione (*Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*), rubricato "Norme amministrative e documenti di programmazione".

diretta applicabilità nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento. Anche in tal caso non è, quindi, prevista una disciplina chiara che garantisca il rispetto del principio di legalità a livello europeo.

Sebbene, infatti, sia auspicabile la previsione di eccezioni al principio di obbligatorietà dell'azione penale per le ragioni sopra esposte, tali eccezioni, al fine di essere compatibili con il principio di legalità e di garantire la protezione dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento devono essere espressamente e precisamente disciplinati nel regolamento istitutivo della Procura europea, così da garantire un'uniforme e chiara attuazione degli stessi su tutto il territorio dell'Unione. Non si ritiene che altrimenti la proposta di regolamento sia compatibile con la protezione del livello di tutela garantito ai diritti fondamentali a livello europeo²⁷¹⁵. Al riguardo, occorre oltretutto constatare che nella proposta della Commissione è espressamente previsto che l'archiviazione conseguente al compromesso non è soggetta a controllo giurisdizionale²⁷¹⁶. Tale aspetto sarà, tuttavia, esaminato più dettagliatamente in seguito²⁷¹⁷.

Nella proposta di regolamento da ultimo modificata dal Consiglio il 31 gennaio 2017, invece, è prevista una disciplina diversa per i casi in cui la Procura europea può archiviare il caso sottoposto al suo esame²⁷¹⁸. In particolare, la proposta di regolamento prevede che, “sulla base di una relazione fornita dal procuratore europeo delegato incaricato del caso”, “la camera permanente decide di archiviare il caso nei confronti di una persona se, a norma del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, l'esercizio dell'azione penale sia divenuto impossibile” per uno dei sette motivi successivamente elencati nella disposizione²⁷¹⁹. I motivi ivi indicati sono i seguenti: morte dell'indagato o dell'imputato o liquidazione della persona giuridica indagata o imputata; infermità mentale dell'indagato o dell'imputato; amnistia concessa all'indagato o all'imputato; immunità concessa all'indagato o all'imputato, a meno che non sia stata revocata; scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale; pronuncia del provvedimento definitivo in relazione ai medesimi fatti; mancanza di prove pertinenti. Nella proposta emendata dal Consiglio, pertanto, la camera permanente nei casi elencati nel paragrafo 1 dell'articolo 33 deve (nella versione inglese “*shall*”) archiviare il caso. Tra i motivi elencati, oltre alle cause di estinzione dell'azione penale che erano già state previste come ipotesi obbligatorie di archiviazione nella proposta della Commissione²⁷²⁰, è stata inserito anche il criterio della “mancanza

2715 Per un'analisi del contenuto e la portata che assume il principio di legalità e i diritti fondamentali degli indagati a livello europeo, si leggano i capitoli quinto e sesto, Titolo primo di questa Parte seconda.

2716 Articolo 29, 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

2717 Si legga, al proposito, il capitolo ottavo, titolo secondo della Parte seconda.

2718 Il Considerando 71 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, prevede, in linea di principio: “*I motivi di archiviazione di un caso sono stabiliti in modo esaustivo nel presente regolamento*”.

2719 Articolo 33 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

2720 Articolo 28, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio

di prove pertinenti”²⁷²¹. Tale criterio era stato previsto anche nelle cosiddette Regole Modello di procedura per la Procura europea, in cui era stata previsto l'obbligo per la Procura europea di archiviare il caso qualora ritenesse che l'azione penale fosse impedita per ragioni di diritto o che gli elementi di prova non potessero ragionevolmente giustificare una condanna²⁷²².

Nelle Regole Modello, tuttavia, era successivamente precisato che la decisione di archiviazione della Procura europea dovesse essere resa per iscritto e motivata. Era altresì specificato che qualora la decisione di archiviazione fosse stata assunta per insufficienza di prove, la Procura europea potesse in ogni momento riaprire le indagini e che l'Unione europea o la persona offesa potessero impugnare la decisione di archiviazione assunta dalla Procura europea davanti alla Corte europea²⁷²³. In tale contesto, la definizione di cosa dovesse intendersi per prove che “non potessero ragionevolmente giustificare una condanna” era spiegata nella nota esplicativa all'articolo 65, in cui si legge che il test di sufficienza delle prove richiede una valutazione concreta di cosa è richiesto per sostenere l'accusa in giudizio nello Stato membro competente. Inoltre, oltre a definire in modo più preciso il contenuto dell'espressione, era stata previsto altresì l'obbligo per la Procura europea di redigere per iscritto e motivare la propria decisione di archiviare il caso, nonché la possibilità per la persona offesa o per l'Unione di impugnare dinanzi alla Corte europea la decisione di archiviare il caso. La decisione di archiviare il caso era, pertanto, contornata da tutte le garanzie che rendevano tale diritto compatibile con il rispetto del principio di legalità e dei diritti fondamentali di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea, fossero essi soggetti indagati o persone offese dal reato.

Al proposito, occorre osservare che nessuno di tali elementi è stato inserito nella proposta di regolamento del Consiglio, come da ultimo emendata il 31 gennaio 2017. In tale proposta, inoltre, il quadro è complicato dalla previsione di diversi livelli di intervento in relazione alla decisione di archiviare il caso, come abbiamo osservato nel precedente paragrafo. Sebbene non residui discrezionalità in capo alla Procura europea circa la decisione *se* il caso debba essere rinviato a giudizio o archiviato, essa conserva un notevole margine di discrezionalità nello stabilire *chi* eserciterà l'azione penale in relazione a tale caso. Dal combinato disposto degli articoli 20, par. 2 e

2013, *cit.*.

2721 Tale criterio, disciplinato dalle cosiddette *Model Rules* (articolo 65), non era, invece, previsto nel *Corpus Juris* quale circostanza in presenza della quale il Pubblico Ministero europeo poteva archiviare il caso. L'articolo 19, par. 4 recitava, infatti: “Può tuttavia, con decisione appositamente motivata, subito comunicata alla persona che l'ha informato, così come a quella che ha denunciato il reato presso i suoi uffici o che ha sporto querela: a) deferire alle autorità nazionali i reati di lieve entità o che colpiscono principalmente gli interessi nazionali; ovvero b) archiviare il caso se la persona sottoposta alle indagini, avendo riconosciuto la propria colpevolezza, ha riparato il danno e restituito, all'occorrenza, i fondi conseguiti irregolarmente; ovvero c) accordare l'autorizzazione a transigere all'autorità nazionale che ne ha fatto richiesta, alle condizioni elencate infra (art. 22, par. 2, b)”.

2722 Articolo 65, rubricato “Archiviazione” nella traduzione italiana curata da S. ALLEGREZZA e allegata al volume G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 769 e seguenti.

2723 Articolo 65 delle cosiddette Regole Modello di Procedura per la Procura europea.

3, 28 bis, par. 3 e 4 e dell'articolo 33, par. 3 si desume, infatti, che nei casi previsti da tali disposizioni la camera permanente competente si astiene dall'esercitare la sua competenza e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia il caso dinanzi a queste ultime senza indugio e prima dell'avvio dell'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali.

In particolare, la proposta di regolamento ha stabilito che i casi concernenti “i reati di lieve entità o che colpiscono principalmente gli interessi nazionali”²⁷²⁴ siano rinviati alle autorità nazionali competenti, anziché essere compresi, come nel Libro Verde o nella proposta di regolamento della Commissione, tra i casi in cui la Procura europea può decidere di archiviare il caso. In base alle modifiche apportate alla proposta, quindi, alla Procura europea non è attribuito il potere di archiviare il caso, ma solo quello di decidere se rinviarlo alle autorità giudiziarie nazionali, previa consultazione con esse²⁷²⁵.

Ad una prima lettura sembrerebbe, pertanto, che le modifiche apportate dal Consiglio abbiano ridotto la discrezionalità della Procura europea quanto alla scelta se archiviare o meno il caso e abbiano così reso i poteri di quest'ultimo maggiormente rispettosi dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, in quanto ristretti entro precisi limiti stabiliti per legge e, quindi, conformi al principio di legalità.

In seguito ad un esame più approfondito, tuttavia, è possibile verificare che ciò non è vero a causa

²⁷²⁴Questa è l'espressione che era stata utilizzata nell'articolo 19 del *Corpus Juris*, ora riformulata nel testo delle proposte di regolamento all'articolo 20, par. 2 e 3, che letteralmente stabilisce: “Qualora un reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17 abbia comportato o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10 000 EUR, la Procura europea può esercitare la sua competenza soltanto se: a) il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte della Procura europea, oppure b) possono essere sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione europea, ovvero membri delle istituzioni. Se del caso, la Procura europea consulta le autorità nazionali competenti o gli organi dell'Unione per stabilire se siano soddisfatti i criteri di cui alle lettere a) e b). 3. La Procura europea si astiene dall'esercitare la sua competenza in relazione a qualsiasi reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17 e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia senza indugio il caso a queste ultime a norma dell'articolo 28 bis se: a) la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafo 1, è meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente legato di cui all'articolo 17, paragrafo 2; o a bis) la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafo 1, è uguale alla sanzione massima per il reato indissolubilmente legato di cui all'articolo 17, paragrafo 2, a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafo 1; o b) vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'articolo 17 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima. La lettera b) del presente paragrafo non si applica ai reati di cui all'articolo 3, lettere a) e d), della direttiva 2017/xx/UE quale attuata dalla legislazione nazionale”.

²⁷²⁵Come abbiamo menzionato nel capitolo quarto, del Titolo Secondo della Parte Prima, inoltre, una delle ipotesi menzionate nell'articolo 20, par. 3, in particolare, quella di cui alla lettera b) risulta particolarmente problematica in relazione alla delimitazione della competenza del Pubblico Ministero europeo. In base a tale disposizione, infatti, “La Procura europea si astiene dall'esercitare la sua competenza in relazione a qualsiasi reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 17 e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia senza indugio il caso a queste ultime a norma dell'articolo 28 bis se: [omissis...] vi è motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato da un reato di cui all'articolo 17 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima”. Tale previsione potrebbe, quindi, di fatto, portare a ritenere le frodi commesse in materia di IVA escluse dalla competenza della Procura europea poiché gli Stati membri soffriranno sempre danni superiori a quelli subiti dall'Unione europea per lo stesso reato. Se tale disposizione fosse mantenuta anche nella versione definitiva del regolamento istitutivo della Procura europea, quindi, per quanto riguarda le frodi in materia di IVA, la direttiva PIF sarebbe privata del suo effetto utile.

del rinvio operato alla legge nazionale. In primo luogo, infatti, il rinvio alla legislazione nazionale permette alla Procura europea di esercitare in modo ancora più sottile e, quindi, più incontrollabile, una certa discrezionalità nello scegliere quali casi perseguire e quali, invece, non perseguire. La Procura europea potrebbe, infatti, decidere di assegnare il caso ad una giurisdizione nazionale in cui vi è un'alta probabilità di condanna del soggetto o, al contrario, ad una giurisdizione nazionale in cui è improbabile che il soggetto venga condannato.

Il principio di obbligatorietà dell'azione penale in seguito alla disciplina predisposta nella proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 subirà, infatti, un ulteriore affievolimento a causa del fatto che qualora il caso venga rinviato alle autorità giudiziarie nazionali, l'applicazione del principio di obbligatorietà dipenderà dalla legge nazionale applicabile nel caso di specie. Qualora il caso venga rinviato ad autorità inquirenti appartenenti ad un sistema giudiziario in cui vige il principio di discrezionalità dell'azione penale, infatti, potrebbe non esserci alcun seguito per le indagini svolte dalla Procura europea. In tal modo, la Procura europea potrebbe surrettiziamente archiviare specifici casi senza che la sua decisione sia sottoposta ad alcun controllo giurisdizionale. Una tale situazione rischia di ledere significativamente l'efficienza delle indagini e l'efficace repressione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, nonché di ledere significativamente i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea²⁷²⁶.

Tale circostanza è, inoltre, aggravata, anziché essere alleviata, dalla prescrizione per cui in caso di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali circa la riconduzione di una determinata condotta ai casi rientranti nell'alveo della competenza della Procura europea, sono le autorità competenti a decidere chi è competente a indagare il caso²⁷²⁷. In tal modo, quindi, non essendoci neanche una disciplina uniforme a livello europeo che stabilisca il soggetto competente, non è prevedibile *ex ante* neanche la portata delle eccezioni contenute nell'articolo 20.

Saranno le autorità competenti degli Stati membri aderenti alla proposta di istituzione della Procura europea a interpretare tali norme e a definirne la portata. Le autorità giurisdizionali potrebbero in tal caso proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per determinare l'interpretazione da fornire a tali eccezioni²⁷²⁸, ma per la stessa natura del rimedio, tale tutela è solo indiretta e rimessa, nel caso in cui non si tratti di giurisdizioni di ultima istanza, come normalmente non è il caso nelle

2726 In tal senso si legga A. CSÚRI, *The Proposed EPPO - from a Trojan Horse to a White Elephant*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, p. 148; A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, p. 20.

2727 In tal senso, si legga l'articolo 20, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che letteralmente stabilisce: "In caso di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafi 1 bis e 2, o dell'articolo 20, paragrafi 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri stabiliscono l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza".

2728 Tale possibilità è ora espressamente prevista nell'articolo 36, par. 2, lett. c) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

prime fasi processuali, alla buona volontà delle autorità giurisdizionali nazionali. Risulta, quindi, alto il rischio che vengano stabiliti criteri diversi a seconda della diversa giurisdizione che si trova a risolvere il conflitto di competenza e che, quindi, la stessa portata di tali eccezioni vari significativamente da Stato a Stato.

Inoltre, un altro mezzo a disposizione della Procura europea per valutare discrezionalmente, al di fuori di precisi limiti predeterminati, se perseguire o archiviare un determinato caso consiste nella possibilità di avviare una procedura semplificata di azione penale²⁷²⁹. Nonostante la raccomandazione espressa nelle *Model Rules* di non consentire di archiviare il caso nei casi in cui l'indagato rispetti determinati obblighi²⁷³⁰, la proposta di regolamento, così come modificata dal Consiglio, prevede la possibilità di applicare una procedura semplificata di azione penale “conformemente alle condizioni previste dal diritto nazionale”. In particolare, l'articolo 34 della proposta di regolamento prevede che il procuratore europeo delegato incaricato del caso proponga alla camera permanente competente di applicare tale procedura nel caso in cui il diritto nazionale applicabile preveda una procedura semplificata di azione penale volta alla pronuncia del provvedimento definitivo sulla base di termini convenuti con l'indagato. La camera permanente deciderà poi se chiudere definitivamente il caso in base a tale procedura sulla base di tre requisiti: la gravità del reato, sulla base, in particolare, del danno arrecato agli interessi finanziari dell'Unione; la volontà dell'indagato di riparare il danno causato dalla condotta illecita; la conformità dell'uso della procedura agli obiettivi generali e ai principi di base della Procura europea di cui al regolamento istitutivo della stessa²⁷³¹. Il primo criterio è indeterminato, in quanto la gravità del reato e la potenzialità lesiva rispetto agli interessi finanziari dell'Unione è un criterio non definito autonomamente a livello europeo. Al proposito, una definizione dello stesso può ricavarsi da alcune disposizioni contenute nella proposta di direttiva PIF del 2017²⁷³² ma, come abbiamo avuto modo di

2729Le procedure semplificate sono disciplinate nell'articolo 34 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

2730Al proposito, infatti, l'allegato all'articolo 65 delle Regole modello di procedura precisa che è necessario garantire la portata più ampia possibile alla regola per cui la Procura europea deve esercitare l'azione penale ogni qualvolta sussistano elementi sufficienti e un interesse pubblico europeo al procedimento. Tale disposizione, inoltre, stabilisce i requisiti che dovrebbero essere soddisfatti nel caso in cui fosse, ciononostante, introdotta la possibilità di adottare un'archiviazione condizionata. In particolare, i requisiti richiamati dalla disposizione sono i seguenti: “*The suspect should agree to the disposition proposed; the aggrieved party should be heard; the decision should not be made over the objection of relevant national prosecution authorities; the proposal should be approved by the trial court; conditions imposed should be proportionate to the offence in question, and should as a rule include payment of damages; the conditions on which the case is closed should be put on record*”.

2731In tal senso, si esprime l'articolo 34, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il successivo paragrafo 3, inoltre, prevede che se “*la camera permanente è d'accordo con la proposta, il procuratore europeo delegato incaricato del caso applica la procedura semplificata di azione penale conformemente alle condizioni previste nel diritto nazionale, indicandolo nel sistema automatico di gestione dei fascicoli. Una volta che la procedura semplificata di azione penale sia stata ultimata in seguito all'adempimento dei termini convenuti con l'indagato, la camera permanente incarica il procuratore europeo delegato di agire ai fini della pronuncia di un provvedimento definitivo nel caso*”.

2732L'ultima versione della direttiva, su cui è stato raggiunto un accordo in seno al Consiglio, è quella del 1 febbraio 2017, 478/17, DROIPEN 6, JAI 54, GAF 5, FIN 31, CADREFIN 6, FISC 23, CODEC 76, in GU 5478/17, p. 1.

sottolineare in altra sede²⁷³³, trattandosi di una direttiva e, quindi, di uno strumento a cui deve essere data attuazione mediante un atto di recepimento nazionale, la concreta definizione di gravità del reato assumerà significato diverso a seconda del diverso contenuto della legge di attuazione nazionale.

Per quanto riguarda il secondo requisito, esso è un requisito soggettivo che andrà valutato caso per caso, mentre il terzo è nuovamente indeterminato. Non è, infatti, esplicitato quali siano gli “obiettivi generali e i principi di base della Procura europea” contenuti nel regolamento. Tra di essi, per esempio vi è quello dell'obbligatorietà dell'azione penale e la necessità di perseguire gli autori dei reati che ledono gli interessi dell'Unione in modo efficace. Bisogna, quindi, desumere che la procedura di cui all'articolo 34 non sia mai applicabile? Una tale interpretazione sarebbe *contra legem* e sembra, quindi, da escludere, ma allora non è dato capire quale sia l'interpretazione da fornire alla disposizione in parola. Il regolamento, infatti, cerca, o almeno dovrebbe cercare, di coniugare diversi obiettivi e principi, tra cui quello dell'efficacia dell'azione della Procura europea e quello del rispetto dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento da questo iniziato. Risulta, pertanto, quantomeno assai vaga e, quindi, soggetto a molteplici interpretazioni, alcune delle quali anche contrastanti tra loro, la formulazione di tale motivo e, di conseguenza, la discrezionalità lasciata alla camera permanente.

Il rinvio alla legge nazionale per determinare se sia applicabile una procedura semplificata e nel caso in cui lo sia, quale procedura applicare, rende, inoltre, ancora più incerto il quadro normativo, dal momento che non è neanche in questo caso prevedibile al momento di commissione del reato se si potrà ricorrere o meno a tale procedura semplificata. Tale possibilità dipenderà, infatti, dalla legge nazionale applicabile al caso di specie.

Al proposito, sembra che l'unica soluzione coerente sia quella di prevedere l'adozione di norme processuali comuni a livello europeo, quantomeno per quanto riguarda i poteri della Procura europea. Alla luce dei rilievi che abbiamo svolto e dell'analisi che abbiamo effettuato, sembra, infatti, l'unica soluzione che permetta di garantire sia il rispetto del principio di legalità che la protezione dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.

4.1.1.1.69 Scelta della legge processuale applicabile

La scelta operata dal legislatore europeo di scindere “azione” e “giurisdizione”, considerando la Procura europea un organo inquirente sovranazionale a cui si applicano regole, almeno in parte, europee, per quanto riguarda “le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo

²⁷³³Vedi al riguardo il capitolo quarto, titolo Secondo della Parte prima.

giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni"²⁷³⁴, e, al medesimo tempo, devolvendo il successivo giudizio dibattimentale alla competenza delle autorità giurisdizionali nazionali²⁷³⁵ si ripercuote, come è evidente, sulla scelta della legge applicabile alle attività svolte dalla Procura europea, dall'avvio delle indagini penali fino alla formulazione della richiesta di rinvio a giudizio dell'indagato.

La Procura europea avrà il compito di individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati attribuiti alla sua competenza su tutto il territorio europeo, ossia sul territorio di tutti gli Stati membri che aderiranno all'istituzione della stessa. Nello svolgere tale compito il procuratore competente ad investigare il caso dovrà fin dal momento iniziale in cui deciderà di dare avvio alle indagini, scegliere quale legge applicare. In tal caso, la scelta di quale legge applicare dipenderà dal livello di unificazione delle regole processuali applicabili alle attività della Procura europea che sarà raggiunto a livello europeo. Sono, infatti, prospettabili tre diversi scenari²⁷³⁶.

In base ad un primo scenario, in cui sia assente ogni forma di armonizzazione legislativa a livello europeo e che sia caratterizzato dal principio della *lex loci commissi delicti*, il regolamento istitutivo della Procura europea si limiterà a rinviare alla legislazione nazionale applicabile nel caso di specie e, quindi, non esisterà una disciplina di procedura penale uniformemente applicabile dalla Procura europea, ma tante discipline quante sono quelle degli Stati membri dell'Unione²⁷³⁷. La Procura europea nell'esercitare il proprio potere investigativo sul territorio degli Stati membri che hanno acconsentito alla sua creazione, compirà le singole attività di indagine sulla base della legge in vigore sul territorio in cui l'attività deve essere compiuta e, quindi, ogni atto d'indagine sarà formato in base a leggi nazionali diverse, a seconda di quella applicabile nel caso di specie. In tal caso, pertanto, i procuratori europei dovranno adeguare la propria azione alla legge del luogo in cui operano. Se fosse accettato tale sistema, il valore aggiunto della Procura europea sarebbe pressoché inesistente e permarrebbero tutte le difficoltà che sono state riscontrate nel contesto dell'attuale sistema di cooperazione orizzontale nel caso di indagini transnazionali. In tale evenienza, le indagini concernenti un'attività criminosa commessa sul territorio di più Stati membri sarebbero

2734Cfr., in tal senso, l'articolo 86, par. 3 del TFUE.

2735Cfr., al riguardo, l'articolo 86, par. 2 del TFUE, in cui si legge: "*La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri*".

2736È stata prospettata la realizzazione di scenari simili, anche se ad un fine diverso, ossia quello di delineare le prospettive della difesa a livello europeo in caso di istituzione della Procura europea, anche da S. ALLEGREZZA, *Pubblico Ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 468 e seguenti.

2737Si ritiene che tale soluzione sia di dubbia legittimità costituzionale, in quanto si scontra con il dato letterale dell'articolo 86, par. 3 del TFUE, in cui si legge: "*I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni*". Il corsivo è nostro.

soggette a leggi processuali diverse, e, pertanto, si ripresenterebbero in sede di giudizio tutti i problemi riscontrati sino ad oggi a causa della profonda differenza di disciplina processuale esistente tra i diversi ordinamenti giuridici²⁷³⁸.

Un secondo modello, che possiamo definire di armonizzazione minima, che si fondi sul principio della *lex fori*, sarà ipotizzabile nel caso in cui le indagini attribuite alla Procura europea siano tutte svolte in forza della legge di un medesimo Stato membro, anche qualora vi sia la necessità di svolgere alcune misure investigative sul territorio di altri Stati membri che abbiano accettato la competenza della Procura europea. La legge nazionale che sarà applicabile a tutte le attività poste in essere dalla Procura europea dovrebbe essere quella dello Stato membro in cui probabilmente verrà celebrata la fase dibattimentale²⁷³⁹. Un tale sistema, anziché raggiungere l'obiettivo che si propone con la sua creazione, ossia facilitare lo svolgimento delle indagini, potrebbe sortire l'effetto opposto, nel caso in cui, in definitiva, il dibattimento non si svolga nello Stato la cui legge ha regolato lo svolgimento delle indagini; in tale evenienza si correrebbe il medesimo rischio esposto riguardo al primo scenario che abbiamo esaminato. Vi sarebbe, cioè, il rischio che le leggi processuali penali dei due Stati membri siano molto diverse e che, quindi, alcune attività compiute dalla Procura europea in base a tali regole non siano considerate utilizzabili dall'autorità giudicante²⁷⁴⁰.

Ad ogni modo, l'attuazione di un tale sistema risulterebbe difficile anche per quanto riguarda la competenza ad autorizzare le misure coercitive richieste dalla Procura europea. Tale compito dovrebbe essere affidato all'autorità giurisdizionale dello Stato la cui disciplina viene applicata anche se tali misure sono effettuate sul territorio di un altro Stato membro oppure tale compito dovrebbe essere affidato all'autorità giurisdizionale competente nel territorio in cui le misure sono effettuate, il quale, tuttavia, dovrebbe applicare una legge diversa dalla propria? Come è evidente, entrambe le soluzioni sono poco soddisfacenti e comportano notevoli difficoltà applicative. In tale scenario rientra anche il caso in cui a livello europeo sia prevista un'armonizzazione minima delle

2738Si può, a tal proposito, citare, ad esempio, il caso in cui per una determinata misura coercitiva sia richiesta l'autorizzazione del giudice, mentre in un altro Stato tale autorizzazione non è richiesta. Del pari, si porrebbe il problema di verificare se l'autorizzazione concessa in un determinato Stato membro sia valida anche per la misura compiuta sul territorio di un altro Stato membro. Per ovviare a tale problema è stata recentemente adottata una direttiva sull'ordine di indagine europeo (Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in GU L 130, 1.5.2014, pp. 1-36).

2739Tale sistema assume tratti simili a quello delineato nella Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (in particolare, articolo 4), in GUCE 12 luglio 2000, C197/3, in cui si è cercato di semplificare la cooperazione tra Stati membri mediante l'uso del principio *forum regit actum*. Per un approfondimento del ruolo di tale principio in rapporto alla cooperazione giudiziaria europea si legga S. GLESS, *Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights*, in J.A.E. VERVAELE (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, p. 121. Al proposito, si legga anche S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI, *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 691 e seguenti; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, Becker, München, 2008.

2740In tal caso le uniche norme che potrebbero agevolare il riconoscimento delle attività svolte o delle decisioni prese in un altro Stato membro sarebbero quelle del mutuo riconoscimento che sono già attualmente previste a livello europeo e che, come abbiamo sottolineato con riferimento all'istituto del Mandato di Arresto europeo nel capitolo primo, Titolo Primo della Parte Prima, non si sono rilevate adeguate fino ad oggi.

regole concernenti le indagini della Procura europea, la cui disciplina sia nella maggior parte dei casi regolata tramite un rinvio alla legge processuale penale degli Stati membri. In entrambi i casi si avrà un sistema frammentato in cui non vi sarà uniformità di regole applicabili e in cui la fiducia reciproca nella disciplina processual-penalistica degli altri Stati membri rivestirà ancora un ruolo essenziale. In caso di sistemi giuridici molto diversi e mancanza di fiducia²⁷⁴¹, pertanto, si verificheranno i medesimi problemi a cui si doveva ovviare con l'istituzione di una Procura europea²⁷⁴².

Il terzo scenario, infine, prevede la creazione di un corpo di regole uniformi a livello europeo per quanto riguarda la fase delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale da parte della Procura europea. In tale evenienza sarebbero disciplinate a livello europeo sia i presupposti applicativi che regole di esecuzione delle misure delle misure investigative, così come sarebbero disciplinate adottate regole uniformi per quanto riguarda l'esercizio dell'azione penale da parte della Procura europea. Questo scenario prevede, quindi, la creazione di regole comuni europee con efficacia su tutto il territorio degli Stati membri aderenti al regolamento istitutivo della Procura europea. In tal caso, più le regole europee saranno dettagliate e tanto meno spazio sarà lasciato alla diversa attuazione delle stesse sul territorio dei diversi Stati membri. In tal modo, la legge applicabile alle indagini e all'esercizio dell'azione penale da parte della Procura europea sarebbe quella europea e vi sarebbero regole uniformi su tutto il territorio dell'Unione. Tali regole dovranno essere predisposte nel rispetto del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello europeo e avranno diretta applicazione nell'ordinamento giuridico nazionale, in quanto contenute in un regolamento, ossia nel regolamento istitutivo della Procura europea.

Tali regole non incideranno, tuttavia, sul sistema giuridico nazionale concernente la fase

2741Al riguardo, si rinvia all'analisi svolta in tema di Mandato di Arresto europeo nel capitolo primo, Titolo Primo della Parte prima, in cui si è potuto verificare che, nonostante la Corte di Giustizia presuma che tale fiducia reciproca nel sistema giurisdizionale degli altri Stati membri esista, in pratica, in molti casi, a scapito delle prove raccolte e delle decisioni prese fino a quel momento, è stato provato il contrario.

2742Occorre, al proposito ricordare che allo stato attuale sono previsti due strumenti per regolare i conflitti di giurisdizione ma nessuno dei due contiene né criteri per la scelta della giurisdizione competente, né la possibilità per un organo europeo di comporre i conflitti di competenza o di trasferire il procedimento ad un altro Stato membro. Occorre sottolineare che in futuro potrebbe essere attribuita ad *Eurojust* la competenza a comporre i conflitti di competenza, secondo quanto disposto dall'articolo 85, par., lett. c) del TFUE. I due strumenti a cui ci riferiamo sono la Decisione 2002/187/GAI *che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità*, in GU 2002 L 63/1, modificata dalla Decisione 2009/ 426/GAI, in GU 2009 L 138/14 (in particolare, articolo 6, par. 1, lett. a), 7, par. 1, lett. a), par. 2) e Decisione quadro 2009/948/GAI, in GU 2009 L 328/42 (in particolare, articolo 12, par. 2). In aggiunta a tali strumenti, riveste una funzione in parte regolatrice il divieto del *ne bis in idem*, il quale opera, tuttavia, solo quando le indagini sono state già compiute e, come rilevato da parte della dottrina, attribuendo la competenza all'autorità che per prima persegue o condanna l'imputato, non rappresenta un criterio effettivo di attribuzione della competenza. L'attribuzione di competenza a una certa autorità piuttosto che a un'altra è, infatti, del tutto casuale e dipende solo da chi per primo rinvia a giudizio l'indagato. Tale principio svolge, infatti, una funzione del tutto diversa e il suo utilizzo per determinare la giurisdizione competente a giudicare un caso deve ritenersi patologica e non fisiologica. Si legga, al proposito, J. SPENCER, *Mutual recognition and choice of forum*, in M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of the forum in cooperation against EU financial crime*, cit., pp 61–72; P. ASP, N. BITZILEKIS, S. BOGDAN e altri, *A manifesto on European criminal procedure law - European criminal policy initiative*, 2013, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 8, pp. 430-446.

preprocessuale poiché saranno applicabili solo in relazione ai reati di competenza della Procura europea e saranno applicabili solo dalla Procura europea. I procuratori nazionali per i reati aventi natura meramente interna e non attribuiti alla competenza della Procura europea continueranno, pertanto, ad applicare le regole di procedura penale proprie del proprio Stato di appartenenza. In tal modo, le regole processuali applicabili saranno chiare e prevedibili *ex ante* e risulteranno, pertanto, maggiormente tutelati anche i diritti difensivi degli indagati, nonché di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea, poiché potranno prevedere in anticipo quale legge sarà applicata e, così, preparare adeguatamente la propria difesa.

I diritti ad essi riconosciuti saranno, inoltre, conformi al livello di tutela dei diritti fondamentali riconosciuto a livello europeo che è determinato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'interpretazione che ne fornisce la Corte di giustizia, nonché dai principi generali di diritto dell'Unione risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, così come interpretata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali²⁷⁴³.

Occorre, inoltre, evidenziare che oltre a quanto finora rilevato, in assenza di una disciplina organica che disciplini quale sia la legge applicabile alle attività svolte dalla Procura, vi è anche un rischio più elevato che vi siano conflitti di giurisdizione, siano essi positivi o negativi.

In assenza di una disciplina uniforme a livello europeo, infatti, è elevato il rischio che vengano svolte indagini parallelamente in diversi Stati membri riguardo alla medesima condotta (conflitto positivo), così sottoponendo l'accusato all'onere di soggiacere a due diversi procedimenti penali per lo stesso fatto di reato e di doversi difendere due volte di fronte ad autorità inquirenti diverse che applicheranno leggi processuali diverse.

Allo stesso tempo, una tale situazione di sovrapposizione di indagini riduce l'effettività delle indagini e crea una duplicazione di costi, sia in termini finanziari che in termini umani. L'indeterminatezza della legge applicabile al caso di specie, viceversa, può portare le autorità inquirenti a negare la propria competenza a svolgere indagini in relazione a quel determinato fatto di reato, lasciando così l'autore del reato impunito (conflitto negativo).

In tale contesto le autorità inquirenti non potrebbero neanche essere considerate responsabili della propria inattività poiché in mancanza di un quadro unico di riferimento, uniforme su tutto il territorio dell'Unione non sarebbe agevole determinare chi è responsabile ad indagare il caso. In terzo luogo, una tale situazione può dare luogo a casi di scelta della giurisdizione in cui la legge è più favorevole a raggiungere gli scopi che si vogliono ottenere (cosiddetto fenomeno del *forum shopping*)²⁷⁴⁴.

²⁷⁴³Si legga, al riguardo, il disposto dell'articolo 6 del TUE.

²⁷⁴⁴Si legga, per un approfondimento sul quadro generale vigente nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and*

Analizzati i possibili modelli di riferimento, occorre, quindi, in tale sede, verificare a quale modello corrispondano le soluzioni adottate nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 e nella proposta, così come emendata dal Consiglio alla data del 31 gennaio 2017, onde verificare se esse garantiscano il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale iniziato dalla Procura europea, così come descritti in altra parte della trattazione²⁷⁴⁵. Nel caso in cui tale condizione non risulti soddisfatta e si ritengano lesi tali diritti, occorrerà, quindi, proporre una soluzione che ne garantisca il rispetto.

Nell'esaminare tali proposte, analizzeremo separatamente quali criteri siano stati stabiliti nelle proposte per decidere quale sia la legge applicabile alla fase delle indagini e quali, invece, siano stati adottati in riferimento alla fase concernente il rinvio a giudizio, in cui la Procura europea dovrà scegliere l'autorità giurisdizionale nazionale di fronte a cui esercitare l'azione penale, determinando così la legge applicabile nella successiva fase processuale²⁷⁴⁶.

Nel modello proposto dalla Commissione i procuratori europei delegati svolgono le indagini e l'azione penale della Procura europea sotto la direzione e il controllo del procuratore europeo²⁷⁴⁷.

justice and the protection of specific EU-interests, The Hague-Portland 2013, con particolare riferimento, per un inquadramento generale della relazione tra principio di legalità e scelta della legge applicabile, al contributo di M. LUCHTMAN, *Choice of forum and the prosecution of cross-border crime in the European Union – What role for the legality principle?*, p. 3 – 61; per un'analisi che analizza le problematiche generali in relazione alla creazione di una Procura europea, al contributo di J.A.E. VERVAELE, *European Territoriality and Jurisdiction: The Protection of the EU's Financial Interests in its Horizontal and Vertical (EPPO) Dimension*, in M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*, cit., pp. 167-184. Al riguardo, si legga anche M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-headed dragon?*, 2014, p. 139 e seguenti.

2745Il contenuto e la portata dei diritti fondamentali a livello europeo è stato, in particolare, descritto nei capitoli quinto e sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2746Al proposito non esamineremo il sistema di attribuzione di competenza in base alla classica distinzione elaborata nell'ambito del diritto internazionale tra “*jurisdiction to prescribe*”, “*jurisdiction to adjudicate*” e “*jurisdiction to enforce*”, ma utilizzeremo il termine giurisdizione o legge applicabile in un senso più ampio, che comprende le varie nozioni, a meno che non sia espressamente specificato nel testo che intendiamo riferirci all'una più che all'altra specifica nozione. Riteniamo, tuttavia, appropriato fornire la mera definizione di tali termini, cosicché si possa comprendere a cosa ci riferiamo se menzionate nel testo. Riferendosi a quanto altrove stabilito, “*Jurisdiction to prescribe is jurisdiction to legislate, or to make rules of law - in the cases discussed here, criminal law - which apply to persons, whether natural or legal. Jurisdiction to adjudicate is jurisdiction to use adjudicatory processes over a person to determine whether that person has committed a crime*”. In tal senso, K. S. GALLANT, *Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts*, in *Vill. L. Rev.*, vol. 48, 2003, p. 770. “*Enforcement jurisdiction then refers to a State's jurisdiction ‘to enforce or compel compliance or to punish noncompliance with its laws or regulations, whether through the courts or by use of executive, administrative, police, or other non judicial action*”. Al riguardo, C. RYNGAERT, *The Concept of Jurisdiction in International Law*. In generale si legga, K. C. RANDALL, *Universal Jurisdiction under International Law*, *Tex. L. Rev.*, vol. 66, 1998, pp. 785-786; M. AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1972-1973, p. 145; M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*, cit..

2747Dal combinato disposto degli articoli 6, par. 4 e 16, par. 2 e 18, par. 5 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final} si desume poi che il procuratore europeo “*può riassegnare il caso a un altro procuratore europeo delegato o condurre le indagini di persona se ciò risulta necessario ai fini dell'efficienza dell'indagine o dell'azione penale in funzione di uno o più dei seguenti criteri: a) la gravità del reato, b) circostanze specifiche connesse allo status del presunto autore del reato, c) circostanze specifiche connesse alla dimensione transfrontaliera dell'indagine, d) l'indisponibilità delle autorità investigative nazionali, oppure e) la richiesta delle autorità competenti dello Stato membro in questione*”.

Nonostante che nei considerando la Commissione affermi che debbano essere attribuiti alla Procura europea “poteri autonomi di indagine e di esercizio dell'azione” e da alcune disposizioni contenute nel testo della proposta di regolamento sembra desumersi che il regolamento predisporrà delle regole uniformi a livello europeo per quanto riguarda i poteri di indagine della Procura europea²⁷⁴⁸, da altre disposizioni rilevanti del testo si ricava che in realtà i poteri attribuiti alla Procura europea sono dipendenti dalla legislazione nazionale nel cui territorio il procuratore europeo delegato svolge le indagini²⁷⁴⁹. Di conseguenza, ai fini della determinazione della legge applicabile assume rilevanza nella fase preliminare delle indagini l'attribuzione del caso ad un determinato procuratore delegato. Quest'ultimo, infatti, applicherà alle indagini la legge del luogo in cui svolge le indagini che presumibilmente sarà la legge del proprio Stato di appartenenza²⁷⁵⁰.

La proposta di regolamento della Commissione, in sostanza, prevedeva un modello misto, in base al quale il regolamento istitutivo prevedeva regole minime a livello europeo a cui si aggiungeva la disciplina processuale penale prevista nell'ordinamento degli Stati membri per gli aspetti non disciplinati dal regolamento, ossia in un numero molto elevato di casi²⁷⁵¹. In particolare, dalla lettura dell'articolo 26 della proposta di regolamento concernente le misure investigative che la Procura europea ha il potere di chiedere o di disporre, si desume che la proposta di regolamento elenca solamente le misure che la Procura europea potrà richiedere, ma non predispone una disciplina uniforme a livello europeo che stabilisca quali siano i criteri in presenza dei quali tali misure potranno essere richieste o potranno essere effettuate sul territorio degli Stati membri.

L'unico riferimento contenuto nella proposta di regolamento è la necessità di sottoporre le misure

2748Si legga, al riguardo, il Considerando 7 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, in cui si legge: “La Procura europea dovrebbe essere competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Ciò presuppone poteri autonomi di indagine e di esercizio dell'azione penale, compresa la facoltà di svolgere indagini nei casi transfrontalieri o altrimenti complessi”. Dalla formulazione di tale Considerando il riferimento a “poteri autonomi” di indagine e di esercizio dell'azione penale sembra presupporre la predisposizione di regole europee uniformi che informino le attività della Procura europea e che siano indipendenti da quelle stabilite a livello nazionale. Nello stesso senso, anche l'articolo 25, par. 1 della proposta di regolamento della Commissione del 2013, in cui è prescritto che “Ai fini delle indagini e dell'azione penale promosse dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri dell'Unione è considerato un unico spazio giuridico in cui la Procura europea può esercitare la sua competenza”.

2749Si leggano, in particolare, al proposito, l'articolo 11, par. 3 e l'articolo 18 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

2750In tal senso, l'articolo 11, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, prevede: “Il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine o l'azione penale”. Similmente, M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office*, *cit.*, p. 146.

2751Tale previsione rispecchia quanto stabilito nel considerando 19 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, in cui si legge: “Occorre stabilire le regole procedurali applicabili alle attività della Procura europea. Poiché sarebbe sproporzionato disporre nel dettaglio in materia di svolgimento delle indagini e dell'azione penale, è opportuno che il presente regolamento elenchi solo le misure investigative che la Procura europea debba decidere, lasciando le altre questioni, in particolare le norme per la loro esecuzione, alla disciplina nazionale”. In tal senso si legga l'articolo 11, par. 3 della proposta della Commissione del 2013, che letteralmente prevede: “Le indagini e le azioni penali della Procura europea sono disciplinate dal presente regolamento. Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento. Il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine o l'azione penale. Qualora un aspetto sia disciplinato dal diritto nazionale e dal presente regolamento, prevale quest'ultimo”.

investigative all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente dello Stato membro in cui devono essere eseguite. Anche in tal caso, mentre per alcune misure è fatto obbligo di richiedere l'autorizzazione giudiziaria, per altre²⁷⁵² il regolamento rinvia alla legislazione nazionale anche per determinare *se* esse debbano essere soggette ad autorizzazione giudiziaria e non solo per stabilire *secondo quali criteri e procedure* debbano essere sottoposte a tale autorizzazione. La determinazione delle condizioni che devono essere rispettate nell'eseguire tali misure e lo scrutinio delle condizioni di utilizzabilità delle stesse sono, quindi, rimesse alla disciplina approntata a livello nazionale²⁷⁵³. Le misure adottate dalla Procura europea saranno, pertanto, assoggettate a tante legislazioni nazionali quanti sono gli Stati partecipanti all'istituzione della stessa²⁷⁵⁴; in conclusione, deriverà, pertanto, dalla disciplina prevista a livello nazionale se la Procura europea potrà esercitare certi poteri o meno²⁷⁵⁵.

Il rinvio operato dall'articolo 11, par. 3, quanto alla determinazione della legge nazionale applicabile, “al diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine o l'azione penale” crea gravi criticità nei casi di indagini transnazionali. La proposta di regolamento, infatti, non definisce ulteriormente quale sia la legge applicabile in fase di indagini per cui non risulta chiaro cosa debba intendersi con l'espressione “in cui si svolge” l'indagine. Nel caso, ad esempio, di monitoraggio delle informazioni finanziarie non sempre coincide lo Stato in cui la misura è ordinata con quello in cui la misura è eseguita; soprattutto in caso di reati aventi una dimensione transnazionale potrebbe, infatti, essere necessario eseguire la misura in diversi Stati membri. In tal caso, quindi, quale legge deve considerarsi la legge dello Stato membro “in cui si svolge” l'indagine? Potrebbe, al riguardo, ritenersi in base a quanto stabilito nella proposta di regolamento che siano applicabili per l'esecuzione della stessa misura investigativa due leggi nazionali diverse. In assenza di uniformità di procedure, considerato le legislazioni di procedura penale nazionali sono molto diverse, vi sarebbe un rischio reale di *forum shopping*, come denunciato da tempo della dottrina²⁷⁵⁶.

2752 In particolare, l'articolo 26, par. 5 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, prevede che le misure investigative “di cui al paragrafo 1, lettere da k) a u), sono soggette a autorizzazione giudiziaria se così dispone il diritto nazionale dello Stato membro in cui devono essere eseguite”.

2753 Si legga, in tal senso, l'articolo 26, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, che prevede che “Gli Stati membri provvedono affinché le misure di cui al paragrafo 1 possano essere usate nelle indagini e nelle azioni penali della Procura europea. Tali misure sono soggette alle condizioni di cui al presente articolo e fissate dal diritto nazionale. La Procura europea può disporre o chiedere misure investigative diverse da quelle del paragrafo 1 solo se sono contemplate nel diritto dello Stato membro in cui devono essere eseguite”.

2754 In base a tale principio, quindi, nel caso di indagini transnazionali, se la Procura europea avesse bisogno di eseguire la stessa misura sul territorio di diversi Stati membri, come per esempio, potrebbe avvenire nel caso di intercettazioni telefoniche, la Procura europea dovrebbe richiedere l'autorizzazione a svolgere tale misura in ogni Stato membro in cui la misura debba essere eseguita.

2755 Al riguardo, nel medesimo senso, si legga, A. WEYEMBERGH, K. LIGETI, *The European Public Prosecutors Office: certain constitutional issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ AND M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, pp. 64-68.

2756 Si legga, al riguardo A. WEYEMBERGH, K. LIGETI, *The European Public Prosecutors Office: certain constitutional issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ AND M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, pp. 64-68, i n

Un ulteriore elemento di complicazione nella fase delle indagini è rappresentato dalla mancanza di uniformità anche delle regole sostanziali che definiscano la competenza della Procura europea, oltre che procedurali. Infatti, per poter avviare le indagini, la Procura europea deve, in primo luogo, verificare che il fatto di reato commesso rientri nella sua competenza²⁷⁵⁷. Come abbiamo visto precedentemente²⁷⁵⁸, la Procura europea è competente a perseguire i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui alla direttiva concernente la protezione degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, “quale attuata dal diritto nazionale”²⁷⁵⁹.

La competenza della Procura europea sarà, pertanto, determinata in base alla legge nazionale di attuazione della direttiva; considerato a tal proposito che la direttiva prescriverà solo regole minime²⁷⁶⁰, la legislazione nazionale di attuazione varierà significativamente nei diversi Stati membri²⁷⁶¹. Oltre ad una diversità di poteri processuali in materia di indagini anche la competenza sostanziale della Procura europea potrebbe essere soggetta a regimi diversi.

Da ciò consegue che la determinazione della legge applicabile al caso sottoposto all'esame della Procura europea implicherà importanti conseguenze in termini di reati perseguibili e poteri esercitabili dalla Procura europea. Una tale mancanza di uniformità, oltre a non garantire l'efficacia delle indagini svolte, si pone in contrasto con il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento²⁷⁶². Una tale incertezza legislativa risulta, infatti, violare il principio di legalità, sia sostanziale che processuale, il quale, come abbiamo visto²⁷⁶³, implica che la legge applicabile sia conoscibile e accessibile *ex ante* da parte dei consociati, i diritti di difesa degli

cui si legge: “*In view of the lack of common rules and the diversity between applicable national laws, especially in cases where several Member States are concerned, there is a real risk of forum shopping, both with regard to the investigations, on the one hand, and prosecution and bringing the case to judgement, on the other hand. European Delegated Prosecutors could be tempted to investigate or execute some investigative measures where the rules are the most flexible for the investigator, or to prosecute where the definition of the offences is the broadest. The risk of forum shopping should not be overestimated since the favourable nature of the rules is not the only criterion or element that the EPPO will take into consideration. Other important criteria such as the location of the suspect, of the evidence, etc. will play a major role. But, even if it is limited, the risk of forum shopping clearly exists and is, as such, problematic*”.

2757Al riguardo, si legga l'articolo 16, par. 1 e 12 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

2758Si veda, al riguardo, il capitolo quarto, Titolo Secondo della Parte Prima.

2759Cfr., in tal senso, l'articolo 12 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

2760Si veda, al riguardo, quanto affermato nel capitolo quarto, Titolo Secondo della Parte Prima in relazione a tale questione, derivante dall'adozione dell'articolo 83, par. 2 del TFUE e non dell'articolo 325, par. 4 del TFUE, quale base giuridica per l'adozione della direttiva.

2761Come è stato rilevato, in tal caso, si potrebbe anche correre il rischio di incorrere in un circolo vizioso. Infatti, “*if the limits of the competence depend on national law, the assignment of a case could have an influence on whether EPPO is competent or not*”. In tal senso, M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office*, *cit.*, p. 147.

2762Per un'analisi dell'impatto della scelta della legge applicabile al procedimento condotto dalla Procura europea sui diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, si legga l'analisi svolta da F. ZIMMERMANN, *Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, European Policy Initiative, 2015, p. 156 e seguenti.

2763Per un'analisi del contenuto e della portata del principio di legalità a livello europeo si veda, per il principio di legalità sostanziale, il capitolo quinto, del Titolo Primo della Parte Seconda, per il principio di legalità processuale, il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

indagati, a cui non sarà garantito il diritto ad un'effettiva difesa²⁷⁶⁴, nonché il diritto ad un equo processo, come disciplinato, tra l'altro, dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁷⁶⁵.

Le medesime criticità sono riscontrabili anche in relazione alla scelta della legge applicabile nel momento di esercizio dell'azione penale, che può consistere nella scelta di archiviare il caso o di rinviarlo a giudizio dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale competente²⁷⁶⁶.

In tal caso la legge applicabile al procedimento sarà quella dell'organo giurisdizionale nazionale dinanzi a cui la Procura europea intende rinviare a giudizio l'imputato. In particolare, è previsto che il procuratore europeo scelga “la giurisdizione in stretta consultazione con il procuratore europeo delegato che presenta il caso e in considerazione della corretta amministrazione della giustizia” e determini l'organo giurisdizionale competente alla luce dei quattro criteri ivi elencati, ossia “il luogo in cui è stato commesso il reato o, nel caso di più reati, la maggioranza dei reati; b) il luogo in cui l'imputato ha la residenza abituale; c) il luogo in cui è ubicata la prova; d) il luogo in cui le vittime dirette hanno la residenza abituale²⁷⁶⁷”.

Da tale disposizione sembra che il principale obiettivo che il legislatore europeo abbia voluto raggiungere sia quello di assicurare la corretta amministrazione della giustizia, non i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento. Dalla formulazione della disposizione non è dato comprendere se questi criteri abbiano un ordine gerarchico, né è spiegato perché siano stati scelti tali criteri²⁷⁶⁸,

2764 Per un'analisi del concetto di difesa effettiva a livello europeo, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU, nonché per le estrinsecazioni specifiche dei diritti di difesa nel tessuto legislativo e giurisprudenziale europeo, si legga il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

2765 Per un'analisi del contenuto e della portata del diritto ad un equo processo a livello europeo, si legga il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

2766 Oltre a tali ipotesi, l'articolo 29 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, prevede anche la possibilità che la Procura europea proponga all'indagato un compromesso. L'articolo 27, par. 2 della medesima proposta di regolamento della Commissione del 2013 prevede, inoltre, un'altra possibilità, ossia la circostanza che il procuratore europeo richieda ulteriori indagini. Si veda, al proposito, la disposizione citata che recita: “Quando ritiene che l'indagine sia giunta a conclusione, il procuratore europeo delegato competente presenta al procuratore europeo, per esame, una sintesi del caso e una bozza dell'imputazione, unitamente all'elenco delle prove. Se non dà istruzione di archiviare il caso ai sensi dell'articolo 28, il procuratore europeo incarica il procuratore europeo delegato di formulare l'imputazione con richiesta di rinvio a giudizio dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale competente, oppure chiede ulteriori indagini. Il procuratore europeo può anche esercitare l'azione penale di persona dinanzi all'organo giurisdizionale nazionale competente”.

2767 In tal senso, articolo 27, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

2768 Una soluzione simile, in cui l'interesse alla buona amministrazione della giustizia assumeva una particolare rilevanza e non era stabilito se i criteri ivi previsti fossero ordinati gerarchicamente, era stata adottata nel *Corpus Juris*. All'articolo 26 del *Corpus Juris* era, infatti, stabilito: “Il processo si svolge nello Stato membro la cui giurisdizione sembra più appropriata nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia; gli eventuali conflitti di giurisdizione sono risolti secondo le regole definite infra (art. 28). I principali criteri di scelta sono i seguenti: a) lo Stato in cui si trova la maggior parte delle prove; b) lo Stato di residenza o di nazionalità dell'imputato (o degli imputati principali); c) lo Stato in cui l'impatto economico del reato è maggiore. 3. Le giurisdizioni nazionali devono fare riferimento alle norme poste nel *Corpus Juris* e, all'occorrenza, alle norme nazionali, in applicazione della regola della complementarietà del diritto nazionale (art. 35). In ogni caso, esse sono tenute a motivare la pena in relazione alle circostanze particolari proprie di ciascun caso, secondo le regole sopra definite (artt. 14-17)”. Diversamente, invece, nelle cosiddette *Model Rules* si legge: “1. The EPPO shall have primary authority to investigate and prosecute any offence within its competence. 2. In deciding whether to exercise its authority, the EPPO shall consider inter alia: a) whether there is substantial harm to interests of the EU; b)

ma, soprattutto non è neanche precisato se tale elenco sia esaustivo. Tale aspetto riveste particolare importanza poiché, ai fini della certezza del diritto, sarebbe stato meglio precisare che la Procura europea non può effettuare la propria scelta sulla base di altri criteri che possono venire in rilievo.

Benché una formulazione simile fosse stata prospettata nel *Corpus Juris*, permane una fondamentale differenza tra le due previsioni. Mentre nel *Corpus Juris* è espressamente stabilito che gli eventuali conflitti di giurisdizione sono risolti dalla Corte di Giustizia, la proposta di regolamento non prevede tale possibilità. Quando adotta atti procedurali nell'esercizio delle sue funzioni, infatti, secondo quanto previsto dall'articolo 36 della proposta di regolamento, “la Procura europea è considerata un’ autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale”²⁷⁶⁹.

Pertanto, anche nel caso in cui si verifichi un conflitto di competenza o un soggetto voglia proporre ricorso avverso la decisione operata dalla Procura europea in merito alla giurisdizione scelta, l'autorità competente a decidere il caso sarà l'autorità giurisdizionale nazionale, la quale, ovviamente deciderà in base al proprio diritto nazionale, sulla base dei criteri ivi stabiliti, che saranno diversi da Stato a Stato e non sarà competente a ponderare nella propria decisione gli interessi europei. Il compito di valutare gli interessi europei in gioco non è, infatti, una funzione assegnata alle autorità giurisdizionali nazionali; per tale motivo, tale autorità non è neanche dotata degli strumenti giuridici per farlo. Presumibilmente, pertanto, solo in rari casi l'autorità giurisdizionale nazionale declinerà la propria giurisdizione a trattare il caso sulla base del rilievo che tale decisione sia quella che meglio permette di tutelare gli interessi sovranazionali in considerazione nel singolo caso di specie²⁷⁷⁰.

In tal modo non sarà pregiudicata solo l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea, la quale, come abbiamo visto²⁷⁷¹, si traduce in un obbligo per la Procura europea di perseguire gli autori dei reati rientranti nella sua competenza per contribuire all'efficace attuazione del diritto dell'Unione.

La scelta della legge applicabile nel corso del processo è fondamentale. Come è stato rilevato²⁷⁷², infatti, nella scelta della giurisdizione deve tenersi conto della disciplina complessiva in vigore nel

whether the case has a cross-border dimension; c) whether the investigation extends to officials of the EU; d) any need to ensure equivalent protection of the interests of the EU in the Member States” (articolo 3). Quanto alla scelta della giurisdizione competente, l'articolo 64, par. 3 prevede espressamente che “*la scelta del foro operata dalla Procura europea può essere impugnata davanti alla Corte europea dall'imputato e dalla persona offesa*”.

2769L'articolo 36, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, prevede che “*Quando adotta atti procedurali nell'esercizio delle sue funzioni, la Procura europea è considerata un' autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale*”.

2770Sul punto, si legga M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in L. ERKELENS, A. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office*, *cit.*, p. 153 e seguenti.

2771Per un'analisi delle molteplici sfumature che assume l'effettività a livello europeo si veda il capitolo primo, del Titolo Primo della Parte Prima.

2772Similmente, si veda J.A.E. VERVAELE, *European Territoriality and Jurisdiction: The Protection of the EU's Financial Interests in its Horizontal and Vertical (EPPO) Dimension*, in M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*, *cit.*, p. 296.

sistema giuridico nazionale. Certe considerazioni inerenti determinati fattori, come il fatto che in un ordinamento giuridico vi sia un'alta probabilità che il caso si prescriva prima che sia emanata una sentenza definitiva o in cui le sanzioni, in teoria o in pratica, non siano effettive, proporzionate e dissuasive possono essere determinanti nello scegliere la giurisdizione.

Nello scegliere la legge applicabile è, quindi, fondamentale assicurarsi che tale ordinamento assicuri il raggiungimento degli obiettivi prescritti dalle politiche europee e che prescriva, di conseguenza, sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti degli autori dei reati che la Procura europea perseguirà.

Al tempo stesso la previsione di criteri certi e determinati per la scelta della legge applicabile nel corso del giudizio è essenziale per garantire il rispetto del principio di legalità, il diritto ad un equo processo e il diritto a un giudice naturale precostituito per legge. Al fine di assicurare il rispetto di tale diritto, occorre evitare che il giudice sia determinato *ex post*. In particolare, ciò significa che la scelta del giudice competente può essere determinata soltanto dalla legge e che le norme destinate a regolare la competenza non devono conferire ad un soggetto un potere discrezionale di scelta dell'autorità giudiziaria competente a decidere il caso²⁷⁷³. Al fine di garantire il rispetto di questo diritto è, quindi, necessario prevedere una procedura di scelta della legge europea applicabile basata su criteri accessibili e prevedibili.

Considerato che, alla luce dei rilievi svolti, si ritiene che la proposta di regolamento della Commissione non garantisca il rispetto di tali principi, passiamo ad esaminare se le modifiche successivamente apportate alla proposta in seno al Consiglio abbiano contribuito ad assicurare il rispetto di tali esigenze e, in particolare, il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, oppure no.

Occorre fin da subito evidenziare che le modifiche apportate dal Consiglio all'originaria proposta della Commissione non hanno migliorato la situazione. I poteri attribuiti alla Procura europea restano, in pratica, dipendenti dalla legislazione nazionale nel cui territorio il procuratore delegato svolge le indagini²⁷⁷⁴. Viene altresì mantenuto il principio per cui agli aspetti non disciplinati dal regolamento si applica la legge nazionale e, anche in tal caso, il regolamento non disciplina numerosi aspetti relativi allo svolgimento delle indagini da parte della Procura europea.

²⁷⁷³Per il principio del giudice naturale a livello europeo, si legga M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge conception*, in M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime: Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, The Hague, 2013, pp. 143-165.

²⁷⁷⁴Si legga, al proposito, il disposto dell'articolo 5, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, che è pressoché identico a quello dell'articolo 11, par. 3 della proposta di regolamento della Commissione del 2013. In particolare, l'articolo 5, par. 3 dispone letteralmente: “Le indagini e le azioni penali a nome della Procura europea sono disciplinate dal presente regolamento. Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento. Salvo disposizione contraria del presente regolamento, il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro il cui procuratore europeo delegato è incaricato del caso ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 1. Qualora un aspetto sia disciplinato dal diritto nazionale e dal presente regolamento, prevale quest'ultimo”.

La legge nazionale, tuttavia, non è più disciplinata con riferimento al diritto dello Stato membro “in cui si svolge” l’indagine, ma con riferimento al diritto dello Stato membro il cui procuratore delegato è incaricato del caso ai sensi dell’articolo 12, paragrafo 1”. L’articolo 12, par. 1 della proposta di regolamento, a sua volta, dispone che i procuratori europei delegati “agiscono per conto della Procura europea nei rispettivi Stati membri e dispongono degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine, azione penale e atti volti a portare casi in giudizio, in aggiunta e fatti salvi i poteri specifici e lo status conferiti loro e alle condizioni previste dal presente regolamento”²⁷⁷⁵. Dal combinato di tali disposizioni è dato, dunque, desumere, forse in modo ancora più esplicito di quanto fosse stabilito nella proposta di regolamento della Commissione, che la legge applicabile alle indagini sarà quella nazionale del procuratore europeo delegato incaricato del caso, il quale, tuttavia, agirà per conto della Procura europea.

Al proposito, occorre osservare che, sia pure per conto della Procura europea, tali procuratori applicheranno comunque la legislazione nazionale in tutti i numerosi casi in cui il regolamento istitutivo non prevede alcuna disciplina a livello europeo; pertanto, i poteri della Procura europea saranno ancora una volta determinati in base alla legislazione nazionale in modo non uniforme sul territorio dell’Unione. L’ampiezza dei poteri di indagine attribuiti alla Procura europea dipenderà, quindi, in concreto dalla disciplina nazionale²⁷⁷⁶. A proposito della disciplina approntata a livello europeo, occorre sottolineare che la proposta di regolamento così come emendata dal Consiglio, ha notevolmente ridotto il novero delle misure che i procuratori europei delegati sono autorizzati a disporre o a chiedere e ha sottoposto numerose restrizioni tali misure²⁷⁷⁷. Pur se non ci

²⁷⁷⁵L’articolo 12, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, nei paragrafi successivi prevede altresì: “I procuratori europei delegati sono responsabili delle indagini e azioni penali da essi stessi avviate, ad essi assegnate o da essi rilevate avvalendosi del diritto di avocazione. I procuratori europei delegati seguono le indicazioni e istruzioni della camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione. I procuratori europei delegati sono altresì responsabili di portare casi in giudizio e dispongono, in particolare, del potere di formulare l’imputazione, partecipare all’assunzione delle prove ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale”.

²⁷⁷⁶La *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, a differenza del testo elaborato dalla Commissione, in cui il riferimento non era esplicito, ha anche previsto esplicitamente che sia la legge nazionale, in base ai criteri in essa previsti, a determinare la competenza sostanziale della Procura europea. In tal senso, in particolare, l’articolo 22, par. 1 prevede: “Se, conformemente al diritto nazionale applicabile, esistono ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato di competenza della Procura europea, un procuratore europeo delegato di uno Stato membro che, secondo il suo diritto nazionale, è competente per il reato, fatte salve le norme di cui all’articolo 20, paragrafi 2 e 3, avvia un’indagine e lo annota nel sistema automatico di gestione dei fascicoli”.

²⁷⁷⁷In tal senso, un’ulteriore modifica rispetto alla proposta di regolamento della Commissione consiste nell’attribuzione del potere di richiedere tali misure ai procuratori europei delegati e non più al procuratore europeo. In tal senso, articolo 23, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in cui si legge che il “procuratore europeo delegato incaricato di un caso può, conformemente al presente regolamento e al diritto nazionale, adottare le misure d’indagine e altre misure di persona oppure darne incarico alle autorità competenti del suo Stato membro” e articolo 25 della medesima proposta di regolamento. L’articolo 23, par. 4 prevede che solo in “casi eccezionali. e dopo aver ottenuto l’approvazione della camera permanente competente, il procuratore europeo incaricato della supervisione può prendere la decisione motivata di svolgere l’indagine di persona, adottando le misure d’indagine e altre misure di persona o dandone incarico alle autorità competenti del suo Stato membro, qualora ciò risulti indispensabile ai fini dell’efficienza dell’indagine o dell’azione penale in ragione di uno o più dei seguenti criteri: a) la gravità del reato,

soffermeremo in tale sull'analisi delle limitazioni imposte, è opportuno rilevare che le limitazioni a cui sono sottoposte le, già scarse, misure investigative che possono essere richieste dai procuratori nazionali, tra cui le intercettazioni di comunicazioni, che è uno strumento indispensabile nell'indagare certi reati aventi carattere transnazionale, sono quelle previste dal diritto nazionale; in base a tale disposizione, come letteralmente previsto nella proposta di regolamento, “gli Stati membri possono limitare l'applicazione” dei precedenti paragrafi concernenti tali misure²⁷⁷⁸.

In senso ulteriormente limitativo dei poteri della Procura europea sulla base delle disposizioni di diritto nazionale, che, quindi, influenzeranno anche l'applicazione di misure previste a livello europeo nel regolamento, l'articolo 25, par. 3 della proposta di regolamento prevede che i procuratori europei delegati possano disporre le misure previste nei precedenti paragrafi dell'articolo “soltanto qualora vi sia fondato motivo di ritenere che le misure specifiche in questione possano fornire informazioni o prove utili all'indagine, e qualora non sia disponibile alcuna misura meno intrusiva che consenta di conseguire lo stesso obiettivo” e che le “procedure e le modalità per l'adozione delle misure sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile”²⁷⁷⁹.

Dalla formulazione di tale disposizione si evince che i poteri della Procura europea sono

in particolare alla luce delle sue possibili ripercussioni a livello dell'Unione; b) quando l'indagine riguarda funzionari o altri agenti dell'Unione europea o membri delle istituzioni; c) in caso di fallimento del meccanismo di riassegnazione di cui al paragrafo 3. In tali circostanze eccezionali, gli Stati membri assicurano che il procuratore europeo sia autorizzato a disporre o a chiedere misure d'indagine e altre misure e che abbia tutti i poteri, le responsabilità e gli obblighi di un procuratore europeo delegato in conformità del presente regolamento e del diritto nazionale. Le autorità nazionali competenti e i procuratori europei delegati interessati dal caso sono informati senza indebito ritardo della decisione adottata ai sensi del presente paragrafo”.

2778L'articolo 25, par. 1, 1 bis, 1 ter, della Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento, del 31 gennaio 2017, cit., dispone testualmente: “Almeno nei casi in cui il reato oggetto dell'indagine è punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione, gli Stati membri assicurano che i procuratori europei delegati siano autorizzati a disporre o a chiedere le seguenti misure investigative: a) perquisizione di locali, terreni, mezzi di trasporto, abitazioni private, indumenti o altro bene personale e sistemi informatici, nonché qualsiasi misura cautelare necessaria a preservarne l'integrità o a evitare la perdita o la contaminazione di prove; b) produzione di qualsiasi oggetto o documento pertinente in originale o in altra forma specificata; c) ottenere la produzione di dati informatici archiviati, cifrati o decifrati, in originale o in altra forma specificata, inclusi i dati relativi al conto bancario e i dati relativi al traffico, ad eccezione dei dati specificamente conservati conformemente alla legislazione nazionale ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, seconda frase, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁹; d) congelamento dei proventi o degli strumenti di reato, compresi i beni, di cui si prevede la confisca da parte del giudice competente e vi è motivo di ritenere che il proprietario, chi li possiede o ne ha il controllo si adopererà per vanificare il provvedimento di confisca; e) intercettazione delle comunicazioni elettroniche di cui l'indagato o l'imputato è destinatario o mittente, su ogni connessione di rete utilizzata dall'indagato o dall'imputato; f) tracciamento e rintracciamento di un oggetto mediante mezzi tecnici, comprese le consegne controllate di merci. 1 bis. Fatto salvo l'articolo 24, le misure investigative di cui al paragrafo 1 del presente articolo possono essere soggette a condizioni conformemente al diritto nazionale applicabile, qualora dette condizioni siano espressamente previste per categorie specifiche di persone o di professionisti giuridicamente vincolati a un obbligo di riservatezza. 1 ter. Le misure investigative di cui al paragrafo 1, lettere c), e) e f) del presente articolo possono essere soggette a ulteriori condizioni, comprese limitazioni, previste dal diritto nazionale applicabile. In particolare, gli Stati membri possono limitare l'applicazione del paragrafo 1, lettere e) e f) del presente articolo a specifici reati gravi. Lo Stato membro che intende avvalersi di tale limitazione notifica alla Procura europea il pertinente elenco di specifici reati gravi in conformità dell'articolo 73”.

2779In tal senso si legga l'articolo 25, par. 3 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017. Un'ulteriore limitazione rispetto a quanto previsto nella proposta della Commissione è, inoltre, contenuta nel paragrafo 1 dell'articolo 25 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, in cui si legge: “Almeno nei casi in cui il reato oggetto dell'indagine è punibile con una pena massima di almeno quattro anni di reclusione”.

interamente definiti dalla legge nazionale, ossia dalle diverse leggi di procedura penale degli Stati membri che aderiranno all'istituzione della Procura europea. La Procura europea, pertanto, avrà una gamma di poteri ampia tanto quanto il numero degli Stati membri partecipanti alla sua istituzione. Anche in tale proposta di regolamento è, inoltre, previsto il principio per cui in caso di disaccordo sulle questioni relative all'esercizio di competenza, siano le autorità nazionali competenti a decidere in merito all'attribuzione delle competenze conformemente al diritto nazionale²⁷⁸⁰.

Tutti i problemi prima evidenziati in riferimento al mancato rispetto del principio di legalità, di diritto ad un equo processo, nonché dei diritti difensivi degli indagati, sono, pertanto, rimasti intatti nella proposta di regolamento del Consiglio, se non, addirittura, aggravati, considerato che la disciplina prevista a livello europeo nel regolamento è ancora più scarna e il rinvio alla legislazione nazionale, invece, più frequente e marcato.

Occorre, tuttavia, rilevare che per quanto riguarda il rischio di *forum shopping*, in seguito ai rilievi della dottrina, il Consiglio ha cercato di risolvere la situazione prevedendo una specifica regolamentazione nell'articolo 22, par. 4 della proposta di regolamento. In base a tale disposizione sono stati stabiliti dei criteri più precisi per determinare quale sia la legge nazionale applicabile²⁷⁸¹. In base a tale disposizione, di norma, il caso sarà assegnato al procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza della Procura, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati. La disposizione prevede, tuttavia, anche talune eccezioni, per avvalersi delle quali è necessaria, tuttavia, una debita giustificazione e la presa in considerazione, in ordine di priorità, dei tre criteri indicati, ossia il luogo in cui l'indagato o l'imputato ha la residenza abituale; la nazionalità dell'indagato o dell'imputato e il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale.

Per quanto riguarda, infine, la determinazione dell'autorità giurisdizionale competente a decidere il caso e, quindi, la determinazione della legge applicabile al successivo giudizio, la proposta di regolamento del Consiglio stabilisce che, in linea di principio, l'azione penale è esercitata nello Stato membro del procuratore europeo delegato del caso²⁷⁸². In tale contesto, assume, pertanto, un

²⁷⁸⁰In tal senso, si legga il Considerando 52 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, e l'articolo 20, par. 5 della medesima proposta di regolamento.

²⁷⁸¹L'articolo 22, par. 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in particolare, prevede: “Un caso è di norma aperto e trattato da un procuratore europeo delegato dello Stato membro in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza della Procura, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati. Un procuratore europeo delegato di un altro Stato membro competente nel caso di specie può avviare o essere incaricato dalla camera permanente competente di avviare un'indagine soltanto qualora una deviazione dal principio di cui alla precedente frase sia debitamente giustificata, tenuto conto dei seguenti criteri, in ordine di priorità: a) il luogo in cui l'indagato o l'imputato ha la residenza abituale; b) la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; c) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale”.

²⁷⁸²Al riguardo, si legga l'articolo 22, l'articolo 29 e l'articolo 30 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. In particolare, l'articolo 30, par. 3 prevede: “Se del caso, la relazione del procuratore europeo delegato motiva altresì in modo sufficiente l'opportunità di portare un caso in giudizio dinanzi a un organo giurisdizionale dello Stato membro in cui ha sede, ovvero, a norma dell'articolo 22, paragrafo 4, a un organo giurisdizionale di un altro Stato membro competente a conoscere della

rilievo fondamentale la fase iniziale in cui viene assegnato il caso a un determinato procuratore europeo delegato poiché la legge applicabile sia alla fase delle indagini che alla successiva fase del dibattimento sarà quella dello Stato del procuratore europeo delegato.

In base a quanto previsto dalla proposta di regolamento, infatti, mentre, di regola, il giudizio sarà incardinato dinanzi all'organo giurisdizionale dello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato, nel caso in cui si ritenga opportuno portare il caso in giudizio dinanzi a un organo giurisdizionale di un altro Stato membro competente a conoscere della causa, dovranno essere rispettati i criteri di cui all'articolo 22, par. 4 della proposta di regolamento che abbiamo menzionato sopra²⁷⁸³. Bisogna, quindi, in tale sede valutare se i criteri enunciati nell'articolo 22, par. 4 della proposta di regolamento siano sufficientemente chiari da permettere quantomeno di prevedere con ragionevole probabilità quale sarà la legge applicabile al caso di specie.

Occorre ribadire che anche nel caso in cui tali criteri fossero sufficientemente precisi, non risolverebbero i problemi principali derivanti dal fatto che non sia applicabile una disciplina comune a livello europeo, che abbia un'applicazione uniforme sul territorio di tutti gli Stati aderenti alla proposta. Permarranno, quindi, in ogni caso significative differenze a seconda della legge nazionale che troverà applicazione nel caso di specie e la Procura europea non agirà come un corpo unico dotato dei medesimi poteri, ma disporrà di tanti poteri quante sono le discipline nazionali applicabili. Di conseguenza, in alcuni casi potrà disporre certe misure investigative mentre in altri casi no; in altri casi, tali misure saranno assoggettate ad un'autorizzazione giudiziale, mentre in altri no e in taluni casi dovrà seguire delle regole procedurali affinché le prove raccolte siano in seguito utilizzabili che in altre situazioni non dovrà, invece, seguire.

Ciò precisato, per quanto concerne la prevedibilità dei criteri relativi alla scelta della legge

causa". Dalla formulazione della disposizione in questione si desume, pertanto, che, mentre, di regola, il giudizio sarà incardinato dinanzi all'organo giurisdizionale dello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato, nel caso in cui si ritenga opportuno portare il caso in giudizio dinanzi a un organo giurisdizionale di un altro Stato membro competente a conoscere della causa, dovranno essere rispettati i criteri di cui all'articolo 29, par. 4 della proposta di regolamento. L'articolo 28 *bis* della proposta di regolamento del Consiglio disciplina, invece, i casi in cui la camera permanente può decidere di rinviare il caso alle autorità nazionali.

²⁷⁸³L'articolo 30, par. 2, 3, 4 e 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, prevede, inoltre: "Qualora vi siano più Stati membri aventi giurisdizione, la camera permanente, in linea di principio, decide che l'azione penale è esercitata nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. Prendendo in considerazione la relazione presentata ai sensi dell'articolo 29, paragrafo 1, se vi sono motivi sufficientemente giustificati per procedere in tal senso, tenendo conto dei criteri di cui all'articolo 22, paragrafi 4 e 5, la camera permanente può decidere di provvedere a che l'azione penale sia esercitata in un altro Stato membro e di incaricare di conseguenza un procuratore europeo delegato di detto Stato membro. 3. Prima di decidere di portare un caso in giudizio, la camera permanente competente può, su proposta del procuratore europeo delegato incaricato del caso, decidere di riunire vari procedimenti, qualora diversi procuratori europei delegati abbiano condotto indagini nei confronti della stessa o delle stesse persone, affinché l'azione penale sia esercitata dinanzi all'organo giurisdizionale di uno Stato membro che, in conformità del suo diritto, ha giurisdizione per ciascuno di detti procedimenti. 4. Una volta deciso lo Stato membro in cui esercitare l'azione penale, l'organo giurisdizionale nazionale competente di detto Stato membro è determinato sulla base del diritto nazionale. 5. Se necessario ai fini del recupero, seguito amministrativo o monitoraggio, l'ufficio centrale comunica la decisione di esercitare l'azione penale alle autorità nazionali competenti, alle persone interessate e alle istituzioni, agli organi e alle agenzie dell'Unione interessati".

applicabile, e, quindi, la conformità di essi con il principio di legalità e i diritti di difesa dell'indagato, occorre sottolineare che si contrappongono sostanzialmente due visioni distinte²⁷⁸⁴.

Vi sono coloro che affermano che al fine di garantire la prevedibilità della decisione sulla legge applicabile è necessario che tali principi siano esaustivamente enumerati e organizzati gerarchicamente. In tale ottica, è possibile prevedere delle eccezioni, ma solo a condizione che tali eccezioni siano espressamente e restrittivamente interpretate, nonché ispirate al principio di complementarità di cui allo statuto della Corte Penale Internazionale.

Al vertice della gerarchia, al fine di garantire il rispetto del principio di prevedibilità, in quest'ottica, dovrebbe essere posto il principio di territorialità seguito, nei casi di reati commessi al di fuori del territorio dell'Unione, dal principio in base al quale la legge applicabile è quella dello Stato di cui l'autore del reato è cittadino o in cui ha la propria residenza abituale²⁷⁸⁵.

Al contrario, vi è, invece, chi ha affermato che un elenco di classici valori, tra cui è possibile citare il principio di territorialità e il principio di nazionalità dell'autore del reato, organizzati gerarchicamente, non permetterebbe di bilanciare le diverse esigenze che devono essere prese in considerazione al momento di scelta della giurisdizione e della legge applicabile.

In tale ottica, infatti, i criteri che servono a delineare la legge applicabile devono essere determinati caso per caso in forza di scelte che tengano conto delle molteplici esigenze in gioco. Un tale approccio non rinnega, ma anzi ribadisce la necessità che tali criteri siano prevedibili, ma allo stesso tempo valorizza anche la possibilità di effettuare un bilanciamento degli stessi a seconda delle esigenze rilevanti caso per caso. Tale decisione dovrebbe, inoltre, poter essere assoggettata al riesame da parte di un'autorità giurisdizionale indipendente e imparziale²⁷⁸⁶.

Quanto al controllo giurisdizionale della decisione adottata dalla Procura europea, l'articolo 36, par. 2 della proposta di regolamento ha previsto la possibilità di esperire un ricorso pregiudiziale, con i

2784 Sul punto, si legga anche H.H. HERRNFELD, *Mechanism for Settling Conflicts of Jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*, cit., p. 206 e seguenti; A. BIEHLER, R. KNIEBÜHLER, J. LELIEUR-FISCHER, S. STEIN, *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, 2003, p. 14 e seguenti.

2785 Si legga, al proposito, F. ZIMMERMANN, *Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, cit., 2015, pp. 168-177, il quale descrive accuratamente le ragioni sottese a tali scelte, riportando in nota anche le principali voci del dibattito in materia. In tal senso, è stato disposto anche dalle cosiddette *Model Rules*, il cui articolo 64, par. 1 e 2 espressamente dispone: “*The EPPO shall prosecute the case in the jurisdiction which is most appropriate, taking into consideration, in the following sequence: a) the Member State in which the greater part of the conduct occurred, b) the Member State of which the perpetrator(s) is (are) a national or resident, and c) the Member State in which the greater part of the relevant evidence is located. 2. If none of the criteria listed in subsection (1) apply, the case shall be prosecuted in the jurisdiction where the EPPO has its seat. 3. The accused and the aggrieved party may appeal against the EPPO's choice of forum to the European court*”.

2786 In tal senso, si legga, J.A.E. VERVAELE, *European Territoriality and Jurisdiction: The Protection of the EU's Financial Interests in its Horizontal and Vertical (EPPO) Dimension*, in M. LUCHTMAN (a cura di), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime – Freedom, security and justice and the protection of specific EU-interests*, cit..

limiti che esso comporta²⁷⁸⁷, solo “sull'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento”, tra cui potrebbero essere ricompresi i criteri di cui all'articolo 22, par. 4 della proposta di regolamento o “sull'interpretazione degli articoli 17 e 20 del [omissis...] regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali competenti”. Non è stata, pertanto, prevista neanche nella proposta di regolamento del Consiglio la possibilità di un ricorso diretto avverso la decisione della Procura europea circa la legge applicabile al procedimento e la giurisdizione competente a decidere il caso, nonostante la fondamentale importanza di tale decisione per i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento²⁷⁸⁸.

Alla luce di quanto rilevato, è possibile affermare che la soluzione prospettata nella proposta di regolamento da ultimo modificata il 31 gennaio 2017 non è soddisfacente e che l'unica soluzione che permetterebbe di risolvere tutti i problemi evidenziati nel testo sarebbe quella di adottare una disciplina uniforme a livello europeo come nel terzo scenario che abbiamo prospettato all'inizio del paragrafo. La soluzione adottata nella proposta di regolamento del Consiglio si pone, infatti, a metà tra il primo e il secondo scenario che abbiamo descritto all'inizio del capitolo e per i motivi ivi evidenziati e spiegati nel prosieguo del capitolo, per quanto riguarda l'ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea, non permette di garantire adeguatamente i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento.

2.2.1.2. II SEZIONE Regime di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea e disciplina applicabile alle indagini transfrontaliere e alle indagini interne

In tale sezione ci occuperemo del regime di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea in generale, nonché della disciplina predisposta per lo svolgimento di indagini da parte della Procura europea nei casi aventi dimensione transnazionale. Verificheremo, inoltre, se le indagini interne, ossia quelle che la Procura europea ha il dovere di svolgere nei confronti dei funzionari delle istituzioni europee nel caso in cui commettano reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, siano sottoposte ad una peculiare disciplina, come nel caso di OLAF o se, invece, si applichino le medesime disposizioni che trovano attuazione per le indagini esterne della Procura europea. In particolare, nel corso dell'analisi cercheremo di comprendere quale disciplina debba

2787Tale questione di particolare rilevanza sarà esaminata nel capitolo ottavo, del Titolo Secondo della Parte Seconda, relativa al ricorso giurisdizionale avverso le decisioni prese dalla Procura europea.

2788L'articolo 36, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, dispone, infatti: “*Gli atti procedurali della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale. Lo stesso vale in caso di mancata adozione da parte della Procura europea di atti procedurali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi la cui adozione era obbligatoria ai sensi del presente regolamento*”.

essere approntata al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali degli individui che sono coinvolti nelle indagini effettuate dalla Procura europea.

4.1.1.1.70 Regime di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea

In tale paragrafo analizzeremo il regime di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea. La disciplina approntata al riguardo assume un rilievo centrale poiché se le prove raccolte dalla Procura europea fossero ritenute inammissibili dall'autorità giurisdizionale competente a decidere il caso, tutta l'attività svolta dalla Procura europea nel corso delle indagini, così come il rinvio a giudizio dalla stessa proposto, risulterebbero inutili.

Se le prove fossero ritenute inammissibili in fase dibattimentale, infatti, tutti i giudizi si concluderebbero con una sentenza di proscioglimento per mancanza di prove sufficienti a provare la colpevolezza dell'imputato.

Il problema è particolarmente evidente in relazione alle indagini svolte dalla Procura europea poiché nel caso di reati aventi natura transnazionale, l'organo inquirente europeo dovrebbe svolgere le proprie indagini sul territorio di diversi Stati membri. Può presentarsi, dunque, la circostanza che le prove raccolte sul territorio di un determinato Stato membro debbano, poi, essere ammesse dall'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, in cui le regole di ammissione, assunzione e valutazione della prova sono diverse²⁷⁸⁹. Al riguardo è, pertanto, opportuno predisporre una disciplina adeguata che tuteli sia l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea che i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea.

Al proposito, in primo luogo, analizzeremo il sistema predisposto dalla proposta di regolamento del Consiglio, come da ultimo modificata il 31 gennaio 2017. Nel caso in cui si ritenesse che la disciplina relativa all'ammissibilità delle prove contenuta nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, non permetta di assicurare al contempo l'efficacia delle indagini e il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale, proporremo una soluzione alternativa che a nostro avviso permetta di coniugare entrambe le esigenze²⁷⁹⁰.

Occorre premettere che l'articolo 86, par. 3 del TFUE prevede che il regolamento istitutivo della Procura europea stabilisca “le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni”²⁷⁹¹.

²⁷⁸⁹Si legga sul punto L. HAMRAN, E. SZABOVA, *European public Prosecutor's Office – cui bono?*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, 2013, vol. 1-2, p. 54 e seguenti.

²⁷⁹⁰Per quanto riguarda il contenuto e la portata dei diritti fondamentali degli individui a livello europeo, si rinvia all'analisi svolta nei capitoli quinto e sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

²⁷⁹¹Si legga, al riguardo, l'articolo 86, par. 3 del TFUE, che letteralmente stabilisce: “*I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali*

Per quanto riguarda la disciplina concernente le regole procedurali applicabili alle attività della Procura europea, ci siamo soffermati nel paragrafo precedente²⁷⁹², l'analisi delle “regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni” sarà, invece, effettuata in seguito²⁷⁹³; in tale sede ci occuperemo, quindi, della disciplina approntata in merito alle regole procedurali applicabili all'ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea.

Prima di addentrarci nello studio delle soluzioni proposte per regolare tale materia, occorre precisare che l'approccio adottato dalle proposte sinora elaborate a livello europeo, dal *Corpus Juris* alla proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, accolgono una concezione bifasica del processo penale, in cui non è previsto il rispetto del principio di separazione delle fasi e funzioni processuali inteso nella sua interpretazione più restrittiva²⁷⁹⁴. In base ad una interpretazione rigida del suddetto principio, le parti possono unicamente ricercare le prove e domandarne l'ammissione al giudice del dibattimento; sarà poi quest'ultimo a decidere in merito all'ammissione delle stesse e ad effettuare una valutazione sulla prova stessa. In tale sistema, pertanto, è, in generale, negata valenza probatoria agli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari; essi sono, infatti, solo elementi di prova, ossia informazioni che si ricavano dalle fonti di prova, che dovranno poi essere valutati dal giudice. Solo in seguito all'ammissione, all'assunzione dinanzi al giudice e alla valutazione da parte di quest'ultimo le prove raccolte sono considerate risultati probatori e potranno essere utilizzate dall'autorità giudiziaria per ricostruire il fatto storico di reato²⁷⁹⁵. Tale annotazione è rilevante dal momento che alcuni sistemi processuali, come quello italiano²⁷⁹⁶, accolgono, invece, tale principio.

applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni”.

2792Si veda, al riguardo, la sezione prima di questo capitolo settimo, Titolo Secondo della Seconda Parte.

2793Si veda, al riguardo, il capitolo ottavo, Titolo Secondo della Seconda Parte.

2794Tale aspetto è stato rilevato anche da R. E. KOSTORIS, *Le investigazioni del Pubblico Ministero europeo*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, 2013, pp. 391-392; A. BALSAMO, *Le regole di procedura della Procura europea tra disciplina delle indagini e formazione della prova*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *ibidem*, pp. 439-440; M. CAIANIELLO, *L'istituzione del Pubblico Ministero europeo tra esigenze di efficienza e necessità di semplificazione*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *ibidem*, p. 616; G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *ibidem*, p. 762 e seguenti.

2795Al proposito, occorre evidenziare che, tuttavia, anche nei sistemi a stampo accusatorio propri dei Paesi di *common law* la tendenza evolutiva si muove nel senso di non attribuire ai principi di oralità e immediatezza, i quali costituiscono comunque principi fondamentali, la funzione di condizioni esclusive di utilizzabilità dei mezzi di prova. Infatti, la concezione originaria che portava a prevedere una generale regola di esclusione a cui si aggiungevano limitate eccezioni si sta smorzando in favore di un approccio che enuclea principi generali di ammissibilità basati sul parametro della *fairness* e sul valore probatorio. Si legga, al proposito, P. ROBERTS, A. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004, p. 250 e seguenti.

2796Dalla riforma del codice di procedura penale del 1988, infatti, il sistema processuale italiano è informato ad un rigido principio di separazione delle funzioni e delle fasi, in base al quale alle parti spetta unicamente il potere di ricerca e di domanda, mentre al giudice spetta il potere di decidere l'ammissione e di emettere una valutazione sulle prove. Le prove raccolte dal pubblico ministero, pertanto, non saranno quelle poi utilizzabili dal giudice in dibattimento.

Si ritiene, pertanto, che la disciplina approntata a livello europeo, non accogliendo tale rigida separazione delle funzioni processuali, sposando, al contrario, il principio per cui spetta al pubblico ministero sia ricercare che formare le prove poi utilizzabili in dibattimento, dovrà adeguatamente controbilanciare l'assenza di una rigida separazione delle funzioni processuali con l'adozione di adeguate forme di tutela del diritto dei soggetti coinvolti nel procedimento penale alla formazione della prova in contraddittorio, in condizioni di parità di armi tra accusa e difesa²⁷⁹⁷.

I diritti fondamentali degli indagati, nelle specifiche declinazioni che gli stessi assumono nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia, devono, infatti, essere garantiti in ogni fase processuale e nel corso di ogni attività espletata dalla Procura europea, soprattutto nel momento di ricerca e formazione della prova.

Passando ad esaminare la disciplina approntata nella proposta di regolamento del Consiglio, occorre precisare che essa si differenzia notevolmente dalla soluzione adottata dal *Corpus Juris* o nelle cosiddette *Model Rules*. Per superare le difficoltà legate alla disparità delle regole probatorie nazionali, nel *Corpus Juris* si era, infatti, prefigurata la creazione di un modello innovativo di “prova europea”²⁷⁹⁸. Erano cioè stati definiti i criteri uniformi a livello europeo in presenza dei quali la prova doveva ritenersi legittimamente raccolta dalla Procura europea e, quindi, ammissibile in tutti gli Stati membri dell'Unione²⁷⁹⁹. Le autorità giurisdizionali competenti degli Stati membri avrebbero potuto escludere una prova raccolta dalla Procura europea solo se fosse stata ottenuta in violazione “dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o in violazione delle regole europee” enunciate nelle precedenti disposizioni, o “ancora in violazione del diritto nazionale applicabile”, nel caso in cui una tale violazione non fosse giustificata dalle regole europee stabilite nello stesso *Corpus Juris*²⁸⁰⁰. Nella stessa disposizione, si ha poi cura di ribadire che, tuttavia, “una tale prova deve essere esclusa solamente allorquando la sua ammissione sarebbe lesiva dei principi del giusto processo”²⁸⁰¹.

2797 Occorre sottolineare che neanche la giurisprudenza della Corte EDU o della Corte di Giustizia interpreta le rispettive disposizioni concernenti i diritti di difesa degli indagati e imputati e il diritto a un equo processo nel senso di prevedere una rigida separazione tra fasi processuali. Tuttavia, la giurisprudenza sul punto è pacifica nel ritenere che debbano essere rispettati il diritto al contraddittorio, all'assistenza di un difensore, il diritto di essere sentiti prima che sia presa una decisione pregiudizievole nei propri confronti e il diritto alla parità delle armi in tutte le fasi del procedimento penale. Si rinvia, per un'analisi della giurisprudenza rilevante al riguardo al capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2798 Secondo quanto precisato nelle spiegazioni all'articolo 32 contenute nel volume M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE (a cura di), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, vol. I, 2000, Intersentia, Antwerp – Groningen – Oxford, p. 101, la disciplina contenuta nell'articolo 32 compie lo sforzo di realizzare una sintesi tra le diverse tradizioni nazionali. Il riferimento quando si parla di “prova europea” è, per ovvie ragioni, alle prove costituenti e non a quelle costituite, intendendosi, come noto, con le prime quelle che si formano prima del processo, nel senso che acquistano l'attitudine a rappresentare i fatti di causa prima che inizi il giudizio e con le seconde, quelle che, invece, si formano durante e nel processo.

2799 Si legga, in tal senso, l'articolo 32 del *Corpus Juris*.

2800 In tal senso, si legga l'articolo 33 del *Corpus Juris*.

2801 Al riguardo, si legga l'articolo 33 del *Corpus Juris*, che nel paragrafo successivo stabilisce: “Il diritto nazionale applicabile al fine di sapere se la prova è stata ottenuta legalmente o illegalmente deve essere il diritto del paese in cui tale prova è stata ottenuta. Quando una prova è stata legalmente ottenuta in tal modo, non deve essere consentito poter opporre all'utilizzazione di tale prova il solo fatto che il conseguimento sarebbe stato illegale nel

Nella disposizione di attuazione dell'articolo 33 è, inoltre, precisato che “in materia di prova, le tecniche processuali del diritto nazionale si applicano nella misura in cui le regole del *Corpus Juris* non contengano disposizioni specifiche”²⁸⁰². Considerato che le disposizioni specifiche contenute nel *Corpus Juris* in materia di prova sono piuttosto dettagliate, dal momento che non si limitano ad elencare i mezzi di prova e i mezzi di ricerca della prova a cui la Procura europea può ricorrere, ma provvedono a disciplinarne anche le modalità di esercizio e i criteri in presenza dei quali possono ritenersi ammesse, la disciplina nazionale in tal caso avrà effettivamente un'applicazione residuale.

La disciplina ivi prevista prevedeva la raccolta delle testimonianze, sia dirette, che presentate all'udienza tramite collegamento audiovisivo, sulla scorta di un “verbale europeo di audizione”, il quale avrebbe dovuto riportare in forma videoregistrata i risultati di una procedura di assunzione della prova in contraddittorio dinanzi al giudice, in presenza del difensore legittimato a proporre domande. Una procedura simile era prevista per l'assunzione degli interrogatori dell'indagato o imputato, i quali dovevano essere svolti dalla Procura europea sotto forma di un “verbale europeo di interrogatorio”, che avrebbe dovuto riportare in forma videoregistrata le affermazioni rese dall'indagato o imputato dinanzi ad un giudice, alla presenza del difensore da cui l'indagato avesse scelto di essere assistito, il quale avesse avuto comunicazione del fascicolo in tempo utile e, al più tardi, entro quarantotto ore prima dell'interrogatorio²⁸⁰³. Nella medesima disposizione è stato altresì previsto che debbano ritenersi ammissibili i documenti che rivestano le caratteristiche ivi indicate²⁸⁰⁴.

Nella stessa prospettiva si colloca, pur se in una dimensione attenuata, il progetto delle *Model Rules*, in cui sono state definite regole processuali comuni uniformi su tutto il territorio dell'Unione²⁸⁰⁵. In particolare, le *Model Rules* prevedono una tripartizione delle misure investigative

paese di utilizzazione. Deve tuttavia essere sempre possibile opporre all'utilizzazione di una tale prova il fatto che il suo conseguimento, benché apparentemente conforme al diritto del paese in cui essa è stata ottenuta, ha violato i diritti consacrati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o dalle norme europee (artt. 31 e 32)”.

2802 In tal senso, si legga la disposizione di attuazione all'articolo 33 del *Corpus Juris*.

2803 L'articolo 32, par. 1, lett. b) *Corpus Juris* precisa altresì che, se necessario, si sarebbe anche dovuta assicurare la presenza di un interprete.

2804 In particolare, l'articolo 32, par. 1, lett. c), d), e) e par. 2 *Corpus Juris*, per quanto riguarda la procedura prevista per l'assunzione degli altri mezzi di prova prevede altresì che “c) le dichiarazioni della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, indipendentemente da ogni interrogatorio, dal momento che esse sono state effettuate dinanzi all'autorità competente (autorità amministrativa, P.M.E. o giudice), che la persona sottoposta alle indagini o l'imputato sono state precedentemente avvertite del proprio diritto di tacere e di beneficiare dell'assistenza di un difensore di propria scelta e che le dichiarazioni sono state registrate con qualsiasi mezzo secondo le vie legali; d) i documenti presentati da un perito designato dal giudice competente fra le persone fisiche o giuridiche che figurano in una lista europea approvata dagli Stati membri su proposta del P.M.E., nel corso della fase preliminare o all'inizio della fase del giudizio; e) i documenti esistenti che l'imputato è stato obbligato a produrre in un'indagine preliminare amministrativa o durante le indagini penali, così come i documenti prodotti da terzi. 2. Le presenti disposizioni non escludono l'utilizzabilità di altri mezzi di prova considerati ammissibili dal diritto nazionale in vigore nello Stato da cui dipende il giudice del dibattimento”.

2805 La definizione delle Regole Modello di procedura penale, uniformi su tutto il territorio europeo, costituisce la sintesi dell'analisi comparata delle regole vigenti nei diversi sistemi nazionali. Il progetto diretto dall'Università di Lussemburgo si fonda, infatti, su una previa analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri. I risultati dell'indagine sono contenuti nel volume K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, a cui dovrebbe seguire

che possono essere svolte dalla Procura europea. Nel testo delle Regole Modello di procedura è stato, infatti, previsto che la Procura europea possa ricorrere a tre tipi di misure: le misure non coercitive, le misure coercitive che non richiedono la previa autorizzazione giudiziale e le misure coercitive che richiedono la previa autorizzazione giudiziale²⁸⁰⁶. Una particolare disciplina è, inoltre, prevista per le misure limitative della libertà personale²⁸⁰⁷ e, in particolare, per la custodia cautelare in carcere, che può essere disposta solo a seguito di un contraddittorio anticipato tra la Procura europea e la persona sottoposta alle indagini assistita dal suo difensore. Tale contraddittorio deve svolgersi in un'udienza davanti ad un giudice che potrà decidere se ordinare, prorogare o terminare la custodia cautelare in carcere²⁸⁰⁸. La tripartizione delle misure investigative è funzionale ad una diversa disciplina delle stesse. Dal contenuto delle disposizioni relative a tali misure si deduce, infatti, che più la misura è in grado di incidere sui diritti del soggetto e più è necessario predisporre un ampio ventaglio di garanzie a tutela del soggetto indagato e degli altri soggetti che siano interessati dalle misure. Tale diversità di disciplina è rispecchiata anche norma relativa al controllo giurisdizionale sulle misure investigative svolte dalla Procura europea. In base alla distinzione proposta nell'articolato, infatti, le misure non coercitive, in quanto tali, possono essere disposte discrezionalmente dalla Procura europea²⁸⁰⁹, le misure coercitive che non richiedono la previa autorizzazione giudiziale possono essere ordinate dalla Procura europea solo mediante una decisione motivata per iscritto e possono essere impugnate *ex post* dinanzi alla Corte europea da ogni persona individualmente e personalmente colpita dalla misura²⁸¹⁰, mentre, infine, le misure investigative che richiedono una previa autorizzazione giudiziaria possono essere ordinate dalla Procura europea, considerata l'elevata intrusività verso i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, solamente in seguito ad una previa autorizzazione motivata per iscritto dell'autorità giudiziaria nazionale designata da ogni Stato membro²⁸¹¹. In tale ultimo caso è, quindi, necessario un controllo

la pubblicazione di un secondo volume.

2806In tal senso dispone l'articolo 23 delle *Model Rules*, rubricato “*Regole generali per le misure non coercitive*”.

2807Al riguardo, si leggano gli articoli da 58 a 62 contenuti nella Sezione 5, rubricata proprio “*Misure limitative della libertà personale*”.

2808Cfr. al riguardo l'articolo 62 delle *Model Rules for the Procedure of the EPPO*.

2809L'articolo 23 delle *Model Rules* relativo alle misure non coercitive, tuttavia, specifica che la Procura europea “può raccogliere qualsiasi tipo di informazione ed ogni elemento di prova ai fini dell'indagine, *fatta salva la necessaria autorizzazione per ogni misura che incida sui diritti fondamentali ai sensi degli articoli che seguono*”. Il corsivo è nostro. La disposizione fa, quindi, salva la necessità di una previa autorizzazione per ogni misura che incida sui diritti fondamentali anche nel caso delle misure non coercitive.

2810Nelle Spiegazioni relative all'articolo 31 delle *Model Rules* si legge che il controllo giurisdizionale *ex post* da parte della Corte europea è imposto, oltre che dal combinato disposto di tale articolo con l'articolo 7 delle Regole Modello, dall'articolo 263 del TFUE. Quanto alla definizione di tali misure, si legge sempre nella spiegazione relativa all'articolo 31 che questo secondo gruppo di misure investigative “*are coercive measures, which may substantially affect the individual concerned*”. Tuttavia, “*Prior judicial authorisation is not required for these measures, since they neither result in deprivation of liberty, nor are they otherwise intrusive*”.

2811In tal senso si legga l'articolo 47 delle *Model Rules for the Procedure of the EPPO* e le relative spiegazioni. In tal caso, come precisato all'articolo 7 delle medesime Regole Modello, tuttavia, la competenza al rilascio di tale autorizzazione spetta al giudice nazionale designato da ogni Stato membro. Pur se rilasciata da tale autorità giurisdizionale, tuttavia, l'articolo 7 precisa che l'autorizzazione giudiziale è valida su tutto il territorio europeo, così come definito all'articolo 2 delle Regole Modello.

giurisdizionale *ex ante*. Ad un'articolata disciplina in tema di controllo giurisdizionale e modalità di svolgimento delle misure investigative ivi previste, non corrisponde, tuttavia, un'altrettanta precisa soluzione in tema di ammissibilità delle prove. L'articolo 19 delle *Model Rules* stabilisce laconicamente che le giurisdizioni nazionali “non possono considerare le prove raccolte in conformità con i presenti articoli come prove ottenute illegalmente o arbitrariamente”²⁸¹². Nell'articolo non vi è alcuna clausola di esclusione con riferimento né all'equità della procedura secondo i principi del giusto processo né ad una eventuale lesione dei diritti fondamentali. Non è, quindi, stabilito come debba comportarsi il giudice nel caso in cui dovesse presentarsi tale evenienza. Nelle spiegazioni relative all'articolo è esplicitato che nella disposizione non è contenuto alcun riferimento di tal sorta poiché la valutazione delle prove deve essere effettuata dall'autorità giudiziaria nel corso del dibattimento e, pertanto, “*l'énoncé de dispositions relatives à l'admissibilité des preuves ne relève pas du champ d'application des Règles Modèles*”; si desume, pertanto, che le regole di ammissibilità delle prove sono determinate dalla legislazione nazionale e non devono essere previste a livello europeo. Nel paragrafo successivo, i redattori delle Regole hanno, tuttavia, avuto modo di precisare che l'articolo 19 che abbiamo citato poco sopra è stato inserito nel corpo delle regole per evitare che le prove possano essere escluse sulla sola base del fatto che esse siano state raccolte in violazione della legislazione nazionale del Paese in cui il caso è deciso se sono comunque state raccolte conformemente a quanto prescritto dalle *Model Rules*²⁸¹³. Dall'articolo in questione e la spiegazione ad esso sottostante sembra, pertanto, desumersi che l'autorità giurisdizionale competente non potrà ritenere le prove raccolte dalla Procura europea illegali o illecite, nel senso di arbitrariamente ottenute, ma potrà, tuttavia, valutarne liberamente il valore²⁸¹⁴. Riteniamo, al proposito, che se interpretata nel senso ora menzionato, la disposizione in parola riesca a coniugare l'efficacia delle indagini con la tutela dei diritti fondamentali, tuttavia, a tre condizioni.

In primo luogo, non devono essere confusi due piani distinti, ossia quello dell'ammissibilità delle prove e quello della valutazione di esse da parte del giudice²⁸¹⁵. I criteri di ammissibilità delle prove

2812Cfr. articolo 19 delle *Model Rules for the Procedure of the EPPO*.

2813Nella medesima spiegazione relativa all'articolo 19 delle *Model Rules* è, inoltre, previsto che, tuttavia, tale disposizione non pregiudica il diritto della corte competente ad esaminare il caso in dibattimento a valutare secondo il proprio libero convincimento le prove.

2814Tale soluzione è stata criticata da chi ha ritenuto che “una soluzione del genere non potrebbe che apparire insoddisfacente poiché, nella sostanza, negherebbe in radice l'idea stessa di un territorio giuridico europeo, che dovrebbe presupporre quella di una prova che, una volta raccolta legittimamente nel suo ambito, sia spendibile in modo uniforme al suo interno (cioè all'interno di tutti gli Stati membri), come naturale conseguenza dell'attività e della funzione di una Procura europea. Che senso avrebbe attribuire all'EPPO il potere di formare le prove se poi l'ammissibilità delle medesime fosse preclusa dalle regole interne: sarebbe molto più coerente a questo punto privarlo in radice di una tale prerogativa.

2815Nelle spiegazioni i termini sono a volte confusi. Si legge, infatti, nella versione inglese: “Since the *assessment of evidence* is part of the trial, it falls outside the scope of the Model Rules to formulate provisions on the *admissibility of evidence*”. Del pari nella versione francese: “Dans la mesure où *l'appréciation des éléments de preuve* fait partie du procès, l'énoncé de dispositions relatives à *l'admissibilité des preuves* ne relève pas du champ d'application des Règles Modèles”. Il corsivo è nostro.

devono essere previamente stabiliti affinché sia rispettato il principio di legalità processuale²⁸¹⁶ e non sia rimesso al giudice il potere di decidere arbitrariamente quali prove ammettere e quali, invece, non ammettere. La valutazione delle prove è, invece, rimessa al giudice, il quale avrà il dovere di motivare razionalmente, in relazione all'attendibilità degli elementi di prova e alla credibilità delle fonti, il proprio libero convincimento in merito alla valutazione delle prove assunte. Il giudice dovrà, in sostanza valutare razionalmente le prove e fornire una ricostruzione del fatto che sia conforme ai canoni della logica e aderente alle risultanze processuali²⁸¹⁷. I criteri di ammissibilità delle prove consistono normalmente in valutazioni attinenti alla pertinenza, alla non contrarietà alla legge, alla non superfluità e alla rilevanza della prova. La disciplina specifica derivante da tali criteri varia poi da Stato membro a Stato membro; tuttavia, occorre rilevare che le maggiori differenze non sussistono nella definizione dei criteri per valutare l'ammissibilità delle prove ma nella disciplina specifica prevista per l'assunzione di quel determinato tipo di prova. In alcuni Paesi, per esempio, le prove scritte non sono ammesse se non a determinate condizioni, esistono regole specifiche per l'audizione dei testimoni, le prove assunte nel corso delle indagini preliminari non sono utilizzabili se non sono state rispettate le regole procedurali espressamente previste, etc.²⁸¹⁸. Al proposito, occorre, quindi, rilevare che la critica che si può muovere nei confronti dell'articolo 19 è in tal senso quella di essere superflua poiché implicita nel sistema; nel momento in cui tali regole prevedono un sistema uniforme di raccolta della prova esaustivamente disciplinato a livello europeo, l'illegittimità delle prove raccolte dalla Procura europea non dovrà essere valutata dal giudice del dibattimento sulla base del proprio diritto nazionale che, presumibilmente prevederà regole diverse in tema di raccolta della prova, ma alla luce delle regole predisposte a livello europeo. La Procura europea si atterrà, infatti, a tali regole nel ricercare e formare le prove e non a quelle nazionali. Sarà, pertanto, certamente compito del giudice valutare se tali prove siano state assunte legalmente, ma sulla base delle regole delineate a livello europeo. Al proposito, potrebbe obiettarsi che, quindi, sarebbe preferibile che il giudice fosse un soggetto specializzato e qualificato in materia, ossia un giudice europeo, ma visto quanto stabilito dall'articolo 86, par. 2 del TFUE, tale strada non sembra percorribile. Al fine di garantire un controllo giurisdizionale completo e penetrante sulla legalità delle misure investigative della

2816 Per un'analisi del principio di legalità processuale si veda il capitolo sesto, Titolo Primo della Seconda Parte.

2817 Il principio del libero convincimento, almeno nella maggior parte dei Paesi europei, non deve, quindi, essere inteso come arbitrio del giudice e, quindi, possibilità del giudice di emettere un verdetto non motivato, ma come processo razionale che porta il giudice a tale convincimento. Tale principio, nato nel periodo dell'Illuminismo, si definisce "libero" poiché non vige più il sistema delle prove legali e, pertanto, il giudice non è obbligato a fornire un predeterminato valore probatorio a certi mezzi di prova, come la confessione, ma è libero di valutare ogni prova e di ritenerla non attendibile o non credibile. Presentano caratteristiche diverse i Paesi, soprattutto di tradizione anglosassone che prevedono l'istituto della giuria con funzione decisoria autonoma da quella del giudice. In tali sistemi giuridici la giuria si esprime con un verdetto non motivato con cui si dichiara o nega la colpevolezza dell'imputato.

2818 Per un'analisi dei diversi regimi vigenti negli Stati membri si rinvia a K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, Volume I, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

Procura europea, dovrebbe, inoltre, essere prevista la possibilità di un ricorso giurisdizionale effettivo avverso tali misure dinanzi ad un'autorità giurisdizionale europea²⁸¹⁹.

In secondo luogo, occorre rilevare che ove si accettasse tale soluzione e, quindi, la predisposizione di un corpo di regole uniformi a livello europeo che disciplino le misure investigative della Procura europea, è essenziale che tali regole disciplino in modo altrettanto dettagliato e preciso le garanzie procedurali che devono essere riconosciute ai soggetti coinvolti nel procedimento. Un mero rinvio generale alle disposizioni della Carta EDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non sarebbe, infatti, in tal senso, sufficiente a tutelare adeguatamente i diritti di tali soggetti²⁸²⁰.

Infine, un terzo rilievo concerne la precisione e determinatezza delle disposizioni previste in materia di prova a livello europeo. La formulazione dell'articolo 19 delle *Model Rules* risulta, infatti, in proposito, troppo scarna, risultando così, in conclusione indeterminata. Non è, infatti, dato rinvenire dal testo della stessa il suo preciso significato. In assenza delle spiegazioni, tale disposizione risulterebbe soggetta a molteplici interpretazioni, alcune delle quali la renderebbero del tutto illegittima. Occorre, pertanto, garantire che la determinatezza e precisione delle disposizioni affinché sia tutelato il principio di legalità e, di conseguenza, i diritti delle parti coinvolte nel processo, che in tal modo non sono poste in condizione di comprendere quale sia il regime di ammissibilità delle prove raccolte.

La disciplina in tema di ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea delineata nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 rappresenta un arretramento considerevole rispetto alle conclusioni raggiunte nei precedenti progetti. Attestandosi sulla posizione dalla stessa difesa nel Libro Verde del 2001²⁸²¹, infatti, la Commissione delinea un sistema di mutuo

2819 Tale profilo sarà diffusamente affrontato nel capitolo ottavo, di questo Titolo Secondo, Parte Seconda.

2820 Ci soffermeremo in modo più approfondito su tale aspetto nel capitolo ottavo di questo Titolo Secondo, Parte Seconda.

2821 Si legga, al riguardo, il punto 6.3.4.1. rubricato “*Ammissibilità delle prove*” del Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, presentato dalla Commissione, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001, COM(2001) 715 definitivo, in cui la Commissione aveva ritenuto preferibile la soluzione di ricorrere ad un sistema di mutuo riconoscimento, piuttosto che unificare a livello europeo la disciplina della prova. La Commissione, in primo luogo prende atto del “*fatto che manchi un riconoscimento automatico all'interno di tutta l'Unione delle prove legalmente assunte in uno Stato membro, troppo spesso vanifica l'azione penale nei casi transnazionali. Questo stato di cose nuoce allo sfruttamento dei riscontri investigativi in sede penale. Lasciare la situazione inalterata renderebbe inutile ogni tentativo di centralizzare l'esercizio dell'azione penale con la creazione di una procura europea. Affinché quest'ultima possa procedere efficacemente, ovvero usare nel corso del processo gli elementi di prova che è riuscita a riunire, occorre quindi superare questa difficoltà*”. In secondo luogo, tuttavia, ritiene che “*ciononostante, questa difficoltà non può ragionevolmente spingere a optare per un'unificazione a livello comunitario della disciplina della prova. Un'ipotesi del genere, che equivarrebbe ad avventurarsi in una codificazione penale europea generale, sarebbe sproporzionata rispetto all'obiettivo specifico perseguito, ovvero cercare di dare la massima efficacia all'azione penale contro certi comportamenti lesivi di interessi sostanzialmente comuni. Essa comporterebbe inoltre rischi di estrema complessità delle procedure, dato che dovrebbero coesistere due discipline parallele della prova, su scala comunitaria e su scala nazionale. Sono quindi da escludere sia l'unificazione in un codice completo delle norme in materia di ammissibilità delle prove sia il semplice rimando al diritto nazionale; la soluzione più realistica e soddisfacente sembra il reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità delle prove. Per qualunque tribunale nazionale investito nel merito di una causa penale nella quale sono coinvolti interessi finanziari comunitari, ciò comporterebbe l'obbligo di ammettere nel caso di specie qualsiasi prova legalmente acquisita in base al diritto nazionale di un altro Stato membro. In virtù del concetto di reciproca ammissibilità formulato dal Consiglio europeo a Tampere, “le prove*

riconoscimento delle prove, improntato ad un principio di liberazione circolazione delle stesse in base al quale le prove raccolte dalla Procura europea devono essere ammesse dall'autorità giurisdizionale di merito competente a trattare il caso senza necessità di convalida o altra operazione giuridica analoga²⁸²². L'autorità giudiziaria nazionale, in particolare, è tenuta ad ammettere le prove anche nel caso in cui il diritto nazionale dello Stato membro in cui ha sede preveda norme diverse per la raccolta e la presentazione delle prove. L'autorità giurisdizionale di merito competente può decidere di non ammettere le prove presentate dalla Procura europea solo nel caso in cui ritenga che ammettendole sarebbe pregiudicata "l'imparzialità del giudice" o "i diritti della difesa sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"²⁸²³.

In base a quanto stabilito dalla Commissione le prove dovevano essere considerate ammissibili nel senso che dovevano essere considerate "conformi ai requisiti pertinenti in materia di prove previsti dal diritto nazionale dello Stato membro del foro", purché l'organo giurisdizionale ritenesse che fosse rispettata l'imparzialità del giudice e i diritti della difesa sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁸²⁴. Il principio che la Commissione intendeva affermare era, quindi, che l'organo giurisdizionale di merito non poteva escludere la prova proveniente dalla Procura europea solo perché il diritto nazionale applicabile a quel tipo di prova prevedeva condizioni e modalità di raccolta diverse²⁸²⁵.

Benché sia apprezzabile il tentativo della Commissione di creare uno spazio giudiziario comune di libera circolazione della prova, occorre evidenziare che la predisposizione di un tale sistema

legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili".

2822 Sul sistema di mutua ammissibilità delle prove così delineato, si legga S. GLESS, *Grenzüberschreitende Beweissammlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013, pp. 590-591.

2823 In tal senso dispone l'articolo 30, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}. Il paragrafo 2 precisa poi un aspetto pacificamente ammesso a livello europeo fin dalla proposta del *Corpus Juris*, ossia che "L'ammissione al processo delle prove provenienti dalla Procura europea non pregiudica la competenza degli organi giurisdizionali nazionali a valutarle liberamente".

2824 L'influenza delle soluzioni adottate nel Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, presentato dalla Commissione, dell'11 dicembre 2001, è evidente anche nella scelta della soluzione di affidare la decisione sull'esclusione delle prove illegalmente acquisite allo Stato membro del foro. Al punto 6.3.4.2. del Libro Verde si legge, infatti: "L'ordinamento da rispettare, pena l'invalidamento delle prove, sarebbe principalmente quello nazionale del luogo nel quale le prove sono ubicate, ordinamento che in tutti gli Stati membri include i principi dell'articolo 6 TUE, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il diritto nazionale terrebbe poi conto di determinate norme comunitarie come quelle che disciplinano il mandato di arresto o il verbale europeo, nella misura in cui essi intervengano nella produzione della prova. La decisione di esclusione spetterebbe, in base alle preferenze della Commissione espresse in precedenza, al giudice che esercita il controllo sul rinvio a giudizio (giudice ad hoc o giudice di merito, a seconda degli Stati membri) Stato membro nel quale le prove sono state acquisite. Ne consegue che qualunque giurisdizione nazionale competente per casi inerenti alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari dovrebbe conoscere la disciplina della prova vigente negli altri Stati membri interessati. Questa situazione è ben nota in materia di diritto internazionale privato. Le difficoltà pratiche al riguardo dovrebbero essere superabili grazie ai progressi segnati nell'organizzazione in rete degli ordinamenti giudiziari degli Stati membri (magistrati di collegamento, rete giudiziaria europea)".

2825 Si legga, in tal senso, quanto esplicitato dalla Commissione nel Considerando 32 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit..

comporta più criticità che benefici sia per quanto riguarda l'efficacia delle indagini, che per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea.

Con la previsione di tale sistema di libera circolazione della prova si è, infatti, rinunciato a dettare una disciplina probatoria unitaria e si è preferito attestarsi su un terreno molto più arretrato, basato sul principio del mutuo riconoscimento e sull'applicabilità della *lex loci*; le prove raccolte dalla Procura europea sono assoggettate alla legge del luogo in cui sono raccolte, pertanto, nel caso di indagini transnazionali saranno soggette ad un ventaglio tanto ampio di regole quanti sono gli Stati membri sul cui territorio sono state raccolte le prove²⁸²⁶.

Un tale sistema inficia anche la parità di trattamento rispetto ai procedimenti nazionali. Nel caso in cui le prove siano state raccolte dalle autorità inquirenti nazionali, infatti, il giudice ne disporrà l'ammissione in giudizio qualora esse siano state raccolte in conformità ai precetti di legge.

In base al sistema delineato dalla Commissione nella propria proposta, invece, le prove raccolte dalla Procura, tranne che nei casi in cui pregiudichino l'imparzialità del giudice o i diritti della difesa sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dovrebbero essere sempre ammesse. Dal momento che nella proposta di regolamento non è neanche prevista la possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale nei confronti di un'autorità giurisdizionale europea avverso le decisioni adottate e le attività compiute dalla Procura europea²⁸²⁷, tali prove dovrebbero essere ammesse anche nei casi in cui non siano state raccolte in modo pienamente legittimo²⁸²⁸. In tal modo, quindi, l'autorità giurisdizionale di merito dovrebbe adottare due parametri diversi a seconda che le prove siano state presentate dalla Procura europea, oppure dalle autorità inquirenti nazionali. Nel primo caso, non potrebbe operare un vaglio di ammissibilità, mentre nel secondo opererebbe il vaglio di ammissibilità previsto dalle disposizioni nazionali²⁸²⁹.

2826 Ai fini dell'esame delle implicazioni derivanti dalla scelta di tale criterio, si legga il paragrafo precedente contenuto nella prima sezione di questo medesimo capitolo settimo, sulla legge applicabile alle attività della Procura europea.

2827 Al proposito, occorre rilevare che, dal momento che, secondo quanto stabilito dall'articolo 36 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, la Procura europea è considerata un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale, l'unico rimedio esperibile sarebbe proponibile nella fase delle indagini preliminari dinanzi all'autorità giurisdizionale del luogo in cui sono raccolte le prove, nel caso in cui tale rimedio sia previsto. Se, pertanto, l'indagato si renda conto dell'illegittimità delle modalità di raccolta delle prove da parte della Procura europea solo in un momento successivo al rinvio a giudizio, non sarebbero più disponibili altri rimedi.

2828 In tal senso, si legga I. ZERBES, *Collecting and Using Evidence: a Patchwork of Legal Orders*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, European Criminal Policy Initiative, 2015, pp. 222-223. Ad avviso dell'autore, infatti, “as soon as the EPPO introduces evidence into a procedure, it is practically immunised against exclusionary orders. If it is erroneously *gathered*, this error will be perpetuated in the *trial phase* instead of being rectified through an exclusionary order. Thereby, the coordination between the rules on *collecting* evidence and *admitting* evidence, which is critical in each prosecution will be destroyed. The main trial proceeding loses nothing more than its vital function of performing the judicial control of the investigative process. The impartiality of the process is additionally distorted due to the fact that all of the limitations on evidence presented by the defendant still apply”.

2829 Similmente, si legga D. HELENIUS, *Admissibility of Evidence and the European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, European Criminal Policy Initiative, 2015, pp. 194-195.

L'obbligo di ammettere tutte le prove presentate dalla Procura europea rischia, inoltre, di indebolire la posizione della difesa, dal momento che, in assenza di regole comuni che regolino la formazione della prova o disciplinino i criteri di ammissibilità delle prove vi è il pericolo che i diritti fondamentali dei diritti non siano adeguatamente tutelati; in una situazione di incertezza circa le regole applicabili al caso di specie, così come in presenza di molteplici sistemi giuridici applicabili, infatti, non risultano neanche più chiari e precisamente definiti i diritti attribuiti agli indagati e agli altri soggetti coinvolti nel procedimento. Al proposito, occorre, infatti, ricordare che la clausola che esclude l'ammissibilità delle prove nei casi in cui sia pregiudicata l'imparzialità del giudice o i diritti di difesa sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta non sembra adeguata a garantirne il rispetto per le seguenti ragioni.

Per quanto riguarda il primo aspetto, che sarebbe meglio definire “equità della procedura” conformemente a quanto stabilito nelle altre versioni linguistiche²⁸³⁰, infatti, come è stato evidenziato in dottrina²⁸³¹, la giurisprudenza della Corte di Giustizia accoglie al riguardo l'interpretazione fornita dalla Corte EDU²⁸³² del concetto di equità della procedura.

La giurisprudenza della Corte EDU, a sua volta, nell'interpretare l'articolo 6 della CEDU, non definisce alcun criterio generale di ammissibilità delle prove²⁸³³; la Corte EDU ha infatti ritenuto inammissibili solo prove che avevano palesemente violato i diritti tutelati dalla Convenzione EDU, come le prove che erano state ottenute mediante tortura²⁸³⁴ e quelle ottenute in violazione del privilegio contro l'auto incriminazione²⁸³⁵. La Corte EDU, infatti, nelle proprie sentenze valorizza l'equità della procedura nel suo complesso, non considerando iniquo un procedimento penale solo perché una determinata prova è stata raccolta illegittimamente, a meno che tale prova sia stata decisiva ed indispensabile per la decisione del giudice²⁸³⁶. Dalla giurisprudenza della Corte EDU, è, quindi, desumibile il principio che, dal momento che l'iniquità della procedura non è censurabile a livello europeo se non in casi estremamente gravi, la violazione di quest'ultimo può essere rilevata

2830 Nella versione inglese della proposta di regolamento si legge, infatti, “*fairness of the procedure*” e in quella francese “*équité de la procédure*”. Si veda, al proposito, il medesimo articolo 30 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, nelle due citate versioni linguistiche.

2831 In tal senso S. GLESS, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 103; D. HELENIUS, *Admissibility of Evidence and the European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, *cit.*, p. 196-202; I. ZERBES, *Collecting and Using Evidence: a Patchwork of Legal Orders*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, *cit.*, p. 223-228.

2832 Sul punto, si legga l'analisi effettuata nel capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

2833 Nel senso che l'articolo 6 della CEDU non prescrive alcuna regola per l'ammissibilità delle prove in sé e per sé, si legga la sentenza della Corte EDU *Schenk c. Svizzera*, ricorso n. 10862/84, del 12 luglio 1988; *Delta c. Francia*, ricorso n. 11444/85, del 19 dicembre 1990; *Doorson c. Paesi Bassi*, ricorso n. 20524/92, del 26 marzo 1996; *Texeira de Castro c. Portogallo*, ricorso n. 25829/94, del 9 giugno 1998; *Allans c. Regno Unito*, ricorso n. 48539/99, del 5 novembre 2002.

2834 Al riguardo, Corte EDU sentenza *Jalloh c. Germania*, ricorso n. 54810/00, dell'11 luglio 2006, par. 99 e 105.

2835 Al riguardo, Corte EDU sentenza *Jalloh c. Germania*, ricorso n. 54810/00, dell'11 luglio 2006, par. 100; *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05, del 1 giugno 2010, par. 168.

2836 In tal senso, Corte EDU, sentenza *Al-Kawaja e Tahery c. Regno Unito*, ricorso n. 26766/05 e 22228/06, del 15 dicembre 2011, par. 89 e seguenti.

solo dall'autorità giurisdizionale nazionale competente²⁸³⁷.

La valutazione circa l'equità della procedura sarebbe, quindi, ancora una volta rimessa alle autorità giurisdizionali nazionali e, quindi, a valutazioni compiute in base alla disciplina approntata dall'ordinamento giuridico nazionale. Si riproporrebbe, pertanto, il problema già evidenziato in relazione alla legge applicabile, per cui non vi sarebbe certezza giuridica.

Il principio di legalità e, di conseguenza i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale sarebbero violati e vi sarebbe un'applicazione diseguale del principio sul territorio dei diversi Stati membri, con l'emergere del rischio di *forum shopping*.

Per quanto riguarda l'esplicito riferimento agli articoli 47 e 48 della Carta, che concernono rispettivamente il diritto ad un ricorso effettivo, il diritto a un equo processo, la presunzione di innocenza e i diritti di difesa, occorre sottolineare che, come è stato evidenziato²⁸³⁸, sorge spontanea la domanda perché la Commissione non abbia inserito un riferimento anche ad altre disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vengono particolarmente in rilievo in relazione all'adozione di certi mezzi di ricerca della prova, come l'articolo 7 o l'articolo 8, concernenti rispettivamente il rispetto della vita privata e familiare²⁸³⁹ e la protezione dei dati di carattere personale²⁸⁴⁰. Anche per quanto riguarda il rinvio agli articoli 47 e 48 della Carta in sé, inoltre, occorre rilevare che, in assenza di un'espressa disciplina sulla scorta di quanto era stato previsto nel *Corpus Juris* o nelle *Model Rules* di come debbano concretizzarsi tali diritti, un rinvio generico a tali disposizioni può prestare il fianco a interpretazioni troppo ampie o troppo restrittive a seconda che l'autorità giurisdizionale intenda ammettere la prova o meno. Se, infatti, tali diritti vengono interpretati in senso stretto anche una minima violazione di tali diritti dovuta differenze procedurali nella raccolta della prova in base alla legislazione di un altro Stato membro potrebbero essere considerati violativi di tali diritti. Al contrario, nel caso in cui l'autorità giurisdizionale abbia fiducia nel sistema processuale penale dello Stato in cui sono state raccolte le prove, difficilmente rileverà la violazione di tali diritti fondamentali, anche se sono occorse alcune violazioni procedurali. La portata da attribuire a tali disposizioni che abbracciano un'ampia serie di ipotesi,

²⁸³⁷Per un approfondimento di questo aspetto, si legga I. ZERBES, *Collecting and Using Evidence: a Patchwork of Legal Orders*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, cit., pp. 224-226.

²⁸³⁸Si legga, al riguardo J. INGHILERAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 126. L'autore, tuttavia, sottolinea: "However, the practical implications of the wording of Article 30(1) are most likely limited. Indeed, evidence obtained through a house search which violates the fundamental right to privacy may well be considered to adversely affect the fairness of the procedure and thus fail the admissibility test on those grounds".

²⁸³⁹In particolare, l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni".

²⁸⁴⁰In particolare, l'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede: "Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

pertanto, è nelle mani delle autorità giurisdizionali e, ancora una volta, si riproporrebbe la situazione a cui il legislatore intendeva porre rimedio con l'istituzione della Procura europea, ossia un sistema altamente diseguale in cui la libera circolazione è resa estremamente difficile in presenza di sistemi giuridici processualpenalistici molto diversi tra loro.

Paradossalmente, quindi, dando alla clausola di cui all'articolo 30 della proposta della Commissione del 2013 un'ampia portata applicativa si verrebbe ad instaurare il sistema preesistente eliminando il meccanismo predisposto dalla Commissione che prevedeva l'obbligo per l'autorità giurisdizionale di ammettere tutte le prove presentate dalla Procura europea. In assenza di fiducia tra gli Stati membri, infatti, tale sistema basato ancora una volta sul mutuo riconoscimento finirebbe per riproporre le stesse criticità che intendeva risolvere. Al riguardo, l'unico modo per creare la fiducia reciproca tra gli Stati sarebbe quello di armonizzarne le regole processuali, oppure quello di prevedere una disciplina unica a livello europeo, quantomeno per il regime processuale delle prove raccolte dalla Procura europea.

La proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, del resto, non ha migliorato la situazione, ma, anzi, ha contribuito a riproporre tutti i dubbi che aveva sollevato la proposta della Commissione. Occorre, tuttavia, in tale sede rilevare le differenze esistenti tra le due proposte al fine di analizzare compiutamente il contenuto della proposta attualmente approvata in seno al Consiglio.

La proposta di regolamento del Consiglio prevede, similmente a quella presentata dalla Commissione nel 2013, che “le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori della Procura europea o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro”²⁸⁴¹. Da una prima lettura della disposizione è possibile, quindi, rilevare le seguenti differenze.

In primo luogo, la proposta di regolamento del Consiglio non si riferisce più, come la precedente proposta, alle “prove presentate dalla Procura europea”, ma fa riferimento alle “le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori della Procura europea o dall'imputato”.

Al concetto di Procura europea intesa nel suo insieme quale complesso di uffici pubblici che rappresenta l'interesse generale è stato sostituito il termine “procuratori della Procura europea” ed è stato aggiunto il riferimento alle prove presentate dall'imputato. Dalla lettera della norma è dato, pertanto, desumere che la funzione della Procura europea presa in considerazione ai fini del regime di ammissibilità delle prove è quella di parte, a cui si contrappone la controparte processuale, ossia l'imputato, e non quella di rappresentante dell'interesse collettivo, ossia di parte imparziale.

²⁸⁴¹In tal senso, si legga l'articolo 31, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30. Nel paragrafo 2 è, inoltre, riportata la regola, a nostro avviso ovvia, per cui “*Il presente regolamento non pregiudica la facoltà dell'organo giurisdizionale di merito di valutare liberamente le prove presentate dall'imputato o dai procuratori della Procura europea*”.

Tale variazione terminologica è probabilmente dovuta alla diversa configurazione della Procura europea. Nel modello decentrato previsto dalla proposta di regolamento del Consiglio, infatti, come abbiamo visto²⁸⁴², il procuratore capo europeo non svolge più il ruolo preminente che gli era stato assegnato nella proposta di regolamento della Commissione; in base al modello accolto dal Consiglio, il ruolo principale nello svolgimento delle indagini e azioni penali è attribuito ai procuratori europei delegati, i quali, seguono le indicazioni e istruzioni della camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione. I procuratori europei delegati sono, “altresì responsabili di portare casi in giudizio e dispongono, in particolare, del potere di formulare l'imputazione, partecipare all'assunzione delle prove ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale”²⁸⁴³.

I poteri di indagine sono, quindi, assegnati a dei soggetti che possono anche svolgere le funzioni di pubblici ministeri nazionali²⁸⁴⁴ e che eserciteranno i rimedi disponibili “in conformità del diritto nazionale”. La camera permanente e il procuratore europeo si limitano in tale struttura alla supervisione delle attività compiute dai procuratori delegati.

Da ciò si desume che tale modifica non si riduce solamente ad una variazione terminologica, ma ha importanti implicazioni pratiche. Una tale precisazione è, infatti, chiaramente intesa a sottolineare l'importanza della dimensione nazionale e, quindi, della legge nazionale applicabile nello scrutinare l'ammissibilità delle misure investigative espletate dai procuratori delegati. Tali misure eseguite dagli stessi in base alla disciplina nazionale dello Stato a cui appartengono saranno, in linea di principio, decise dall'autorità giurisdizionale dello “Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso”²⁸⁴⁵; pertanto, l'accento è posto sulla dimensione puramente nazionale del controllo operato dal giudice e, sembrerebbe, anche delle indagini svolte dai procuratori delegati.

In tal caso, come abbiamo rilevato, perdendosi la dimensione sovranazionale della Procura europea, si creeranno problemi nel caso in cui le indagini vengano svolte sul territorio di altri Stati membri, ossia nei casi aventi rilevanza transnazionale, che dovrebbero essere quelli più frequentemente perseguiti dalla Procura europea, e nei casi in cui le prove siano state raccolte “conformemente al diritto di un altro Stato membro”, come precisa lo stesso articolo 31 della proposta di regolamento. In tal caso la proposta di regolamento ripropone l'attuazione di una sorta di sistema di libera circolazione della prova basato sul mutuo riconoscimento, che, come abbiamo sottolineato in riferimento alla proposta della Commissione, non può funzionare correttamente in assenza di armonizzazione della disciplina processuale penale degli Stati membri e, quindi, in assenza di

2842Si legga, al riguardo, il capitolo terzo, del Titolo Secondo della Parte Prima.

2843In tal senso, articolo 12, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

2844In tal senso, articolo 12, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

2845In tal senso, si legga l'articolo 30, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

sistemi giuridici nazionali che abbiano fiducia nel sistema giuridico dell'altro.

In secondo luogo, al posto del termine “ammette”, è stato previsto che le prove “non sono escluse”. La sostituzione di un'affermazione con una negazione rende indubbiamente la forza precettiva della norma più debole. Occorre, tuttavia, notare che anche in tal caso il verbo usato è l'indicativo, per cui non è stata prevista la possibilità per l'autorità giudiziaria di scegliere, ma le è comunque stato imposto di “non escludere” tali prove²⁸⁴⁶.

In terzo luogo, è stata espulsa dalla disposizione la clausola che escludeva l'ammissibilità delle prove in caso di pregiudizio all'equità della procedura o di lesione degli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Al riguardo, sorge, quindi spontanea la domanda se la clausola sia stata espunta dalla disposizione perché il legislatore ha ritenuto che l'autorità giurisdizionale non potesse escludere tali prove neanche in caso di violazione di tali diritti fondamentali. Una tale interpretazione sembra, tuttavia, eccessiva, probabilmente, non corrispondente alla *voluntas legis*. Nel considerando 70 della proposta di regolamento è, infatti, riportata la stessa clausola che era prevista nell'articolo 30 della proposta di regolamento della Commissione. In tale sede è anzi precisato che devono altresì essere rispettati i “principi riconosciuti dall'articolo 6 del TUE e dalla Carta, in particolare al titolo VI, dal diritto internazionale e dagli accordi internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, compresa la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri nel loro rispettivo ambito di applicazione”²⁸⁴⁷. Nel prosieguo, inoltre, a differenza di quanto stabilito nella proposta della Commissione in cui non era contenuto alcun riferimento di tal sorta, è precisato esplicitamente che, “in linea con tali principi e nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 1, del TFUE”, il regolamento non debba essere interpretato “nel senso che all'organo giurisdizionale sia vietato applicare i principi fondamentali del diritto nazionale in materia di imparzialità del giudice come applicati nei sistemi nazionali,

2846L'obbligo in inglese è espresso dal verbo “*shall*”. Nella versione inglese dell'articolo 31, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, si legge, infatti: “*Evidence presented by the prosecutors of the European Public Prosecutor's Office or the defendant to a court shall not be denied admission on the mere ground that the evidence was gathered in another Member State or in accordance with the law of another Member State*”.

2847Sorgono dubbi anche in merito alla *voluntas legis* di optare per una tale soluzione. Nel Considerando 70 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, si legge, infatti: “*È necessario che le prove presentate dalla Procura europea all'organo giurisdizionale non siano considerate inammissibili per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro, purché l'organo giurisdizionale di merito ritenga che la loro ammissione rispetti l'imparzialità del giudice e i diritti della difesa dell'indagato o dell'imputato sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 del TUE e dalla Carta, in particolare al titolo VI, dal diritto internazionale e dagli accordi internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, compresa la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri nel loro rispettivo ambito di applicazione*”.

compresi i sistemi di common law”²⁸⁴⁸.

Risulta, pertanto, evidente che, anziché uniformare il livello di ammissibilità della prova in sede europea, il legislatore ha preferito fare ancora più affidamento sulla legge nazionale degli Stati membri.

Risulta, pertanto, elevato il rischio che si ripresentino tutte le criticità sopra evidenziate e, in particolare, il pericolo di una geometria variabile da Stato a Stato che mini sia l'efficacia delle indagini, che la protezione dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea.

Come abbiamo avuto di dimostrare nelle pagine precedenti, infatti, una tale disomogeneità procedurale non permette di tutelare adeguatamente i diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, citati dal Consiglio nel considerando, ma piuttosto ne mina seriamente la protezione. Nel considerando è precisato che il regolamento non deve essere interpretato nel senso che sia vietato all'organo giurisdizionale nazionale applicare “i principi fondamentali del diritto nazionale in materia di imparzialità del giudice come applicati nei sistemi nazionali, compresi i sistemi di common law”. L'accento è, quindi, posto sui principi fondamentali così come applicati nei sistemi nazionali; sembra, pertanto, farsi riferimento alle diverse discipline processuali nazionali. Non si comprende, pertanto, quale sia la logica di istituire un organo inquirente europeo se i valori e i diritti fondamentali da rispettare non sono quelli riconosciuti e tutelati a livello europeo, ma quelli “applicati nei sistemi nazionali”. In tal senso il sistema sarebbe addirittura più arretrato di un sistema di mutuo riconoscimento, il cui obiettivo è quello di instaurare la fiducia nel sistema nazionale dell'altro, poiché l'accento è posto sulle diversità nazionali e sulla tutela di tali specificità, piuttosto che sulla creazione di uno spazio giudiziario comune di libertà, sicurezza e giustizia²⁸⁴⁹.

Tale precisazione non sembra neanche giustificata dalla necessità di tutelare l'identità nazionale degli Stati membri poiché, in primo luogo, tale necessità è già adeguatamente tutelata dall'articolo 4, par. 2 del TUE²⁸⁵⁰, e, poiché, in secondo luogo, i diritti di difesa nelle varie declinazioni del diritto all'assistenza di un avvocato, del diritto al contraddittorio, del diritto alla parità delle armi, il diritto ad un equo processo, il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, il diritto alla presunzione di

²⁸⁴⁸Si prevede letteralmente nel prosieguo del considerando: “*In linea con tali principi e nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 1, del TFUE, nessun elemento del presente regolamento può essere interpretato nel senso che all'organo giurisdizionale sia vietato applicare i principi fondamentali del diritto nazionale in materia di imparzialità del giudice come applicati nei sistemi nazionali, compresi i sistemi di common law*”.

²⁸⁴⁹La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia rientra tra gli obiettivi dell'Unione ai sensi dell'articolo 3, par. 2 del TUE e la creazione di una Procura europea si inserisce in questo quadro normativo.

²⁸⁵⁰L'articolo 4, par. 2 del TUE prevede che “*L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro*”. Per un'analisi del contenuto preceettivo di tale disposizione e della portata alla stessa attribuita a livello europeo, si legga il capitolo primo, del Titolo Primo della Parte Prima.

innocenza e a non autoincriminarsi, così come i diritti fondamentali riconosciuti dalle tradizioni costituzionali nazionali sono tutelati anche a livello europeo e la tutela di tali diritti, come abbiamo visto²⁸⁵¹, rappresenta uno dei compiti fondamentali dell'Unione europea.

Non si vede, dunque, perché sia stato effettuato un richiamo all'applicazione di tali diritti a livello nazionale, quando è previsto un elevato livello di tutela di tali diritti a livello sovranazionale e l'eventuale maggior protezione agli stessi accordata a livello nazionale, ove concretantesi in regole processuali o procedurali più rigide, potrebbe concretarsi in un ostacolo al perseguimento di reati lesivi di interessi sovranazionali o aventi dimensione sovranazionale che potrebbe ritenersi giustificato solo ove tale protezione sia ancora all'esigenza di proteggere diritti di rango costituzionale, inerenti all'identità costituzionale di uno Stato membro. In tal caso, il Trattato prevede precise forme di tutela.

A tal proposito non appare neanche appropriato il richiamo all'articolo 67 del TFUE per giustificare una tale rinvio alla legislazione penale nazionale, dal momento che il medesimo articolo 67 al paragrafo 3 stabilisce: “L'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, [omissis...], nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali”²⁸⁵². L'articolo 67 del TFUE specifica, quindi, quanto da noi evidenziato finora, ossia precisa che nella creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, al fine di tutelare in egual misura la libertà, la sicurezza e la giustizia, occorre operare un bilanciamento tra diversi interessi gioco e la soluzione migliore sembra quella di trovare soluzioni comuni, che siano compatibili con il sistema giuridico di tutti gli Stati membri partecipanti alle misure adottate in tale spazio giudiziario comune. Al proposito, occorre, al contrario, rilevare che i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale sono seriamente messi a rischio dalla formulazione dell'articolo 31 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017.

L'assenza di una disciplina comune uniforme a livello europeo per la formazione della prova che preveda una tutela adeguata dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea, come era stato previsto nel *Corpus Juris* e nelle *Model Rules*, così come la mancanza di una clausola che permetta di non ammettere le prove raccolte in violazione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento, pone seriamente a rischio i diritti di tali soggetti. Nella proposta di regolamento, infatti, come avremo modo di vedere²⁸⁵³, non è prevista una disciplina uniforme a tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento e un mero richiamo a fonti esistenti non sembra tutelare adeguatamente tali diritti²⁸⁵⁴.

2851L'articolo 6 del TUE prevede espressamente che l'Unione tuteli tali diritti. Per un'analisi del contenuto e della portata di tali diritti a livello europeo, si legga il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

2852Cfr. articolo 67, par. 3 del TFUE.

2853Si legga, al riguardo capitolo ottavo, del Titolo Secondo della Parte Seconda relativo alle garanzie procedurali.

2854Si legga, al riguardo l'articolo 35 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di*

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che l'unica soluzione che permetta di garantire il rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento e al tempo stesso di garantire l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea sia quella di prevedere un sistema uniforme a livello europeo che preveda dettagliatamente le modalità di raccolta della prova da parte della Procura europea²⁸⁵⁵.

Nel disciplinare tali procedure il legislatore europeo, dovrebbe, sulla scorta di quanto era stato proposto con le *Model Rules*, delineare altresì precise garanzie a favore dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea.

4.1.1.1.71 Indagini transfrontaliere

L'istituzione della Procura europea, come abbiamo avuto modo di sottolineare più volte nel corso della trattazione, è volta, in primo luogo, a garantire una più efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione e, in secondo luogo, a garantire l'efficace repressione di altre forme di criminalità grave aventi una dimensione transnazionale, nel caso in cui si decida di estenderne la competenza a tali fattispecie di reato²⁸⁵⁶.

In particolare, per quanto riguarda la protezione degli interessi finanziari dell'Unione, la creazione di una Procura europea è resa necessaria dalla inadeguatezza degli interventi nazionali di contrasto in questo settore. In base a quanto riportato dalla Commissione, infatti, la natura transfrontaliera delle frodi commesse a livello europeo “presuppone uno stretto coordinamento e indagini e azioni penali efficaci a livello europeo; gli scambi di informazioni e il coordinamento attuali sono invece

regolamento, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

2855 All'obiezione di chi ha ritenuto che il sistema migliore sarebbe, invece, quello fondato sul principio della *lex fori* (in tal senso, I. ZERBES, *Collecting and Usign Evidence: a Patchwork of Legal Orders*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, *cit.*, p. 231-233), si ritiene che siano valide le argomentazioni sostenute da un altro autore, il quale ha rilevato che un sistema basato sul mutuo riconoscimento delle prove e la libera circolazione delle stesse, sulla base della disciplina nazionale e non in forza di una disciplina uniforme europea “*fails to correct one of the important hindrances in transnational prosecutions: the recognition of evidence produced under foreign procedural rules*”. L'autore prosegue rilevando, infatti: “*The Presidency text maintains the concept proposed by the Commission, according to which – beside some restrictions – evidence gathered in EPPO investigations should be admissible throughout the Union. An imposed obligation for the recognition of foreign evidence, that is. It seems that there was no recourse to the European Investigation Order (EIO), as it allows for grounds for refusals. In particular the refusal to execute an EIO on human rights grounds could jeopardise EPPO investigations given the discrepancies in the Member States procedural safeguards. Neither would the EIO assist the concept of binding operative decisions taken at central level, as it allows the executing state to apply less intrusive measures. In case this concept remains in the final text, the Member States might still refuse the evidence by reason of not being gathered in accordance with basic principles or values laid down in their Constitution. This could result in a new Solange I – saga, but this time in the area of criminal law, which should be clearly not in the interest of the Union legislator*”. In tal senso, A. CSÚRI, *The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, pp. 122–151. Si legga, al riguardo, anche M. LUCHTMAN, J.A.E. VERVAELE, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 10, 5; I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence - Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 1.

2856 Si legga il capitolo primo, Titolo Primo, Prima Parte della trattazione circa la definizione della portata e del contenuto dell'effettività, in generale, a livello europeo, e, in particolare, in relazione alla Procura europea.

insufficienti, nonostante i maggiori sforzi di organismi dell'Unione come Eurojust, Europol e l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)²⁸⁵⁷.

Due delle principali ragioni alla base della inadeguatezza della disciplina attuale sono, pertanto, la legislazione frammentaria in materia di coordinamento tra autorità giudiziarie nazionali e l'assenza di un organo sovranazionale che abbia il potere di perseguire gli autori di reati aventi una dimensione transnazionale²⁸⁵⁸.

L'istituenda Procura europea sarà competente a indagare e perseguire gli autori di reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione su tutto il territorio europeo. Uno o più elementi costitutivi del reato potrebbero, pertanto, essere localizzati sul territorio di diversi Stati membri. Considerata la natura sovranazionale della Procura europea e la competenza ad essa attribuita, assume, pertanto, rilievo fondamentale la disciplina predisposta in materia di indagini transfrontaliere.

Val la pena constatare fin da subito che l'attuale proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 non predispone una disciplina atta a risolvere le criticità a cui intendeva porre rimedio e, del pari, non è adeguata a tutelare i diritti dei soggetti sottoposti alle indagini transfrontaliere svolte dalla Procura europea. Nel corso dell'analisi indicheremo, pertanto, quale soluzione permetta a nostro avviso di garantire al medesimo tempo l'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione e il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento.

La proposta di regolamento approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017 introduce importanti cambiamenti rispetto alla precedente proposta della Commissione del 2013 in relazione allo svolgimento di indagini transfrontaliere. Le modifiche introdotte, tuttavia, non hanno apportato significativi miglioramenti alla disciplina che complessivamente ne risulta.

Nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 le regole applicabili alle indagini transfrontaliere non erano previste in una disposizione apposita ma erano contenute nell'articolo 18 che al primo paragrafo disciplinava in generale le modalità di svolgimento delle indagini, nonché la suddivisione di ruoli tra procuratori europei delegati e procuratore europeo nello svolgimento delle

2857In tal senso, *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, Relazione, Punto 1 Contesto della Proposta, p. 1.

2858Nella *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, al Punto 1 della Relazione, p. 1, concernente il contesto della proposta si legge, infatti: “*Il coordinamento, la cooperazione e lo scambio di informazioni sono intralciati da una serie di problemi e limitazioni dovute alla ripartizione delle responsabilità tra autorità appartenenti a diverse giurisdizioni territoriali e funzionali. L'azione giudiziaria quotidiana di contrasto alla frode accusa gravi lacune a vari livelli e tra diverse autorità, che sono poi il principale ostacolo alle indagini e alla repressione efficace dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Eurojust e Europol hanno il compito generale di agevolare lo scambio di informazioni e coordinare le indagini e azioni penali nazionali, senza però poterle svolgere. L'OLAF da canto suo ha il compito di indagare sulle frodi e attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'UE, ma le sue competenze sono limitate alle indagini amministrative. L'azione penale promossa dalle autorità giudiziarie nazionali è spesso lenta e si attesta su valori mediamente bassi, per giunta i risultati ottenuti nei vari Stati membri sono eterogenei. Con queste premesse, difficilmente l'azione giudiziaria degli Stati membri contro la frode potrà considerarsi efficace, equivalente e dissuasiva come vorrebbe il trattato. Poiché al giorno d'oggi le autorità nazionali responsabili delle indagini penali e dell'azione penale non sono in grado di garantire un livello equivalente di protezione e contrasto, l'Unione non solo è competente ma ha anche l'obbligo di intervenire*”.

stesse²⁸⁵⁹. L'inclusione della disciplina inerente le indagini transfrontaliere nella medesima disposizione che regolava in generale lo svolgimento delle indagini della Procura europea rispecchiava l'approccio adottato dalla Commissione nel redigere la proposta, in base al quale la Procura europea avrebbe dovuto operare in uno spazio giudiziario europeo, per cui le indagini transfrontaliere si sarebbero dovute svolgere senza formalità particolari in uno spirito di cooperazione tra i procuratori europei delegati competenti. In particolare, nel caso in cui le misure investigative dovessero essere eseguite in uno Stato membro diverso da quello in cui era stata avviata l'indagine, il procuratore europeo delegato che l'aveva avviata o il procuratore europeo delegato designato dal procuratore europeo avrebbe dovuto agire in stretta consultazione con il procuratore europeo delegato del luogo in cui andava eseguita la misura investigativa. Quest'ultimo avrebbe poi eseguito le misure investigative di persona oppure avrebbe dovuto darne incarico alle autorità nazionali competenti²⁸⁶⁰. La disposizione prevedeva altresì la possibilità di costituire squadre investigative comuni mediante l'attribuzione dell'indagine a più procuratori europei delegati²⁸⁶¹.

Ad una prima lettura della disposizione ora menzionata sembrerebbe che nella proposta fosse stato previsto un sistema agile e in grado di accelerare la raccolta delle prove sul territorio di uno Stato membro diverso rispetto a quello del procuratore europeo delegato che aveva avviato l'indagine. Tuttavia, ad un esame più approfondito della disciplina complessivamente risultante dalla proposta di regolamento della Commissione si desume che in realtà la raccolta delle prove sul territorio di un altro Stato, a seconda del tipo di prova che era necessario acquisire, non era rimessa alla sola coordinazione informale e consultazione tra procuratori europei delegati. Dalla lettura in combinato disposto degli articoli 11²⁸⁶², 18²⁸⁶³ e 26²⁸⁶⁴ della proposta, infatti, è dato desumere che i poteri

2859L'articolo 18, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* prevede in via generale: “Il procuratore europeo delegato designato conduce l'indagine per conto e su istruzione del procuratore europeo. Può disporre le misure investigative di persona o darne incarico alle autorità di contrasto competenti dello Stato membro in cui ha sede. Tali autorità si attengono alle istruzioni del procuratore europeo delegato ed eseguono le misure investigative assegnate loro”.

2860Si legga in tal senso l'articolo 18, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

2861Al riguardo, si legga l'articolo 18, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, che precisa altresì: “Può incaricare un qualsiasi procuratore europeo delegato di raccogliere informazioni pertinenti o disporre specifiche misure investigative per suo conto”. Il paragrafo 4 del medesimo articolo 18 stabilisce, inoltre, che “Il procuratore europeo controlla le indagini condotte dai procuratori europei delegati e ne garantisce il coordinamento. Ove necessario dà loro istruzioni”.

2862L'articolo 11, par. 3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* prevede: “Le indagini e le azioni penali della Procura europea sono disciplinate dal presente regolamento. Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento. Il diritto nazionale applicabile è il diritto dello Stato membro in cui si svolge l'indagine o l'azione penale. Qualora un aspetto sia disciplinato dal diritto nazionale e dal presente regolamento, prevale quest'ultimo”.

2863Il disposto dell'articolo 18, par.1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* è stato riportato nella nota n. 4.

2864L'articolo 26 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.* stabilisce: “1. Nell'esercizio della sua competenza la Procura europea ha il potere di chiedere o disporre le seguenti misure investigative: a) perquisizione di locali, terreni, mezzi di trasporto, abitazioni private, indumenti o altro bene personale e sistemi informatici; b) produzione di qualsiasi oggetto o documento pertinente e di dati

investigativi della Procura europea sono, di fatto, determinati dalla legge processuale nazionale dello Stato membro in cui si svolge l'indagine²⁸⁶⁵. Di conseguenza, nel caso in cui la Procura europea avesse avuto bisogno di un'autorizzazione giudiziale per compiere determinate misure investigative, sia perché la necessità di chiedere l'autorizzazione per svolgere quella specifica misura era prevista dal regolamento istitutivo sia perché tale autorizzazione era richiesta dalla legislazione nazionale dello Stato in cui la Procura europea avrebbe dovuto effettuare la misura investigativa²⁸⁶⁶, tale autorizzazione sarebbe stata valida solo per le misure investigative espressamente indicate nella richiesta che dovevano essere espletate sul territorio dello Stato membro dell'autorità giudiziale che autorizzava la misura. La proposta di regolamento non preveda, infatti, alcuna disposizione specifica circa la portata applicativa di tale autorizzazione, né prevedeva

informatici archiviati, inclusi i dati relativi al traffico e al conto bancario, cifrati o decifrati, in originale o in altra forma specificata; c) apposizione di sigilli a locali e mezzi di trasporto e congelamento di dati, in modo da preservarne l'integrità, evitare la perdita o la contaminazione di prove o garantire la possibilità di confisca; d) congelamento dei proventi o degli strumenti di reato, compreso il congelamento dei beni, se è previsto che il giudice competente ne disporrà la confisca e vi è motivo di ritenere che il proprietario, chi li possiede o ne ha il controllo si adopererà per vanificare il provvedimento di confisca; e) intercettazione delle telecomunicazioni di cui l'indagato è destinatario o mittente, comprese le e-mail, su tutte le connessioni di rete utilizzate; f) sorveglianza in tempo reale delle telecomunicazioni, con ordine di immediata trasmissione dei dati relativi al traffico delle telecomunicazioni al fine di localizzare l'indagato e individuare le persone con cui è stato in contatto in un determinato momento; g) monitoraggio delle operazioni finanziarie, con ordine a qualsiasi ente finanziario o creditizio di informare in tempo reale la Procura europea delle operazioni finanziarie su un conto specifico intestato all'indagato o da questi controllato o su altri conti che si presume ragionevolmente siano utilizzati in connessione con il reato; h) congelamento delle operazioni finanziarie future, con ordine a qualsiasi ente finanziario o creditizio di astenersi dall'effettuare transazioni finanziarie su un conto o conti specifici intestati all'indagato o da questi controllati; i) sorveglianza in luoghi non aperti al pubblico, con ordine di procedere a video e audio sorveglianza nascosta di luoghi non aperti al pubblico, esclusa la video sorveglianza di abitazioni private, e registrazione dei risultati; j) svolgimento di operazioni di infiltrazione, con ordine di agire sotto copertura o sotto falsa identità; k) convocazione di indagati e testimoni, quando vi è fondato motivo di ritenere che possano fornire informazioni utili alle indagini; l) misure di identificazione, con ordine di fotografare e filmare persone e rilevare elementi biometrici; m) sequestro di oggetti a fini probatori; n) accesso a locali e prelievamento di campioni di beni; o) ispezione di mezzi di trasporto, quando vi è fondato motivo di ritenere che trasportino beni connessi all'indagine; p) misure per rintracciare e controllare gli spostamenti di una persona; q) tracciamento e rintracciamento di oggetti mediante mezzi tecnici, comprese le consegne controllate di merci e le operazioni finanziarie controllate; r) sorveglianza mirata in luoghi pubblici dell'indagato e di terzi; s) accesso a registri pubblici nazionali o europei e a registri tenuti da soggetti privati nell'interesse pubblico; t) interrogatorio di indagati e testimoni; u) nomina di esperti, d'ufficio o su istanza dell'indagato, ove siano necessarie conoscenze specializzate. 2. Gli Stati membri provvedono affinché le misure di cui al paragrafo 1 possano essere usate nelle indagini e nelle azioni penali della Procura europea. Tali misure sono soggette alle condizioni di cui al presente articolo e fissate dal diritto nazionale. La Procura europea può disporre o chiedere misure investigative diverse da quelle del paragrafo 1 solo se sono contemplate nel diritto dello Stato membro in cui devono essere eseguite. 3. Le singole misure investigative di cui al paragrafo 1 non possono essere disposte in assenza di fondati motivi e se lo stesso obiettivo è conseguibile con mezzi meno intrusivi. 4. Gli Stati membri provvedono affinché le misure investigative di cui al paragrafo 1, lettere da a) a j), siano soggette all'autorizzazione dell'autorità giudiziaria competente dello Stato membro in cui devono essere eseguite. 5. Le misure investigative di cui al paragrafo 1, lettere da k) a u), sono soggette a autorizzazione giudiziaria se così dispone il diritto nazionale dello Stato membro in cui devono essere eseguite. 6. Se sussistono le condizioni di cui al presente articolo e quelle applicabili ai sensi del diritto nazionale per autorizzare la misura richiesta, l'autorizzazione è concessa entro 48 ore con decisione scritta e motivata dell'autorità giudiziaria competente. 7. La Procura europea può chiedere all'autorità giudiziaria competente di disporre l'arresto o la detenzione preventiva dell'indagato in conformità del diritto nazionale”.

2865 Per l'analisi della legge applicabile alle indagini della Procura europea e per l'esame dei poteri attribuiti alla Procura europea, si legga il terzo paragrafo della prima sezione di questo medesimo capitolo settimo, Titolo Secondo, Parte Seconda.

2866 Si legga in tal senso il disposto dell'articolo 26, par. 1-3 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, cit. citato nella nota 9.

un sistema di mutuo riconoscimento dell'autorizzazione giudiziale sul territorio di un altro Stato membro. Nel caso di misure investigative che richiedevano l'autorizzazione giudiziale e dovevano essere espletate sul territorio di più Stati membri a causa della dimensione transnazionale del reato commesso, pertanto, la Procura europea avrebbe dovuto richiedere l'autorizzazione giudiziaria per poter effettuare la medesima misura sul territorio di tutti gli Stati membri in cui avrebbe dovuto svolgere l'indagine. Un'evenienza del genere potrebbe frequentemente verificarsi, per esempio, nel caso di intercettazioni telefoniche che è necessario effettuare sul territorio di diversi Stati membri nel caso di reati aventi dimensione transnazionale e che richiedono una previa autorizzazione giudiziale, considerata l'intrusività di tale mezzo investigativo²⁸⁶⁷.

Il valore aggiunto della proposta rispetto ai già esistenti sistemi di cooperazione tra autorità giurisdizionali nazionali nei casi di reati transfrontalieri era, pertanto, minimo, dal momento che nel caso di misure coercitive richiedenti un'autorizzazione giudiziale non vi sarebbero state innovazioni e i procuratori europei delegati sarebbero dovuti ricorrere alle forme di coordinamento e cooperazione già esistenti. Oltre a non rafforzare l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea, una tale soluzione non avrebbe neanche permesso di tutelare in modo adeguato i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento penale condotto dalla Procura europea e, in particolare, i diritti di difesa degli indagati. La difesa si sarebbe, infatti, trovata a fronteggiare le medesime difficoltà con cui si confronta tradizionalmente nei procedimenti transnazionali, ovvero difficoltà linguistiche, limitazioni al diritto di impugnare nel merito di fronte ad autorità giudiziarie che applicano la legge del proprio Stato di appartenenza, autorizzazioni e ordinanze provenienti da altre giurisdizioni e costi molto elevati per potersi farsi assistere da avvocati esercitanti la professione sul territorio di un altro Stato membro²⁸⁶⁸. Una disciplina che conservi tutte queste complicazioni, a cui si aggiunge, la non prevedibilità e accessibilità *ex ante* della legge processuale applicabile, con la conseguente impossibilità di preparare adeguatamente la propria difesa, che, inoltre, dovrà essere diversa a seconda della legge processuale penale applicabile, non permette di tutelare adeguatamente i diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale condotto dalla Procura europea e,

2867A. WEYEMBERGH, K. LIGETI, *The European Public Prosecutors Office: certain constitutional issues*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ AND M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 66.

2868Per un'analisi delle difficoltà che incontra la difesa nei procedimenti penali aventi dimensione transnazionale, si legga lo studio elaborato sotto la direzione di B. SCHÜNEMANN, *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, p. 163 e seguenti; B. SCHÜNEMANN, *The foundations of transnational criminal proceedings*, in B. SCHÜNEMANN (a cura di), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege/A programme for European criminal justice*, Carl Heymanns, 2006, Köln. Sull'applicabilità del diritto ad un equo processo nei procedimenti aventi dimensione transnazionale, si legga, inoltre, W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, *Einleitung*, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER (a cura di), *International cooperation in criminal matters*, 2012, C.H. Beck, München, par. 112 e seguenti; K. GAEDE, *Nullum iudicium sine lege: Die völkerrechtliche Bindung eines gemeinschaftsrechtlichen Sonderstrafverfahrens an das Potential der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, 115, pp. 845-874.

pertanto, deve ritenersi altamente insoddisfacente.

La disciplina concernente le indagini transnazionali svolte dalla Procura europea è stata modificata nella proposta di regolamento del Consiglio approvata il 31 gennaio 2017 la quale ha previsto una regolamentazione apposita per lo svolgimento delle indagini transfrontaliere. Sembra, tuttavia, che le modifiche apportate con l'attuale proposta di regolamento, anziché migliorare il quadro, lo abbiano reso più complesso dal punto di vista del riparto delle competenze all'interno della Procura europea a causa della suddivisione delle attività di indagine tra un numero elevato di soggetti e tra diversi livelli organizzativi e decisionali. Allo stesso tempo non neanche apportato un miglioramento in riferimento con riguardo alla protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini transfrontaliere condotte dalla Procura europea poiché un tale livello di complessità e la mancata previsione di un corpo di regole uniformi a livello europeo provoca, al pari della situazione che scaturiva dalla proposta di regolamento della Commissione, un alto rischio di lesione dei diritti di tali soggetti. La proposta di regolamento del Consiglio prevede, infatti, ancora una volta prevalentemente il rinvio alla disciplina processuale nazionale per regolare le attività di indagine transnazionale poste in essere dalla Procura europea.

In particolare, l'articolo 26 della proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 prevede che qualora una misura debba “essere intrapresa in uno Stato membro diverso da quello del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo decide in merito all'adozione della misura necessaria e la assegna a un procuratore europeo delegato avente sede nello Stato membro in cui la misura in questione deve essere eseguita”²⁸⁶⁹. La disposizione precisa poi che il procuratore europeo delegato incaricato del caso, conformemente alle regole del diritto del proprio Stato membro per quanto concerne “la giustificazione e l'adozione di tali misure”, può assegnare qualsiasi misura a sua disposizione conformemente a quanto previsto dall'articolo 25²⁸⁷⁰.

Per quanto concerne i casi in cui è necessaria l'autorizzazione giudiziale per disporre la misura investigativa, in base alla disciplina prevista dalla proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, possono verificarsi in pratica due diverse situazioni a cui si applicherà una disciplina parzialmente diversa.

In primo luogo, potrebbe accadere che il diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza richieda la previa autorizzazione giudiziaria al fine di

²⁸⁶⁹In tal senso si legga l'articolo 26, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, 31 gennaio 2017, 5766/17, Fascicolo interistituzionale: 2013/0255 (APP), il quale in prima battuta precisa: “I procuratori europei delegati agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi regolarmente nei casi transfrontalieri”. Il paragrafo 4 del medesimo articolo 26 della proposta di regolamento prevede, inoltre: “Il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza intraprende la misura assegnata o ne dà incarico all'autorità nazionale competente”.

²⁸⁷⁰L'articolo 26, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* prevede, inoltre: “Se assegna una misura investigativa a uno o più procuratori europei delegati di un altro Stato membro, il procuratore europeo delegato incaricato del caso informa al tempo stesso il proprio procuratore europeo incaricato della supervisione”.

svolgere tale misura investigativa. In tal caso, il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza deve richiedere e ottenere tale autorizzazione conformemente al diritto di detto Stato membro. L'articolo 26, par. 3 della proposta di regolamento prevede, inoltre, che “in caso di rifiuto dell'autorizzazione giudiziaria per la misura assegnata, il procuratore europeo delegato incaricato del caso ritira l'assegnazione”.

In secondo luogo, invece, l'autorizzazione giudiziaria potrebbe essere richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso. In tal caso è il procuratore europeo delegato incaricato del caso che deve richiedere e ottenere l'autorizzazione e trasmetterla congiuntamente all'assegnazione del caso²⁸⁷¹.

La disposizione disciplina, infine, la situazione in cui i procuratori europei delegati non possano risolvere il disaccordo circa l'opportunità di effettuare la misura contenuta nell'assegnazione²⁸⁷². In particolare, la proposta di regolamento prevede che nel caso in cui non risolvano la questione entro sette giorni lavorativi e l'assegnazione sia mantenuta, la questione debba essere sottoposta alla camera permanente competente²⁸⁷³. Quest'ultima “sente, nella misura necessaria, i procuratori

2871 In tal senso, si legga l'articolo 26, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il Considerando 63 precisa, inoltre che “*Nei casi transfrontalieri, il procuratore europeo delegato incaricato del caso dovrebbe potersi appoggiare al procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza qualora le misure debbano essere intraprese in altri Stati membri. Se per tali misure è stata richiesta un'autorizzazione giudiziaria, occorre specificare chiaramente in quale Stato membro essa dovrebbe essere ottenuta, ma in ogni caso dovrebbe esservene solo una. In caso di rifiuto definitivo della misura investigativa da parte delle autorità giudiziarie, vale a dire una volta esperite tutte le vie di ricorso, il procuratore europeo delegato incaricato del caso dovrebbe ritirare la richiesta o l'ordinanza*”.

2872 I motivi per cui può sorgere il disaccordo sono elencati nell'articolo 26, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in cui si legge: che “*Se il procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza ritiene che: a) l'assegnazione sia incompleta o contenga un errore manifesto e rilevante; b) la misura non possa essere intrapresa entro il termine fissato nell'assegnazione per motivi giustificati e oggettivi; c) una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire gli stessi risultati della misura assegnata; o d) la misura assegnata non esista o non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro; informa il proprio procuratore europeo incaricato della supervisione e consulta il procuratore europeo delegato incaricato del caso per risolvere la questione a livello bilaterale*”. Al proposito, il paragrafo 5 bis dell'articolo 26 prevede, in particolare, che nel caso in cui la misura assegnata non esista “*in una situazione puramente interna*”, ma “*sarebbe disponibile in una situazione transfrontaliera disciplinata da strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera*”, “*i procuratori europei delegati interessati possono ricorrere a tali strumenti di concerto con i procuratori europei incaricati della supervisione*”. Si leggano in proposito anche i Considerando 64 e 64 bis antecedenti la proposta di regolamento in cui è sottolineata: “*La possibilità, prevista nel presente regolamento, di ricorrere a strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera non dovrebbe sostituire le norme specifiche relative alle indagini transfrontaliere ai sensi del presente regolamento. Dovrebbe piuttosto integrarle al fine di assicurare che, nello svolgimento delle indagini o dell'azione penale, qualora in un'indagine transfrontaliera si renda necessario il ricorso a una misura che però non è prevista nel diritto nazionale per una situazione puramente interna, essa possa essere utilizzata conformemente alla legislazione nazionale di attuazione del pertinente strumento*” (Considerando 64). “*Le disposizioni sulla cooperazione transfrontaliera di cui al presente regolamento non dovrebbero pregiudicare gli strumenti giuridici esistenti volti ad agevolare la cooperazione transfrontaliera tra autorità nazionali diverse da procuratori o autorità giudiziarie. Lo stesso dovrebbe valere per le autorità nazionali che collaborano sulla base del diritto amministrativo*” (Considerando 64 bis).

2873 In tal senso, si legga l'articolo 26, par. 6 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* che prevede: “*Qualora i procuratori europei delegati non possano risolvere la questione entro sette giorni lavorativi e l'assegnazione sia mantenuta, la questione è sottoposta alla camera permanente competente. Lo stesso vale nel caso in cui la misura assegnata non sia intrapresa entro il termine fissato nell'assegnazione o entro un termine ragionevole*”. Tale compito è assegnato alle camere permanenti anche in base all'articolo 9, par. 2 della proposta di regolamento, il quale, nel definire i compiti delle camere permanenti, stabilisce: “*Le camere permanenti monitorano e indirizzano le indagini e le azioni penali condotte dai*

europei delegati interessati dal caso, e successivamente decide, senza indebito ritardo e conformemente al diritto nazionale applicabile e al presente regolamento, se ed entro quale termine la misura necessaria, o una misura sostitutiva, è adottata dal procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, e comunica tale decisione ai suddetti procuratori europei delegati tramite il procuratore europeo competente²⁸⁷⁴.

Il successivo articolo 27 per quanto riguarda l'esecuzione delle misure assegnate prevede, inoltre, che le misure assegnate “sono eseguite conformemente al presente regolamento e al diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza”²⁸⁷⁵.

L'articolo 28, infine, prevede che “il procuratore europeo delegato incaricato del caso può disporre o chiedere l'arresto o la detenzione preventiva dell'indagato o dell'imputato in conformità del diritto nazionale applicabile in casi nazionali analoghi”. Inoltre, qualora sia necessario procedere all'arresto e alla consegna di una persona che non si trova nello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo emette o chiede all'autorità competente di detto Stato membro di emettere un mandato d'arresto europeo ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI²⁸⁷⁶.

Da un esame della disciplina approntata nella proposta di regolamento del Consiglio è evidente la forte dimensione che assume il diritto nazionale. La Procura europea, ossia un organo sovranazionale dovrebbe, pertanto, utilizzare i poteri e seguire le regole previste in ogni Stato membro.

Al riguardo, oltretutto, non sono chiare le regole in base a cui il procuratore europeo delegato incaricato del caso possa scegliere il luogo in cui condurre l'indagine; si potrebbe, quindi, ritenere che la Procura europea è libera di assegnare il caso a diversi procuratori europei delegati aventi sede in diversi Stati membri e, nei casi in cui debba essere richiesta l'autorizzazione giudiziale, chiedere l'autorizzazione giudiziale alle autorità giurisdizionali appartenenti a diverse giurisdizioni al fine di incrementare le possibilità che tale autorizzazione sia concessa da almeno un'autorità

procuratori europei delegati in conformità dei paragrafi 3, 3 bis e 4 del presente articolo. Esse garantiscono inoltre il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri e l'attuazione delle decisioni prese dal collegio in conformità dell'articolo 8, paragrafo 2”.

2874Così dispone l'articolo 26, par. 7 della articolo 26, par. 6 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

2875L'articolo 27 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* continua affermando che “*Si osservano le formalità e le procedure espressamente indicate dal procuratore europeo delegato incaricato del caso, a meno che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza*”.

2876In tal senso, si legga l'articolo 28 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* e i Considerando 65 e 66, in base ai quali “*È opportuno che le disposizioni relative all'arresto preventivo e alla consegna transnazionale non pregiudichino le procedure specifiche vigenti negli Stati membri in cui non è richiesta un'autorizzazione giudiziaria per l'arresto iniziale di un indagato o di un imputato*” (Considerando 65). “*Il procuratore europeo delegato incaricato del caso dovrebbe essere autorizzato a emettere o chiedere mandati d'arresto europei nell'ambito di competenza della Procura europea*” (Considerando 66).

giurisdizionale.

Non sono previste neanche regole precise in merito ai criteri in base a cui richiedere tale autorizzazione, dal momento che tali condizioni sono definite tramite rinvio al diritto nazionale applicabile e non è possibile prevedere in anticipo con ragionevole certezza quale diritto nazionale sarà applicabile al caso di specie, mancando l'indicazione dei criteri in base a cui il procuratore europeo delegato incaricato del caso possa decidere di assegnare il caso ad un procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza²⁸⁷⁷.

Il principio di legalità processuale e, di conseguenza, i diritti di difesa degli indagati rischiano, quindi, di essere lesi anche nell'attuale proposta di regolamento, la quale non prevedendo regole comuni a livello europeo non ha risolto la frammentarietà e la situazione di incertezza quanto alla legge processuale applicabile nei casi di indagini transfrontaliere che, al contrario, si proponeva di risolvere²⁸⁷⁸.

Una seconda criticità deriva dal fatto che, oltre a non garantire l'effettività delle indagini e a non assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale condotto dalla Procura europea, sembra che tale sistema non rappresenti neanche un valore aggiunto rispetto agli strumenti di cooperazione e di mutuo riconoscimento attualmente esistenti e utilizzati nell'area di libertà, sicurezza e giustizia.

Al proposito, assume rilievo verificare se il sistema delineato nella proposta di regolamento costituisca un valore aggiunto rispetto a strumenti volti ad assicurare il mutuo riconoscimento nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come, per esempio, l'ordine europeo di indagine penale²⁸⁷⁹. Nel caso in cui la disciplina ivi prevista non preveda forme di cooperazione e di mutuo riconoscimento che siano al tempo stesso rispettose dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti al procedimento iniziato dalla Procura europea e più efficaci di quelle attualmente esistenti, infatti, non si vede l'utilità di creare una struttura e un meccanismo così complesso. L'utilità derivante dalla

2877Si legga, al proposito, l'analisi svolta con riferimento ai poteri investigativi attribuiti alla Procura europea nel il terzo paragrafo della prima sezione di questo medesimo capitolo settimo, Titolo Secondo, Parte Seconda.

2878Si legga al proposito K. LIGETI, *The European Public Prosecutor's Office*, in V. MITSILEGAS, M. BERGSTRÖM, T. KONSTADINIDES (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar, 2015; A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, consultabile online al sito internet <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.

2879L'ordine europeo di indagine penale è un sistema che è stato istituito con la direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in GU L 130, 1 maggio 2014, p. 1-36. Si legga, per un commento sulla direttiva, S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, Vol. II, *EU criminal law, policing, and civil law*, Oxford University Press, 2016; S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014; D. MARCELLO, *Evidence gathering in the realm of the European Investigation Order: from national rules to global principles*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, v. 6, n. 2, pp. 179-194; A. KLIP (a cura di), *Materials on European criminal law*, 2014, Intersentia, Cambridge; C. HEARD, D. MANSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence- Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 2, 4, 2011, p. 353 e seguenti; I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence, Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, 1, 2015, p. 8 e seguenti; J. BLACKSTOCK *The European Investigation Order*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 1, 4, 2010.

creazione di un organo inquirente sovranazionale sarebbe, infatti, in tal caso ridotta.

La disciplina in materia di indagini sovranazionali predisposta nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 configura un sistema *ad hoc* che non si fonda sul mutuo riconoscimento degli atti di indagine. Tale impostazione è comprensibile se si considera che la Procura europea dovrebbe essere un organo inquirente sovranazionale che non si ispira ad una logica di coordinazione orizzontale tra autorità giurisdizionali degli Stati membri, ma ad una logica di cooperazione verticale, in cui la Procura europea costituisce l'organo deputato a condurre e coordinare le indagini per i reati di sua competenza. Tuttavia, constata la notevole diversità che sussiste tra le legislazioni processualpenalistiche degli Stati membri²⁸⁸⁰, in assenza della predisposizione di una legislazione uniforme a livello europeo, l'abbandono del principio del mutuo riconoscimento può provocare conseguenze problematiche in termini di ammissibilità delle prove raccolte in un altro Stato membro per le ragioni che andiamo ad illustrare.

Il più recente strumento adottato a livello europeo che si fonda sul principio del mutuo riconoscimento è l'ordine di indagine europeo. L'ordine di indagine europeo è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (Stato di emissione) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (Stato di esecuzione) ai fini di acquisire prove conformemente alle regole previste dalla direttiva 2014/41/UE²⁸⁸¹. L'autorità di esecuzione è tenuta a riconoscere l'ordine europeo di indagine adottato dall'autorità di emissione tranne che nei casi espressamente disciplinati²⁸⁸². In base a quanto previsto dalla direttiva 2014/41/UE, il diritto nazionale può essere invocato a determinate condizioni espressamente previste per non riconoscere o non eseguire l'ordine europeo di indagine²⁸⁸³, oppure nei casi in cui nei casi in cui si ritenga necessario fare ricorso ad un altro tipo di indagine²⁸⁸⁴. La

2880Si leggano al riguardo le relazioni concernenti il sistema processuale penale di venti Stati membri dell'Unione contenute in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union, A comparative Analysis*, Vol. 1, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

2881Si legga in tal senso l'articolo 1 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*.

2882L'articolo 11 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, prevede i casi in cui l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI (ordine europeo di indagine). L'articolo 15 della medesima direttiva, inoltre, prevede le ragioni in presenza delle quali è possibile rinviare il riconoscimento o l'esecuzione dell'OEI.

2883L'articolo 11, par. 1 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, in particolare, alle lettere a), c), e), g) e h) stabilisce: “a) il diritto dello Stato di esecuzione preveda immunità o privilegi che rendono impossibile l'esecuzione dell'OEI, ovvero norme sulla determinazione e limitazione della responsabilità penale relative alla libertà di stampa e alla libertà di espressione in altri mezzi di comunicazione che renderebbero impossibile l'esecuzione dell'OEI; c) l'OEI sia stato emesso nel quadro dei procedimenti di cui all'articolo 4, lettere b) e c), e l'atto investigativo non sia ammesso a norma del diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo; g) la condotta riguardo alla quale è stato emesso l'OEI non costituisca reato in base al diritto dello Stato di esecuzione, a meno che riguardi un reato elencato nelle categorie figuranti nell'allegato D, come indicato dall'autorità di emissione nell'OEI, qualora sia punibile nello Stato di emissione con una pena o una misura di sicurezza detentiva della durata massima di almeno tre anni; o h) il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati o a reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell'OEI”.

2884Si legga, in tal senso l'articolo 10 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, *cit.*, che prevede i casi in presenza dei quali l'autorità di

direttiva 2014/41/UE stabilisce, inoltre, dei termini entro cui l'OEI (ordine europeo di indagine) deve essere riconosciuto o eseguito²⁸⁸⁵.

Al contrario, nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 la legge nazionale determinerà se e a quali condizioni sia necessaria l'autorizzazione giudiziale per disporre una misura investigativa in un altro Stato membro. Del pari, nel caso in cui una tale autorizzazione sia necessaria, i motivi in base a cui l'autorità giurisdizionale nazionale può rifiutare l'autorizzazione sono meramente nazionali e non sono in alcun modo disciplinati nella proposta di regolamento istitutiva della Procura europea, a differenza di quanto previsto nella direttiva 2014/41/UE. Non è, quindi, dato desumere dal testo della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 se i motivi di diniego di un'autorizzazione giudiziale allo svolgimento di determinate misure investigative da parte della Procura europea sia possibile sulla base delle medesime ragioni per cui è possibile negare il riconoscimento o l'esecuzione di un OEI o se, invece, l'autorità giurisdizionale nazionale possa negare tale autorizzazione anche sulla scorta di altri argomenti²⁸⁸⁶. In sostanza, la proposta di regolamento istitutiva della Procura europea, così come approvata il 31 gennaio 2017, effettua un rinvio più ampio alla legge nazionale di quanto non facesse la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine.

Per quanto riguarda i termini entro cui le misure investigative devono essere eseguite nello Stato di esecuzione, inoltre, la proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 non prevede termini precisi e predeterminati come l'articolo 12 della direttiva 2014/41/UE. L'articolo 26, par. 6 e 7 della proposta di regolamento, infatti, prevede che la camera permanente esamini la questione “nel caso in cui la misura assegnata non sia intrapresa entro il termine fissato nell'assegnazione o entro un termine ragionevole”. Di conseguenza, “successivamente decide, senza indebito ritardo e

esecuzione può disporre un atto di indagine alternativo.

2885A tal proposito, l'articolo 12 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 *relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., prevede che “1. L'adozione della decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione e il compimento dell'atto d'indagine hanno luogo con la stessa celerità e priorità usate in un caso interno analogo e, in ogni caso, entro i termini previsti dal presente articolo. 2. Se l'autorità di emissione ha indicato nell'OEI che, a motivo dei termini procedurali, della gravità del reato o di altre circostanze particolarmente urgenti, sono necessari termini più brevi di quelli previsti dal presente articolo, ovvero se l'autorità di emissione ha richiesto nell'OEI che l'atto d'indagine deve essere compiuto in una data specifica, l'autorità di esecuzione tiene in massima considerazione tale esigenza. 3. La decisione sul riconoscimento o sull'esecuzione è adottata il più rapidamente possibile e comunque, fatto salvo il paragrafo 5, entro trenta giorni dalla ricezione dell'OEI da parte dell'autorità di esecuzione competente. 4. Salvo qualora sussistano motivi di rinvio ai sensi dell'articolo 15, o le prove che si intendono acquisire con l'atto di indagine indicato nell'OEI siano già in possesso dello Stato di esecuzione, l'autorità di esecuzione compie l'atto di indagine senza ritardo e, fatto salvo il paragrafo 5, entro 90 giorni dalla decisione di cui al paragrafo 3. 5. Se per l'autorità di esecuzione non è possibile rispettare il termine di cui al paragrafo 3 o la data specifica prevista al paragrafo 2, tale autorità ne informa senza ritardo l'autorità competente dello Stato di emissione con qualsiasi mezzo disponibile, indicando i motivi del ritardo e il tempo ritenuto necessario per adottare la decisione. In tal caso, il termine di cui al paragrafo 3 può essere prorogato per un massimo di 30 giorni. 6. Se per l'autorità di esecuzione competente non è possibile rispettare il termine di cui al paragrafo 4, tale autorità ne informa senza ritardo l'autorità competente dello Stato di emissione con qualsiasi mezzo disponibile, indicando i motivi del ritardo, e consulta l'autorità di emissione sul momento appropriato per compiere l'atto d'indagine”.

2886Similmente, si legga A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, cit., p. 32.

conformemente al diritto nazionale applicabile e al presente regolamento, se ed entro quale termine la misura necessaria, o una misura sostitutiva, è adottata dal procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza”²⁸⁸⁷. Non sono indicati termini precisi e perentori, ma solo formule indeterminate quali “termine ragionevole”, “senza indebito ritardo”, “se ed entro quale termine”. La scelta della tempistica è, pertanto, determinata dalle camere permanenti “conformemente al diritto nazionale applicabile e al presente regolamento”. Considerato che la proposta di regolamento non dispone alcunché al riguardo, il termine sarà, quindi, determinato in base al diritto nazionale dalla camera permanente nei tempi che essa riterrà opportuni. Di conseguenza, nei casi di indagini transfrontaliere condotte dalla Procura europea, le misure investigative potrebbero essere eseguite in un lasso di tempo più lungo delle misure soggette all'ordine di indagine europeo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si ritiene, quindi, che il sistema predisposto nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 sia del tutto inadeguato a garantire sia l'efficace repressione dei reati contro gli interessi finanziari dell'Unione che la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea, i quali non potranno prevedere né la legge applicabile né la portata del controllo che potrà essere esercitato dall'autorità giurisdizionale nazionale.

A ciò si aggiunga che un'ulteriore contraddittorietà della disciplina ivi prevista consiste nell'aver previsto una diversa disciplina che reca detrimento sia all'effettività delle indagini che ai diritti dei soggetti coinvolti per quanto riguarda il sistema di acquisizione delle prove nelle indagini transnazionali, mentre allo stesso tempo ha previsto il ricorso al mandato di arresto europeo di cui alla decisione quadro 2002/584/GAI²⁸⁸⁸ per i casi in cui la Procura europea desidera procedere all'arresto e alla consegna di una persona che non si trova nello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato incaricato del caso.

Non si comprende, pertanto, per quale motivo i redattori della proposta abbiano scelto di predisporre uno specifico sistema di acquisizione della prova, ma non un sistema apposito per le procedure di arresto e consegna di persone che non si trovano sul territorio dello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato incaricato del caso. Come è stato rilevato, “*The logic of the current situation is difficult to grasp*”²⁸⁸⁹.

Si ritiene che l'unica soluzione che permetta di garantire al medesimo tempo l'efficace protezione degli interessi finanziari dell'Unione e la protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea sarebbe quella di prevedere un corpo di regole uniformi che

²⁸⁸⁷In tal senso, si legga l'articolo 26, par. 6 e 7 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, prima citato.

²⁸⁸⁸Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, in GU L 190 del 18 luglio 2002, p. 1.

²⁸⁸⁹In tal senso, A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, *cit.*, p. 33.

stabilisca con precisione in quali occasioni e in presenza di quali requisiti sia necessaria una previa autorizzazione giudiziale, che stabilisca previamente per quali motivi tale autorità giurisdizionale può negare l'autorizzazione giudiziale e che determini i limiti temporali entro cui l'autorità giurisdizionale debba prendere la propria decisione.

Mediante la previsione di un sistema di regole uniformi si eviterebbero, infatti, tutti i problemi collegati all'ammissibilità delle prove, come abbiamo avuto modo di sottolineare nel paragrafo precedente²⁸⁹⁰ e si consentirebbe ai soggetti sottoposti alle indagini di prevedere *ex ante* quale legge sarà applicabile. Le prove raccolte dalla Procura europea nei casi aventi dimensione transnazionale sarebbero così tutte assoggettate alle medesime regole processuali, le quali dovrebbero essere delineate in conformità con la tutela dei diritti fondamentali prevista a livello europeo²⁸⁹¹, e sarebbero più agevolmente esperibili dalla Procura europea.

4.1.1.1.72 Indagini interne

Allo stato attuale non esiste alcun organo giurisdizionale europeo competente a condurre indagini penali nei confronti dei funzionari e degli agenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione europea. L'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), infatti, può svolgere solo indagini amministrative²⁸⁹². La Procura europea sarebbe, quindi, l'unico organo europeo dotato del potere di svolgere indagini penali in relazione ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione commessi da funzionari o agenti delle istituzioni europee.

Al momento, l'azione penale nei confronti degli autori di reati commessi all'interno degli organi europei può essere esercitata solo dalle autorità nazionali responsabili dell'azione penale nello Stato membro in cui l'istituzione o l'organismo hanno sede²⁸⁹³. L'articolo 11, par. 5 del Regolamento n. 883/2013 prevede, infatti, che “se la relazione redatta a seguito di un'indagine interna rivela l'esistenza di fatti suscettibili di dare luogo ad azioni penali, tale informazione è trasmessa alle autorità giudiziarie dello Stato membro interessato”²⁸⁹⁴. Spetta, quindi, alle autorità giurisdizionali

2890 Quanto al regime di ammissibilità delle prove, si legga il paragrafo precedente di questo medesimo capitolo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2891 Per un'analisi dei diritti fondamentali che devono essere rispettati, sia in ambito di diritto penale sostanziale che processuale, si leggano i capitoli quinto e sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2892 Sulla natura amministrativa delle indagini svolte da OLAF e sui profili che hanno fatto ritenere che, di fatto, tale agenzia svolgesse indagini di natura sostanzialmente penale, si legga l'approfondita analisi di J.F.H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011.

2893 Si legga in tal senso il Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione, Bruxelles, 11 dicembre 2001 COM(2001) 715 definitivo, punto 2.1.4., p. 16.

2894 In tal senso, si legga l'articolo 11, par. 5 del Regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, *relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)* e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, in GU L 248 del 18 settembre 2013, pp. 1-22.

competenti decidere se svolgere o meno indagini più approfondite ed esercitare l'azione penale nei confronti degli autori dei reati commessi contro gli interessi finanziari dall'Unione da membri delle istituzioni, organi o organismi europei.

Considerato l'alto grado di offensività che tali reati possono assumere e il grave danno che possono comportare per la credibilità e legittimità dell'Unione stessa²⁸⁹⁵, a cui si aggiunge la considerazione che le indagini amministrative svolte da OLAF non sono sufficienti a reprimere in modo efficace tali forme di reato dal momento che le autorità giudiziarie nazionali non sono obbligate a dar seguito alle relazioni preparate da OLAF a seguito dello svolgimento di indagini interne, la competenza della Procura europea a individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di tali reati risulta uno strumento essenziale²⁸⁹⁶.

Alla rilevanza fondamentale del ruolo rivestito dalla Procura europea, tuttavia, non corrisponde una specifica disciplina nelle proposte di regolamento istitutive della Procura europea finora adottate. Nella proposta di regolamento della Commissione del 2013, infatti, non era contenuta alcuna disposizione che si riferisse specificamente alle modalità di svolgimento delle indagini nei confronti di agenti e funzionari delle Istituzioni europee²⁸⁹⁷. Nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 sono previste solo limitate disposizioni che si riferiscono al compimento di indagini interne da parte della Procura europea.

Quanto alla proposta della Commissione del 2013, dovendosi escludere che la Commissione avesse voluto non attribuire alla Procura europea la competenza a svolgere indagini nei confronti dei

²⁸⁹⁵Si consideri al riguardo che alla fine degli anni Novanta si è deciso di sostituire UCLAF (*Unità di Coordinamento della lotta antifrodi*) con un'agenzia dotata di maggiori poteri investigativi, ossia l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) proprio in seguito alla crisi generatasi dagli scandali verificatosi in seno alla stessa Commissione. In tal senso, si legga la Decisione della Commissione del 28 aprile 1999 *che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)*, in GU L 136, 31 maggio 1999, pp. 20-22, poi modificata dalla Decisione della Commissione 2013/478/UE del 27 settembre 2013, in GU L 257, del 28 settembre 2013, p. 19. In seguito a tali avvenimenti nel marzo del 1999 i membri della Commissione Santer rassegnarono collettivamente le proprie dimissioni. Per un approfondimento sugli avvenimenti che hanno portato a tale situazione di crisi, si legga J. PRIESTLEY, *Six Battles that shaped Europe's Parliament*, London, John Harper Publishing, 2008; P. CRAIG, *The Fall and Renewal of the Commission: Accountability, Contract and Administrative Organisation*, in *European Law Journal*, 2000, pp. 98-116; J.F.H. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, cit., pp. 47-53; A. A. MURAWSKA, *Administrative anti-fraud measures within the European Union*, Nomos, Baden-Baden, 2008, p. 62 e seguenti.

²⁸⁹⁶Si leggano sul punto anche le considerazioni e gli esempi contenuti nel Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea* presentato dalla Commissione, Bruxelles, 11 dicembre 2001, COM(2001) 715 definitivo, punto 2.1.4., p. 16 della versione italiana, punto 2.1.4, punto 3.1.2. p. 23 della versione italiana.

²⁸⁹⁷L'unica disposizione della proposta di regolamento in cui è contenuto un riferimento specifico a funzionari e agenti dell'Unione è l'articolo 19, in cui è disciplinata la revoca dei privilegi e delle immunità. Mentre il paragrafo 1, infatti, concerne i privilegi e le immunità previsti ai sensi del diritto nazionale, il paragrafo 2 concerne i privilegi e le immunità garantiti dal diritto dell'Unione. In particolare, l'articolo 19 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), stabilisce: “Quando le indagini della Procura europea riguardano persone protette da privilegi o immunità ai sensi del diritto nazionale che ostacolano lo svolgimento di un'indagine specifica, la Procura europea presenta richiesta scritta motivata di revoca di tali privilegi o immunità, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale in questione. 2. Quando le indagini della Procura europea riguardano persone protette da privilegi o immunità ai sensi del diritto dell'Unione, in particolare il protocollo sui privilegi e sulle immunità dell'Unione europea, che ostacolano lo svolgimento di un'indagine specifica, la Procura europea presenta richiesta scritta motivata di revoca di tali privilegi o immunità, in conformità delle procedure previste dal diritto dell'Unione”.

membri delle istituzioni, occorre rilevare che dall'assenza di disciplina si desume che le indagini interne, con ciò intendendosi le indagini svolte nei confronti di funzionari e agenti dell'Unione, dovessero essere assoggettate alle stesse regole previste per le indagini esterne, ossia per le indagini svolte nei confronti di persone fisiche o giuridiche che avessero commesso un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione e che non fossero membri delle istituzioni europee.

L'equiparazione della disciplina delle indagini interne e di quelle esterne importa rilevanti conseguenze in termini di poteri investigativi della Procura europea, controllo giurisdizionale sugli atti da quest'ultima adottati e garanzie procedurali dei soggetti sottoposti alle indagini, dal momento che esistono delle differenze significative tra lo svolgimento di indagini esterne e interne²⁸⁹⁸.

Valga ad esempio considerare il fatto che per svolgere determinate misure investigative particolarmente invasive dei diritti fondamentali del soggetto, la Procura europea, come abbiamo visto²⁸⁹⁹, deve richiedere l'autorizzazione giudiziale del giudice nel cui territorio deve effettuare la misura coercitiva. Nel caso in cui la misura concerna un agente o funzionario dell'Unione, la Procura europea dovrà, pertanto, richiedere l'autorizzazione giudiziale a disporre tale misura all'autorità giurisdizionale del luogo in cui l'istituzione, l'organo o l'organismo dell'Unione ha la propria sede. Al riguardo, sorge spontaneo chiedersi se l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che applica la propria legge nazionale nel decidere se autorizzare o meno l'esecuzione della misura coercitiva richiesta dalla Procura europea sia la sede più adeguata per decidere su una misura richiesta da un organo inquirente europeo nei confronti di un funzionario o di un agente di un'istituzione o organismo europeo²⁹⁰⁰. A livello di indagini interne, infatti, non vi è alcun criterio di collegamento che giustifichi l'applicazione di quella determinata legge nazionale, se non l'ubicazione dell'istituzione²⁹⁰¹.

2898A causa delle differenze esistenti tra i due tipi di indagine, infatti, il Considerando 21 del Regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, *relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)*, *cit.* prevede che “*Le indagini interne ed esterne dell'Ufficio seguono in parte norme distinte*”. Conformemente a quanto previsto nel Considerando, il regolamento n. 883/2013 prevede due discipline distinte per lo svolgimento delle indagini esterne e delle indagini interne. Le prime sono regolate dall'articolo 3 del Regolamento, mentre le seconde sono disciplinate dall'articolo 4 dello stesso. In particolare, per quanto riguarda le indagini interne il regolamento prevede che tali indagini sono condotte conformemente alle condizioni stabilite dal regolamento, ma anche dalle decisioni adottate dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi pertinenti.

2899In tal senso, si legga l'articolo 26 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*. Per un esame dei poteri coercitivi della Procura europea si legga quanto stabilito nella sezione prima di questo medesimo capitolo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2900In tal senso, si leggano anche i rilievi di J. INGHELDRAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press Instituut, The Hague, 2015, pp. 124, il quale sottolinea: “*Indeed, although being an EU body, the EPPO would have to obtain prior judicial authorisation from a Belgian judge d'instruction in order to carry out a search in the offices of an EU institution located in Brussels, if one applies Article 26 of the Commission's proposal. This raises the question as to whether a national judge is the best placed authority to exercise such a competence, at the investigation stage, in a pure EU environment*”.

2901Si leggano al riguardo le osservazioni di J. INGHELDRAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press Instituut, The Hague, 2015, pp. 124-125.

La disciplina prevista nella proposta di regolamento della Commissione si pone, dunque, in linea di continuità con la disciplina attualmente prevista. A differenza di OLAF, la Procura europea sarebbe competente a svolgere indagini penali e a rinviare a giudizio gli autori di tali reati, ma la possibilità di effettuare determinati atti di indagine nel corso delle indagini preliminari al fine di accertare la colpevolezza di membri di istituzioni, organi o organismi dell'Unione sarebbe comunque rimessa alla decisione di un'autorità giurisdizionale nazionale sulla base del proprio diritto processuale penale nazionale. Non vi sarebbe, dunque, una disciplina uniforme a livello europeo neanche per quanto riguarda i reati commessi da membri delle istituzioni, organi o organismi europei: la legge penale applicabile varierebbe anche in tal caso in base al luogo in cui l'istituzione, l'organo o l'organismo europeo abbia la propria sede²⁹⁰².

Al riguardo si ritiene che la necessità di adottare una disciplina europea uniforme e di prevedere la possibilità di ricorrere dinanzi ad un'autorità giurisdizionale europea sia ancora più necessaria nel caso di indagini svolte dalla Procura europea nei confronti di agenti o funzionari di istituzioni, organi o organismi dell'Unione. Assume, infatti, tratti paradossali la circostanza che non esista una disciplina uniforme neanche per quanto riguarda i funzionari o agenti europei che siano indagati e rinviati a giudizio da un organo inquirente europeo, quale la Procura europea.

La proposta di regolamento istitutiva della Procura europea approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017 d'altra parte non pone rimedio a tale situazione. Nella proposta di regolamento, infatti, sono previste solo tre disposizioni che si riferiscono alle indagini interne svolte dalla Procura europea e nessuna di esse prevede una disciplina specifica per lo svolgimento delle stesse.

In particolare, l'articolo 18 concernente la “competenza territoriale e personale della Procura europea” prevede alla lettera c) che la Procura europea è competente per i reati commessi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione se tali reati sono stati commessi al di fuori del territorio di uno o più Stati membri “da una persona che al momento del reato era soggetta allo statuto dei funzionari o al regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee, a condizione che uno Stato membro

²⁹⁰²Si rilevi, inoltre, che i poteri di indagine attribuiti alla Procura sarebbero, in base al disposto della proposta di regolamento, anche più limitati di quelli che possiede attualmente OLAF. Si legga in tal senso l'articolo 4, par. 2, lett. a) del Regolamento (UE, Euratom) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, *relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)*, cit., che prevede che OLAF nel compiere indagini interne possa “*avere accesso senza preavviso e senza ritardo a qualsiasi informazione pertinente, ivi incluse le informazioni contenute in banche dati, detenute dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi nonché ai locali dei medesimi. L'Ufficio ha la facoltà di controllare la contabilità delle istituzioni, degli organi e degli organismi. L'Ufficio può riprodurre e ottenere estratti di qualsiasi documento o del contenuto di qualsiasi supporto di dati detenuti dalle istituzioni, dagli organi e dagli organismi e, se necessario, prendere possesso di tali documenti o informazioni per evitare qualsiasi rischio di sottrazione*” Tale circostanza potrebbe essere dovuta alla diversa natura delle indagini svolte da due soggetti, amministrativa nel caso delle indagini di OLAF e penale nel caso delle indagini effettuate dalla Procura europea. Tuttavia, considerato che uno dei principali motivi per cui si è sentita la necessità di istituire la Procura europea è quello di garantire una più efficace repressione agli autori di crimini lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, si ritiene che una tale differenza di disciplina sia quantomeno discutibile. Negli ordinamenti giuridici nazionali, infatti, l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti indagati non ha portato a ridurre i poteri investigativi delle autorità inquirenti, ma a predisporre degli adeguati sistemi che permettessero di garantire la protezione dei diritti fondamentali di tali soggetti.

sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio”²⁹⁰³. Tale disposizione, pertanto, si limita ad estendere la competenza della Procura europea alle persone soggette allo statuto dei funzionari o al regime applicabile agli altri agenti dell'Unione anche nei casi in cui tali reati siano stati commessi al di fuori del territorio di uno o più Stati membri, a condizione che “uno Stato membro sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio”²⁹⁰⁴. Trattandosi di una disciplina concernente la competenza territoriale e *ratione personae* della Procura europea, non influisce sulla disciplina applicabile alle indagini interne da essa svolte.

In merito all'esercizio della competenza della Procura europea, inoltre, nella proposta di regolamento del Consiglio approvata il 31 gennaio 2017 è stato previsto che la Procura europea possa esercitare la sua competenza in relazione ad un reato lesivo degli interessi finanziari dell'Unione che comporti un danno per gli interessi finanziari europei inferiore a 10000 euro, solamente in due occasioni, una delle quali corrisponde all'ipotesi che possano essere “sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione europea, ovvero membri delle istituzioni”²⁹⁰⁵. La disposizione ha poi cura di precisare che “se del caso, la Procura europea consulta le autorità nazionali competenti o gli organi dell'Unione per stabilire se siano soddisfatti i criteri di cui alle lettere a) e b)”²⁹⁰⁶. In taluni casi non meglio specificati, dal momento che nel testo della disposizione si legge “se del caso”, la Procura europea consulterà le autorità nazionali competenti, le quali conformemente al proprio diritto nazionale dovranno stabilire se sia soddisfatto il criterio che funzionari o altri agenti dell'Unione europea, ovvero membri delle istituzioni siano sospettati di aver commesso il reato. Al proposito, non si riesce a capire in base a quali valutazioni le autorità nazionali possano stabilire se i funzionari, agenti dell'Unione o membri delle istituzioni europee possano essere sospettati di aver commesso il reato dal momento che la proposta di regolamento del Consiglio non prevede niente di specifico in tal senso.

Nella medesima disposizione è, tuttavia, previsto che in caso di disaccordo tra la Procura europea e

²⁹⁰³In tal senso, si legga l'articolo 18, par. 1, lett.c) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, 31 gennaio 2017, 5766/17, Fascicolo interistituzionale 2013/0255 (APP).

²⁹⁰⁴Nelle *Model Rules for the Procedure of the EPPO* è prevista la competenza prioritaria della Procura europea per indagare e promuovere l'azione penale in relazione ad ogni reato di sua competenza. A tal proposito l'articolo 3 prevede che “*Al fine di decidere se esercitare la propria competenza, la Procura europea deve considerare, in via principale: [omissis...] c) se l'indagine coinvolga degli ufficiali della UE; [omissis...]*”. Nelle Spiegazioni relative a tale punto, si legge inoltre: “*As for the criteria guiding the EPPO's decision, a) to c) direct the EPPO toward investigating and prosecuting those cases in which EU interests are most seriously affected and/or which are too extensive or complex for national prosecuting authorities to cope with. Where EU officials are involved in the offence it is likely that investigations in EU institutions, agencies and bodies will be necessary which is the prerogative of the EPPO*”.

²⁹⁰⁵Così dispone l'articolo 20, par. 2, lett. b) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. L'altro caso in cui la Procura europea può esercitare la propria competenza è menzionato nella lettera a) ed equivale alla situazione in cui il caso abbia “*ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte della Procura europea*”.

²⁹⁰⁶In tal senso, il medesimo articolo 20, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*

le procure nazionali, nel caso in cui la condotta rientri nel campo di applicazione, tra l'altro, dell'articolo 20, par. 2, cui ci siamo appena riferiti nel testo, siano le autorità giurisdizionali nazionali a decidere sull'attribuzione delle competenze²⁹⁰⁷. Anche in tal senso, quindi, non è prevista alcuna differenza rispetto alla disciplina prevista per le indagini esterne.

La legge processuale applicabile è la legge nazionale e le autorità competenti a decidere sono le autorità giurisdizionali nazionali. La specialità dei soggetti interessati dalle misure della Procura europea, ossia i funzionari, agenti dell'Unione europea o membri delle istituzioni, non ha portato a prevedere, a differenza di quanto è stato disposto nel regolamento 883/2013/UE per quanto riguarda le indagini interne svolte da OLAF, una disciplina diversa rispetto alle indagini esterne.

Al riguardo, occorre sottolineare un aspetto particolarmente problematico che potrebbe occorrere nel caso di indagini interne svolte dalla Procura europea.

Considerato che ad OLAF nello svolgere le indagini interne è attribuito il potere di accedere senza preavviso e senza ritardo a qualsiasi informazione pertinente e di riprodurre e ottenere estratti di qualsiasi documento dagli organi o organismi dell'Unione e, se necessario, di prendere possesso di tali documenti o informazioni onde evitare il rischio di sottrazione, senza onerose formalità, la Procura europea potrebbe aggirare le restrittive regole previste per lo svolgimento delle indagini utilizzando il materiale raccolto da OLAF nel caso in cui lo stesso mantenga gli stessi poteri attuali. In tal modo, il materiale probatorio raccolto da OLAF entrerebbe nel fascicolo della Procura e, di conseguenza, verrebbe poi successivamente trasmesso alle autorità competenti a decidere il caso nel caso in cui la Procura europea decida di rinviare a giudizio i funzionari o agenti dell'Unione indagati. In tal modo i diritti degli indagati sarebbero senza dubbio lesi. In assenza di un controllo giurisdizionale effettivo²⁹⁰⁸ e di regole uniformi che disciplinino le regole di ammissibilità delle prove, i diritti fondamentali degli indagati sarebbero posti ancora più a rischio; l'ammissibilità delle prove in giudizio dipenderebbe infatti dalla disciplina nazionale applicabile in sede di dibattimento. In alcuni casi potrebbero essere ammesse e in altri no, a seconda della legge processuale penale dello Stato membro che successivamente dovrà decidere il caso.

A tal proposito la Commissione lo stesso giorno in cui ha adottato la proposta di regolamento

²⁹⁰⁷Si legga in tal senso l'articolo 20, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* che prevede che “*In caso di disaccordo tra la Procura europea e le procure nazionali sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell'articolo 17, paragrafi 1 bis e 2, o dell'articolo 20, paragrafi 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull'attribuzione delle competenze per l'esercizio dell'azione penale a livello nazionale decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri stabiliscono l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza*”. Per un'analisi di tale disposizione, si legga l'esame svolto nella prima sezione di questo medesimo capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

²⁹⁰⁸Per una disamina delle forme di controllo giurisdizionale previste avverso le decisioni della Procura europea, si legga il capitolo ottavo, Titolo Secondo della Parte Seconda. Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale, occorre, inoltre, sottolineare che l'articolo 270 del TFUE prevede che “*La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi su qualsiasi controversia tra l'Unione e gli agenti di questa, nei limiti e alle condizioni determinati dallo statuto dei funzionari dell'Unione e dal regime applicabile agli altri agenti dell'Unione*”.

istitutiva della Procura europea, ha adottato una Comunicazione per migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini²⁹⁰⁹. In tale Comunicazione la Commissione ha previsto che contemporaneamente all'approvazione del regolamento istitutivo della Procura europea debbano essere adottate delle modifiche del regolamento 883/2013/UE che consentano di tutelare i diritti dei soggetti sottoposti ad indagine nel caso di indagini interne svolte dalla Procura europea.

A tal fine la Commissione ha auspicato la creazione di un controllore delle garanzie procedurali, cui spetta il controllo della legalità delle attività investigative e la previsione di “solide garanzie procedurali laddove l'OLAF intenda procedere ad atti assimilabili a perquisizioni e sequestri presso le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione”²⁹¹⁰. In particolare, tali garanzie procedurali consisteranno nella richiesta di un parere preventivo del controllore delle garanzie procedurali²⁹¹¹ nei casi in cui OLAF intenda avvalersi della facoltà di ispezionare gli uffici del personale, riprodurre e ottenere estratti di qualsiasi documento o del contenuto di qualsiasi supporto di dati e di una autorizzazione quasi giudiziale nei casi in cui intenda avvalersi della facoltà di ispezionare gli uffici o riprodurre e ottenere estratti di qualsiasi documento o del contenuto di qualsiasi supporto di dati di un membro di un'istituzione dell'UE²⁹¹².

2909Cfr. al riguardo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 533 final.

2910In tal senso, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, p. 2 della versione italiana.

2911Ai sensi della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, pp. 2-3, “L'ufficio del “controllore delle garanzie procedurali” farà capo amministrativamente alla Commissione ma godrà espressamente, in virtù del nuovo regolamento OLAF, di garanzie di piena indipendenza da quest'ultimo, dalla Commissione e dalle altre istituzioni dell'UE. La nomina del controllore spetterà alla Commissione, a seguito di una procedura cui dovrà partecipare il comitato di vigilanza, e il mandato sarà di cinque anni; il candidato avrà una formazione giuridica e vanterà una vasta competenza nei settori dei diritti fondamentali e del diritto penale. Al controllore spetterà il compito esclusivo di controllare la conformità con le garanzie procedurali applicabili alle indagini condotte dall'OLAF e il rapido svolgimento delle stesse, onde evitare inutili ritardi. Dovrà poi essere in grado di intervenire di propria iniziativa o su denuncia presentata da chiunque sia interessato dall'indagine. Il controllore dovrà sentire le parti nell'ambito di un procedimento rapido ma pur sempre in contraddittorio. Le sue conclusioni non obbligheranno formalmente il direttore generale dell'OLAF, ma l'OLAF potrà decidere di non tenerne conto soltanto con nota motivata acclusa alla relazione finale destinata alle competenti autorità giudiziarie. Il direttore generale dell'OLAF godrà del diritto generale di consultare il controllore delle garanzie procedurali ogniqualvolta sia in causa il rispetto delle garanzie procedurali, più particolarmente nei casi precisi in cui l'interessato non deve essere informato. Il controllore potrà disporre del personale necessario per la rapida esecuzione dei suoi compiti”.

2912Nella Comunicazione si legge poi che “Quando il controllore dubita della proporzionalità della misura prevista, l'OLAF potrà procedere soltanto dopo aver averne esposto le ragioni in una nota motivata allegata alla sua relazione finale. Se l'OLAF intende avvalersi della facoltà di ispezionare gli uffici di un membro di un'istituzione dell'UE e riprodurre e ottenere estratti di qualsiasi documento o del contenuto di qualsiasi supporto di dati, dovrà ottenere una preventiva autorizzazione quasi giudiziaria. Concedere tale autorizzazione all'OLAF, su richiesta del suo direttore generale, dovrà essere competenza di una persona che possiede la capacità per l'esercizio di funzioni giurisdizionali, idealmente un ex giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea. Tale persona dovrà essere nominata con una procedura interistituzionale speciale per il mandato previsto dal regolamento, e lavorare a tempo

Senza dubitare dell'opportunità di un tale meccanismo di controllo per rafforzare la tutela dei diritti procedurali dei soggetti sottoposti alle indagini interne di OLAF, anche in assenza della creazione di una Procura europea²⁹¹³, sorgono, invece, dubbi in merito all'adeguatezza della mera decisione da parte del controllore delle garanzie procedurali a tutelare i diritti dei funzionari e agenti dell'Unione²⁹¹⁴.

L'ultima disposizione contenuta nella proposta di regolamento del Consiglio approvata il 31 gennaio 2017 che riguarda le indagini interne svolte dalla Procura europea è l'articolo 23, par. 4 che prevede che in casi eccezionali il procuratore europeo incaricato della supervisione possa prendere la decisione motivata di svolgere l'indagine di persona, nel caso in cui ciò “risulti indispensabile ai fini dell'efficienza dell'indagine o dell'azione penale” in ragione di tre criteri tra i quali figura quello per cui l'indagine concerna funzionari o altri agenti dell'Unione europea o membri delle istituzioni²⁹¹⁵.

La speciale qualifica soggettiva dei soggetti indagati, in tal caso, rileva ai fini della decisione del procuratore europeo incaricato della supervisione di svolgere l'indagine, ma non porta a differenziare la disciplina o i poteri della Procura europea in relazione alle indagini interne²⁹¹⁶.

2.2.2. CAPITOLO OTTAVO Garanzie procedurali, tutela dei dati personali, controllo giurisdizionale

2.2.2.1. SEZIONE I Garanzie procedurali e tutela dei dati personali

In tale ottavo capitolo del lavoro verificheremo se le garanzie procedurali riconosciute ai soggetti coinvolti nelle indagini avviate dalla Procura europea, se la disciplina sulla tutela dei dati personali, così come prevista, da ultimo, nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, e

parziale. Dovranno assisterlo il controllore delle garanzie procedurali e il personale alle sue dipendenze”. Al riguardo, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, p. 3.

2913 Si legga nel medesimo senso J. INGHELRAM, *Fundamental rights, the European Anti-Fraud Office (OLAF) and a European Public Prosecutor's Office (EPPO): some selected issues*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2012, 95, p. 67 e seguenti.

2914 Similmente, si legga J. INGHELRAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L.H. ERKELENS, A.W.H. MEIJ, M. PAWLIK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, *cit.*, p. 125.

2915 Si legga in tal senso l'articolo 23, par. 4, lett. b) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*

2916 A tal proposito, al contrario, l'articolo 23, par. 4 precisa che “*In tali circostanze eccezionali, gli Stati membri assicurano che il procuratore europeo sia autorizzato a disporre o a chiedere misure d'indagine e altre misure e che abbia tutti i poteri, le responsabilità e gli obblighi di un procuratore europeo delegato in conformità del presente regolamento e del diritto nazionale. Le autorità nazionali competenti e i procuratori europei delegati interessati dal caso sono informati senza indebito ritardo della decisione adottata ai sensi del presente paragrafo*”.

se la disciplina approntata per garantire il ricorso ad un controllo giurisdizionale effettivo avverso le misure investigative adottate dalla Procura europea siano configurate in modo tale da garantire il rispetto del livello di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello europeo. Nel caso in cui dall'analisi svolta risultasse che tali diritti fondamentali non sono adeguatamente tutelati nella proposta attualmente approvata dal Consiglio, proporremo una possibile soluzione al problema, che coniughi al medesimo tempo l'esigenza di garantire l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea e, quindi, l'efficace attuazione delle politiche prescritte a livello europeo e il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale.

4.1.1.1.73 Garanzie procedurali

L'istituenda Procura europea, ai sensi dell'articolo 86 del TFUE, avrà il compito di individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati oggetto della sua competenza. L'obiettivo principale che il legislatore europeo si propone di raggiungere con la creazione della Procura europea è quello di garantire una repressione più efficace dei reati che impediscono l'efficace attuazione delle politiche europee e, in particolare, quello di rafforzare la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

Come abbiamo illustrato nella Prima Parte del lavoro, la necessità di creare la Procura europea poggia su ragioni di efficacia e efficienza delle indagini e dell'esercizio dell'azione penale a livello europeo. Un tale obiettivo, tuttavia, come abbiamo avuto modo di sottolineare, non giustifica la soppressione o l'affievolimento dei diritti procedurali degli indagati. Il rispetto dei diritti fondamentali rappresenta, infatti, un elemento essenziale del sistema giuridico europeo, dal momento che, come affermato dalla Corte di Giustizia, l'Unione europea costituisce un'“Unione di diritto” in cui i diritti fondamentali degli individui devono essere rispettati. Tale fondamentale esigenza è attualmente prescritta dall'articolo 6 del TUE e rafforzata dall'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ha lo stesso valore giuridico dei Trattati²⁹¹⁷.

Affinché le attività poste in essere dalla Procura europea nell'esercizio delle proprie funzioni siano legittime, è, pertanto, necessario disciplinare nel regolamento istitutivo della Procura europea le garanzie procedurali riconosciute ai soggetti sottoposti alle indagini della Procura europea.

La proposta di regolamento della Commissione del 2013 e, in modo ancora più marcato, la proposta di regolamento del Consiglio da ultimo adottata il 31 gennaio 2017, tuttavia, non prescrivono una disciplina uniforme per quanto concerne i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento avviato

²⁹¹⁷Per un approfondimento circa il ruolo dei diritti fondamentali nell'Unione europea, soprattutto in materia penale e per l'analisi dei diritti fondamentali consacrati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea per quanto riguarda il diritto penale sostanziale e processuale, si leggano i capitoli quinto e sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

dalla Procura europea. Risulta necessario verificare se le norme previste nelle due proposte di regolamento assicurino una tutela dei diritti fondamentali corrispondente a quella garantita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia e dai principi generali del diritto dell'Unione desumibili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali agli Stati membri. Nel caso in cui si ritenesse che tale livello di tutela non è garantito dalle disposizioni contenute nelle due proposte di regolamento, si tratterebbe di una soluzione alternativa che permetta di garantire il rispetto di tali garanzie procedurali.

La proposta di regolamento della Commissione del 2013 prevede nella disposizione dedicata ai principi fondamentali delle attività della Procura europea che “la Procura europea garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”²⁹¹⁸. Tale statuizione oltre ad essere ovvia dal momento che l'articolo 51 della Carta prevede che le disposizioni in essa contenute si applicano a tutte le istituzioni, organi e organismi dell'Unione²⁹¹⁹, tra cui anche la Procura europea, risulta in un certo qual modo fuorviante. A rigor di logica, infatti, non dovrebbe essere la Procura europea che a garantire che le attività da essa poste in essere rispettino i diritti sanciti dalla Carta, ma dovrebbe essere il regolamento istitutivo della stessa ad attribuire alla Procura europea poteri di indagine compatibili con il rispetto dei diritti contenuti nella Carta.

In ossequio al principio di legalità processuale²⁹²⁰, infatti, i procuratori componenti la Procura europea non possono decidere in quali casi, per esempio, chiedere l'autorizzazione giudiziale per effettuare delle intercettazioni e in quali non chiederla in base ad una propria valutazione circa la compatibilità di tale attività con il rispetto dei diritti fondamentali degli indagati. Una tale valutazione deve essere previamente svolta dal legislatore. La Procura europea potrà, quindi, “garantire” che le proprie attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta se i poteri ad essa attribuiti sono conformi a tali diritti.

Nel caso in cui le modalità di svolgimento delle attività della Procura europea non siano disciplinate

²⁹¹⁸In tal senso dispone l'articolo 11, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final}, {SWD(2013) 275 final}. Tale disposizione rispecchia quanto stabilito nel Considerando 17 antecedente alla proposta in cui si legge: “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea costituisce la base comune per la tutela dei diritti degli indagati nei procedimenti penali nelle fasi preprocessuale e di giudizio. Le attività della Procura europea devono svolgersi sempre nel pieno rispetto di tali diritti”.

²⁹¹⁹In particolare, l'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede: “1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati”. Sull'interpretazione che la Corte di Giustizia ha fornito in relazione all'articolo 51 della Carta, si rinvia ai rilievi effettuati nel Titolo Primo della Parte Seconda.

²⁹²⁰Per un'analisi del principio di legalità processuale, si legga l'esame svolto nel capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

a priori dal legislatore e debba essere la Procura europea a garantire il rispetto di tali diritti al di là di una previsione legislativa degli stessi, la tutela di tali diritti dipenderebbe dalla volontà di ogni singolo procuratore di tutelarli e sarebbero, quindi, inevitabilmente a rischio. Si ritiene, pertanto, che tale disposizione rappresenti una mera clausola di stile che riproduce il contenuto dell'articolo 51 della Carta e debba essere interpretata nel senso che le disposizioni contenute nella Carta si applicano a tutte le attività della Procura europea.

Più specificamente le garanzie procedurali che devono essere assicurate agli indagati e alle altre persone coinvolte nei procedimenti avviati dalla Procura europea sono disciplinate nel capo IV della proposta²⁹²¹. Tuttavia, occorre fin da subito precisare che, sebbene la proposta dedichi un intero capo della proposta alle garanzie procedurali, essa non offre una disciplina compiuta delle stesse. L'individuazione delle garanzie procedurali invocabili dai soggetti coinvolti nelle indagini avviate dalla Procura europea è desumibile, infatti, da una moltitudine di fonti, in parte contenute nella proposta e in parte individuate per rinvio. L'articolo 32 della proposta di regolamento della Commissione prevede una serie di diritti processuali, "quali stabiliti dal diritto dell'Unione e dal diritto nazionale dello Stato membro", che devono "almeno" essere garantiti a chiunque sia indagato o imputato in un procedimento della Procura europea²⁹²². In particolare, nella disposizione in commento è previsto un elenco di diritti che devono essere garantiti agli indagati; tuttavia, tali diritti sono solo nominati ma non altrimenti disciplinati. Nella disposizione, infatti, non è dato rinvenire né una definizione degli stessi, né una disciplina che ne regolamenti le modalità di esercizio. Per la disciplina di alcuni di tali diritti la proposta di regolamento rinvia alle direttive

2921 Il Capo IV della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* del 17 luglio 2013, rubricato "Garanzie procedurali" contiene gli articoli da 32 a 35. L'articolo 32 concerne la "Portata dei diritti degli indagati, degli imputati e altre persone coinvolte", l'articolo 33 disciplina il "Diritto al silenzio e diritto alla presunzione di innocenza", l'articolo 34 prevede il "Diritto al patrocinio a spese dello Stato" e l'articolo 35 i "Diritti relativi alle prove". Secondo quanto previsto nella parte esplicativa antecedente alla proposta e, in particolare, nel subparagrafo 3.3.4. del paragrafo 3 concernente gli elementi giuridici della proposta "Le norme del capo IV contengono garanzie a favore degli indagati e altre persone coinvolte nei procedimenti avviati dalla Procura europea, in linea con le norme pertinenti, in particolare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In parte si rifanno alla vigente legislazione dell'Unione (direttive su vari diritti processuali nei procedimenti penali) per alcuni diritti, in parte definiscono autonomamente i diritti che il diritto dell'UE ancora non disciplina. In altri termini, dette norme conferiscono un livello di protezione supplementare rispetto al diritto nazionale, cosicché gli indagati e le altre persone interessate possono godere direttamente di una protezione su scala dell'Unione".

2922 I diritti a cui si riferisce l'articolo 32, par. 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* del 17 luglio 2013, cit., sono: "(a) il diritto all'interpretazione e alla traduzione, di cui alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; (b) il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine, di cui alla direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio; (c) il diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione, di cui alla [direttiva 2013/xx/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del xx xxxx 2013, relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto]; (d) il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza; (e) il diritto al patrocinio a spese dello Stato; (f) il diritto di presentare prove e di chiedere la nomina di esperti e l'audizione di testimoni". I successivi paragrafi 3 e 4 precisano, inoltre: "3. L'indagato e l'imputato godono dei diritti di cui al paragrafo 2 dal momento in cui sono sospettati di aver commesso un reato. Una volta che l'organo giurisdizionale nazionale competente ha preso atto dell'imputazione, i diritti processuali dell'imputato si basano sui regimi nazionali applicabili. 4. I diritti di cui al paragrafo 2 si applicano anche a qualsiasi persona, diversa dall'indagato o dall'imputato, che è ascoltata dalla Procura europea qualora, nel corso di un'audizione, un interrogatorio o un'udienza, essa si ritrovi indagata per aver commesso un reato".

europee che erano già state approvate o erano in corso di approvazione all'epoca dell'elaborazione della proposta in attuazione della *Road Map* stabilita a Stoccolma nel 2009²⁹²³, mentre i diritti che all'epoca di redazione della proposta di regolamento non erano ancora stati disciplinati da alcun atto di diritto europeo derivato sono definiti nei successivi articoli 33, 34 e 35²⁹²⁴. L'articolo 32, par. 5 della proposta precisa, inoltre, che, “fatti salvi i diritti di cui al presente capo, l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della Procura europea godono di tutti i diritti processuali previsti dal diritto nazionale applicabile”²⁹²⁵.

Da tale disposizione è dato, dunque, desumere che la disciplina e le concrete modalità di esercizio dei diritti procedurali è determinata dalla disciplina nazionale applicabile al singolo caso di specie. A differenza del *Corpus Juris*²⁹²⁶ e delle *Model Rules*²⁹²⁷, infatti, il contenuto e la portata dei diritti procedurali dei soggetti coinvolti nelle indagini condotte dalla Procura europea, in base alla proposta di regolamento della Commissione, è determinato dalla legge nazionale di attuazione delle direttive concernenti tali diritti e, per i diritti non menzionati nel regolamento, dalla disciplina prevista dal diritto nazionale per tali diritti.

2923Tabella di marcia del 30 novembre 2009 consultabile congiuntamente al Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in GU C 115, del 4 maggio 2010, p. 1 e seguenti. Per un'analisi del contenuto e della portata dei diritti contenuti nelle direttive adottate in attuazione della *Road Map* del 2009, si legga l'analisi svolta nel capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

2924La necessità di rinviare alle direttive già adottate a livello europeo per disciplinare tali diritti è prevista anche nei Considerando 33, 34 e 35 antecedenti la direttiva, in cui si legge: “(33) Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Esso fa obbligo alla Procura europea di rispettare, in particolare, il diritto a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta. L'articolo 50 della Carta, che tutela il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (*ne bis in idem*), garantisce che l'azione penale promossa dalla Procura europea non porti a una doppia condanna. Le attività della Procura europea devono essere pertanto pienamente conformi a tali diritti e il regolamento va applicato e interpretato di conseguenza. (34) L'articolo 82, paragrafo 2, del trattato permette all'Unione di stabilire norme minime sui diritti della persona nella procedura penale, al fine di assicurare il rispetto dei diritti della difesa e l'imparzialità del giudice. Malgrado l'importante acquis costituito al riguardo, questi diritti non sono ancora del tutto armonizzati. È pertanto opportuno che, in relazione a tali diritti, il presente regolamento fissi disposizioni da applicarsi esclusivamente ai suoi fini. (35) Alle attività della Procura europea devono applicarsi i diritti della difesa previsti dalla legislazione dell'Unione pertinente, come la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali⁴, la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁵ e [la direttiva 2013/xx/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del xx xxxx 2013, relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto], quale attuata dal diritto nazionale. Di tali diritti dovrebbe beneficiare chiunque sia indagato dalla Procura europea”.

2925Articolo 32, par. 5 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* del 17 luglio 2013, *cit.*.

2926Si legga, in tal senso l'articolo 29 del *Corpus Juris*, che prevede: “1. Una persona non può essere sentita come testimone ma deve essere considerata come persona sottoposta ad indagine a partire da qualsiasi atto che constati, denunci o riveli l'esistenza di indizi di colpevolezza a suo carico gravi e concordanti e, al più tardi, al momento del primo interrogatorio da parte di un'autorità a conoscenza dell'esistenza di tali indizi. 2. Durante tutto il procedimento aperto per uno dei reati sopra definiti (artt. 1-8), la persona sottoposta ad indagini o l'imputato beneficia dei diritti della difesa che gli sono accordati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal Patto internazionale dell'ONU sui diritti civili e politici. Egli deve essere informato, prima di qualunque interrogatorio, del diritto di tacere. 3. Al più tardi al momento del primo interrogatorio, la persona sottoposta ad indagini ha il diritto di conoscere il contenuto degli elementi che esistono a suo carico”.

2927Gli articoli da 12 a 18 delle *Model Rules for the Procedure of the EPPO*, infatti, disciplinano nel corpo delle Regole Modello in modo uniforme a livello europeo i diritti che devono essere garantiti alla persona sottoposta alle indagini della Procura europea.

Quanto al contenuto delle direttive cui rinvia l'articolo 32 della proposta di regolamento, occorre sottolineare che, come abbiamo avuto modo di evidenziare in precedenza²⁹²⁸, tali direttive prescrivono solo un livello minimo di tutela dei diritti ivi previsti che si rivela frammentario e insoddisfacente a causa in gran parte delle difficoltà di raggiungere un accordo politico tra i vari Stati membri in sede di negoziazione delle stesse. L'armonizzazione realizzata mediante tali strumenti è, pertanto, minima. Per tale motivo la disciplina processuale dei diritti di difesa degli indagati continuerà a differire notevolmente da Stato membro a Stato membro e, mentre in alcuni Stati membri alcuni diritti godranno di una disciplina più favorevole all'imputato in un altro, a causa del diverso sistema processuale e della diversa scala di valori lo stesso diritto potrebbe essere disciplinato in modo tale da essere sostanzialmente svuotato di significato²⁹²⁹.

In assenza di una disciplina uniforme, pertanto, la portata dei diritti garantiti al soggetto indagato varierà significativamente a seconda dello Stato membro in cui si svolgeranno le indagini e nel caso di indagini transfrontaliere varieranno da Stato a Stato, a seconda di dove verranno eseguite le misure investigative dalla Procura europea.

In tal modo, la difesa del soggetto risulterà estremamente difficile poiché o il medesimo difensore dovrebbe conoscere la legislazione processuale di diversi Stati membri al fine di approntare un'adeguata difesa, oppure l'indagato dovrebbe farsi assistere da tanti difensori quanti sono gli Stati in cui vengono svolte le indagini.

A ciò si somma il rischio che la Procura europea scelga di svolgere le indagini sul territorio dello Stato in cui le garanzie procedurali sono minori; la Procura europea potrebbe, quindi, scegliere di svolgere alcune indagini invasive sul territorio di uno Stato membro in cui non sia necessario chiedere la previa autorizzazione giudiziale o in cui non sia necessario attenersi a regole strette di procedura.

Come è agevole intuire, una tale situazione è altamente lesiva dei diritti degli indagati e degli altri soggetti coinvolti nel procedimento penale.

Tale quadro è altresì completato dalla considerazione che la legge applicata durante il processo potrebbe essere una legge diversa da quella che è stata adottata per svolgere le indagini, per cui il valore degli atti compiuti durante le indagini preliminari sarà determinato in base alla legislazione dei singoli ordinamenti. Potrebbero, quindi, verificarsi gravi disparità di trattamento nel caso in cui le prove siano state raccolte in uno Stato in cui è accordato valore probatorio alle prove raccolte fuori dal dibattimento e siano poi utilizzate in un sistema in cui, invece, al contrario, sia privilegiata la formazione della prova in dibattimento²⁹³⁰.

²⁹²⁸Si legga al riguardo l'analisi compiuta nel capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

²⁹²⁹Si leggano, in proposito, gli esempi concreti citati e la disamina compiuta nel capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

²⁹³⁰Si legga al riguardo anche S. GLEß, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, 2006, p. 139.

Si iscrivono in tale logica anche gli articoli 33, 34 e 35 della proposta di regolamento che disciplinano, “conformemente al diritto nazionale”, i diritti non regolati dalle direttive adottate o in via di adozione al momento di elaborazione della proposta di regolamento²⁹³¹. Al proposito, vale, infatti, la pena rilevare che, sebbene la disciplina nello stesso regolamento istitutivo di taluni diritti da riconoscere agli indagati come il diritto alla presunzione di innocenza, il diritto al patrocinio a spese dello Stato e la possibilità di svolgere indagini difensive sia da salutare con favore, in pratica tale rilevanza è sensibilmente diminuita dal rinvio alla disciplina prevista nel diritto nazionale. In tal senso, assumeva particolare rilievo l'introduzione della possibilità di svolgere indagini difensive che, allo stato attuale, è limitata a pochi ordinamenti che hanno modellato le proprie regole processuali sulla scorta del modello anglosassone. Tutte e tre le disposizioni rinviano, tuttavia, alla configurazione che i diritti assumono nel diritto nazionale, per cui la portata innovativa di tali norme che, similmente alle *Model Rules*, disciplinano l'esercizio di tali diritti nel corpo del regolamento europeo, è sensibilmente affievolita; in base a tali disposizioni, infatti, il contenuto e la portata di tali diritti saranno ancora una volta determinati dalla legge nazionale applicabile, con tutte le conseguenze che abbiamo evidenziato poco sopra.

La seppur timida e minimale disciplina di taluni diritti a livello europeo è del tutto scomparsa nella proposta di regolamento attualmente approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017.

Nell'attuale proposta di regolamento adottata dal Consiglio, alle garanzie procedurali è egualmente dedicato un Capo della proposta, il Capo V, che include al suo interno la disposizione sulla portata dei diritti degli indagati e degli imputati e quella sul controllo giurisdizionale²⁹³².

Come nella proposta di regolamento della Commissione, è stata mantenuto il generico riferimento alla necessità per la Procura europea di garantire che “le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”²⁹³³. Per le osservazioni critiche inerenti a tale previsione, si rinvia a quanto rilevato poco sopra con riferimento all'articolo 11, par. 1 della proposta di regolamento della Commissione del 2013.

²⁹³¹In particolare l'articolo 33 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea* del 17 luglio 2013, *cit.* prevede: “Chiunque sia indagato o imputato in un procedimento della Procura europea gode, conformemente al diritto nazionale, del diritto di non rispondere alle domande poste in relazione ai reati che si sospetta abbia commesso ed è informato del fatto che non è obbligato a testimoniare contro di sé. 2. L'indagato e l'imputato sono considerati innocenti fino a quando la loro colpevolezza non sia stata provata conformemente al diritto nazionale”. L'articolo 34 prevede, invece: “Chiunque sia indagato o imputato per un reato di competenza della Procura europea e non disponga di risorse sufficienti, gode, conformemente al diritto nazionale, del diritto di ricevere l'assistenza giuridica gratuita o parzialmente gratuita delle autorità nazionali”. L'articolo 35, infine, stabilisce: “1. L'indagato e l'imputato godono, conformemente al diritto nazionale, del diritto di presentare prove che la Procura europea è tenuta a prendere in considerazione. 2. L'indagato e l'imputato godono, conformemente al diritto nazionale, del diritto di chiedere alla Procura europea di raccogliere qualunque prova utile alle indagini, comprese la nomina di esperti e l'audizione di testimoni”.

²⁹³²Il riferimento è, in particolare, agli articoli 35 e 36 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, 31 gennaio 2017, 5766/17, Fascicolo interistituzionale: 2013/0255 (APP).

²⁹³³In tal senso, si legga l'articolo 5, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, rubricato “Principi fondamentali delle attività” che stabilisce in modo identico a quanto previsto nella Proposta della Commissione del 2013: “La Procura europea garantisce che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”.

La proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 ha ripreso il contenuto della proposta della Commissione anche per quanto riguarda il primo paragrafo della disposizione che genericamente prevede che “le attività della Procura europea si svolgono nel pieno rispetto dei diritti degli indagati e degli imputati sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”, con particolare riferimento al “diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa”²⁹³⁴ e per quanto concerne la previsione per cui “l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della Procura europea godono di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile”, nei casi non disciplinati nella disposizione in commento²⁹³⁵.

Non sono, invece, state mantenute le disposizioni che prevedevano diritti specifici in capo agli indagati. Tali norme sono, infatti, state sostituite dal rinvio alla legislazione nazionale di attuazione delle direttive adottate dall'Unione europea in tema di ravvicinamento dei diritti procedurali degli indagati in attuazione della Tabella di marcia del 30 novembre 2009 ed elencate nel paragrafo 2 della medesima disposizione²⁹³⁶. La probabile ragione di tale soppressione è da ravvisarsi nel fatto che il diritto alla presunzione di innocenza e il diritto al patrocinio a spese dello Stato che erano stati previamente disciplinati autonomamente nella proposta della Commissione sono stati nel frattempo oggetto di due distinte direttive adottate a livello europeo nel corso del 2016²⁹³⁷.

²⁹³⁴In tal senso, si legga l'articolo 35, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Nel medesimo senso, si legga il Considerando 73 della proposta di regolamento, che prevede: “*Il presente regolamento fa obbligo alla Procura europea di rispettare, in particolare, il diritto a un giudice imparziale, i diritti della difesa e la presunzione di innocenza sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta. L'articolo 50 della Carta, che tutela il diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato (ne bis in idem), garantisce che l'azione penale promossa dalla Procura europea non porti a una doppia condanna. Le attività della Procura europea dovrebbero essere pertanto pienamente conformi a tali diritti e il regolamento dovrebbe essere applicato e interpretato di conseguenza*”. Il Considerando 70 della proposta di regolamento, inoltre, si riferisce alla tutela dei diritti garantita anche da altri strumenti di diritto internazionale. In particolare, si legge: “*Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 del TUE e dalla Carta, in particolare al titolo VI, dal diritto internazionale e dagli accordi internazionali di cui l'Unione o tutti gli Stati membri sono parte, compresa la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri nel loro rispettivo ambito di applicazione. In linea con tali principi e nel rispetto dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri ai sensi dell'articolo 67, paragrafo 1, del TFUE, nessun elemento del presente regolamento può essere interpretato nel senso che all'organo giurisdizionale sia vietato applicare i principi fondamentali del diritto nazionale in materia di imparzialità del giudice come applicati nei sistemi nazionali, compresi i sistemi di common law*”.

²⁹³⁵L'articolo 35, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, in particolare, prevede: “*Fatti salvi i diritti di cui al presente capo, l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della Procura europea godono di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che la Procura europea ottenga tali misure per conto della difesa*”.

²⁹³⁶In particolare, i diritti disciplinati dalle direttive europee a cui l'articolo 35, par. 2 della proposta di regolamento del Consiglio fa espressamente rinvio sono: “a) il diritto all'interpretazione e alla traduzione in conformità alla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, b) il diritto all'informazione e il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine in conformità alla direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, c) il diritto di accesso a un difensore e il diritto di comunicare e informare terzi in caso di detenzione in conformità alla direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, d) il diritto al silenzio e il diritto alla presunzione di innocenza in conformità della direttiva 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e) il diritto al patrocinio a spese dello Stato in conformità alla direttiva 201x/xx/UE del Parlamento europeo e del Consiglio”. Per un'analisi della portata e del contenuto delle direttive richiamate dalla proposta di regolamento, si legga l'analisi svolta nel capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

²⁹³⁷Si leggano, in tal senso, i Considerando 75 e 76 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea -*

Tale sistema, tuttavia, in base a quanto discende dall'analisi compiuta nel capitolo sesto, non sembra assicurare una protezione soddisfacente dei diritti degli indagati per varie ragioni.

Innanzitutto, in via generale, vale la considerazione già altrove espressa, in base alla quale, a differenza delle *Model Rules* in cui era stata prevista una disciplina uniforme delle garanzie procedurali degli indagati²⁹³⁸, il grado di armonizzazione delle direttive è minimo, e, quindi, le persone indagate continueranno ad essere soggette ai diversi livelli di tutela assicurati dalla legislazione nazionale dello Stato la cui legge troverà applicazione²⁹³⁹.

Si rilevi, in particolare, che, per esempio, la direttiva sulla presunzione di innocenza non si applica alle persone giuridiche²⁹⁴⁰. La sua portata applicativa non copre, quindi, molti dei reati commessi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione che la Procura europea è competente a perseguire. Tali reati, infatti, sempre più frequentemente vengono commessi da società che perpetuano frodi ai danni del bilancio dell'Unione e in tal caso il diritto alla presunzione di innocenza di tali persone giuridiche non sarebbe tutelato in base alle disposizioni della direttiva, come dalla stessa espressamente stabilito. Le persone giuridiche, quindi, potrebbero vedersi riconosciuto il proprio diritto alla presunzione di innocenza solo sulla base dei principi generali del diritto dell'Unione, derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dalla CEDU e dall'interpretazione della stessa fornita dalla Corte EDU e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁹⁴¹.

Progetto di regolamento, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che stabiliscono: “L'articolo 82, paragrafo 2, del trattato permette all'Unione di stabilire norme minime sui diritti della persona nella procedura penale, al fine di assicurare il rispetto dei diritti della difesa e l'imparzialità del giudice. Tali norme minime sono state definite gradualmente dal legislatore dell'Unione all'interno di direttive concernenti diritti specifici. Alle attività della Procura europea dovrebbero applicarsi i diritti della difesa previsti dalla legislazione dell'Unione pertinente, come la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, la direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, la direttiva 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, la direttiva 2016/xxx/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, quali attuate dal diritto nazionale. Di tali diritti, come pure dei diritti previsti dal diritto nazionale di chiedere la nomina di periti o l'escussione di testimoni ovvero che la Procura europea produca in altro modo prove per conto della difesa, dovrebbe beneficiare qualunque indagato o imputato relativamente a cui la Procura europea avvia un'indagine”.

2938 Si leggano in tal senso gli articoli da 12 a 18 delle Regole Modello. In particolare, l'articolo 12 disciplina in generale i diritti delle persone sottoposte alle indagini; l'articolo 13 il diritto all'interpretazione e alla traduzione; l'articolo 14 il diritto all'assistenza legale; l'articolo 15 il diritto alla raccolta delle prove; l'articolo 16 l'accesso agli atti del procedimento; l'articolo 17 il deposito degli atti del procedimento; l'articolo 18 il privilegio contro l'autoincriminazione.

2939 Sugli effetti positivi che derivano dall'adozione di tali direttive, nonostante il grado di armonizzazione minima delle stesse, si legga V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford and Portland Oregon, 2016.

2940 Si leggano in tal senso l'articolo 2 e i Considerando 13-15 della Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in GU L 65, 11 marzo 2016, pp. 1-11.

2941 Al proposito valgono comunque le osservazioni esposte nel capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda in

In tale direttiva, inoltre, non vi è alcun riferimento all'utilizzabilità delle prove o alle sanzioni in caso di violazione del diritto alla presunzione di innocenza, *sub specie* di diritto al silenzio e di diritto di non autoincriminarsi, nell'ordinamento giuridico di uno Stato diverso in quello in cui esso sia stato violato²⁹⁴². Nella direttiva non vi è, infatti, alcun riferimento ai casi di reati transnazionali, in cui le indagini sia svolte in diversi Stati membri.

Infine, limitando il proprio campo di applicazione ai soli procedimenti penali in senso stretto non permette di risolvere i problemi che potrebbero derivare da un'interazione tra la Procura europea e OLAF. Nel caso, infatti, in cui la Procura europea utilizzi alcune prove raccolte da OLAF nell'ambito delle indagini dallo stesso svolte, sembra possibile desumere dal testo della direttiva che le indagini amministrative svolte da OLAF non siano alla stessa assoggettate. Potrebbe, quindi, verificarsi la situazione paradossale per cui il Pubblico Ministero potrebbe utilizzare prove raccolte da OLAF in violazione del diritto al silenzio o al diritto di non autoincriminarsi che, quindi, potrebbero essere state raccolte con coazione fisica o morale, minacciando l'imposizione di sanzioni nel caso di mancata collaborazione, senza con ciò porsi in contrasto con la direttiva 2016/343, il cui campo di applicazione è limitato ai procedimenti penali in senso stretto. Nella direttiva non è, infatti, neanche meglio specificato quali conseguenze derivino dall'utilizzazione in un procedimento penale di prove raccolte nell'ambito di un procedimento amministrativo²⁹⁴³.

Per quanto riguarda la tutela che la direttiva 2012/13/UE ha garantito al diritto di accesso, che costituisce un corollario del diritto ad essere ascoltati e rappresenta un elemento essenziale per poter preparare adeguatamente la propria difesa, occorre evidenziare, come sottolineato in precedenza²⁹⁴⁴, che l'articolo 7, par. 4 della direttiva prevede la possibilità di derogare a tale diritto nei casi ivi

base a cui, considerato il contenuto minimo della direttiva, anche se questa fosse stata applicabile alle persone giuridiche, tali soggetti non avrebbero ricevuto un'adeguata tutela.

2942 Per un esame della direttiva, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2943 Sulle interazioni tra prove raccolte in violazione dei diritti procedurali dei soggetti da OLAF e relazioni con la Procura europea, si legga anche J. INGHELAM, *Garanzie procedurali nelle indagini OLAF: riflessioni sull'impatto della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *L'ufficio del Procuratore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali*, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, iBooks, 2014, pp. 291-293, il quale considera la Procura europea un potente incentivo al potenziamento dei meccanismi volti ad assicurare il rispetto delle garanzie procedurali da parte di OLAF. In particolare, l'autore precisa: *“Se si confrontano le garanzie procedurali che circondano una perquisizione svolta da OLAF negli uffici delle istituzioni dell'UE con le garanzie che circondano una simile perquisizione svolta da una futura Procura europea, si è colpiti dalla differenza. Laddove una perquisizione della Procura europea sarebbe solo possibile previa autorizzazione giudiziaria⁴¹, nessuna garanzia simile è applicabile all'attuale contesto legale dell'OLAF. La proposta della Commissione sull'istituzione di un Responsabile delle garanzie procedurali ha il merito di provare a fronteggiare questo problema e a ridurre la differenza tra il regime della Procura europea e il regime di OLAF. Questo è importante, non solo perché il rispetto dei diritti fondamentali richiede che ci sia un controllo prontamente disponibile e indipendente sull'interferenza con quei diritti, ma anche, più pragmaticamente, per consentire a OLAF di rimanere rilevante nel contesto della Procura europea. Infatti, la Procura europea sarà probabilmente in grado di usare l'informazione ottenuta da OLAF solo se questa informazione è ottenuta con garanzie simili a quelle applicabili alla Procura europea quando esercita le proprie competenze investigative. Altrimenti la Procura europea sarebbe nella posizione di aggirare le garanzie applicabili alle proprie competenze investigative. La Procura europea è, quindi, un importante incentivo per sviluppare ulteriormente le garanzie procedurali nelle indagini OLAF”*.

2944 Si legga al riguardo il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

elencati²⁹⁴⁵.

Al proposito, è opportuno sollevare due rilievi. In primo luogo, occorre evidenziare che tra i casi in presenza dei quali è possibile derogare al diritto di accesso, conformemente al paragrafo 4 dell'articolo 7, vi rientra anche quello di “mettere a repentaglio le indagini in corso”. Sembra, quindi, che il legislatore abbia permesso di effettuare un bilanciamento di valori tra diritto di accesso al fascicolo e effettività delle indagini, seppure entro certi limiti. Il legislatore europeo, conformemente a quanto stabilito dalla Corte EDU, ha stabilito che tale deroga è possibile solo ove strettamente necessario; sarà, pertanto, necessario effettuare una valutazione caso per caso e indagare se l'esigenza di garantire l'effettività delle indagini prevalga rispetto a quella di assicurare l'accesso al fascicolo in base ad un rigoroso test di necessità. La portata di tale eccezione, tuttavia, sarà in sostanza determinata dalla disciplina prevista a livello nazionale, con la conseguenza che potrebbe variare significativamente a seconda della legge del luogo dove la Procura europea conduce le indagini.

In secondo luogo, è opportuno sottolineare che la proposta di regolamento non ha comportato una maggiore armonizzazione a livello europeo del diritto di accesso al fascicolo da parte degli indagati e delle altre persone coinvolte in un procedimento iniziato dalla Procura europea. Al contrario, nella proposta di regolamento è nuovamente contenuto il riferimento alla legislazione nazionale. L'articolo 36 *quater*, par. 2 prevede, infatti, che “l'accesso al fascicolo da parte degli indagati e imputati nonché di altre persone coinvolte in un procedimento è concesso dal procuratore europeo delegato incaricato del caso conformemente al diritto dello Stato membro del procuratore”²⁹⁴⁶. Questo porta all'applicabilità di discipline penali diverse a seconda dello Stato membro in cui viene richiesto il diritto di accedere al fascicolo ed è suscettibile di ledere i diritti degli indagati, che saranno così sottoposti a garanzie procedurali diverse a seconda dello Stato membro in cui si trovano, soprattutto nei casi transfrontalieri.

L'articolo 7 della direttiva 2012/13/UE, tuttavia, rappresenta solo un esempio dell'approccio minimalista adottato da tale strumento con riguardo alla tutela del diritto di accesso al fascicolo.

²⁹⁴⁵L'articolo 7, par. 4 della direttiva 2012/13/UE (Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in GU L 142, 1.6.2012, p. 1–10), in particolare, prevede: “*In deroga ai paragrafi 2 e 3, purché ciò non pregiudichi il diritto a un processo equo, l'accesso a parte della documentazione relativa all'indagine può essere rifiutato se tale accesso possa comportare una grave minaccia per la vita o per i diritti fondamentali di un'altra persona o se tale rifiuto è strettamente necessario per la salvaguardia di interessi pubblici importanti, come in casi in cui l'accesso possa mettere a repentaglio le indagini in corso, o qualora possa minacciare gravemente la sicurezza interna dello Stato membro in cui si svolge il procedimento penale. Gli Stati membri garantiscono che, secondo le procedure del diritto nazionale, una decisione di rifiutare l'accesso a parte della documentazione relativa all'indagine, a norma del presente paragrafo, sia adottata da un'autorità giudiziaria o sia quantomeno soggetta a un controllo giurisdizionale*”.

²⁹⁴⁶Cfr. al riguardo l'articolo 36 *quater*, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Lo stesso rilievo è stato formulato anche da A. WEYEMBERGH, C. BRIERE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2016, pp. 35-36.

Dall'analisi della direttiva nel suo complesso²⁹⁴⁷, risulta che la disciplina ivi predisposta risolve solo parzialmente i problemi collegati agli eventuali abusi delle autorità procedenti e alle insufficienze strutturali delle legislazioni nazionali. I diritti garantiti ai soggetti privati della propria libertà personale sono, infatti, minimi e ulteriormente limitati dal fatto che assumeranno contenuto diverso a seconda della legge di attuazione dello Stato membro in cui è la Procura europea svolgerà la misura investigativa.

Si raggiungono le stesse conclusioni in seguito all'esame della direttiva 2013/48/UE sul diritto ad avvalersi di un difensore nel procedimento penale²⁹⁴⁸. Con riferimento al diritto di accesso ad un avvocato, per esempio, l'articolo 3, par. 3, lett. b) della direttiva prevede che “gli indagati e imputati abbiano diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore quando sono interrogati. Tale partecipazione avviene secondo le procedure previste dal diritto nazionale, a condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto in questione”. La determinazione delle forme di partecipazione del difensore all'interrogatorio è, quindi, rimessa dalla direttiva al diritto nazionale, “a condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto in questione”.

La disposizione lascia, di conseguenza, un ampio margine di discrezionalità agli Stati membri, considerato che la condizione che tali procedure non pregiudichino l'effettivo esercizio o l'esercizio del diritto in questione è una formula aperta, che può essere interpretata in modo molto diverso a seconda del contenuto stesso che il diritto nazionale attribuisce al diritto, il quale, a sua volta, sarà dallo stesso determinato. In assenza di un'interpretazione della Corte di Giustizia che definisca in quali forme si estrinsechi il diritto di partecipazione dell'avvocato, pertanto, la formula resta vaga e aperta a possibili abusi da parte degli Stati membri²⁹⁴⁹ e, conseguentemente della Procura europea, i procuratori appartenenti alla quale potrebbero scegliere di svolgere le indagini o solo una parte di esse, come l'interrogatorio della persona indagata, nel territorio di uno Stato che abbia interpretato l'espressione in parola in senso restrittivo per i diritti della persona sottoposta alle indagini. La concreta portata del diritto dipenderà, pertanto, dalla legge di attuazione nazionale.

I problemi maggiori sorgono, inoltre, in relazione alle procedure transfrontaliere in cui le prove sono raccolte in diversi Stati membri. Al proposito, occorre osservare che tali casi saranno probabilmente una larga maggioranza di quelli investigati dalla Procura europea. Nei casi in cui le indagini siano svolte sul territorio di diversi Stati membri e, di conseguenza, le prove siano raccolte

2947Si legga al riguardo, per una disamina delle disposizioni della direttiva, il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2948Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari.*

2949Si legga sul punto J. BLACKSTOCK, *Procedural safeguards in the European Union: a road well travelled?*, in *European Criminal Law Review*, 2012, 2, 1, pp. 20–35.

a loro volta in diversi Stati membri, infatti, il diritto di essere assistito da un difensore non è espressamente disciplinato dalla direttiva²⁹⁵⁰.

Considerato che i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione assumono sempre di più carattere transfrontaliero e che nel caso in cui la competenza della Procura europea sia estesa ad altre forme di reato, essa ricomprenderà solo reati gravi aventi una dimensione transnazionale, si ritiene che tale direttiva, così come le altre direttive esaminate nel capitolo sesto, non garantiscano una tutela adeguata dei diritti dei soggetti sottoposti alle indagini della Procura europea.

L'armonizzazione posta in essere dalla direttiva è, infatti, minima e la difesa si troverà a fronteggiare gran parte delle difficoltà che riscontra attualmente nei procedimenti transnazionali. Nonostante, infatti, la disciplina prevista nella proposta di regolamento del Consiglio sembri privilegiare la soluzione in base alla quale il giudizio sarà incardinato dinanzi all'organo giurisdizionale dello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato²⁹⁵¹, per cui tendenzialmente la legge applicabile durante lo svolgimento delle indagini dovrebbe essere la stessa che verrà applicata nel corso del dibattimento, i problemi permangono nel caso di indagini transnazionali.

Del pari, tale soluzione non permette di risolvere due ordini di problemi che si verificano frequentemente nella prassi. In primo luogo, occorre sottolineare che in molti casi l'identità dell'indagato non è nota fin dall'inizio, per cui non è facile determinare fin da subito quale procuratore europeo delegato dovrà occuparsi del caso e, di conseguenza, quale legge sarà applicabile. In secondo luogo, occorre rilevare che nel caso in cui la Procura europea debba condurre indagini in relazione ad una frode in danno degli interessi finanziari dell'Unione commessa da più soggetti di diversa nazionalità, considerato che la legge applicabile sarà quella “in cui si trova il centro dell'attività criminosa oppure, se sono stati commessi più reati connessi di competenza della Procura, dello Stato membro in cui è stata commessa la maggior parte dei reati”²⁹⁵², la legge applicabile potrà essere quella dello Stato di appartenenza di un indagato, ma inevitabilmente non quella degli altri, per cui i diritti di difesa degli altri soggetti potrebbero essere lesi in mancanza di una disciplina uniforme a livello europeo che garantisca i diritti di tali soggetti in modo adeguato²⁹⁵³. L'assenza di regolamentazione dei diritti degli indagati e, in particolare, del

2950L'unica disposizione della direttiva in cui è contenuto il riferimento al diritto di essere assistito da un difensore in casi concernenti più Stati membri è quella relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, di cui all'articolo 10 della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in GU L 294, 6.11.2013, p. 1-12.

2951Si leggano, al riguardo, le osservazioni svolte nel capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2952In tal senso, si legga l'articolo 22, par. 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30.

2953Si legga similmente S. ALLEGREZZA, *Pubblico Ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la*

diritto di accesso al difensore, che assume un valore essenziale per approntare una difesa adeguata, nei procedimenti aventi dimensione transnazionale produce un inevitabile e grave *vulnus* ai diritti di difesa degli indagati, che non potranno godere di tali garanzie procedurali nel caso in cui le prove siano raccolte sul territorio di diversi Stati membri.

Oltre a ciò, occorre rilevare che rispetto alla proposta di regolamento della Commissione, nella proposta del Consiglio del 31 gennaio 2017 non è più contenuta una disposizione apposita che preveda il diritto dell'indagato di svolgere indagini difensive e di presentare prove a proprio discarico che la Procura europea è tenuta a prendere in considerazione²⁹⁵⁴. Tuttavia, occorre sottolineare che tale principio riveste fondamentale importanza poiché è un corollario del principio di parità delle armi tutelato sia dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che dall'articolo 6 della CEDU²⁹⁵⁵. Il testo della proposta di regolamento del Consiglio approvato il 31 gennaio 2017 prevede solamente nel paragrafo 3 dell'articolo 35 la possibilità, in base a quanto disposto dal diritto nazionale, di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che la Procura europea ottenga tali misure per conto della difesa. Non vi è più dunque il riferimento al fatto che la Procura europea sia “tenuta a prendere in considerazione” tali prove ed è espressamente stabilito che l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della Procura europea devono “chiedere che la Procura europea ottenga tali misure per conto della difesa”²⁹⁵⁶. La disposizione non stabilisce, quindi, un diritto della difesa a presentare prove, a nominare o sentire periti e escutere testimoni, ma prevede solamente che la difesa chieda alla Procura europea che tali attività siano espletate e che la stessa, oltretutto,

tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 478-482.

2954In tal senso, si legga l'articolo 35 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}. Tale disposizione era già stata ritenuta insufficiente a tutelare il principio di parità delle armi. Si legga in proposito, Meijers Committee, *Note on the proposed Council Regulation on the establishment of the EPPO*, 25 settembre 2013, p. 5.

2955Sulla portata applicativa e sul contenuto del diritto alla parità delle armi, si legga il capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

2956In particolare, l'articolo 35, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, prevede: “Fatti salvi i diritti di cui al presente capo, l'indagato, l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento della Procura europea godono di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che la Procura europea ottenga tali misure per conto della difesa”. Sulle criticità di una tale formulazione della disposizione, si legga J.A.E. VERVAELE, M. LUCHTMAN, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, in *Utrecht Law Review*, vol. 10, 5, dicembre 2014, p. 148, i quali sottolineano: “On the basis of Article 35, we take it that the principle of European territoriality also works, on occasion, in favour of the defendant to the extent that (s)he can avoid time-consuming mutual legal assistance procedures (or Evidence Warrants/Investigation Orders), by directly addressing – through the EPPO structure – the legal order where the evidence, witness or expert is present. Nevertheless, the precise scope of this article is unclear. The reader will have noticed that the wording of Article 35 is even broader – and therefore leaves more room for ambiguity – than the defence rights contained in Articles 48 CFR and 6 ECHR. It (only) grants a defendant the right to ask the EPPO to hear witnesses. Secondly, the proposal only mentions a ‘right to request’, implying implicitly a certain degree of discretion for the EPPO not to grant the request, or not to specify the reasons for that decision”.

ottenga tali misure per conto della difesa. La disposizione non precisa meglio quanto ampia sia la discrezionalità di cui gode la Procura europea nel decidere se ammettere le prove richieste o se escutere i testimoni richiesti dalla difesa; pertanto, in assenza di una disciplina specifica, tale potere potrebbe anche trasformarsi in arbitrio, soprattutto in assenza di un controllo giurisdizionale effettivo²⁹⁵⁷.

In materia di garanzie procedurali dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea, occorre, inoltre, sottolineare che la disciplina predisposta nella proposta di regolamento non prevede alcuna conseguenza nel caso in cui le prove siano state raccolte dalla Procura europea in violazione dei diritti dell'indagato.

Nel testo della proposta di regolamento del Consiglio, a differenza del *Corpus Juris*²⁹⁵⁸, non è, infatti, prevista alcuna clausola di esclusione per le prove illegittimamente raccolte. A differenza della proposta della Commissione non è neanche prevista una clausola generale in base alla quale il giudice di merito può non ammettere le prove presentate dalla Procura europea nel caso in cui ritenga sia stata lesa “l'imparzialità del giudice” o “i diritti della difesa sanciti dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea”²⁹⁵⁹.

L'articolo 31 dell'attuale proposta di regolamento prevede solamente che “le prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori della Procura europea o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro”²⁹⁶⁰. Nella disposizione non vi è, pertanto, alcun riferimento alla regola che le prove ottenute illegittimamente debbano essere escluse²⁹⁶¹. Né è dato trovare una tale previsione in altra

2957Per un'analisi delle forme di controllo giurisdizionale che sono previste avverso gli atti della Procura europea, si legga il capitolo ottavo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2958L'articolo 33 del *Corpus Juris* rubricato “*L'esclusione delle prove ottenute illegittimamente*” è esplicito in tal senso e prevede: “1. Nel procedimento per uno dei reati sopra definiti (artt. 1-8), una prova deve essere esclusa se è stata ottenuta dagli organi comunitari o nazionali in violazione dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o in violazione delle regole europee sopra enunciate (artt. 31 e 32) o ancora in violazione del diritto nazionale applicabile, senza che una tale violazione sia giustificata dalle regole europee sopra citate. Tuttavia, una tale prova deve essere esclusa solamente allorché la sua ammissione sarebbe lesiva dei principi del giusto processo. 2. Il diritto nazionale applicabile al fine di sapere se la prova è stata ottenuta legalmente o illegalmente deve essere il diritto del paese in cui tale prova è stata ottenuta. Quando una prova è stata legalmente ottenuta in tal modo, non deve essere consentito poter opporre all'utilizzazione di tale prova il solo fatto che il conseguimento sarebbe stato illegale nel paese di utilizzazione. Deve tuttavia essere sempre possibile opporre all'utilizzazione di una tale prova il fatto che il suo conseguimento, benché apparentemente conforme al diritto del paese in cui essa è stata ottenuta, ha violato i diritti consacrati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo o dalle norme europee (artt. 31 e 32)”.

2959In tal senso, articolo 30, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*. Per un'analisi critica di tale articolo si rinvia al capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2960Al riguardo, articolo 31, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Per un'analisi critica di tale articolo si rinvia al capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2961Si legga al riguardo, con riferimento ad una previa versione della proposta di regolamento, quanto sottolineato da J.A.E. VERVAELE, M. LUCHTMAN, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, *cit.*, pp. 147-148. In particolare, gli autori affermano: “*At first reading, it does not even make a distinction between evidence that was lawfully obtained and evidence obtained unlawfully unlike, for instance, similar provisions in the relevant Council of Europe Treaties, 70 or the Corpus Juris, that contains a specific provision on this issue (Article 33). We can take it, however, that the rule only applies to*

disposizione della proposta di regolamento. In assenza di una regola di esclusione delle prove ottenute illegittimamente, pertanto, i soggetti coinvolti nelle indagini non potranno neanche confidare nel fatto che le prove ottenute in violazione dei loro diritti non saranno utilizzate nella fase delle indagini preliminari per la formazione della prova²⁹⁶², e, successivamente, in dibattimento²⁹⁶³.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, l'attuale proposta di regolamento del Consiglio, così come approvata il 31 gennaio 2017, deve ritenersi del tutto inadeguata a tutelare i diritti dei soggetti coinvolti nel procedimento.

In dottrina si è fatto ricorso alla metafora della difesa a uomo rispetto alla difesa a zona, poiché “l'azione difensiva andrà calibrata con riferimento ad ogni singola attività posta in essere dal Procuratore europeo, sfruttando volta per volta le possibilità di fungere da scudo nel corso delle indagini, di partecipare attivamente all'assunzione delle prove dichiarative sin dalla fase preliminare qualora il sistema nazionale di riferimento lo consenta, di attivare ogni meccanismo di controllo previsto dal diritto locale, ricorrendo alle impugnazioni consentite nel luogo di adozione e di esecuzione delle misure coercitive”²⁹⁶⁴.

Una tale situazione, come risulta evidente, è altamente inadeguata e rischia di compromettere gravemente i diritti della difesa e, in generale, i diritti di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento iniziato dalla Procura europea. In tal senso, l'unica soluzione che permetterebbe di tutelare

materials that were gathered lawfully in another state. In the second place, Article 30 of the original proposal does not seem to differentiate between national rules on the gathering of evidentiary materials and the rules on their use as evidence. That is so because Article 30 not only refers to differences in national rules on the collection of evidence, but also on their presentation. That means that the example given by Spencer above indeed falls within the scope of Article 30”.

2962Per la diversa configurazione del procedimento penale a livello europeo rispetto ad alcuni ordinamenti nazionali come quello italiano, si legga quanto rilevato nel capitolo settimo, Titolo Secondo, Parte Seconda.

2963Sull'importanza di prevedere una regola di esclusione delle prove ottenute in violazione dei diritti degli indagati, con particolare riferimento al diritto ad essere assistiti da un difensore, si legga L.BACHMAIER WINTER, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, 2015, p. 114, 122, in cui si legge rispettivamente: “*To that end, the importance of respecting the exclusionary rule of evidence is essential: no incriminatory statement of the defendant made without respecting the right to legal assistance shall be admitted as evidence. The case law of the ECtHR is very clear on this point*”; *however, if the EU Directive seeks to reinforce the right to access to lawyer and prevent that law enforcement agents keep on interviewing a person as a witness, when they already consider him as a suspect, the exclusionary rule should have been added into the Directive*” (p. 114) e “*To my mind at this point the Directive should have been more ambitious, including at least a general requirement that the MS shall provide the widest possible participation of the defence lawyer in the investigative stage, as long as this does not prejudice the success of the investigation and establish the exclusionary rule or evidence for not complying with the right of access to a lawyer during those three investigative acts set out under Article 3(3)(c) DAL*” (p. 122). Nel senso che andrebbero previste regole di esclusione delle prove nel caso in cui non siano osservati stati rispettati i diritti derivati dal diritto ad un equo processo, si legga M. KAIIFA-GBANDI, *The Establishment of an EPPO and the Rights of the Suspects and Defendants: Reflections upon the Commission's 2013 proposal and the Council's amendments*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, European Policy Initiative, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, pp. 234-254, in particolare p. 254.

2964In tal senso, S. ALLEGREZZA, *Pubblico Ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit., p. 487.

adeguatamente i diritti degli indagati sarebbe quella di prevedere regole processuali uniformi a livello europeo per quanto riguarda, in particolare, i procedimenti aventi dimensione transnazionale²⁹⁶⁵.

In particolare, si ritiene che le garanzie procedurali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea dovrebbero essere compiutamente disciplinate nel regolamento istitutivo della Procura europea e che il contenuto di tali garanzie procedurali dovrebbe rispecchiare il contenuto che è stato attribuito ai diritti fondamentali a livello europeo, ossia rispettare il livello di tutela previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dai principi generali del diritto, desumibili dalla CEDU, così come interpretata dalla Corte EDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Si ritiene, infatti, che a causa delle sensibili differenze che sussistono per quanto riguarda il diritto processuale degli Stati membri²⁹⁶⁶, questa sia l'unica soluzione che permetta di garantire un livello elevato di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea.

4.1.1.1.74 Protezione dei dati di carattere personale

Si affronterà in tale sede il delicato tema del bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati di carattere personale e libera circolazione delle informazioni tra autorità giudiziarie competenti; in particolare, nel caso che qui interessa, tra la Procura europea, le autorità giudiziarie degli Stati membri e le altre agenzie che operano nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per quanto riguarda la Procura europea, è altresì necessario predisporre un efficace sistema di scambio di informazioni con OLAF, che nello svolgere indagini amministrative per reprimere i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, ha raccolto in questi anni una grande quantità di informazioni che potrebbero rivelarsi essenziali per le indagini che svolgerà la Procura europea.

Nell'istituire una Procura europea, ossia un organo inquirente sovranazionale con il potere di svolgere indagini e di esercitare l'azione penale nei confronti degli autori dei reati rientranti nella propria competenza, assume particolare rilievo la disciplina approntata in materia di protezione dei dati personali.

²⁹⁶⁵Si legga, in tal senso, S. GLESS, J.A.E. VERVAELE, *Law should govern: aspiring general principles for transnational criminal justice*, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9, pp. 1–10; S. GLESS, *Transnational cooperation in criminal matters and the guarantee of a fair trial: approaches to a general principle, in the same volume, the problem of safeguarding the rights of defendant in transnational proceedings is not adequately addressed by the EctHR*, in *Utrecht Law Review*, 9, 4, pp. 90–108.

²⁹⁶⁶Quanto alle diversità sussistenti negli Stati membri per quanto riguarda le regole processuali si legga lo studio dell'Università di Maastricht, T. SPRONKEN, G. VERMEULEN, D. DE VOCHT, L. VAN PUYENBROECK, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Antwerp, 2009, nonché lo studio condotto sotto la direzione dell'università di Lussemburgo, K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013.

L'esigenza di approntare una disciplina dettagliata in tale ambito risulta accresciuta dalla necessità di controbilanciare la legislazione che si è moltiplicata in seguito agli attentati terroristici che hanno tragicamente colpito molti Paesi europei ed extraeuropei negli ultimi anni. Il progresso tecnologico e l'esigenza di adottare strumenti efficaci per prevenire e combattere forme di criminalità grave aventi una dimensione transnazionale hanno, infatti, portato a istituire sistemi di elaborazione automatica dei dati molto penetranti che possono ricostruire l'identità personale di un soggetto in modo molto dettagliato e pervasivo, arrivando ad identificare anche gusti personali e informazioni riservate e molto personali concernenti la salute o i legami amicali e sentimentali di ogni soggetto in relazione a cui siano svolte indagini²⁹⁶⁷.

Il possesso di tali informazioni risulta indispensabile nel combattere talune forme di criminalità, come il terrorismo o i reati commessi da appartenenti alla criminalità organizzata, poiché consente di rintracciare e individuare i soggetti anche in una fase precedente alla commissione del reato, scongiurando il verificarsi di eventi connotati da un alto grado di offensività.

In tal senso, risulta essenziale per la Procura europea poter disporre di tali dati al fine di svolgere indagini effettive e rintracciare gli autori di reati aventi dimensione transnazionale. Occorre rilevare che, anche se in un primo momento la competenza della Procura europea sarà limitata al perseguimento dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, usufruire di tali dati sarebbe in ogni caso una necessità, dal momento che sempre più frequentemente tali reati hanno una dimensione transnazionale e coinvolgono più persone, sia fisiche che giuridiche, le quali non potrebbero essere altrimenti individuate²⁹⁶⁸.

Al tempo stesso, accanto alla necessità di prevenire e reprimere tali forme di reato, si pone la necessità di garantire il diritto alla protezione e alla riservatezza dei dati personali. Al proposito, occorre rilevare che in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il diritto alla protezione dei dati personali è stato rafforzato e ha trovato la propria base in disposizioni contenute in atti di diritto primario dell'Unione. L'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare, ha consacrato il diritto di ogni persona alla protezione dei dati personali che la riguardano²⁹⁶⁹. In base a tale disposizione i dati personali devono essere trattati per finalità determinate, o in seguito al consenso della persona interessata o per un "fondamento legittimo

²⁹⁶⁷Si legga, nel senso che tale linea evolutiva sta portando verso una società in cui tutti sono sorvegliati, *ex multis*, Surveillance Studies Network, Summary Report for the Information Commissioner: Surveillance Studies Network, *A Report on the Surveillance Society*, consultabile online all'indirizzo: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/1042390/surveillance-society-full-report-2006.pdf>.

²⁹⁶⁸Per un'analisi dell'influenza che il progresso tecnologico ha comportato sulla protezione dei dati personali, si legga il *Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges, in Particular in the Light of Technological Developments*, Final Report, 20 gennaio 2010, commissionato dalla Commissione.

²⁹⁶⁹L'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede: "1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente".

previsto dalla legge”. Ogni persona, inoltre, ha il diritto a accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenerne una rettifica.

L'articolo 16 del TFUE ha del pari riconosciuto il diritto di ogni persona alla protezione dei dati personali che la riguardano. Ha, quindi, previsto a tal fine che siano stabilite norme da parte del Parlamento e il Consiglio, secondo la procedura legislativa ordinaria, “relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati”²⁹⁷⁰.

Entrambe le disposizioni ora menzionate, ossia l'articolo 8 della Carta e l'articolo 16 del TFUE, prevedono, inoltre, che il rispetto delle regole predisposte in materia di tutela dei dati personali deve essere soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

Per quanto concerne il settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, assume inoltre rilievo il disposto dalla Dichiarazione 21 allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona in cui la conferenza rileva che “potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, in base all'articolo 16 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”²⁹⁷¹.

Dal combinato disposto delle disposizioni menzionate, si ricava, quindi, che il Parlamento europeo e il Consiglio mediante la procedura legislativa ordinaria devono adottare norme relative alla libera circolazione dei dati e alla protezione di questi ultimi nei casi in cui tali dati siano trattati dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, nonché dagli Stati membri a talune condizioni. I dati personali in ogni caso possono essere trattati solo per finalità determinate in seguito al consenso della persona interessata o per un motivo legittimo stabilito per legge. In tali norme deve essere altresì stabilito il diritto di ogni persona ad accedere ai dati raccolti che la riguardano e a chiederne rettifica. Inoltre, il controllo circa il rispetto di tali norme deve essere attribuito ad un'autorità indipendente.

In ambito di diritto penale europeo, e, in particolare, di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, le previsioni introdotte con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si innestano in un quadro normativo la cui caratteristica principale è la frammentarietà²⁹⁷².

²⁹⁷⁰Si legga, al proposito, l'articolo 16 del TFUE. L'articolo 16, par. 2 del TFUE precisa inoltre: “ *Le norme adottate sulla base del presente articolo fanno salve le norme specifiche di cui all'articolo 39 del trattato sull'Unione europea*”.

²⁹⁷¹Si veda al riguardo la Dichiarazione n. 21 *relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia* allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007.

²⁹⁷²In proposito e per una descrizione delle numerose, a volte contrastanti e a volte sovrapposte, norme che regolano la

Operano, infatti, in tale contesto una moltitudine di agenzie europee, ognuna delle quali in materia di protezione dei dati personali applica la disciplina contenuta nel proprio atto istitutivo. Tali discipline differiscono tra loro e l'unico strumento che dovrebbe predisporre delle regole comuni in materia è la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, che è stata recentemente abrogata dalla direttiva 2016/680, la quale, tuttavia, non si applica al trattamento di dati personali effettuati da istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione²⁹⁷³.

La recente direttiva 2016/680 non ha, infatti, creato una disciplina uniforme a livello europeo in materia di protezione dei dati personali che sostituisse le diverse fonti attualmente esistenti in ambito di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, ma si è limitata a sostituire la precedente decisione quadro 2008/977/GAI²⁹⁷⁴. I singoli atti legislativi che hanno istituito le agenzie europee in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia a livello europeo non sono incise dalla direttiva 2016/680 e saranno sostituite da altri strumenti specifici ad ogni agenzia. In particolare, la decisione istitutiva di Europol, così come le decisioni adottate in attuazione della decisione 2009/371/GAI istitutiva dell'agenzia²⁹⁷⁵, sono state sostituite dal regolamento 2016/794²⁹⁷⁶, mentre il

protezione dei dati personali in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale, S. BRAUM, V. COVOLO, *From Proven Fragmentation to Guaranteed Data Protection within the Virtual Criminal Law Enforcement Area: A Report on Personal Data Protection within the Framework of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union, A comparative Analysis*, Vol. 1, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 1011 e seguenti; P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, Brussels, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2014.

²⁹⁷³In tal senso dispone l'articolo 2, par. 3, lett. b) della Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio*, in GU L 119, del 4 maggio 2016, p. 89. In particolare, l'articolo 2 della direttiva dispone: "La presente direttiva si applica al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1. 2. La presente direttiva si applica al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi. 3. La presente direttiva non si applica ai trattamenti di dati personali: a) effettuati per attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione; b) effettuati da istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione".

²⁹⁷⁴Con riferimento ai possibili scenari prospettabili in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, in particolare, ai diversi scenari che potevano realizzarsi con l'adozione della direttiva 2016/680, si legga P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, Brussels, Studio per il Comitato LIBE, completato in novembre 2014.

²⁹⁷⁵Il riferimento è alle decisioni del Consiglio 2009/371/GAI (Decisione 2009/371/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, *che istituisce l'Ufficio europeo di polizia (Europol)*, in GU L 121 del 15 maggio 2009, p. 37), 2009/934/GAI (Decisione 2009/934/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme di attuazione relative alle relazioni di Europol con i partner, incluso lo scambio di dati personali e informazioni classificate, in GU L 325 dell'11 dicembre 2009, p. 6), 2009/935/GAI (Decisione 2009/935/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che stabilisce l'elenco dei paesi e delle organizzazioni terzi con cui Europol stipula accordi, in GU L 325 dell'11 dicembre 2009, p. 12), 2009/936/GAI (Decisione 2009/936/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme di attuazione degli archivi di lavoro per fini di analisi di Europol, in GU L 325 dell'11 dicembre 2009, p. 14) e 2009/968/GAI (Decisione 2009/968/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme sulla protezione del segreto delle informazioni di Europol, in GU L 332 del 17 dicembre 2009, p. 17).

²⁹⁷⁶Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, *che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol)* e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, in GU L 135, del 24 maggio 2016, pp. 53-114.

regolamento inteso a sostituire la decisione istitutiva di *Eurojust* non è ancora stato adottato²⁹⁷⁷. OLAF, pur in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per quanto riguarda la protezione dei dati personali è rimasto vincolato alle indicazioni contenute nel regolamento 883/2013, il quale per quanto concerne la designazione del responsabile della protezione, rinvia al regolamento 45/2001²⁹⁷⁸. Il regolamento 45/2001 concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, è stato adottato prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, nonostante la Commissione in occasione dell'adozione delle proposte di regolamento modificative delle precedenti decisioni istitutive di Europol e di *Eurojust* e di regolamento istitutivo della Procura europea, avesse annunciato di voler modificare il regolamento 45/2001, al momento attuale non risulta essere stato adottato alcun atto in tal senso²⁹⁷⁹.

Di conseguenza, gli atti attualmente esistenti che disciplinano il trattamento dei dati personali da parte degli organi e organismi europei operanti nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale sono il regolamento 45/2001 risalente al 2001 e non successivamente modificato, il regolamento 2016/794 istitutivo di Europol e la decisione 2002/187/GAI istitutiva di *Eurojust*²⁹⁸⁰.

In questo scenario si inserisce la proposta di regolamento istitutivo della Procura europea²⁹⁸¹, la quale predispone un'ulteriore e diversa disciplina applicabile al trattamento dei dati personali da parte della Procura europea²⁹⁸².

2977 *Eurojust* è stato istituito con decisione 2002/187/GAI del Consiglio (Decisione 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, *che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, modificata con decisione 2003/659/GAI del Consiglio e con decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust*, in GU L 63 del 6 marzo 2002, p. 1) per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata nell'Unione europea. La decisione, il cui termine di recepimento è scaduto il 4 giugno 2011, adottata per rafforzare *Eurojust* nel 2009 è la Decisione 2009/426/GAI del Consiglio del 16 dicembre 2008, in GU L 138 del 4 giugno 2009, p. 14.

2978 Si legga, al riguardo l'articolo 10, par. 4 del Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, *relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)* e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, in GU L 248/1, 18 settembre 2013. L'articolo 10, par. 4, in particolare, prevede: "L'Ufficio può designare un responsabile della protezione dei dati conformemente all'articolo 24 del regolamento (CE) n. 45/2001".

2979 Il riferimento nel testo è a Regolamento (CE) N. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, *concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati*, in GU L 8, del 12 gennaio 2001, p. 1.

2980 A tali strumenti si aggiunge il Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, *relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)* e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, *cit.* per quanto riguarda OLAF, il quale, tuttavia, svolge solo indagini amministrative e non penali.

2981 Al riguardo, si legga la *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013 COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}, e la successiva versione della stessa da ultimo approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017, ossia *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, 31 gennaio 2017, 5766/17, Fascicolo interistituzionale: 2013/0255 (APP).

2982 Al riguardo, la combinazione degli strumenti esistenti può dar luogo a sei differenti scenari che sono stati tracciati da P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area, cit.*. In particolare, usando le parole

In tale sede analizzeremo la disciplina predisposta nella proposta di regolamento da ultimo approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017 per quanto concerne il trattamento dei dati personali da parte della Procura europea e procederemo successivamente a valutare se tale disciplina sia efficace e, soprattutto, se la predisposizione di un'apposita disciplina sia la scelta più appropriata nell'ambito di un quadro normativo già estremamente frammentato. Si è, infatti, obiettato che la predisposizione di una specifica normativa concernente la Procura europea non sarebbe la scelta più idonea a garantire la protezione dei dati personali in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale poiché si verrebbe ad aggiungere ai diversi strumenti normativi già attualmente esistenti, così aggiungendo ulteriore complessità e frammentarietà ad un quadro già estremamente complesso e frammentato²⁹⁸³.

La disciplina, piuttosto dettagliata, inerente la protezione dei dati personali è contenuta nel Capo VI della proposta di regolamento istitutivo della Procura europea approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017²⁹⁸⁴. Occorre fin da subito premettere che la disciplina ivi prevista è più esauriente di quella concernente i poteri di indagine attribuiti alla Procura europea²⁹⁸⁵, il regime di ammissibilità delle prove²⁹⁸⁶ o le regole concernenti le garanzie procedurali dei soggetti coinvolti nel procedimento avviato dalla Procura europea²⁹⁸⁷.

In particolare, nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 vi è una distinzione di disciplina tra dati amministrativi e dati operativi. Ai primi si applica il regolamento 45/2001²⁹⁸⁸,

degli autori, “*the interplay of the instruments involved (the Police and Criminal Justice Data Protection Directive, Regulation 45/2001 or its successor, the Europol, Eurojust and EPPO Regulations) has been attempted to be sketched in the six different scenarios that follow, each in turn assessed in terms of legal and pragmatic plausibility under the current environment: A “unified model” scenario, under which the Police and Criminal Justice Data Protection Directive would regulate all the EU criminal justice and law enforcement area (including therefore the EU agencies operating therein); A “segregated model” scenario, whereby the Police and Criminal Justice Data Protection Directive would leave EU agencies’ personal data processing outside of its scope (as is currently the situation under the Data Protection Framework Decision); An “interim segregated model” scenario, under which the above segregated approach would only last for a few years, after which EU agencies would have to bring their personal data processing under the Police and Criminal Justice Data Protection Directive; An “alternative unified model” scenario, that, as originally suggested by the Commission, would use Regulation 45/2001 as a common standard-setting text for all EU agencies, whose individual constituting legal instruments would subsequently supplement and further specify its provisions; A scenario whereby the current architecture is preserved and consequently neither the Police and Criminal Justice Data Protection Directive nor Regulation 45/2001 (or its successor) affect in any way the agency-specific (revised) texts, and An, unfortunately likely for the immediate future, scenario, whereby Regulation 45/2001 is not amended in time and all of Europol, Eurojust and EPPO Regulations, when adopted, will supplement and further specify its provisions, which are outdated and unsuitable for the criminal justice and law enforcement area*”. Il sottolineato nel testo è nostro per far comprendere più chiaramente quali siano i sei scenari dipinti dagli autori.

2983 Si legga in tal senso MEIJERS COMMITTEE, CM1612, *Note on the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office – Judicial Review, Forum Choice, Access to the Case File and Data Protection*, ultimo punto concernente la protezione dei dati personali.

2984 Si veda in tal senso il capo VI della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, rubricata “Protezione dei dati” che contiene gli articoli da 36 *sexies* a 46 *bis*.

2985 Per l’analisi di tale disciplina, si legga il capitolo settimo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2986 Per la disamina di tale disciplina, si legga il capitolo settimo, sezione seconda, Titolo Secondo, Parte Seconda.

2987 Per l’esame di tale disciplina, si legga il paragrafo precedente di questo medesimo capitolo ottavo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

2988 Regolamento (CE) N. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, *concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi*

mentre le modalità di trattamento dei secondi è disciplinata nel regolamento stesso²⁹⁸⁹.

Per quanto riguarda questi ultimi, e, in particolare, la Procura europea è tenuta a trattare i dati personali con procedimenti automatizzati o in casellari manuali strutturati in conformità del regolamento istitutivo e solo per le finalità indicate nella disposizione, ossia lo svolgimento di indagini penali e dell'azione penale ai sensi del regolamento; lo scambio di informazioni con le autorità competenti degli Stati membri e altri istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione ai sensi del regolamento, o la cooperazione con paesi terzi e organizzazioni internazionali²⁹⁹⁰. Nella proposta di regolamento è altresì precisato che al fine di determinare se i dati siano pertinenti ai compiti che deve svolgere e se siano volti a perseguire una delle finalità che abbiamo ora indicato, la Procura europea può trattare i dati temporaneamente. Le condizioni relative al trattamento dei dati personali, in particolare per quanto riguarda l'accesso ai dati e il relativo utilizzo, nonché i termini per la loro conservazione e cancellazione sono precisate ulteriormente dal collegio, agendo su proposta del procuratore capo europeo e previa consultazione del garante europeo della protezione dei dati²⁹⁹¹.

La proposta precisa altresì che la Procura europea, quando applica gli articoli da 37 *septies* a 37 *duodecies* del regolamento, “se del caso, agisce in conformità del diritto processuale nazionale per quanto riguarda l'obbligo di fornire informazioni all'interessato e alla possibilità di escludere, limitare o ritardare tali informazioni”²⁹⁹².

La disciplina processuale nazionale viene, quindi, in rilievo per quanto riguarda le informazioni da fornire all'interessato e la possibilità di escludere, limitare o ritardare tali informazioni.

comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, cit.. In tal senso si legga l'articolo Articolo 36 *septies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che recita: “A tutti i dati personali amministrativi trattati dalla Procura europea si applica il regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio. La Procura europea stabilisce i termini per la conservazione dei dati personali amministrativi nelle disposizioni sulla protezione dei dati del proprio regolamento interno”. In tal senso si legga anche il Considerando 82 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, che prevede: “Al trattamento dei dati personali amministrativi effettuato dalla Procura europea si applica il regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati”.

2989In particolare, la disciplina dei dati operativi è stabilita dagli articoli da 37 all'articolo 41 *ter* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*

2990In tal senso, articolo 37, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. I paragrafi 1 *bis* e 1 *ter* prevedono, inoltre: “Le categorie di dati personali e le categorie di interessati i cui dati personali possono essere trattati nell'indice di cui all'articolo 36 *ter*, paragrafo 4, lettera b), dalla Procura europea per ciascuna finalità di cui al paragrafo 1, sono indicate nell'allegato. Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati conformemente all'articolo 72 *bis* al fine di modificare i dati personali e le categorie di interessati di cui all'allegato, per tener conto degli sviluppi delle tecnologie dell'informazione e dei progressi della società dell'informazione. Qualora motivi imperativi di urgenza lo richiedano, la procedura di cui all'articolo 72 *ter* si applica agli atti delegati adottati ai sensi del presente paragrafo”.

2991Al riguardo, si legga l'articolo 37, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Il paragrafo 3 stabilisce altresì: “La Procura europea tratta i dati personali operativi in modo che sia possibile individuare l'autorità che li ha forniti o i sistemi da cui sono stati ottenuti”.

2992Al riguardo, si legga l'articolo 37, par. 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, il quale precisa altresì: “Se del caso, il procuratore europeo delegato consulta altri procuratori europei delegati interessati dal caso, prima di prendere una decisione riguardo agli articoli da 37 *septies* a 37 *duodecies*”.

Nella proposta di regolamento sono disciplinati anche i termini di conservazione dei dati personali. In particolare, è previsto che, salvo la verifica periodica della Procura europea sulla necessità di conservare i dati personali, al più tardi tre anni dopo il primo trattamento, e successivamente ogni tre anni, la Procura europea deve effettuare tale verifica. I dati personali operativi in possesso della Procura europea, inoltre, non possono essere conservati per più di cinque anni dal momento in cui è diventata definitiva una decisione di assoluzione nell'ambito di un caso²⁹⁹³. Prima che scada uno dei termini ora enunciati, la Procura europea può conservare ulteriormente i dati, ma in tal caso i motivi dell'ulteriore conservazione devono essere giustificati e registrati; nel caso in cui non sia deciso nulla circa l'ulteriore conservazione dei dati personali, essi sono automaticamente cancellati²⁹⁹⁴.

Ad ulteriore tutela dei soggetti interessati è previsto che sia operata una netta distinzione tra i dati personali delle diverse categorie di interessati, consistenti, in particolare, nelle persone per le quali vi sono fondati motivi di ritenere che abbiano commesso o stiano per commettere un reato; nelle persone condannate per un reato; nelle vittime di reato o le persone che alcuni fatti autorizzano a considerare potenziali vittime di reato; e nelle altre parti rispetto a un reato, quali le persone che potrebbero essere chiamate a testimoniare nel corso di indagini su reati o di procedimenti penali conseguenti, le persone che possono fornire informazioni su reati o le persone in contatto o collegate alle persone per le quali vi sono fondati motivi che stiano per commettere un reato o condannate per un reato²⁹⁹⁵.

Una disposizione successivamente inserita, ossia l'articolo 37 *quater quater* prevede, inoltre, che per quanto riguarda le condizioni di trattamento specifiche, la Procura europea deve rispettare “le condizioni di trattamento specifiche previste da un'autorità nazionale a norma dell'articolo 9, paragrafi 3 e 4, della direttiva (UE) 2016/680”²⁹⁹⁶. Al proposito, occorre, tuttavia, rilevare che la

2993In tal senso, si legga l'articolo 37 *bis*, par. 1 e 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che precisa altresì, al paragrafo 1, che “Se i dati personali sono conservati per più di cinque anni, ne è informato il garante europeo della protezione dei dati” e al paragrafo 2 che “qualora l'imputato sia stato condannato, i termini sono prorogati fino a che la sanzione irrogata venga eseguita o non possa più essere eseguita secondo il diritto dello Stato membro di condanna”.

2994Al riguardo, si legga l'articolo 37 *bis*, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che recita: “Prima che scada uno dei termini di cui al paragrafo 2, la Procura europea verifica la necessità di continuare a conservare i dati personali se e per il tempo necessario all'espletamento dei suoi compiti. I motivi dell'ulteriore conservazione devono essere giustificati e registrati. Se non è deciso nulla in merito all'ulteriore conservazione dei dati personali, questi sono automaticamente cancellati”.

2995Al riguardo, si legga l'articolo 37 *ter* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. L'articolo 39 *quater* della medesima proposta di regolamento del Consiglio prevede inoltre: “La Procura europea differenzia, nella misura del possibile, i dati personali fondati su fatti da quelli fondati su valutazioni personali. 2. La Procura europea prende tutte le misure ragionevoli per garantire che i dati personali inesatti, incompleti o non più aggiornati non siano trasmessi o resi disponibili. A tal fine, la Procura europea verifica, per quanto possibile, la qualità dei dati personali prima che questi siano trasmessi o resi disponibili. Per quanto possibile, la Procura europea correda tutte le trasmissioni di dati personali delle informazioni necessarie che consentono al destinatario di valutare il grado di esattezza, completezza e affidabilità dei dati personali, e la misura in cui essi sono aggiornati. 3. Qualora risulti che sono stati trasmessi dati personali inesatti o che sono stati trasmessi dati personali illecitamente, il destinatario deve esserne informato quanto prima. In tal caso, i dati personali devono essere rettificati o cancellati o il trattamento deve essere limitato a norma dell'articolo 37 *undecies*”.

2996In tal senso, articolo 37 *quater quater* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto*

concreta portata dell'articolo 9, par. 3 e 4 della direttiva 2016/680 sarà determinata dalla legge nazionale di attuazione della direttiva, la quale prescriverà in quali casi siano previste condizioni specifiche per il trattamento²⁹⁹⁷. Tale rinvio, pertanto, non permette di delineare una disciplina uniformemente applicabile poiché la disciplina applicabile nel caso di specie sarà diversa in ogni Stato membro e conforme alla legge di attuazione adottata in esecuzione della direttiva 2016/680.

Per quanto riguarda la trasmissione di dati personali a istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione, inoltre, è previsto che la Procura europea possa trasmettere i dati richiesti da tali soggetti solo se “sono necessari per il legittimo esercizio delle funzioni rientranti nelle competenze di tale istituzione, organo, ufficio o agenzia dell'Unione”. L'altra istituzione, organo o organismo dell'Unione potrà, infatti, procedere al trattamento dei dati personali solo perseguendo le finalità per cui questi sono stati trasmessi²⁹⁹⁸. La proposta di regolamento del Consiglio precisa altresì che “se i dati sono trasmessi su richiesta dell'altra istituzione, dell'altro organo o ufficio, o dell'altra agenzia dell'Unione, il titolare del trattamento e il destinatario sono entrambi responsabili della legittimità del trasferimento”. La Procura europea, tuttavia, è tenuta a verificare la competenza dell'altra istituzione, organo o organismo dell'Unione e a “effettuare una valutazione provvisoria della necessità della trasmissione dei dati”²⁹⁹⁹.

di regolamento, del 31 gennaio 2017, cit., nel primo paragrafo prevede: “Se richiesto dal presente regolamento, la Procura europea prevede condizioni specifiche di trattamento e informa il destinatario dei dati personali di tali condizioni e dell'obbligo di rispettarle”.

2997L'articolo 9 della Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, cit.* prevede: “I dati personali raccolti dalle autorità competenti per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, non possono essere trattati per finalità diverse da quelle di cui all'articolo 1, paragrafo 1, a meno che tale trattamento non sia autorizzato dal diritto dell'Unione o dello Stato membro. Qualora i dati personali siano trattati per tali finalità diverse, si applica il regolamento (UE) 2016/679, a meno che il trattamento non sia effettuato nell'ambito di un'attività che non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. 2. Qualora il diritto dello Stato membro affidi alle autorità competenti l'esecuzione di compiti diversi da quelli eseguiti per le finalità di cui all'articolo 1, paragrafo 1, il regolamento (UE) 2016/679 si applica al trattamento per tali finalità, comprese quelle di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o per finalità statistiche, a meno che il trattamento non sia effettuato nel contesto di un'attività che non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. 3. Gli Stati membri dispongono che, nei casi in cui il diritto dell'Unione o dello Stato membro applicabile all'autorità competente che trasmette i dati preveda condizioni specifiche per il trattamento, l'autorità competente che trasmette i dati informi il destinatario di tali dati personali di tali condizioni e dell'obbligo di rispettarle. 4. Gli Stati membri dispongono che l'autorità competente che trasmette i dati non applichi a destinatari di altri Stati membri o a agenzie, uffici e organi istituiti a norma del titolo V, capi 4 e 5, TFUE condizioni ai sensi del paragrafo 3 diverse da quelle applicabili a trasmissioni di dati analoghe all'interno dello Stato membro dell'autorità competente che trasmette i dati”.

2998In tal senso, si legga l'articolo 37 *quater quater quater*, par. 1 e par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento, del 31 gennaio 2017, cit.*

2999In tal senso, si veda l'articolo 37 *quater quater quater*, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento, del 31 gennaio 2017, cit.*, che per esteso stabilisce: “Se i dati sono trasmessi su richiesta dell'altra istituzione, dell'altro organo o ufficio, o dell'altra agenzia dell'Unione, il titolare del trattamento e il destinatario sono entrambi responsabili della legittimità del trasferimento. La Procura europea è tenuta a verificare la competenza dell'altra istituzione, dell'altro organo o ufficio, o dell'altra agenzia dell'Unione e ad effettuare una valutazione provvisoria della necessità della trasmissione dei dati. Qualora emergano dubbi su tale necessità, la Procura europea chiede ulteriori spiegazioni al destinatario. L'altra istituzione, l'altro organo o ufficio, o l'altra agenzia dell'Unione provvede a che si possa successivamente verificare la necessità della trasmissione dei dati”.

A tutela della sfera personale più intima e riservata del soggetto, inoltre, è stabilito che “il trattamento di dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche o l'appartenenza sindacale, e il trattamento di dati genetici, di dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica o di dati relativi alla salute o di dati relativi alla vita sessuale della persona fisica o all'orientamento sessuale è autorizzato solo se strettamente necessario per le indagini della Procura europea, soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato e soltanto se tali dati integrano altri dati personali già trattati dalla Procura europea”, inoltre, il responsabile della protezione dei dati è immediatamente informato del ricorso al trattamento di tali dati³⁰⁰⁰.

A tutela del soggetto i cui dati personali sono utilizzati, l'articolo 37 *sexies* della proposta di regolamento stabilisce, inoltre, un diritto molto importante. In base a tale disposizione, “l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione della Procura europea basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”³⁰⁰¹.

Il diritto a non essere sottoposto alla decisione della Procura europea sulla base di una profilazione automatica è un diritto essenziale per ogni soggetto. La profilazione automatica consiste, infatti, in una tecnica di trattamento dei dati personali, in base alla quale mediante algoritmi matematici di dati concernenti un numero molto elevato di persone i dati vengono trattati automaticamente al fine di attribuire a ciascun soggetto un profilo. Il soggetto è studiato nelle sue attitudini di consumo, stile di vita, interesse per certi prodotti e disinteresse per altri, nonché caratteristiche legate alla sua identità personale. Tutti questi dati vengono poi automaticamente raccolti insieme e viene così delineato il profilo di ogni soggetto. Una tale tecnica è molto pericolosa come è agevole desumere poiché l'identità del soggetto viene ricostruita mediante dati selezionati, raccolti e classificati mediante algoritmi matematici e poi riassembleati mediante meccanismi altrettanto automatici da un computer. Risulta, pertanto, elevato il rischio che la profilazione automatica non corrisponda alla reale identità personale del soggetto.

Sulla scorta di tali argomenti, in ambito penale la direttiva 2016/680 ha vietato l'adozione di una decisione che si fondi unicamente sulla profilazione automatica dei dati, la quale produca effetti giuridici negativi o incida significativamente sull'interessato. La direttiva, tuttavia, prevede una deroga a tale generale divieto che rischia di affievolire notevolmente il divieto ora enunciato. Nel testo dell'articolo 11 della direttiva, infatti, si legge che l'adozione di una tale decisione è vietata, “salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del

3000Al proposito, articolo 37 *quinquies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3001Cfr. articolo 37 *sexies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento". In tal senso, quindi, la legislazione di uno Stato membro potrebbe prevedere che una decisione lesiva dei diritti dell'interessato sia adottata sulla base di una profilazione automatica. L'unica condizione che deve essere rispettata ai sensi della direttiva è che siano previste "garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato"; una tale deroga, tuttavia, è formulata in modo molto generico e può, dunque, essere interpretata più o meno estensivamente dallo Stato membro nell'adottare la legislazione di attuazione della direttiva. L'unica precisazione contenuta nella disposizione che può in parte limitarne un'interpretazione abusiva è l'inciso secondo cui è necessario "almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento"³⁰⁰². Per quanto la legislazione di attuazione adottata nello Stato membro possa essere ampia, dunque, nel caso in cui si voglia fondare una decisione che produca effetti giuridici negativi sull'interessato su una profilazione automatica dei dati personale, a tale soggetto deve essere garantito "almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento".

Al proposito, occorre constatare che la tutela approntata nella proposta di regolamento istitutiva della Procura europea è maggiore di quella di cui alla direttiva 2016/680, in quanto non è previsto alcun caso in cui sia possibile derogare al divieto di fondare una decisione che produca effetti negativi su un soggetto sulla base di una profilazione automatica di dati.

Nelle disposizioni successive sono predisposte le regole per permettere all'interessato di avere accesso alle informazioni personali che lo riguardano detenute dalla Procura europea. In tal senso sono disciplinati due diversi forme di comunicazione di tali informazioni all'interessato. Si distinguono le ipotesi in cui la Procura europea è tenuta a comunicare "in forma concisa, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro", con qualsiasi mezzo adeguato, anche per via elettronica, determinati tipi di informazione dai casi in cui l'interessato può esercitare il proprio diritto di accesso per venire a conoscenza di altri tipi di informazione.

Quanto alla prima categoria, nell'effettuare un bilanciamento tra efficienza delle indagini e diritto dell'interessato alla protezione dei propri dati personali, la proposta di regolamento del Consiglio prevede che talune categorie di dati debbano essere messe a disposizione dell'interessato, mentre altre tipologie di informazioni debbano essere fornite all'interessato solo in casi specifici e la comunicazione di esse può essere ritardata, limitata o esclusa "nella misura e per il tempo in cui ciò costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto

³⁰⁰²Si legga al proposito l'articolo 11, par. 1 della Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio*, cit., il quale al paragrafo 3 precisa, inoltre, che in ogni caso la "La profilazione che porta alla discriminazione di persone fisiche sulla base di categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 10 è vietata, conformemente al diritto dell'Unione".

dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata”, nei casi in cui ciò possa compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari; compromettere la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali. Del pari, la comunicazione di tali informazioni può essere ritardata, limitata o esclusa al fine di proteggere la sicurezza pubblica degli Stati membri; proteggere la sicurezza nazionale degli Stati membri o proteggere i diritti e le libertà altrui³⁰⁰³.

Per quanto riguarda il diritto di accesso dell'interessato, invece, l'interessato ha il diritto di ottenere dalla Procura europea la conferma che sia o meno in corso un trattamento di tali personali che lo riguardano e di ottenere l'accesso ai seguenti dati personali e alle specifiche informazioni elencate nel paragrafo 1 dell'articolo 37 *nonies* della proposta di regolamento³⁰⁰⁴. Nelle disposizioni successive sono poi elencati i casi in cui la Procura europea può limitare il diritto di accesso dell'interessato, “nella misura e per il tempo in cui tale limitazione totale o parziale costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata”. Tali casi sono i medesimi in presenza dei quali la comunicazione di certe informazioni all'interessato può essere ritardata,

3003Si leggano in tal senso gli articoli 37 *septies* e 37 *octies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Quanto alle ipotesi in cui la Procura europea è tenuta a comunicare i dati, l'articolo 37 *octies* prevede quanto segue: “La Procura europea mette a disposizione dell'interessato almeno le seguenti informazioni: a) l'identità e i dati di contatto della Procura europea; b) i dati di contatto del responsabile della protezione dei dati; c) le finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali; d) il diritto di proporre reclamo al garante europeo della protezione dei dati e i suoi dati di contatto; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere alla Procura europea l'accesso ai dati personali e la loro rettifica o cancellazione e la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano. 2. In aggiunta alle informazioni di cui al paragrafo 1, la Procura europea fornisce all'interessato, in casi specifici, le seguenti ulteriori informazioni per consentire l'esercizio dei diritti dell'interessato: a) la base giuridica per il trattamento; b) il periodo di conservazione dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; c) se del caso, le categorie di destinatari dei dati personali, anche in paesi terzi o in seno a organizzazioni internazionali; d) se necessario, ulteriori informazioni, in particolare nel caso in cui i dati personali siano raccolti all'insaputa dell'interessato”. Quanto alle modalità di comunicazione di tali informazioni e ai casi in cui tale comunicazione può essere rifiutata, l'articolo 37 *septies*, par. 2-5, prevede: “La Procura europea agevola l'esercizio dei diritti dell'interessato ai sensi degli articoli da 37 *octies* a 37 *duodecies*. 3. Senza indebito ritardo e in ogni caso entro tre mesi dal ricevimento della richiesta dell'interessato, la Procura europea informa quest'ultimo per iscritto in merito al seguito dato alla sua richiesta. 4. La Procura europea provvede affinché le informazioni di cui all'articolo 37 *octies* ed eventuali comunicazioni effettuate o azioni intraprese ai sensi degli articoli 37 *sexies*, da 37 *nonies* a 37 *duodecies* e 38 *octies* siano gratuite. Se le richieste dell'interessato sono manifestamente infondate o eccessive, in particolare per il loro carattere ripetitivo, la Procura europea può: a) addebitare un contributo spese ragionevole tenendo conto dei costi amministrativi sostenuti per fornire le informazioni o la comunicazione o intraprendere l'azione richiesta; o b) rifiutare di soddisfare la richiesta. Incombe alla Procura europea l'onere di dimostrare il carattere manifestamente infondato o eccessivo della richiesta. 5. Qualora la Procura europea nutra ragionevoli dubbi circa l'identità della persona fisica che presenta una richiesta di cui agli articoli 37 *nonies* o 37 *undecies*, può richiedere ulteriori informazioni necessarie per confermare l'identità dell'interessato”.

3004L'articolo 37 *nonies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* prevede tale diritto in relazione alle informazioni concernenti “a) le finalità e la base giuridica del trattamento; b) le categorie di dati personali in questione; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati comunicati, in particolare se destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; d) quando possibile, il periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo; e) l'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere alla Procura europea la rettifica o cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano; f) il diritto di proporre reclamo al garante europeo della protezione dei dati e le coordinate di contatto di quest'ultimo; g) la comunicazione dei dati personali oggetto del trattamento e di tutte le informazioni disponibili sulla loro origine”.

limitata o esclusa³⁰⁰⁵.

Conformemente a quanto previsto sia dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dall'articolo 16 del TFUE, la proposta di regolamento assoggetta il controllo di tali norme ad un'autorità indipendente, ossia al Garante europeo della protezione dei dati³⁰⁰⁶. Oltre ad una funzione di controllo, il garante europeo della protezione dei dati assume diverse funzioni in base a quanto previsto dalla proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017.

In primo luogo, l'interessato, informato a tal uopo dalla Procura europea, può esercitare i propri

3005 In particolare, tali situazioni sono elencate nell'articolo 37 *decies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* che stabilisce che il diritto di accesso dell'interessato può essere limitato al fine di: “a) non compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari; b) non compromettere la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali; c) proteggere la sicurezza pubblica degli Stati membri; d) proteggere la sicurezza nazionale degli Stati membri; e) proteggere i diritti e le libertà altrui. Qualora la fornitura di tali informazioni rischi di compromettere una delle finalità di cui al paragrafo 1, la Procura europea comunica all'interessato unicamente di avere svolto i controlli, senza fornire alcuna informazione che possa rivelargli se i dati personali che lo riguardano siano trattati dalla Procura europea o meno. La Procura europea informa l'interessato della possibilità di proporre reclamo al garante europeo della protezione dei dati e di proporre ricorso giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti della decisione della Procura europea. La Procura europea documenta i motivi di fatto o di diritto su cui si basa la decisione. Tali informazioni sono messe a disposizione del garante europeo della protezione dei dati su richiesta”. L'articolo 37 *undecies* della medesima proposta prevede poi il diritto di rettifica o cancellazione di dati personali e limitazione di trattamento. In particolare, l'articolo dispone: “L'interessato ha il diritto di ottenere dalla Procura europea la rettifica dei dati personali inesatti che lo riguardano senza ingiustificato ritardo. Tenuto conto delle finalità del trattamento, l'interessato ha il diritto di ottenere l'integrazione dei dati personali incompleti, anche fornendo una dichiarazione integrativa. La Procura europea cancella senza ingiustificato ritardo i dati personali e l'interessato ha il diritto di ottenere dalla Procura europea, senza ingiustificato ritardo, la cancellazione dei dati personali che lo riguardano qualora il trattamento violi gli articoli 36 *sexies*, 37 o 37 *quinquies* oppure qualora i dati personali debbano essere cancellati per adempiere un obbligo legale al quale è soggetta la Procura europea. Anziché procedere alla cancellazione, la Procura europea limita il trattamento quando: a) l'esattezza dei dati personali è contestata dall'interessato e la loro esattezza o inesattezza non può essere accertata; o b) i dati personali devono essere conservati a fini probatori. Quando il trattamento è limitato a norma della lettera a), primo comma, la Procura europea informa l'interessato prima di revocare la limitazione del trattamento. Se il trattamento è limitato a norma del paragrafo 3, tali dati personali sono trattati, salvo che per la conservazione, soltanto per tutelare i diritti dell'interessato o di un'altra persona fisica o giuridica che è parte del procedimento della Procura europea o per le finalità di cui al paragrafo 3, lettera b). La Procura europea informa per iscritto l'interessato dell'eventuale rifiuto di rettifica o cancellazione dei dati personali o limitazione del trattamento e dei motivi del rifiuto. La Procura europea può limitare, in tutto o in parte, l'obbligo di fornire tali informazioni nella misura in cui tale limitazione costituisca una misura necessaria e proporzionata in una società democratica, tenuto debito conto dei diritti fondamentali e dei legittimi interessi della persona fisica interessata, al fine di: a) non compromettere indagini, inchieste o procedimenti ufficiali o giudiziari; b) non compromettere la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati o l'esecuzione di sanzioni penali; c) proteggere la sicurezza pubblica degli Stati membri; d) proteggere la sicurezza nazionale degli Stati membri; e) proteggere i diritti e le libertà altrui. La Procura europea informa l'interessato della possibilità di proporre reclamo al garante europeo della protezione dei dati o di proporre ricorso giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti della decisione della Procura europea. 5. La Procura europea comunica le rettifiche dei dati personali inesatti all'autorità competente da cui i dati personali inesatti provengono. 6. La Procura europea, qualora i dati personali siano stati rettificati o cancellati o il trattamento sia stato limitato a norma dei paragrafi 1, 2 e 3, ne informa i destinatari, comunicando loro che devono rettificare o cancellare i dati personali o limitare il trattamento dei dati personali sotto la propria responsabilità”.

3006 Il Garante europeo per la protezione dei dati è stato istituito con il Regolamento 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, *concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati*, *cit.*. Ai sensi dell'articolo 41 del regolamento 45/2001, il garante europeo della protezione dei dati è un'autorità di controllo indipendente, con “il compito di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari”. Per un approfondimento sullo statuto, le funzioni, le competenze e le regole concernenti il

diritti di cui agli articoli precedenti mediante il garante europeo della protezione dei dati³⁰⁰⁷. In tal caso, il garante europeo della protezione dei dati informa l'interessato di aver, perlomeno, “eseguito tutte le verifiche necessarie o un riesame. Il garante europeo della protezione dei dati informa”, inoltre, “l'interessato del suo diritto di proporre ricorso giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti della decisione del garante europeo della protezione dei dati”³⁰⁰⁸.

La Procura europea, inoltre, è tenuta a cooperare, su richiesta, con il garante europeo della protezione dei dati nell'esecuzione dei suoi compiti³⁰⁰⁹.

Il garante europeo della protezione dei dati personali, ai sensi della proposta di regolamento, inoltre, deve essere previamente consultato dalla Procura europea qualora quest'ultima voglia trattare dati personali che figureranno in un nuovo archivio di prossima creazione negli specifici casi prestabiliti dalla proposta di regolamento o nei casi in cui il trattamento di dati rientri in un elenco appositamente creato dal garante della protezione dei dati personali³⁰¹⁰.

Al garante europeo della protezione dei dati personali è, inoltre, notificata da parte della Procura europea la violazione dei dati personali. Tale notifica deve essere effettuata “senza ingiustificato

garante europeo della protezione dei dati, si leggano gli articoli da 41 a 48, nonché in generale l'articolo 1, par. 2, del regolamento 45/2001 prima citato.

3007In particolare, l'articolo 37 *duodecies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* prevede che l'interessato possa esercitare mediante il garante della protezione dei dati i diritti discendenti dagli articoli 37 *octies*, par. 3, dall'articolo 37 *decies*, par. 2, e dall'articolo 37 *undecies*, par. 4.

3008Al riguardo, si legga l'articolo 37 *duodecies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3009In tal senso, si legga l'articolo 37 *septiesdecies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3010In particolare, l'articolo 38 *quater* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* prevede i seguenti casi in cui sia necessaria la consultazione preventiva del garante della protezione dei dati personali. In base a tale disposizione “La Procura europea consulta il garante europeo della protezione dei dati prima di trattare dati personali che figureranno in un nuovo archivio di prossima creazione se: a) una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui all'articolo 38 *ter* indica che il trattamento presenterebbe un rischio elevato in assenza di misure adottate dalla Procura europea per attenuare il rischio; o b) il tipo di trattamento, in particolare se utilizza tecnologie, procedure o meccanismi nuovi, presenta un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati. 2. Il garante europeo della protezione dei dati può stabilire un elenco di trattamenti soggetti a consultazione preventiva ai sensi del paragrafo 1. 3. La Procura europea trasmette al garante europeo della protezione dei dati la valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui all'articolo 38 *ter* e, su richiesta, ogni altra informazione, al fine di consentire al garante europeo della protezione dei dati di effettuare una valutazione della conformità del trattamento, in particolare dei rischi per la protezione dei dati personali dell'interessato e delle relative garanzie. 4. Se ritiene che il trattamento previsto di cui al paragrafo 1 del presente articolo violi il presente regolamento, in particolare qualora la Procura europea non abbia identificato o attenuato sufficientemente il rischio, il garante europeo della protezione dei dati fornisce, entro un termine di sei settimane dal ricevimento della richiesta di consultazione, un parere scritto alla Procura europea sulla base dei poteri di cui dispone ai sensi dell'articolo 44 *quater*. Tale periodo può essere prorogato di un mese, tenendo conto della complessità del trattamento previsto. Il garante europeo della protezione dei dati informa la Procura europea di tale proroga, e dei motivi del ritardo, entro un mese dal ricevimento della richiesta di consultazione”. L'articolo 38 *ter* relativo alla valutazione d'impatto sulla protezione dei dati, richiamato dall'articolo 38 *quater*, par. 1, lett. a) prevede, inoltre, che: “Quando un tipo di trattamento, allorché prevede in particolare l'uso di nuove tecnologie, considerati la natura, l'ambito di applicazione, il contesto e le finalità del trattamento, può presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, la Procura europea effettua, prima di procedere al trattamento, una valutazione dell'impatto dei trattamenti previsti sulla protezione dei dati personali. 2. La valutazione di cui al paragrafo 1 contiene almeno una descrizione generale dei trattamenti previsti, una valutazione dei rischi per i diritti e le libertà degli interessati, le misure previste per affrontare tali rischi, le garanzie, le misure di sicurezza e i meccanismi per garantire la protezione dei dati personali e dimostrare la conformità al presente regolamento, tenuto conto dei diritti e degli interessi legittimi degli interessati e delle altre persone in questione”.

ritardo” e, “ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuta a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Qualora la notifica al garante europeo della protezione dei dati non sia effettuata entro 72 ore, è corredata dei motivi del ritardo”³⁰¹¹.

A tutela del diritto dell'interessato alla protezione dei dati personali è, inoltre, stabilito che “qualora la violazione dei dati personali sia suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, la Procura europea comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo”, descrivendo la natura della violazione con un linguaggio semplice e chiaro³⁰¹². Al garante europeo della protezione dei dati personali è assegnata una specifica funzione anche in tale circostanza poiché la disposizione prevede che esso può richiedere alla Procura europea di provvedere alla comunicazione della violazione dei dati all'interessato, nel caso in cui la Procura non abbia ancora comunicato all'interessato la violazione dei dati personali o che, invece, sia soddisfatta una delle condizioni in presenza delle quali la Procura europea non è tenuta a comunicare la violazione dei dati³⁰¹³.

In via principale, inoltre, il garante europeo della protezione dei dati personali svolge una funzione di controllo. In base all'articolo 44 *quater* della proposta di regolamento approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017, infatti, quest'ultimo “ha il compito di sorvegliare e assicurare l'applicazione delle disposizioni del [omissis...] regolamento relative alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche riguardo al trattamento dei dati personali operativi da parte della Procura europea e di fornire alla Procura europea nonché agli interessati pareri su tutte le questioni relative al trattamento dei dati personali operativi”³⁰¹⁴. Il garante europeo della protezione dei dati al fine di svolgere tale compito tratta i reclami e compie i relativi accertamenti e ne comunica l'esito agli interessati entro un termine ragionevole; svolge indagini di propria iniziativa o in seguito a un

3011Al riguardo, si legga l'articolo 38 *sexies*, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Al paragrafo 2 della medesima disposizione è descritto il contenuto minimo della notifica. Il paragrafo 5 prevede, inoltre, che “Qualora la violazione dei dati personali riguardi dati personali che sono stati trasmessi da o a un altro titolare del trattamento, la Procura europea comunica le informazioni di cui al paragrafo 3 a tale titolare del trattamento senza ingiustificato ritardo”.

3012Si legga al riguardo l'articolo 38 *septies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3013L'articolo 38 *speties*, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.* prevede i casi in cui la Procura europea non è tenuta a comunicare la violazione dei dati personali. In particolare, “Non è richiesta la comunicazione all'interessato di cui al paragrafo 1 se è soddisfatta una delle seguenti condizioni: a) la Procura europea ha messo in atto le misure tecniche e organizzative adeguate di protezione e tali misure erano state applicate ai dati personali oggetto della violazione, in particolare quelle destinate a rendere i dati personali incomprensibili a chiunque non sia autorizzato ad accedervi, quali la cifratura; b) la Procura europea ha successivamente adottato misure atte a scongiurare il sopraggiungere di un rischio elevato per i diritti e le libertà degli interessati di cui al paragrafo 1; c) detta comunicazione richiederebbe sforzi sproporzionati. In tal caso, si procede invece a una comunicazione pubblica o a una misura simile, tramite la quale gli interessati sono informati con analoga efficacia”. Il paragrafo 5 della medesima disposizione prevede, inoltre, che “La comunicazione all'interessato di cui al paragrafo 1 del presente articolo può essere ritardata, limitata od omessa alle condizioni e per i motivi di cui all'articolo 37 *decies*, paragrafo 3”.

3014Cfr. articolo 44 *quater*, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

reclamo e ne comunica l'esito agli interessati entro un termine ragionevole; controlla e garantisce l'applicazione delle disposizioni del presente regolamento relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali operativi da parte della Procura europea e consiglia la Procura europea, di propria iniziativa o su richiesta, in ordine a qualsiasi argomento relativo al trattamento di dati personali operativi, in particolare prima che adotti regolamentazioni interne relative alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali riguardo al trattamento di dati personali operativi³⁰¹⁵. Il garante europeo della protezione dei dati elabora, inoltre, una relazione annuale sulle attività di controllo riguardanti la Procura europea³⁰¹⁶.

Il garante europeo della protezione dei dati personali è anche il soggetto dinanzi a cui ogni interessato ha diritto di proporre reclamo nel caso in cui ritenga che il trattamento da parte della Procura europea dei dati personali operativi che lo riguardino violi la disciplina prevista dal regolamento istitutivo di quest'ultima³⁰¹⁷.

La proposta di regolamento disciplina anche le modalità di cooperazione tra il garante europeo della protezione dei dati personali e la autorità di controllo nazionali. Nello specifico, il garante europeo della protezione dei dati deve “agire in stretta cooperazione con le autorità di controllo nazionali riguardo a temi specifici che richiedono un contributo nazionale, in particolare se egli o un'autorità di controllo nazionale constata notevoli differenze tra le pratiche degli Stati membri o trasferimenti potenzialmente illeciti attraverso i canali di comunicazione della Procura europea, o in relazione a questioni sollevate da una o più autorità di controllo nazionali sull'attuazione e interpretazione del presente regolamento”³⁰¹⁸.

3015 Tali poteri del garante europeo della protezione dei dati sono descritti dall'articolo 44 *quater* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. In tale disposizione sono anche descritte le funzioni che può assumere al fine di svolgere tale compito. In particolare, “In applicazione del presente regolamento, il garante europeo della protezione dei dati può: a) offrire consulenza agli interessati nell'esercizio dei loro diritti; b) rivolgersi alla Procura europea in caso di asserita violazione delle disposizioni sul trattamento dei dati personali operativi e, ove opportuno, presentare proposte volte a porre rimedio a tale violazione e a migliorare la protezione degli interessati; c) consultare la Procura europea qualora le richieste di esercizio di determinati diritti in relazione ai dati personali operativi siano state respinte in violazione degli articoli da 37 *sexies* a 37 *duodecies*; d) rivolgersi alla Procura europea; e) ordinare alla Procura europea di effettuare la rettifica, la limitazione o la cancellazione di dati personali operativi che sono stati trattati dalla Procura europea in violazione delle disposizioni che disciplinano il trattamento dei dati personali operativi e la notificazione di tali misure ai terzi ai quali i dati sono stati comunicati, a condizione che ciò non interferisca con le indagini e azioni penali condotte dalla Procura europea; f) adire la Corte di giustizia dell'Unione europea alle condizioni previste dal trattato; g) intervenire nelle cause dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea”.

3016 In tal senso, 'articolo 44 *quater*, par. 5 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3017 Tale diritto è consacrato nell'articolo 46 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3018 In tal senso prevede l'articolo 45 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. I paragrafi 2 e 3 della medesima disposizione prevedono, inoltre, che “Nei casi di cui al paragrafo 1, il garante europeo della protezione dei dati e le autorità di controllo nazionali competenti per la protezione dei dati, ciascuno nei limiti delle proprie competenze, possono scambiare informazioni pertinenti e assistersi vicendevolmente nello svolgimento di revisioni e ispezioni, esaminare difficoltà di interpretazione o applicazione del presente regolamento, studiare problemi inerenti all'esercizio di un controllo indipendente o all'esercizio dei diritti delle persone cui i dati si riferiscono, elaborare proposte armonizzate per soluzioni congiunte di eventuali problemi e promuovere la sensibilizzazione del pubblico in materia di diritto alla protezione dei dati, in funzione delle necessità. 3. Il comitato europeo per la protezione dei dati istituito dal

L'articolo 46 *bis* della proposta di regolamento prevede, inoltre, che avverso le decisioni del garante europeo della protezione dei dati può essere proposto ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia³⁰¹⁹.

Le norme concernenti i poteri del garante europeo della protezione dei dati personali in rapporto al trattamento dei dati effettuato dalla Procura europea fa sorgere una domanda. Considerato che il GEPD è stato istituito con il regolamento 45/2001, il quale prevede, del pari, una disciplina dettagliata di tale organo, sorge l'interrogativo circa la disciplina applicabile in caso di contrasto tra le disposizioni contenute nel regolamento istitutivo della Procura europea e il regolamento 45/2001. Al proposito, si ritiene che, essendo una *lex specialis*, dovrebbero prevalere le norme del regolamento istitutivo della Procura europea, tuttavia, in caso di lacune di questa o di aspetti non disciplinati dallo stesso, troverebbe applicazione il regolamento 45/2001. In tal caso, quindi, la coesistenza di due diverse discipline renderebbe quantomeno dubbio stabilire quale sia la disciplina applicabile, con ciò pregiudicando il diritto della persona interessata a conoscere la disciplina concernente i rimedi esperibili in caso di violazione dei dati personali che la riguardano.

Accanto alla figura del garante europeo della protezione dei dati nella proposta di regolamento del Consiglio approvata il 31 gennaio 2017 è altresì prevista la figura del responsabile del trattamento, ossia di un soggetto che presenti “garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell'interessato”³⁰²⁰. Il responsabile della protezione dei dati è un

regolamento (UE) 2016/679 svolge anche i compiti di cui all'articolo 51 della direttiva (UE) 2016/680 per quanto riguarda le questioni disciplinate dal presente regolamento, in particolare quelle di cui ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo”.

3019Cfr. al riguardo l'articolo 46 *bis* della Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3020La disciplina inerente il responsabile del trattamento è contenuta nell'articolo 37 *terdecies ter*, par. 2-5, della Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento, del 31 gennaio 2017, *cit.* che prevede: “Il responsabile del trattamento non ricorre a un altro responsabile senza previa autorizzazione scritta, specifica o generale, della Procura europea. Nel caso di autorizzazione scritta generale, il responsabile del trattamento informa la Procura europea di eventuali modifiche previste riguardanti l'aggiunta o la sostituzione di altri responsabili del trattamento, dando così al titolare del trattamento l'opportunità di opporsi a tali modifiche. 3. I trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell'Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento alla Procura europea e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti della Procura europea. Il contratto o altro atto giuridico prevede, in particolare, che il responsabile del trattamento: a) agisca soltanto su istruzione del titolare del trattamento; b) garantisca che le persone autorizzate al trattamento dei dati personali si siano impegnate alla riservatezza o abbiano un adeguato obbligo legale di riservatezza; c) assista il titolare del trattamento con ogni mezzo adeguato per garantire la conformità con le disposizioni relative ai diritti dell'interessato; d) su scelta della Procura europea, cancelli o le restituisca tutti i dati personali dopo che è terminata la prestazione dei servizi relativi al trattamento e cancelli le copie esistenti, salvo che il diritto dell'Unione o degli Stati membri preveda la conservazione dei dati; e) metta a disposizione della Procura europea tutte le informazioni necessarie per dimostrare il rispetto degli obblighi di cui al presente articolo; f) rispetti le condizioni di cui ai paragrafi 2 e 3 per ricorrere a un altro responsabile del trattamento. 4. 5. Il contratto o altro atto giuridico di cui al paragrafo 3 è stipulato in forma scritta, anche in formato elettronico. Se un responsabile del trattamento viola il presente regolamento, determinando le finalità e i mezzi del trattamento, è considerato un titolare del trattamento in questione”. A tal proposito assume rilievo anche il disposto dell'articolo Articolo 37 *terdecies quater* della medesima proposta di regolamento che prevede: “Il responsabile del trattamento, o chiunque agisca sotto la sua autorità o sotto quella della Procura europea, che abbia accesso a dati personali non può trattare tali dati se non è istruito in tal senso dalla Procura europea, salvo che lo richieda il diritto dell'Unione o degli Stati membri”.

membro del personale designato dal collegio su proposta del procuratore capo europeo, che nello svolgimento delle sue funzioni agisce in piena indipendenza e non può ricevere alcuna istruzione³⁰²¹. Tra i compiti attribuiti al responsabile della protezione dei dati vi è quello di informare il procuratore capo europeo chiedendogli di porre rimedio all'inadempienza nel caso in cui non siano state rispettate le disposizioni del regolamento (CE) n. 45/2001 relative al trattamento dei dati personali amministrativi o le disposizioni della proposta di regolamento relative al trattamento dei dati personali operativi che abbiamo illustrato finora. Nel caso in cui il procuratore capo europeo non ponga rimedio al trattamento non conforme entro il termine indicato, il responsabile della protezione dei dati è tenuto a rivolgersi al garante europeo della protezione dei dati³⁰²².

Nella proposta di regolamento è poi espressamente prevista la possibilità per la Procura europea di trasferire dati personali a paesi terzi od organizzazioni internazionali³⁰²³.

Un'ulteriore garanzia di rispetto di un corretto trattamento dei dati personali da parte della Procura europea è costituita, inoltre, dalla previsione della possibilità di ricorrere dinanzi alla Corte di Giustizia proponendo tutti i rimedi esperibili a livello europeo, tra cui anche l'azione di annullamento, in caso di violazione delle regole sopra descritte. Tale disciplina rientra, infatti, tra una delle eccezioni previste dall'articolo 36, par. 8 della proposta di regolamento³⁰²⁴.

3021 Le modalità di designazione del responsabile della protezione dei dati sono stabilite dall'articolo 41 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. I paragrafi successivi (1 *ter* e 1 *quater*) prevedono che “La scelta del responsabile della protezione dei dati non deve poter dar luogo a un conflitto di interessi tra la sua funzione di responsabile della protezione dei dati ed eventuali altre funzioni ufficiali, in particolare nell'ambito dell'applicazione del presente regolamento. 1 *quater*. Il responsabile della protezione dei dati è nominato per un periodo di quattro anni e il suo mandato è rinnovabile, ma la durata complessiva del mandato non può superare gli otto anni. Il responsabile della protezione dei dati può essere rimosso dall'incarico di responsabile della protezione dei dati dal collegio solo con il consenso del garante europeo della protezione dei dati, se non soddisfa più le condizioni richieste per l'esercizio delle sue funzioni”. La posizione rivestita dal responsabile della protezione dei dati è, invece, disciplinata dall'articolo 41 *bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. L'articolo 41 *ter* della medesima proposta di regolamento prevede, infine, i compiti del responsabile della protezione dei dati.

3022 Si legga in tal senso l'articolo 41 *ter*, par. 4 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3023 Si leggano in tal senso gli articoli da 43 *bis* a 43 *sexies* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, nonché i Considerando precedenti la proposta in cui è fatto un riferimento esplicito a INTERPOL e poi in generale alle autorità di un Paese terzo o a un'organizzazione internazionale. In particolare, nei Considerando 90 e 91 si legge: “Tutti gli Stati membri sono affiliati all'Organizzazione internazionale della polizia criminale (INTERPOL). Per svolgere la propria missione, l'INTERPOL riceve, conserva e diffonde dati personali nell'intento di aiutare le autorità competenti a prevenire e combattere la criminalità internazionale. È pertanto opportuno rafforzare la cooperazione tra l'Unione e l'INTERPOL promuovendo un efficace scambio di dati personali ma assicurando nel contempo il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali attinenti al trattamento automatizzato dei dati personali. Qualora i dati personali siano trasferiti dalla Procura europea all'INTERPOL e a paesi che hanno distaccato membri presso l'INTERPOL, dovrebbe trovare applicazione il presente regolamento, in particolare le disposizioni relative ai trasferimenti internazionali. Il presente regolamento dovrebbe lasciare impregiudicate le norme specifiche definite nella posizione comune 2005/69/GAI del Consiglio e nella decisione 2007/533/GAI del Consiglio. Quando la Procura europea trasferisce dati personali operativi a un'autorità di un paese terzo o a un'organizzazione internazionale o all'INTERPOL in virtù di un accordo internazionale concluso a norma dell'articolo 218 del trattato, le adeguate garanzie offerte per la protezione della vita privata e dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche dovrebbero assicurare il rispetto delle norme di protezione dei dati del presente regolamento”.

3024 L'articolo 36, par. 8 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del

Dalle disposizioni relative ai rapporti della Procura europea con le agenzie operanti in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale è dato desumere che la Procura europea condividerà informazioni, compresi i dati personali³⁰²⁵, con *Eurojust*, *Europol* e *OLAF*, oltre che, a determinate condizioni, con le istituzioni o altri organi e organismi dell'Unione³⁰²⁶.

Risulta, quindi, a tal fine necessario sottolineare che la dettagliata disciplina contenuta nella proposta di regolamento approvata dal Consiglio il 31 gennaio 2017 garantirà anche in pratica, e non solo in teoria, un'effettiva protezione dei dati personali dei soggetti interessati solo se anche la disciplina approntata per il trattamento dei dati personali all'interno delle altre agenzie prevederà una disciplina in materia di protezione dei dati personali che permetta di tutelare adeguatamente il diritto alla protezione dei dati personali dei soggetti interessati³⁰²⁷. Le garanzie predisposte nella proposta di regolamento istitutiva della Procura europea potrebbero altrimenti essere da quest'ultima aggirate mediante l'utilizzo nelle proprie indagini di dati personali raccolti da altri organismi europei non sottoposti alle medesime garanzie.

In tal caso verrebbe leso anche il diritto dell'interessato a conoscere in anticipo la legge applicabile poiché di fatto i dati personali che lo riguardano sarebbero processati e sottoposti ad un regime normativo diverso rispetto a quello previsto nella proposta di regolamento istitutivo della Procura europea. In tal senso, come rilevato, una disciplina unitaria in materia sarebbe l'unica soluzione per

31 gennaio 2017, *cit.*, in particolare, prevede: “*Conformemente all'articolo 263, quarto comma, del TFUE il presente articolo lascia impregiudicato il controllo giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia delle decisioni della Procura europea che incidono sui diritti degli interessati, ai sensi del capo VI, e delle decisioni della Procura europea che non sono atti procedurali, quali le decisioni della Procura europea concernenti il diritto di accesso del pubblico ai documenti, o le decisioni di rimozione di procuratori europei delegati adottate a norma dell'articolo 15, paragrafo 3, del presente regolamento, o di qualsiasi altra decisione amministrativa*”. Per un'analisi delle forme di controllo giurisdizionale previste nella proposta di regolamento, si legga l'analisi svolta nel paragrafo successivo di questo medesimo capitolo ottavo, Titolo Secondo della Parte Seconda.

3025 In tal senso si esprime letteralmente l'articolo 57, par. 2, lett. a) della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, relativo alle relazioni con *Eurojust*. Lo scambio di informazioni con *OLAF* è, invece, regolato dall'articolo 57 *bis* della medesima proposta, mentre la necessità di instaurare e mantenere relazioni strette, che comprendono lo scambio di informazioni, con *Europol* è prevista dall'articolo 58 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*. Per una disamina delle relazioni che potrebbero instaurarsi tra la Procura europea, *Eurojust*, *Europol* e *OLAF*, si legga la disamina effettuata nel capitolo terzo, sezione seonda, Titolo Secondo della Parte Prima.

3026 Si legga al riguardo l'articolo 58 *bis* della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3027 Si legga, per quanto riguarda *Europol*, il regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, *che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol)* e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, in GU L 135, del 24 maggio 2016, pp. 53-114; per quanto riguarda *Eurojust*, la **Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust)**, COM/2013/0535 final - 2013/0256 (COD), del 17 luglio 2013; per quanto concerne *OLAF*, il Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, *relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)* e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, *cit.* e il regolamento (CE) N. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, *concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati*, *cit.*. Per un'analisi di tali strumenti riferita al 2014, si legga inoltre P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, *cit.*.

garantire un'uniforme tutela dei dati personali da parte di tutti i soggetti che operano a livello europeo in ambito di cooperazione giudiziaria in materia penale³⁰²⁸.

Sebbene, infatti, sia da apprezzare lo sforzo del legislatore di configurare una disciplina precisa e completa che tuteli il diritto degli interessati alla protezione dei dati personali, occorre constatare che la disciplina specificamente applicabile alla Procura europea si aggiunge alla regolamentazione contenuta negli atti istitutivi delle altre agenzie operanti nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, alla disciplina prevista dalla direttiva 2016/680, nonché alle regole stabilite dal regolamento 45 del 2001.

La frammentarietà a cui ci siamo riferiti all'inizio del paragrafo non sarebbe, quindi, eliminata, ma, al contrario, accresciuta dalla previsione di un ulteriore strumento di disciplina della protezione dei dati a livello europeo.

La mancata previsione di una disciplina unitaria provoca incertezza giuridica³⁰²⁹ e rischio di abuso della normativa specificamente predisposta per un determinato organismo come la Procura europea; la stessa, infatti, potrebbe utilizzare nelle indagini dati personali provenienti da un altro organo o organismo europeo, raccolti in assenza delle medesime garanzie. I diritti dei soggetti interessati sarebbero, quindi, posti seriamente a rischio, in quanto la conoscibilità e l'accessibilità della disciplina applicabile al trattamento dei dati non sarebbe garantita in un complesso intrecciarsi di fonti normative.

In caso di norme contrastanti o sovrapposte, l'interessato dovrebbe comprendere quale sia la disciplina applicabile e, dunque, quali sono i rimedi applicabili nel singolo caso di specie.

Al fine di ridurre tali rischi, occorre augurarsi che, in assenza di una disciplina uniforme, la disciplina prevista dai singoli atti istitutivi delle diverse agenzie operanti nel settore sia quantomeno allineata.

In ogni caso, concludendo con una nota positiva, si accoglie con favore la predisposizione di una disciplina dettagliata che assicura la protezione dei dati personali degli interessati predisposta con l'attuale proposta di regolamento della Procura europea. In tal senso potrebbe costituire un modello per una futura, auspicabile, disciplina uniforme a livello europeo.

3028Si legga in tal senso il parere prima citato del Meijers Committee, CM1612, *Note on the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office – Judicial Review, Forum Choice, Access to the Case File and Data Protection*.

3029Al proposito, riferendosi al “*segregated model*” approach, P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINO, *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, cit., p. 32, affermano che “*Even under the best (data protection) law-making intentions the fact remains that a single individual, if found within the interest of the EU criminal justice and law enforcement agencies, will require considerable effort only to comprehend the multitude of data protection provisions that are uniquely each time applicable to his or her situation*”.

2.2.2.2. SEZIONE II Controllo giurisdizionale sulle decisioni adottate dalla Procura europea

4.1.1.1.75 Forme di controllo giurisdizionale

L'analisi delle forme di controllo giurisdizionale che è possibile esperire avverso le decisioni adottate dalla Procura europea riveste un'importanza fondamentale, come abbiamo avuto modo di rilevare³⁰³⁰, dal momento che, in assenza di controllo da parte di un'autorità giudiziaria terza e imparziale, la Procura europea potrebbe arbitrariamente compiere scelte che incidano sulla libertà personale dei soggetti coinvolti nel procedimento penale dalla stessa avviato, senza che vi sia la possibilità di esperire alcun ricorso giurisdizionale avverso tali decisioni.

La predisposizione di una disciplina adeguata svolge, pertanto, un ruolo essenziale nel garantire che siano rispettate le regole poste a tutela dei soggetti coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea.

In particolare, nel determinare quali siano le forme di controllo giurisdizionale più adeguate nei confronti delle decisioni adottate dalla Procura europea, nel verificare a quale livello sia più appropriato svolgere tale controllo al fine di garantire l'effettiva protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella procedura e di assicurare, in pratica, il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un'autorità terza e imparziale³⁰³¹, è opportuno fin da subito effettuare delle distinzioni quanto al tipo di controllo da effettuare.

Per quanto riguarda il controllo sulle misure investigative eseguite dalla Procura europea e sulle decisioni da esso adottate è, infatti, necessario distinguere diverse forme di controllo a seconda degli atti che sono presi in considerazione.

Occorrerà, innanzitutto, distinguere tra una forma di controllo giudiziale che dovrà essere eseguita *ex ante* da una forma di controllo giurisdizionale che dovrà essere esperita *ex post*.

In particolare, è opportuno prevedere la possibilità di ricorrere ad un controllo giudiziale *ex ante*, concretantesi in una previa autorizzazione giudiziaria allo svolgimento di determinate attività investigative, nei casi in cui la Procura europea debba disporre attività di indagine particolarmente invasive della sfera giuridica dei soggetti interessati da tali misure.

³⁰³⁰Si veda al riguardo, in merito all'importanza di prevedere il controllo giurisdizionale sugli atti adottati dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, soprattutto nei casi in cui producano effetti giuridici nei confronti dei terzi, il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Prima. Per quanto riguarda, in particolare, la rilevanza del controllo giurisdizionale avverso le decisioni della Procura europea si rinvia alle notazioni svolte nel corso dell'analisi effettuata nei paragrafi precedenti, nei capitoli settimo e ottavo, compresi nel Titolo secondo della Parte seconda.

³⁰³¹Per un'analisi dell'interpretazione che è stata fornita al diritto ad un ricorso effettivo dinanzi a un giudice nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia, nonché per un esame dei rimedi previsti a livello europeo avverso le decisioni illegittime delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, si rinvia all'analisi effettuata nel capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

La possibilità di esperire un controllo giurisdizionale *ex post* è, invece, necessaria avverso tutte le decisioni della Procura europea che incidano sui diritti di soggetti terzi. In particolare, deve essere garantita la possibilità di un controllo giurisdizionale *ex post* da parte di un'autorità terza e imparziale su tutte le misure investigative poste in essere nella fase delle indagini preliminari al fine di controllare che sia stata rispettata la legalità della procedura, sulla decisione con cui la Procura europea scelga quale sia l'autorità giurisdizionale competente a trattare il caso, ossia la scelta del foro competente, nonché sulla richiesta di archiviazione presentata dalla Procura europea, considerato che nella proposta di regolamento attualmente approvata dal Consiglio alla data del 31 gennaio 2017 è stato accolto il principio di obbligatorietà dell'azione penale, seppure attenuato.

Nel corso dell'analisi valuteremo, pertanto, se, considerate le peculiarità insite nei due diversi tipi di controllo, sia opportuno assegnare la competenza a svolgere questi due tipi di controllo ad organi diversi o se, invece, al fine di garantire una regola di giudizio uniforme, sia preferibile assegnare alla stessa autorità giurisdizionale la competenza a svolgere entrambi i tipi di ricorso.

Occorre premettere che, al fine di essere legittima e compatibile con la disciplina prevista a livello europeo, la soluzione adottata dovrà garantire che il controllo sia effettivo³⁰³² e che mediante tale ricorso sia scrutinata dal giudice la compatibilità delle decisioni adottate dalla Procura europea con il rispetto del principio di legalità e il rispetto dei diritti fondamentali tutelati a livello europeo, con particolare riferimento ai diritti riconosciuti nel titolo VI della Carta dedicato alla Giustizia e agli articoli 7 e 8 della Carta medesima.

L'articolo 86, par. 3 del TFUE prevede espressamente che il regolamento istitutivo della Procura europea debba stabilire “le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che [la Procura europea] adotta nell'esercizio delle sue funzioni”³⁰³³. In base a quanto stabilito dal Trattato, pertanto, spetta al regolamento istitutivo della Procura europea stabilire le regole applicabili al controllo giurisdizionale esperibile nei confronti degli atti adottati dalla Procura europea nell'esercizio delle proprie funzioni. A tal proposito, sono prospettabili due possibili soluzioni interpretative. In primo luogo, il regolamento istitutivo potrebbe assegnare la competenza a riesaminare le decisioni adottate dalla Procura europea ad un'autorità giurisdizionale nazionale. In secondo luogo, viceversa, il regolamento istitutivo della Procura europea potrebbe stabilire che il ricorso avverso gli atti da quest'ultima adottati sia attribuito alla competenza di un'autorità giurisdizionale europea. Il Trattato prescrive, infatti, solamente che siano previste condizioni e modalità specifiche per la presentazione dei ricorsi contro gli atti di quest'ultima, non prevedendo a

3032Sull'interpretazione del requisito dell'effettività in relazione al diritto al controllo giurisdizionale, si legga il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

3033L'articolo 86, par. 3 per esteso prevede: “I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni”.

quale autorità giurisdizionale tale ricorso debba essere devoluto.

Nelle proposte sulla creazione della Procura europea sinora elaborate sono state alternativamente accolte entrambe le possibilità. Mentre nel *Corpus Juris*³⁰³⁴, nel Libro Verde del 2001 della Commissione e nelle proposte di regolamento adottate sia dalla Commissione nel 2013 che dal Consiglio, da ultimo il 31 gennaio 2017, la competenza a decidere sul ricorso giurisdizionale contro le decisioni adottate dalla Procura europea è stata attribuita ad un'autorità giurisdizionale nazionale, diversamente determinata a seconda della proposta presa in considerazione, nelle *Model Rules* la competenza a decidere sui ricorsi giurisdizionali presentati *ex post* avverso le decisioni della Procura europea che incidono sui diritti delle persone è stata attribuita ad una Corte europea.

Occorre premettere che l'opzione in favore per l'una o l'altra soluzione comporta importanti conseguenze in tema di tutela dei diritti fondamentali degli individui coinvolti nel procedimento penale avviato dalla Procura europea e che tali conseguenze saranno tanto più differenziate quanto più la disciplina dei poteri attribuiti alla Procura europea e delle attività investigative dallo stesso esperibili sarà dettagliata o, al contrario, scarna nella legislazione adottata a livello europeo.

Prima di analizzare la disciplina contenuta negli strumenti sopra menzionati concernenti l'istituzione della Procura europea, occorre premettere che secondo quanto previsto dall'articolo 86 del TFUE la Procura europea sarà il primo organo europeo competente a svolgere indagini penali³⁰³⁵. La proposta di regolamento della Commissione e quella del Consiglio confermano tale circostanza prevedendo che la Procura europea è istituita come organo dell'Unione ed è dotata di personalità giuridica³⁰³⁶. In

3034Nel *Corpus Juris* il controllo giudiziario durante la fase delle indagini preliminari è attribuito a un giudice indipendente ed imparziale, detto “giudice delle libertà”, designato da ciascuno Stato membro in seno alle proprie autorità giurisdizionali. Tuttavia, l'articolo 28 prevede in casi in cui la Corte di Giustizia è competente a deliberare sui reati definiti precedentemente nel testo del *Corpus Juris*. Tale disposizione sarà esaminata più approfonditamente in seguito nel corso dell'analisi effettuata nel testo.

3035Sul punto, si legga J.A.E. VERVAELE, *Quel statut pour le ministère public?*, in *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Dalloz, 2010, p. 189; K. LIGETI, M. SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4, 1-2, pp. 7-21. Gli altri organi a livello europeo hanno, infatti, la competenza a svolgere indagini amministrative. In tal senso, si vedano i poteri attribuiti alla Commissione in materia di condotte anticoncorrenziali o a OLAF, che ha la competenza a svolgere indagini amministrative per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione. Quanto alla controversa natura delle competenze di OLAF, si legga J. INGHELAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, 2011; S. BRAUM, *Justizförmigkeit und europäische Betrugsermittlung—Bemerkungen zum Fall Eurostat, (EuG T-48/05, Urteil vom 8. 7. 2008)*, in *JuristenZeitung*, 2009, 64, pp. 298–304. Riguardo alla natura quasi penale ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dall'articolo 6 della CEDU per quanto riguarda le sanzioni irrogate nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza, si legga il capitolo sesto, Titolo primo, della Parte seconda. Per quanto riguarda *Eurojust*, inoltre, come noto, esso svolge solo una funzione di coordinamento tra le autorità giurisdizionali nazionali e non svolge, pertanto, indagini a livello sovranazionale. Si legga in proposito la Decisione del Consiglio 2002/187/GAI, del 28 febbraio 2002, **che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, (in GU 2002, L 63/1) poi modificata dalla Decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust**, in GU 2009, L 138/14.

3036In tal senso, articolo 3, par. 1 e 2 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, Bruxelles, 17 luglio 2013, COM(2013) 534 final, 2013/0255 (APP), {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final} e articolo 3, par 1 e 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPO 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30.

quanto organo europeo, come stabilito dall'articolo 263 del TFUE, gli atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi da essa adottati dovrebbero essere soggetti al controllo giurisdizionale di legittimità da parte della Corte di Giustizia³⁰³⁷. A livello europeo, come abbiamo avuto modo di esaminare in precedenza³⁰³⁸, è prevista un'articolata serie di rimedi giurisdizionali che garantiscono il riesame degli atti delle istituzioni, organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi³⁰³⁹. Quanto agli atti posti in essere dalla Procura europea non vi è dubbio che essi producano effetti nei confronti dei terzi, dal momento che si tratta di atti, investigativi, nel caso delle misure adottate nella fase preliminare del procedimento oppure, nel caso della decisione di rinvio a giudizio, di un atto decisorio, che incidono profondamente sui diritti dei soggetti interessati da tali misure. Il bene che rischia di essere sottratto a tali soggetti è, infatti, uno dei diritti fondamentali più importanti, ossia la libertà personale.

Occorre precisare che in relazione agli atti adottati dalla Procura europea non sorgerebbe neanche il problema che si è posto riguardo alle indagini amministrative effettuate da OLAF. In quel caso, infatti, la giurisprudenza, come abbiamo visto³⁰⁴⁰, ha ritenuto non ammissibile il ricorso presentato contro le decisioni prese da OLAF o le misure investigative da esso svolte poiché queste ultime non portano automaticamente all'avvio di un procedimento penale. Le autorità nazionali competenti sono, infatti, libere di decidere se avviare un procedimento penale in seguito alla relazione finale predisposta da OLAF e sono dunque le sole a poter adottare decisioni eventualmente idonee a incidere sulla situazione giuridica del ricorrente³⁰⁴¹. Tale circostanza non si verifica in relazione ai provvedimenti adottati dalla Procura europea che, in quanto organo sovranazionale dotato di poteri di indagine penale, adotta atti che comportano conseguenze pregiudizievoli immediate sui soggetti e

3037Si legga, in tal senso l'articolo 263, par. 1 del TFUE, il quale prevede: “*La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi*”.

3038Si legga, al riguardo l'analisi che abbiamo effettuato del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nel capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

3039Per l'esame dei rimedi previsti a livello europeo, si legga il capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda.

3040Si legga al riguardo il capitolo sesto del Titolo Primo della Parte Seconda.

3041Si leggano al riguardo le sentenze Tribunale *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-29/03, del 13 luglio 2004, *cit.*, par. 37. In tal senso, Corte di Giustizia sentenza, *Santiago Gómez-Reino contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-471/02 P, dell'8 aprile 2003, in *Racc.* 2003 p. I-03207, par. 65, così come la precedente sentenza del Tribunale nella causa T-215/02, del 18 dicembre 2003, in *Racc.* 2003 p. FP-I-A-00345 ; FP-II-01685, par. 50; *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-29/03, del 13 luglio 2004, in *Racc.* 2004 p. II-02923; *Guido Strack c. Commissione delle Comunità europee*, causa Causa C-237/06 P, dell'8 marzo 2007, in *Racc.* 2007 p. I-33; FP-I-B-2-5 ; FP-II-B-2-43; *Manel Camós Grau c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-96/03, del 9 giugno 2004, in *Racc.* 2004 FP-I-A-157 ; FP-II-707, par. 38; *Hans-Martin Tillack c. Commissione delle Comunità europee*, Causa T-193/04, del 4 ottobre 2006, in *Racc.* 2006 p. II-3995, par. 82; *Commissione europea c. Antonello Violetti e altri e Nadine Schmit*, causa T-261/09 P, del 20 maggio 2010, pubblicata nella Raccolta digitale, par. 73; *Hans-Martin Tillack contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-521/04 P, del 19 aprile 2005, in *Racc.* 2005 p. I-3103, par. 34. Per un approfondimento per quanto riguarda l'esperibilità del ricorso di annullamento in relazione alle misure investigative di OLAF, si legga l'approfondito esame di J. F. H. INGHELRAM, *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF). An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 203 e seguenti.

non si qualificano quali atti intermedi. Nel caso in cui la Procura europea decida il rinvio a giudizio dell'accusato, infatti, le autorità giurisdizionali competenti dovranno instaurare il processo penale e stabilire se l'imputato è colpevole o innocente alla luce delle prove raccolte dalla Procura europea e dalla difesa, le quali saranno assunte in giudizio.

Al proposito occorre precisare che la peculiare natura delle decisioni della Procura europea, le quali possono consistere nell'adozione di determinate misure investigative, nella scelta della giurisdizione competente a decidere il caso nel successivo giudizio e, quindi, nella legge applicabile al procedimento, o nella decisione di rinvio a giudizio o archiviazione, incidono direttamente e individualmente sulla persona fisica o giuridica nei confronti sono rivolte, pertanto, al riguardo non vi dovrebbero essere neanche tali limitazioni per quanto riguarda la legittimazione attiva dei soggetti a proporre un ricorso di annullamento contro l'atto lesivo dei propri diritti³⁰⁴².

Constato che dal punto di vista giuridico non sussistono impedimenti alla possibilità per i soggetti lesi di impugnare le decisioni adottate dalla Procura europea dinanzi alla Corte di Giustizia³⁰⁴³, occorre esaminare quali forme di controllo sugli atti adottati dalla Procura europea siano stati previsti nelle proposte sinora discusse a livello europeo.

La proposta di regolamento della Commissione del 2013 prevedeva un meccanismo di controllo giurisdizionale fortemente sbilanciato a favore delle autorità giurisdizionali nazionali. Oltretutto, le disposizioni ivi previste non erano neanche sempre chiare nell'attribuire tale controllo alle autorità giurisdizionali nazionali. In alcuni casi si leggeva, addirittura, che le decisioni adottate dalla Procura europea non erano soggette ad alcun controllo³⁰⁴⁴. Al riguardo si è dunque posto il dubbio interpretativo circa la portata da fornire a tali affermazioni.

In particolare, nella proposta di regolamento della Commissione del 2013 era dato leggere che la

³⁰⁴²Per la definizione dei criteri "individualmente" e "direttamente" previsti dall'articolo 263, par. 4 del TFUE, si rinvia all'analisi svolta nel capitolo sesto, del Titolo Primo della Parte Seconda e alla giurisprudenza ivi citata. Basti al riguardo ricordare la giurisprudenza costante della Corte di Giustizia in base alla quale "*qualora il ricorso di annullamento avverso un atto adottato da un'istituzione sia proposto da una persona fisica o giuridica, [omissis...] tale ricorso è esperibile solo se gli effetti giuridici vincolanti di tale atto siano idonei ad incidere sugli interessi del ricorrente, modificando in misura rilevante la sua situazione giuridica*". In tal senso, Corte di Giustizia *Deutsche Post AG e Repubblica federale di Germania c. Commissione europea*, procedimenti riuniti C-463/10 P e C-475/10 P, del 13 ottobre 2011, in *Racc.* 2011 p. I-09639, par. 37 e giurisprudenza ivi citata, segnatamente, sentenze *IBM c. Commissione*, causa 60/81, dell'11 novembre 1981, in *Racc.* p. 2639, par. 9; *Athinaiki Techniki c. Commissione*, causa causa C-521/06 P, del 17 luglio 2008, in *Racc.* p. I-5829, par. 29, e *NDSHT c. Commissione*, causa C-322/09 P, del 18 novembre 2010, in *Racc.* p. I-11911, par. 45.

³⁰⁴³Si consideri, al proposito anche la giurisprudenza citata nel capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda, che ha esteso la possibilità di impugnare anche gli atti delle agenzie decentrate dell'Unione. Come già rilevato in tale sede, tuttavia, occorre evidenziare che la Procura europea non è un'agenzia di regolazione, ma un'agenzia deputata a garantire l'attuazione del diritto dell'Unione, che presenta caratteri peculiari così accentuati da aver fatto dubitare che si trattasse di una vera e propria agenzia. In quanto organo inquirente europeo, la Procura europea gode, infatti, a differenza delle altre agenzie esistenti nel panorama europeo, di estesi poteri coercitivi, tra cui vi rientra il potere di privare il soggetto sottoposto alle indagini di uno dei diritti più importanti per l'individuo, ossia la libertà personale.

³⁰⁴⁴Si legga, al riguardo, l'articolo 13, par. 4 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, che prescrive che "*La determinazione della competenza a norma del presente articolo non è soggetta a riesame*" e l'articolo 29, par. 3 della medesima Proposta, in cui si legge: "*L'archiviazione di cui al paragrafo 3 non è soggetta a controllo giurisdizionale*".

procedura di compromesso in seguito alla quale la Procura europea poteva archiviare il caso³⁰⁴⁵ non era soggetta a riesame e che la decisione circa la competenza a perseguire i reati accessori a quelli lesivi agli interessi finanziari dell'Unione³⁰⁴⁶, del pari, non era soggetta a controllo giurisdizionale.

Considerato che la totale esclusione mediante un atto di diritto derivato di qualsiasi forma di controllo giurisdizionale sugli atti adottati da un organo o organismo europeo si porrebbe in contrasto con i principi “costituzionali” del diritto europeo³⁰⁴⁷, tra cui vi è quello ad un ricorso giurisdizionale effettivo³⁰⁴⁸, non si ritiene accettabile l'interpretazione *contra legem*, in base alla quale tali disposizioni escluderebbero del tutto in relazione a tali atti la possibilità di esperire un controllo giurisdizionale. Si ritiene, pertanto, che tale disposizione possa essere interpretata nel senso che è esclusa la possibilità di esperire un rimedio giurisdizionale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e, quindi, ne è esclusa la sindacabilità a livello europeo, ma non a livello nazionale. L'unica interpretazione plausibile sarebbe, quindi, quella per cui in tali casi è possibile esperire un rimedio solo a livello nazionale. Occorre, pertanto, osservare che non si comprende perché la Commissione abbia ritenuto inserire tali clausole, dal momento che la disposizione che statuisce in generale sul controllo giurisdizionale esercitabile sugli atti della Procura europea, stabilisce che questo possa essere esercitato solo a livello nazionale.

L'articolo 36 della Proposta, rubricato “controllo giurisdizionale” infatti, stabilisce che “Quando adotta atti procedurali nell’esercizio delle sue funzioni, la Procura europea è considerata un’autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale”³⁰⁴⁹. In via generale, pertanto, nel corpo della proposta è stata inserita una *fiction iuris* per cui la Procura europea, la quale all'articolo 3 era stata definita come un organismo dell'Unione dotato di personalità giuridica a struttura decentrata, ai fini del controllo giurisdizionale è considerata un'autorità nazionale. Il secondo paragrafo precisava, inoltre, che quando le disposizioni del diritto nazionale erano applicabili in virtù del regolamento istitutivo non dovevano essere considerate disposizioni del diritto dell’Unione ai fini dell’articolo 267 del TFUE. La Commissione nel redigere tale disposizione aveva, pertanto, voluto ridurre il più possibile il sindacato della Corte di Giustizia sulle decisioni adottate dalla Procura europea³⁰⁵⁰. In

3045Per l'esame di tale modalità di risoluzione della controversia alternativa all'archiviazione o al rinvio a giudizio, si legga l'analisi svolta nel capitolo settimo, prima sezione, del Titolo Secondo di questa Parte Seconda.

3046Per l'esame della determinazione dei reati accessori di competenza della Procura europea, si legga l'analisi svolta nel capitolo quarto, del Titolo Secondo della Parte Prima.

3047Con l'espressione principi “costituzionali” ci riferiamo nel testo ai principi e alle norme sancite nelle disposizioni di diritto primario, ossia nei Trattati istitutivi dell'Unione e nelle dichiarazioni ad essi allegati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (in tal senso articolo 6 del TUE).

3048Si leggano in tal senso l'articolo 19 del TUE e gli articoli contenuti nella sezione 5 del capo 1, del Titolo I della Parte sesta concernente i ricorsi esperibili dinanzi alla Corte di Giustizia.

3049In tal senso, articolo 36 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, che al secondo paragrafo prevede inoltre: “Le disposizioni del diritto nazionale applicabili in virtù del presente regolamento non sono considerate disposizioni del diritto dell’Unione ai fini dell’articolo 267 del trattato”.

3050Sul punto, si legga P. CSONKA, *Le choix du juge national par la Commission*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*,

tale scenario la Corte di Giustizia poteva essere chiamata a pronunciarsi solo in relazione ai rinvii pregiudiziali sulla validità o l'interpretazione delle disposizioni del regolamento istitutivo della stessa, ma non sulla validità delle decisioni adottate dalla Procura europea in base ai poteri ad essa conferiti dal regolamento.

La decisione con cui la Procura europea sceglieva il foro competente, per esempio, non poteva essere soggetta ad un controllo giurisdizionale a livello europeo dal momento che tale decisione, secondo quanto previsto dall'articolo 36 della proposta di regolamento, doveva considerarsi la decisione di un'autorità giurisdizionale nazionale e, pertanto, poteva essere soggetta a riesame solamente a livello nazionale. Avverso la decisione della Procura europea di attribuire la competenza a decidere il caso a una determinata autorità giurisdizionale, piuttosto che un'altra, non era, quindi, possibile esperire ricorso né da parte dei soggetti interessati, né da parte delle autorità giurisdizionali incaricate del caso in via di ricorso pregiudiziale³⁰⁵¹. Tali autorità avrebbero potuto proporre un ricorso pregiudiziale di validità o di interpretazione solo sulle disposizioni del regolamento concernenti i criteri per compiere tale scelta, ma non sulla decisione adottata dalla Procura europea a tal fine³⁰⁵².

L'impossibilità per un'autorità giurisdizionale europea indipendente e imparziale di esperire un controllo giurisdizionale avverso la decisione di scelta del foro adottata dalla Procura europea comporta, di fatto, la negazione della possibilità di avere accesso ad un ricorso giurisdizionale effettivo in relazione ad una decisione che determina importanti conseguenze in tema di protezione dei diritti fondamentali degli individui.

La Corte di Giustizia ha, infatti, ribadito che la suddivisione di competenze tra autorità

Collection de L'UMR de droit comparé de Paris, volume 37, Société de Législation Comparée, Paris, 2015, pp. 249-254.

3051 Sull'assenza di una disposizione che preveda il ricorso giurisdizionale in relazione alle decisioni adottate dalla Procura europea in ambito di scelta del foro competente e, di conseguenza, della legge applicabile al successivo giudizio, si veda V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon, Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2016, pp. 93-94; M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, The Hague, Asser Press, Springer, 2015, pp. 139-164; J. TRICOT, *Observations Critiques sur la Proposition de Règlement portant Création du Parquet Européen*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, cit., pp. 155-174; S. MANACORDA, *La Localisation de la Garantie Juridictionnelle du Parquet Européen*, in G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, cit., p. 255-274.

3052 In tal senso sono espliciti anche i Considerando 38 e 39 della proposta di regolamento della Commissione, in cui si legge: "In applicazione dell'articolo 267 del trattato, gli organi giurisdizionali nazionali possono o, in determinate circostanze, sono tenuti a rivolgersi alla Corte di giustizia perché si pronunci in via pregiudiziale sull'interpretazione o sulla validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento, pertinenti per il controllo giurisdizionale degli atti di indagine e relativi all'esercizio dell'azione penale della Procura europea. È opportuno che gli organi giurisdizionali nazionali non abbiano facoltà di sottoporre alla Corte di giustizia questioni sulla validità degli atti della Procura europea, poiché tali atti non sono da considerarsi atti di un organismo dell'Unione ai fini del controllo giurisdizionale. Occorre inoltre precisare che dovrebbe competere ai soli giudici nazionali trattare le questioni sull'interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale applicabili in forza del presente regolamento. Di conseguenza, tali organi non potranno deferire alla Corte di giustizia questioni di interpretazione del diritto nazionale cui rinvia il presente regolamento".

giurisdizionali nazionali, che controllano la legalità degli atti e comportamenti posti in essere dalle autorità nazionali, nell'esecuzione del diritto dell'Unione e Corte di Giustizia, che controlla la legalità degli atti e dei comportamenti posti in essere dai soggetti europei, serve a garantire la coerenza e l'uniformità del diritto del diritto dell'Unione, prevenendo, tra l'altro, che le autorità giurisdizionali nazionali adottino decisioni tra loro contrastanti circa la validità e l'interpretazione degli atti europei³⁰⁵³.

L'attribuzione della competenza alla Corte di Giustizia a decidere sulla legittimità degli atti adottati dagli organi europei serve, pertanto, a garantire anche l'uniformità del diritto dell'Unione e, di conseguenza, la certezza del diritto. Oltre ad essere leso il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo sarebbe, pertanto, violato anche il principio di legalità³⁰⁵⁴, inteso nella sua duplice dimensione di prevedibilità e accessibilità³⁰⁵⁵, e il diritto ad un eguale trattamento dinanzi alla legge³⁰⁵⁶.

La Commissione ha giustificato l'esclusione del diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo delle decisioni della Procura europea dinanzi ad un organo giurisdizionale europeo sulla scorta di tre ordini di ragioni. In primo luogo, in ragione della specificità e differenza della Procura europea rispetto agli altri organi e organismi dell'Unione, per cui sono necessarie norme speciali in materia di controllo giurisdizionale³⁰⁵⁷. In secondo luogo, sulla base del rilievo per cui gli atti predisposti

3053Si legga al riguardo quanto esaminato nel capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda in relazione alla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel caso *Foto Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, causa C 314/85, del 22 ottobre 1987, *cit.*

3054Per un'analisi del principio di legalità in relazione a tale peculiare aspetto, si rinvia a F. ZIMMERMANN, *Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office*, in P. ASP (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office . Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stifelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, pp. 156-177.

3055Per un'analisi più approfondita di tale principio si legga quanto stabilito nel capitolo quinto, Titolo Primo della Parte Seconda. Per quanto riguarda, in particolare, la violazione del principio di certezza giuridica in relazione alla scelta del foro, è rilevante al proposito la sentenza della Corte EDU *Camilleri c. Malta*, ricorso n. 42931/10, del 22 gennaio 2013, in cui la Corte ha affermato: “*It would therefore appear that the applicant would not have been able to know the punishment applicable to him even if he had obtained legal advice on the matter, as the decision was solely dependent on the prosecutor's discretion to determine the trial court. While it may well be true that the Attorney General gave weight to a number of criteria before taking his decision, it is also true that any such criteria were not specified in any legislative text or made the subject of judicial clarification over the years. The law did not provide for any guidance on what would amount to a more serious offence or a less serious one (based on enumerated factors and criteria). The Constitutional Court (see paragraph 14 above) noted that there existed no guidelines which would aid the Attorney General in taking such a decision. Thus, the law did not determine with any degree of precision the circumstances in which a particular punishment bracket applied. An insoluble problem was posed by fixing different minimum penalties. The Attorney General had in effect an unfettered discretion to decide which minimum penalty would be applicable with respect to the same offence. The decision was inevitably subjective and left room for arbitrariness, particularly given the lack of procedural safeguards*”. Per un approfondimento al riguardo, si legga V. MITSILEGAS, *The European Public Prosecutor's Office before the Court of Justice. The Challenge of Effective Judicial Protection*, in G. GIUDICELLI-DELAGÉ, S. MANACORDA, J. TRICOT (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, *cit.*, pp. 67-87.

3056In tal senso si legga anche Fundamental Rights Agency, *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on a proposal to establish a European Public Prosecutor's Office*, FRA Opinion 1/2014, Vienna, 4 febbraio 2014.

3057Nel Considerando 36 la Commissione, in particolare, stabilisce: “*L'articolo 86, paragrafo 3, del trattato permette al legislatore dell'Unione di stabilire le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali adottati dalla Procura europea nell'esercizio delle sue funzioni. Questa competenza conferita al legislatore è riflesso della natura specifica della Procura europea, che è diversa da tutti gli altri organismi e agenzie dell'Unione e richiede*

dalla Procura europea nel corso delle indagini sono strettamente collegati all'azione penale che ne può conseguire, e producono i loro effetti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri³⁰⁵⁸. In terzo luogo, ha escluso tale controllo al fine di rispettare il principio di sussidiarietà³⁰⁵⁹.

Al proposito, occorre rilevare che tali motivi non sembrano giustificare la lesione di principi di rilevanza costituzionale a livello europeo, quale quello del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, quello di legalità e quello di parità di trattamento di tutti i soggetti dinanzi alla legge. Quanto al primo aspetto, occorre rilevare che le specificità della Procura europea rispetto alle altre agenzie e organi dell'Unione non avvalorano la conclusione di affidare il controllo giurisdizionale dei suoi atti alle autorità nazionali, ma semmai il contrario.

In primo luogo, infatti, di avere delle proprie specificità, non ne elimina l'intrinseca natura di organo europeo.

In secondo luogo, inoltre, considerato che la specificità della Procura europea consiste nel prendere decisioni che incidono in modo significativo sui diritti fondamentali dei soggetti cui sono rivolte, occorre rilevare che tale specificità richiederebbe tutt'al più, al contrario, un controllo ancora più incisivo a livello europeo degli atti da essa adottati.

Al proposito, occorre inoltre rilevare che la possibilità offerta dal Trattato di “prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti” degli “organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti”³⁰⁶⁰, non può essere intesa nel senso di escludere del tutto il controllo giurisdizionale sugli atti di un organo o organismo dell'Unione, quale la Procura europea. La totale esclusione di un tale rimedio giurisdizionale minerebbe le fondamenta stesse dell'Unione europea quale “Unione di diritto”³⁰⁶¹ e rischierebbe di

norme speciali in materia di controllo giurisdizionale”. In senso analogo, si legga la relazione precedente alla proposta al punto 3.3.5..

3058 In tal senso, si legga il considerando 37 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, in cui la Commissione letteralmente afferma: “L'articolo 86, paragrafo 2, del trattato dispone che la Procura europea eserciti l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. Gli atti predisposti dalla Procura europea nel corso delle indagini sono strettamente collegati all'azione penale che ne può conseguire, e producono i loro effetti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Nella maggior parte dei casi procederanno a tali atti le autorità di contrasto nazionali su istruzione della Procura europea, talvolta previa autorizzazione di un organo giurisdizionale nazionale. Di conseguenza è necessario considerare la Procura europea un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale dei suoi atti di indagine e relativi all'esercizio dell'azione penale. Occorre pertanto che il controllo giurisdizionale di siffatti atti contro i quali è possibile proporre impugnazione sia affidato agli organi giurisdizionali nazionali, e che la Corte di giustizia dell'Unione europea non ne sia direttamente competente ai sensi degli articoli 263, 265 e 268 del trattato, poiché tali atti non sono da considerarsi atti di un organismo dell'Unione ai fini del controllo giurisdizionale”. In senso analogo, si legga la relazione precedente alla proposta al punto 3.3.5..

3059 Nella relazione precedente alla proposta al punto 3.2 si legge, infatti: “In virtù del principio di proporzionalità, il regolamento proposto si limita a quanto necessario per il conseguimento di tale obiettivo. In tutto il testo, le opzioni prescelte sono quelle che più rispettano gli ordinamenti giuridici e le strutture istituzionali degli Stati membri. Gli elementi cardine della proposta –la scelta della legge applicabile alle misure investigative, la figura dei procuratori delegati, il carattere decentrato della Procura europea e il sistema di controllo giurisdizionale– sono stati concepiti proprio per limitare l'intervento a quanto necessario per conseguire gli obiettivi principali della proposta”.

3060 In tal senso, si legga l'articolo 263, par. 5 del TFUE.

3061 Si legga per un'interpretazione di tale espressione in riferimento all'Unione europea quanto detto nel capitolo sesto, Titolo Primo della Parte Seconda.

compromettere la protezione dei diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione in generale, e, in particolare, quelli protetti dagli articoli da 47 a 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁰⁶².

In riferimento al secondo aspetto, occorre rilevare che il fatto che il processo sarà celebrato dinanzi alle autorità giurisdizionali degli Stati membri, poiché l'articolo 86, par. 2 del TFUE prevede una scissione tra fase delle indagini preliminari con conseguente esercizio dell'azione penale e fase dibattimentale e che, quindi, gli atti predisposti nel corso delle indagini produrranno i loro effetti nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, non altera la natura della Procura europea. Essa è un organo inquirente sovranazionale e la sua essenza non può essere modificata dal fatto che i risultati delle proprie indagini saranno poi valutati dinanzi ad un organo giurisdizionale nazionale.

In terzo luogo, il principio di sussidiarietà risulta essere in tale ambito erroneamente richiamato dalla Commissione poiché il vaglio circa il rispetto del principio di sussidiarietà deve essere effettuato in uno stadio preliminare al fine di determinare se gli obiettivi che si intendono perseguire mediante l'istituzione di una Procura europea possano essere conseguiti solo a livello dell'Unione e non a livello nazionale³⁰⁶³. La scelta in merito al soggetto a cui attribuire la facoltà di riesaminare gli atti posti in essere dalla Procura europea concerne il funzionamento della Procura europea e deve essere effettuata in un momento successivo, nel caso in cui il vaglio circa il rispetto del principio di sussidiarietà abbia dato esito positivo³⁰⁶⁴.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, a fronte della lesione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, del principio di legalità in senso processuale e del diritto all'eguaglianza di tutte le persone dinanzi alla legge, non si ritengono soddisfacenti le ragioni addotte dalla Commissione per negare alla Corte di Giustizia la possibilità di riesaminare le decisioni prese dalla Procura europea.

Al proposito, occorre evidenziare che, in assenza della previsione di un rimedio giurisdizionale effettivo avverso la decisione di archiviare il caso, risulta alto il rischio che venga lesa il principio di obbligatorietà dell'azione penale che, seppure attenuato, dovrebbe informare l'attività della

3062Si legga nello stesso senso V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon, Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, cit., p. 115.

3063Sul contenuto del principio di sussidiarietà a livello europeo e nei Trattati si legga il capitolo secondo, Titolo Primo della Parte Prima.

3064Similmente V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law after Lisbon, Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, cit., p. 115. Al proposito, occorre, tuttavia, sottolineare che la Commissione ha motivato la propria decisione anche facendo riferimento al principio di proporzionalità. Occorre rilevare, tuttavia, che anche il rispetto di tale principio non impone di prevedere il controllo delle decisioni della Procura europea da parte delle giurisdizioni nazionali. Infatti, l'attribuzione del controllo giurisdizionale delle decisioni della Procura europea ad un'autorità europea indipendente e imparziale non costituisce una limitazione e un'ingerenza nei confronti della competenza degli Stati membri in materia penale ma rappresenta, al contrario, una maggiore garanzia sia a favore dei cittadini europei sottoposti alle indagini della Procura europea che a favore delle autorità giurisdizionali degli Stati membri a cui in tal modo sarà assicurata la possibilità di sindacare le decisioni adottate dalla Procura europea dinanzi ad un organo europeo terzo e imparziale. La competenza della Corte di Giustizia a controllare la legittimità delle decisioni adottate dalla Procura europea non inciderebbe, quindi, in modo invasivo sulla libertà personale degli individui, ma, al contrario, ne amplierebbe le forme di tutela.

Procura europea³⁰⁶⁵. Il controllo giurisdizionale da parte di un'autorità terza e imparziale sulla decisione dell'autorità inquirente di archiviare il caso è, infatti, essenziale per contrastare le inerzie e le lacune investigative del pubblico ministero ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione, o inazione, penale.

Nella proposta della Commissione tale aspetto non è disciplinato. Non troviamo, infatti, alcun riferimento in alcuna disposizione della proposta di regolamento circa la possibilità per un'autorità giurisdizionale, sia essa europea o nazionale, di riesaminare il caso. Di conseguenza, si ritiene che debba applicarsi la regola generale prescritta dall'articolo 36 della proposta prima analizzata, in base alla quale la Procura europea è considerata un'autorità nazionale ai fini del controllo giurisdizionale quando adotta atti procedurali nell'esercizio delle sue funzioni³⁰⁶⁶. Di conseguenza, le forme di ricorso avverso la decisione della Procura europea di archiviare il caso assumeranno forme tanto diverse quante sono le legislazioni nazionali in materia di ricorso giurisdizionale avverso la decisione di archiviare il caso. In alcuni casi si pone altresì la necessità di stabilire se sia del tutto prevista la possibilità di ricorrere avverso la decisione di archiviazione della Procura europea. La peculiare configurazione delle modalità di ricorso negli ordinamenti in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale³⁰⁶⁷ e la mancata previsione di un ricorso avverso la decisione del

3065 Sulla necessità che venga effettuato un controllo giurisdizionale sulla decisione di archiviare il caso adottata dalla Procura europea, si legga J. GÖHLER, *To Continue or Not, Who Shall be in Control of the European Public Prosecutor's Dismissal Decisions?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, pp. 102-125.

3066 In tal senso, articolo 36, par. 1 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

3067 Come rilevato, infatti, anche nei sistemi in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale, a causa delle peculiarità dei diversi sistemi nazionali, potrebbe non essere garantita la possibilità di esperire un ricorso giurisdizionale avverso la decisione di archiviare il caso della Procura europea. Sembra opportuno chiarire questa affermazione mediante il richiamo agli esempi illustrati da J. GÖHLER, *To Continue or Not, Who Shall be in Control of the European Public Prosecutor's Dismissal Decisions?*, *cit.*, pp. 106-107. In particolare, l'autrice confronta tre sistemi in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale: il sistema italiano, quello tedesco e quello svedese. Al proposito, scrive: “*In Italy, the prosecution service is not entitled to make the decision itself not to prosecute. Consequently, a judicial review on a prosecutor's closure decision as such does not exist. Instead, the public prosecutor has to ask the pre-trial judge to dismiss a case (archiviazione). The victim (persona offesa) is notified about this request and entitled to challenge it by demanding that the pre-trial judge order the prosecution of the case. These rules cannot be applied analogically to proceedings conducted by a future EPPO. A European regulation will determine if and under which condition the EPPO shall have the power to dismiss a case. These European rules will most likely not prescribe that the EPPO engage in an archiviazione procedure with an (Italian) pre-trial judge in order to have a case dismissed. This, however, would be a condition precedent to a court control if the EPPO were considered an Italian authority for the purpose of judicial review. Consequently, the only available control of a dismissal under Italian law and the victim's right to ask the judge to order prosecution would prove futile in the case of the EPPO. Under German law, the review on dismissal decisions emanating from the EPPO would be equally limited. In Germany, only the aggrieved party (Verletzter) who has previously filed a criminal complaint may subsequently bring an appeal against a closure decision of the prosecutor. Consequently, no review is available if the prosecutor abandons prosecution of an offence that protects exclusively the public interest. Many crimes that the EPPO shall be competent to prosecute would qualify as such offences under German law, e.g. corruption and most likely economic subsidy fraud. Hence, if the EPPO decided to dismiss a case of corruption which it would have otherwise prosecuted before a German court, no judicial review would be available. Finally, in Sweden, the victim has a right to ask for a review of a decision to waive prosecution, yet, the decision may only be re-examined by a higher-ranking prosecutor. Thus, under Swedish legal practice, either a Swedish public prosecutor would have to be deemed superior to the EPPO for the purpose of control or a review would not be available at all. Both options appear inadequate*”. L'autrice conclude, quindi, rilevando che “*These examples suffice to demonstrate that the application of the differing national judicial review systems would result in a random variation and in some instances complete absence of review on dismissal decisions taken by the very same authority*”.

pubblico ministero di archiviare il caso in alcuni sistemi giuridici nazionali in cui vige il principio di discrezionalità dell'azione penale³⁰⁶⁸ porta addirittura in molti casi a non assicurare alcuna forma di ricorso giurisdizionale avverso la decisione di archiviazione adottata dalla Procura europea. In assenza di regole comuni a livello europeo non è, pertanto, possibile assicurare un controllo giurisdizionale effettivo avverso la decisione della Procura europea di archiviare il caso. Di conseguenza, in tal modo, non è assicurata né l'eguaglianza delle persone di fronte alla legge³⁰⁶⁹, né la garanzia che la Procura europea applichi correttamente i criteri in base ai quali archiviare un caso. In assenza del controllo giurisdizionale da parte di un'autorità terza e imparziale, infatti, la Procura europea potrebbe archiviare il caso discrezionalmente e arbitrariamente, senza che la propria decisione possa essere riesaminata. Al proposito vengono in rilievo anche i diritti delle persone offese dal reato. Al proposito, occorre osservare che nel caso in cui alla Procura europea sia attribuita la sola competenza a perseguire gli autori dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, la persona offesa dal reato sarebbe l'Unione europea stessa. Tuttavia, occorre ricordare che anche in tal caso potrebbero ravvisarsi altre persone offese nel caso in cui la Procura europea persegua anche gli autori di reati connessi a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione³⁰⁷⁰. Inoltre, nel caso in cui la competenza della Procura europea venga estesa a ricomprendere anche alcuni reati gravi aventi carattere transnazionale, le persone offese dal reato non coinciderebbero con l'Unione europea³⁰⁷¹. In ogni caso, anche se la persona offesa dal reato fosse l'Unione europea, si ritiene essenziale garantire il diritto a conoscere le ragioni per cui il caso è stato archiviato e, nel caso in cui lo si ritenga necessario, a proporre un ricorso giurisdizionale avverso la decisione di archiviazione al fine di verificarne la legittimità³⁰⁷². In base all'articolo 263 del TFUE, infatti, le istituzioni europee sono legittimate a proporre ricorso di annullamento avverso le decisioni adottate da un organo dell'Unione destinate a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi³⁰⁷³. Non si vede,

3068Al proposito vale, infatti, rilevare che in alcuni ordinamenti le recenti riforme hanno introdotto anche nei sistemi giurisdizionali improntati al principio di discrezionalità dell'azione penale forme più o meno approfondite di ricorso contro la decisione del pubblico ministero di archiviare il caso. Al proposito occorre rilevare che la configurazione dei sistemi di controllo giurisdizionale sulla decisione di archiviare il caso in ogni ordinamento giuridico nazionale assume forme peculiari, che sono determinate dalla configurazione del processo nel suo complesso. Si legga, al riguardo, per un esame della figura del pubblico ministero nei vari ordinamenti giuridici nazionali, C. LAZERGES (a cura di), *Figures du Parquet*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006; E. LUNA, M. WADE (a cura di), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford University Press, 2012.

3069Tale diritto è ora espressamente riconosciuto anche dall'articolo 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che prevede: “*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*”.

3070Per quanto riguarda la possibilità di estendere la competenza della Procura europea a reati connessi a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, si veda l'analisi svolta nel capitolo quarto, sezione prima, Titolo Secondo della Parte Prima.

3071Per quanto riguarda i diritti delle vittime a livello europeo è stata la Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato* e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, in GU L 315, 14 novembre 2012, pp. 57-73.

3072Per un'analisi della posizione delle vittime in relazione alla decisione di archiviazione della Procura europea, si legga J. GÖHLER, *To Continue or Not, Who Shall be in Control of the European Public Prosecutor's Dismissal Decisions?*, *cit.*, p. 107 e seguenti.

3073Si legga al riguardo l'articolo 263 del TFUE, che prevede: “*La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale*”.

quindi, perché tale possibilità debba essere esclusa nei confronti della decisione della Procura europea di archiviazione, con la quale essa decide di non perseguire reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione volti, pertanto, a tutelare interessi dell'Unione europea che le istituzioni rappresentano.

Alla luce delle considerazioni ora richiamate la *fiction iuris* introdotta nella proposta di regolamento della Commissione non si ritiene, pertanto, adeguata ad assicurare un controllo giurisdizionale effettivo sulle decisioni adottate dalla Procura europea³⁰⁷⁴.

L'attuale proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 ha introdotto alcune modifiche in tema di controllo giurisdizionale attribuendo alla Corte di Giustizia una limitata competenza a intervenire in limitati casi prescritti dall'articolo 36 della proposta stessa. Ad una prima lettura, si potrebbe, quindi, pensare che vi sia stato un miglioramento rispetto alla versione iniziale della Commissione. Tuttavia, ad un esame più approfondito, si rileva che neanche la disciplina predisposta nell'ultima versione della proposta risulta essere adeguata a garantire un controllo giurisdizionale effettivo sulle decisioni adottate dalla Procura europea.

La logica sottesa alla soluzione raggiunta in seno al Consiglio e racchiusa nell'articolo 36 dell'attuale proposta di regolamento del 31 gennaio 2017 è, infatti, la stessa. Nei Considerando, in particolare, è espressamente previsto che la competenza conferita al legislatore europeo di stabilire le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali adottati dalla Procura europea costituisce un indice della “natura specifica dei compiti e della struttura della Procura europea, che è diversa da tutti gli altri organi e agenzie dell'Unione e richiede norme speciali in materia di

europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione. La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative. Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza”.

³⁰⁷⁴In senso critico in relazione alla *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, seppure con differenti approcci quanto alla risoluzione dei problemi sollevati dalla disciplina ivi contenuta, si legga A. MEIJ, *Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, The Hague, Asser Press, Springer, 2015, pp. 112-118; J. INGHELRAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, *cit.*, pp. 130-136; M. WASMEIER, *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor's Office*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, *cit.*, pp. 153-160.

controllo giurisdizionale”³⁰⁷⁵. Le motivazioni che avevano portato la Commissione ad attribuire il controllo giurisdizionale delle decisioni adottate dalla Procura europea alle autorità giurisdizionali nazionali sono, del pari, state riprese dal Consiglio nell'ultima versione di accordo che è stata approvata il 31 gennaio 2017³⁰⁷⁶.

In base a quanto previsto dal paragrafo 1 dell'articolo 36 della proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017, “gli atti procedurali della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sono soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale. Lo stesso vale in caso di mancata adozione da parte della Procura europea di atti procedurali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi la cui adozione era obbligatoria ai sensi del presente regolamento”³⁰⁷⁷. Come si può desumere da tale disposizione, pertanto, non è prevista alcuna forma di armonizzazione della procedura di controllo giurisdizionale a livello europeo, né regole comuni che ne disciplinino i criteri, ne attribuiscono la competenza ad un'autorità giurisdizionale europea o definiscano quali atti debbano considerarsi destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei

3075In tal senso si legga il Considerando 77 della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*, che stabilisce: “L'articolo 86, paragrafo 3, del trattato permette al legislatore dell'Unione di stabilire le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali adottati dalla Procura europea nell'esercizio delle sue funzioni. Questa competenza conferita al legislatore dell'Unione è riflesso della natura specifica dei compiti e della struttura della Procura europea, che è diversa da tutti gli altri organi e agenzie dell'Unione e richiede norme speciali in materia di controllo giurisdizionale”.

3076Le motivazioni che si leggono nei Considerando della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, Bruxelles, del 31 gennaio 2017, 5766/17, LIMITE, EPPU 5, EUROJUST 14, CATS 10, FIN 52, COPEN 21, GAF 6, CSC 30, sono pressoché identiche a quelle contenute nei Considerando della proposta di regolamento della Commissione. Si riscontrano, poi, delle differenze quanto alla disciplina applicabile di cui parleremo più diffusamente nel testo, ma il punto di partenza logico concettuale è sempre il medesimo. Si legga in tal senso la prima parte del Considerando 78, che ricalca il contenuto del Considerando 37 della proposta di regolamento della Commissione del 2013. Il Considerando 78 dispone, infatti: “*Ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 2, del trattato, la Procura europea esercita l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. Gli atti predisposti dalla Procura europea nel corso delle indagini sono strettamente collegati all'azione penale che ne può conseguire e producono i loro effetti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. In molti casi procederanno a tali atti le autorità di contrasto nazionali su istruzione della Procura europea, talvolta previa autorizzazione di un organo giurisdizionale nazionale. Di conseguenza, è opportuno considerare che gli atti procedurali della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi dovrebbero essere soggetti al controllo degli organi giurisdizionali nazionali competenti conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale*”.

3077Nelle spiegazioni relative a tale articolo contenute nei Considerando è, del pari, evidenziata la natura meramente nazionale del controllo giurisdizionale sugli atti adottati dalla Procura europea. Si leggano, al riguardo, i Considerando 78 e 79, in cui sono specificate le caratteristiche che deve assumere il controllo giurisdizionale nazionale affinché sia effettivo, ma in cui non viene presa in considerazione la possibilità di attribuire un controllo diretto sugli atti adottati dalla Procura europea ad un'autorità giurisdizionale europea affinché il controllo sugli atti dalla stessa adottati sia effettivo. Nel Considerando 79 si legge infatti: “È opportuno che la legittimità degli atti procedurali della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi sia soggetta al controllo giurisdizionale degli organi giurisdizionali nazionali. A tale proposito è opportuno garantire rimedi giurisdizionali effettivi ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del TUE. Inoltre, come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, le modalità procedurali nazionali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle previste per ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività). Nel verificare la legittimità di tali atti, gli organi giurisdizionali nazionali possono basarsi sul diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento, e sul diritto nazionale, che si applica agli aspetti non trattati dal presente regolamento”.

terzi. Si legge, infatti, che le autorità giurisdizionali nazionali competenti eserciteranno il controllo giurisdizionale sugli atti destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi “conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale”³⁰⁷⁸. Nel Considerando 79 si legge inoltre che il regolamento “non esclude la possibilità che gli organi giurisdizionali nazionali verifichino la validità degli atti procedurali della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi in relazione al principio di proporzionalità sancito dal diritto nazionale” e che “gli organi giurisdizionali nazionali possono basarsi sul diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento, e sul diritto nazionale, che si applica agli aspetti non trattati dal presente regolamento”³⁰⁷⁹. Il diritto nazionale costituisce, pertanto, il parametro cui le autorità giurisdizionali nazionali devono attenersi nell'effettuare il controllo giurisdizionale per quanto riguarda gli aspetti non disciplinati dal regolamento che, come abbiamo avuto modo di vedere nei paragrafi precedenti, sono molteplici³⁰⁸⁰. Il controllo giurisdizionale sulle misure investigative e sulle decisioni adottate dalla Procura europea sarà, pertanto, disomogeneo sul territorio degli Stati membri dal momento che la determinazione di quali atti assoggettare a controllo³⁰⁸¹, in base a quali criteri e in che forme svolgere tale controllo dipenderà dalla legislazione nazionale applicabile al caso di specie. Tale situazione, come abbiamo rilevato anche in relazione alla proposta di regolamento della Commissione, determinerà condizioni sostanziali e processuali diverse per poter esperire il

3078In tal senso si legga l'articolo 36, par. 1 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3079In tal senso, si legga il Considerando 79 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, citato nella nota 48.

3080Al riguardo, il Considerando 78 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, 7 precisa che il controllo giurisdizionale sugli atti relativi alla scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali sono competenti a procedere è affidato alle autorità giurisdizionali nazionali. Del pari, esse sono competenti per quanto riguarda il controllo giurisdizionale delle omissioni della Procura europea nei casi in cui essa abbia l'obbligo giuridico di adottare determinati atti procedurali. Nel Considerando 78 si legge, infatti: “Ciò dovrebbe garantire che gli atti procedurali della Procura europea adottati prima dell'imputazione e destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi (una categoria che comprende l'indagato, la vittima e altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati da tali atti) siano soggetti al controllo giurisdizionale degli organi giurisdizionali nazionali. Gli atti procedurali relativi alla scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere, che sarà determinata sulla base dei criteri stabiliti nel presente regolamento, sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi e dovrebbero pertanto essere assoggettati al controllo giurisdizionale degli organi giurisdizionali nazionali al più tardi nella fase processuale. I ricorsi dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali competenti per omissioni della Procura europea riguardano gli atti procedurali che la Procura ha l'obbligo legale di adottare e che sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Nei casi in cui il diritto nazionale preveda il controllo giurisdizionale degli atti procedurali che non sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi o preveda ricorsi giudiziari in altri casi di omissione, il presente regolamento non dovrebbe essere inteso come compromissione di dette disposizioni giuridiche. Inoltre, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a prevedere il controllo giurisdizionale, da parte degli organi giurisdizionali nazionali competenti, degli atti procedurali che non sono destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, come la nomina di esperti o il rimborso delle spese sostenute dai testimoni. Infine, le disposizioni del presente regolamento non pregiudicano i poteri degli organi giurisdizionali di merito nazionali”.

3081Come abbiamo sottolineato in precedenza, infatti, non esiste una definizione autonoma a livello europeo di quali atti della Procura europea debbano essere considerati atti che abbiano effetti sui terzi. Al proposito potrebbe adottarsi la definizione adottata dalla Corte di Giustizia in relazione all'espressione contenuta nell'articolo 263 del TFUE, ma occorrerebbe adattarla alla specificità degli atti della Procura europea e dovrebbe coniugarsi tale interpretazione con la definizione fornita di tali atti a livello nazionale, dato che l'articolo 36, par. 1 prevede espressamente che essi debbano essere definiti “conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale”.

controllo giurisdizionale avverso gli atti adottati dalla Procura europea. Saranno previste tante diverse discipline di controllo giurisdizionale quanti sono gli Stati membri aderenti alla Procura europea.

In via generale, pertanto, la competenza a riesaminare gli atti adottati dalla Procura europea è affidata alle autorità giurisdizionali nazionali conformemente alla disciplina del proprio Stato membro di appartenenza; in tale rispetto la situazione non sembra, pertanto, dissimile da quella prospettata nella proposta di regolamento della Commissione.

Il paragrafo 2 dell'articolo 36, tuttavia, a differenza della proposta della Commissione, prevede che la Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla “validità degli atti procedurali della Procura europea nella misura in cui una tale questione di validità sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione”, “sull'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento” e “sull'interpretazione degli articoli 17 e 20 del presente regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali competenti”³⁰⁸². Dalla lettera di tale disposizione e dal contenuto dei Considerando è dato, pertanto, ricavare che la Corte di Giustizia possa pronunciarsi su una domanda pregiudiziale di validità solo nei casi in cui “tale questione di validità sia sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione”. Non possono, pertanto, essere deferite alla Corte di Giustizia le questioni pregiudiziali sulla validità degli atti procedurali della Procura europea “per quanto riguarda il diritto processuale nazionale o le disposizioni nazionali di recepimento di direttive, anche se il [omissis...] regolamento vi fa riferimento”³⁰⁸³. Considerato che il regolamento non prevede una disciplina uniforme a livello europeo circa gli atti che la Procura europea può adottare o le misure che può compiere nel corso delle indagini, dal momento che la portata dei poteri attribuiti in concreto alla Procura europea è determinata dalla legge nazionale applicabile nel singolo procedimento³⁰⁸⁴, tuttavia, tale competenza della Corte di Giustizia viene sostanzialmente svuotata di significato. La Corte, infatti, potrà pronunciarsi solo in determinati casi

3082In tal senso, si legga l'articolo 36, par. 2 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

3083Il Considerando 79 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, precisa, infatti: “Come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è opportuno che gli organi giurisdizionali nazionali sottopongano sempre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia qualora nutrano dubbi sulla validità di tali atti rispetto al diritto dell'Unione. Tuttavia, non possono deferire alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali sulla validità degli atti procedurali della Procura europea per quanto riguarda il diritto processuale nazionale o le disposizioni nazionali di recepimento di direttive, anche se il presente regolamento vi fa riferimento. Rimangono tuttavia impregiudicati i rinvii pregiudiziali concernenti l'interpretazione delle disposizioni di diritto primario, compresi il trattato e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, o l'interpretazione e la validità delle disposizioni del diritto derivato dell'Unione, compresi il presente regolamento e le direttive applicabili. Inoltre, il presente regolamento non esclude la possibilità che gli organi giurisdizionali nazionali verifichino la validità degli atti procedurali della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi in relazione al principio di proporzionalità sancito dal diritto nazionale”.

3084Si legga, per quanto riguarda la legge applicabile e i poteri investigativi della Procura europea, capitolo settimo, del Titolo Secondo della Parte Seconda.

se adita dalle autorità giurisdizionali competenti per questioni che siano state sollevate dinanzi a tale autorità “direttamente sulla base del diritto dell'Unione”, quindi, solo in un numero assai limitato di casi e dopo che un procedimento sia già stato iniziato dinanzi ad un'autorità giurisdizionale e questa ritenga opportuno proporre il rinvio pregiudiziale di validità. Il rinvio pregiudiziale rappresenta, infatti, solo una tutela indiretta per cui non è invocabile direttamente dalla persona lesa dal provvedimento, a differenza del ricorso in annullamento, e a tali condizioni sarà raramente invocabile dal momento che nella pratica la disciplina delle misure adottate dalla Procura europea sarà determinata dalle regole processuali nazionali, in assenza di una disciplina uniforme a livello europeo.

Quanto alla seconda ipotesi prevista nel secondo paragrafo dell'articolo 36 relativa alla possibilità per la Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il regolamento, occorre precisare che, come abbiamo rilevato sopra³⁰⁸⁵, tale forma di ricorso pregiudiziale era possibile anche in relazione alla proposta di regolamento della Commissione del 2013. In base a quanto stabilito dalla stessa non era, infatti, possibile sindacare la legittimità delle decisioni adottate dalla Procura europea, ma non la legittimità delle disposizioni del regolamento istitutivo della stessa. Valgono, quindi, al riguardo le considerazioni espresse in precedenza.

Infine, l'articolo 36, par. 2 prevede la competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione degli articoli 17 e 20 del regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali competenti. Non potrà, quindi, essere proposto un ricorso giurisdizionale dinanzi alla Corte di Giustizia al fine di verificare la legittimità della decisione con cui la Procura europea ha scelto il foro competente a pronunciarsi nel successivo giudizio, ma potrà la Corte potrà essere chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione degli articoli 17 e 20 del regolamento per dirimere eventuali conflitti di competenza tra la Procura europea e le autorità nazionali competenti.

Il paragrafo 3 della medesima disposizione prevede inoltre che, “in deroga al paragrafo 1, le decisioni della Procura europea di archiviare un caso, nella misura in cui siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, sono soggette al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia conformemente all'articolo 263, quarto comma, del TFUE”. In base a tale disposizione è stata, quindi, prevista un'eccezione alla regola per cui non è possibile proporre un ricorso di annullamento diretto contro le decisioni della Procura europea nel caso in cui “siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione” le decisioni della Procura europea di archiviare un

³⁰⁸⁵Si legga al riguardo quanto osservato in relazione alla possibilità di proporre ricorso pregiudiziale di interpretazione relativamente alle disposizioni della *Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea*, del 17 luglio 2013, *cit.*.

caso³⁰⁸⁶.

Del pari, il paragrafo 8 della medesima disposizione prevede che resti “impregiudicato il controllo giurisdizionale dinanzi alla Corte di giustizia delle decisioni della Procura europea che incidono sui diritti degli interessati, ai sensi del capo VI, e delle decisioni della Procura europea che non sono atti procedurali, quali le decisioni della Procura europea concernenti il diritto di accesso del pubblico ai documenti, o le decisioni di rimozione di procuratori europei delegati adottate a norma dell'articolo 15, paragrafo 3, del presente regolamento, o di qualsiasi altra decisione amministrativa”³⁰⁸⁷. In base a tale normativa può, pertanto, essere proposto ricorso di annullamento avverso le decisioni amministrative della Procura europea che non sono state prese nell'esercizio delle sue funzioni al fine di svolgere indagini penali o esercitare l'azione penale, tra cui possono annoverarsi le decisioni concernenti il diritto di accesso del pubblico ai documenti, avverso le decisioni della Procura europea in materia di trattamento dei dati personali o avverso le decisioni di rimozione di procuratori europei delegati.

I casi in cui le persone fisiche o giuridiche possono proporre un ricorso contro gli atti adottati nei loro confronti sono, quindi, limitati ed espressamente enumerati in via di eccezione nell'articolo 36 della proposta di regolamento. Essendo espressamente previste quali deroghe alla regola generale per cui il ricorso di annullamento di cui all'articolo 263, par. 4 del TFUE non può essere direttamente proposto, tali casi devono essere interpretati restrittivamente e non è possibile il ricorso ad un'interpretazione estensiva degli stessi. Occorre, quindi, rilevare che sono un numero molto ristretto di casi, perlopiù concernenti decisioni non inerenti l'esercizio delle funzioni penali della Procura europea. Si ritiene, pertanto, che la previsione di tali limitate eccezioni non sia una garanzia sufficiente ad assicurare ai soggetti interessati il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo avverso le decisioni adottate nei loro confronti della Procura europea.

L'articolo 36 prevede poi che la Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi in eventuali controversie relative al risarcimento dei danni causati dalla Procura europea, in eventuali controversie relative a clausole compromissorie contenute in contratti dalla stessa conclusi, in eventuali controversie relative a questioni connesse al personale, nonché nel caso di rimozione del

3086In tal senso, si legga l'articolo 36, par. 3 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, che recita: “*In deroga al paragrafo 1, le decisioni della Procura europea di archiviare un caso, nella misura in cui siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione, sono soggette al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia conformemente all'articolo 263, quarto comma, del TFUE*”.

3087In tal senso, si legga l'articolo 36, par. 8 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*, e il Considerando 80 della medesima proposta in cui è dato leggere: “*La disposizione del presente regolamento relativa al controllo giurisdizionale non incide sui poteri della Corte di giustizia di controllare le decisioni amministrative della Procura europea che sono destinate a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi, vale a dire le decisioni che non sono prese nell'esercizio delle sue funzioni volte a svolgere indagini, esercitare l'azione penale o portare casi in giudizio. Il presente regolamento lascia inoltre impregiudicata la possibilità, per uno Stato membro, per il Parlamento europeo, per il Consiglio o la Commissione, di proporre ricorsi per l'annullamento ai sensi dell'articolo 263, secondo comma, e dell'articolo 265, primo comma, del TFUE, e procedimenti di infrazione di cui agli articoli 258 e 259 del TFUE*”.

procuratore capo europeo o dei procuratori europei³⁰⁸⁸.

Dalla disciplina prevista dall'articolo 36 dell'attuale proposta di regolamento risulta, quindi, un sistema in cui il controllo giurisdizionale diretto delle decisioni della Procura europea è affidato alle autorità giurisdizionali degli Stati membri sulla base dei criteri stabiliti dalla legislazione nazionale, tranne che in rare eccezioni concernenti le decisioni amministrative prese dalla Procura europea e i casi in cui “siano contestate direttamente sulla base del diritto dell'Unione” le decisioni della Procura europea di archiviare un caso.

La disposizione in commento ha limitato anche la possibilità di ricorrere indirettamente avverso tali misure poiché anche la possibilità di esperire un rinvio pregiudiziale è stata sottoposta a determinate restrizioni.

In tal modo, risulta, quindi, violato il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo previsto dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il diritto delle persone fisiche e giuridiche di ricorrere in annullamento, alle condizioni stabilite dall'articolo 263, par. 4 del TFUE, dinanzi alla Corte di Giustizia contro gli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti, nonché il diritto alla parità di trattamento di tutte le persone davanti alla legge.

La mancata previsione della possibilità di ricorrere direttamente contro le decisioni di un organo europeo quale la Procura europea dinanzi ad un'autorità giurisdizionale europea sulla base di regole uniformi europee provoca anche la lesione del principio di legalità dal momento che in tal modo i soggetti interessati da tali atti non potranno prevedere in anticipo quale sarà la disciplina applicabile, ossia in presenza di quali condizioni potranno proporre ricorso e alla luce di quali criteri il proprio ricorso sarà valutato; la disciplina applicabile dipenderà, infatti, dalla legge dell'autorità giurisdizionale dinanzi a cui sarà proposto il ricorso che non sarà sempre possibile determinare *ex ante*.

In tal modo, risulteranno lesi anche i diritti di difesa dei soggetti indagati in quanto questi ultimi non potranno preparare adeguatamente la propria difesa, non conoscendo la legge applicabile, e sarà diminuita la legittimità e la fiducia nella Procura europea poiché, non essendo prevista la possibilità di esperire un rimedio giurisdizionale effettivo avverso le decisioni da questa adottate, sarà più agevole accusarla di prendere decisioni arbitrarie. Teoricamente, infatti, la Procura europea potrebbe anche adottare decisioni non conformi ai parametri legislativi, in assenza di un successivo controllo sulla legalità delle stesse.

Istituendo un organo dotato del potere di svolgere indagini penali e di rinviare a giudizio un soggetto senza essere sottoposto ad un controllo giurisdizionale effettivo, anziché creare un organismo che tuteli gli interessi dell'Unione e dei cittadini garantendo sicurezza, si mettono a

³⁰⁸⁸Articolo 36, par. 4, 5, 6 e 7 della *Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea - Progetto di regolamento*, del 31 gennaio 2017, *cit.*.

repentaglio i valori fondamentali su cui l'Unione si fonda, quali l'eguaglianza dei cittadini europei e il rispetto dello Stato di diritto.

Oltre a violare tali principi fondamentali sarebbe lesa anche l'esigenza di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, dal momento che in assenza di una disciplina comune europea e di un'autorità giurisdizionale europea che ne garantisca l'uniforme interpretazione, è elevato il rischio che le diverse autorità giurisdizionali nazionali emettano decisioni difformi in relazione allo stesso tipo di decisione adottata dalla Procura europea.

Oltre a ciò, occorre ribadire che non si ritiene che l'articolo 86, par. 3 del TFUE rappresenti una base giuridica adeguata per derogare all'elaborato sistema di controllo giurisdizionale previsto a livello europeo e, in particolare, all'articolo 263 del TFUE.

Al proposito, non sembra invocabile neanche l'articolo 263, par. 5 del TFUE il quale prevede che “gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti”³⁰⁸⁹. Infatti, tale disposizione prevede la possibilità di prevedere “condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche”, ma non prevede la possibilità di escludere del tutto la facoltà delle persone fisiche o giuridiche di ricorrere avverso gli atti destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti adottati da organi o organismi dell'Unione³⁰⁹⁰. L'esclusione di una tale possibilità di ricorso sarebbe, quindi, illegittima e si contrapporrebbe alla lettera dei Trattati istitutivi.

Occorre, pertanto, determinare quali soluzioni potrebbero essere adottate per garantire il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e, di conseguenza, i diritti ad esso collegati a cui abbiamo fatto riferimento poco sopra.

Al riguardo, occorre innanzitutto distinguere due diversi tipi di ricorso giurisdizionale. Come abbiamo evidenziato in precedenza, infatti, nel prevedere i possibili rimedi avverso le decisioni della Procura europea bisogna distinguere i ricorsi giurisdizionali *ex ante* dai ricorsi giurisdizionali *ex post*. I primi sono necessari nel caso di misure coercitive particolarmente intrusive e, quindi, altamente lesive dei diritti fondamentali dei soggetti interessati dalla misura, come nel caso di intercettazioni telefoniche o di perquisizioni in cui viene messo a rischio il diritto alla vita privata e familiare, alle comunicazioni, alla libertà di espressione o alla proprietà privata³⁰⁹¹. I secondi sono,

³⁰⁸⁹Cfr. in tal senso l'articolo 263, par. 5 del TFUE.

³⁰⁹⁰Nel medesimo senso anche M. LUCHTMAN-J. VERVAELE, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 5, p. 145; E. PERILLO, *Ma se Cesare Beccaria fosse di nuovo qui tra noi, scriverebbe ancora «Dei delitti e delle pene»?*, in G. GRASSO-G. ILLUMINATI-R. SICURELLA-S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, pp. 334-335.

³⁰⁹¹Tale diritto è ora espressamente tutelato dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'articolo 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del pari, tutela il diritto di ricevere o di comunicare informazioni senza che vi possa essere ingerenza da parte delle pubbliche autorità. L'articolo 11, in particolare, espressamente prevede: “Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza

invece, esperibili avverso le decisioni adottate dalla Procura europea nel corso delle indagini preliminari senza preventiva autorizzazione giudiziale, oppure avverso la decisione di archiviare il caso o rinviare a giudizio l'indagato adottata al termine delle indagini, o avverso la decisione di scelta del foro competente e quindi della legge applicabile al successivo processo.

Alla luce delle differenze che caratterizzano i due tipi di ricorso, occorre esaminarli distintamente.

Quanto alle forme di controllo *ex ante*, si pone il problema di determinare il soggetto a cui attribuire la competenza ad autorizzare preventivamente la Procura europea al compimento di determinati atti di indagine.

Al proposito sono prospettabili due diversi scenari. È, infatti, possibile attribuire la competenza ad autorizzare il compimento di determinate misure investigative particolarmente invasive della sfera giuridica delle persone interessate ad un'autorità giurisdizionale nazionale, oppure ad un'autorità giurisdizionale europea.

Inoltre, nel determinare l'autorità competente, occorre tener conto altresì di un altro elemento ad esso intrinsecamente connesso, ossia quale sia la disciplina applicabile a tale ricorso. Al proposito si può citare, ad esempio, la differenza esistente tra la disciplina contenuta nelle cosiddette *Model Rules* e la disciplina prevista nella proposta di regolamento del Consiglio.

In entrambe le proposte, infatti, è stata assegnata la competenza ad emettere l'autorizzazione preventiva per quanto riguarda le misure investigative svolte dalla Procura europea che richiedono tale autorizzazione alle autorità giurisdizionali nazionali; tuttavia, tra le due proposte sussiste una significativa differenza.

Mentre nelle Regole Modello la disciplina applicabile a tali misure e, quindi, l'individuazione dei criteri in presenza dei quali adottare tale autorizzazione, così come la determinazione della procedura che deve essere rispettata dalla Procura europea nello svolgimento delle misure investigative affinché tale sia autorizzazione sia concessa è stabilita a livello europeo ed ha, pertanto, carattere uniforme sull'intero territorio dell'Unione³⁰⁹², nell'attuale proposta di regolamento del Consiglio non è prevista una disciplina comune a livello europeo e, pertanto, la disciplina di tali

da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera". Il diritto di proprietà è espressamente tutelato dall'articolo 17 che al paragrafo 1 sancisce che "ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale".

3092Si leggano al riguardo gli articoli da 22 a 62 delle *Model Rules for the Procedure of the EPPO* in cui è indicata la procedura che la Procura europea deve seguire nello svolgere tali attività investigative oltre che essere elencate le misure che la stessa può adottare. In tal senso è esplicita anche la Spiegazione sottostante all'articolo 22 delle *Model Rules* in cui si legge: "The powers stipulated in these Rules are exhaustive; those powers which are not regulated in the Rules are not available to the EPPO. This could lead to a situation where the EPPO may do less than a national prosecutor (e.g. the EPPO has no power to order an online computer search in a Member State where the national prosecutor may do so), or where it may do more than a national prosecutor (e.g. order interception of content data where the national prosecutor may not do so)".

misura sarà determinata dalla legge nazionale del giudice competente a pronunciarsi³⁰⁹³.

Nel primo caso, pertanto, le autorità giurisdizionali nazionali sono tenute a concedere una previa autorizzazione alla Procura europea, sulla base della disciplina uniformemente adottata a livello europeo, per compiere determinate attività investigative. Nel secondo caso, invece, le autorità giurisdizionali nazionali autorizzeranno o meno la Procura europea a compiere determinate misure investigative sulla base della disciplina prevista dalla propria legge nazionale. In tal caso, come abbiamo rilevato in altra sede³⁰⁹⁴, soprattutto in caso di reati aventi una dimensione transnazionale, che saranno probabilmente la maggioranza di quelli trattati dalla Procura europea, una tale diversità di procedure applicabili risulta particolarmente problematica. Le implicazioni pratiche di una tale soluzione sono, infatti, importanti, dal momento che l'autorizzazione a compiere la medesima misura investigativa potrebbe essere autorizzata dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro e non da quella di un altro Stato membro. Quindi, per esempio, una perquisizione potrebbe essere autorizzata in uno Stato membro, ma non in un altro.

Questa situazione provoca problemi anche in relazione al fenomeno del cosiddetto *forum shopping* poiché la Procura europea potrebbe decidere di chiedere l'autorizzazione alla perquisizione all'autorità dello Stato membro la cui legge è più favorevole alla concessione di tale autorizzazione. In tal modo, la tutela delle garanzie procedurali dei soggetti sottoposti alla misura sarebbe messa a repentaglio e non sarebbero adeguatamente tutelati i diritti dei soggetti sottoposti alle indagini. A ciò si aggiunga che nel caso in cui l'autorità giurisdizionale competente a celebrare il processo non sia la stessa che ha autorizzato la Procura europea a compiere la misura, l'autorità giurisdizionale nazionale competente a celebrare il processo potrebbe rifiutarsi di ammettere una misura eseguita in presenza di una tale autorizzazione. In un tale scenario, pertanto, il valore aggiunto della creazione di una Procura europea sarebbe assai limitato, dal momento che si creerebbero dinamiche simili e, di conseguenza, le stesse problematiche che si presentano attualmente nei casi di cooperazione tra Stati membri.

Al proposito, la soluzione prospettata nelle Regole Modello, in cui sia prevista una disciplina penale uniforme e in cui è espressamente stabilito che “l'autorizzazione giudiziale è valida in tutto lo spazio giudiziario europeo”³⁰⁹⁵ è volta a risolvere il problema sopra delineato³⁰⁹⁶. Parte della dottrina

3093Si legga, al riguardo il capitolo settimo, del Titolo Secondo della Parte Seconda relativo alla legge applicabile dalla Procura europea e ai poteri investigativi ad essa attribuiti.

3094Si legga al riguardo il capitolo settimo, del Titolo Secondo della Parte Seconda.

3095Si legga, in tal senso, l'articolo 7, par. 2 delle *Model Rules*.

3096In base ad un'altra possibilità interpretativa, una procedura di autorizzazione preventiva potrebbe essere creata sulla base dell'articolo 261 del TFUE che prevede la possibilità di “attribuire alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi”. In tal senso, si esprime l'articolo 261 del TFUE che prevede: “*I regolamenti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio e dal Consiglio in virtù delle disposizioni dei trattati possono attribuire alla Corte di giustizia dell'Unione europea una competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le sanzioni previste nei regolamenti stessi*”. Si è espresso nel senso di considerare l'articolo 261 del TFUE una base giuridica adeguata per l'adozione di una autorizzazione preventiva a livello europeo, BÖSE 2012, *Ein europäischer*

ha, infatti, evidenziato che tra i rimedi volti a garantire il controllo giurisdizionale a livello europeo non è prevista alcuna forma di autorizzazione preventiva³⁰⁹⁷. La creazione di un Tribunale specializzato affiancato al Tribunale competente ad emettere tale tipo di autorizzazione preventiva non sarebbe, pertanto, possibile ad avviso di tali autori. In base a tale opinione, infatti, la formula usata dall'articolo 257 del TFUE per cui tali tribunali specializzati potrebbero essere “incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche” deve essere interpretata nel senso che questi tribunali possono essere investiti del compito di conoscere determinate categorie di ricorsi e materie specifiche che il Tribunale normalmente potrebbe conoscere; introdurre una nuova categoria di azioni sarebbe, pertanto, una previsione che va al di là di quanto previsto dall'articolo 257 TFUE.

Non si ritiene, tuttavia, di aderire a tale interpretazione dell'articolo 257 del TFUE, poiché l'espressione “talune categorie di ricorsi” sembra abbastanza ampia da ricomprendere anche una previa autorizzazione giudiziaria allo svolgimento di determinate attività investigative e tra le “materie specifiche” ivi menzionate ben potrebbero essere comprese le norme di diritto penale e processuale previste a livello europeo per disciplinare le misure investigative poste in essere dalla Procura europea. Similmente si è espressa anche quella parte della dottrina che ritiene che la soluzione migliore sia quella di affidare il controllo di legalità degli atti della Procura europea a un tribunale specializzato, creato in forza dell'articolo 257 del TFUE e “incaricato di conoscere in primo grado il contenzioso specifico di cui si tratta”³⁰⁹⁸. In base a tale interpretazione, poi, “l’impugnazione contro le decisioni di detto tribunale di tutela sugli atti del Procuratore europeo dovrebbe essere poi disciplinata conformemente al disposto dell’attuale articolo 257, terzo comma, TFUE, che ne attribuisce la competenza al Tribunale dell’Unione, includendovi eventualmente non solo l’impugnazione per motivi di diritto ma anche quella per motivi di fatto. Infine, la Corte di Giustizia assicurerebbe, in sede eventuale di riesame, che l’unità e la coerenza del diritto dell’Unione non siano compromesse dalle sentenze emesse, in sede di gravame, dal Tribunale

Ermittlungsrichter-Perspektiven des präventiven Rechtsschutzes bei Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft. Rechtswissenschaft, 2012, 3, pp. 184 -188. Nel senso, invece, che possa essere attribuita una competenza di merito alla Corte di Giustizia solo per modificare o eliminare sanzioni che sono già state imposte, si legga K. LENAERTS e altri, *Procedural law of the European Union*, 2006, Sweet & Maxwell, London, par. 15–003.

³⁰⁹⁷In tal senso, J.F.H. INGHLERAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., p. 131.

³⁰⁹⁸Si legga in tal senso, E. PERILLO, *EPPO, la Procura europea. Europea solo di nome o anche di diritto?*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *L'ufficio del Procuratore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali*, iBooks, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco; E. PERILLO, *Ma se Cesare Beccaria fosse di nuovo qui tra noi, scriverebbe ancora “Dei delitti e delle pene”?*, in G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013. Ad avviso di tale autore, “Peraltro, in un primo tempo, potrebbe essere preferibile non istituire un nuovo tribunale ad hoc, e considerare invece l’ipotesi di affidare l’esercizio di tale controllo all’attuale Tribunale della funzione pubblica dell’Unione europea (ovviamente aumentando il numero dei suoi componenti di alcune unità, così da includervi giudici esperti in detta materia), modificando la decisione del Consiglio che l’ha istituito, estendendone di conseguenza le competenze attuali, e applicando opportunamente il dispositivo del citato articolo 263 TFUE, penultimo comma”.

dell'Unione, alle condizioni ovviamente ed entro i limiti da prevedere nello statuto della Corte stessa³⁰⁹⁹.

In ogni caso, l'attribuzione della competenza ad emettere l'autorizzazione preventiva ad un'autorità giurisdizionale europea dovrebbe essere accompagnata dalla previsione di una disciplina uniforme per quanto concerne i requisiti in presenza dei quali è necessario chiedere l'autorizzazione e la disciplina in base alla quale l'autorità giurisdizionale europea dovrà poi decidere se concedere o meno l'autorizzazione.

Occorre sottolineare che tale procedura sarebbe una procedura del tutto nuova non corrispondente ai rimedi attualmente previsti che sono concepiti come rimedi demolitori di decisioni da adottate, come rimedi per sanzionare l'inadempimento dell'organo europeo o per garantire alla persona danneggiata almeno il risarcimento in forma specifica. Occorre, quindi, chiedersi se sia sufficiente la creazione di una disciplina processuale uniforme e l'espressa previsione che "l'autorizzazione giudiziale è valida in tutto lo spazio giudiziario europeo", o, se, invece, sia necessario creare un tribunale specializzato deputato a tale compito. Al proposito, si ritiene che allo stato attuale del livello di integrazione europea, non ci sia probabilmente la volontà politica e il sostrato culturale adeguato per prospettare la creazione di una camera preliminare europea, come, invece, si è deciso di istituire per la Corte Penale internazionale³¹⁰⁰. Risulta, tuttavia, indispensabile al fine di evitare la lesione dei diritti fondamentali degli individui tra cui si annovera il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, prevedere una disciplina uniforme a livello europeo che sia precisa e preveda dettagliatamente i criteri in presenza dei quali è necessario richiedere l'autorizzazione giudiziale e le regole in base alle quali l'autorità giurisdizionale dovrà concedere o meno

3099Cfr. in tal senso E. PERILLO, *EPPO, la Procura europea. Europea solo di nome o anche di diritto?*, in V. BAZZOCCHI (a cura di), *L'ufficio del Procuratore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali*, cit., pp. 164-168. Al proposito, occorre rilevare che la possibilità di creare una camera penale europea era stata ritenuta troppo ambiziosa dalla Commissione nel Libro Verde del 2001. Nel punto 6.4.3., p. 66 della versione italiana (Libro Verde *sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea*, presentato dalla Commissione, Bruxelles, dell'11 dicembre 2001 COM(2001) 715 definitivo), in particolare si legge: "La prima possibilità per organizzare la funzione di controllo del rinvio a giudizio consiste nell'istituire una camera preliminare europea. Questa via è già stata evocata in precedenza con riferimento al controllo della scelta dello Stato membro. Essa potrebbe trovare riscontro nei dispositivi adottati per alcune giurisdizioni penali internazionali (il giudice del rinvio presso il Tribunale penale internazionale dell'ex-Iugoslavia, che deve convalidare le imputazioni, e soprattutto la "camera preliminare" della futura Corte penale internazionale). Una camera del genere sarebbe competente per esaminare la decisione della procura europea di rinviare a giudizio. Il controllo della camera preliminare europea potrebbe vertere non solo sulla scelta del Foro, ma anche sul carattere sufficiente delle prove. Essa potrebbe essere adita d'ufficio o solo su ricorso dell'imputato. La creazione di una giurisdizione comunitaria competente per la messa in stato d'accusa, eventualmente sotto forma di camera specializzata della Corte di giustizia, avrebbe il vantaggio di affidare il controllo del rinvio a giudizio a una giurisdizione unica e specializzata, nonché di garantire direttamente l'uniformità nell'applicazione del diritto. La necessità di rivedere il trattato per istituire una camera del genere travalica tuttavia il contributo della Commissione alla conferenza intergovernativa, e porta a prospettare quindi un'altra soluzione".

3100Conclude nel senso della necessità di creare un "giudice delle libertà" a livello europeo M. BÖSE, *The System of Vertical and Horizontal Cooperation in Administrative Investigations in EU Competition Cases*, in K. LIGETI (a cura di), *Towards a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, p. 868, il quale afferma: "Since it can be doubted whether judicial review ex ante by a national court can be regarded as a sufficient procedural safeguard a judge of freedoms might be established at the European level. Before taking investigative measures, the national public prosecutors should be consulted".

l'autorizzazione giudiziale.

La situazione è diversa in relazione al controllo giurisdizionale *ex post*. In tal caso, infatti, i rimedi generalmente previsti a livello europeo sono pienamente adeguati a tutelare i diritti degli individui. Non sussistono, pertanto, ostacoli all'attribuzione della competenza all'autorità giurisdizionale europea del compito di riesaminare gli atti investigativi che si assumono adottati illegalmente dalla Procura europea³¹⁰¹, della decisione di archiviazione o rinvio a giudizio del caso, nonché della decisione di scelta del foro competente a decidere la controversia e, quindi, della legge applicabile al successivo processo penale.

Al proposito non si concorda con chi ha ritenuto preferibile adottare un approccio intermedio, sulla scorta delle soluzioni adottate in materia di concorrenza. Occorre, infatti, rilevare una significativa e profonda differenza tra il procedimento condotto dalla Commissione in ambito di concorrenza e quello diretto dalla Procura europea; mentre la Commissione al medesimo tempo svolge le indagini e condanna, nei casi in cui lo ritenga opportuno, al pagamento di una sanzione, la Procura europea avrà il compito di svolgere le indagini e di esercitare l'azione penale nei confronti di un determinato soggetto, ma non quello di decidere sulla colpevolezza o meno dell'indagato.

Considerata la fondamentale differenza di ruolo tra la Commissione e la Procura europea anche il ruolo della Corte di Giustizia in sede di controllo delle decisioni adottate dai due distinti organi assume caratteristiche diverse. Non si ritiene, quindi adeguato, come proposto da una parte della dottrina³¹⁰², adottare uno schema di riparto di competenze tra autorità nazionali e Corte di giustizia europea simile a quello adottato in relazione al controllo giurisdizionale degli ordini investigativi della Commissione nel procedimento in materia di concorrenza.

Quanto alla portata del sindacato della Corte, in materia di concorrenza³¹⁰³, la Corte ha stabilito che “il sindacato esercitato dal giudice nazionale competente, che deve avere ad unico oggetto i provvedimenti coercitivi richiesti, non può andare oltre l'esame, richiesto dal diritto comunitario, volto ad accertare l'assenza di arbitrarietà nei citati provvedimenti coercitivi, nonché la loro proporzionalità rispetto all'oggetto dell'accertamento”³¹⁰⁴.

3101In tal senso, occorre precisare che l'unico ostacolo potrebbe essere la giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione ai diritti procedurali, che esclude la possibilità di annullare atti che siano soltanto preparatori. Tale giurisprudenza non esclude però di esperire vittoriosamente un'azione di annullamento avverso atti che siano di per sé lesivi di diritti fondamentali quali il diritto alla libertà di corrispondenza, alla *privacy* o alla proprietà privata. Similmente anche J.A.E. VERVALE, *Judicial and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a European Public Prosecutor's Office in the EU: the dissymmetry of shared enforcement*, in M. SCHOLTEN, M. LUCHTMAN (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities, Political and judicial accountability in shared enforcement*, Edward Elgar 2017, p. 182 e seguenti.

3102In tal senso J.F.H. INGLERAM, *Search and Seizure Measures and Their Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., pp. 134-136.

3103Per un'analisi del controllo giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia *antitrust*, si legga G. GATTINARA, *La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene editore 2013, p. 429 e seguenti.

3104In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in presenza della Commissione delle Comunità europee, causa C-

In base a tale ricostruzione, pertanto, mentre la Corte di Giustizia è l'unico organo competente a sindacare la legittimità delle misure adottate dalla Commissione, al fine di predisporre un'adeguata tutela contro gli interventi arbitrari o sproporzionati della pubblica autorità nella sfera d'attività privata di una persona fisica o giuridica, al giudice nazionale competente spetta il diritto di autorizzare ispezioni e sequestri nei locali di imprese sospettate di infrazioni alle norme sulla concorrenza, nonché “verificare se i provvedimenti coercitivi richiesti a seguito di una domanda di assistenza formulata dalla Commissione sulla base dell'art. 14, n. 6, del regolamento n. 17 non siano arbitrari o sproporzionati rispetto all'oggetto dell'accertamento ordinato”³¹⁰⁵.

Applicando tale giurisprudenza al controllo giurisdizionale sugli atti adottati dalla Procura europea, pertanto, le autorità nazionali sarebbero competenti a verificare se le misure investigative svolte dalla Procura europea non sono arbitrarie o sproporzionate. Si ritiene, tuttavia, che prevedere una tale ripartizione di competenze nell'esercitare il controllo giurisdizionale sugli atti investigativi della Procura europea possa risolversi in un'inutile duplicazione di forme di controllo, che potrebbero rivelarsi, oltretutto, controproducenti.

Sembra, invece, che l'unica soluzione che potrebbe risolvere i problemi evidenziati in precedenza e garantire il diritto degli indagati ad un ricorso giurisdizionale effettivo sia quella di prevedere una disciplina uniforme sia per quanto riguarda i poteri investigativi della Procura europea che per quanto riguarda i criteri di scelta della legge applicabile, che per quanto concerne i diritti procedurali degli indagati, e affidare il controllo giurisdizionale *ex post* sulle decisioni adottate dalla Procura europea conformemente a tali regole alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

In tal modo verrebbero risolti tutti i problemi sopra evidenziati, sarebbe garantita la prevedibilità delle regole applicabili al ricorso giurisdizionale, sarebbe predeterminata in anticipo l'autorità giurisdizionale competente a decidere il caso, sarebbero adeguatamente tutelati i diritti degli indagati, a cui sarebbe riconosciuto il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo dinanzi ad un'autorità giurisdizionale europea e sarebbe assicurata un'applicazione uniforme delle regole contenute nel regolamento per cui non vi sarebbe il rischio di *forum shopping* da parte della Procura europea.

Al proposito, occorre rilevare solo due circostanze che potrebbero risultare problematiche.

In primo luogo, il contenuto dell'articolo 276 del TFUE che prevede che “nell'esercizio delle attribuzioni relative alle disposizioni dei capi 4 e 5 della parte terza, titolo V concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi

94/00, del 22 ottobre 2002, *cit.*, par. 40.

3105 In tal senso, Corte di Giustizia, sentenza *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in presenza della Commissione delle Comunità europee, causa C-94/00, del 22 ottobre 2002, *cit.*, par. 99.

incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”³¹⁰⁶.

Al proposito, occorre, tuttavia, rilevare che in base a tale disposizione la competenza della Corte di Giustizia è esclusa solo in relazione alle misure che sono condotte dalla polizia o da altri servizi “incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro” nell'esercizio delle “responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”. Dal tenore della disposizione, dunque, si desume che la competenza è limitata in relazione a operazioni meramente interne adottate ai fini specificati nell'ultima parte dell'articolo, ossia “il mantenimento dell'ordine pubblico” e “la salvaguardia della sicurezza interna”, e non in generale alle operazioni condotte dalla polizia, tanto più dirette da un organo inquirente europeo, sulla base di una disciplina uniforme europea.

In secondo luogo, occorre rilevare l'inadeguatezza dell'attuale configurazione degli strumenti diretti di controllo giurisdizionale attualmente disponibili a livello europeo, tra cui assume un ruolo preminente il ricorso di annullamento. L'azione di annullamento prevista dall'articolo 263 del TFUE si ispira, infatti, al modello del ricorso di annullamento tipico del diritto amministrativo sia dal punto di vista degli atti impugnabili che per quanto riguarda le tipologie di vizi invocabili³¹⁰⁷.

Al fine di garantire un controllo effettivo sugli atti della Procura europea, ossia assicurare lo svolgimento di un giudizio deciso in tempi rapidi e adottato da un organo intriso della cultura giuridica necessaria a prendere una decisione circa la conformità di un atto a determinate regole di procedura penale determinate a livello europeo, occorre prevedere “condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche” contro gli atti della Procura europea destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti, secondo quanto disposto dall'articolo 263, par. 5 del TFUE, oppure prevedere la creazione di un tribunale specializzato in ossequio all'articolo 257 del TFUE³¹⁰⁸.

3106Cfr. articolo 276 del TFUE.

3107Si legga, al riguardo, l'articolo 263 del TFUE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia concernente tale disposizione. In particolare, il paragrafo 2 dell'articolo 263 del TFUE prevede: “*A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione*”.

3108La tesi di istituire un tribunale specializzato è sposata anche da A. MEIJ, che afferma: “*From an integrationist perspective a less constitutionally cumbersome, truly innovative approach could be to designate in each Member State a specialised trial court in which EPPO cases would be brought before one or more chambers of 3 and 5 judges, among whom respectively one and two judges would be recruited on a case by case basis from a pool of judges from other Member States than the trial court. Appeal on points of law could then lie with a special chamber of the ECJ or the General Court. For judicial review or authorisation of measures in the pre-trial stage, a distinction could be made between the stage of proceedings as from the choice of the trial jurisdiction following the criteria of Article 27 of the proposal and the preceding stage during which, in the absence of a choice of a trial court cases could be attributed to a specialised central jurisdiction, to begin with the existing Civil Service Tribunal*”. In tal senso, A. MEIJ, *Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLICK (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, cit., p. 117.

Non riteniamo opportuno in tale sede esaminare quale sia la scelta più appropriata poiché una tale analisi esorbiterebbe dall'oggetto del lavoro, ma si ritiene, tuttavia, opportuno sottolineare che quale che sia la soluzione prescelta dovrebbe essere assicurata la possibilità di proporre un ricorso giurisdizionale avverso le decisioni adottate dalla Procura europea dinanzi ad un'autorità giurisdizionale europea, la quale dovrebbe giudicare la legittimità di tali atti sulla base di una disciplina uniforme dettata a livello europeo. Sarebbe in tal modo garantito il rispetto dei valori e dei principi stabiliti a livello europeo nei Trattati e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3. Conclusioni

Durante la seduta parlamentare del 28 ottobre 1948, Piero Calamandrei disse: “*Mi auguro che una volta tanto, al di sopra di ogni frattura politica, ci si trovi fraternamente uomini per un interesse e uno scopo umano di bene*”.

Le parole di Calamandrei risultano tanto più attuali e pertinenti in relazione all'istituenda Procura europea. Le fratture politiche e il morboso attaccamento degli Stati alla propria sovranità nazionale rischiano, infatti, di vanificare i progressi che sono stati finora raggiunti e di svuotare di significato una delle disposizioni più innovative che è stata introdotta nel corpo dei Trattati attraverso le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, ossia l'articolo 86 del TFUE, che auspica la creazione di una Procura europea.

L'obiettivo che ci siamo proposti di raggiungere con il presente lavoro è quello di cercare, come nel mito di Europa, incessantemente, attraverso lo studio delle possibilità giuridiche offerte dai Trattati, dalla giurisprudenza della Corte e dall'*acquis* che costituisce il sostrato del diritto europeo, una soluzione che permetta di donare alla Procura europea una sembianza unitaria e coerente e che permetta, al tempo stesso, di assicurare l'efficace repressione degli autori dei reati oggetto della sua competenza e la protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale dalla stessa avviato.

Occorre premettere fin da subito che le conclusioni raggiunte con il presente lavoro non corrispondono a quanto deciso allo stato attuale nei negoziati relativi alla proposta di regolamento istitutiva della Procura europea che si stanno svolgendo in seno al Consiglio.

Dalle discussioni che hanno avuto luogo in seno al Consiglio, sembra, infatti, che la maggior parte degli Stati membri, gelosi della propria sovranità nazionale in materia penale, non siano disposti a

istituire un vero e proprio organo inquirente sovranazionale, dotato di poteri investigativi incisivi nell'ambito dei reati di propria competenza.

Come è stato chiaro fin da subito, nel momento in cui quattordici camere di Parlamenti nazionali, a cui se ne sono aggiunte successivamente altre quattro, hanno inviato un parere motivato sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà, facendo così scattare il meccanismo di controllo della sussidiarietà di cui all'articolo 7, par. 2 del Protocollo n. 2 allegato ai Trattati sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, in relazione alla proposta di regolamento istitutiva della Procura europea, gli Stati membri non sono favorevoli alla creazione di un organo inquirente accentrato a livello europeo.

La mancanza di una tale volontà si è rispecchiata nelle decisioni che sono state prese in seno alle discussioni svoltesi in Consiglio. La proposta di regolamento che la Commissione aveva pubblicato nel 2013 è stata infatti significativamente modificata in un'unica direzione, ossia nel senso di rafforzare la componente nazionale e di indebolire l'aspetto sovranazionale dell'istituenda Procura europea. Il testo finale, che rappresenta attualmente la base su cui costituire la cooperazione rafforzata tra gli Stati che aderiranno alla Procura europea, costituisce un compromesso sbilanciato in favore della dimensione intergovernativa dell'organo.

Una tale soluzione non sembra, tuttavia, rispecchiare la volontà del legislatore europeo, il quale ha introdotto l'articolo 86 nel corpo del TFUE per istituire un organo inquirente sovranazionale che avesse poteri diretti di indagine e di esercizio dell'azione penale, a differenza degli organismi già esistenti e operanti allo stato attuale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tra le agenzie esistenti, infatti, ad OLAF è attribuita la sola competenza a svolgere indagini amministrative e non gli è attribuito il potere di esercitare l'azione penale dinanzi alle autorità giurisdizionali nazionali. *Eurojust*, invece, rappresenta un organo collegiale di carattere intergovernativo che svolge funzioni di coordinamento e raccordo tra le autorità giurisdizionali nazionali.

La creazione di una Procura europea permetterebbe di apportare un valore aggiunto alla lotta contro i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione e, nel caso in cui la competenza venisse estesa ad altre forme di criminalità gravi aventi una dimensione transnazionale, contro tali forme di criminalità solo se venisse configurata come un organo realmente sovranazionale e non come un organo collegiale prevalentemente intergovernativo, come è previsto nell'attuale proposta di regolamento approvata il 31 gennaio 2017. In tal caso, infatti, non si comprende per quale motivo sarebbe necessario creare un organo che per molti aspetti rappresenterebbe una duplicazione di *Eurojust*, nel caso in cui le sue competenze venissero estese, come è ora possibile in base alle potenzialità che il Trattato di Lisbona ha conferito all'articolo 85 del TFUE.

La refrattarietà degli Stati membri alla creazione della Procura europea è ulteriormente testimoniata dalla recente constatazione di mancanza di unanimità in seno al Consiglio circa l'attuale proposta di regolamento istitutivo della Procura europea, che costituisce pur tuttavia un testo dal contenuto minimale e compromissorio.

In seguito alla constatazione della mancanza di unanimità ed in seguito al mancato raggiungimento del consenso nei quattro mesi successivi, sedici Stati membri hanno notificato, in data 3 aprile 2017, alle tre istituzioni competenti l'intenzione di avviare una cooperazione rafforzata in vista dell'istituzione di una Procura europea. Le discussioni in seno al Consiglio si svolgeranno sulla base dell'ultimo testo di compromesso adottato il 31 gennaio 2017.

La lettera di notifica è pervenuta dai seguenti Stati: Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Repubblica ceca, Germania, Grecia, Spagna, Finlandia, Francia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Romania, Slovenia e Slovacchia. L'Italia non figura tra gli Stati che hanno notificato la propria intenzione di aderire alla cooperazione rafforzata.

Il numero di Stati che hanno deciso di avviare la cooperazione rafforzata è sensibilmente inferiore al numero di Stati che sono membri dell'Unione europea, ossia allo stato attuale ventotto, sebbene la Gran Bretagna stia negoziando i termini per recedere dall'Unione.

Considerato che la Procura europea rappresenta uno strumento importante per lottare a livello europeo contro le forme di criminalità che rientreranno nella sua competenza, risulta quantomeno sorprendente la volontà di ben dodici Stati membri di non partecipare all'istituzione della Procura europea.

La mancata partecipazione alla Procura europea, infatti, per le ragioni esaminate nel testo, rischia altresì di indebolire l'efficacia della Procura in riferimento agli Stati che hanno deciso di aderire. Gli autori dei reati potrebbero, infatti, sfruttare questa differenza di disciplina per ottenere l'impunità; nel caso di reati aventi una dimensione transnazionale rientranti nella competenza della Procura europea, infatti, essi potrebbero decidere di commetterli in tutto o in parte sul territorio degli Stati non partecipanti alla Procura europea e di sfruttare così le difficoltà di coordinamento tra le autorità giurisdizionali nazionali.

Una tale ritrosia da parte degli Stati membri, sia per quanto riguarda la volontà di non aderire alla proposta che per quanto riguarda la natura minimale del testo finale su cui si svolgeranno le discussioni in seno al Consiglio, comporta, pertanto, conseguenze assai dannose e rischia di compromettere seriamente sia l'efficacia delle indagini della Procura europea che la protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea.

L'analisi della legislazione europea e delle pronunce della Corte al riguardo ci hanno portato, infatti, a dimostrare che l'unico modo per tutelare adeguatamente i diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea e, al medesimo tempo, l'efficace attuazione delle politiche europee e la conseguente efficace repressione delle infrazioni commesse in violazione della legislazione europea, è quello di istituire una Procura europea accentrata, che agisca sulla base di regole penali, sia processuali che sostanziali uniformi.

Tale conclusione è stata raggiunta mediante la suddivisione del lavoro in due parti distinte.

La prima è dedicata all'analisi della configurazione che dovrebbe rivestire la Procura europea al fine di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee, e, di conseguenza l'efficace repressione dei soggetti che commettono reati in violazione della normativa adottata per dare attuazione a queste politiche.

La seconda parte del lavoro è, invece, dedicata all'esame della configurazione che dovrebbe assumere la Procura europea affinché siano adeguatamente protetti i diritti fondamentali degli individui soggetti alle indagini da questa avviate.

Al fine di svolgere questa analisi è risultato necessario dividere ogni parte, a sua volta, in due titoli. Nel primo titolo di ciascuna parte è stata esaminata la disciplina generale vigente a livello europeo rispettivamente in tema di effettività e di tutela dei diritti fondamentali in materia penale. Una tale contestualizzazione della Procura europea nell'alveo dei principi e della disciplina vigente a livello europeo è risultata necessaria per comprendere in concreto quali obiettivi il legislatore europeo si sia riproposto di ottenere con la sua creazione. Uno studio del regolamento istitutivo della Procura europea che non avesse tenuto conto del quadro complessivo in cui la stessa andrà a inserirsi sarebbe, infatti, risultato deficitario e non avrebbe permesso di comprendere in modo esaustivo quali sono i valori che l'Unione intende proteggere mediante la creazione della Procura europea.

L'analisi che abbiamo compiuto nel corso del lavoro ci ha portato a comprendere che le due esigenze distinte di garantire l'efficace repressione degli autori dei reati rientranti nella competenza della Procura europea e di assicurare un'elevata protezione dei diritti fondamentali degli individui, pur sembrando ad una prima lettura contrastanti, risultano ad un esame più approfondito complementari e coniugabili armoniosamente in un unico organo, a condizione che quest'ultimo abbia una natura realmente europea, o sovranazionale, e agisca sulla base di regole sostanziali e processuali uniformi.

L'analisi svolta nel primo capitolo è risultata essenziale per definire il concetto di effettività a livello europeo. Tale nozione ha assunto, infatti, molteplici aspetti in ambito europeo e, in particolare, in materia di diritto penale europeo, le quali sembrano in taluni casi contrastare tra loro. L'esigenza di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione, come abbiamo visto ha, infatti, in taluni casi portato a criminalizzare a livello nazionale certi comportamenti, mentre in altre situazioni ha portato decrimi-

nalizzarne altri. L'esigenza di garantire l'effettività delle politiche europee ha in alcuni casi portato la Corte di Giustizia a ritenere che il più elevato livello di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello nazionale non potesse essere invocato per non dare esecuzione a strumenti di mutuo riconoscimento, come il Mandato di Arresto europeo, adottati a livello europeo. Una tale definizione risulta tanto più essenziale al fine di indagare che relazione sussista tra effettività e diritti fondamentali. In certi casi, quindi, la tensione tra effettività del diritto europeo e tutela dei diritti fondamentali ha fatto temere che gli Stati membri potessero rievocare la clausola *Solange*. Si ritiene, tuttavia, che essi non siano considerati elementi contrapposti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma che, al contrario, la tutela dei diritti fondamentali costituisca un elemento imprescindibile della garanzia di effettività del diritto europeo. Non sarebbe legittima, infatti, una disciplina europea che disconosca il contenuto dei diritti fondamentali e, pertanto, non la Corte non ne invocherebbe l'effettiva attuazione. Il legame tra i due concetti è inscindibile ma, al tempo stesso, problematico poiché la protezione dei diritti fondamentali non è garantita in modo uniforme a livello europeo.

La riconduzione ad unità della giurisprudenza della Corte sul punto è, quindi, un passaggio essenziale per poter definire il concetto di effettività a livello europeo, in particolare nell'ambito del diritto penale europeo. Non risulta, infatti, possibile determinare come debba essere configurata la Procura europea affinché sia garantita l'efficace repressione degli autori dei reati di sua competenza se previamente non si precisa cosa si intenda per effettività.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia in relazione al principio di effettività svolta nel corso del primo capitolo siamo giunti alla conclusione che il diritto penale è efficace nell'attuazione delle politiche dell'Unione se contribuisce al raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel settore di intervento preso in considerazione e se contribuisce all'attuazione delle regole europee che le disciplinano. Nel corso della nostra analisi ci siamo, quindi, riferiti a questa nozione di effettività.

Nel secondo capitolo abbiamo analizzato come la nozione di effettività abbia contribuito a ridefinire il riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri in materia penale. L'analisi si è, quindi, concentrata sulla definizione che i generali principi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità assumono nello specifico ambito del diritto penale a livello europeo. In particolare, abbiamo constatato che nello scrutinio circa la proporzionalità della misura in ambito penale, il legislatore non deve valutare solo la necessità della misura, ma l'indispensabilità di quest'ultima affinché sia rispettato il principio di *ultima ratio* vigente in materia penale. L'esame si è poi concentrato sull'analisi delle disposizioni contenute nel Trattato che potrebbero fungere da base giuridica per l'armonizzazione delle regole di diritto penale e processuale europee. Una tale analisi è risultata necessaria al fine di scrutinare quale fosse la base giuridica più idonea per predisporre delle regole di diritto penale so-

stanziale e processuale uniformi a livello europeo che siano atte a disciplinare lo statuto e i poteri della Procura europea. Dall'analisi svolta è risultato che gli articoli 82 e 83 del TFUE, a causa delle numerose condizioni a cui sono soggetti e in ragione dell'espressa previsione che possano essere adottate regole minime in base a tali disposizioni solo mediante direttive, non sono le basi giuridiche più idonee per predisporre le regole uniformi che disciplinino l'attività della Procura europea. Si è, di conseguenza, ritenuto che fosse preferibile adottare l'articolo 325 del TFUE per quanto concerne la definizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione o l'articolo 86, par. 2 e 3 del TFUE quale base giuridica per la predisposizione di regole penali sostanziali e processuali uniformi, in ragione delle motivazioni indicate nel testo.

Il Titolo secondo è, invece, dedicato all'applicazione dei principi generali in materia di effettività, nello specifico alla Procura europea. In tale sede, nel capitolo terzo, quindi, si è verificato quale debba essere lo statuto interno e esterno della Procura europea affinché sia garantito il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione nel settore di intervento preso in considerazione, ossia nell'ambito di applicazione dei reati di competenza della Procura europea. A tal fine, quindi, nel capitolo quarto si è analizzato quali reati debbano rientrare nella competenza della Procura europea affinché sia garantita la massima efficacia alla sua azione e si è individuata la base giuridica più idonea per disciplinare i reati di competenza della Procura europea.

Nel capitolo terzo, in particolare, siamo giunti alla conclusione che la sola soluzione che permetta al tempo stesso di garantire l'azione efficace della Procura europea e, al medesimo tempo, il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea, sia quella di organizzare la Procura europea in senso gerarchico e accentrato. L'influenza nazionale dovrebbe essere ridotta al minimo. Dovrebbe, infatti, essere privilegiata una struttura fortemente centralizzata in cui i poteri di indagine e di esercizio dell'azione penale siano esercitati dall'organo centrale, il quale potrebbe agire per il tramite di procuratori europei mediante delega di funzioni. Una tale struttura permetterebbe, infatti, di garantire l'indipendenza e al tempo stesso la responsabilità della Procura europea rispetto alle istituzioni, organi e organismi europei nonché agli Stati membri. A tal fine dovrebbero essere previste delle procedure di nomina e di revoca dei membri della procura europea che garantiscano l'indipendenza; dovrebbe, pertanto, essere privilegiato lo strumento del concorso e la valutazione dei candidati da parte di un gruppo di esperti indipendente. Il procuratore europeo dovrebbe godere di ampi e incisivi poteri di azione, e, al tempo stesso, essere il soggetto che risponde dell'operato della Procura dinanzi alle istituzioni europee. In tal modo sarebbe garantita l'indipendenza e, al tempo stesso, la responsabilità della Procura europea. La struttura dovrebbe essere semplice e gerarchica, cosicché la Procura possa prendere decisioni importanti in tempi rapidi senza essere influenzata nelle scelte da altri soggetti e senza dover attendere che sia raggiunto un consenso in seno al collegio. I rapporti esterni con gli altri organi esistenti e, in particolare con OLAF e *Euro-*

886

just, così come con gli Stati non aderenti alla Procura europea dovrebbero essere dettagliatamente definiti e dovrebbero tendere a creare una stretta cooperazione tra la Procura europea e tali soggetti, al fine di evitare la creazione di “zone franche” di impunità.

Nel quarto capitolo, invece, quanto alla base giuridica che permetterebbe di garantire la maggiore efficacia all'azione della Procura europea nel perseguire gli autori dei reati di sua competenza, siamo giunti alla conclusione che la base giuridica più appropriata sia rappresentata dall'articolo 86, par. 2 del TFUE. Se fosse adottata una tale soluzione, infatti, i reati di competenza della Procura europea sarebbero disciplinati nel regolamento istitutivo della stessa; in tal modo, trattandosi di un regolamento, non vi sarebbe il rischio che i reati assumano forme assai diverse a seconda della legislazione di attuazione nazionale. Le fattispecie di reato di competenza della Procura europea sarebbero, quindi, disciplinate in modo uniforme a livello europeo. In tal modo, inoltre, sarebbe rispettato il principio di legalità in quanto le fattispecie penalmente rilevanti sarebbero contenute nel medesimo regolamento e sarebbero, pertanto, previamente conoscibili da parte di tutti i soggetti, i quali non dovrebbero, nel caso di reati aventi una dimensione transnazionale, determinare il penalmente rilevante in base alla legislazione di attuazione adottata in ogni diverso Stato membro. Tra i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione rientranti nella competenza della Procura europea dovrebbero, inoltre, essere ricomprese anche le frodi in materia IVA, affinché gli interessi finanziari dell'Unione siano adeguatamente protetti. La previsione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione nel regolamento istitutivo della Procura europea permetterebbe anche di risolvere i problemi connessi alla competenza della Procura europea a perseguire i reati inestricabilmente collegati a quelli lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. La previsione nel regolamento istitutivo della Procura europea di criteri certi e precisi in base a cui determinare quali reati rientrino nella competenza della Procura europea permetterebbe, infatti, di poter prevedere *ex ante* quali reati rientrino nella sua competenza.

Per quanto riguarda l'eventuale estensione della competenza della Procura europea a perseguire altre forme di criminalità grave aventi dimensione transnazionale, infine, abbiamo verificato che l'estensione della competenza della Procura europea ai reati di terrorismo e ai reati ambientali sarebbe auspicabile e permetterebbe di rafforzare la repressione di tali forme di reati. L'estensione della competenza della Procura europea alle violazioni commesse in violazione delle regole di concorrenza non sembra, invece, possibile, senza una previa modifica dei Trattati.

L'analisi svolta nel capitolo quinto è risultata essenziale per definire la portata e il contenuto dei principi fondamentali in materia di diritto penale sostanziale a livello europeo. Non sarebbe, infatti, stato possibile verificare quale sarebbe dovuta essere la configurazione della Procura europea che permettesse di tutelare in modo più adeguato i principi fondamentali vigenti a livello europeo in

ambito di diritto penale sostanziale senza previamente studiarne la portata e il contenuto. Sono stati, in particolare, analizzati il principio di legalità sostanziale, il quale a livello europeo prescrive che le fattispecie incriminatrici debbano essere prevedibili e accessibili prima della commissione del fatto e che impone che l'interpretazione conforme al diritto europeo di un atto non può portare a determinare o aggravare la responsabilità penale di un soggetto. È stato, inoltre, analizzata l'esigenza di un legittimo scopo di tutela, che costituisce, almeno parzialmente, la traduzione a livello europeo del principio di offensività. In particolare, in base a tale principio il legislatore europeo non può criminalizzare un determinato comportamento in assenza di un legittimo scopo di tutela. Lo studio di tale principio è essenziale per verificare se la competenza della Procura europea possa essere estesa ad altre forme di criminalità, come previsto dall'articolo 86, par 4 del TFUE. Una tale verifica dovrà, infatti, scrutinare se la criminalizzazione di tali condotte risponda all'esigenza di tutelare un bene giuridico meritevole di tutela penale. Infine, l'analisi si è concentrata sull'esame del principio di colpevolezza. In particolare, è stata studiata la portata che il principio ha assunto a livello europeo e è stato scrutinato se sia possibile prevedere forme di responsabilità oggettiva a livello europeo e se sia possibile prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche conformemente a quanto previsto dal diritto europeo. Considerato il sempre maggiore coinvolgimento delle imprese nei reati di frode e negli altri reati commessi a danno del bilancio dell'Unione, una tale analisi è necessaria per verificare fino a che punto sia possibile criminalizzare la condotta delle persone giuridiche che commettono reati rientranti nella competenza della Procura europea. A tal fine, è stato rilevato che, pur se l'Unione europea ha normalmente lasciato agli Stati membri la scelta se ritenere la condotta delle persone giuridiche punibile penalmente o meno, la criminalizzazione delle condotte di tali soggetti sarebbe auspicabile in sede di definizione dei reati rientranti nella competenza della Procura europea.

Nel sesto capitolo è stata, invece, analizzata la portata e il contenuto che hanno a livello europeo i principi fondamentali in ambito di diritto processuale penale. L'esame della portata e del contenuto di tali principi è essenziale nell'ambito della creazione di una Procura europea in quanto le regole processuali disciplinanti le attività che possono essere poste in essere dalla Procura europea devono garantire il rispetto di tali principi, pena la violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. A tal fine è stato, quindi, analizzato il principio di legalità processuale in base al quale i poteri della Procura europea e i criteri in base ai quali essa può eseguire delle misure investigative devono essere previamente definiti per legge ed essere, quindi, previamente conoscibili e accessibili da parte di tutti i soggetti dell'ordinamento. La disciplina che stabilisce le regole processuali alle quali la Procura europea deve attenersi deve, pertanto, essere chiara e precisa. In secondo luogo, è stato analizzato il contenuto e la portata che assume il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo a livello europeo. Tale diritto, insieme al principio di legalità, costituisce uno dei principi

fondamentali che devono essere garantiti in ogni Stato di diritto e riveste, pertanto, un ruolo fondamentale. A tal fine è stata esaminata la *ratio* del principio ed è stata esaminata l'ampia gamma di ricorsi che sono previsti a livello europeo. Tale principio risulta fondamentale anche nell'ambito dell'equo processo, per cui la violazione del principio, ossia l'impossibilità di proporre un ricorso effettivo dinanzi ad un'autorità giurisdizionale terza e imparziale costituisce altresì una violazione del diritto ad un equo processo. In tal senso la predisposizione di rimedi adeguati che garantiscano il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo avverso le decisioni prese dalla Procura europea risulta essenziale affinché non siano minata la legittimità stessa dell'Unione, quale "Unione di diritto". Nel medesimo capitolo è stato poi analizzato il contenuto e la portata del diritto alla presunzione di innocenza e dei diritti di difesa. In rapporto a tali principi, in particolare, è stata esaminata la portata e il contenuto che gli stessi hanno in base alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte EDU, in quanto le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione i principi hanno espressamente stabilito che i diritti consacrati nella Carta hanno significato e portata identica ai corrispondenti diritti della CEDU. È stata poi esaminata nel dettaglio la giurisprudenza della Corte di Giustizia al fine di verificare se essa, almeno dopo l'entrata in vigore della Carta, si distanziasse dalla giurisprudenza della Corte EDU ed è stata posta particolare attenzione al valore relativo di tali diritti. Sono, quindi, state esaminate le limitazioni che possono essere poste a tali diritti. Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare, si è rilevato che in alcuni casi il rispetto di taluni diritti di difesa è stato postergato al fine di garantire l'efficace svolgimento delle indagini, ma mai eliminato del tutto. In tale sede è stato esaminato anche il contenuto delle direttive europee recentemente adottate in ambito di diritti garanzie procedurali dei soggetti indagati o imputati in un procedimento penale, al fine di verificare se tali strumenti garantissero un'adeguata tutela dei diritti processuali degli accusati. Dall'analisi del contenuto delle direttive è risultato, tuttavia, che esse sono insufficienti a garantire il livello di tutela dei diritti degli indagati prescritto a livello europeo, soprattutto a causa delle divergenze che si verificheranno in sede di attuazione delle stesse. Prescrivendo regole minime di armonizzazione, infatti, la legislazione di attuazione nazionale nei diversi Stati membri varierà significativamente. Infine, è stata analizzata la portata e il contenuto del principio del *ne bis in idem* a livello europeo. Una tale analisi è risultata necessaria per comprendere quali accorgimenti debbano essere adottati in sede di predisposizione del regolamento istitutivo della Procura europea al fine di non violare il suddetto principio del *ne bis in idem*.

Il Titolo Secondo è, invece, dedicato all'applicazione dei principi esaminati nei capitoli quinto e sesto alla Procura europea, nello specifico. Nel capitolo settimo, in particolare, si è analizzato come dovrebbero essere configurati i poteri attribuiti alla Procura europea affinché siano rispettati i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini dalla stessa avviati. Il capitolo ottavo è, invece,

dedicato allo studio delle garanzie procedurali che dovrebbero essere garantite ai soggetti interessati dalle indagini condotte dalla Procura europea affinché siano rispettati i diritti fondamentali di queste ultime, all'esame della disciplina concernente la protezione dei dati personali e all'analisi delle forme di ricorso che dovrebbero essere garantite avverso le decisioni prese dalla procura europea.

Nel capitolo settimo, in particolare, siamo giunti alla conclusione che sia necessario prevedere un sistema di regole processuali uniformi contenute nel regolamento istitutivo della Procura europea ai sensi dell'articolo 86, par. 3 del TFUE al fine di delineare i poteri della Procura europea affinché siano garantiti i diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini della Procura europea. Per quanto riguarda la scelta di obbligatorietà attenuata dell'azione penale, in particolare, dovrebbero essere predisposte regole uniformi e maggiori garanzie a livello europeo nel regolamento istitutivo affinché non siano violati i diritti dei soggetti a conoscere con anticipo se l'azione sarà perseguita, archiviata o se la Procura europea chiuda il caso mediante l'avvio di una procedura semplificata. In assenza di regole uniformi a livello europeo e di criteri precisi, infatti, la Procura europea potrebbe arbitrariamente decidere quando archiviare il caso o esercitare l'azione penale in relazione ad esso. Il rinvio alla legislazione processuale nazionale non permette di garantire la certezza giuridica poiché la legislazione processuale nazionale è allo stato attuale profondamente diversa e potrebbero, di conseguenza, verificarsi gravi disparità di trattamento. Nel corso del medesimo capitolo siamo giunti alla medesima conclusione che sia necessario prevedere una disciplina uniforme a livello europeo anche per quanto riguarda la scelta della legge applicabile e della giurisdizione competente a giudicare il caso in seguito al rinvio a giudizio operato da parte della Procura europea. Il rinvio alla legislazione nazionale non permette, infatti, neanche in tal caso di tutelare i diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini svolte dalla Procura europea, i quali, non potendo prevedere in anticipo la legge applicabile al singolo caso di specie, non sono neanche in grado di preparare adeguatamente la propria difesa. A seconda della legge applicabile, infatti, i meccanismi difensivi assumeranno forme diverse; a ciò si aggiunge il fatto che varierà anche il difensore a seconda della legge applicabile poiché l'indagato dovrà farsi difendere da un soggetto che conosca approfonditamente la legge del luogo ove sarà celebrato il processo. La stessa soluzione è l'unica che permetta, al tempo stesso, di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti e di garantire l'ammissibilità delle prove raccolte dalla Procura europea. Nel caso in cui, infatti, la Procura europea raccolga le prove sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui verrà celebrato il processo, in assenza di regole uniformi a livello europeo, il rischio è alto che le prove raccolte dalla Procura europea non siano considerate utilizzabili dall'autorità giurisdizionale dello Stato membro in cui viene celebrato il processo. Nel testo è stata, infatti, rilevata l'inadeguatezza della soluzione proposta nella precedente proposta della Commissione del 2013 e nell'attuale proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017. L'adozione di regole uniformi contenute nel regolamento istitutivo della Procura europea si è dimostrata

anche la soluzione migliore per disciplinare le indagini transnazionali svolte dalla Procura europea. Considerata l'elevata difformità delle regole processuali che caratterizzano i sistemi giuridici processuali degli attuali ventotto Stati membri, infatti, l'efficacia delle indagini e i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini rischiano di essere seriamente compromessi in assenza di regole penali processuali uniformi. Tali regole processuali uniformi dovrebbero stabilire con precisione in quali occasioni e in presenza di quali requisiti sia necessaria una previa autorizzazione giudiziale, dovrebbero prescrivere in base a quali motivi l'autorità giurisdizionale possa negare l'autorizzazione giudiziale e stabilire i limiti temporali entro cui l'autorità giurisdizionale debba prendere la propria decisione. La previsione di un corpo di regole processuali uniformi risulta altresì essenziale per disciplinare la procedura applicabile nel caso di indagini interne, ossia di indagini svolte nei confronti di membri, agenti o funzionari delle istituzioni, organi o organismi dell'Unione. L'assenza di una disciplina specifica in rapporto alle indagini interne, così come risulta nella proposta di regolamento da ultimo approvata in seno al Consiglio, provoca il rischio di gravi lesioni dei diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini e lede fortemente l'efficacia delle indagini svolte dalla Procura europea. La previsione di una specifica e uniforme disciplina a livello europeo risulta, pertanto, indispensabile, a maggior ragione se si considera che la Procura europea sarebbe l'unico organismo espressamente deputato a svolgere indagini penali interne.

Nell'ottavo capitolo si è, del pari, raggiunta la conclusione che la sola soluzione che permetta di attribuire adeguate garanzie procedurali ai soggetti coinvolti nel procedimento penale sia quella di prevedere regole processuali uniformi a livello europeo per quanto riguarda, in particolare, i procedimenti aventi dimensione transnazionale. In particolare, tali garanzie dovrebbero essere compiutamente disciplinate nel regolamento istitutivo della Procura europea e il contenuto di tali garanzie procedurali dovrebbe rispecchiare il contenuto che è stato attribuito ai diritti fondamentali degli individui a livello europeo, ossia dovrebbe rispettare il livello di tutela previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dai principi generali del diritto, desumibili dalla CEDU, così come interpretata dalla Corte EDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. A causa delle sensibili differenze che sussistono nel diritto processuale degli Stati membri, infatti, questa è l'unica soluzione che permette di garantire un livello elevato di tutela ai diritti fondamentali nel corso del procedimento avviato dalla Procura europea. Per quanto riguarda la protezione dei dati personali dei soggetti coinvolti nelle indagini avviate dalla Procura europea, abbiamo constatato che la disciplina predisposta nella proposta di regolamento del Consiglio del 31 gennaio 2017 appronta una regolamentazione soddisfacente. In tal senso, l'unica criticità è dovuta al fatto che una tale disciplina andrebbe ad aggiungersi alle altre fonti di disciplina previste in materia di protezione dei dati personali e, quindi, anziché risolvere la frammentarietà della legislazione in tale settore, andrebbe ad aggravarla. Per quanto riguarda la predisposizione di effettive forme di ricorso giurisdi-

zionale avverso le decisioni della Procura europea, infine, l'analisi compiuta ci ha portato a raggiungere la conclusione che, per quanto riguarda il controllo giurisdizionale *ex ante*, ossia la competenza ad autorizzare determinate misure investigative richieste dalla Procura europea, i tempi non siano maturi per attribuire tale competenza alla Corte di Giustizia. Tuttavia, al fine di evitare la lesione dei diritti fondamentali degli individui tra cui si annovera il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, è assolutamente indispensabile prevedere una disciplina uniforme a livello europeo che sia precisa e preveda dettagliatamente i criteri in presenza dei quali è necessario richiedere l'autorizzazione giudiziale e le regole in base alle quali l'autorità giurisdizionale dovrà concedere o meno l'autorizzazione giudiziale. Per quanto riguarda, invece, il controllo *ex post* sulle decisioni adottate dalla Procura europea abbiamo raggiunto la conclusione che è assolutamente necessario attribuire la competenza a statuire sul caso alla Corte di Giustizia, pena la violazione dei Trattati.

In generale, quindi, dall'analisi svolta risulta che l'unica soluzione che permetta, al tempo stesso, di assicurare l'efficace repressione dei reati di competenza della Procura europea e di tutelare i diritti degli individui coinvolti nelle indagini dalla stessa avviate, sia quella di istituire una Procura europea fortemente centralizzata che agisca sulla base di regole penali, sia sostanziali che processuali, uniformi. In quanto organo europeo, inoltre, le decisioni della Procura europea dovrebbero essere assoggettate al controllo di un'autorità giurisdizionale europea, ossia della Corte di Giustizia.

Pur essendo consapevoli del fatto che tale soluzione rappresenta una soluzione ambiziosa, a cui al momento non corrisponde la volontà politica della maggior parte degli Stati membri, speriamo che, come è successo in altri ambiti a livello europeo, passo dopo passo, la volontà politica si allinei a questa, che noi riteniamo sulla base dell'analisi svolta, l'unica soluzione che permetta al contempo di conferire alla Procura europea un valore aggiunto rispetto agli strumenti attualmente esistenti, di garantire l'efficacia della Procura europea e di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini dalla stessa avviate.

Speriamo, quindi, che, come nel mito di Europa citato nell'Introduzione al lavoro, la Procura europea, pur rappresentando un'entità difficile da raggiungere, dai confini incerti e dalle forme non ancora pienamente definite, costituisca un'occasione unica per gettare le fondamenta di uno spazio unico comune in cui siano garantiti i valori del rispetto della “dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani”, in una società caratterizzata, tra gli altri valori fondamentali, dalla giustizia.

L'articolo 3 del TUE, in particolare, stabilisce che tra gli obiettivi dell'Unione rientra quello di offrire ai propri cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne tra l'altro, “la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”.

La Procura europea, se configurata come da noi proposto in conclusione del lavoro, rappresenta a nostro avviso uno strumento essenziale per ottenere per uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne in cui sia assicurata la sicurezza e la libertà dei cittadini e in cui siano protetti i diritti fondamentali di questi ultimi.

Riprendendo le parole menzionate all'inizio, vorrei, quindi, concludere con una nota positiva, citando Piero Calamandrei, il quale disse: *“Mi auguro che una volta tanto, al di sopra di ogni frattura politica, ci si trovi fraternamente uomini per un interesse e uno scopo umano di bene”*.

5. Bibliographie

5.1. Libri e capitoli

1. ACOSTA, D., MURPHY, C. (a cura di), *EU Security and Justice Law*, Hart, 2014
2. ADAM, R., TIZZANO, A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Milano, Giappichelli Editore, 2014
3. ADAM, S., COLETTE-BASECQZ, N., NIHOUL, M. (a cura di), *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, Corporate Criminal Liability in Europe*, Bruxelles, La Chartre, 2008
4. ALEXANDROVA, V., Presentation of the Commission's Proposal on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 11
5. ALLEGREZZA, S., Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo, in RAFARACI, T., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 691
6. ALLEGREZZA, S., Pubblico ministero europeo e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo, in COPPETTA, M. G. (a cura di), *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2005, p. 235
7. ALLEGREZZA, S., Pubblico Ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 468
8. ALLEN, M., *Textbook on Criminal Law*, Oxford, 2003
9. ALSTON, P., BUSTELO, M., HEENAN, J. (a cura di), *The Eu and human rights*, OUP, 1999
10. AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, München, Becker, 2008
11. ARROYO, L., NIETO, A. (a cura di), *La orden de detención y entrega europea*, Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006
12. ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, 7 ed., Oxford University Press, 2013
13. ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006
14. ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009
15. ASHWORTH, A., *Sentencing and Criminal Justice*, 6 ed., Cambridge University Press, 2015

16. ASP, P., Two Notions of Proportionality, in NUOTIO, K. (a cura di), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*, Helsinki, Forum Iuris, 2007, p. 207
17. ASP, P., *The substantive criminal law competence of the EU*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 79, 2012
18. ASP, P., *The Substantive Criminal Law Competence of the EU - Towards an Area of Freedom, Security & Justice - Part I*, Jure, 2013
19. ASP, P., *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015
20. ÁVILA, H., *Teoría de los principios* (trad. dalla 10a ed. dell'originale portoghese), Madrid, Marcial Pons, 2011
21. AYRES, I., BRAITHWAITE, J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press, 1992
22. BACHMAIER WINTER, L., The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment, in RUGGERI, S. (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, 2015, p. 114
23. BADAR, M., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Bloomsbury Publishing, 2013
24. BALSAMO, A., Le regole di procedura della Procura europea tra disciplina delle indagini e formazione della prova, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 440
25. BALSAMO, A., KOSTORIS, R. E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008
26. BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (da cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2012
27. BAZZOCCHI, V. (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del Procuratore europeo*, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, Olaf, 2014
28. BENEYTO, J. M., PERNICE, I. (a cura di), *Europe's constitutional challenges in the light of the recent case law of national constitutional courts*, Baden-Baden, Nomos, 2011
29. BENTHAM, J., *The Rationale of Punishment*, Robert Heward, 1830
30. BERNARDI, A., *L'harmonisation des sanctions en Europe*, M. DELMAS-MARTY, M. PIETH, U. SIEBER (sous la direction de), *Les chemins de l'harmonisation pénale, Harmonising criminal law*, Paris, Société de Législation comparée, p. 311
31. BIONDI, A., EECKHOUT, P., RIPLEY, S. (a cura di), *EU Law After Lisbon*, OUP, 2012
32. BITSCH, M.-T., *Histoire de la construction européenne de 1945 à nos jours*, Complexe, 1996
33. BITZILEKIS, N., The Definition of Ancillary Competence According to the Proposal for an EPPO – regulation, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and*

Criminal Perspectives, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 112

34. BLACKSTONE, Sir W., *Commentaries on the Laws of England, Book the Fourth*, Strahan, 1825
35. BLANCO, O., *EU Competition Procedure*, Oxford 2013
36. BLANKE, H.-J., *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000
37. BLANKE, H.-J., MANGIAMELI, S. (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU), a Commentary*, Springer, 2013
38. BLANQUET, M., *L'article 5 du Traité CEE*, Paris, LGDJ, 1994
39. BLEKXTOON, R., VAN BALLEGOOIJ, V. (a cura di), *Handbook on the European Arrest Warrant*, L'Aia, T.M.C. Asser Press, 2005
40. BLOMSMA, J., *Mens rea and defences in European criminal law*, Cambridge, 2012
41. BOREFIJN, I., GOLDSCHMIDT, J., *Changing perceptions of sovereignty and human rights, Essay in honour of Claes Flinterman*, Intersentia, 2008
42. BÖSE, M., The System of Vertical and Horizontal Cooperation in Administrative Investigations in EU Competition Cases, in LIGETI, K. (a cura di), *Towards a Prosecutor for the European Union, A Comparative Analysis*, Vol. 1, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 868
43. BOWER, On the Amoral Organization, in MARRIS, R. (a cura di), *The Corporate Society*, London, Macmillan, 1974, p. 178
44. BRAUM, S., COVOLO, V., From Proven Fragmentation to Guaranteed Data Protection within the Virtual Criminal Law Enforcement Area: A Report on Personal Data Protection within the Framework of Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters, in LIGETI, K. (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union, A comparative Analysis*, Vol. 1, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 1011
45. BRAUM, S., WEYEMBERGH, A. (a cura di), *Le Controle Juridictionnel dans l'Espace Pénal Européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009
46. BREZIGAR, B., in ESPINA RAMOS, J. A., VICENTE CARBAJOSA, I. (a cura di), *The Future European Public Prosecutor's Office*, Madrid, 2009
47. BRUGGER, W., KIRSTE, S., ANDERHEIDEN, M. (a cura di), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, Baden-Baden, Nomos, 2002
48. BURCHARD, VOGEL, TRIFFTERER (a cura di), *The Review Conference and the Future of the ICC*, L'Aia, Kluwer Law International, 2010
49. BURNS, R.G., LYNCH, M.J., STRETESKY, P., *Environmental Law, Crime and Justice*, New York, LFB Scholarly Publishing LLC, 2008

50. BUSUIOC, M., *The Accountability of European Agencies - Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft, Eburon, 2010
51. CAIANIELLO, M., L'istituzione del Pubblico Ministero europeo tra esigenze di efficienza e necessità di semplificazione, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 616
52. CALLIESS, C., *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union. Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam*, Baden-Baden, Nomos, 1999
53. CALLIESS, C., RUFFERT, M., *EUV/AEUV* (versione elettronica), München, 2011
54. CAMALDO, L., *Le délits financiers dans la législation européenne. L'OLAF et la réparation du dommage*, Bruxelles, Bruylant, 2007
55. CAMERON, I., ULVANG, M., *Essays on Criminalisation and Sanctions*, Uppsala, 2014
56. CANTARO, A., *Il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo I. I principi dell'Unione*, Milano, Giuffrè, 2006
57. CAPE, E., NAMORADZE, N., SMITH, R., SPRONKEN, T., *Effective Criminal Defence in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2010
58. CARD, R., *Card, Cross & Jones Criminal Law*, 21 ed., Oxford University Press, 2014
59. CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law*, Cambridge University Press, 2014
60. CHIAVARIO, M., DELEUZE, B., DELMAS-MARTY, M., (versione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, Padova, CEDAM, 2001
61. COFFEE, J.C. Jr., Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law, in ORLAND, L. (a cura di), *Corporate Crime and White-Collar Crime: An anthology*, Anderson Publishing, 1995, p. 53
62. COHEN, Sentencing the Environmental Criminal, in CLIFFORD, M. (a cura di), *Environmental crime: enforcement, policy, and social responsibility*, Jones & Bartlett Learning, 1998
63. COHEN-JONATHAN, G. (a cura di), *Chemins d'Europe: mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacque*, Paris, Dalloz, 2010
64. COLEMAN, W., Motivation and Opportunity: Understanding the Causes of White-Collar Crimes, in GEIS, G., MEIER, R.F., SALINGER, L.M. (a cura di), *White-Collar-Crime. Classic and Contemporary Views*, 3 edizione, New York, Free Press, 1994, p. 292
65. CONINSX, M., The European Commission's Legislative Proposal: an Overview of its Main Characteristics, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 21

66. CONSEIL D'ÉTAT, *Réflexions sur l'institution d'un parquet européen, Étude adoptée le 24 février 2011 par l'Assemblée générale plénière du Conseil d'État*, Paris, 2011
67. CORSTENS, G., PRADEL, J., *European Criminal Law*, Kluwer Law International, 2002
68. COSTA-LASCOUX, J., De Schengen à Maastricht: libertés et contrôles dans l'Europe des citoyens, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal. Droit pénal européen*, Paris, Litec, 1992, p. 130
69. CRAIG, P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, OUP, 2010
70. CRAIG, P., *EU Administrative Law*, OUP, 2012
71. CRAIG, P., DE BURCA, G. (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 1999
72. CRAIG, P., DE BURCA, G. (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford University Press, 2011
73. CRAIG, P., DE BURCA, G., *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 5 edizione, Oxford University Press, 2011
74. CREMONA, M. (a cura di), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, OUP, 2012
75. CRETIN, T., Les apports du traité de Lisbonne, in GHALEH MARZBAN, P. (a cura di), *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, Dalloz, 2010, p. 31
76. CSONKA, P., Le choix du juge national par la Commission, in GIUDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA, S., TRICOT, J. (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, Paris, Collection de L'UMR de droit comparé de Paris, volume 37, Société de Législation Comparée, 2015, p. 249
77. D. SPENCE, International terrorism – in the Quest for a Coherent EU Response, in D. SPENCE (a cura di), *The European Union and Terrorism*, London, Harper Publishing, 2007, p. 2
78. DE BURCA, G., WEILER, J.H.H. (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012
79. DE FRANCESCO, G., VENAFRO, E. (a cura di), *Meritevolezza di penale logiche deflative*, Torino, 2002
80. DE GOUTTES, R., in ESPINA RAMOS, J. A., VICENTE CARBAJOSA, I. (a cura di), *The Future European Public Prosecutor's Office*, Madrid, 2009
81. DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A. (a cura di) *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 2002
82. DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A. (a cura di), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001
83. DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A. (a cura di), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005

84. DE LOBKOWICZ, W., *L'Europe et la sécurité intérieure*, Paris, La documentation française, 2002
85. DE LONDRAS, F., DOODY, J. (a cura di), *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, Routledge, 2015
86. DE THAN, C., HEATON, R., *Criminal Law*, 4 edizione, Oxford University Press, 2013
87. DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, 2010
88. DE VRIES, S., BERNITZ, U., WEATHERILL, S. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Hart Publishing, 2015
89. DEARING, A., Das Recht des Opfers auf ein Strafverfahren und die Strafpflicht des Staates nach der EMRK, in DEARING, A., LÖSCHNIG-GSPANDL, M. (a cura di), *Opferrechte in Österreich. Eine Bestandsaufnahme*, VOR, 2004, p. 93
90. DEBOYSER, C. European Public Prosecutor's Office and Eurojust: "love match or arranged marriage"?, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 84
91. DEFALQUE, L. (a cura di) *Actualités en droit européen et rappel de quelques principes*, Bruxelles, Bruylant, 2006
92. DEIGH, J., DOLINKO, D. (a cura di), *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, 2011
93. DELMAS-MARTY, M. (a cura di), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Paris, Economica, 1993
94. DELMAS-MARTY, M. (a cura di), *Corpus Juris recante disposizioni penali sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Economica, Paris, 1997
95. DELMAS-MARTY, M., VERVAELE, J.A.E. (a cura di), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats Membres*, Volume I, Antwerp, Groningen, Oxford, Intersentia, 2000
96. DELMAS-MARTY, M., VERVAELE, J.A.E. (a cura di), *L'attuazione del Corpus Juris negli Stati membri*, Vol. I-IV, Utrecht, Intersentia, 2000
97. DEMARET, P., GOVAERE, I., HANF, D. (a cura di), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, Liber Professorum, 2005
98. DI FEDERICO, G., Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del pubblico ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità, in GAITO, A. (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991, p. 170
99. DI FEDERICO, G., *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008
100. DI FEDERICO, G., Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness in Italy, in *Promoting Prosecutorial Accountability, Independence and Effectiveness*, Sofia, Open Society Institute, 2008, p. 301

101. DI FEDERICO, G. (a cura di), *The EU Charter of fundamental rights, From Declaration to Binding Instrument*, Springer, 2011
102. DI SALVATORE, E., *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri*, Torino, Giappichelli, 2008
103. DI STASIO, C., *La lotta multilivello al terrorismo al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2010
104. DONY, M., BRIBOSIA, E. (a cura di), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, 2005
105. *Droit pénal européen*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1970
106. DUBBER, M. D., HÖRNLE, T. (a cura di), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, OUP, 2015
107. DUFF, A., *Intention, Agency, and Criminal Liability. Philosophy of Action and the Criminal Law*, Oxford, 1990
108. DUFF e altri (a cura di), *The Boundaries of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011
109. DURDEVIC, Z., Judicial Control in Pre-Trial Criminal Procedure Conducted by the European Public Prosecutor's Office, in LIGETI, K. (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume I: A comparative analysis*, Hart, 2013, p. 1004
110. DURDEVIC, Z., IVICEVIC KARAS, E. (a cura di), *European Criminal Procedure law in service of protection of the Union financial interests: State of Play and Challenges*, Croatian Association of European Criminal law, 2013
111. ELLIS, E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, OUP, 1999
112. EMILIOU, N., *The Principle of proportionality in European Law. A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996
113. ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office* L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015
114. ESER, A., HASEMER, W., BURCKHARDT, B. (a cura di), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000
115. ESPINA RAMOS, J.A., Towards a European Public Prosecutor's Office: the Long and Winding Road, in KLIP, A. (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp, Maklu, 2011, p. 44
116. EUROPEAN COMMISSION (a cura di), *The Legal Protection of the Financial Interests of the Community: Progress and Prospects since the Brussels Seminar of 1989*, Dublino, Oak Tree Press, 1993
117. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (a cura di), *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, 2005
118. FALZEA, P., SPADARO, A., VENTURA, L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, 2003

119. FAURE, M., HEINE, G., *Criminal Enforcement of Environmental Law in the European Union*, Kluwer Law International, 2005
120. FEINBERG, J., *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 1970
121. FEUERBACH, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, trad. it. a cura di CATTANEO, Milano, 1972
122. FICHERA, M., KREMER, J. (a cura di), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, Intersentia, 2013
123. FIJNAUT, C.J.C.F., GOETHALS, J., WALGRAVE, L. e PETERS, T. (a cura di), *Changes in society, crime and criminal justice in Europe: a challenge for criminological education and research*, Vol. II, Antwerpen, Kluwer, 1996
124. FIJNAUT, C., OUWERKERK, J., *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Leiden-Boston, 2010
125. FLORE, D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009
126. FLORE, D., BOSLY, S., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, seconda edizione, Bruxelles, Larcier, 2014
127. FORNASARI, G., SARTORI, D. (a cura di), *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014
128. GAITO, A. (a cura di), *Accusa penale e ruolo del pubblico ministero*, Napoli, Jovene, 1991
129. GALLI, F., WEYEMBERGH, A., *Approximation of substantive criminal law in the EU, The way forward*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2013
130. GALLI, F., WEYEMBERGH, A. (a cura di), *Do Labels Still Matter? Blurring Boundaries Between Administrative and Criminal Law*, IEE Brussels, 2014
131. GALLO, M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè editore, 1951
132. GARCIA RIVAS, N., RIQUERT, M. A. (a cura di), *Garantías penales*, Buenos Aires, 2011
133. GATTINARA, G., La tutela giurisdizionale contro gli atti della Commissione in materia antitrust, in PACE, L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, 2013, p. 429
134. GEIS, G., *On White-Collar Crime*, Lexington books, 1982
135. GERBET, P., *La construction de l'Europe*, Imprimerie Nationale, 1983
136. GERKEN, L., RIEBLE, V., ROTH, G. H., STEIN, T., STREINZ, R., *"Mangold" als ausbrechender Rechtsakt*, Munich, Sellier, 2009
137. GHALEH MARZBAN, P., *Quelles perspectives pour un Ministère public européen?, Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, Dalloz, 2010
138. GIUDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA, S. (a cura di), *L'intégration pénale indirecte*, Paris, Société de législation comparée, 2005

139. GIUDICELLI-DELAGE, G., LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, Société de législation comparée, 2012
140. GLESS, S., Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights, in VERVAELE, J.A.E. (a cura di), *European Evidence Warrant. Transnational Judicial Inquiries in the EU*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2005, p. 121
141. GLESS, S., *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, Nomos, 2006
142. GOBERT, J., PUNCH, M., *Rethinking Corporate Crime*, Butterworths, 2003
143. GRABITZ, E., HILF, M., NETTESHEIM, M., (a cura di), *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar. Loose leaf*, Munich, C.H. Beck, 2011
144. GRABITZ, E., HILF, M., NETTESHEIM, M., *Das Recht der Europäischen Union* (versione elettronica), München 2011
145. GRASSO, G., Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2344
146. GRASSO, G., La “competenza penale” dell’Unione Europea nel quadro del Trattato di Lisbona, in GRASSO, G., PICOTTI, L., SICURELLA, R. (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, p. 717
147. GRASSO, G., Relazione di sintesi, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 745
148. GRASSO, G., PICOTTI, L., SICURELLA, R. (a cura di), *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè Editore, 2011
149. GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell’attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013
150. GROUSSOT, X., *General Principles of Community Law*, International Specialized Book Service Incorporated, 2006
151. GUEYDAN, C., Cooperation Between Member States of the European Community in the Fight Against Terrorism, in HIGGINS, R., FLORY, M. (a cura di), *Terrorism and International Law*, New York, Routledge, 1997
152. HÆKKERUP, N., WAGTMANN, C.R., *Controls and Sanctions in the EU Law*, Copenhagen, 2001
153. HAGUENAU-MOIZARD, C., Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l’espace de liberté, de sécurité et de justice, in *Europe(s), Droit(s) européen(s) – Une passion d’universitaire. Liber Amicorum en l’honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 226
154. HAGUENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F., LEBLOIS-HAPPE, J., *Les fondements du droit pénal de l’Union européenne*, Bruxelles, Larcier, Collection Paradigme, 2016

155. HARRIS, O'BOILE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, seconda edizione, Oxford, OUP, 2009
156. HASSEMER, NEUMANN, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Vol. 1, terza edizione. 2010
157. HATJE, A., *Loyalität als Rechtsprinzip in der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos, 2001
158. HAWKINS, K., THOMAS, J. M. (a cura di), *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff, 1984
159. HAYMAN, G., BRACK, D., *International Environmental Crime, The Nature and Control of Environmental Black Markets*, Royal Institute of International Affairs, 2002, p. 16
160. HAYWARD, J. (a cura di), *The crisis of Representation in Europe*, Frank Cass, 1995
161. HECKER, B., *Europäisches Strafrecht*. Heidelberg, 2010
162. HEFENDEHL, R., VON HIRSCH, A., WOHLERS, W. (a cura di), *Die Rechtsguttheorie-Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003
163. HEFENDEL, E. (a cura di), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007
164. HELENIUS, D., Admissibility of Evidence and the European Public Prosecutor's Office, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 194
165. HENRION, H., SALDITT, N., *Le ministère public allemand, une institution ambivalente*, in LAZERGES, C. (a cura di), *Figures du Parquet*, Presses Universitaires de France, 2006
166. HERLIN-KARNELL, E., *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart, 2012
167. HERRNFELD, H. H., Mechanism for Settling Conflicts of Jurisdiction, in LUCHTMAN, M., *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime*, L'Aia-Portland, Eleven International Publishing, 2013, p. 209
168. HOFMANN, H., TÜRK, A. (a cura di), *EU Administrative Governance*, Edward Elgar, 2006
169. HOFMANN, H., TÜRK, A. (a cura di), *Legal Challenges in EU Administrative Law – Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009
170. HREBLAY, V., *Les accords de Schengen: origine, fonctionnement et avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1998
171. HYATT, The Federal Environmental Regulatory Structure, in CLIFFORD, M., *Environmental crime: enforcement, policy, and social responsibility*, Jones & Bartlett Learning, 1998
172. INGHELRAM, J.F.H., *Legal and Institutional Aspects of the European Anti-Fraud Office (OLAF), An Analysis with a Look Forward to a European Public Prosecutor's Office*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011
173. INGHELRAM, J.F.H., Garanzie procedurali nelle indagini OLAF: riflessioni sull'impatto della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, in BAZZOCCHI, V. (a cura di), *“L'ufficio del Pro-*

curatore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, iBooks, 2014, p. 291

174. INGLERAM, J.F.H., Search and Seizure Measures and Their Review, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 126
175. IPPOLITO, F., *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'unione europea*, Giuffrè, 2007
176. ISENSEE, J., KIRCHHOFS, P. (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, 2004, 3 edizione, Heidelberg: Müller, Vol. II
177. JACQUÉ, J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7 edizione, Paris, Dalloz, 2012
178. JEHLE, J.-M., The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System, in JEHLE, J.-M., WADE, M. (a cura di), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Berlin, Springer, 2006, p. 24
179. KAIAFA-GBANDI, M., The Establishment of an EPPO and the Rights of the Suspects and Defendants: Reflections upon the Commission's 2013 proposal and the Council's amendments, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015
180. KLIP, A., *European Criminal Law*, Intersentia, 2009
181. KLIP, A., Towards a General Part of Criminal Law for the European Union, in KLIP, A. (a cura di), *Substantive Criminal Law of the European Union*, Antwerp, Maklu, 2011, p. 28
182. KLIP, A. (a cura di), *Substantive Criminal Law of The European Union*, Antwerp, Maklu, 2012
183. KLIP, A., *European Criminal Law, An Integrative Approach*, Antwerp, Cambridge, Intersentia, 2012
184. KLIP, A. (a cura di), *Materials on European Criminal Law*, Cambridge, Intersentia, 2014
185. KNELANGEN, W., Die innen- und justizpolitische Zusammenarbeit der EU und die Bekämpfung des Terrorismus, in MÜLLER, E., SCHNEIDER, P. (a cura di), *Die Europäische Union im Kampf gegen den Terrorismus: Sicherheit vs. Freiheit?* Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 107
186. KONSTANTINIDES, T., *Division of Powers in the European Union*, Deventer, Kluwer Law Publishing, 2009
187. KOSTORIS, R. E., Le investigazioni del Pubblico Ministero europeo, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 391
188. KUHL, L., Le renforcement des dispositifs existants et la lutte contre la fraude au budget de l'Union, in GHALEH MARZBAN, P. (a cura di), *Quelles perspectives pour un Ministère public*

européen?, *Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, Dalloz, 2010, p. 99

189. LABAYLE, H., Mise en perspective, in GHALEH MARZBAN, P. (a cura di), *Quelles perspectives pour un ministère public européen?, Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2010, p. 54
190. LAGODNY, O., *Empfiehl es sich eine europäische Gerichtskompetenz für Strfgewaltkonflikte vorzusehen?*, Berlin, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2001
191. LAZERGES, C. (a cura di), *Figures du Parquet*, Presses Universitaires de France, 2006
192. LENAERTS, K. e altri, *Procedural law of the European Union*, London, Sweet & Maxwell, 2006
193. LEANERTS, K., VAN NUFFEL, P., *European Union Law*, Sweet & Maxwell, 2011
194. LIGETI, K. (a cura di) *Toward a Prosecutor for the European Union, Vol. 1: A Comparative Analysis, Vol. 2: Draft Rules of Procedure*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013
195. LIGETI, K., The European public prosecutor's office: which model?, in BANA, A., CAMALDO, L. (a cura di), *La circolazione della prova nell'Unione europea e la tutela degli interessi finanziari*, Milano, 2011, p. 121
196. LIGETI, K., *Toward a Prosecutor for the European Union. A comparative analysis*, Volume 1, Oxford, 2012
197. LIGETI, K., *Toward a Prosecutor for the European Union. Draft Rules of Procedure*, Volume 2, Oxford, 2013
198. LIGETI, K., The European Public Prosecutor's Office, in MITSILEGAS, V., BERGSTRÖM, M., KONSTADINIDES, T. (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016
199. LIGETI, K., WEYEMBERGH, A., The European Public Prosecutor's Office: Certain Constitutional Issues, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 53
200. LO MONTE, E., Ecomafia: il controllo penale tra simbolicità ed effettività, in PATALANO, V. (a cura di), *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, Giappichelli, 2003, p. 236
201. LOHSE, K. M., The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 169
202. LÓPEZ SANZ-ARANGUEZ, L., Le point de vue du Comité de surveillance de l'OLAF : le contrôle de l'enquête, in GHALEH MARZBAN, P. (a cura di), *Quelles perspectives pour un Mi-*

nistère public européen?, *Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, Dalloz, 2010, p. 37

203. LUCHTMAN, M., *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime*, L'Aia-Portland, Eleven International Publishing, 2013
204. LUNA, E., WADE, M. L., The Prosecutor as Policy Maker, Case Manager, and Investigator, in LUNA, E., WADE, M. L. (a cura di), *The Prosecutor in Transnational Perspective*, Oxford, OUP, 2012, p. 2
205. MADURO, M. P., *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 1998
206. MADURO, M. P., AZOU-LAI, L. (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010
207. MAGGIORE, G., *Prolegomeni al concetto di colpevolezza*, Priulla, 1951
208. MALINVERNI, A., *Principi del processo penale*, Torino, 1972
209. MANACORDA, S., La Localisation de la Garantie Juridictionnelle du Parquet Européen, in GIUDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA, S., TRICOT, J. (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, Paris, Collection de L'UMR de droit comparé de Paris, volume 37, Société de Législation Comparée, 2015, p. 255
210. MANES, V., SGUBBI, F., (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, Bononia University Press, 2007
211. MANES, V., ZAGREBELSKY, V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011
212. MANGIAMELI, S., *L'ordinamento europeo*, vol. II, Giuffrè, 2006
213. MANTOVANI, F., *Diritto penale*, CEDAM, 2011
214. MASCLET, J.-C. (a cura di), *L'Union Européenne: union de droit, union des droits; mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010
215. MASTROIANNI, R., SAVY, D. (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, Napoli, 2013
216. MASTROIANNI, R., POLLICINO, O., ALLEGREZZA, S., PAPPALARDO, F., RAZZOLINI, O. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Giuffrè Editore
217. MATHIAS, E., *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, coll. « Droit », Paris, C.N.R.S. Éditions, 1999
218. MEIJ, A., Some Explorations into the EPPO's Administrative Structure and Judicial Review, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 117
219. MENGOZZI, P., *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, CEDAM, 1997
220. MENNINGER, K., *The Crime of Punishment*, Penguin, 1977

221. MEYER-LADEWIG, EMRK. *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3 edizione, 2011
222. MILLER, G. J., *Managerial Dilemmas: The Political Economy of Hierarchy*, CUP, 1993
223. MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law*, Hart, 2009
224. MITSILEGAS, V., *EU Criminal Law after Lisbon, Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2016
225. MITSILEGAS, V., The European Public Prosecutor's Office before the Court of Justice. The Challenge of Effective Judicial Protection, in GIUDICELLI-DELAGÉ, G., MANACORDA, S., TRICOT, J. (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, Paris, Collection de L'UMR de droit comparé de Paris, volume 37, Société de Législation Comparée, 2015, p. 67
226. MITSILEGAS, V., BERGSTRÖM, M., KONSTADINIDES, T. (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016
227. MURAWSKA, A. A., *Administrative anti-fraud measures within the European Union*, Baden-Baden, Nomos, 2008
228. MURPHY, C., BORDA, A., ZAMMIT HOYTE, L., The perspectives of counter-terrorism operatives on EU counter-terrorism law and policy, in DE LONDRAS, F., DOODY, J. (a cura di), *The Impact, Legitimacy and Effectiveness of EU Counter-Terrorism*, London, 2015, p. 157
229. NASCIMBENE, B., AMALFITANO, C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2006
230. NERGELIUS, J., *The Constitutional Dilemma of the European Union*, Europa Law Publishing, 2009
231. NEUMANN, PUPPE, SCHILD (a cura di), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2013
232. NICOLAIDIS, K., WEATHERILL, S. (a cura di), *Whose Europe? National Models and the Constitution of the European Union*, Oxford, OUP, 2006
233. NIETO MARTÍN, A., MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., The Office of the European Public Prosecutor and the Related Offences: Deconstructing the Problem, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office - Legal and Criminal Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 120
234. NILSSON, H., Judicial Cooperation in the EU: Eurojust and the European Public Prosecutor, in GUILD, E., CARRERA, S., EGGENSCHWILDER, A. (éds.), *The Area of Freedom, Security and Justice Ten Years On: Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Centre for European Policy Studies, 2011, p. 5
235. NUOTIO, K. (a cura di), *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, University of Helsinki, 2013
236. OERTEL, C., *Objektive Haftung in Europa*, Mohr Siebeck, 2010
237. OMEROD, D., *Smith & Hogan Criminal Law*, Oxford, 2005
238. OPPENHEIMER, A., *The relationship between European Community law and national law: the cases*, Cambridge, 1994

239. OUWERKERK, J. W., *Quid Pro Quo? A comparative law perspective on the mutual recognition of judicial decisions in criminal matters*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011
240. PACE, L. F. (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, 2013
241. PACHE, E., RÖSCH, F., *Der Vertrag von Lissabon. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2008
242. PADFIELD, N., *Criminal Law*, 9 edizione, Oxford University Press, 2014
243. PALMISANO, G. (a cura di), *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instruments*, Brill Nijhoff, 2014
244. PANZAVOLTA, M., Choice of forum and the lawful judge conception, in LUCHTMAN, M. (a cura di), *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime: Freedom, Security and Justice and the Protection of Specific EU-Interests*, L'Aia, 2013, p. 143
245. PAONESSA, C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009
246. PARKER, C., Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality, in BEATON-WELLS, C., EZRACHI, A., *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Hart Publishing, 2011, p. 239
247. PAULY, A. (a cura di), *De Schengen à Maastricht: voie royale et course d'obstacles*, Maastricht, 1996
248. PAWELEC, S., Implications of Enhanced Cooperation for the EPPO Model and Its Functioning, in L ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 229
249. PAWLICK M., KLIP, A., A Disappointing First Draft for a European Public Prosecutor's Office, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 183
250. PEDRAZZI, M., VIARENGO, I. e LANG, A. (a cura di), *Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2011
251. PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3 edizione, Oxford University Press, 2012
252. PEERS, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, Vol. II, *EU criminal law, policing, and civil law*, Oxford University Press, 2016
253. PEERS, S., HERVEY, T., KENNER, J., WARD, A. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart/Beck, 2014
254. PEITEADO MARISCAL, A. P., *El reconocimiento mutuo de resoluciones penales definitivas en la Unión europea*, Madrid, Editorial Colex, 2006
255. PERILLO, E., Ma se Cesare Beccaria fosse di nuovo qui tra noi, scriverebbe ancora «Dei delitti e delle pene»? in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA,

- S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 334
256. PERILLO, E., EPPO, la Procura europea. Europea solo di nome o anche di diritto?, in BAZZOCCHI, V. (a cura di), *L'ufficio del Procuratore Europeo e Le indagini di OLAF: Il controllo giurisdizionale e le garanzie procedurali*", iBooks, Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, 2014
257. PERISTERIDOU, C., *The principle of legality in European criminal law*, Antwerp, Intersentia, 2015
258. PERRODET, A., *Étude pour un ministère public européen*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., 2001
259. PERRODET, A., Quante figure di pubblico ministero, in CHIAVARIO, M., DELEUZE, B., DELMAS-MARTY, M., (versione italiana a cura di), *Procedure penali d'Europa : Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia*, Padova, CEDAM, 2001, p. 413
260. PFEIFFER, G., *Strafprozessordnung: StPO, Kommentar*, Beck, 2005
261. PICOTTI, L., Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 65
262. PIVA, P., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012
263. POELEMANS, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, 2004
264. PRECHAL, S., *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2005
265. REINISCH, A., The Action of the European Union to Combat International Terrorism, in BIANCHI, A. (a cura di), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford, Hart Publishing, 2004
266. RENAULT, G., *Schengen, Un Modèle Pour L'Europe Pénale?*, Bruxelles, Larcier, 1995
267. RIDEAU, J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, LGDJ, 2006
268. ROBERTS, P., ZUCKERMAN, A., *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004
269. RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., *La protección de los derechos fundamentales en la Union Europea*, in *Scritti in onore di F. Mancini*, II, Giuffrè, 1993
270. ROSSI, L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, 2002
271. ROXIN, C., *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 edizione, Beck, 2006
272. RUDOLPHI, in *Systematischer Kommentar zum StGB*, 13 Supplemento 1990

273. RUGGERI, S. (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg, Springer, 2015
274. RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014
275. RYAN, A., *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, London e New York, Routledge, 2014
276. RYNGAERT, C., The Concept of Jurisdiction in International Law, in ORAKHELASHVILI, A., *Research handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 50
277. SAFFERLING, C., *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Heidelberg, 2011
278. SANDULLI, A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
279. SATZGER, H., *International and European Criminal Law*, München, Verlag C.H. Beck, 2012
280. SATZGER, H., The Future European Public Prosecutor and the National Prosecution: Potential Conflicts and How They Could be Avoided, in ASP, P. (a cura di) *European Criminal Policy Initiative, The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 69
281. SAUER, H., *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen: die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen Gerichten unterschiedlicher Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen*, Heidelberg, Springer, 2008
282. SAULLE, M.R. (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, Editoriale Scientifica, 1995
283. SCHOMBURG, W., LAGODNY, O., GLESS, S., HACKNER, T., Einleitung, in SCHOMBURG, W., LAGODNY, O., GLESS, S., HACKNER, T. (a cura di), *International cooperation in criminal matters*, München, C.H. Beck, 2012
284. SCHUMANN, S., BRUCKMÜLLER, K., SOYER, R. (a cura di), *Pre-trial emergency defence*, Anwerp, Intersentia, 2012
285. SCHÜNEMANN, B. (a cura di), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln, 2004
286. SCHÜNEMANN, B. (a cura di), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, 2006
287. SCHÜNEMANN, B., The foundations of transnational criminal proceedings, in SCHÜNEMANN, B. (a cura di), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege/A programme for European criminal justice*, Köln, Carl Heymanns, 2006
288. SCHÜNEMANN, B., *Presentazione, Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano, 2007
289. SCHÜNEMANN, B., Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU, in RUGGERI, S. (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer International Publishing Switzerland, 2014, p. 163

290. SCHUTTE, J.J.E., Establishing Enhanced Cooperation Under Article 86 TFEU, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 195
291. SCHWARZE, J., *Europäisches Verwaltungsrecht: Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2005
292. SCHWARZE, J., *European administrative law*, Sweet & Maxwell, 2006
293. SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press, Harvard University Press, 2004
294. SHUTE, S., GARDNER, J., HORDER, J. (a cura di), *Action and Value in Criminal Law*, Clarendon Press, 1993
295. SICURELLA, R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005
296. SICURELLA, R., Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale "armonizzato"? Le questioni in gioco, in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 31
297. SICURELLA, R., Setting up a European Criminal Policy for the Protection of EU Financial Interests: Guidelines for a Coherent Definition of the Material Scope of the European Public Prosecutor's Office, in LIGETI, K. (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. Vol 1., A Comparative Analysis*, Oxford e Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, p. 882
298. SIEBER, The Forces behind the Harmonisation of Criminal Law, in DELMAS-MARTY, M., PIETH, M., SIEBER, U. (a cura di), *Les chemins de l'harmonisation pénale/Harmonising Criminal Law*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 385
299. SIEBER, U., Instruments of International Law: Against Terrorist Use of the Internet, in WADE, M., MALJEVIĆ, A. (a cura di), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 171
300. SIMESTER, A., SPENCER, J., SULLIVAN, R., VIRGO, G., *Simester and Sullivan's Criminal Law*, Oxford, 2013
301. SIMON, D., *L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne, L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Parigi, Éditions A. Pedone, 2011
302. SINN, A. (a cura di), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht*, Göttingen, 2012
303. SMULDERS B., Is the Commission Proposal for a European Public Prosecutor's Office Based on a Harmonious Interpretation of Articles 85 and 86 TFEU?, in ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 41

304. SNARE, A. (a cura di), *Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law*, *Scandinavian Studies in Criminology*, Oslo, Scandinavian Studies in Criminology, 1995
305. SPENCER, J., *Mutual recognition and choice of forum*, in LUCHTMAN, M., *Choice of Forum in Cooperation against EU Financial Crime*, L'Aia-Portland, Eleven International Publishing, 2013, p. 61
306. SPRONKEN, T., VERMEULEN, G., DE VOCHT, D., VAN PUYENBROECK, L., *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*, Antwerp, 2009
307. STREINZ, R., (a cura di), *EUV/EGV. Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2003
308. STREINZ, R., (a cura di), *EUV/AEUV. Kommentar*, seconda edizione, Munich, C.H. Beck, 2012
309. SUOMINEN, A., *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters: A Study of the Principle in Four Framework Decisions and in the Implementation Legislation in the Nordic Member States*, Cambridge, 2011
310. SUOMINEN, A., The Functionality of the EPPO, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 88
311. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, E., The Independence of the European Public Prosecutor, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 255
312. TAK, P.J.P. (a cura di), *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States*, Opera in due volumi, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2004 e 2005
313. TESAURO, G., *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2012
314. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Köln, 2002
315. TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè Ed., 2011
316. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, 2005
317. TRICOT, J., Observations Critiques sur la Proposition de Règlement portant Création du Parquet Européen, in GIUDICELLI-DELAGE, G., MANACORDA, S., TRICOT, J. (a cura di), *Le contrôle judiciaire du parquet Européen. Nécessité, Modèles, Enjeux*, Paris, Collection de L'UMR de droit comparé de Paris, volume 37, Société de Législation Comparée, 2015, p. 155
318. TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, seconda edizione, Oxford, Oxford University Press, 2006
319. TUORI, K., SANKARI, S. (a cura di), *The Many Constitutions of Europe*, Ashgate, 2010
320. TURNER, C., *Kenny's Outlines of Criminal Law*, Cambridge, 1996
321. USHER, J.A., *General principles of EC Law*, Harlow, 1998
322. VAGLIASINDI, M. G., Istituzione di una Procura europea e diritto penale sostanziale: l'eventuale estensione della competenza materiale della futura Procura alla criminalità ambientale,

in GRASSO, G., ILLUMINATI, G., SICURELLA, R., ALLEGREZZA, S. (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, p. 202

323. VAN BOCKEL, B., *The Ne Bis In Idem Principle in EU Law*, Wolters Kluwer, 2010
324. VAN DEN WYNGAERT, C., Eurojust and the European Public Prosecutor in the Corpus Juris Model: Water and Fire?, in WALKER, N. (a cura di), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford University Press, 2004, p. 231
325. VAN DIJK, P., VAN HOOFF, F., VAN RIJN, A., ZWAAK, L. (a cura di), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, Oxford, Intersentia, 2006
326. VENNERI, S., FONTANA, E. (a cura di), *Ecomafia 2009: Le storie e i numeri della criminalità ambientale*, Milano, Osservatorio Ambiente e Legalità di Legambiente, Edizioni Ambiente, 2009
327. VERBRUGGEN, F., VERSTRAETEN, R., *Strafrecht en Strafprocesrecht Voor Bachelors*, Antwerp, 2015
328. VERMEULEN, G., DE BONDT, W., RYCKMAN, C. (a cura di), *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU*, Antwerp, Maklu, 2012
329. VERVAELE, J.A.E., *Fraud against the Community. The need for European Fraud Legislation*, Deventer, 1992
330. VERVAELE, J.A.E., *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, Paris, 1994
331. VERVAELE, J.A.E. (a cura di), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in The Netherlands*, Deventer, 1994
332. VERVAELE, J.A.E., Quel statut pour le ministère public?, in GHALEH MARZBAN, P. (a cura di), *Quelles perspectives pour un ministère public européen? Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union*, Paris, Dalloz, 2010, p. 189
333. VERVAELE, J.A.E., *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://eprints.biblio.unitn.it/4399/1/COLLANA_QUADERNI_VOLUME_5_VERVAELE_FORNASARI_SARTORI_02.09.2015.pdf], Università degli Studi di Trento, 2014
334. VERVAELE, J.A.E., Legal and political accountability for criminal investigations and prosecutions by a EPPO in the EU: the dissymmetry of shared enforcement, in SCHOLTEN, M., LUCHTMAN, M. (a cura di), *Law Enforcement by EU Authorities. Political and judicial accountability in a shared legal order*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, p. 184
335. VOGEL in GRABITZ, E., HILF, M., NETTESHEIM, M., *Das Recht der Europäischen Union* (versione elettronica), München, 2011
336. VON BERG, P. (a cura di), *Criminal Judicial Review: A Practitioner's Guide to Judicial Review in the Criminal Justice System and Related Areas*, Hart Publishing, 2014

337. VON BOGDANDY, A., *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin, De Gruyter, 2003
338. VON BOGDANDY, A., BAST, J. (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht*, seconda edizione, Munich, C.H. Beck, 2009
339. VON BOGDANDY, A., BAST, J. (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, C.H. Beck & Nomos, 2009
340. VON DER GROEBEN, H., *The European Community. The formative years. The struggle to establish the Common Market and the Political Union*, The European Perspective Series, Commission of the EC, 1987
341. VON MANGOLDT, H., KLEIN, F., STARCK, C. (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, 6 edizione, Munich, Vahlen, 2010
342. WAHL, T., The European Union as an Actor in the Fight Against Terrorism, in WADE, M., MALJEVIĆ, A. (a cura di), *A War on Terror? The European Stance on a New Threat, Changing Laws and Human Rights Implications*, Springer, 2010, p. 107
343. WALLACE, H., WALLACE, W., POLLACK, M. (a cura di), *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, 2005
344. WASMEIER, M., *The Choice of Forum by the European Public Prosecutor*, in L. ERKELENS, L., MEIJ, A., PAWLICK, M. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office, An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, L'Aia, Springer, T.M.C. Asser Press, 2015, p. 139
345. WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe: "Do the New Clothes have an Emperor?" and other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, 1999
346. WEYEMBERGH, A., SURANO, L., VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G. (a cura di), *The future of mutual recognition in criminal matters in the European Union/L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009
347. WEYEMBERGH, A., ARMADA, I., The Principle of ne bis in idem in Europe's Area of Freedom, Security and Justice, in MITSILEGAS, V., BERGSTRÖM, M., KONSTADINIDES, T. (a cura di), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, p. 189
348. WHEELER, S., MANN, K., SARAT, A., *Sitting in judgment: The Sentencing of White-Collar Criminals*, Yale University Press, 1988
349. WHITE, S., The European Prosecutor: extension of Eurojust or 'prolongation' of the Corpus Juris proposals?, in DE KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A. (a cura di), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 59
350. WILLIAMS, R., *Cartels in Criminal Landscape*, in BEATON-WELLS, C., EZRACHI, A., *Criminalising Cartels, Critical Studies of an International Regulatory Movement*, Hart Publishing, 2011, p. 289

351. ZAGREBELSKY, V., Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale, in CONSO, G. (a cura di), *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Bologna, N. Zanichelli Editore, 1979
352. ZERBES, I., Collecting and Usign Evidence: a Patchwork of Legal Orders, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 222
353. ZIESCHANG, F., HILGENDORF, E., LAUBENTHAL, K. (a cura di), *Strafrecht und Kriminalität in Europa*, Nomos, 2003
354. ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007
355. ZIMMERMANN, F., *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union*, Nomos, 2014
356. ZIMMERMANN, F., Choice of Forum and Choice of Law under the Future Regulation on the Establishment of a European Public Prosecutor's Office, in ASP, P. (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, 2015, p. 168
357. ZWIERS, M., *The European Public Prosecutor's Office. Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Antwerp, Intersentia, 2011

5.2. Articoli

1. ACCETTO, M., ZLEPTNIG, S., The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law, *European Public Law*, 2005, 11, p. 375
2. ADAM, R., La prospettata adesione delle Comunità alla Convenzione di Roma: si devono anche modificare i trattati comunitari?, *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 883
3. ADAM, R., La cooperazione nel campo della giustizia e degli affari interni: da Schengen a Maastricht, *Rivista di diritto europeo*, 1994, p. 233
4. AKEHURST, M., Jurisdiction in International Law, *British Yearbook of International Law*, 1972-1973, p. 145
5. ALLEGREZZA, S., VOORDECKERS, O., Investigative and Sanctioning Powers of the ECB in the Framework of the Single Supervisory Mechanism. Mapping the Complexity of a New Enforcement Model, *Eucrim*, 2015, 4, p. 151
6. ALMASEANU, S., Espace Schengen: une impulsion nouvelle, *Gazette du Palais*, 2005, p. 2568
7. AMALFITANO, C., *Il principio del ne bis in idem tra CAAS e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Cassazione Penale, 2012, 11
8. AMALFITANO, C., Ne bis in idem tra Carta dei diritti fondamentali e convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, *Eurojus*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://rivista.eurojus.it/ne-bis-in-idem-tra-carta-dei-diritti-fondamentali-e-convenzione-di-applicazione-dellaccordo-di-schengen/>], 15.07.2014
9. AMALFITANO, C., Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia, *Eurojus*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://rivista.eurojus.it/scaduto-il-regime-transitorio-per-gli-atti-de->

l-terzo-pilastro-da-oggi-in-vigore-il-sistema-ordinario-di-tutela-giurisdizionale-della-corte-di-giustizia/], 1.12.2014

10. AMBOS, K., Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 12, p. 175
11. ARMADA, I., The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence – Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 1
12. ARNULL, A., The incidental effect of directives, *ELR*, 1999, p. 1
13. ASHWORTH, A., Should Strict Liability be Removed from All Imprisonable Offences?, *Irish Jurist*, 2010, 45, p. 1
14. ASP, P., BITZILEKIS, N., BOGDAN, S. e altri, A manifesto on European criminal procedure law – European criminal policy initiative, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2013, 8, p. 412
15. ASP, P., The Importance of the Principles of Subsidiarity and Coherence in the Development of EU Criminal Law, *European Union Criminal Law Review*, 2011, 1, p. 44
16. BADAR, M., Mens rea – Mistake of Law & Mistake of Fact in German Criminal Law: A Survey for International Criminal Tribunals, *International Criminal Law Review*, 2005, 5(2), p. 203
17. BAKER Jr., J. S., Reforming Corporations Through Threats of Federal Prosecution, *Cornell L. Rev.*, 2004, 89, p. 334
18. BAKER, E., HARDING, C., From Past Imperfect to Future Imperfect? A Longitudinal Study of the Third Pillar, *European Law Review*, 2009, 34(1), p. 28
19. BANK, R., The Potential and Limitations of the Court of Justice of the European Union in Shaping International Refugee Law, *International Journal of Refugee Law*, 2015, p. 213
20. BARBER, N., The limited Modesty of Subsidiarity, *European Law Journal*, 2005, 11, p. 308
21. BAUMBACH, T., The Notion of Criminal Penalty and the Lex Mitior Principle in the *Scoppola v. Italy Case*, *Nordic Journal of International Law*, 2011, 80(2), p. 125
22. BECKER, G., Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political Economy*, 1968, 76, p. 169
23. BERNARDI, A., Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea, *Diritto penale e processo*, 2004, p. 5
24. BERNARDI, A., La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive, *Diritto Penale Contemporaneo*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.penale-contemporaneo.it/upload/Articolo%20Bernardi.pdf>], 27 ottobre 2011
25. BESSELINK, L.F.M., Entrapped by the maximum standard: On fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the EU, *CML Rev.*, 1998, 5, p. 629
26. BESSELINK, L.F.M., National and constitutional identity before and after Lisbon, *Utrecht Law Review*, 2010, 6(3), p. 49

27. BESSELINK, L.F.M., The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni, *European Law Review*, 2014, 39(4), p. 531
28. BIGAY, J., Droit communautaire et droit pénal, *Revue trimestrielle du droit européen*, 1972, 4, p. 734
29. BILLIS, E., The European Court of Justice: A “Quasi-Constitutional Court” in Criminal Matters? The Taricco Judgment and Its Shortcomings, *New Journal of European Criminal Law*, 2016, 7(1), p. 20
30. BIONDI, A., nota a sentenza a *Múnoz*, *CML Rev*, 2003, 40, p. 1241
31. BLACKSTOCK, J., The European Investigation Order, *New Journal of European Criminal Law*, 2010, 1(4)
32. BLACKSTOCK, Procedural safeguards in the European Union: a road well travelled?, *European Criminal Law Review*, 2012, 2(1), p. 20
33. BLANCO CORDERO, L., El derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, 06-05
34. BLOCKMANS, S., Curbing the circumvention of sanctions against Iran over its nuclear programme: Afrasiabi, *CML Rev*, 2013, p. 623
35. BOHLANDER, M., Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law – the lex mitior principle and the impact of *Scoppola v. Italy No. 2*, *Criminal Law Review*, 2011, 8, p. 627
36. BÖSE, M., The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz), *European Criminal Law Review*, 2011, 1, p. 35
37. BÖSE, M., Ein europäischer Ermittlungsrichter-Perspektiven des präventiven Rechtsschutzes bei Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, *Rechtswissenschaft*, 2012, 3(2), p. 172
38. BOSSUYT, M., The Court of Strasbourg Acting as an Asylum Court, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 203
39. BOUVERESSE, A., Conformité des machines aux normes CE, in *Europe*, 2005, n° 382, p. 18
40. BOVENS, M., Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework, *European Law Journal*, 2007, 13(4), p. 449
41. BRAUM, S., Justizförmigkeit und europäische Betrugsermittlung—Bemerkungen zum Fall Eurostat, (EuG T-48/05, Urteil vom 8. 7. 2008), in *JuristenZeitung*, 2009, 64, p. 298
42. BULTRINI, A., La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH, *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2002
43. BURCHARD e BRODOWSKI, The Post-Lisbon principle of transnational ne bis in idem: on the relationship between article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement, *New Journal of European Criminal Law* 2010, 1, p. 310

44. CAIANIELLO, M., To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317
45. CAMERON, I., HORN, F., Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case, *German Yearbook of International Law*, 1990, 33
46. CANNIZZARO, E., Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus, *Riv. Dir. Internaz.*, 2005, p. 762
47. CANNIZZARO, E., Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le Corti costituzionali italiana e tedesca, *Rivista di diritto internazionale*, 1990, p. 372
48. CASTILLO DE LA TORRE, F., Evidence, Proof and Judicial Review in Cartel Cases, *World Competition*, 2009, 32(4), p. 505
49. CHARPENTIER, J., Vers un espace judiciaire européen, *Annuaire français de droit international*, 1978
50. CLUNE, LINDQUIST, What “implementation” isn’t; Towards a General Framework for Implementation Research, *Wisconsin Law Review*, 1981, p. 1044
51. COFFEE Jr, J. C., No Soul To Damn - No Body To Kick - An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment, *Michigan Law Review*, 1981, 79, p. 400
52. COFFEY, G., Codifying the Meaning of intention in the Criminal Law, in *Journal of Criminal Law*, 2009, 73(5), p. 402
53. COHEN-JONATHAN, G., Les réserves à la Convention Européenne des Droits de l’Homme, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1989, T. XCIII
54. COMBEAUD, S., État du débat sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 2003, 464, p. 29
55. COMTE, F., Droit pénal de l'environnement et compétence communautaire, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2002, n. 4, p. 775
56. CONDORELLI, L., Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?, *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, 105/4, p. 829
57. CONWAY, G., Conflicts of norms in EU law and the legal reasoning of the ECJ, *German Law Journal*, 11, p. 966
58. CORSTENS, G. J. M., Criminal law in the First Pillar?, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2003, 11, p. 131
59. COSTELLO, C., MOUZOURAKIS, M., *Reflections on Reading Tarakhel: Is ‘How Bad is Bad Enough’ Good Enough?*, *Asiel & Migratenrecht*, 2014, n.10, p. 404
60. COVOLO, V. From Europol to Eurojust – towards a European Public Prosecutor. Where does OLAF fit in?, *Eucrim*, 2012, 2, p. 86

61. CRAIG, P., Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation, *ELR*, 1997, 22, p. 542
62. CRAIG, P., Subsidiarity: A Political and Legal Analysis, *Journal of Common Market Studies*, 2012, 50(s1), p. 72
63. CSÚRI, A., The Proposed European Public Prosecutor's Office – from a Trojan Horse to a White Elephant?, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2016, 18, p. 122
64. DAMASKOU, A., The European Public Prosecutor's Office, A Ground-Breaking New Institution of the EU Legal Order, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(1), p. 133
65. DANNECKER, G., Starecht in der Europäischen Gemeinschaft, *Juristen-zeitung*, 1996, p. 869
66. DASHWOOD, A., The Limits of European Community Powers, *European Law Review* 1996, 21, p. 113
67. DAW, R., SOLOMON, A., Assisted suicide and identifying the public interest in the decision to prosecute, *Criminal Law Review*, 2010, p. 741
68. DE AMICIS, G., Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito europeo: forme e modelli di collaborazione alla luce del titolo VI del trattato di Amsterdam, *Dir. famiglia*, 2002, fasc.1, p. 290
69. DE AMICIS, G., La Corte costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile, *Forum di quaderni costituzionali*, [disponibile en ligne: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0004_nota_136_2011_de_amicis.pdf], 5 mai 2011
70. DE BIOLLEY, S., II. Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne, 1. Les débuts: acquis de Schengen, *Revue internationale de droit pénal*, 2006, p. 23
71. DE BÚRCA, G., The Principle of Proportionality and its Application in EC Law, *Yearbook of European Law*, 1993, 13, p. 105
72. DE GOUTTES, R., De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal paneuropéen, *Mélanges Levasseur*, 1992, p. 4
73. DE GOUTTES, R., Vers un droit pénal européen?, *Rev. sc. crim.*, 1993, p. 643
74. DE SCHUTTER, B., International Criminal Law in Evolution: Mutual Assistance in Criminal Matters between the Benelux Countries, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, 1967, 14(4), p. 382
75. DE SCHUTTER, B., L'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre du Benelux, *Revue belge de droit International*, 1967, p. 102
76. DE VRIES, G. in *Le Monde*, 18 maggio 2004
77. DELMAS-MARTY, M., The European Union and Penal Law, *European Law Journal*, 1998, 4(1), p. 87
78. DELVAUX, A.M., La suppression des contrôles aux frontières internes et les mesures compensatoires, *Actualités du droit*, 1994, p. 329

79. DENZA, E., A note on Intertanko, *European Law Review*, 2008, p. 870
80. DI FEDERICO, G., Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata, *L'Indice penale*, 1995, 29(2), p. 399
81. DI FEDERICO, G., L'indipendenza del pubblico ministero e il principio democratico della responsabilità in Italia: l'analisi di un caso deviante in prospettiva comparata, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, XLI(1), p. 230
82. DI FEDERICO, G., Indipendenza e responsabilità del PM alla ricerca di un difficile equilibrio: i casi di Inghilterra, Francia e Italia, *Il giusto processo*, 2002, 1, p. 216
83. DI FEDERICO, G., *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, *Giurisprudenza Italiana*, febbraio 2009
84. DI FEDERICO, G., EU Competition Law and the Principle of Ne Bis in Idem, in *European Public Law*, 2011, p. 241
85. DOELLE, P., De la création de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). Vers une possible communautarisation de la protection pénale des intérêts financiers communautaires, *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, 2001, n. 4, p. 801
86. DORD, O., Le contrôle de constitutionnalité des actes communautaires dérivés: de la nécessité d'un dialogue entre les juridictions suprêmes de l'Union européenne, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n. 4, p. 1
87. DOUGAN, M., Disguised vertical direct effect of directive, *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 586
88. DOUGLAS-SCOTT, S., A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis, *CML Rev*, 2006, p. 626
89. DRAETTA, U., Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 13
90. ENGSTRÖM, V., How to Tame the Elusive: Lessons from the Revision of the EU Flexibility Clause, *International Organizations Law Review*, 2010, 7(2)
91. EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE (a cura del), Manifesto sulla politica criminale europea, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_383.pdf], 2009, 8, p. 697
92. FABBRINI, F., KATARZYNA, G., Yellow Card, but No Foul: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the right to Strike, *CML Rev*, 2013, 50, p. 136
93. FAURE, M., European Environmental Criminal Law: Do We Really Need It?, *European Environmental Law Review*, 2004, 13, p. 18
94. FERRARI BRAVO, L., Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, *Rivista di diritto europeo*, 1979, 4, p. 347
95. FERRUA, P., Il modello costituzionale del pubblico ministero e la curiosa proposta del processo breve, *Questione giustizia*, 2010, n. 1, p. 22

96. FIJNAUT, C., GROENHUIJSEN, M. S., A European public prosecutor service: comments on the Green Paper, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2002, 11, p. 321
97. FLATTERY, J., Balancing Efficiency and Justice in EU Competition Law: Elements of Procedural Fairness and their Impact on the Right to a Fair Hearing, *Competition Law Review*, 2010, 7(1), p. 53
98. FLETCHER, M., The problem of multiple criminal prosecutions: building an effective EU response, *Yearbook of European Law*, 2007, p. 10
99. FLORE, D., Eurojust ou Ministère public européen : un choix de politique criminelle, *Agon*, 2000
100. FLORE, D., Le mandat d'arrêt européen: première mise en oeuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne, *Journal des tribunaux*, 2002, p. 273
101. FLORE, D., Contours et limites du rapprochement des droits pénaux matériels au sein de l'UE. Les conditions d'un rapprochement effectif des législations nationales, *Revue de l'Union européenne*, 2014, n. 582, p. 559
102. FLORE, D., DE BIOLLEY, S., Des organes juridictionnels en matière pénale pour l'Union européenne, *Cahiers de droit européen*, 2003, 5-6, p. 597
103. FOFFANI, L., Il “Manifesto sulla Politica Criminale europea”, *Criminalia*, 2010, pp. 665
104. FRAGOLA, M., Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di “decostituzionalizzazione”, *Dir. comunit. scambi internaz.*, 2008, p. 206
105. GAEDE, K., Nullum judicium sine lege: Die völkerrechtliche Bindung eines gemeinschaftsrechtlichen Sonderstrafverfahrens an das Potential der Europäischen Konvention für Menschenrechte und Grundfreiheiten, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, 115, p. 845
106. GALLANT, K. S., Jurisdiction to Adjudicate and Jurisdiction to Prescribe in International Criminal Courts, *Vill. L. Rev.*, 2003, 48, p. 770
107. GIUDICELLI-DELAGE, G., Le droit pénal de l'environnement, l'exception européenne, *Rev. sc. Crim.*, 2005, p. 767
108. GLESS, S., Grenzüberschreitende Beweissammlung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013, p. 590
109. GLESS, S., Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle, in *Utrecht Law Review*, 2013, 9, p. 90
110. GLESS, S., VERVAELE, J.A.E., Law should govern: aspiring general principles for transnational criminal justice, *Utrecht Law Review*, 2013, 9, p. 1
111. GÖHLER, J., To Continue or Not, Who Shall Be in Control of the European Public Prosecutor's Dismissal Decisions?, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(1), p. 102

112. HABSCHIED, W. J., Zur Auslegung von Art. II des Protokolls zum EuGVÜ, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1982, p. 173
113. HAGUENAU-MOIZARD, C., DE BELLESCIZE, R., La CJCE limite la souveraineté des États en matière pénale (à propos de l'arrêt de la CJCE du 13 septembre 2005), *Dr. Pén.*, 2005, 16
114. HAMRAN, L., SZABOVA, E., European public Prosecutor's Office – cui bono?, *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4(1-2), p. 46
115. HARDING, C., Exploring the Intersection of European Law and National Criminal Law, *European Law Review*, 2000, 25, p. 374
116. HARRIS, B. V., Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy, *Cambridge Law Journal*, 2003, 62, p. 631
117. HARTLEY, T., Civil Proceedings in Criminal Court: Article II of the Protocol, *European Law Review*, 1981, p. 483
118. HEARD, C., MANSELL, D., The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence- Gathering in EU Cross-Border Cases, *New Journal of European Criminal Law*, 2011, 2(4), p. 353
119. HEFENDEHL, R., Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 229
120. M. HENZELIN, « Ne bis in idem », un principe à géométrie variable, *Revue pénale suisse*, 2005, 123(4)
121. HETZER, W., Fight against Fraud and Protection of Fundamental Rights in the European Union, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2006, p. 26
122. INGHELAM, J., Fundamental rights, the European Anti-Fraud Office (OLAF) and a European Public Prosecutor's Office (EPPO): some selected issues, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2012, 95, p. 67
123. JACQUÉ, J. P., L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence Solange II de la Cour EDH?, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2005, p. 756
124. JACQUÉ, J.-P., Communauté Européenne et Convention européenne des droits de l'homme, *Mélanges à Boulois*, Dalloz, 1991
125. KADISH, S., Some observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations, *University of Chicago Law Review*, 1963, 30, p. 434
126. KAHAN, D. M., Social influence, Social Meaning and Deterrence, *Virginia Law Review*, 1997, 83 p. 349
127. KAIAFA-GBANDI, M., The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law, *European Criminal Law Review*, 2011, 1, p. 17
128. KETVEL, G., La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i «pilastri» dell'Unione europea?, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 409

129. KHANNA, V. S., Corporate Criminal Liability: What Purpose Does it Serve?, *Harvard Law Review*, 1999, 109, p. 1531
130. KIIVER, P., The conduct of subsidiarity checks of EU legislative proposals by national parliaments: analysis, observations and practical recommendations, *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2012, 12(4), p. 535
131. KLEINIG, J., Selective Enforcement and the Rule of Law, *Journal of Social Philosophy*, 1998, p. 124
132. KOKOTT, J., German constitutional jurisprudence and European integration, *European Public Law*, 1996, 2, p. 237
133. KOMAREK, J., European constitutionalism and the European arrest warrant: contrapunctual principles in disharmony, *CML Rev*, 2007, 44, p. 9
134. KONSTANTINIDES, T., Drawing the Line Between Circumvention and Gap-Filling: An Exploration of the Conceptual Limits of the Treaty's Flexibility Clause, *Yearbook of European Law*, 2012, 1
135. KRIEGK, J.-F., Le Livre Vert sur le ministère public européen: une avancée décisive dans la construction d'un espace judiciaire européen intégré, *Gazette du Palais*, 2003, 36-37, p. 2
136. LABAYLE, H., Droit d'Asile et Confiance Mutuelle: Regards Croisés de la Jurisprudence Européenne, *Cahiers de Droit Européen*, 2014, 50(3), p. 501
137. LABAYLE, H., L'ouverture de la jarre de Pandore: réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale, *Cahiers de droit européen*, 2006, p. 382
138. LACEY, N., Historicising Criminalisation, *Modern Law Review*, 2009, p. 946
139. LAMBERIGTS, S., The Directive on the Presumption of Innocence A Missed opportunity for Legal Persons?, *Eucrim*, 2016, 1, p. 36
140. LAMBERIGTS, S., The Privilege against Self-Incrimination. A Chameleon of Criminal Procedure, *New Journal of European Criminal Law*, 2016, 7(4), p. 418
141. LANGENVOORT, D. C., On Leaving Corporate Executives Naked, Homeless and Without Wheels: Corporate Fraud, Equitable Remedies, and the Debate Over Entity Versus Individual Liability, *Wake Forest Law Review*, 2007, 42, p. 635
142. LAVENEX, S., Mutual recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy, *Journal of European Public Policy*, 2007, p. 766
143. LAVRANOS, N., The ECJs Judgments in Melloni and Åkerberg Fransson: Une ménage à trois difficultés, *European Law Reporter*, avril 2013, n. 4, p. 133
144. LEBECK, C., Implied powers beyond functional integration? The flexibility clause in the revised EU treaties, *Journal of Transnational Law and Policy*, 2008, 17, p. 303
145. LELIEUR, J., SINOPOLI, L., Approche critique du vocabulaire juridique européen: la reconnaissance mutuelle à l'épreuve de la coopération judiciaire, *Petites affiches*, 2010, 37, p. 7
146. LENAERTS, K., VANHAMME, J., Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process, *CML Rev*, 1997, p. 531

147. LENAERTS, K., Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union, *Cahiers de droit européen*, 2009, pp. 711-745
148. LIGETI, K., Criminal Liability of Heads of Business, A Necessary Pillar in the Enforcement of the Protection of the Financial Interests of the EU, *Eucrim*, 2015, 4, p. 145
149. LIGETI, K., SIMONATO, M., The European Public Prosecutor's Office: Towards a Truly European Prosecution Service?, *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 4(1-2), p. 7
150. LIGETI, K., The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be determined?, *European Criminal Law Review*, 2011, 2, p. 123
151. LOCK, T., Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights Case law on responsibility of member states of International Organizations under the European convention on human Rights, *Human Rights Law Review*, 2010, 39, p. 529
152. LUCHTMAN, M.J.J.P., VAN HOEK, A.A.H., Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Safeguarding of Human Rights, *Utrecht Law Review*, 2005, p. 1
153. LUCHTMAN, M.J.J.P., VERVAELE, J.A.E., European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office), *Utrecht Law Review*, 2014, 10(5), p. 144
154. LUGATO, M., La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo, *Riv. dir. int.*, 2003, p. 43
155. MADURO, M., So Close and Yet So Far: The Paradoxes of Mutual Recognition, *Journal of European Public Policy*, 2004, 14, p. 814
156. MAKOWIAK, J., Spécificité de l'ordre juridique communautaire et pragmatisme de la Cour: ou comment lutter efficacement contre les pollutions maritimes, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 402
157. MANGENOT, M., Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de création d'Eurojust (1996-2004), *Cultures & Conflits*, 2006, p. 43
158. MANNA, La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo, *Indice pen.*, 2006, 2, p. 823
159. MANNOZZI, G., CONSULICH, F., La sentenza della Corte di giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici, *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 899
160. MANZANO, M.P., The Spanish Constitutional Court and the Multilevel Protection of Fundamental Rights in Europe; Matters Relating to ATC 86/2011, of 6 June, *European Criminal Law Review*, 2013, p. 79
161. MARCELLO, D., Evidence gathering in the realm of the European Investigation Order: from national rules to global principles, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(2), p. 179
162. MARSTALLER, M.-L., The Legality Principle: An Effective Way to Minimise the European Prosecutors' Influence on Substantive Criminalisation? Comparing the German Staatsan-

waltschaft and the Crown Prosecution Service in England and Wales, *European Criminal Law Review*, 2016, 6(2), p. 161

163. MARTIN, J.-C., L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 2015, 2, p. 342
164. MELANDER, S., Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5(3), p. 279
165. MELANDER, S., Ultima Ratio in European Criminal Law, *European Criminal Law Review*, 2013, 3, p. 45
166. MIGLIETTI, M., The First Exercise of Article 83 (2) TFUE under Review: An Assessment of the Essential Need for Introducing Criminal Sanctions, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 1, p. 8
167. MISSIR DI LUSIGNANO, A., La protection des intérêts financiers de la Communauté, *Journal des tribunaux. Droit européen*, 1996, 4(28), p. 73
168. MITSILEGAS, V., The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU, in *CML Rev*, 2006, p. 1277
169. MITSILEGAS, V., The Transformation of Criminal Law in the Area of Freedom, Security and Justice, *Yearbook of European Law*, 2007, 26, p. 1
170. MITSILEGAS, V., The Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice, *European Law Review*, 2009, 34, p. 534
171. MITSILEGAS, V., The Limits of Mutual Trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice. From Automatic Inter-state Cooperation to the Slow Emergence of the Individual, *Yearbook of European Law*, 2012, 31, p. 319
172. MITSILEGAS, V., From Overcriminalisation to Decriminalisation, The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5(3), p. 423
173. MITSILEGAS, V., The Symbiotic Relationship between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice, *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6(4), p. 458
174. MOOHR, G. S., An Enron Lesson: The Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime, *Florida Law Review*, 2003, 55, p. 937
175. MUGURUZA, C., The European Union's Reaction to the Terrorist Attacks on the United States, *Humanitäres Völkerrecht*, 2001, 14, p. 234
176. MURPHY, C., The Principle of Legality in Criminal Law under the ECHR, *European Human Rights Law Review*, 2010, 2, p. 192
177. NASCIMBENE, B., Le Traité de Lisbonne et l'espace judiciaire européen : le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle, *Revue des affaires européennes*, 2011, n. 4, p. 787
178. NATO, A., The European Public Prosecutor's Office between Counter-Terrorism and Strengthening of the European Citizens' Safety, *Civitas Europa*, 2016, 37(2), p. 317

179. NEFRAMI, E., Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne, *Revue de l'Union européenne*, 2012, p. 201
180. NICOLAIDIS, K., SHAFFER, G., Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government, *Law and Contemporary Problems*, 2005, 68, p. 263
181. NICOLAIDIS, K., Trusting the Poles? Constructing Europe through Mutual Recognition, *Journal of European Public Policy*, 2007, 14, p. 682
182. NILSSON, H. G., How to combine minimum rules with maximum legal certainty?, *Europätslig tidskrift*, 2011, p. 670
183. NUVOLONE, P., I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale (1948), in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969
184. NUVOLONE, P., La concezione giuridica italiana della colpevolezza, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1976, 3
185. ÖBERG, J., Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2011, 19, pp. 289
186. ÖBERG, J., Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law, *New Journal of European Criminal Law*, 2011, 4, p. 402
187. ÖBERG, J., The definition of criminal sanctions in the EU, in *EU Criminal Law Review*, 2013, 1
188. ÖBERG, J., Do we really need criminal sanctions for the enforcement of EU law, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5, p. 370
189. PADOVANI, T., Teoria della colpevolezza e scopi della pena, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1987, p. 798
190. PANEBIANCO, G., Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, fasc. 3, p. 1326
191. PARISI, N., Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali, *St. int. eur.*, 2012, p. 33
192. PASQUALI, L., La sentenza Intertanko e il problema della sindacabilità degli atti delle istituzioni comunitarie alla luce del diritto internazionale, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, p. 43
193. PATERNOSTER, R., How Much Do We Really Know about Criminal Deterrence?, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 2010, 100, p. 765
194. PEERS, S., Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got it Wrong?, *CML Rev*, 2004, 41, p. 5
195. PEERS, S., Denmark and EU Justice and Home Affairs Law: Really Opting Back In?, in *EU Law Analysis*, *EU Law Analysis*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/>], 8 ottobre 2014

196. PEERS, S., Denmark and EU Justice and Home Affairs Law: Details of the planned Referendum, in *EU Law Analysis*, *EU Law Analysis*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/>], 17 marzo 2015
197. PEERS, S., The Italian Job: The CJEU strengthens criminal law protection of the EU's finances, *EU Law Analysis*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/>], 22 September 2015
198. PELKMANS, J., An EU Subsidiarity Test is Indispensable, *Intereconomics*, settembre/ottobre 2006, 41(5), p. 249
199. PERNICE, I., Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011, 136(2), p. 189
200. PERNICE, I., Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, *Europarecht*, 2011, 46(2), p. 158
201. PROTA, C., La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust, *Cass. pen.*, 2011, p. 4278
202. RANDALL, K. C., Universal Jurisdiction under International Law, *Tex. L. Rev.* 1998, 66, p. 785
203. RANKINEN, J., Positive Fault Requirements in EU Criminal Law, *European Criminal Law Review*, 2016, 6(2), p. 127
204. REESTMAN, J.H., BESSELINK, L.F.M., Editorial after Åkerberg Fransson and Melloni, *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 1
205. REIMANN, J., Against Police Discretion: Reply to John Kleinig, *Journal of Social Philosophy*, 1998, p. 132
206. REPIK, Réflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'homme concernant la présomption d'innocence, *Mélanges à Eissen*, 95, p. 331
207. RINALDI, F. V., Il principio di legalità e l'articolo 7 della CEDU, *Filodiritto* [consultabile online su *filodiritto*, all'indirizzo online: <http://www.filodiritto.com/articoli/2013/01/il-principio-di-legalita-e-larticolo-7-della-cedu/>]
208. ROBINSON, P.H., DARLEY, J., The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At Its Worst When Doing Its Best, *Georgia Law Journal*, 2003, 91, p. 949
209. ROSANÒ, A., Some developments of the principle of mens rea in the case law of the Court of Justice of the European Union, *New Journal of European Criminal Law*, 2016, 7(3), p. 311
210. RUBIN, E., Just Say No to Retribution, *Buffalo Criminal Law Review*, 2003, 7(1), p. 17
211. RUBY-CAVAGNA, E., Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévue par le Traité de Lisbonne, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 2009, p. 501
212. RUGGERI, A., La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema" (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio

- 2013, in causa C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscale*), in www.diritticomparati.it/, [consultabile online al seguente indirizzo: www.diritticomparati.it/], 2 aprile 2013
213. RUGGERI, S., Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea, *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, 2015, 4, p. 1441
214. SATZGER, H., Der Mangel an Europäischer Kriminalpolitik – Anlass für das Manifest der internationalen Wissenschaftlergruppe, *ZIS*, 2009, p. 691
215. SAYERS, D., The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread', *EU Law Analysis Blog*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html>], del 15 novembre 2015
216. SCHOLZ, J. T., PINNEY, N., Duty, Fear, and Tax Compliance: The Heuristic Basis of Citizenship Behaviour, *American Journal of Political Science*, 1995, 39, p. 490
217. SCHONARD, Judicial review of EU acts affecting criminal proceedings, *European Criminal Law Review*, 2012, 2, p. 63
218. SCHREYER, M., Presentation of the Green paper on the criminal protection of the Community's financial interests: A European prosecutor, *Agon*, 2002, p. 34
219. SCHUTTE, J.J.E., The regionalisation of international criminal law and the protection of human rights in international cooperation in criminal proceedings, General Report for the XVth International Congress, in *Revue Internationale de Droit pénal*, 1994, p. 84
220. SCHWARZE, J., Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuZW*, 2003, p. 26
221. SCHWARZE, J., European Administrative Law in the Light of the Treaty of Lisbon, in *European Public Law*, 2012, 18(2), p. 294
222. SIEBER, U., Union européenne et droit pénal européen, *Revue de science criminelle et du droit pénal comparé*, 1993, p. 249
223. SIEBER, U., International Cooperation against Terrorism Use of the Internet, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2006, 77, p. 395
224. SIEBER, U., Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im "Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2009, p. 353
225. SNYDER, F., The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, *Modern Law Review*, 1993, 56, p. 19
226. SOTIS, C., Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea, *Cass. pen.*, 2010, p. 1150
227. SPENCE, D., The Shadow of the Rational Polluter: Rethinking the Role of Rational Actor Models in Environmental Law, *Cal. L. Rev.*, 2001, 89, 917

228. SPENCER, J. R., The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: The Reaction of one British Lawyer, *Zeitschrift für Intrnationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, 9(5), p. 604
229. SPENCER, J. R., Who's Afraid of the Big, Bad European Public Prosecutor?, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, 14, p. 363
230. SPERDUTI, G., Le rattachement des Communautés Européennes à la Convention de Rome sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *Revue du Marché Commun*, 1980, 2 p. 170
231. STUCK, M., Morality and Antitrust, *Columbia Business Law Review*, 2006, 4, p. 536
232. SUOMINEN, A., Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 5(3), p. 396
233. SUOMINEN, A., Limits of mutual recognition in cooperation in criminal matters within the EU – especially in light of recent judgments of both European Courts, *European Criminal Law Review*, 2014, 4, p. 210
234. THEATO, D. R., Bilan et perspectives en matière de protection des intérêts financiers de l'Union Européenne, *Agon* décembre 1999, n. 25, p. 3
235. THOMAS, S., Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, 3, 1
236. THORNBURGH, D., Criminal Enforcement of Environmental Laws-A National Priority, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 1990-1991, 59, p. 775
237. TIMMERMAN, M., Balancing effective criminal sanctions with effective fundamental rights protection in cases of VAT fraud: *Taricco*, *CML Rev*, 2016, 53, p. 779
238. TINSLEY, A., The Reference in Case C-396/11 *Radu*: When does the Protection of Fundamental Rights Require Non-execution of a European Arrest Warrant, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 338
239. TIZZANO, A., L'azione dell'Unione Europea per la promozione e protezione dei diritti umani, *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, 1, p. 149
240. TIZZANO, A., La protection des droits fondamentaux en Europe: la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales, *Rev. dr. Un. eur.*, 2006, p. 9
241. TOBLER, C., Case C-176/03, *Commission v Council*, *CML Rev*, 2006, 43, p. 847
242. TORRES PÉREZ, A., Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011, *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 105
243. TORRES PÉREZ, A., Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue, *European Constitutional Law Review*, 2014, 10, p. 308
244. VAN BOCKEL, B., 'Case C-436/04, *Criminal Proceedings against Léopold Henri Van Esbroeck*, Case C-150/05, *Jean Leon Van Straaten v. Netherlands and Italy*, Case C-467/04,

Criminal proceedings against G. Francesco Gasparini, José Ma L.A. Gasparini, G. Costa Bozzo, Juan de Lucchi Calcagno, Francesco Mario Gasparini, José A. Hormiga Marrero, Sindicatura Quiebra', CML Rev, 2008, 45(1), p. 223

245. VAN DEN WYNGAERT, C., Protection “PIF” espace et judiciaire européen: balance and perspectives à l'aube du troisième millénaire, *Agon*, 1999, n. 25, p. 10
246. VAN DEN WYNGAERT, C., STESENS, G., The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions, *ICLQ*, 1999, 48, p. 779
247. VAN DER SCHYFF, G., The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU, *ELR*, 2012, p. 563
248. VAN GERVEN, W., Of Rights, Remedies and Procedures, *CML Rev*, 2000, 37, p. 501
249. VAN SLIEDREGT, E., A contemporary reflection on the presumption of innocence, *Revue internationale de droit pénal*, 2009, 80(1), p. 247
250. VANDENBERGH, M. P., Beyond Elegance: A Testable Typology of Social Norms in Corporate Environmental Compliance, *Stanford Environmental Law Journal*, 2003, 22, 55
- 251.
252. VERVAELE, J.A.E., The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU, *Review of European Administrative Law*, 2013, 6(1), p. 113
253. VERVAELE, J.A.E., The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU, *Review of European Administrative Law*, 2013, vol. 6(2), p. 37
254. VERVAELE, J.A.E., Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?, *Utrecht Law Review*, 2013, 9, p.211
255. VERVAELE, J.A.E., The Material Scope of Competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia, *ERA Forum Journal of the Academy of European Law*, 2014, 14(2), p. 1
256. VERVAELE, J.A.E., L'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'unione Europea (CDF) in materia di giustizia penale: valore aggiunto alla CEDU?, *JUS Rivista di scienze giuridiche*, 2015, 2 (Maggio-Agosto), p. 131
257. VERVAELE, J.A.E., Schengen and Charter-related ne bis in idem protection in the Area of Freedom, Security and Justice: M and Zoran Spasic, *CML Rev*, 2015, 52, p. 1339
258. VERZELLONI, L., Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti, *Archivio Penale*, 2014, n. 3, pp. 1
259. VEZZANI, S., Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di giustizia nell'affare *Intertanko* (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio, *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 233
260. VON BOGDANDY, A., SCHILL, S., Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 70(4), p. 701

261. VON BOGDANDY, A., SCHILL, S., Overcoming Absolute Primacy: Respect for the National Identity Under the Lisbon Treaty, *CML Rev*, 2011, 48, p. 1417
262. WADE, M.-L., The European Union as a counter-terrorism actor: right path, wrong direction?, *Crime Law and Social Change*, 2014, 62, p. 369
263. WARD, A., Effective Sanctions in EC Law: A Moving Boundary in the Division of Competences, *European Law Journal*, 1995, 1, p. 205
264. WASMEIER, M., Ne bis in idem and the Enforcement Condition: Balancing Freedom, Security and Justice?, *New Journal of European Criminal Law*, 2014, 4
265. WASMEIER, M., THWAITES, N., The development of ne bis in idem into a transnational fundamental right in EU Law: comments on recent developments, in *European Law Review*, (2006), 31(3), p. 3
266. WEATHERILL, S., Better Competence Monitoring, *European Law Review*, 2005, 30
267. WEILER, J.H.H., The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, 1991, 100 p. 2403
268. WEYEMBERGH, A., Droit pénal et reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne, *Journal des tribunaux. Droit européen*, 2001, p. 198
269. WHITE, S., A Decentralised European Public Prosecutor's Office - Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?, *Eucrim*, 2012, 2, p. 73
270. WHITE, S., Towards a Decentralized European Public Prosecutor's Office?, *New Journal of European Criminal Law*, 2013, 1-2, p. 34
271. WILS, W.P.J., The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review and the ECHR, *World Competition*, 2010, 33, 5
272. WOLFF, S., The Rule of Law in The Area of Freedom, Security and Justice: Monitoring at Home what the European Union Preaches Abroad, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2013, 5, p. 119
273. ZIMMERMANN, D., The European Union and Post-9/11 Counterterrorism: A Reappraisal, *Studies in Conflict & Terrorism*, 2006, 29, p. 125

5.3. Altra dottrina

1. AMALFITANO, C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.siblog.org/2015/09/15/da-una-impunita-di-fatto-a-una-imprescrittibilita-di-fatto-della-frode-in-materia-di-imposta-sul-valore-aggiunto/>], 15 settembre 2015, p. 5
2. ANDRÉ, R., FLOCH, J., *Rapport d'information (n. 445) sur la création d'un procureur européen, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.assemblee-nationale.fr/12/europe/rap-info/i0445.asp>]
3. ASSOCIAZIONE TRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE, *Pubblico ministero e riforma dell'ordinamento giudiziario*, Atti del Convegno, Udine, 22-24 ottobre 2004, Giuffrè Editore, 2006

4. BESSELINK, L.F.M., “General Report”, *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, relazioni del XXV Congresso FIDE, vol. 1, Tallinn, Tartu University Press, 2012, [consultabile online al seguente indirizzo: http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94]
5. BIEHLER, A., KNIEBÜHLER, R., LELIEUR-FISCHER, J., STEIN, S., *Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*, [consultabile online al seguente indirizzo: <https://www.mpicc.de/files/pdf2/fa-ne-bis-in-idem.pdf>], 2003
6. CHIN SING JOO, S., VEENING, W., *Actors and Institutions Relevant to Fighting Environmental Crime Actors and Institutions Relevant*, Study in the framework of the EFFACE research project, [consultabile online al seguente indirizzo: http://efface.eu/sites/default/files/EFFACE_Actors%20and%20Institutions%20Relevant%20to%20Fighting%20Environmental%20Crime_0.pdf], L’Aia, 2014
7. CHIN, S., GERSTETTER, C., VEENING, W., *EFFACE Policy Brief 1: Limitations and challenges of the criminal justice system in addressing environmental crime*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://efface.eu/sites/default/files/publications/EFFACE_Policy_Brief%201_29Oct14_1.pdf], 2014
8. CLOSA, C. (a cura di), *The Lisbon Treaty and National Constitutions – Europeanisation and democratic implications*, ARENA Report No 3/09, Centre for European Studies, Oslo, 2009
9. Community law and criminal law (gruppo di lavoro *ad hoc*), *Europees strafrecht in intergouvernementeel en communautaire perspectief*, Panopticon, 1992, p. 560
10. Council of Bars and Law Societies of Europe, *A European Public Prosecutor’s Office (EPPO)*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/CRIMINAL_LAW/CRM_Position_papers/EN_CRM_20130207_A-European-Public-Prosecutor-s-Office-EPPO.pdf], 7 February 2013
11. DE BURCA, G., *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/99/990701.html>], Jean Monnet Working Paper 7/1999
12. DE HERT, P., PAPAKONSTANTINO, V., *The data protection regime applying to the inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510001/IPOL_STU\(2014\)510001_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510001/IPOL_STU(2014)510001_EN.pdf)], Brussels, Studio per il Comitato LIBE del Parlamento europeo, completato in novembre 2014
13. DELOITTE ENTERPRISE RISK SERVICES, *Ottimizzazione del coordinamento tra gli organi dell’UE competenti in materia di cooperazione di polizia e giudiziaria: verso una procura europea*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453219/IPOL_JOIN_ET\(2011\)453219_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/453219/IPOL_JOIN_ET(2011)453219_IT.pdf)], Studio per il Parlamento europeo, Bruxelles, gennaio 2011

14. DI FEDERICO, G., *Obbligatorietà dell'azione penale e indipendenza del pubblico ministero*, relazione al Convegno "Obbligatorietà dell'azione penale nell'Italia del 2008: un tabù da superare, Roma, 29-30 settembre 2008, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.difederico-giustizia.it/2009/02/01/obbligatorieta-dell%E2%80%99azione-penale-e-indipendenza-del-pubblico-ministero/>]
15. DOĞAN, F., TORUN UZUN, İ., DEMİREL, D., UZUN, T., *Judicial Cooperation in Criminal Matters in European Union: Fight Against Environmental Crimes*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.ejtn.eu/Documents/Themis%202012/THEMIS%202012%20ER-FURT%20DOCUMENT/Written%20paper%20Turkey%20Team%201.pdf>], 2012
16. EECKHOUT, P., *Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR and Judicial Dialogue- Autonomy or Autarchy?*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2015/04/JMWP-01-Eeckhout1.pdf>], Jean Monnet Working Paper 01/15
17. ENVIRONMENTAL CRIME NETWORK, *Report on Environmental Crime*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.envicrimenet.eu/EN/images/docs/envicrimenet%20report%20on%20environmental%20crime.pdf>], L'Aia, 27 maggio 2016
18. FAURE, M.G., *The Implementation of the Environmental Crime Directives in Europe*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://inece.org/conference/9/proceedings/41_Faure.pdf], Ninth International Conference on European Compliance and Enforcement, Whistler, 2011, p. 360
19. GABRIELA, K., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, A/HRC/20/19, del 7 giugno 2012
20. GEELHOED, P., PANTALEO, L., *The European Public Prosecutor's Office - can the Member States finally accept their own creation?*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://leidenlawblog.nl/articles/the-european-public-prosecutors-office-can-the-member-states-finally-accept>], 1 luglio 2016
21. GRASSO, G., SICURELLA, R., SCALIA, V., *Articles 82 – 86 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Environmental Crime*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://efface.eu/sites/default/files/EFFACE_Art82-86TFEU%20and%20Environmental%20Crime.pdf], Study in the framework of the EFFACE research project, Catania, Università di Catania, completato in gennaio 2015
22. HODUN, M., *Doctrine of Implied Powers as a Judicial Tool to Build Federal Polities, Comparative Study on the Doctrine of Implied Powers in the European Union and the United States of America*, tesi di dottorato, School of Law, Reykjavik University, 27 aprile 2015
23. JACQUÉ, J.-P., La subsidiarité en droit communautaire, in *The Principle of Subsidiarity*, XVI Congresso FIDE, Roma, 1994
24. Jendroska Jerzmanski Bar & Partners. Environmental Lawyers, Environmental Management and Law Association (EMLA) and Milieu Ltd, Study on measures other than criminal ones in cases where environmental Community law has not been respected in a few candidate countries

- (Summary Report), [consultabile online al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/environment/legal/crime/pdf/cd_summary_report.pdf], 30 settembre 2004
25. KNAUL, G., *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers on her mission to Turkey (10 to 14 October 2011)*, Human Rights Council, United Nations, A/HRC/20/19, del 7 giugno 2012
 26. KUHL, L., COMBEAUD, S., *From the Corpus Juris to the European Public Prosecutor*, in *CELS Occasional Paper No. 7*, Cambridge 2004
 27. LABAYLE, H., *Marché intérieur et Espace de liberté, sécurité, justice : propos iconoclastes sur leurs relations mutuelles*, *Réseau Universitaire européen, Droit de l'espace de liberté, sécurité & justice*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/22/droits-fondamentaux/marche-interieur-et-espace-de-liberte-securite-justice-propos-iconoclastes-sur-leurs-relations/>], 22 avril 2014
 28. LADENBURGER, C., “*European Union Institutional Report*”, *The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions*, relazioni del XXV Congresso FIDE, vol. 1, Tallinn, Tartu University Press, 2012, [consultabile online al seguente indirizzo: http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88]
 29. LRDP KANTOR LTD, CENTRE FOR PUBLIC REFORM, *Comparative Study on Different Approaches to New Privacy Challenges, in particular in the Light of Technological Developments (Final Report)*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/studies/new_privacy_challenges/final_report_en.pdf], 20 gennaio 2010
 30. LE BAIL, F., *The main points of the future legal framework on the EPPO*, in *European Public Prosecutor's Office: A Constructive Approach towards the Legal Framework*, Vilnius, 16 settembre 2013, p. 8
 31. LELIEUR-FISCHER, J., *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*, tesi di dottorato, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 9 dicembre 2005
 32. LIISBERG, J. B., *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? – Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?*, [consultabile online al seguente indirizzo : <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010401.html>], Jean Monnet Working Paper 4/01
 33. MACGUILL, J., *The Independence of the European Public Prosecutor and Relationship with Deputy Prosecutors. The Structure of the new Prosecutor*, in *UCPI Conference*, Bologna, 6 dicembre 2013, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.macguill.ie/The-Independence-of-the-European-Public-Prosecutor-and-Relationship-with-Deputy-Prosecutors.pdf>]
 34. MACRORY, R., *Regulatory justice – Making Sanctions Effective, Final Report*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121212135622/http://www.bis.gov.uk/files/file44593.pdf>], Londra, Better Regulation Executive, novembre 2006

35. MESSELKEN, D., *Europas Antiterrorismus-Politik: Entstehung, Entwicklung, Perspektiven*, Briefing Note 3, Berlino, Berliner Transformationszentrum für Transnationale Sicherheit (BITS), dicembre 2003, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.bits.de/public/pdf/bn03-3.pdf>]
36. MITSILEGAS, V., *Contribution to Conclusions and recommendations on environmental crime: Harmonisation of substantive environmental criminal law at EU level*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://ecologic.eu/sites/files/publication/2016/efface_conclusions_recommendations_harmonisation.pdf], Study in the framework of the EFFACE research project, L'Aia, completato in gennaio 2016,
37. MONTI M., *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm], 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, 11-12 settembre 2000
38. PECH, L., *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/090401.pdf>], Jean Monnet Working Paper 04/09
39. REDING, V., *Establishing a European Public Prosecutor's Office. A Federal Budget Needs Federal Protection*, Conferenza stampa, Bruxelles, 17 luglio 2013
40. RINOLDI, D., *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*, [consultabile online al seguente indirizzo: *Funzionari comunitari e pubblici ufficiali nazionali: una prospettiva di approfondimento della lotta alla corruzione in Italia*], *LIUC Papers*, n. 26, gennaio 1996
41. ROUX-DEMARE, F.-X., *De l'entraide pénale à l'Europe pénale*, tesi di dottorato, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012
42. SANBEI, A., *European Court on Human Rights jurisprudence and civil recovery of illicitly obtained assets (confiscation in rem)*, [consultabile online al seguente indirizzo: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ebc98>], Project on Criminal Assets Recovery in Serbia, PrECU/CAR-02/2012, maggio 2012
43. SLATER, D., TOMAS, S., WAELBROECK, D., *Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://aei.pitt.edu/44310/1/researchpaper5_2008.pdf], GCLC Working Paper 04/08
44. SUBHAN, A., *The Impact of the Amsterdam Treaty on Justice and Home Affairs Issues*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2000/228145/IPOL-LIBE_ET\(2000\)228145_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2000/228145/IPOL-LIBE_ET(2000)228145_EN.pdf)], Civil Liberties Series, Brussels, European Parliament, completato nel marzo 2000
45. TIMMERMANS, C.W.A., *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *La sanction des infractions au droit communautaire*, XV Congresso FIDE, Lisbona, 1992

46. VAGLIASINDI, G. M., *Directive 2008/99/EC on Environmental Crime and Directive 2009/123/EC on Ship-source Pollution*, [consultabile online al seguente indirizzo: http://efface.eu/sites/default/files/EFFACE_Directives%202008-99-EC%20environmental%20crime%20and%202009-123-EC%20ship-source%20pollution.pdf], Study in the framework of the EFFACE research project, Catania, Università di Catania, 2015
47. VERVAELE, J.A.E., *European Enforcement Agencies in the Area of Freedom, Security and Justice: The Eurojust European Public Prosecutor Binomial*, in *Proceedings of the 5th European Jurist Forum*, Budapest, 2009
48. VERVAELE, J.A.E., *Future of European Criminal Law and Harmonization of Criminal Law Enforcement*, intervento al Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, 8 marzo 2008
49. VON BOGDANDY, A., *Doctrine of Principles*, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-01.pdf>], Jean Monnet Working Paper 9/03
50. WADE, M. L., *Developing a Criminal Justice Area in the European Union*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET\(2014\)493043_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493043/IPOL-LIBE_ET(2014)493043_EN.pdf)], Bruxelles, Studio per il Parlamento europeo, 2014
51. WEATHERILL, S., *Legality and Concealed Mechanisms behind the Extension of EU Powers*, in *The Eclipse of Legality in Europe: Legitimation, Attribution and Regulation of Public Authority within a Multi-level Legal Order*, Utrecht, 5 novembre 2009
52. WENSINK, W., WARMENHOVEN, B., HAASNOOT, R., WESSELINK, R., VAN GINKEL, B., WITTENDORP, S., PAULUSSEN, C., DOUMA, W., BOUTIN, B., GÜVEN, O., RIJKEN, T., *The European Union's Policies on Counter-Terrorism Relevance, Coherence and Effectiveness*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU\(2017\)583124_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583124/IPOL_STU(2017)583124_EN.pdf)], Bruxelles, Studio per il Parlamento europeo, 2017
53. WEYEMBERG, A., ARMADA, I., BRIÈRE, C., *The inter-agency cooperation and future architecture of the EU criminal justice and law enforcement area*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU\(2014\)510000_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/510000/IPOL_STU(2014)510000_EN.pdf)], Bruxelles, Studio per il Parlamento europeo, 2014
54. WEYEMBERGH, A., BRIERE, C., *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, [consultabile online al seguente indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU\(2016\)571399_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571399/IPOL_STU(2016)571399_EN.pdf)], Bruxelles, Studio per il Parlamento europeo, 2016
55. ZULEEG, M., *Criminal Sanctions to be Imposed on Individuals as Enforcement Instruments in European Competition Law*, EUI Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2001, p. 2

5.4. Trattati europei

1. Trattato di Roma, del 25 marzo 1957, che istituisce la Comunità economica europea
2. Trattato sull'Unione europea (1992), GU C 191 del 29.7.1992, pagg. 1–112
3. Trattato che istituisce la Comunità europea, GU C 224 del 31.8.1992, pagg. 1–130
4. Trattato di Amsterdam (1997), GU C 340 del 10.11.1997, pagg. 1–144
5. Trattato di Nizza (2001), GU C 80 del 10.3.2001, pagg. 1–87
6. Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (2004), GU C 310 del 16.12.2004, pagg. 1–474
7. Trattato sull'Unione europea, GU C 202 del 7.6.2016, pagg. 1–388
8. Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GU C 202 del 7.6.2016, pagg. 1–388
9. Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, GU C 303 del 14.12.2007, pagg. 17–35

5.5. Trattati internazionali

1. Convenzione di Ginevra, del 12 agosto 1949, per la protezione delle persone civili in
2. Convenzione di Ginevra, del 12 agosto 1949, relativa al trattamento dei prigionieri di guerra
3. Convenzione di Londra, del 19 giugno 1951, tra gli Stati partecipanti al Trattato Nord Atlantico sullo statuto delle loro forze armate
4. Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, conclusa a Roma il 4 novembre 1951
5. Dichiarazioni e riserve della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, [consultabili online al seguente indirizzo: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=117&CM=8&DF=11/01/2013&CL=ENG&VL=1]
6. Convenzione europea di estradizione, conclusa a Parigi il 13 dicembre 1957, Serie dei Trattati Europei n. 24
7. Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, conclusa a Strasburgo il 20 aprile 1959, Serie dei Trattati Europei n. 30
8. Convenzione unica sugli stupefacenti, conclusa a New York il 30 marzo 1961
9. Traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché de Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, signée a Bruxelles, le 27 juin 1962
10. Agreement between Finland, Denmark, Iceland, Norway and Sweden concerning co-operation, signed in Helsinki on 23 March 1962

11. Convenzione europea sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate sotto condizione, conclusa a Strasburgo il 30 novembre 1964, Serie dei Trattati Europei n. 51
12. Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, concluso a New York il 16 dicembre 1966
13. Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale
14. Convenzione europea sull'efficacia internazionale delle sentenze penali, conclusa a L'Aia il 28 maggio 1970, Serie dei Trattati Europei n. 70
15. Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali, conclusa a Strasburgo il 15 maggio 1972, Serie dei Trattati Europei n. 73
16. Convenzione internazionale, del 2 novembre 1973, per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (Convenzione Marpol 73/78) Marpol 73/78, conclusa a Londra
17. Protocollo aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione, concluso a Strasburgo il 15 ottobre 1975, Serie dei Trattati Europei n. 86
18. Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, concluso a Strasburgo il 17 marzo 1978, Serie dei Trattati Europei n. 98
19. Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, concluso a Strasburgo il 17 marzo 1978, Serie dei Trattati Europei n. 99
20. Protocollo del 1978 relativo alla Convenzione internazionale del 1973 per la prevenzione dell'inquinamento da parte delle navi, concluso a Londra il 17 febbraio 1978
21. American Convention on Human Rights (Pact of San José), adopted in San José, Costa Rica, on 22 November 1969
22. Accordo concernente l'applicazione, tra gli Stati membri delle Comunità europee, della Convenzione del Consiglio d'Europa per la repressione del terrorismo, firmato a Dublino il 4 dicembre 1979, da tutti gli Stati membri delle Comunità europee
23. Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, conclusa a Strasburgo il 21 marzo 1983, Serie dei trattati Europei n. 112
24. Convenzione relativa all'applicazione del principio ne bis in idem, conclusa a Bruxelles il 25 maggio 1987
25. Accordo concernente l'applicabilità tra gli Stati membri delle Comunità europee della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate, firmato il 25 maggio 1987
26. Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (Accordo fra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni), GU L 239 del 22.9.2000, pp. 1

27. Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle forme di trasmissione delle richieste di estradizione, firmato a San Sebastian il 26-27 maggio 1989
28. Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989
29. Accordo sul trasferimento dei procedimenti in materia penale, firmato a Roma il 6 novembre 1990
30. Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, conclusa a Schengen il 19 giugno 1990, GU L 239 del 22.9.2000, pp. 19-62
31. Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'esecuzione delle sentenze penali straniere, firmata a Bruxelles il 13 novembre 1991
32. Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 10 marzo 1995, GU C 78 del 30.3.1995, pp. 1-1
33. Convenzione elaborata in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, del 26 luglio 1995, GU C 316 del 27.11.1995, pp. 48-57
34. Protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee stabilito in base all'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, del 27 settembre 1996, (c.d. I protocollo PIF), GU C 313 del 23.10.1996, pp. 1-10
35. Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 27 settembre 1996, GU C 313 del 23.10.1996, pp. 11-23
36. Protocollo, del 29 novembre 1996, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia e delle Comunità europee, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, GU C 151 del 20.5.1997, pp. 1-14
37. Convenzione sulla base dell'articolo K.3, paragrafo 2, lettera c) del trattato sull'Unione europea relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, del 26 maggio 1997, GU C 195 del 25.6.1997, pp. 1-11
38. Secondo protocollo, del 19 giugno 1997, della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (c.d. II protocollo PIF 1997), GU C 221 del 19.7.1997, pp. 11-22
39. Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, del 17 luglio 1998
40. Convenzione sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, conclusa a Strasburgo il 4 novembre 1998, Serie dei Trattati Europei n. 172
41. Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 29 maggio 2000, GU C 197 del 12.7.2000, pp. 1-23

42. Protocollo stabilito dal Consiglio a norma all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, del 16 ottobre 2001, GU C 326 del 21.11.2001, pp. 2–8
43. Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, concluso a Strasburgo l'8 novembre 2001, Serie dei Trattati Europei n. 172
44. Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, conclusa a Varsavia il 16 maggio 2005, Serie dei Trattati Europei n. 197
45. Terzo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, concluso a Strasburgo il 10 novembre 2010, Serie dei Trattati Europei n. 209

5.6. Atti dell'Unione europea

1. Regolamento n. 11 del Consiglio, del 27 giugno 1960, riguardante l'abolizione di discriminazioni nel campo dei prezzi e delle condizioni di trasporto emanato in applicazione dell'articolo 79, paragrafo 3 del trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, GU 52 del 16.8.1960, pp. 1121–1126
2. CEE Consiglio: Regolamento n. 17: Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, del 6 febbraio 1962, GU 13 del 21.2.1962, pp. 204–211
3. Decisione 67/446/CEE, 67/30/Euratom dei rappresentanti dei governi degli Stati membri relativa all'installazione provvisoria di talune istituzioni e di taluni servizi delle Comunità, GU 152 del 13.7.1967, pp. 18–20
4. Prima direttiva del Consiglio, del 9 marzo 1968, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi, GU L 65 del 14.3.1968, pp. 8–12
5. Regolamento (CEE) n. 1017/68 del Consiglio, del 19 luglio 1968, relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili, GU L 175 del 23.7.1968, pp. 1–12
6. Quarta direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, GU L 222 del 14.8.1978, pp. 11–31
7. Settima direttiva 83/349/CEE del Consiglio del 13 giugno 1983 basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti consolidati, GU L 193 del 18.7.1983, pp. 1–17
8. Regolamento (CEE) n. 3007/84 della Commissione del 26 ottobre 1984 che stabilisce le modalità di applicazione del premio ai produttori di carni ovine, GU L 283 del 27.10.1984, pp. 28–30
9. Regolamento (CEE) n. 4056/86 del Consiglio del 22 dicembre 1986 che determina le modalità di applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato ai trasporti marittimi, GU L 378 del 31.12.1986, pp. 4–13

10. Regolamento (CEE) N. 3813/89 della Commissione del 19 dicembre 1989 recante modalità d'applicazione del regime di aiuti transitori al reddito agricolo , GU L 371 del 20.12.1989, pp. 17–25
11. Regolamento (CEE) n. 1210/90 del Consiglio, del 7 maggio 1990, sull'istituzione dell'Agenzia europea dell'ambiente e della rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale, GU L 120 dell'11.5.1990, pp. 1–6
12. Regolamento (CEE) N. 1260/90 della Commissione dell'11 maggio 1990 che modifica il regolamento (CEE) n. 3007/84 che stabilisce le modalità di applicazione del premio ai produttori di carni ovine, GU L 124 del 15.5.1990, pp. 15–16
13. Regolamento (CEE) N. 1279/90 della Commissione del 15 maggio 1990 che modifica il regolamento (CEE) n. 3813/89 recante modalità d'applicazione del regime di aiuti transitori al reddito agricolo, GU L 126 del 16.5.1990, pp. 20–21
14. Accordo interistituzionale tra il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione relativo alle procedure per l'attuazione del principio di sussidiarietà del 25 ottobre 1993, GU C 329 del 6.12.1993, p. 135
15. Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, GU L 312 del 23.12.1995, pp. 1–4
16. Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, GU C 316 del 27.11.1995, pp. 48–57
17. Atto del Consiglio del 27 settembre 1996 che stabilisce un protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, GU C 313 del 23.10.1996, pp. 1–10
18. Regolamento (Euratom, CE) n. 2185/96 del Consiglio dell'11 novembre 1996 relativo ai controlli e alle verifiche sul posto effettuati dalla Commissione ai fini della tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee contro le frodi e altre irregolarità, GU L 292 del 15.11.1996, pp. 2–5
19. Azione comune n. 97/154/GAI del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, GU L 63 del 4.3.1997, pp. 2–6
20. Regolamento (CE) n. 515/97 del Consiglio del 13 marzo 1997 relativo alla mutua assistenza tra le autorità amministrative degli Stati membri e alla collaborazione tra queste e la Commissione per assicurare la corretta applicazione delle normative doganale e agricola, GU L 82 del 22.3.1997, pp. 1–16
21. Atto del Consiglio del 19 giugno 1997 che stabilisce il secondo protocollo della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, GU C 221 del 19.7.1997, pp. 11–22
22. Azione comune n. 98/733/GAI del 21 dicembre 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, GU L 351 del 29.12.1998, pp. 1–3

23. Azione comune n. 98/742/GAI del 22 dicembre 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea, sulla corruzione nel settore privato, GU L 358 del 31.12.1998, pp. 2–4
24. Decisione n. 1999/352/CE, CECA, Euratom della Commissione, del 28 aprile 1999, che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), GU L 136 del 31.5.1999, pp. 20–22
25. Regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode (OLAF), GU L 136 del 31.5.1999, pp. 1–7
26. Regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, del 25 maggio 1999, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio per la lotta antifrode (OLAF), GU L 136 del 31.5.1999, pp. 8–14
27. Accordo interistituzionale, del 25 maggio 1999, tra il Parlamento Europeo, il Consiglio dell'Unione Europea e la Commissione delle Comunità europee relativo alle indagini interne svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), GU L 136 del 31.5.1999, pp. 15–19
28. Decisione quadro n. 2000/383/GAI del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro, GU L 140 del 14.6.2000, pp. 1–3
29. Regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, GU L 8 del 12.1.2001, pp. 1–22
30. Decisione quadro n. 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, GU L 82 del 22.3.2001, pp. 1–4
31. Decisione quadro n. 2001/413/GAI del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, GU L 149 del 2.6.2001, pp. 1–4
32. Direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, GU L 328 del 5.12.2002, pp. 17–18
33. Decisione n. 2002/187/GAI del Consiglio, del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L 63 del 6.3.2002, pp. 1–13
34. Decisione quadro n. 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, GU L 162 del 20.6.2002, pp. 1–3
35. Decisione quadro n. 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, GU L 164 del 22.6.2002, pp. 3–7
36. Decisione quadro n. 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri – Dichiarazioni di alcuni Stati membri sull'adozione della decisione quadro, GU L 190 del 18.7.2002, pp. 1–20

37. Decisione quadro n. 2002/629/GAI del Consiglio, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, GU L 203 del 1.8.2002, pp. 1–4
38. Decisione quadro n. 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, GU L 328 del 5.12.2002, pp. 1–3
39. Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 1 del 4.1.2003, pp. 1–25
40. Decisione quadro n. 2003/80/GAI del Consiglio, del 27 gennaio 2003, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, GU L 29 del 5.2.2003, pp. 55–58
41. Decisione quadro n. 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, GU L 192, 31.7.2003, p. 54–56
42. Decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, GU L 196 del 2.8.2003, pp. 45–55
43. Decisione 2003/659/GAI del Consiglio, del 18 giugno 2003, che modifica la decisione 2002/187/GAI, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L 245 del 29.9.2003, pp. 44–45
44. Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, GU L 134 del 30.4.2004, pp. 114–240
45. Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 157 del 30.4.2004, pp. 45–86
46. Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile, GU L 13 del 20.1.2004, pp. 44–48
47. Direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, GU L 261 del 6.8.2004, pp. 15–18
48. Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni") (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 24 del 29.1.2004, pp. 1–22
49. Decisione quadro 2004/757/GAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, GU L 335, 11.11.2004, pp. 8–11
50. Regolamento (CE) n. 796/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, recante modalità di applicazione della condizionalità, della modulazione e del sistema integrato di gestione e di controllo di cui al regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio che stabilisce norme comuni relati-

ve ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, GU L 141 del 30.4.2004, pp. 18–58

51. Regolamento (CE) n. 882/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti e alle norme sulla salute e sul benessere degli animali, GU L 165 del 30.4.2004, pp. 1–141
52. Direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, GU L 255, 30.9.2005, p. 11–21
53. Decisione quadro 2005/214/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, GU L 76 del 22.3.2005, pp. 16–30
54. Decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, GU L 69 del 16.3.2005, pp. 67–71
55. Decisione quadro 2005/667/GAI del Consiglio, del 12 luglio 2005, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi, GU L 255 del 30.9.2005, pp. 164–167
56. Decisione 2005/671/GAI del Consiglio, del 20 settembre 2005, concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, GU L 253, 29 settembre 2005, pp. 22–24
57. Regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio, del 20 settembre 2005, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), GU L 277 del 21.10.2005, pp. 1–40
58. Rettifica della direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (GU L 255 del 30.9.2005), GU L 33 del 4.2.2006, pp. 87–87
59. Rettifica della direttiva 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (GU L 255 del 30.9.2005), GU L 105 del 13.4.2006, pp. 65–65
60. Regolamento (CE) n. 1975/2006 della Commissione, del 7 dicembre 2006, che stabilisce modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1698/2005 del Consiglio per quanto riguarda l'attuazione delle procedure di controllo e della condizionalità per le misure di sostegno dello sviluppo rurale, GU L 368 del 23.12.2006, pp. 74–84
61. Direttiva 2007/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 332, 18.12.2007, p. 27–45

62. Regolamento (CE) n. 423/2007 del Consiglio, del 19 aprile 2007, concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, GU L 103 del 20.4.2007, pp. 1–23
63. Direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 328, 6.12.2008, pp. 28–37
64. Decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, GU L 210, del 6 agosto 2008, pp. 1-11
65. Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, GU L 300 dell'11.11.2008, pp. 42–45
66. Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, GU L 327 del 5.12.2008, pp. 27–46
67. Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, GU L 328 del 6.12.2008, pp. 55–58
68. Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, GU L 330 del 9 dicembre 2008, pp. 21-23
69. Decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, GU L 350 del 30.12.2008, pp. 72–92
70. Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, GU L 168, 30.6.2009, p. 24–32
71. Direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 280, 27.10.2009, pp. 52–55
72. Decisione-quadro del Consiglio 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni-quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, GU L 81 del 27.3.2009, pp. 24–36
73. Decisione quadro 2009/315/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, relativa all'organizzazione e al contenuto degli scambi fra gli Stati membri di informazioni estratte dal casellario giudiziario, GU L 93 del 7.4.2009, pp. 23–32

74. Decisione 2009/316/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce il sistema europeo di informazione sui casellari giudiziari (ECRIS) in applicazione dell'articolo 11 della decisione quadro 2009/315/GAI, GU L 93 del 7.4.2009, pp. 33–48
75. Decisione 2009/371/GAI del Consiglio, del 6 aprile 2009, che istituisce l'Ufficio europeo di polizia (Europol), GU L 121 del 15.5.2009, pp. 37–66
76. Decisione 2009/426/GAI del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell'Eurojust e che modifica la decisione 2002/187/GAI che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità, GU L 138 del 4.6.2009, pp. 14–32
77. Decisione della Commissione, del 13 maggio 2009, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 82 del trattato CE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE (Caso COMP/C-3/37.990 — Intel), GU C 227 del 22.9.2009, pp. 13–17, [testo completo consultabile online al seguente indirizzo: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37990/37990_3581_18.pdf]
78. Decisione 2009/934/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme di attuazione relative alle relazioni di Europol con i partner, incluso lo scambio di dati personali e informazioni classificate, GU L 325 dell'11.12.2009, pp. 6–11
79. Decisione 2009/935/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che stabilisce l'elenco dei paesi e delle organizzazioni terzi con cui Europol stipula accordi, GU L 325 dell'11.12.2009, pp. 12–13
80. Decisione 2009/936/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme di attuazione degli archivi di lavoro per fini di analisi di Europol, GU L 325 dell'11.12.2009, pp. 14–22
81. Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali, GU L 328 del 15.12.2009, pp. 42–47
82. Decisione 2009/968/GAI del Consiglio, del 30 novembre 2009, che adotta le norme sulla protezione del segreto delle informazioni di Europol, GU L 332 del 17.12.2009, pp. 17–22
83. Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 95 del 15.4.2010, pp. 1–24
84. Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali, GU L 280 del 26.10.2010, pp. 1–7
85. Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, GU L 101 del 15.4.2011, pp. 1–11
86. Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, GU L 335 del 17.12.2011, pp. 1–14

87. Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, relativa al diritto all'informazione nell'ambito dei procedimenti penali, GU L 142 del 1.6.2012, pp. 1–10
88. Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, GU L 315 del 14.11.2012, pp. 57–73
89. Direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, GU L 218 del 14.8.2013, pp. 8–14
90. Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, GU L 294 del 6.11.2013, pp. 1-12
91. Decisione 2013/478/UE della Commissione, del 27 settembre 2013, che modifica la decisione 1999/352/CE, CECA, Euratom che istituisce l'Ufficio europeo per la lotta antifrode, GU L 257 del 28.9.2013, pp. 19–20
92. Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 settembre 2013, relativo alle indagini svolte dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e che abroga il regolamento (CE) n. 1073/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (Euratom) n. 1074/1999 del Consiglio, GU L 248 del 18.9.2013, pp. 1–22
93. Decisione n. 1313/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 347 del 20.12.2013, pp. 924–947
94. Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, GU L 130 del 1.5.2014, pp. 1–36
95. Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, GU L 127 del 29.4.2014, pp. 39–50
96. Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), GU L 173 del 12.6.2014, pp. 179–189
97. Direttiva 2014/62/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio, GU L 151 del 21.5.2014, pp. 1–8
98. Decisione del Consiglio 2014/415/UE, del 24 giugno 2014, relativa alle modalità di attuazione da parte dell'Unione della clausola di solidarietà, GU L 192 del 1.7.2014, pp. 53-58
99. Regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva

2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 173 del 12.6.2014, pp. 1–61

100. Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione (Testo rilevante ai fini del SEE), GU L 141 del 5.6.2015, pp. 73–117
101. Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, GU L 65 dell'11.3.2016, pp. 1–11
102. Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, GU L 119 del 4.5.2016, p. 89
103. Direttiva (UE) 2016/681 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, GU L 119 del 4.5.2016, pp. 132–149
104. Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, GU L 135 del 24.5.2016, pp. 53–114
105. Direttiva (UE) 2016/800, del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, GU L 132 del 21.5.2016, pp. 1–20
106. Regolamento (UE) 2016/1686 del Consiglio, del 20 settembre 2016, che impone misure restrittive supplementari contro l'ISIL (Dàesh) e Al Qaeda e le persone fisiche e giuridiche, le entità e gli organismi a essi associati, GU L 255, del 21.9.2016, pp. 1–11
107. Decisione (PESC) 2016/1693 del Consiglio del 20 settembre 2016 concernente misure restrittive nei confronti dell'ISIL (Dàesh) e di Al Qaeda e di persone, gruppi, imprese ed entità a essi associati e che abroga la posizione comune 2002/402/PESC, GU L 255 del 21.9.2016, pp. 25–32
108. Direttiva (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2016, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, GU L 297 del 4.11.2016, pp. 1–8

5.7. Soft-law

1. Dichiarazione Universale dei Diritti Umani approvata e proclamata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite
2. Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, del 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 (“Cassis de Dijon”), GU C 256 del 3.10.1980, pp. 2–3
3. Risoluzione del Consiglio, del 7 maggio 1985, relativa ad una nuova strategia in materia di armonizzazione tecnica e normalizzazione, GU C 136 del 4.6.1985, pp. 1–9
4. Recommendation no. R (87) 18 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to member states concerning the simplification of criminal justice, adottato il 17 settembre 1987 nella 410° riunione dei Delegati dei Ministri
5. Guidelines on the Role of Prosecutors, adottate dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, dal 27 agosto al 7 settembre 1990
6. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa al principio di sussidiarietà, del 27 ottobre 1992, Bull. EC 10-1992, p. 116
7. European Council in Edinburgh, 11-12 December 1992, Conclusions of the Presidency, SN 456/1/92 REV 1, [consultabili online al seguente indirizzo: <http://www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/pdf-1992-1975/EDINBURGH-EUROPEAN-COUNCIL,-11-AND-12-DECEMBER-1992/>]
8. Overall approach to the application by the Council of the subsidiarity principle and article 3b of the treaty on European Union, European Council in Edinburgh, 11-12 December 1992, Conclusions of the Presidency, SN 456/1/92 REV 1, [consultabili online al seguente indirizzo: <http://www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/pdf-1992-1975/EDINBURGH-EUROPEAN-COUNCIL,-11-AND-12-DECEMBER-1992/>]
9. Consiglio europeo di Cardiff, 15 e 16 giugno 1998, Conclusioni della presidenza, SN 150/1/98 REV 1, SN 456/1/92 REV 1, [consultabili online al seguente indirizzo: <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/CONSIGLIO-EUROPEO-DI-CARDIFF-15-E-16-GIUGNO-1998---CONCLUSIONI-DELLA-PRESIDENZA/>]
10. Mutual recognition of judicial decisions and judgements in criminal matters, documento sottoposto dalla delegazione del Regno Unito al Comitato K.4, doc. 7090/99, Bruxelles, 29 marzo 1999
11. Standards of professional responsibility and statement of the essential duties and rights of prosecutors, adottati dall'INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROSECUTORS il 23 aprile 1999
12. Consiglio europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della presidenza, [consultabili online al seguente indirizzo: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm]

13. Consiglio dell'Unione europea, Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, GU C 12 del 15.1.2001, pp. 10–22
14. Raccomandazione REC (2000)19 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 6 ottobre 2000, nella 724ª riunione dei Delegati dei Ministri
15. Progetto di programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale, del 30 novembre 2000, GU C 12 del 15.1.2001, pp. 1–9
16. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, COM(2000) 495 definitivo, del 28 luglio 2000, Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale
17. Consiglio europeo di Laeken, 14 e 15 dicembre 2001, Conclusioni della presidenza, [consultabili online al seguente indirizzo: <http://www.consilium.europa.eu/it/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/consiglio-europeo-di-laeken--conclusioni-della-presidenza/>]
18. Relazione della Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la politica dei consumatori del Parlamento europeo, n. A5-0080/2002, del 20 marzo 2002, sul progetto di decisione quadro del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale
19. Relazione della Commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la politica dei consumatori del Parlamento europeo, n. A5-0099/2002, del 21 marzo 2002, sul progetto di decisione quadro del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale
20. Dichiarazione sulla lotta al terrorismo, n. 7906/04, del Consiglio dell'Unione europea, Bruxelles, 29 marzo 2004 (31.03)
21. Relazione della Commissione, COM(2004) 457 definitivo, del 6 luglio 2004, Sul recepimento, dal punto di vista legislativo, della decisione del Consiglio del 28 febbraio 2002 che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità
22. Relazione della Commissione, COM(2004) 858 definitivo, del 7 gennaio 2005, sul recepimento legislativo della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa alle squadre investigative comuni
23. Nota sulla lotta contro il finanziamento del terrorismo, n. 16089/04, del Segretario Generale/Alto Rappresentante e della Commissione, 14 dicembre 2004
24. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, COM(2005) 195 definitivo, del 15 maggio 2005, sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri
25. Relazione della Commissione, COM(2005) 63 definitivo, del 23 febbraio 2005, a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri

26. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM(2005) 583 definitivo, del 23 novembre 2005, in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03 Commissione contro Consiglio)
27. Strategia antiterrorismo dell'Unione europea, n. 14469/4/05 REV 4, del Consiglio dell'Unione europea, 30 novembre 2005 (01.12)
28. Relazione della Commissione, COM(2006) 8 definitivo, del 24 gennaio 2006, a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta) {SEC(2006)79}
29. Chairman's Summary of the High Level Conference on the Future of Europol (23 and 24 February 2006), n. 7868/06, del Consiglio dell'Unione europea, 29 marzo 2006
30. Risoluzione del Parlamento europeo, del 14 giugno 2006, sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (C-176/03 Commissione/Consiglio) (2006/2007(INI))
31. Parere del Comitato economico e sociale europeo, COM(2007) 51 def. — 2007/0022 (COD), del 15 gennaio 2008, in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, GU C 10 del 15.1.2008, pp. 47–50
32. Relazione della Commissione sull'attuazione, COM(2007) 407 definitivo, dell'11 luglio 2007, dal 2005, della decisione-quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna fra Stati membri
33. Seconda relazione della Commissione, COM(2008) 77 definitivo, del 14 febbraio 2008, Applicazione della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e dei relativi protocolli, Articolo 10 della convenzione
34. Strategia riveduta per la lotta al finanziamento del terrorismo, n. 11778/1/08 Rev 1, del Consiglio dell'Unione europea, 17 luglio 2008 (22.07)
35. Conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale, 2979^a Sessione del Consiglio Giustizia e affari interni, Bruxelles, 30 novembre 2009
36. Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, GU C 295 del 4.12.2009, pp. 1–3
37. Consiglio Europeo, Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, GU C 115 del 4.5.2010, pp. 1–38
38. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2010) 171 definitivo, del 20 aprile 2010, Mettere in atto uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia al servizio dei cittadini europei. Piano d'azione che mette in atto il programma di Stoccolma

39. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2010) 609 definitivo, del 4 novembre 2010, Un approccio globale alla protezione dei dati personali nell'Unione europea
40. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, COM(2010) 716 definitivo, dell'8 dicembre 2010, Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari
41. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM(2011) 175 definitivo, del 13 giugno 2012, sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri {SEC(2011) 430 definitivo}
42. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2011) 293 definitivo, del 26 maggio 2011, La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti {SEC(2011) 621 definitivo}
43. Commission Staff Working Paper, SEC(2011) 621 final, 26 May 2011, to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions accompanying the document communication from the Commission on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations: an integrated policy to safeguard taxpayers' money
44. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2011) 573 definitivo, del 20 settembre 2011, Verso una politica penale dell'Unione europea garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale
45. Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio 2012 su un approccio dell'UE in materia di diritto penale, (2010/2310(INI)), GU C 264E del 13.9.2013, pp. 7–11
46. Completamento del processo di riesame dei dispositivi di coordinamento nella gestione delle crisi (CCA): dispositivi di risposta politica integrata dell'UE alle crisi (IPCR), n. 10708/13, del Consiglio dell'Unione europea, 7 giugno 2013
47. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2013) 533 definitivo, del 17 luglio 2013, Migliorare la governance dell'OLAF e rafforzare le garanzie procedurali nel quadro delle indagini: approccio graduale di accompagnamento all'istituzione della Procura europea
48. Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali, COM(2013) 851 definitivo, 27 novembre 2013, sul riesame della proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, a norma del protocollo n. 2

49. Risoluzione del Parlamento europeo del 23 ottobre 2013 sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere (relazione finale) (2013/2107(INI))
50. Strategia riveduta dell'UE volta a combattere la radicalizzazione e il reclutamento nelle file del terrorismo, n. 9956/14, del Consiglio dell'Unione europea, 19 maggio 2014
51. Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea e degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sulla lotta al terrorismo, 3432^a Sessione del Consiglio Giustizia e affari interni, Bruxelles, 20 novembre 2015 (848/15)
52. Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2016 sulla Procura europea ed Eurojust (2016/2750(RSP))
53. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, COM(2016) 50 definitivo, del 2 febbraio 2016, relativa a un piano d'azione per rafforzare la lotta contro il finanziamento del terrorismo
54. Enhancing Europol's counter terrorism capabilities: European Counter Terrorism Centre (ECTC), no. 8881/16, Europol, 13 May 2016

5.8. Documenti preparatori

1. Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo, COM(85) 310 definitivo, del 28-29 giugno 1985, sul completamento del mercato interno
2. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2001) 139 definitivo, presentata dalla Commissione il 13 marzo 2001, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, GU C 180E del 26.6.2001, pp. 238–243
3. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM (2001) 272 definitivo, presentata dalla Commissione il 23 maggio 2001, relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità
4. Libro verda della Commissione, COM(2001) 715, del 11 dicembre 2001, sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea
5. Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2002) 544, presentata dalla Commissione il 30 settembre 2002, relativa alla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale
6. Summary of the meeting of Working Group X “Freedom, Security and Justice” held on 8 October 2002, CONV 346/02, Segretariato della Convenzione europea sul futuro dell'Europa, 16 October 2002 (23.10)
7. Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM (2002) 577 definitivo, 16 ottobre 2002, relativa alla tutela penale degli interessi finanziari della Comunità
8. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2003)52 definitivo, presentata dalla Commissione il 5 febbraio 2003, relativo ai controlli ufficiali dei mangimi e degli alimenti

9. Rapporto, COM(2003) 128, presentato dalla Commissione il 19 marzo 2003, sulle reazioni al Libro verde relativo alla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e alla creazione di una procura europea
10. Proposta di decisione-quadro del Consiglio, COM (2004) 328 definitivo, presentata dalla Commissione il 28 aprile 2004, relativa a certi diritti procedurali accordati nell'ambito delle disposizioni processuali in seno all'Unione europea
11. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2004) 835 definitivo, presentata dalla Commissione il 28 dicembre 2005, concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata
12. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2005)276 definitivo, presentata dalla Commissione il 12 luglio 2005, relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e Proposta di decisione quadro del Consiglio, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione delle violazioni della proprietà intellettuale
13. Proposta di regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2005) 608 definitivo, presentata dalla Commissione il 30 novembre 2005, che istituisce il codice doganale comunitario
14. Libro Verde della Commissione, COM(2005) 696, del 23 dicembre 2005, sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali
15. Proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2006) 168 definitivo, presentata dalla Commissione il 24 aprile 2006, relativa alle misure penali finalizzate ad assicurare il rispetto dei diritti di proprietà intellettuale
16. Libro Verde della Commissione, COM(2006) 174 definitivo, del 26 aprile 2006, sulla presunzione di non colpevolezza
17. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2007) 51 definitivo, presentata dalla Commissione il 9 febbraio 2007, sulla tutela penale dell'ambiente
18. Proposta del governo tedesco del mese di giugno 2007, presentata alla Conferenza intergovernamentale che ha elaborato il progetto di Trattato, Amendment of the Treaties on which the Union is Founded, n. 11222/07, Segretario generale del Consiglio, 27 luglio 2007
19. Progetto di trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, CIG 1/07, 23 luglio 2007
20. Relazione del Parlamento europeo, n. A6-0154/2008, del 15 aprile 2008, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente (COM(2007)0051-C6-0063/2007-2007/0022(COD))
21. Progetto di conclusioni del Consiglio concernenti disposizioni tipo che fungano da orientamento alle deliberazioni del Consiglio nel settore del diritto penale, 16542/2/09 REV 2, JAI 868, DROI PEN 16, del 27 novembre 2009 (30.11)

22. Risoluzione del Consiglio, del 30 novembre 2009 , relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali (Testo rilevante ai fini del SEE), GU C 295 del 4.12.2009, pp. 1–3
23. Parere del Comitato Economico e Sociale, SOC/377 – CESE 1173/2010, del 15 settembre 2010, sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, COM(2010) 94 definitivo – 2010/0064 (COD)
24. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2010) 392 definitivo, presentata dalla Commissione il 20 luglio 2010, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali {SEC(2010) 907}, {SEC(2010) 908}, 2010/0215 (COD)
25. Commission Staff Working Paper, SEC(2010) 1496 final, 9 October 2010, Impact Assessment, Accompanying Document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Reinforcing sanctioning regimes in the financial services sector
26. Documento di lavoro dei servizi della Commissione, SEC(2011) 391, del 28 marzo 2011, che accompagna il Libro bianco Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile, COM(2011) 144, del 28 marzo 2011
27. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2011) 326 definitivo, presentata dalla Commissione il 27 giugno 2011, relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto
28. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2011) 654 definitivo, presentata dalla Commissione l'8 novembre 2011, relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato
29. Proposta di regolamento del Consiglio, COM(2012) 130 definitivo, presentata dalla Commissione il 21 marzo 2012, sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi
30. Commission Staff Working Paper, SWD(2012) 195 final, 11 July 2012, Impact Assessment (Part I), Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the financial interests of the European Union by criminal law
31. Documento di lavoro dei servizi della Commissione, SWD(2012) 196 definitivo, dell'11 luglio 2012, Sintesi della valutazione d'impatto che accompagna il documento, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale
32. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2012) 363, presentata dalla Commissione il 7 novembre 2012, sulla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione per mezzo del diritto penale {SWD(2012) 195 final} {SWD(2012) 196 final}
33. Parere del servizio giuridico del Consiglio, n. 15309/12, del 22 ottobre 2012, sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale

34. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2013) 42 definitivo, presentata dalla Commissione il 6 febbraio 2013, sulla protezione mediante il diritto penale dell'euro e di altre monete contro la falsificazione e che sostituisce la decisione quadro 2000/383/GAI del Consiglio
35. Common Position of the Ministers of Justice of France and Germany on the European Public Prosecutor's Office, 4 marzo 2013, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://eppo-project.eu/design/eppodesign/pdf/converted/index.html?url=b0212eec88f918c78c4c6840e8ccf091.pdf&search=>]
36. Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law – GENERAL APPROACH, no. 10729/13, of the Council of the European Union, 10 June 2013
37. Commission Staff Working Document, SWD (2013) 274 final, 17 July 2013, Impact assessment accompanying the proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, {COM(2013) 534 final}, {SWD(2013) 275 final}
38. Proposta di regolamento del Consiglio, COM(2013) 534 definitivo, presentata dalla Commissione il 17 luglio 2013, che istituisce la Procura europea, {SWD(2013) 274 final} {SWD(2013) 275 final}
39. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2013) 535 definitivo, presentata dalla Commissione il 17 luglio 2013, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust)
40. Documento di lavoro dei servizi della Commissione, SWD(2013) 513 definitivo, 13 dicembre 2013, Valutazione d'impatto che accompagna il documento Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni e alle sanzioni doganali
41. Commission Staff Working Document, SWD(2013) 514 final, 13 December 2013, Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Union legal framework for customs infringements and sanctions
42. Commission Staff Working Document, SWD(2013) 515 final, 13 December 2013, Implementation plan the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Union legal framework for customs infringements and sanctions
43. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2013) 821 definitivo, presentata dalla Commissione il 17 novembre 2013, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, {SWD(2013) 478 final}, {SWD(2013) 479 final}, {SWD(2013) 500 final}
44. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali, COM (2013) 851 definitivo, del 27 novembre 2013, sul riesame della proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea per quanto riguarda il principio di sussidiarietà, a norma del protocollo n. 2

45. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 4 febbraio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle sanzioni penali in caso di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato (COM(2011)0654 – C7-0358/2011 – 2011/0297(COD)) (Procedura legislativa ordinaria: prima lettura)
46. Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea – Relazione sull'andamento dei lavori e quesiti per i ministri, n. ST 6490/14, Consiglio dell'Unione europea, 14 febbraio 2014 (25.02)
47. Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2014 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP))
48. Progetto di processo verbale, 3298^a sessione del Consiglio dell'Unione europea (GIUSTIZIA E AFFARI INTERNI) tenutasi a Bruxelles il 3 e 4 marzo 2014, n. 7467/14 ADD 1, 27 marzo 2014
49. Relazione del Parlamento europeo del 25 marzo 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, (COM(2012)0363 – C7-0192/2012 – 2012/0193(COD))
50. Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea – Stato dei lavori/Dibattito orientativo, 9834/1/14 REV 1, Consiglio dell'Unione europea, 21 maggio 2014
51. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2013) 884 definitivo/4, del 5 giugno 2014, sul quadro giuridico dell'Unione relativo alle infrazioni e alle sanzioni doganali
52. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 aprile 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (COM(2012)0363 – C7-0192/2012 – 2012/0193(COD)) (Procedura legislativa ordinaria: prima lettura), TA/2014/427/P7
53. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale [prima lettura] – Stato dei lavori, n. 15221/14, Consiglio dell'Unione europea, 27 novembre 2014
54. Proposta di regolamento che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) [Prima lettura] – Orientamento generale, n. 6643/15, Consiglio dell'Unione europea, 27 febbraio 2015
55. Risoluzione del Parlamento europeo del 29 aprile 2015 sulla proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea (COM(2013)0534 – 2013/0255(APP)), P8_TA(2015)0173
56. Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office: Policy debate, no. 7877/15, Presidency of the Council of the European Union, 2 June 2015
57. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, COM(2015) 625 definitivo, presentata dalla Commissione il 2 dicembre 2015, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo
58. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (prima lettura) – Dibattito

orientativo/Relazione sullo stato di avanzamento dei lavori, n. 12686/1/16 REV 1, Presidenza del Consiglio dell'Unione europea, 11 ottobre 2016

59. Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office – Discussion paper on cooperation between EPPO and non-participating Member States, n. 12341/16, Presidenza del Consiglio dell'Unione europea, 19 settembre 2016
60. Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea – Testo completo, n. 12774/2/16 REV 2, Presidenza del Consiglio dell'Unione europea, 12 ottobre 2016
61. Proposta di regolamento che istituisce la Procura europea – Progetto di regolamento, n. 5766/17, Presidenza del Consiglio dell'Unione europea, 31 gennaio 2017
62. Proposta di direttiva relativa alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale – Accordo politico, n. 5478/17, Presidenza del Consiglio dell'Unione europea, 1 febbraio 2017
63. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo (COM(2015)0625 – C8-0386/2015 – 2015/0281(COD)) (Procedura legislativa ordinaria: prima lettura), P8_TA-PROV(2017)0046

5.9. Altri documenti

1. Relazione annuale di Eurojust del 2005, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202005/Annual-Report-2005-IT.pdf>]
2. SURVEILLANCE STUDIES NETWORK, *A Report on the Surveillance Society*, [consultabile online all'indirizzo: <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/1042390/surveillance-society-full-report-2006.pdf>], settembre 2006
3. KROES, N., *Reinforcing the fight against cartels and developing private antitrust damage actions: two tools for a more competitive Europe*, [consultabile online all'indirizzo: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-128_en.htm?locale=en], Commission/IBA Joint Conference on EC Competition Policy, Bruxelles, 8 marzo 2007
4. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), Opinion on the Draft Law on the Public Prosecutors Office and the Draft Law on the Council of Public Prosecutors of "the former Yugoslav Republic of Macedonia", adottato dalla Commissione di Venezia durante la 70esima sessione plenaria, Venezia, 16-17 marzo 2010, CDL-AD(2007)011
5. CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN JUDGES (CCJE), THE CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN PROSECUTORS (CCPE), Bordeaux Declaration "Judges and Prosecutors in a Democratic Society", Opinion no. 12 (2009) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) and Opinion No. 4 (2009) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE), 27 novembre 2009, CCJE(2009)1Prov 4, CCPE(2009)2Prov 4

6. Eurojust and the Lisbon Treaty, towards more effective action. Conclusions of the Strategic seminar organised by Eurojust and the Belgian Presidency (Bruges, 20-22 September), n. 17625/10 REV 1, presidenza del Consiglio dell'Unione europea, 9 dicembre 2010
7. COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT (COMMISSION DE VENISE), Rapport Sur Les Normes Européennes Relatives À L'indépendance Du Système Judiciaire : Partie II – Le Ministère Public, adottato dalla Commissione di Venezia durante l'85esima sessione plenaria, Venezia, 17-18 dicembre 2010, CDL -AD (2010)040, Studio n. 494/2008, Strasburgo, 3 gennaio 2011
8. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime, FRA Opinion – 03/2012, Vienna, 4 dicembre 2012
9. EUROJUST/ERA CONFERENCE. 10 years of Eurojust. Operational achievements and future challenges, The Hague, 12-13 November 2012. Outcome Report, n. 8862/13, Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea, 26 aprile 2013
10. REDING V., *Establishing a European Public Prosecutor's Office. A Federal Budget Needs Federal Protection*, [consultabile online all'indirizzo: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-644_en.htm], Conferenza stampa, Bruxelles, 17 luglio 2013
11. LIGETI, K. *et al.*, Model Rules for the Procedure of the EPPO, [consultabili online al seguente indirizzo: <http://www.eppo-project.eu/index.php/EU-model-rules/english>]
12. HOUSE OF COMMONS, EUROPEAN SCRUTINY COMMITTEE, European Public Prosecutor's Office: Reasoned Opinion, Reform of Eurojust, European Anti-Fraud Office – Fifteenth Report of Session 2013–2014, 11 settembre 2013
13. MEIJERS COMMITTEE (STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL IMMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW), Note on the Proposed Council Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office, CM1315, 25 settembre 2013
14. EUROPEAN PARLIAMENT, COMMITTEE ON CIVIL LIBERTIES, JUSTICE & HOME AFFAIRS, Draft Interim Report on the Proposal for a Council Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office, 29 novembre 2013
15. Report from the Eurojust seminar on the new draft Regulation on Eurojust: “an improvement in the fight against cross-border crime?”, The Hague, 14-15 October 2013, n. 17188/1/13 REV 1, Eurojust, 4 dicembre 2013
16. CONSEIL DE L'EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit à un procès équitable (volet pénal)*, préparé par la Division de la recherche et de la bibliothèque, au sein de la Direction du juriconsulte, [disponible en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf], texte finalisé au 31 décembre 2013

17. HOUSE OF LORDS – EUROPEAN UNION COMMITTEE, The Impact of the European Public Prosecutor’s Office on the United Kingdom, 4th Report of session 2014-2015, 3 novembre 2014
18. Cartel Statistics, Commissione, [consultabile online al seguente indirizzo: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>]
19. MEIJERS COMMITTEE (STANDING COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL IMMIGRATION, REFUGEE AND CRIMINAL LAW), Note on the Proposal for a Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office – Judicial Review, Forum Choice, Access to the Case File and Data Protection, CM1612
20. CONSEIL DE L’EUROPE/COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME, *Guide sur l’article 7 de la Convention européenne des droits de l’homme. Pas de peine sans loi : principe de légalité des délits et des peines*, guide préparé par la Division de la recherche et de la bibliothèque, au sein de la Direction du juriconsulte, [disponibile en ligne : http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_FRA.pdf], manuscrit finalisé au 31 janvier 2016

5.10. Legislazione nazionale

5.10.1. Italia

1. Codice civile italiano
2. Decreto Legislativo 11 aprile 2002, n. 61, "Disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali, a norma dell'articolo 11 della legge 3 ottobre 2001, n. 366", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 88 del 15 aprile 2002
3. Legge 14 marzo 2005, n. 41, "Disposizioni per l'attuazione della decisione 2002/187/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 72 del 29 marzo 2005

5.10.2. Gli Stati Uniti d’America

4. Fifth Amendment – U.S. Constitution, Rights of Persons

5.10.3. Germania

5. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Costituzione tedesca)

5.10.4. Spagna

6. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

5.11. Giurisprudenza della Corta di giustizia

1. *Fédération Charbonnier de Belgique*, causa 8/55, del 29 novembre 1956, in *Racc.* p. 290 (ECLI:EU:C:1956:11)
2. *Algera e al. v Common Assembly*, casi riuniti n. 7/56, 3/57 – 7/57, del 12 luglio 1957, in *Racc.* p. 81 (ECLI:EU:C:1957:7)

3. *Usines à tubes de la Sarre c. Alta Autorità*, procedimenti riuniti 1/57 e 14/57, del 10 dicembre 1957, in *Racc.* p. 199 (ECLI:EU:C:1957:13)
4. *Stork*, caso 1/58, del 4 febbraio 1959, in *Racc.* p. 00043 (ECLI:EU:C:1959:4)
5. *Uffici di vendita del carbone della Ruhr Geitling, Präsident, Mausegatt e imprese affiliate c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite 16/59, 17/59 e 18/59, del 12 febbraio 1960, in *Racc.* p. 47 (ECLI:EU:C:1960:5)
6. *Uffici di vendita del carbone della Ruhr*; casi riuniti 36-38/59 e 40/59, del 15 luglio 1960, in *Racc.* p. 857 (ECLI:EU:C:1960:36)
7. *Société nouvelle des usines de Pontlieue - Aciéries du Temple (S.N.U.P.A.T.) c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite 42 e 49/59, del 22 marzo 1961, in *Racc.* p. 99 (ECLI:EU:C:1961:5)
8. *Plaumann c. Commissione*, causa 25/62, del 15 luglio 1963, in *Racc.* p. 197 (ECLI:EU:C:1963:17)
9. *Van Gend & Loos*, caso C-26/62, del 5 febbraio 1963, in *Racc.* p. 3, p. 23 (ECLI:EU:C:1963:1)
10. *Jacques Boursin c. Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, causa 102/63, del 17 dicembre 1964, in *Racc.* p. 1347 (ECLI:EU:C:1964:88)
11. *Costa c. Enel*, causa 6/64, del 15 luglio 1964, in *Racc.* p. 1141 (ECLI:EU:C:1964:66)
12. *Kurt Weighardt c. Commissione della C.E.E.A.*, causa 11/64, del 7 aprile 1965, in *Racc.* p. 365 (ECLI:EU:C:1965:38)
13. *Ernest Ley c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti 12/64 e 29/64, del 31 marzo 1965, in *Racc.* p. 143 (ECLI:EU:C:1965:28)
14. *Sgarlata*, caso 40/64, del 1 aprile 1965, *Racc.* p. 279 (ECLI:EU:C:1965:36)
15. *Etablissements Consten e Grundig – Verkaufs – GmbH c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti 56/64 e 58/64, del 13 luglio 1966, in *Racc.* p. 457 (ECLI:EU:C:1966:41)
16. *Gutmann c. Commissione CEEA*, cause riunite 18/65 e 35/65, del 5 maggio 1966, in *Racc.* p. 141 (ECLI:EU:C:1967:6)
17. *Umberto Collotti c. Corte di giustizia delle Comunità europee*, causa 20/65, del 17 novembre 1965, in *Racc.* p. 1045 (ECLI:EU:C:1965:115)
18. *Edith Kalkuhl c. Parlamento europeo*, causa 47/65, del 14 dicembre 1965, in *Racc.* p. 1251 (ECLI:EU:C:1965:128)
19. *Walt Wilhelm*, causa 14/68, del 13 febbraio 1969, in *Racc.* p. 1 (ECLI:EU:C:1969:4)
20. *Lutticke c. Commissione*, causa 4/69, del 28 aprile 1971, in *Racc.* p. 00325 (ECLI:EU:C:1971:40)
21. *Commissione c. Francia*, procedimenti riuniti 6 e 11/69, del 10 dicembre 1969, in *Racc.* p. 523 (ECLI:EU:C:1969:68)
22. *Chemiefarma c. Commissione*, causa 41/69, del 15 luglio 1970, in *Racc.* p. 661 (ECLI:EU:C:1970:71)

23. *Boehringer Mannheim c. Commissione*, causa 45/69, del 15 luglio 1970, in *Racc.* p. 769 (ECLI:EU:C:1970:73)
24. *Imperial Chemical Industries c. Commissione*, causa 48/69, del 14 luglio 1972, in *Racc.* p. 619 (ECLI:EU:C:1972:70)
25. *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, del 17 dicembre 1970, in *Racc.* p. 1125 (ECLI:EU:C:1970:114)
26. *Commissione c. Consiglio (AETR)*, causa 22/70, del 31 marzo 1971, in *Racc.* p. 00263 (ECLI:EU:C:1971:32)
27. *SAIL*, causa 82/71, del 21 marzo 1972, in *Racc.* p. 0119 (ECLI:EU:C:1972:20)
28. *Schlüter & Maack*, causa 94/71, del 6 giugno 1972, in *Racc.* p. 307 (ECLI:EU:C:1972:45)
29. *Continental Can*, causa 6/72, del 21 febbraio 1973, in *Racc.* p. 215 (ECLI:EU:C:1973:22)
30. *Boehringer Mannheim c. Commissione*, detta “*Boehringer IP*”, causa 7/72, del 14 dicembre 1972, in *Racc.* p. 1281 (ECLI:EU:C:1972:125)
31. *Commissione c. Italia*, causa 39/72, del 7 febbraio 1973, in *Racc.* p. 00101 (ECLI:EU:C:1973:13)
32. *Schröder v Germany*, causa 40/72, del 7 febbraio 1973, in *Racc.* p. 00125 (ECLI:EU:C:1973:14)
33. *Nold/Commissione*, caso 4/73, del 14 maggio 1974, in *Racc.* p. 491 (ECLI:EU:C:1974:51)
34. *Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey-Ferguson*, caso 8/73, del 12 luglio 1973, in *Racc.* p. 897 (ECLI:EU:C:1973:90)
35. *Cooperatieve Vereniging Suiker Unie e a. c. Commissione delle CE*, cause riunite da 40/73 a 48/73, 50/73, da 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, del 16 dicembre 1975, in *Racc.* p. 1663 (ECLI:EU:C:1975:174)
36. *Dassonville*, causa 8/74, del 11 luglio 1974, in *Racc.* p. 837 (ECLI:EU:C:1974:82)
37. *Transocean Marine Paint Association c. Commissione*, causa 17/74, del 23 ottobre 1974, in *Racc.* p. 1063 (ECLI:EU:C:1974:106)
38. *Rutili*, 36/75, del 28 ottobre 1975, in *Racc.* p. 1219 (ECLI:EU:C:1975:137)
39. *Royer*, causa 48/75, del 8 aprile 1976, in *Racc.* p. 497 (ECLI:EU:C:1976:57)
40. *Metro*, causa 26/76, del 25 ottobre 1977, in *Racc.* p. 1875 (ECLI:EU:C:1977:167)
41. *Rewe*, causa 33/76, del 16 dicembre 1976, in *Racc.* p. 01989 (ECLI:EU:C:1976:188)
42. *Comet*, causa 45/76, del 16 dicembre 1976, in *Racc.* p. 2043 (ECLI:EU:C:1976:191)
43. *Amsterdam Bulb/Produktschap voor Siergewassen*, causa 50/76, del 2 febbraio 1977, in *Racc.* p. 137 (ECLI:EU:C:1977:13)
44. *Hoffman – La Roche*, causa 85/76, del 13 febbraio 1979, in *Racc.* p. 461 (ECLI:EU:C:1979:36)
45. *INNO v ATAB*, causa 13/77, del 16 novembre 1977, in *Racc.* p. 02115 (ECLI:EU:C:1977:185)
46. *Miller c. Commissione*, causa 19/77, del 1 febbraio 1978, in *Racc.* p. 132 (ECLI:EU:C:1978:19)
47. *Simmenthal*, causa 106/77, del 9 giugno 1978, in *Racc.* p. 629 (ECLI:EU:C:1978:49)

48. *Hugin c. Commissione*, causa 22/78, del 31 maggio 1979, in *Racc.* p. 1869 (ECLI:EU:C:1979:138)
49. *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, causa 120/78, del 20 febbraio 1979, in *Racc.* p. 649 (ECLI:EU:C:1979:42)
50. *SA Buitoni c. Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles*, causa 122/78, del 20 febbraio 1979, in *Racc.* p. 677 (ECLI:EU:C:1979:43)
51. *Auer I*, causa 136/78, del 7 febbraio 1979, in *Racc.* p. 437 (ECLI:EU:C:1979:34)
52. *Heintz Van Landewyck e altri*, cause riunite 209 a 215 e 218/78, del 29 ottobre 1980, in *Racc.* p. 3125 (ECLI:EU:C:1980:248)
53. *Hauer*, causa 44/79, del 13 dicembre 1979, in *Racc.* p. 3727 (ECLI:EU:C:1979:290)
54. *National Panasonic*, caso 136/79, del 26 giugno 1980, in *Racc.* p. 2033 (ECLI:EU:C:1980:169)
55. *AM&S Europe c. Commissione*, caso 155/79, del 18 maggio 1982, in *Racc.* p. 1575 (ECLI:EU:C:1982:157)
56. *SpA International Chemical Corporation c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, causa 66/80, del 13 maggio 1981, in *Racc.* p. 1191 (ECLI:EU:C:1981:102)
57. *Musique Diffusion Française*, cause riunite da 100/80 a 103/80, del 7 giugno 1983, in *Racc.* p. 1825 (ECLI:EU:C:1983:158)
58. *Siegfried Ewald Rinkau*, causa 157/80, del 17 giugno 1980, in *Racc.* p. 1392 (ECLI:EU:C:1981:120)
59. *Gondrand Frères and Garancini*, causa 169/80, del 1981, in *Racc.* p. 1931 (ECLI:EU:C:1981:171)
60. *Casati*, causa 203/80, dell'11 novembre 1981, in *Racc.* p. 2595 (ECLI:EU:C:1981:261)
61. *Lord Bruce of Donington c. Aspden*, causa 208/80, del 15 settembre 1981, in *Racc.* p. 02205 (ECLI:EU:C:1981:194)
62. *Oleifici Mediterranei*, causa 26/81, del 29 settembre 1982, in *Racc.* p. 3057 (ECLI:EU:C:1982:318)
63. *IBM c. Commissione*, causa 60/81, dell'11 novembre 1981, in *Racc.* p. 2639 (ECLI:EU:C:1981:264)
64. *HZA Mainz c. Kupferberg & Cie. (Kupferberg I)*, causa 104/81, del 26 ottobre 1982, in *Racc.* p. 03641 (ECLI:EU:C:1982:362)
65. *Markus Fleisch-Import v Hauptzollamt Hamburg Ericus*, causa 147/81, del 19 aprile 1982, in *Racc.* p. 01389 (ECLI:EU:C:1982:131)
66. *Lussemburgo c. Parlamento*, causa 230/81, del 10 febbraio 1983, in *Racc.* p. 00255 (ECLI:EU:C:1983:32)
67. *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, causa 322/81, del 9 novembre 1983, in *Racc.* p. 3461 (ECLI:EU:C:1983:313)
68. *Fromençais c. Forma*, causa 66/82, del 23 febbraio 1983, in *Racc.* p. 395 (ECLI:EU:C:1983:42)

69. San Giorgio, causa 199/82, del 9 novembre 1983, in *Racc.* p. 3595 (ECLI:EU:C:1983:318)
70. *Deutsche Milchkontor e a.*, procedimenti riuniti da 205/82 a 215/82, del 21 settembre 1983, in *Racc.* p. 2633 (ECLI:EU:C:1983:233)
71. *Kent Kirk*, caso 63/83, del 10 luglio 1984, in *Racc.* p. 2689 (ECLI:EU:C:1984:255)
72. *Leclerc c. Au blé vert*, causa 229/83, del 10 gennaio 1985, *Racc.* p. 00001 (ECLI:EU:C:1985:1)
73. *ADBHU*, causa 240/83, del 7 febbraio 1985, in *Racc.* p. 531 (ECLI:EU:C:1985:59)
74. *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, del 23 aprile 1986, *Racc.* p. 01339 (ECLI:EU:C:1986:166)
75. *Hurd c. Jones*, causa 44/84, del 15 gennaio 1986, in *Racc.* p. 00029 (ECLI:EU:C:1986:2)
76. *De Compte*, caso 141/84, del 20 giugno 1985, in *Racc.* p. 1951 (ECLI:EU:C:1985:269)
77. *Marshall*, causa 152/84, del 26 febbraio 1986, in *Racc.* p. 723 (ECLI:EU:C:1986:84)
78. *The Queen ex parte E.D. e a. c. IBAP*, causa 181/84, del del 24 settembre 1985, in *Racc.* p. 2889 (ECLI:EU:C:1985:359)
79. *Commissione c. Grecia*, causa 192/84, dell'11 dicembre 1985, in *Racc.* p. 03967 (ECLI:EU:C:1985:497)
80. *Johnston*, caso 222/84, del 15 maggio 1986, in *Racc.* p. 1651 (ECLI:EU:C:1986:206)
81. *H. Röser*, causa 234/84, del 10 luglio 1985, in *Racc.* p. 0795 (ECLI:EU:C:1986:302)
82. *Maizena e a.*, causa 137/85, del 18 novembre 1987, in *Racc.* p. 4587 (ECLI:EU:C:1987:493)
83. *Germania c. Commissione*, ricorsi riuniti 281, 283-285 e 287/85, del 9 luglio 1987, in *Racc.* p. 3203 (ECLI:EU:C:1987:351)
84. *Piange Kraftfutterwerke*, causa 288/85, del 5 febbraio 1987, in *Racc.* p. 611 (ECLI:EU:C:1987:67)
85. *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, causa 314/85, del 22 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4199 (ECLI:EU:C:1987:452)
86. *Pretore di Salò*, causa 14/86, dell'11 giugno 1987, in *Racc.* p. 2545 (ECLI:EU:C:1987:275)
87. *Commissione c. Consiglio (Tariff Preferences)*, caso 45/86, del 16 giugno 1987, in *Racc.* p. 1493 (ECLI:EU:C:1987:163)
88. *Kolpinghuis Nijmegen BV*, causa 80/86, dell'8 ottobre 1987, in *Racc.* p. 3969 (ECLI:EU:C:1987:431)
89. *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, causa 114/86, del 27 settembre 1988, in *Racc.* p. 5289 (ECLI:EU:C:1988:449)
90. *Heylens*, causa 222/86, del 15 ottobre 1987, in *Racc.* p. 4097 (ECLI:EU:C:1987:442)
91. *Belasco e a. c. Commissione delle CE*, causa 246/86, dell'11 luglio 1989, in *Racc.* p. p. 2117 (ECLI:EU:C:1989:301)
92. *Commissione c. Danimarca*, causa 302/86, del 20 settembre 1988, in *Racc.* p. 4607 (ECLI:EU:C:1988:421)

93. *Hoechst AG c. Commissione*, casi riuniti 46/87 e C-227/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 02859 (ECLI:EU:C:1989:337)
94. *Dow Benelux NV*, caso 85/87, del 17 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3137 (ECLI:EU:C:1989:379)
95. *Nashua Corporation e altri c. Commissione e Consiglio delle Comunità europee*, cause riunite 133/87 e 150/87, del 14 marzo 1990, in *Racc.* p. I-719 (ECLI:EU:C:1990:115)
96. *Commission v Council*, caso 165/87, del 27 settembre 1988, in *Racc.* p. 5545 (ECLI:EU:C:1988:458)
97. *Cowan c. Le Trésor Public*, causa 186/87, del 2 febbraio 1986, in *Racc.* p. 195 (ECLI:EU:C:1989:47)
98. *Schrärer v. Hauptzollamt Gronau*, causa 265/87, dell'11 luglio 1989, in *Racc.* p. 2889 (ECLI:EU:C:1989:303)
99. *Orkem c. Commissione*, caso 374/87, del 18 ottobre 1989, in *Racc.* p. 3283 (ECLI:EU:C:1989:387)
100. *Zwartveld e altri*, causa 2/88, del 13 luglio 1990, in *Racc.* p. 04405 (ECLI:EU:C:1990:315)
101. *Wachauf*, caso 5/88, del 13 luglio 1989, in *Racc.* p. 2609 (ECLI:EU:C:1989:321)
102. *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2979 (ECLI:EU:C:1989:339)
103. *Fedesa c. Consiglio*, causa 160/88 R, del 13 luglio 1988, in *Racc.* p. 4121 (ECLI:EU:C:1988:397)
104. *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, causa C-326/88, del 10 luglio 1990, in *Racc.* p. I-2930 (ECLI:EU:C:1990:291)
105. *The Queen c. Ministry of agriculture e a., ex parte Federazione europea della salute animale (Fedesa)*, causa C-331/88, del 13 novembre 1990, in *Racc.* p. I-4023 (ECLI:EU:C:1990:391)
106. *Commissione c. Belgio*, causa C-6/89, del 5 aprile 1990, in *Racc.* p. I-01595 (ECLI:EU:C:1990:166)
107. *Marleasing*, causa C-106/89, del 1990, in *Racc.* p. I-4135 (ECLI:EU:C:1990:395)
108. *Factortame*, causa C-213/89, del 19 giugno 1990, in *Racc.* p. I-2433 (ECLI:EU:C:1990:257)
109. *Stergios Delimitis c. Henniger Bau AG*, causa C-234/89, del 28 febbraio 1991, in *Racc.* p. I-00935 (ECLI:EU:C:1991:91)
110. *ERT*, caso C-260/89, del 18 giugno 1991, in *Racc.* p. pag. I-2925 (ECLI:EU:C:1991:254)
111. *Commissione c. Consiglio*, detta *Biossido di titanio*, causa C-300/89, dell'11 giugno 1991, in *Racc.* p. I-2867 (ECLI:EU:C:1991:244)
112. *Commissione c. Belgio*, causa C-374/89, del 19 febbraio 1991, in *Racc.* p. I-00367 (ECLI:EU:C:1991:60)
113. *Francoovich e Bonifaci e altri c. Italia*, procedimenti riuniti C-6/90 e C-9/90, del 19 novembre 1991, in *Racc.* p. I-05357 (ECLI:EU:C:1991:428)

114. *Vandevenne e altri*, causa C-7/90, del 2 ottobre 1991, in *Racc.* p. I-4383 (ECLI:EU:C:1991:363)
115. *Commissione c. Germania*, causa C-62/90, dell'8 aprile 1992, in *Racc.* p. I-2575 (ECLI:EU:C:1992:169)
116. *Italtrade*, causa C-199/90, del 27 novembre 1991, in *Racc.* p. I-5545 (ECLI:EU:C:1991:445)
117. *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, del 27 ottobre 1992, in *Racc.* I-5423 (ECLI:EU:C:1992:408)
118. *Meico-Fell c Hauptzollamt Darmstadt*, causa C-273/90, del 27 novembre 1991, in *Racc.* p. I-05583 (ECLI:EU:C:1991:446)
119. *Parlamento c. Consiglio*, caso C-295/90, del 7 luglio 1992, in *Racc.* p. I-4193 (ECLI:EU:C:1992:294)
120. Parere 1/91, *European Economic Area*, del 14 dicembre 1991, *Racc.* p. I-06079 (ECLI:EU:C:1991:490)
121. *Spa Alois Lageder e a. c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, procedimenti riuniti da C-31/91 a C-41/91, del 1 aprile 1993, in *Racc.* 1993 p. I-1761 (ECLI:EU:C:1993:132)
122. *Borelli*, causa C-97/91, del 3 dicembre 1992, in *Racc.* p. I-6313 (ECLI:EU:C:1992:491)
123. *Commissione c. Italia*, causa C-101/91, del 19 gennaio 1993, in *Racc.* p. I-00191 (ECLI:EU:C:1993:16)
124. *Jean Marc Bosman c. Commissione*, causa C-117/91 R, del 27 giugno 1991, in *Racc.* p. 3353 (ECLI:EU:C:1991:281)
125. *Commissione/Anic Partecipazioni*, caso C-49/92 P, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. I-4125 (LI:EU:C:1999:356)
126. *Otto BV*, caso C-60/92, del 10 novembre 1993, in *Racc.* p. I-5683 (ECLI:EU:C:1993:876)
127. *Hüls c. Commissione*, caso C-199/92 P, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* p. I-4287 (ECLI:EU:C:1999:358)
128. *Montecatini SpA c. Commissione delle CE*, causa C-235/92, dell'8 luglio 1999, in *Racc.* 1999, p. I-4539 (ECLI:EU:C:1999:362)
129. *Spagna c. Consiglio*, C-350/92, del 13 luglio 1995, in *Racc.* p. I-1985 (ECLI:EU:C:1995:237)
130. *Milchwerke Köln/Wuppertal eG c. Hauptzollamt Köln-Rheinau*, causa C-352/92, del 14 luglio 1994, in *Racc.* 1994 p. I-3385 (ECLI:EU:C:1994:294)
131. *Commissione c. Regno Unito*, causa C-382/92, dell'8 giugno 1994, in *Racc.* p. I-2435 (ECLI:EU:C:1994:233)
132. *Commissione c. Regno Unito*, causa C-383/92, dell'8 giugno 1994, in *Racc.* p. I-2479 (ECLI:EU:C:1994:234)
133. *Johnson*, causa C-410/92, del 6 dicembre 1992, in *Racc.* I-5483 (ECLI:EU:C:1994:401)
134. *Brasserie du Pêcheur SA*, cause riunite C-43/93 e C-48/93, del 5 marzo 1996, in *Racc.* p. 1029 (ECLI:EU:C:1996:79)

135. *Fisscher*, causa C-123/93, del 28 settembre 1994, in *Racc.* I-4583 (ECLI:EU:C:1994:353)
136. *Van Es Douane Agenten*, causa C-143/93, del 13 febbraio 1996, in *Racc.* p. I-431 (ECLI:EU:C:1996:45)
137. *Germania/Consiglio*, causa C-280/93, del 5 ottobre 1994, *Racc.* p. I-4973 (ECLI:EU:C:1994:367)
138. *SMW Winzersekt*, causa C-306/93, del 13 dicembre 1994, *Racc.* p. I-5555 (ECLI:EU:C:1994:407)
139. *Peterbroeck*, causa C-312/93, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4599 (ECLI:EU:C:1995:437)
140. *Bordessa*, procedimenti riuniti C-358/93 e C-416/93, del 23 febbraio 1995, in *Racc.* p. I-361 (ECLI:EU:C:1995:54)
141. *Van Schijndel*, causa C-430/93 e C-431/93, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4705 (ECLI:EU:C:1995:441)
142. *Commissione c. Lussemburgo*, C-473/93, del 2 luglio 1996, in *Racc.* p. I-03207 (ECLI:EU:C:1996:263)
143. Parere 2/94 della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, in *Racc.*, p- I-1759 (ECLI:EU:C:1996:140)
144. *Fishermen's Organisations e a.*, causa C-44/94, del 17 ottobre 1995, in *Racc.* p. I-3115 (ECLI:EU:C:1995:325)
145. *Regno Unito c. Consiglio*, caso C-84/94, del 12 novembre 1996, in *Racc.* p. I-5755 (ECLI:EU:C:1996:431)
146. *Sanz de Lera*, procedimenti riuniti C-163/94, 165/94 e 250/94, del 14 dicembre 1995, in *Racc.* p. I-4821 (ECLI:EU:C:1995:451)
147. *El Corte Inglés*, caso C-192/94, del 7 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1281 (ECLI:EU:C:1996:88)
148. *Skanavi e Chryssanthakopoulos*, causa C-193/94, del 29 febbraio 1996, in *Racc.* p. I-929 (ECLI:EU:C:1996:70)
149. *Germania c. Parlamento e Consiglio*, caso C-233/94, del 13 maggio 1997, in *Racc.* p. I-2405 (ECLI:EU:C:1997:231)
150. *Parlamento c. Consiglio (Re the Edicom Decision)*, C-271/94, del 26 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1689 (ECLI:EU:C:1996:133)
151. *Commissione c. Belgio*, caso C-278/94, del 12 settembre 1996, in *Racc.* p. I-4307 (ECLI:EU:C:1996:321)
152. *Commission v Belgium*, caso C-11/95, del 10 settembre 1996, in *Racc.* p. I-4115 (ECLI:EU:C:1996:316)
153. *Commissione c. Lisrestal e a.*, causa C-32/95 P, del 24 ottobre 1996, in *Racc.* p. I-5373 (ECLI:EU:C:1996:402)
154. *Francia c. Commissione*, causa C-57/95, del 20 marzo 1997, in *Racc.* p. I-01627 (ECLI:EU:C:1997:164)

155. *Procura Torino c. X*, casi riuniti C-74 e 129/95, del 12 dicembre 1996, in *Racc.* p. 6609 (ECLI:EU:C:1996:491)
156. *Tremblay c. Commissione*, caso C-91/95 P, del 24 ottobre 1996, in *Racc.* p. I-5574 (ECLI:EU:C:1996:407)
157. *SPO e a. c. Commissione*, causa C-137/95 P, del 25 marzo 1996, in *Racc.* p. I-1611 (ECLI:EU:C:1996:130)
158. *Luciano Arcaro*, causa C-168/95, del 16 ottobre 1996, in *Racc.* p. 4705 (ECLI:EU:C:1996:363)
159. *Ebony Maritime*, causa C-177/95, del 27 febbraio 1997, in *Racc.* p. I-1111 (ECLI:EU:C:1997:89)
160. *Palmisani c. INPS*, causa C-261/95, del 10 luglio 1997, in *Racc.* p. I-4025 (ECLI:EU:C:1997:351)
161. *Commissione c. Francia*, causa C-265/95, del 9 dicembre 1997, in *Racc.* p. I-6959 (ECLI:EU:C:1997:595)
162. *Kremzow*, caso C-299/95, del 29 maggio 1997, in *Racc.* p. I-2629 (ECLI:EU:C:1997:254)
163. *Hayes*, caso C-323/95, del 20 marzo 1997, in *Racc.* p. I-1711 (ECLI:EU:C:1997:169)
164. *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-180/96, del 5 maggio 1998, in *Racc.* p. I-2265 (ECLI:EU:C:1998:192)
165. *Outokumpu*, causa C-213/96, del 2 aprile 1998, in *Racc.* p. I-1777 (ECLI:EU:C:1998:155)
166. *Magorrian e Cunningham*, causa C-246/96, dell'11 dicembre 1997, in *Racc.* p. I-7153 (ECLI:EU:C:1997:605)
167. *Bickel e Franz*, causa C-274/96, del 24 novembre 1998, in *Racc.* p. I-7637 (ECLI:EU:C:1998:563)
168. *Oelmühle Hamburg e Schmidt Söhne*, causa C-298/96, del 16 luglio 1998, in *Racc.* p. I-4767 (ECLI:EU:C:1998:372)
169. *Annibaldi*, caso C-309/96, del 18 dicembre 1997, in *Racc.* p. I-7493 (ECLI:EU:C:1997:631)
170. *Calfa*, causa C-348/96, del 19 gennaio 1999, in *Racc.* p. I-11 (ECLI:EU:C:1999:6)
171. *Oesterreichische Unilever GmbH e Smithkline Beecham Markenartikel GmbH*, causa C-77/97, 28 gennaio 1999, in *Racc.* p. I-431 (ECLI:EU:C:1999:30)
172. *Rombi e Arkopharma*, caso C-107/97, del 18 maggio 2000, in *Racc.* p. I-336 (ECLI:EU:C:2000:253)
173. *Commissione c. Consiglio*, caso C-209/97, del 18 novembre 1999, in *Racc.* p. I-8067 (ECLI:EU:C:1999:559)
174. *Lemmens*, causa C-226/97, del 16 giugno 1998, in *Racc.* p. 195 (ECLI:EU:C:1998:296)
175. *Krombach*, causa C-7/98, del 28 marzo 2000, in *Racc.* p. I-1935 (ECLI:EU:C:2000:164)
176. *Preston*, causa C-78/98, del 16 maggio 2000, in *Racc.* p. I-3201 (ECLI:EU:C:2000:247)

177. *Lucaccioni c. Commissione*, causa C-257/98, del 9 settembre 1999, in *Racc.* p. I-5251 (ECLI:EU:C:1999:402)
178. *Collino e Chiapperò*, causa C-343/98, del 14 settembre 2000, in *Racc.* p. I-6659 (ECLI:EU:C:2000:441)
179. *Bergaderm*, causa C-352/98 P, del 4 luglio 2000, in *Racc.* p. I-5291, (ECLI:EU:C:2000:361)
180. *Olanda c. Parlamento e Consiglio*, caso C-377/98, del 9 ottobre 2001, in *Racc.* p. I-7079 (ECLI:EU:C:2001:523)
181. *Ventouris Group Enterprises SA c. Commissione delle CE*, causa C-59/99, dell'11 dicembre 2003, in *Racc.* p. I-5257 (ECLI:EU:C:2001:604)
182. *Mediocurso c. Commissione*, causa C-462/98 P, del 21 settembre 2000, in *Racc.* p. I-7183 (ECLI:EU:C:2000:480)
183. *Ernst – Otto Flemmer e a. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle CE*, procedimenti riuniti da C-80/99 a 82/99, del 9 settembre 2001, in *Racc.* 2001, p. I-7211 (ECLI:EU:C:2001:525)
184. *Siples*, caso C-226/99, dell'11 gennaio 2001, in *Racc.* p. I-277 (ECLI:EU:C:2001:14)
185. *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM), DSM NV e DSM Kunststoffen BV, Montedison SpA, Elf Atochem SA, Degussa AG, Enichem SpA, Wacker-Chemie GmbH e Hoechst AG e Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Commissione delle Comunità europee*, procedimenti riuniti C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, del 15 ottobre 2002, in *Racc.* p. I-8618 (ECLI:EU:C:2002:582)
186. *Louloudakis c. Stato ellenico*, causa C-262/99, del 12 luglio 2001, in *Racc.* I-5573 (ECLI:EU:C:2001:407)
187. *Ismeri Europa Srl c. Corte dei conti delle Comunità europee*, causa C-315/99 P, del 10 luglio 2001, in *Racc.* p. I-05281 (ECLI:EU:C:2001:391)
188. *Commissione c. Francia*, causa C-333/99, del 1° febbraio 2001, in *Racc.* p. I-1025 (ECLI:EU:C:2001:73)
189. *Commissione c. Irlanda*, causa C-354/99, del 18 ottobre 2001, in *Racc.* p. I-7670 (ECLI:EU:C:2001:550)
190. *Courage*, causa C-452/99, del 20 settembre 2001, in *Racc.* p. I-6297 (ECLI:EU:C:2001:465)
191. *Commissione c. Regno Unito*, causa C-454/99, del 14 novembre 2002, in *Racc.* p. I-10323 (ECLI:EU:C:2002:652)
192. *MRAX*, caso C-459/99, del 25 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6591 (ECLI:EU:C:2002:461)
193. *Danimarca c. Commissione*, caso C-3/00, del 20 marzo 2003, in *Racc.* p. I-2643 (ECLI:EU:C:2003:167)
194. *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00, del 25 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6719 (ECLI:EU:C:2002:462)
195. *Roquette Frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, in presenza della Commissione delle Comunità europee, caso C-94/00, del 22 ottobre 2002, in *Racc.* p. I-9011 (ECLI:EU:C:2002:603)

196. *Schimdbergerer*, caso C-112/00, del 12 giugno 2003, in *Racc.* p. I-5659 (ECLI:EU:C:2003:333)
197. *Commissione c. Regno Unito*, causa C-140/00, del 14 novembre 2002, in *Racc.* p. I-10379 (ECLI:EU:C:2002:653)
198. *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-403 (ECLI:EU:C:2004:6)
199. *Käserei Ghampignon Hofmeister*, causa C-210/00, del 12 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6453 (ECLI:EU:C:2002:440)
200. *Huber*, causa C-336/00, del 19 settembre 2002, in *Racc.* p. I-7699 (ECLI:EU:C:2002:509)
201. *Commissione c. Spagna*, causa C-404/00, del 26 giugno 2003, in *Racc.* p. I-6695 (ECLI:EU:C:2003:373)
202. *Commissione c. Francia*, procedimenti riuniti C-418/00 e C-419/00, del 25 aprile 2002, in *Racc.* p. I-3969 (ECLI:EU:C:2002:263)
203. *Safalero*, causa C-13/01, dell'11 settembre 2003, in *Racc.* p. I-8679 (ECLI:EU:C:2003:447)
204. *Evans*, causa C-63/01, del 4 dicembre 2003, in *Racc.* p. I-14447 (ECLI:EU:C:2003:650)
205. *T. Port c. Commissione*, causa C-122/01 P, dell'8 maggio 2003, in *Racc.* p. I-4261 (ECLI:EU:C:2003:259)
206. *Inspire Art*, causa C-167/01, del 30 settembre 2003, in *Racc.* p. I-10155 (ECLI:EU:C:2003:512)
207. *Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, dell'11 febbraio 2003, in *Racc.* p. I-1378 (ECLI:EU:C:2003:87)
208. *Jippes e a.*, causa C-189/01, del 12 luglio 2001, in *Racc.* p. I-5689 (ECLI:EU:C:2001:420)
209. *Penycoed*, causa C-230/01, del 15 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-937 (ECLI:EU:C:2004:20)
210. *Germania c. Commissione*, causa C-344/01, del 4 marzo 2004, in *Racc.* p. I-02081 (ECLI:EU:C:2004:121)
211. *Pfeiffer e altri*, cause riunite C-397 a C-403/01, del 5 ottobre 2004, in *Racc.* 2004, p. I-8835 (ECLI:EU:C:2004:584)
212. *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, causa C-491/01, del 10 dicembre 2002, in *Racc.* p. I-11453 (ECLI:EU:C:2002:741)
213. *Omega*, caso C-36/02, del 14 ottobre 2004, in *Racc.* p. I-9609 (ECLI:EU:C:2004:614)
214. *X*, causa C-60/02, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-651 (ECLI:EU:C:2004:10)
215. *Hannl Hofstetter*, causa C-91/02, del 16 ottobre 2003, in *Racc.* p. I-2077 (ECLI:EU:C:2003:556)
216. *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH e altri, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, LR af 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH e ABB Asea Brown Boveri Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, cause

- riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, del 28 giugno 2005, in *Racc.* p. I-05425 (ECLI:EU:C:2005:408)
217. *Delena Wells*, causa C-201/02, del 7 gennaio 2004, in *Racc.* p. I-723 (ECLI:EU:C:2004:12)
218. *Commissione c. Jégo-Quéré*, causa C-263/02 P, del 1° aprile 2004, in *Racc.* p. I-03425 (ECLI:EU:C:2004:210)
219. *Handlbauer*, causa C-278/02, del 24 giugno 2004, par. 40, rettificata con ordinanza della Corte 14 luglio 2004, in *Racc.* p. I-6171 (ECLI:EU:C:2004:388)
220. *Spagna c. Commissione*, causa C-287/02, del 9 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5093 (ECLI:EU:C:2005:368)
221. *Panayotova*, C-327/02, del 16 novembre 2004, *Racc.* p. I-11055 (ECLI:EU:C:2004:718)
222. *Knud Grøngaard e Allan Bang*, causa C-384/02, del 22 novembre 2005, in *Racc.* 2005 p. I-9939 (ECLI:EU:C:2005:708)
223. *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 3 maggio 2005, in *Racc.* p. I-3624 (ECLI:EU:C:2005:270)
224. *Antonio Niselli*, causa C-457/02, dell'11 novembre 2004, in *Racc.* p. I-10853 (ECLI:EU:C:2004:707)
225. *Gerekens*, causa C-459/02, del 15 luglio 2004, in *Racc.* p. I-7315 (ECLI:EU:C:2004:454)
226. *Santiago Gómez-Reino contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-471/02 P, dell'8 aprile 2003, in *Racc.* p. I-03207 (ECLI:EU:C:2003:210)
227. *Commissione c. Tetra Laval BV*, causa C-12/03 P, del 15 febbraio 2005, in *Racc.* p. I-987 (ECLI:EU:C:2005:87)
228. *Michel Mulliez e a. e Giuseppe Momblano, Alessandro Nizza e Giacomo Pizzi, Fabrizio Barra e Adelio Aggio e a.*, procedimenti riuniti C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C-473/03, del 4 maggio 2006, in *Racc.* 2006 p. I-03923 (ECLI:EU:C:2006:285)
229. *Maria Pupino*, causa C-105/03, del 16 giugno 2005, in *Racc.* p. I-5309 (ECLI:EU:C:2005:386)
230. *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. e altri c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-131/03 P, del 12 settembre 2006, in *Racc.* p. I-7795 (ECLI:EU:C:2006:541)
231. *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7907 (ECLI:EU:C:2005:542)
232. *Swedish Match*, causa C-210/03, del 14 dicembre 2004, in *Racc.* p. I-11893 (ECLI:EU:C:2004:802)
233. *Gaston Schul Douane-expediteur BV c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, causa C-461/03, del 6 dicembre 2005, in *Racc.* p. I-10513 (ECLI:EU:C:2005:742)
234. *ABNA e a.*, cause C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, del 6 dicembre 2005, *Racc.* p. I-10423 (ECLI:EU:C:2005:741)
235. *Filomeno Mario Miraglia*, causa C-469/03, del 10 marzo 2005, in *Racc.* p. I-2011 (ECLI:EU:C:2005:156)

236. *Syuichi Yonemoto*, causa C-40/04, dell'8 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7776 (ECLI:EU:C:2005:519)
237. *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissione*, causa C-105/04 P, del 21 settembre 2006, in *Racc.* p. I-8725 (ECLI:EU:C:2006:592)
238. *Mangold*, causa C-144/04, del 25 novembre 2005, in *Racc.* 2005, p. I-9981 (ECLI:EU:C:2005:709)
239. *Alliance for Natural Health e a.*, causa C-154/04 e C-155/04, del 12 luglio 2005, *Racc.* p. I-6451 (ECLI:EU:C:2005:449)
240. *Manfredi*, procedimenti riuniti da C-295/04 a C-298/04, del 13 luglio 2006, in *Racc.* p. I-6619 (ECLI:EU:C:2006:461)
241. *Spagna c. Consiglio*, causa C-310/04, del 7 settembre 2006, in *Racc.* p. I-07285 (ECLI:EU:C:2006:521)
242. *Parlamento c. Consiglio*, procedimenti riuniti C-317/04 e C-318/04, del 30 maggio 2006, in *Racc.* p. I-04721 (ECLI:EU:C:2006:346)
243. *Placanica, Palazzese e Sorricchio*, procedimenti riuniti C-338/04, C-359/04 e C-360/04, del 6 marzo 2007, in *Racc.* p. I-1891 (ECLI:EU:C:2007:133)
244. *Eurofood IFSC*, causa C-341/04, del 2 maggio 2006, in *Racc.* p. I-03813 (ECLI:EU:C:2006:281)
245. *Gestoras Pro Amnistía c. Consiglio*, causa C-354/04 P, del 27 febbraio 2007, *Racc.* p. I-01579 (ECLI:EU:C:2007:115)
246. *Segi c. Consiglio*, causa C-355/04 P, del 27 febbraio 2007, in *Racc.* I-01657 (ECLI:EU:C:2007:116)
247. *i-21 Germany*, cause riunite C-392/04 e C-422/04, del 19 settembre 2006, in *Racc.* p. I-8559 (ECLI:EU:C:2006:586)
248. *Dalmine SpA c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-407/04 P, del 25 gennaio 2007, in *Racc.* p. I-901 (ECLI:EU:C:2007:53)
249. *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 9 marzo 2006, in *Racc.* p. I-2333 (ECLI:EU:C:2006:165)
250. *Gasparini e altri*, causa C-467/04, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9245 (ECLI:EU:C:2006:610)
251. *Hans-Martin Tillack contro Commissione delle Comunità europee*, causa C-521/04 P, del 19 aprile 2005, in *Racc.* p. I-3103 (ECLI:EU:C:2005:240)
252. *G. J. Dokter, Maatschap Van den Top e W. Boekhout c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, causa C-28/05, del 15 giugno 2006, in *Racc.* p. I-05431 (ECLI:EU:C:2006:408)
253. *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA*, causa C-119/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-6199 (ECLI:EU:C:2007:434)
254. *Van Straaten*, causa C-150/05, del 28 settembre 2006, in *Racc.* p. I-9327 (ECLI:EU:C:2006:614)

255. *Van der Weerd*, procedimenti da C-222/05 a C-225/05, del 7 giugno 2007, *Racc.* p. I-04233 (ECLI:EU:C:2007:318)
256. *Agraz e a. c. Commissione*, causa C-243/05 P, del 9 novembre 2006, in *Racc.* p. I-10833 (ECLI:EU:C:2006:708)
257. *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, causa C-303/05, del 3 maggio 2007, in *Racc.* I-03633 (ECLI:EU:C:2007:261)
258. *Jürgen Kretzinger*, causa C-288/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-6641 (ECLI:EU:C:2007:441)
259. *Appeal of SGL Carbon AG*, causa C-328/05 P, del 10 maggio 2007, in *Racc.* p. I-3921 (ECLI:EU:C:2007:277)
260. *Laval un Partneri*, caso C-341/05, del 18 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-11767 (ECLI:EU:C:2007:809)
261. *Norma Kraaijenbrink*, causa C-367/05, del 18 luglio 2007, in *Racc.* p. I-06619 (ECLI:EU:C:2007:444)
262. *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, procedimenti riuniti C-402 e 415/05 P, del 3 settembre 2008, in *Racc.* p. I-6351 (ECLI:EU:C:2008:461)
263. *Unibet*, causa C-432/05, del 13 marzo 2007, in *Racc.* p. I-2271 (ECLI:EU:C:2007:163)
264. *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, caso C-438/05, dell'11 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-10779 (ECLI:EU:C:2007:772)
265. *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* p. I-9128 (ECLI:EU:C:2007:625)
266. *Dell'Orto*, caso C-467/05, del 28 giugno 2007, in *Racc.* p. I-5557 (ECLI:EU:C:2007:625)
267. *FIAMM e a. c. Consiglio e Commissione*, procedimenti riuniti C-120/06 P e C-121/06 P, del 9 settembre 2008, in *Racc.* p. I-6513 (ECLI:EU:C:2008:476)
268. *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, caso C-212/06, del 1 aprile 2008, in *Racc.* p. I-01683 (ECLI:EU:C:2008:178)
269. *Guido Strack c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-237/06 P, dell'8 marzo 2007, in *Racc.* p. I-33; FP-I-B-2-5; FP-II-B-2-43 (ECLI:EU:C:2007:156)
270. *Impact*, causa C-268/06, del 15 aprile 2008, in *Racc.* p. I-2483 (ECLI:EU:C:2008:223)
271. *Promusicae*, caso C-275/06, del 29 gennaio 2008, in *Racc.* p. I-271 (ECLI:EU:C:2008:54)
272. *ETI e a.*, caso C-280/06, dell'11 dicembre 2007, in *Racc.* p. I-10893 (ECLI:EU:C:2007:775)
273. *International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport*, causa C-308/06, del 3 giugno 2008, in *Racc.* p. I-04057 (ECLI:EU:C:2008:312)
274. *Chronopost e La Poste c. UFEX e a.*, casi riuniti C-341/06 e C-342/06, del 1 luglio 2008, in *Racc.* p. I-4777 (ECLI:EU:C:2008:375)

275. *Hassan e Ayadi*, casi riuniti C-399/06 P e C-403/06 P, del 3 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-11393 (ECLI:EU:C:2009:748)
276. *CAS Succhi di Frutta*, causa C-497/06 P, del 30 aprile 2009, in *Racc.* p. I-69 (ECLI:EU:C:2009:273)
277. *GlaxoSmithKline Services Unlimited e. a. c. Commissione*, procedimenti riuniti C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, 6 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-9291 (ECLI:EU:C:2009:610)
278. *Athinaiki Techniki c. Commissione*, causa C-521/06 P, del 17 luglio 2008, in *Racc.* p. I-5829 (ECLI:EU:C:2008:422)
279. *Klaus Bourquain*, causa C-297/07, dell'11 dicembre 2008, *Racc.* p. I-09425 (ECLI:EU:C:2008:708)
280. *Gorostiaga Atxalandabaso c. Parlamento*, caso C-308/07, del 19 febbraio 2009, in *Racc.* p. I-1059 (ECLI:EU:C:2009:103)
281. *Bavaria e Bavaria Italia*, causa C-343/07, del 2 luglio 2009, *Racc.* p. I-5491 (ECLI:EU:C:2009:415)
282. *Sopropé*, caso C-349/07, del 18 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-10369 (ECLI:EU:C:2008:746)
283. *Katz*, caso C-404/07, del 9 ottobre 2008, in *Racc.* p. I-7607 (ECLI:EU:C:2008:553)
284. *Frede Damgaard*, causa C-421/07, del 2 aprile 2009, in *Racc.* 2009 p. I-2629 (ECLI:EU:C:2009:222)
285. *Vladimir Turanský*, causa C-491/07, del 22 dicembre 2008, in *Racc.* p. I-11039 (ECLI:EU:C:2008:768)
286. *Küçükdeveci*, causa C-555/07, del 19 gennaio 2010, in *Racc.* p. I-365 (ECLI:EU:C:2010:21)
287. *S.P.C.M. e a.*, causa C-558/07, del 7 luglio 2009, *Racc.* p. I-5783 (ECLI:EU:C:2009:430)
288. *T-Mobile Netherlands*, causa C-8/08, del 4 giugno 2008, in *Racc.* p. I-4526 (ECLI:EU:C:2009:343)
289. *Asturcom*, causa C-40/08, del 6 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-9579 (ECLI:EU:C:2009:615)
290. *Spector Photo Group and Van Raemdonck*, causa C-45/08, del 23 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-12073 (ECLI:EU:C:2009:806)
291. *Commissione/Lussemburgo*, causa C-51/08, del 24 maggio 2011, in *Racc.* p. I-4231 (ECLI:EU:C:2011:336)
292. *Vodafone e a.*, causa C-58/08, dell'8 giugno 2010, *Racc.* p. I-4999 (ECLI:EU:C:2010:321)
293. *Pontin*, caso C-63/08, del 20 ottobre 2009, in *Racc.* p. I-10467 (ECLI:EU:C:2009:666)
294. *Akzo Nobel NV e a. c. Commissione*, causa C-97/08 P, del 10 settembre 2009, in *Racc.* p. I-8237 (ECLI:EU:C:2009:536)
295. *Abdulla*, casi riuniti C-175/08, 176/08, 178/08, 179/08, del 17 giugno 2010, in *Racc.* p. I-01493 (ECLI:EU:C:2010:105)

296. *Schmidberger, e Commissione/Germania*, C-271/08, del 10 luglio 2010, in *Racc.* p. I-07091 (ECLI:EU:C:2010:426)
297. *Santesteban Goicoechea*, caso C-296/08 PPU, del 12 agosto 2008, in *Racc.* p. I-6307 (ECLI:EU:C:2008:457)
298. *Alassini e a.*, procedimenti riuniti da C-317/08 a C-320/08, del 18 marzo 2010, in *Racc.* p. I-02213 (ECLI:EU:C:2010:146)
299. *Mayor*, caso C-323/08, del 1 dicembre 2009, in *Racc.* p. I-11621 (ECLI:EU:C:2009:770)
300. *Tomasz Rubach*, causa C-344/08, del 16 luglio 2009, in *Racc.* p. I-7033 (ECLI:EU:C:2009:482)
301. *Internationaler Hilfsfonds eV c. Commissione europea*, causa C-362/08 P, del 26 gennaio 2010, in *Racc.* p. I-669 (ECLI:EU:C:2010:40)
302. *Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA e Syndial SpA contro Ministero dello Sviluppo economico e altri*, causa C-378/08, del 9 marzo 2010, in *Racc.* p. I-01919 (ECLI:EU:C:2010:126)
303. *Leymann and Pustovarov*, causa C-388/08 PPU, del 1° dicembre 2008, in *Racc.* p. I-8993 (ECLI:EU:C:2008:669)
304. *Knauf Gips c. Commissione*, causa C-407/08 P, del 1 luglio 2010, Raccolta p. I-6375 (ECLI:EU:C:2010:389)
305. *Lafarge SA c. Commissione europea*, causa C-413/08 P, del 17 giugno 2010, in *Racc.* p. I-05361 (ECLI:EU:C:2010:346)
306. *Buzzi Unicem SpA e altri contro Ministero dello Sviluppo economico e altri (C-478/08) e Dow Italia Divisione Commerciale Srl contro Ministero Ambiente e Tutela del Territorio e del Mare e altri (C-479/08)*, cause riunite C-478/08 e C-479/08, del 9 marzo 2010, in *Racc.* p. I-00031 (ECLI:EU:C:2010:129)
307. *Chakroun*, caso C-578/08, del 4 marzo 2010, in *Racc.* p. I-01839 (ECLI:EU:C:2010:117)
308. Parere 1/09, dell'8 marzo 2011, in *Racc.* p. I-01137 (ECLI:EU:C:2011:123)
309. *General Química e altri c. Commissione*, causa C-90/09 P, del 20 gennaio 2011, in *Racc.* p. I-1 (ECLI:EU:C:2011:21)
310. *Volker und Markus Schecke and Eifert*, casi riuniti C-92/09 e C-93/09, del 9 novembre 2010, Raccolta p. I-11063 (ECLI:EU:C:2010:662)
311. *Eredics e Sápi*, caso C-205/09, del 21 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-10231 (ECLI:EU:C:2010:623)
312. *Ilonka Sayn-Wittgenstem c. Landeshauptmann von Wien*, causa C-208/09, del 22 dicembre 2010, in *Racc.* p. I-13693 (ECLI:EU:C:2010:806)
313. *Martha Nussbaumer*, causa C-224/09, del 7 ottobre 2010, in *Racc.* 2010 p. I-09295 (ECLI:EU:C:2010:594)
314. *Mantello*, caso C-261/09, del 16 novembre 2010, in *Racc.* p. I-11477 (ECLI:EU:C:2010:683)

315. *KME Germania c. Commissione*, causa C-272/09 P, dell'8 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-12789 (ECLI:EU:C:2011:810)
316. *NDSHT c. Commissione*, causa C-322/09 P, del 18 novembre 2010, in *Racc.* p. I-11911 (ECLI:EU:C:2010:701)
317. *Afton Chemical*, causa C-343/09, dell'8 luglio 2010, in *Racc.* p. I-07027 (ECLI:EU:C:2010:419)
318. *ThyssenKrupp Nirosta GmbH c. Commissione europea*, causa C-352/09 P, del 29 marzo 2011, in *Racc.* 2011 p. I-02359 (ECLI:EU:C:2011:191)
319. *Belgisch Interventie- en Restitutiebureau contro SGS Belgium NV e altri*, causa C-367/09, del 28 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-10761 (ECLI:EU:C:2010:648)
320. *Runevič-Vardyn e Wardyn*, causa C-391/09, del 12 maggio 2011, in *Racc.* p. I-3787 (ECLI:EU:C:2011:291)
321. *Gueye e Salmerón Sánchez*, casi riuniti C-483/09 e caso C-1/10, del 15 settembre 2011, in *Racc.* p. I-8263 (ECLI:EU:C:2011:583)
322. *Elf Aquitaine SA c. Commissione*, causa C-521/09 P, del 29 settembre 2011, in *Racc.* p. I-08947 (ECLI:EU:C:2011:620)
323. *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, causa C-539/09, del 15 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11235 (ECLI:EU:C:2011:733)
324. *Aurubis Bulgaria*, causa C-546/09, del 31 marzo 2011, in *Racc.* p. I-2531 (ECLI:EU:C:2011:199)
325. *E e F*, causa C-550/09, del 29 giugno 2010, in *Racc.* p. I-6213 (ECLI:EU:C:2010:382)
326. *Toshiba Corporation e a.*, caso C-17/10, del 14 febbraio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:72)
327. *Scarlet Extended*, caso C-70/10, del 24 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11959 (ECLI:EU:C:2011:771)
328. *Beneo-Orafti*, causa C-150/10, del 21 luglio 2011, *Racc.* p. I-6843 (ECLI:EU:C:2011:507)
329. *Aziz Melki e Sélim Abdeli*, procedimenti riuniti C-188/10 e C-189/10, del 22 giugno 2010, in *Racc.* p. I-5667 (ECLI:EU:C:2010:363)
330. *Urbán*, causa C-210/10, del 9 febbraio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:64)
331. *G*, caso C-292/10, del 15 marzo 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:142)
332. *Agrana Zucker*, causa C-309/10, del 28 luglio 2011, *Racc.* p. I-7333 (ECLI:EU:C:2011:531)
333. *Elenca*, causa C-385/10, del 18 ottobre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:634)
334. *Chalkor c. Commissione*, causa C-386/10 P, dell'8 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13085 (ECLI:EU:C:2011:815)

335. *KME Germany AG e a. c. Commissione*, causa C-389/10 P, dell'8 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13125 (ECLI:EU:C:2011:816)
336. *McB.*, caso C-400/10 PPU, del 5 ottobre 2010, in *Racc.* p. I-8965 (ECLI:EU:C:2010:582)
337. *Özlem Garenfeld*, causa C-405/10, del 10 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11035 (ECLI:EU:C:2011:722)
338. *N.S. e a.*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-13905 (ECLI:EU:C:2011:865)
339. *Bonnier Audio e a.*, caso C-461/10, del 19 aprile 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:219)
340. *Deutsche Post AG e Repubblica federale di Germania contro Commissione europea*, cause riunite C-463/10 P e C-475/10 P, del 13 ottobre 2011, in *Racc.* p. I-09639 (ECLI:EU:C:2011:656)
341. *Lukasz Marcin Bonda*, caso C-489/10, del 5 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:319)
342. *X*, caso C-507/10, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-14241 (ECLI:EU:C:2011:873)
343. *Deutsches Weintor*, caso C-544/10, del 6 settembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:526)
344. *Kamberaj*, caso C-571/10, del 24 aprile 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:233)
345. *Nelson e a.*, casi C-581/10 e C-629/10, del 23 ottobre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:657)
346. *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*, procedimenti riuniti riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, del 18 luglio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:518)
347. *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:105)
348. *Banco Español de Crédito*, causa C-618/10, del 14 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:349)
349. *Trade Agency*, caso C-619/10, del 6 settembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:531)
350. *Alliance One International Inc. e a. c. Commissione*, cause riunite C-628/10 P e C-14/11 P, del 19 luglio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:479)
351. *Caronna*, causa C-7/11, del 28 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:396)
352. *Vinkov*, caso C-27/11, del 7 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:326)
353. *Inter-Environment Wallonie*, causa C-41/11, del 28 febbraio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:103)

354. *Lopes Da Silva Jorge*, caso C-42/11, del 5 settembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:517)
355. *El Dridi*, causa C-61/11 PPU, del 28 aprile 2011, in *Racc.* p. I-03015 (ECLI:EU:C:2011:268)
356. *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, del 21 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-14285 (ECLI:EU:C:2011:874)
357. *Giovanardi e a.*, del 12 luglio 2012, caso C-79/11, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:448)
358. *Commissione c. Systran e Systran Luxembourg*, causa C-103/11 P, del 18 aprile 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:245)
359. *Dereci e a.*, caso C-256/11, del 15 novembre 2011, in *Racc.* p. I-11315 (ECLI:EU:C:2011:734)
360. *M. M. c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, causa C-277/11, del 22 novembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:744)
361. *Sky Österreich*, caso C-283/11, del 22 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:28)
362. *Legris Industries c. Commissione*, caso C-289/11 P, del 3 maggio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:270)
363. *Comap c. Commissione*, caso C-290/11 P, del 3 maggio 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:271)
364. *ZZ*, causa C-300/11, del 4 giugno 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:363)
365. *Achughbadian*, causa C-329/11, del 6 dicembre 2011, in *Racc.* p. I-12695 (ECLI:EU:C:2011:807)
366. *Radu*, causa C-396/11, del 29 gennaio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:39)
367. *Melloni*, causa C-399/11, del 26 febbraio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:107)
368. *Aziz*, causa C-415/11, del 14 marzo 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:164)
369. *Texdata Software*, causa C-418/11, del 26 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:588)
370. *Leth*, C-420/11, del 14 marzo 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:166)
371. *Sagor*, causa C-430/11, del 6 dicembre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:777)
372. *Schindler Holding Ltd e a. c. Commissione*, causa C-501/11 P, del 18 luglio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:522)

373. *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-583/11 P, del 3 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:625)
374. *Duarte Hueros*, causa C-32/12, del 3 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:637)
375. *Marián Baláž*, causa C-60/12, del 14 novembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:733)
376. *Deutsche Post AG contro Commissione europea*, causa C-77/12 P, del 24 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:695)
377. *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, causa C-101/12, del 17 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:661)
378. *West*, causa C-192/12 PPU, del 28 giugno 2012, in *Racc.* p. 414 (ECLI:EU:C:2012:404)
379. *Digital Rights*, cause riunite C-293 e 594/12, dell'8 aprile 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:238)
380. *Filev and Osmani*, causa C-297/12, del 19 dicembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:569)
381. *Pfleger and others*, caso C-390/12, del 20 aprile 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:281)
382. *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 27 febbraio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:98)
383. *M*, causa C-398/12, del 5 giugno 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:1057)
384. Parere 2/13 del 18 dicembre 2014, pubblicato nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:2454)
385. *Kamino International Logistics BV e Datema Hellmann Worldwide Logistics BV c. Staatssecretaris van Financiën*, procedimenti riuniti C-129/13 e C-130/13, del 3 luglio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:2041)
386. *F.*, caso C-168/13, del 30 maggio 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:358)
387. *Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, causa C-249/13, dell'11 dicembre 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:2431)
388. *G. e R.*, causa C-383/13 PPU, del 10 settembre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:533)
389. *Generali-Providencia Biztosító Zrt c. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*, causa C-470/13, del 18 dicembre 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:2469)

390. *Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e a. contro Fipa Group srl e a.*, causa C-534/13, del 4 marzo 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:140)
391. *Thierry Delvigne c. Commune de Lesparre-Médoc*, causa C-650/13, del 6 ottobre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:648)
392. *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, dell'8 settembre 2015, pubblicata nella Raccolta generale (Raccolta digitale) (ECLI:EU:C:2015:555)
393. *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 27 maggio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:586)
394. *Gavril Covaci*, causa C-216/14, del 15 ottobre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:686)
395. *WebMindLicenses Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, causa C-419/14, del 17 dicembre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:832)
396. *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 29 giugno 2016, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2016:483)
397. *EL-EM-2001 Ltd c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Dél-alföldi Regionális Vám- és Pénzügyőri Főigazgatósága*, causa C-501/14, del 19 ottobre 2016, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2016:777)
398. *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, causa C-237/15 PPU, del 16 luglio 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:474)

5.12. Conclusioni degli avvocati generali

1. *Boehringer Mannheim c. Commissione*, detta “*Boehringer IP*”, causa 7/72, del 29 novembre 1972, in *Racc.* p. 1291 (ECLI:EU:C:1972:107)
2. *Bethell c. Commissione*, causa 246/81, del 6 maggio 1982, in *Racc.* p. 2299 (ECLI:EU:C:1982:148)
3. *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Ellenica*, causa 68/88, del 21 settembre 1989, in *Racc.* p. 2972 (ECLI:EU:C:1989:281)
4. *Vessoso e Zanetti*, procedimenti riuniti C-206/88 e C-207/88, del 13 dicembre 1989, in *Racc.* 1990, p. I-1461 (ECLI:EU:C:1989:644)
5. *Anklagemyndigheden c. Hansen and Søn I/S*, causa C-326/88, del 5 dicembre 1989, in *Racc.* p. I-2919 (ECLI:EU:C:1989:609)
6. *Extramet Industrie c. Consiglio*, causa C-358/89, del 21 marzo 1991, in *Racc.* p. I-2501 (ECLI:EU:C:1991:144)
7. *Repubblica Federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-240/90, del 3 giugno 1992, in *Racc.* I-5404 (ECLI:EU:C:1992:237)
8. *Meico-Fell c Hauptzollamt Darmstadt*, causa C-273/90, del 26 settembre 1991, in *Racc.* p. I-05575 (ECLI:EU:C:1991:354)

9. *Van der Tas*, causa C-143/91, del'11 luglio 1992, in *Racc.* p. I-5045 (ECLI:EU:C:1992:260)
10. *TWD Textilwerke Deggendorf*, causa C-188/92, 15 settembre 1993, in *Racc.* p. I-833 (ECLI:EU:C:1993:358)
11. *X*, cause riunite C-74/95 e C-129/95, del 18 giugno 1996, in *Racc.* p. I-6612 (ECLI:EU:C:1996:239)
12. *Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Kingdom of Denmark, Kingdom of Sweden, Kingdom of Belgium, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Austria, and Federal Republic of Germany*, casi C-466/98, 467/98, 468/98, 471/98, 472/98, 475/98, 476/98, del 31 gennaio 2002, in *Racc.* p. I-9427 (ECLI:EU:C:2002:63)
13. *Associazione agricoltori della provincia di Rovigo e a. c. Commissione e a.*, causa C-142/95 P, del 12 settembre 1996, in *Racc.* p. I-6669 (ECLI:EU:C:1996:325)
14. *Commissione c. Irlanda*, causa C-354/99, del 18 ottobre 2001, in *Racc.* p. I-7660 (ECLI:EU:C:2001:202)
15. *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, causa C-50/00, del 25 luglio 2002, in *Racc.* p. I-6681 (ECLI:EU:C:2002:197)
16. *Aalborg Portland A/S c. Commissione delle CE*, procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, del'11 febbraio 2003, in *Racc.* p. I-133 (ECLI:EU:C:2003:85)
17. *Gözütok e Brügger*, procedimenti riuniti C-187/01 e C-385/01, del 19 settembre 2002, in *Racc.* p. I-1345 (ECLI:EU:C:2002:516)
18. *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri e altri*, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02 e C-403/02, del 14 ottobre 2014, in *Racc.* p. I-3568 (ECLI:EU:C:2004:624)
19. *Antonio Niselli*, causa C-457/02, del 10 giugno 2004, in *Racc.* p. I-10855 (ECLI:EU:C:2004:365)
20. *Spain v Eurojust*, causa C-160/03, del 16 dicembre 2004, in *Racc.* p. I-2079 (ECLI:EU:C:2004:817)
21. *Commissione c. Consiglio*, causa C-176/03, del 13 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7881 (ECLI:EU:C:2005:311)
22. *Cristiano Marrosu et al. v Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, causa C-53/04, del 20 settembre 2005, in *Racc.* p. I-7215 (ECLI:EU:C:2005:569)
23. *Leopold Henri Van Esbroeck*, causa C-436/04, del 20 ottobre 2005, in *Racc.* p. I-2336 (ECLI:EU:C:2005:630)
24. *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, del 23 ottobre 2007, in *Racc.* p. I-9100 (ECLI:EU:C:2007:393)
25. *ETI e a.*, causa C-280/06, del 3 luglio 2007, in *Racc.* p. I-10893 (ECLI:EU:C:2007:404)
26. *The Queen, su istanza di: International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko), International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo), Greek Shipping Co-operation*

Committee, Lloyd's Register, International Salvage Union c. The Secretary of State for Transport, causa C-308/06, del 20 novembre 2007 (ECLI:EU:C:2007:689)

27. *Union General de Trabajadores de la Rioja (UGT-Rioja) e al. v Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e al.*, casi riuniti dal C-428/06 al C-434/06, del 18 maggio 2008 (ECLI:EU:C:2008:262)
28. *Michaeler e a.*, cause riunite C-55/07 e C-56/07, del 24 gennaio 2008, in *Racc.* p. I-3135 (ECLI:EU:C:2008:42)
29. *Michaniki AE v Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, causa C-213/07, del 8 ottobre 2008 (ECLI:EU:C:2008:544)
30. *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)*, causa C-222/07, del 4 settembre 2008 (ECLI:EU:C:2008:468)
31. *Staatsanwaltschaft Regensburg c. Bourquain*, causa C-297/07, dell'11 dicembre 2008, in *Racc.* I-9425 (ECLI:EU:C:2008:206)
32. *Toshiba Corporation e a.*, causa C-17/10, dell'8 settembre 2011, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2011:552)
33. *Łukasz Marcin Bonda*, causa C-489/10, 15 dicembre 2011, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2011:845)
34. *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, del 12 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:340)
35. *Mohsen Afrasiabi e altri*, causa C-72/11, del 16 novembre 2011, in *Racc.* p. I-14285 (ECLI:EU:C:2011:737)
36. *Radu*, causa C-396/11, del 29 gennaio 2013, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:648)
37. *Melloni*, causa C-399/11, del 2 ottobre 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2012:600)
38. *Schenker & Co. AG e altri*, causa C-681/11, del 28 febbraio 2013, pubblicate nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:126)
39. *Herbert Schaible contro Land Baden-Württemberg*, causa C-101/12, del 17 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:334)
40. *A. M. van der Ham e A. H. van der Ham-Reijersen van Buuren contro College van Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, causa C-396/12, del 24 ottobre 2013, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2013:698)
41. *Ivo Taricco e altri*, causa C-105/14, del 30 aprile 2015, pubblicate nella Raccolta generale (Raccolta digitale) (ECLI:EU:C:2015:293)
42. *Gavril Covaci*, causa C-216/14, del 7 maggio 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:305)
43. *Zoran Spasic*, causa C-129/14 PPU, del 2 maggio 2014, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2014:739)

44. *Piotr Kossowski*, causa C-486/14, del 15 dicembre 2015, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:C:2015:812)

5.13. Giurisprudenza del Tribunale

1. *SCA Holding Ltd c. Commissione delle CE*, causa T-327/94, del 14 maggio 1998, in *Racc.* p. II-1373 (ECLI:EU:T:1998:96)
2. *Compagnie Générale Maritime c. Commissione delle CE*, causa T-86/95, in *Racc.* p. II-00179 (ECLI:EU:T:2002:50)
3. *Mannesmannröhren-Werke AG c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-112/98, del 20 febbraio 2001, in *Racc.* 2001 p. II-00729 (ECLI:EU:T:2001:61)
4. *LR AF 1998 A/S c. Commissione delle CE*, causa T-23/99, del 20 marzo 2002, in *Racc.* p. II-1705 (ECLI:EU:T:2002:75)
5. *Ventouris Group Enterprises SA contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-59/99, dell'11 dicembre 2003, in *Racc.* 2003 p. II-05257 (ECLI:EU:T:2003:334)
6. *Artogodan*, cause riunite T-74, 76, 83-85, 132, 127 e 142/00, del 26 novembre 2002, in *Racc.* p. II-04945 (ECLI:EU:T:2002:283)
7. *Gómez-Reino*, causa T-215/02, del 18 dicembre 2003, in *Racc.* p. FP-I-A-00345; FP-II-01685 (ECLI:EU:T:2003:352)
8. *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG e altri c. Commissione*, casi riuniti dal T-259/02 al T-264/02 e T-271/02, del 14 dicembre 2006, in *Racc.* p. II-5200 (ECLI:EU:T:2006:396)
9. *Degussa AG c. Commissione delle Comunità europee.*, causa T-279/02, del 5 aprile 2006, in *Racc.* p. II-00897 (ECLI:EU:T:2006:103)
10. *Comunidad Autónoma de Andalucía c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-29/03, del 13 luglio 2004, in *Racc.* p. II-02923 (ECLI:EU:T:2004:235)
11. *Manel Camós Grau contro Commissione delle Comunità europee*, causa T-96/03, del 9 giugno 2004, in *Racc.* 2004 FP-I-A-157; FP-II-707 (ECLI:EU:T:2004:172)
12. *AC Treuhand c. Commissione*, causa T-99/04, dell'8 luglio 2008, in *Racc.* p. II-01501 (ECLI:EU:T:2008:256)
13. *Hans-Martin Tillack c. Commissione delle Comunità europee*, Causa T-193/04, del 4 ottobre 2006, in *Racc.* p. II-3995 (ECLI:EU:T:2006:292)
14. *French Republic v Commission*, caso T-240/04, del 17 settembre 2007, in *Racc.* p. II-4035 (ECLI:EU:T:2007:290)
15. *Franchet e Byk c. Commissione*, causa T-48/05, dell'8 luglio 2008, in *Racc.* p. II-1585 (ECLI:EU:T:2008:257)
16. *MTZ Polyfilms Ltd c. Consiglio*, caso T-143/06, del 17 novembre 2009, in *Racc.* p. II-4133 (ECLI:EU:T:2009:441)
17. *Germania c. Commissione*, causa T-258/06, del 20 maggio 2010, in *Racc.* p. II-02027 (ECLI:EU:T:2010:214)

18. *Sogelma c. EAR*, causa T-411/06, dell'8 ottobre 2008, in *Racc.* p. II-02771 (ECLI:EU:T:2008:419)
19. *Kadi II, Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea*, causa T-85/09, del 30 settembre 2010, in *Racc.* 2010 p. II-5177 (ECLI:EU:T:2010:418)
20. *Commissione europea c. Antonello Violetti e altri e Nadine Schmit*, causa T-261/09 P, del 20 maggio 2010, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale) (ECLI:EU:T:2010:215)
21. *E.ON Ruhrgas AG e. a. c. Commissione*, causa T-360/12, del 29 giugno 2012, pubblicata nella Raccolta digitale (Raccolta generale – parte "informazioni sulle decisioni non pubblicate") (ECLI:EU:T:2015:214)

5.14. Giurisprudenza della CEDU

1. *Golder c. Regno Unito*, ricorso n. 4451/70, del 21 febbraio 1975
2. *The Sunday Times c. Regno Unito* (n. 1), ricorso n. 6538/74, del 26 aprile 1979
3. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72, del 8 giugno 1976
4. *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, ricorsi n. 6210/73, 6877/75 e 7132/75, del 28 novembre 1978
5. *Artico c. Italia*, ricorso n. 6694/74, del 13 maggio 1980
6. *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, ricorsi n. 6878/75 e 7238/75, del 23 giugno 1981
7. *Deweert c. Belgio*, ricorso n. 6903/75, del 27 febbraio 1980
8. *Albert e Le Compte c. Belgio*, ricorsi n. 7299/75 e 7496/76, del 1 febbraio 1983
9. *Krause c. Svizzera*, ricorso n. 7986/77, del 3 ottobre 1978
10. *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ricorsi n. 7819/77 e 7878/77, del 6 maggio 1978
11. *Eckle c. Germania*, ricorso n. 8130/78, del 15 luglio 1982
12. *Jespers c. Belgio*, ricorso n. 8403/78, del 15 ottobre 1983
13. *Kröcher e Möller c. Svizzera*, ricorso n. 8463/78, del 9 luglio 1981
14. *Öztürk c. Germania*, ricorso n. 8544/79, del 21 febbraio 1984
15. *Skoogström c. Svezia*, ricorso n. 8582/79, del 15 luglio 1982
16. *Minelli c. Svizzera*, ricorso n. 8660/79, del 25 marzo 1983
17. *Can c. Austria*, ricorso n. 9300/81, del 30 settembre 1985
18. *Kamasinski c. Austria*, ricorso n. 9783/82, del 19 dicembre 1989
19. *Lutz c. Germania*, ricorso n. 9912/82, del 25 agosto 1987

20. *Englert c. Germania*, ricorso n. 10282/83, del 25 agosto 1987
21. *Belilos c. Svizzera*, ricorso n. 10328/83, del 29 aprile 1988
22. *Salabiaku c. Francia*, ricorso n. 10519/83, del 7 ottobre 1988
23. *Barberà, Messegué e Jabardo c. Spagna*, ricorso n. 10590/83, del 6 dicembre 1998
24. *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84, del 25 febbraio 1993
25. *Bricmont c. Belgio*, ricorso n. 10857/84, del 7 luglio 1989
26. *Schenk c. Svizzera*, ricorso n. 10862/84, del 12 luglio 1988
27. *Brozicek c. Italia*, ricorso n. 10964/84, del 19 dicembre 1989
28. *Kurup c. Danimarca*, ricorso n. 11219/84, del 10 luglio 1985
29. *Delta c. Francia*, ricorso n. 11444/85, del 19 dicembre 1990
30. *Granger c. Regno Unito*, ricorso n. 11932/86, del 28 marzo 1990
31. *Fox, Campbell e Hartley*, ricorsi n. 12244/86, 12245/86 e 12383/86, del 30 agosto 1990
32. *Vidal c. Belgio*, ricorso n. 12351/86, del 22 aprile 1992
33. *Lüdi c. Svizzera*, ricorso n. 12433/86, del 15 giugno 1992
34. *Bendenoun c. Francia*, ricorso n. 12547/86, del 24 febbraio 1994
35. *S. c. Svizzera*, ricorsi n. 12629/87 e 13965/88, del 28 novembre 1991
36. *Quaranta c. Svizzera*, ricorso n. 12744/87, del 24 maggio 1991
37. *Hadjinastassiou c. Grecia*, ricorso n. 12945/87, del 16 dicembre 1992
38. *Edwards c. Regno Unito*, ricorso n. 13071/87, del 16 dicembre 1992
39. *Sekanina c. Austria*, ricorso n. 13126/87, del 25 agosto 1993
40. *Pham Hoang c. Francia*, ricorso n. 13191/87, del 25 settembre 1992
41. *Croissant c. Germania*, ricorso n. 13611/88, del 25 febbraio 1992
42. *Imbrioscia c. Svizzera*, ricorso n. 13972/88, del 24 novembre 1993
43. *T c. Italia*, ricorso n. 14104/88, del 12 ottobre 1992
44. *Kokkinakis c. Grecia*, ricorso n. 14307/88, del 25 maggio 1993
45. *Saïdi c. Francia*, ricorso n. 14647/89, del 20 settembre 1993
46. *Allenet de Ribemont c. Francia*, ricorso n. 15175/89, del 10 febbraio 1995
47. *G. c. Francia*, ricorso n. 15312/89, del 27 settembre 1995

48. *Schmautzer c. Austria*, ricorso n. 15523/89, del 23 ottobre 1995
49. *Umlauft c. Austria*, ricorso n. 15527/89, del 23 ottobre 1995
50. *Gradinger c. Austria*, ricorso n. 15963/90, del 23 ottobre 1995
51. *Pramstaller c. Austria*, ricorso n. 16713/90, del 23 ottobre 1995
52. *Palaoro c. Austria*, ricorso n. 16718/90, del 28 giugno 1994
53. *Pfarrmeier c. Austria*, ricorso n. 16841/90, del 23 ottobre 1995
54. *Welch c. Regno Unito*, ricorso n. 17440/90, del 9 febbraio 1995
55. *Cantoni c. Francia*, ricorso n. 17862/91, dell'11 novembre 1996
56. *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, ricorso n. 18139/91, del 13 luglio 1995
57. *Murray c. Regno Unito*, ricorso n. 18731/91, dell'8 febbraio 1996
58. *Nideröst-Huber c. Svizzera*, ricorso n. 18990/91, del 18 febbraio 1997
59. *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, del 17 dicembre 1996
60. *Benham c. Regno Unito*, ricorso n. 19380/92, del 10 giugno 1996
61. *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, ricorso n. 19874/92, del 7 agosto 1996
62. *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, ricorso n. 19958/92, del 29 agosto 1997
63. *S.W. v. the United Kingdom*, ricorso n. 20166/92, del 22 novembre 1995
64. *Tinnelly & Sons Ltd e altri e McElduff e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 20390/92, del 10 luglio 1998
65. *Medenica c. Svizzera*, ricorso n. 20491/92, del 14 giugno 2001
66. *Doorson c. Paesi Bassi*, ricorso n. 20524/92, del 26 marzo 1996
67. *M.S. c. Svezia*, ricorso n. 20837/92, del 27 agosto 1997
68. *E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, ricorso n. 20919/92, del 29 agosto 1997
69. *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93, del 23 aprile 1997
70. *Aksoy c. Turchia*, ricorso n. 21987/93, del 18 dicembre 1996
71. *Daud c. Portogallo*, ricorso n. 22600/93, del 21 aprile 1998
72. *Ilhan c. Turchia*, ricorso n. 22277/93, del 27 giugno 2000
73. *Bernard c. Francia*, ricorso n. 22885/93, del 23 aprile 1998
74. *Aydin c. Turchia*, ricorso n. 23178/94, del 25 settembre 1997

75. *Tanrikulu c. Turchia*, ricorso n. 23763/94, dell'8 luglio 1999
76. *Mattocchia c. Italia*, ricorso n. 23969/94, del 25 luglio 2000
77. *Perks e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 25277/94, 25279/94, 25280/94, 25282/94, 25285/94, 28048/95, 28192/95 e 28456/95, del 12 ottobre 1999
78. *Pélissier e Sassi c. Francia*, ricorso n. 25444/94, del 25 marzo 1999
79. *Ipek c. Turchia*, ricorso n. 25760/94, del 17 febbraio 2004
80. *Teixeira de Castro c. Portogallo*, ricorso n. 25829/94, del 9 giugno 1998
81. *Lauko c. Slovacchia*, ricorso n. 26138/95, del 2 settembre 1998
82. *Labita c. Italia*, ricorso n. 26772/95, del 6 aprile 2000
83. *Lagerblom c. Svezia*, ricorso n. 26891/95, del 14 gennaio 2003
84. *Jasper c. Regno Unito*, ricorso n. 27052/95, del 16 febbraio 2000
85. *Kadubec c. Slovacchia*, ricorso n. 27061/95, del 2 settembre 1998
86. *Rushiti c. Austria*, ricorso n. 28389/95, del 21 marzo 2000
87. *Peers c. Grecia*, ricorso n. 28524/95, del 19 aprile 2001
88. *Rowe e Davis c. Regno Unito*, ricorso n. 28901/95, del 16 febbraio 2000
89. *Lamanna c. Austria*, ricorso n. 28923/95, del 10 luglio 2001
90. *Z. e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 29392/95, del 10 maggio 2001
91. *CGP c. Paesi Bassi*, ricorso n. 29835/96, del 15 gennaio 1997
92. *Kudla c. Polonia*, ricorso n. 30210/96, del 26 ottobre 2010
93. *Güngör c. Germania*, ricorso n. 31540/96, del 17 maggio 2001
94. *Talat Tunc c. Turchia*, ricorso n. 32432/96, del 27 marzo 2007
95. *Coëme e altri c. Belgio*, procedimenti n. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, del 22 giugno 2000
96. *Forum Corporation Oil c. Finlandia*, ricorso n. 32559/96, del 15 luglio 2003
97. *Telfner c. Austria*, ricorso n. 33501/96, del 20 marzo 2001
98. *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, ricorsi n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, del 22 marzo 2001
99. *S.N. c. Svezia*, ricorso n. 34209/96, del 2 luglio 2002
100. *Janosevic c. Svezia*, ricorso n. 34619/97, del 23 luglio 2002

101. *Heaney and McGuinness c. Irlanda*, ricorso n. 34720/97, del 21 dicembre 2000
102. *Vaudelle c. Francia*, ricorso n. 35683/97, del 30 gennaio 2001
103. *Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic c. Svezia*, ricorso n. 36985/97, del 23 luglio 2002
104. *Böhmer c. Germania*, ricorso n. 37568/97, del 3 ottobre 2002
105. *Czekalla c. Portogallo*, ricorso n. 38830/97, del 10 ottobre 2002
106. *Maaouia c. Francia*, ricorso n. 39652/98, del 5 ottobre 2000
107. *Brennan c. Regno Unito*, ricorso n. 39846/98, del 16 ottobre 2001
108. *Phillips c. Regno Unito*, ricorso n. 41087/98, del 12 dicembre 2001
109. *Iovchev c. Bulgaria*, ricorso n. 41211/98, del 2 febbraio 2006
110. *Capeau c. Belgio*, ricorso n. 42914/98, del 13 gennaio 2005
111. *Marziano c. Italia*, ricorso n. 45313/99, del 28 novembre 2002
112. *Öcalan c. Turchia*, ricorso no. 46221/99, del 12 maggio 2005
113. *A.H. c. Finlandia*, ricorso n. 46602/99, del 10 maggio 2007
114. *Zigarella c. Italie*, ricorso n. 48154/99, del 3 ottobre 2002
115. *Allans c. Regno Unito*, ricorso n. 48539/99, del 5 novembre 2002
116. *Butkevičius c. Lituania*, ricorso n. 48297/99, del 26 marzo 2002
117. *Priebke c. Italia*, ricorso n. 48799/99, del 5 aprile 2001
118. *Perna c. Italia*, ricorso n. 48898/99, del 6 maggio 2003
119. *Laukkanen e Manninem c. Finlandia*, ricorso n. 50230/99, del 3 febbraio 2004
120. *Guerin c. 5 Stati membri dell'EU*, causa n. 51717/99, del 4 luglio 2000
121. *Rybacki c. Polonia*, ricorso n. 52479/99, del 13 gennaio 2009
122. *Čanády c. Slovacchia*, ricorso n. 53371/99, del 16 novembre 2004
123. *Radio France e altri c. Francia*, ricorso n. 53984/00, del 30 marzo 2004
124. *Padalov c. Bulgaria*, ricorso n. 54784/00, del 10 agosto 2006
125. *Jalloh c. Germania*, ricorso n. 54810/00, del 11 luglio 2006
126. *Sejdovic c. Italia*, ricorso n. 56581/00, del 1 marzo 2006
127. *Destrehem c. Francia*, ricorso n. 56651/00, del 18 maggio 2004
128. *Lavents c. Lettonia*, ricorso n. 58442/00, del 28 novembre 2002

129. *Paulino Tomás c. Portogallo*, ricorso n. 58698/00, del 27 marzo 2003
130. *Kouzmin c. Russia*, ricorso n. 58939/00, del 18 marzo 2010
131. *Papalia c. Italia*, ricorso n. 60395/00, del 23 giugno 2005
132. *Guilloury c. Francia*, ricorso n. 62236/00, del 22 giugno 2006
133. *Zaicevs c. Lettonia*, ricorso n. 65022/01, del 31 luglio 2007
134. *Falk c. Paesi Bassi*, ricorso n. 66273/01, del 19 ottobre 2004
135. *Achour c. Francia*, ricorso n. 67335/01, del 10 novembre 2004
136. *Bäckström e Andersson c. Svezia*, ricorso n. 67930/01, del 5 settembre 2006
137. *Somogyi c. Italia*, ricorso n. 67972/01, del 18 maggio 2004
138. *De Lorenzo c. Italia*, ricorso n. 69264/01, del 12 febbraio 2004
139. *Jussila c. Finlandia*, ricorso n. 73053/01, del 23 novembre 2006
140. *Stanford c. Regno Unito*, ricorso n. 73299/01, del 12 dicembre 2002
141. *Sala I Griso c. Spagna*, ricorso n. 78023/01, del 3 dicembre 2002
142. *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 75909/01, del 10 maggio 2002
143. *Puig Panella c. Spagna*, ricorso n. 1483/02, del 25 aprile 2006
144. *Tarău c. Romania*, ricorso n. 3584/02, del 24 febbraio 2009
145. *Bykov c. Russia*, ricorso n. 4378/02, del 10 marzo 2009
146. *Carta c. Italia*, ricorso n. 4548/02, del 20 aprile 2006
147. *Falkner c. Austria*, ricorso n. 6072/02, del 30 settembre 2004
148. *Segi e altri c. 15 Stati membri*, ricorsi n. 6422/02 e 9916/02, del 23 maggio 2002
149. *Mione c. Italia*, ricorso n. 7856/02, del 12 febbraio 2004
150. *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, del 29 giugno 2007
151. *Hermi c. Italia*, ricorso n. 18114/02, del 18 ottobre 2006
152. *Ščiukina c. Lituania*, ricorso n. 19251/02, del 5 dicembre 2006
153. *Plonka c. Polonia*, ricorso n. 20310/02, del 31 marzo 2009
154. *Aktan c. Turchia*, ricorso n. 20863/02, 2 ottobre 2008
155. *Galstyan c. Armenia*, ricorso n. 26986/03, del 15 novembre 2007
156. *Milan c. Italia*, ricorso n. 32219/02, del 2 dicembre 2004

157. *Mattei c. Francia*, ricorso n. 34043/02, del 19 dicembre 2006
158. *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02, del 27 novembre 2008
159. *Trymbach c. Ucraina*, ricorso n. 44385/02, del 12 gennaio 2012
160. *Dayanan c. Turchia*, ricorso n. 7377/03, del 13 gennaio 2010
161. *Vos c. Francia*, ricorso n. 10039/03, del 5 dicembre 2006
162. *Scoppola c. Italia (n. 2)*, ricorso n.10249/03, del 17 settembre 2009
163. *Dayanan c. Turchia*, ricorso n. 7377/03, del 13 gennaio 2010
164. *Custers, Deveaux et Turk c. Danimarca*, ricorsi n. 11843/03, 11847/03 e 11849/03, del 3 maggio 2007
165. *Saadi v. The United Kingdom*, ricorso n. 13229/03, del 29 gennaio 2008
166. *Sergey Zolotukhin c. Russia*, ricorso n. 14939/03, del 10 febbraio 2009
167. *Husain c. Italia*, ricorso n. 18913/03, del 24 febbraio 2005
168. *Martelli c. Italia*, ricorso n. 20402/03, del 12 aprile 2007
169. *Bayatyan c. Armenia*, ricorso n. 23459/03, 7 luglio 2011
170. *Haralampiev c. Bulgaria*, ricorso n. 29648/03, del 24 aprile 2012
171. *Geerings c. Paesi Bassi*, ricorso n. 30810/03, del 1 marzo 2007
172. *Sannino c. Italia*, ricorso n. 30961/03, del 27 aprile 2006
173. *Panovits c. Cipro*, ricorso n. 4268/04, dell'11 dicembre 2008
174. *Mirilashvili c. Russia*, ricorso n. 6293/04, dell'11 dicembre 2008
175. *Jiga c. Romania*, ricorso n. 14352/04, del 16 marzo 2010
176. *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, procedimenti n. 14902/04, del 20 settembre 2011
177. *Cooperative des Agriculteurs de Mayenne and Cooperative Laitière Maine-Anjou c. Francia*, ricorso n. 16931/04, del 10 ottobre 2006
178. *Van Offèren c Paesi Bassi*, ricorso n. 19581/04, del 5 luglio 2005
179. *Kafkaris c. Cipro*, ricorso n. 21906/04, del 12 febbraio 2008
180. *Matijašević c. Serbia*, ricorso n. 23037/04, del 19 settembre 2006
181. *Popov c. Russia*, ricorso n. 26853/04, del 13 luglio 2006
182. *Yoldaş c. Turchia*, ricorso n. 27503/04, del 23 febbraio 2010

183. *Kononov c. Lettonia*, ricorso n. 36376/04, del 17 maggio 2010
184. *A. e altri c. Regno Unito*, ricorso n. 3455/05, del 19 febbraio 2009
185. *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij ua c. Paesi Bassi*, ricorso n. 13645/05, del 20 gennaio 2009
186. *Hany c. Italia*, ricorso n. 17543/05, del 6 novembre 2007
187. *Orban e altri c. Francia*, ricorso n. 20985/05, 15 gennaio 2009
188. *Gäfgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05, del 1 giugno 2010
189. *Al-Kawaja e Tahery c. Regno Unito*, ricorso n. 26766/05 e 22228/06, del 15 dicembre 2011
190. *Ramishvili e Kokhreidze c. Georgia*, ricorso n. 1704/06, del 27 gennaio 2009
191. *Sabanovic c. Montenegro e Serbia*, ricorso n. 5995/06, del 31 maggio 2011
192. *Lebedev c. Russia*, ricorsi nn. 11082/06 e 13772/05, del 25 luglio 2013
193. *Booker c. Italia*, ricorso n. 12648/06, del 14 settembre 2006
194. *Bannikova c. Russia*, ricorso n. 18757/06, del 4 novembre 2010
195. *Mika c. Svezia*, ricorso n. 31243/06, del 27 gennaio 2009
196. *Previti c. Italia (n. 2)*, ricorso n. 45291/06, dell'8 dicembre 2009
197. *Rasnik c. Italia*, ricorso n. 45989/06, del 10 luglio 2007
198. *Brusco c. Francia*, ricorso n. 1466/07, del 14 ottobre 2010
199. *Diallo c. Svezia*, ricorso n. 13205/07, del 5 gennaio 2010
200. *Morabito c. Italia*, ricorso 21743/07, del 27 aprile 2010
201. *Santos Couto c. Portogallo*, ricorso n. 31874/07, 21 settembre 2010
202. *Fatullayev c. Azerbaijan*, ricorso n. 40984/07, del 22 aprile 2010
203. *Poncelet c. Belgio*, ricorso n. 44418/07, del 30 marzo 2010
204. *Konstas c. Grecia*, ricorso n. 53466/07, del 24 maggio 2011
205. *Stojkovic c. Francia e Belgio*, ricorso n. 25303/08, del 27 ottobre 2011
206. *G. c. Regno Unito*, ricorso n. 37334/08, del 30 agosto 2011
207. *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08, del 27 settembre 2011
208. *Sebalj c. Croazia*, ricorso n. 4429/09, del 28 giugno 2011
209. *Varvara c. Italia*, ricorso n. 17475/09, del 29 ottobre 2013
210. *M.S.S. v. Belgium and Greece*, ricorso n. 30696/09, del 21 gennaio 2011

211. *Del Río Prada c. Spagna*, ricorso n. 42750/09, del 21 ottobre 2013
212. *Grande Stevens e altri c. Italia*, ricorsi n. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, del 4 marzo 2014
213. *Camilleri c. Malta*, ricorso n. 42931/10, del 22 gennaio 2013
214. *Nykanen c. Finlandia*, ricorso n. 11828/11, del 20 maggio 2014
215. *Glantz c. Finlandia*, ricorso n. 37394/11, del 20 maggio 2014
216. *Navone e altri c. Monaco*, ricorsi n. 62880/11, 62892/11 e 62899/11, del 24 ottobre 2013
217. *Kapetanios e altri c. Grecia*, ricorsi n. 3453/12, 49241/12 e 9028/13, del 30 aprile 2015
218. *Rinas c. Finlandia*, ricorso n. 17039/13 del 27 gennaio 2015
219. *Österlund c. Finlandia*, ricorso n. 53197/13, del 10 febbraio 2015
220. *X c. Regno Unito*, 1980, 19 DR 223

5.15. Altra giurisprudenza

5.15.1. Internazionale

1. Tribunale Internazionale per la ex-Jugoslavia, del 29 novembre 2002, *Mitar Vasilievic*, causa n. IT-98-32-T

5.15.2. Danimarca

2. Corte Suprema danese, sentenza del 6 aprile 1998, No. I 361/1997, [traduzione non ufficiale consultabile online al seguente indirizzo: <http://www.euo.dk/upload/application/pdf/938-b9745/Supreme%20Court.pdf>]

5.15.3. Francia

3. Conseil Constitutionnel, 27 luglio 2006, n. 2006-540 DC

5.15.4. Germania

5.15.4.1. Corte costituzionale

4. Corte Costituzionale tedesca, BVerfGE 37, 271 vom 29. Mai 1974, 2 BvL 52/71 (Solange I)
5. Corte Costituzionale tedesca, BVerfGE 58, 1 vom 23. Juni 1981, 2 BvR 1107/77, 2 BvR 1124/77, 2 BvR 195/79 (Eurocontrol I)
6. Corte Costituzionale tedesca, BVerfGE 73, 339 vom 22. Oktober 1986, Az: 2 BvR 197/83 (Solange II)
7. Corte Costituzionale tedesca, BVerfGE 89, 155 vom 12. Oktober 1993, Az: 2 BvR 2134, 2159/92 (sentenza del Trattato di Maastricht)
8. Corte Costituzionale tedesca, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 18. Juli 2005 - 2 BvR 2236/04 (sentenza sul Mandato di arresto europeo)

9. Corte Costituzionale tedesca, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 - 2 BvE 2/08 (sentenza sul Trattato di Lisbona)

10. Corte Costituzionale tedesca, BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2011

5.15.4.2. Corte suprema

11. Corte Federale tedesca, decisione del 25 ottobre 2010, BGH1StR57/10

5.15.4.3. Altri tribunali

12. Tribunale di Aachen, decisione dell'8 dicembre 2010, 52 Ks 9/08 (Boere)

5.15.5. Grecia

13. Corte Suprema greca (Areopag), sentenza N.1/2011, del 9 giugno 2011

5.15.6. Italia

5.15.6.1. Corte costituzionale

14. Corte Costituzionale italiana, 8 giugno 1984, n. 170 (Granital), in *Giur. Cost.* 1984, p. 1222

15. Corte Costituzionale italiana, 21 aprile 1989, n. 232 (Fragd)

16. Corte Costituzionale italiana, 6 aprile 2011, n. 136

5.15.6.2. Altri tribunali

17. Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 6 luglio 2011, N.12396/92RG N.R-N. 3351/94 RG G.I.P.

5.15.7. Lituania

18. Corte Costituzionale lituana, sentenza del 7 aprile 2009, No. 2008-35

5.15.8. Polonia

19. Corte Costituzionale polacca, decisione dell'11 maggio 2005, No. K 18/04

20. Corte Costituzionale polacca, decisione del 24 novembre 2010, No. K32/09 (Dz.U. No. 229, it 1506)

5.15.9. Repubblica ceca

21. Corte Costituzionale della Repubblica Ceca, decisione dell'8 marzo 2006, Pl. US 50/04

22. Corte Costituzionale della Repubblica Ceca, decisione del 3 maggio 2006, Pl. US 434/2006 Sb

23. Corte Costituzionale della Repubblica Ceca, decisione del 26 novembre 2008, Pl. US 19/08

24. Corte Costituzionale della Repubblica Ceca, decisione del 3 novembre 2009, Pl. US 29/09

Vers un Parquet européen ?**Entre effectivité et droits fondamentaux****Résumé**

La thèse, subdivisée en deux parties, vise à définir quelle configuration doit caractériser le Parquet européen afin qu'il assure l'efficace répression des infractions pénales qui relèvent de sa compétence matérielle et, en même temps, qu'il assure la protection des droits fondamentaux de toute personne impliquée dans la procédure par lui-même engagée. La première partie est dédiée à l'analyse de la configuration qui doit caractériser le Parquet européen afin qu'il réprime de manière efficace les infractions pénales qui relèvent de sa compétence. Le premier titre est dédié à la définition du sens et de la portée du principe d'effectivité en droit pénal européen, tandis que dans le deuxième titre ils seront examinés le statut et l'organisation interne du Parquet européen, les relations du Parquet européen avec ses partenaires, notamment avec Eurojust et OLAF, ainsi que les infractions relevant de sa compétence matérielle. La deuxième partie porte sur l'analyse de la configuration qui doit caractériser le Parquet européen afin qu'ils soient respectés les droits fondamentaux des personnes concernées par ses enquêtes. Dans le premier titre nous analyserons le contenu et la portée des principes fondamentaux reconnus au niveau européen en matière de droit pénal européen, tant matériel que processuel. Dans le deuxième titre nous vérifions si ces droits fondamentaux ont été respectés en déterminant les pouvoirs du Parquet européen et les règles de procédure relatives aux enquêtes et aux poursuites. Il seront en particulier évalués les modalités d'exercice des fonctions de poursuite, les conditions d'utilisation, devant les juges du fond, des éléments de preuve recueillis, les règles concernant les garanties procédurales, les modalités de contrôle juridictionnel des enquêtes et des poursuites, ainsi que les règles du régime de protection des données.

Mot-clés : Parquet européen, droit pénal européen, droits fondamentaux, effectivité.

Résumé en anglais

The thesis, divided into two parts, offers an assessment of how the EPPO should be configured to be able to act as a real European prosecution service ensuring the effective prosecution of perpetrators of offences which fall within its material competence while complying with fundamental rights guaranteed at the EU level. The first part examines the content and the scope of the principle of effectiveness at the EU level, specifically in European criminal law. The relevance of the principle of effectiveness for choosing legal bases to be employed for harmonising substantive and procedural criminal law at EU level is analysed. Attention is paid to the structure which the EPPO needs to have to ensure the effectiveness of EU's policies and of its own investigations. The analysis thus covers the statute of the EPPO as well as its organisation and relations with other entities acting within the Area of Freedom, Security and Justice. It also covers multiple questions pertaining to delimitation of the EPPO's material competence in the light of the principle of effectiveness. The second part analyses the content and significance of both procedural and substantive fundamental rights in criminal matters at EU level. To do so, an evaluation of the characteristics, which the EPPO needs to ensure that fundamental rights are safeguarded, is carried out. This is performed via examination of powers to be attributed to the EPPO, of the rules on initiation and conduct of investigations and admissibility of evidence as well as of the procedural guarantees for individuals involved in criminal proceedings and judicial review over decisions of the EPPO.

Keywords : European Public Prosecutor's Office, european criminal law, fundamental rights, effectiveness.