

# Processo penale, diritto amministrativo punitivo e cooperazione nell'unione europea

Verso la definizione di uno statuto comune dei diritti dell'indagato e del soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo

## *Criminal Trial, Punitive Administrative Law and Cooperation in the European Union*

*Towards the Definition of Common Standards for the Rights of the Defence during Criminal and Administrative Proceedings*

GIULIA LASAGNI

*Dottoressa di ricerca in procedura penale presso l'Università di Bologna*

DIRITTO PUNITIVO, DIRITTO AL SILENZIO,  
OLAF, DIRITTO DELLA CONCORRENZA

PUNITIVE LAW, PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION,  
OLAF, COMPETITION LAW

### ABSTRACT

Il settore penale in senso classico deve, sempre più, tenere conto dell'espansione di altre aree di diritto "punitivo", soprattutto nell'ambito dell'accertamento amministrativo. La crescente complessità del sistema repressivo nel contesto comunitario, tuttavia, non può essere risolta solo con un'applicazione estensiva del divieto di bis in idem; si afferma invece in maniera impellente la necessità di riportare tutto il diritto punitivo, specialmente nella fase delle indagini o degli accertamenti amministrativi, all'interno del perimetro disegnato dalle garanzie dell'art. 6 CEDU. In questa prospettiva, ci si soffermerà, con una breve analisi, sui diritti dell'indagato nel panorama europeo, con particolare rilievo alle garanzie previste dai procedimenti amministrativi OLAF e anti-trust (DG Concorrenza) e dalla direttiva su alcuni aspetti della presunzione di innocenza.

Increasingly, analysing criminal law requires taking into account the expansion of several sectors of punitive administrative law.

The interaction of these different legal areas generates such a complexity that this cannot conceivably be solved only through an extensive application of the prohibition of bis in idem. On the contrary, in order to comply with the guarantees provided for by Article 6 of the ECHR, it is impelling to establish common standards for the whole area of punitive law, and especially for the investigation phases.

Against this background, the paper deals with the rights of the defence in the European Union legal system(s), focusing particularly on the guarantees provided in the administrative proceedings carried out by OLAF and DG-COMP, and on the impact of the recent Directive on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence.

SOMMARIO

1. La dimensione sempre più “multidisciplinare” del diritto penale: il diritto amministrativo punitivo. – 2. L’armonizzazione dei diritti processuali durante le indagini. – 3. I diritti fondamentali della persona sottoposta ad indagine o accertamento amministrativo. – 3.1. I diritti dei soggetti sottoposti ad indagine nei procedimenti amministrativi OLAF e DG Concorrenza. – 3.2. I diritti dell’indagato nelle direttive processuali: l’impatto della nuova direttiva sulla presunzione di innocenza. – 4. Alcune conclusioni.

## 1. La dimensione sempre più “multidisciplinare” del diritto penale: il diritto amministrativo punitivo.

La realtà storica e giuridica in cui viviamo mostra, in modo crescente, la necessità di ricostruire i fenomeni giuridici con categorie che vanno oltre i tradizionali confini di settore e che sappiano tenere insieme, per quanto possibile, sia l’alto livello di specializzazione raggiunto in molte discipline, sia il contesto “globale” in cui queste si sviluppano. Se da tempo si è evidenziata l’imprescindibilità di un approccio che sappia abbracciare, non solo nella pratica, ma anche a livello accademico, il diritto penale sostanziale e quello processuale, da alcuni decenni questa interazione deve considerarsi solo un punto di partenza. Oggi, infatti, lo studioso del diritto penale, inteso in senso lato, non può esimersi dal tenere in debito conto l’ingresso preponderante (in termini quantitativi e qualitativi) del diritto amministrativo punitivo nella dimensione repressiva, sia a livello interno, sia transazionale<sup>1</sup>.

Pur non trattandosi di una categoria propria a molti paesi dell’Unione, la rilevanza di questa nuova dimensione emerge in maniera evidente soprattutto sul piano del diritto processuale, tanto più in un contesto, come quello europeo, in cui non esistono regole uniformi per la scelta della giurisdizione competente. Frequentemente, infatti, dapprima con l’espandersi del fenomeno della legislazione speciale, poi con l’incremento delle forme di cooperazione ed il proliferare delle autorità amministrative indipendenti – poste a tutela, si ricordi, di beni rilevanti come il diritto alla riservatezza, alla concorrenza e all’integrità del mercato finanziario – le condotte su cui interviene un giudizio di riprovevolezza sono sanzionate sempre più a livello amministrativo, pur con una funzione di prevenzione generale o speciale.

Nella maggioranza dei casi, questa tendenza è stata letta in chiave problematica, e conseguentemente affrontata sul piano del rischio del doppio giudizio e della conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*. Infatti, soprattutto rispetto ad alcuni settori, quali la repressione delle frodi fiscali o delle manipolazioni di mercato, si è assistito non tanto ad una depenalizzazione in senso stretto, quanto piuttosto ad una duplicazione delle forme di responsabilità, in cui gli stessi fatti storici sono posti sia a fondamento di sanzioni penali che amministrative, con esiti difformi a seconda dei contesti giuridici di riferimento<sup>2</sup>.

In alcuni ordinamenti, dato un determinato fatto storico, è necessario scegliere, in maniera alternativa, se instaurare un procedimento penale o amministrativo (cd. sistema “una via”)<sup>3</sup>; in altri Stati Membri, come in Italia o in Spagna, vige invece la regola del cd. “doppio binario”, che consente la prosecuzione, parallela o consecutiva, di entrambi i procedimenti. Sul punto, la scarsa normativa europea non si esprime chiaramente: pur lasciando intravedere un timido favore per il modello “una via”, non pone nemmeno alcun divieto esplicito al sistema del “doppio binario”, che anzi viene spesso espressamente consentito, negli ordinamenti ove già

<sup>1</sup> In questo senso si veda, già negli anni ’80, E. PALIERO, *Il “diritto penale-amministrativo”: profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 1254 ss.

<sup>2</sup> Nel nostro sistema interno si veda, ad esempio, la previsione della soglia dei duecentocinquanta euro prevista dal d.lgs. n. 74 del 2000, art. 10-ter, per indicare la rilevanza penale della condotta, altrimenti integrante un illecito tributario.

<sup>3</sup> Ad esempio tramite una concertazione nelle fasi iniziali del procedimento fra autorità giudiziarie e amministrative, come in Belgio e nei Paesi Bassi; per un’analisi comparativa dei sistemi indicati si veda, ad esempio, S. MIRANDOLA, *Indagini penali e amministrative sulle frodi fiscali: notazioni comparative tra Belgio, Italia, Paesi Bassi e Spagna*, in corso di pubblicazione.

previsto, in un'ottica di compromesso<sup>4</sup>.

Anche la cronica assenza di norme comunitarie sui conflitti di giurisdizione, persino all'interno della sola materia penale, contribuisce ad incentivare un meccanismo del tipo “*first come first served*”<sup>5</sup>, che tende a scaricare la ricerca di una soluzione efficace sul divieto di *bis in idem*, ormai applicabile, come noto, sia alle sanzioni dichiaratamente penali, sia a quelle classificate come amministrative a livello nazionale, ma nella sostanza conformi ai cd. criteri *Engel*, elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>6</sup>.

Ridurre tutto il problema dell'interazione fra diritto penale e amministrativo punitivo a questa dimensione, però, non appare una soluzione vantaggiosa per diversi motivi. Innanzitutto, ciò presuppone, prima di poterlo risolvere, di attendere almeno la fine di un procedimento e l'instaurarsi di un secondo, con un notevole dispendio di tempo e di risorse umane. In secondo luogo, il divieto di *bis in idem* nel territorio dell'Unione non può ancora definirsi, né a livello teorico né, soprattutto, nella prassi, un principio veramente transnazionale e dotato di applicazione equivalente<sup>7</sup>.

Sotto il profilo convenzionale, esso presenta lacune significative, potendosi innanzitutto applicare solo nelle singole giurisdizioni domestiche e non anche nei rapporti fra Stati<sup>8</sup>. Inoltre, come noto, la collocazione stessa del divieto non all'interno della Convenzione, ma nel Protocollo n. 7, ne limita l'efficacia ai soli Stati firmatari; fra questi, una quota significativa ha ulteriormente circoscritto l'applicazione del principio attraverso pesanti riserve in sede di ratifica, che ne riducono l'efficacia in misura variabile a seconda dei singoli contesti nazionali. Tipico esempio in tal senso è dato dall'Italia, la cui riserva all'art. 4 del Protocollo, che mirava precisamente ad escludere l'operatività della clausola verso le sanzioni amministrative, è stata però dichiarata invalida dalla Corte EDU nel caso *Grande Stevens c. Italia*<sup>9</sup>.

A livello comunitario, il principio è previsto sia dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta), sia dagli artt. 54 e 55 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CISA). In mancanza di un orientamento consolidato della Corte di giustizia sul punto, tuttavia, non appare ancora chiaro né se le riserve formulate a suo tempo da alcuni Stati in riferimento all'art. 55 CISA possano dirsi ancora operanti dopo l'incorporazione di quest'ultimo ai Trattati, né se il limiti di cui all'art. 54 (l'efficacia del divieto solo ove la pena sia stata eseguita, sia in corso di esecuzione o, secondo la legge dello Stato contraente di condanna, non possa più essere eseguita) risultino applicabili anche al principio formulato della Carta<sup>10</sup>. Inoltre, anche se recentemente la Corte di Lussemburgo ha fatto propri i criteri utilizzati dalla Corte EDU per la determinazione della materia penale rispetto ai procedimenti sviluppati nell'area di Libertà, Sicurezza e Giustizia<sup>11</sup>, non altrettanto corrispondenza può riscontrarsi nell'applicazione del divieto di *bis in idem* ai procedimenti amministra-

<sup>4</sup> In tal senso si veda ad esempio, recentemente, 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), considerando (72): “Anche se nulla osta a che gli Stati membri stabiliscano regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni, gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti a stabilire regole in materia di sanzioni amministrative riguardanti violazioni del presente regolamento che sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016. Conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente. Tuttavia, il mantenimento delle sanzioni penali in luogo delle sanzioni amministrative per le violazioni del presente regolamento o della direttiva 2014/57/UE non dovrebbe ridurre o incidere altrimenti sulla capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o di scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri ai fini del presente regolamento, anche dopo che le autorità giudiziarie competenti per l'azione penale siano state adite per le violazioni in causa”.

<sup>5</sup> Sul limitato valore aggiunto della 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, 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 (ed.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, The Hague, 2013, p. 173.

<sup>6</sup> Corte europea dei Diritti dell'Uomo, Caso *Engel e altri c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, §§ 80-82, nonché *Zolotoukhine c. Russia* [GC] del 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, §§ 52 e 53.

<sup>7</sup> Per un esame dettagliato delle divergenze fra divieto di *bis in idem* nella CEDU e nel sistema giuridico dell'Unione (art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e artt. 54-55 CISA) si veda, ad esempio, J.A.E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 4 (September) 2013.

<sup>8</sup> *Op. loc. cit.*, p. 214.

<sup>9</sup> Ricorso n. *18640/10*, del 4 marzo 2014, §§ 204-212, cfr. anche Corte di cassazione, Ufficio del ruolo del massimario, Settore penale, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, Rel. n. 35/2014 Roma, 8 maggio 2014.

<sup>10</sup> Come messo in luce dai casi davanti alla Corte di giustizia Case C-398/12, *Procura della Repubblica v. M.*, 5 giugno 2014, EU:C:2014:1057 e Case C-129/14 PPU, *Zoran Spasic*, 27 maggio 2014, EU:C:2014:586, su cui si vedano 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: 1339-1360, 2015.

<sup>11</sup> Cfr. Corte di giustizia, caso C-489/10, *Lukasz Marcin Bonda*, 5 giugno 2012, [2012] ECR I-0000, §§ 37-46.

tivi punitivi che abbiano origine nell'*ex* primo Pilastro, come nel settore dell'anti-concorrenza, per i quali la rilevanza del doppio giudizio è stata rimessa, dai giudici del Lussemburgo, a criteri diversi e più rigidi<sup>12</sup>.

Per tali ragioni, riporre nel principio del *ne bis in idem* ogni speranza di ridurre la complessità dei rapporti fra giurisdizioni penali ed amministrative – statali, istituzionali e indipendenti – risulta sia una distorsione poco desiderabile di un principio che dovrebbe operare solo come norma eccezionale di chiusura del sistema, sia una soluzione inadeguata a fornire una tutela uniforme ed efficace. Quello che appare sempre più urgente oggi, invece, è tenere conto di questa doppia dimensione proprio là dove per prima si manifesta, ovvero all'inizio del procedimento, e più in particolare, nella fase raccolta delle informazioni e nei diritti dei soggetti indagati o sottoposti ad accertamento.

## 2.

### L'armonizzazione dei diritti processuali durante le indagini.

La necessità di armonizzare, almeno nei suoi tratti essenziali, i diritti che fanno capo all'indagato nel procedimento penale è stata da lungo tempo sollevata nel contesto europeo a partire dal Trattato di Amsterdam, che ha introdotto le competenze dell'Unione sulla materia penale e portato al riconoscimento di poteri comunitari di *enforcement* anche nel settore dell'allora terzo Pilastro<sup>13</sup>. Recependo le conclusioni del Consiglio di Tampere del 1999, l'art. 82 § 1 TFUE oggi fonda la cooperazione giudiziaria nell'Unione europea sul principio del mutuo riconoscimento, che fa discendere l'utilizzabilità delle informazioni ottenute dalla fiducia reciproca degli Stati Membri rispetto ai rispettivi metodi di acquisizione probatoria<sup>14</sup>. Nel processo di integrazione europea, però, l'esistenza di tale affidamento non costituisce un punto di partenza, quanto piuttosto un traguardo, che richiede basi giuridiche condivise su cui fondarsi. D'altro canto, la consapevolezza di trovarsi di fronte ad un processo in divenire è espressa anche nel medesimo articolo citato, dove, con il principio di *approximation*, si indica la necessità di "ravvicinare" le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati Membri<sup>15</sup>, per lo meno nelle aree di dichiarato interesse europeo<sup>16</sup>.

La consapevolezza dell'inevitabilità di un'armonizzazione non solo penale sostanziale, ma anche processuale, non gode tuttavia di grande popolarità presso i rappresentanti nazionali degli Stati, che solo recentemente, anche forzati da alcune pronunce delle due Corti europee, hanno riconosciuto l'impellenza di tale passo, mostrandosi tuttavia ancora decisamente riluttanti a procedere concretamente alla definizione di istituti processuali comuni<sup>17</sup>.

Forse anche a causa di tali difficoltà, la doppia dimensione diritto penale-diritto amministrativo punitivo, che a livello comunitario si riverbera anche nell'interazione fra strumenti derivati dall'*ex* primo e terzo Pilastro, non pare sinora essere stata adeguatamente presa in considerazione, sebbene la centralità di questo tema sia già stata sottolineata da tempo a livello istituzionale<sup>18</sup>. La maggioranza degli atti normativi emanati negli ultimi anni, infatti, ha mostrato solo eccezionalmente<sup>19</sup> di tenere in considerazione l'evoluzione della consolidata

<sup>12</sup> Cfr. Corte di giustizia, casi riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland e altri c. Commissione*, [2004] ECR I-123 (*Cement*), §§ 338-340.

<sup>13</sup> Cfr., ad esempio, Tampere European Council, 15 and 16 October 1999, Presidency conclusions, §§ 33-37-43-45; Commissione europea, *Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens - Action Plan Implementing the Stockholm Programme* (COM/2010/0171 final), §§ 2-4; Commissione europea, *Towards an EU Criminal Policy: Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law*, Brussels, 20 settembre 2011 COM(2011) 573 final, p.3.

<sup>14</sup> Pur in assenza di una precisa definizione del principio, cfr. A. KLIP, *European Criminal Law: An Integrative Approach*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, III ed., p. 400.

<sup>15</sup> Questo metodo, non sempre ben distinto o distinguibile da quello dell'armonizzazione, ne condivide gli obiettivi, sebbene con una forza integratrice minore e principalmente rivolta ai testi legislativi, più che ai principi. Sul punto si veda A. KLIP, cit., p. 33.

<sup>16</sup> Ovvero quelle indicate dall'art. 82 par. 2 e dall'art. 83 TFUE. La medesima necessità è peraltro riconosciuta anche nel diritto civile all'art. 81 TFUE.

<sup>17</sup> Oltre agli esiti dei negoziati sul progetto di Procura europea, che ne costituiscono solo l'esempio più evidente, si vedano anche le mancate o inadeguate riforme di Eurojust e le già menzionate difficoltà nel definire criteri certi per i conflitti di giurisdizione, cfr. supra, nota 5.

<sup>18</sup> Cfr. Commissione europea, *Towards an EU Criminal Policy*, cit., p. 12 "The Commission will also set up an expert group to assist the Commission in gathering factual evidence and in launching further discussions about important legal issues with a view to ensuring an efficient implementation of EU legislation into the national criminal law systems of Member States. This includes for example:- the relationship between criminal and non-criminal sanction systems".

<sup>19</sup> Unica inversione di tendenza sono 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), considerando (23) ed il suo regolamento di attuazione, n. 596/2014, cit., che, seppure in termini generali, mostrano una sensibilità verso il problema della doppia sanzione per la stessa condotta.

giurisprudenza di Strasburgo e, sulla scia di questa, di alcune pronunce della Corte di giustizia, in merito alla definizione “sostanziale” di materia penale, mantenendo al contrario un anacronistico approccio a compartimenti stagni, a volte addirittura escludendo esplicitamente ogni tipo di estensione delle garanzie di cui all’art. 6 CEDU all’illecito “penale-amministrativo”<sup>20</sup>.

A farne le spese, in primo luogo, è proprio il soggetto indagato o sottoposto ad accertamento, che, fra le ventotto diverse legislazioni processuali penali nazionali, con diversi gradi di tutela, e le innumerevoli procedure amministrative, statali o portate avanti da autorità indipendenti nazionali ed europee, rischia di trovarsi del tutto inerme e privo di quelle garanzie minime che sono poste alla base dell’idea stessa di Stato di diritto.

D’altro canto, anche l’azione “repressiva”, già appesantita dalla crescente complessità delle indagini e degli accertamenti amministrativi, in un contesto globalizzato e allo stesso tempo frammentario che fornisce innumerevoli opportunità di *forum shopping* a forme di criminalità liquide, pervasive e spesso organizzate, non può più permettersi di trovare un ostacolo tanto significativo nell’“etichettatura” difforme delle condotte illecite, ma deve invece poter fare affidamento su modelli di circolazione probatoria multidisciplinari rapidi ed efficaci. Tale risultato, però, non può assolutamente prescindere dalla condivisione di un livello di garanzie comuni, da applicare sia nel processo penale sia nei procedimenti amministrativi in tutti gli Stati Membri<sup>21</sup>.

Lo scopo dei sistemi di cooperazione non è, infatti, solo quello di acquisire in tempi rapidi elementi probatori in giurisdizioni diverse, ma, soprattutto, quello di rendere effettivamente utilizzabile quanto raccolto all’interno dei procedimenti nazionali. Un modello di cooperazione che permetta un facile scambio di informazioni, senza però preoccuparsi della sorte di tali elementi una volta varcati i confini dello Stato richiedente, rischierebbe di ridursi solo ad uno spreco di attività estremamente costose, sia dal punto di vista umano che economico, decisamente non sostenibile all’interno di uno spazio giuridico che si vorrebbe definire unico e comune.

La mera parificazione dei risultati investigativi, d’altro canto, in assenza di regole procedurali comuni, non è un’ipotesi auspicabile quando vi siano in palio valori come la libertà personale degli individui. Nella prassi, inoltre, un riconoscimento di questo tipo rischia di incentivare atteggiamenti controproducenti, volti ad escludere in via cautelativa l’utilizzabilità interna delle prove raccolte altrove, o di dare luogo, in senso opposto, ad approcci decisamente lassisti, per cui la prova raccolta all’estero è, di fatto, sempre ritenuta utilizzabile a fronte dei “costi” sostenuti per acquisirla<sup>22</sup>.

Posto che l’idea di armonizzazione, così come quella di *approximation*, non mira ad annullare le differenze fra i sistemi giuridici con l’introduzione di una singola disciplina uniforme, ma “solo” a definire una piattaforma di principi fondamentali condivisi, la creazione di un corpo normativo procedurale comune a tutti gli Stati, seppur minimo, si afferma come una necessità imprescindibile, soprattutto in riferimento alla fase delle indagini<sup>23</sup>. Pur costituendo il principale soggetto del processo, infatti, la posizione dell’indagato è rimasta a lungo ai margini degli interventi di armonizzazione europea, sin dai timidi tentativi di inserire regole procedurali uniformi rinvenibili nelle prime direttive in materia penale<sup>24</sup>.

Le quattro direttive a contenuto processuale contemplate nella *Roadmap* del 2009 e poi incorporate nel programma di Stoccolma, pur occupandosi dell’indagato quasi esclusivamente rispetto a diritti pregiudiziali per la comprensione stessa del meccanismo processuale (come il

<sup>20</sup> Cfr. paragrafo 3.2.

<sup>21</sup> Sulla necessità di estendere ed applicare standard condivisi soprattutto rispetto alle garanzie si veda G. ILLUMINATI, *L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea* in ID. (a cura di), *Prova Penale e Unione Europea*, Atti del convegno “L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea” - Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Bologna, 18-19 aprile 2008, Bologna, 2009, p. 9 ss.

<sup>22</sup> Cfr. S. RUGGERI, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Comparative Law. Models of Gathering Overseas Evidence in Criminal Matters*, in ID. (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013, p. 544 ss.

<sup>23</sup> Commissione europea, Commission staff working document: Impact Assessment - Accompanying the document Proposal for measures on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings, Brussels, 27 novembre 2013, p. 16 ss.

<sup>24</sup> Per lo più riferite alla procedibilità d’ufficio dei reati, alle misure di protezione per le vittime ed all’estensione dei mezzi di indagine usati per i reati gravi come per quelli di criminalità organizzata anche per quelli previsti dalle direttive, cfr. 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 particolare artt. 9, 12, 14, 15, 16 e 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 particolare artt. 11, 14, 15, 20.

diritto all'assistenza legale, alla traduzione e all'interpretazione), hanno avuto l'indubbio merito di inaugurare la creazione del diritto penale processuale europeo. Ad oggi, però, i confini tra processo penale e procedimento amministrativo non sono, né possono essere definiti con una chiara linea di demarcazione.

Questo vale, ovviamente per la fase davanti all'organo giudicante: quando la natura della sanzione comminata è penale nella sostanza, devono trovare sempre applicazione diritti essenziali come la presunzione di innocenza, il diritto di traduzione degli atti, il diritto di accesso agli atti, il diritto al contraddittorio e alla partecipazione al proprio processo, il diritto ad un giudice terzo ed imparziale, il diritto ad un rimedio effettivo, oltre che – in ogni caso ed a prescindere dal tipo di procedimento – alla tutela dei dati personali.

Ci sono però diritti come quelli al silenzio, all'assistenza legale e all'informazione, la cui importanza si rivela ben prima dell'inizio del processo e che dovrebbero trovare una protezione comune già durante le indagini, penali o amministrative che siano. Le garanzie di cui all'art. 6 CEDU, infatti, sebbene tradizionalmente riferite alla fase processuale, si applicano ugualmente anche durante quella precedente, specialmente per quanto riguarda il secondo e terzo paragrafo<sup>25</sup>. Ciò è necessario sia per tutelare i diritti della difesa, evitando di introdurre elementi di invalidità nel procedimento che poi farebbero venire meno il carattere di giusto processo se eccepiti successivamente, sia perché è possibile, a determinate condizioni, utilizzare in giudizio elementi raccolti unilateralmente durante le indagini, sia perché elementi probatori raccolti nel rispetto di tali diritti possono essere più facilmente spesi, tramite sistemi di cooperazione, nei diversi contesti nazionali e giuridici.

### 3. I diritti fondamentali della persona sottoposta ad indagine o accertamento amministrativo.

Nel quadro sopra delineato, la breve analisi seguente si soffermerà sui livelli di tutela previsti, a livello europeo, per i diritti fondamentali dell'indagato, sia nella materia penale, soprattutto con riferimento alla nuova direttiva sulla presunzione di innocenza, sia in ambito amministrativo punitivo, per cui si sono scelti, come esempi maggiormente rappresentativi in termini di completezza della base legale e impatto nello scenario europeo, i procedimenti di indagine amministrativa portati avanti dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) e dalla Commissione europea – Direzione generale della Concorrenza (DG Concorrenza). Nel fare ciò, ci si soffermerà soprattutto sui testi normativi in materia, senza occuparsi invece in modo esaustivo delle pronunce delle Corti europee, il cui compiuto esame su questi temi, per quanto rilevante, eccederebbe rispetto ai limiti, necessariamente contenuti, di questa indagine.

#### 3.1. I diritti dei soggetti sottoposti ad indagine nei procedimenti amministrativi OLAF e DG Concorrenza.

A partire dal 2013<sup>26</sup>, il regolamento su cui l'Ufficio antifrode fonda la propria attività investigativa prevede regole procedurali comuni sia per le indagini interne che per quelle ester-

<sup>25</sup> In tal senso si veda ad esempio, *Salduz c. Turchia* [GC], ricorso n. 36391/02, del 27 novembre 2008, ECHR 2008, § 54 e, recentemente, *Schatschaschwili c. Germania* [GC], ricorso n. 9154/10, del 15 dicembre 2015, §§104-156: “The Court must stress, in that context, the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial. Even if the primary purpose of Article 6 of the Convention, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a “tribunal” competent to determine “any criminal charge”, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 thereof – may be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions [...] The Court would stress that, while Article 6 § 3 (d) of the Convention concerns the cross-examination of prosecution witnesses at the trial itself, the way in which the prosecution witnesses’ questioning at the investigation stage was conducted attains considerable importance for, and is likely to prejudice, the fairness of the trial itself where key witnesses cannot be heard by the trial court and the evidence as obtained at the investigation stage is therefore introduced directly into the trial (compare paragraph 104 above)”.

<sup>26</sup> Fino all'approvazione del Regolamento (UE, EURATOM) n. 883/13 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. Si veda anche Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995 relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità.

ne<sup>27</sup>. La riforma, modificando la disciplina delle misure applicabili, che prima si rifacevano a *standards* più tipicamente amministrativi, ha innalzato il livello di tutela di cui può godere il soggetto sottoposto ad accertamento, indirizzandolo verso un modello chiaramente ispirato ai principi del processo penale. Questo fenomeno è particolarmente evidente nel nuovo art. 9 del regolamento, che disciplina i colloqui investigativi (*interviews*) e le verifiche a sorpresa sul posto (*on the spot checks*), i principali mezzi di indagine utilizzati<sup>28</sup>.

Se l'indagato presta il proprio consenso al colloquio, ha diritto ad essere informato dei propri diritti, ed in particolare di quello all'assistenza da parte di una persona di fiducia a sua scelta, che, tuttavia, non deve obbligatoriamente essere un avvocato<sup>29</sup>. Quando si procede per lo stesso atto, inoltre, il dichiarante ha diritto anche ad un termine congruo di preavviso, che può essere limitato solo in caso di urgenza o consenso dello stesso, ma che non può mai essere inferiore alle 24 ore, se il soggetto è sentito come indagato<sup>30</sup>.

Se questi, invece, riveste solo la qualifica di "testimone", il termine di preavviso, in caso di urgenza, può anche venire meno del tutto e non è nemmeno previsto il diritto all'assistenza. In queste circostanze, con la riforma del 2013, si è inserita una clausola per ridurre il rischio di autoincriminazione a tutela del diritto al silenzio del soggetto intervistato: se, in sede di colloquio, emergono elementi tali da modificarne lo *status* in quello di indagato, l'atto viene sospeso immediatamente, il soggetto viene avvisato dei propri diritti, incluso quello all'assistenza, e le dichiarazioni precedentemente rese non possono essere utilizzate<sup>31</sup>. A differenza di quanto previsto dall'articolo 63 c.p.p., però, l'invalidità risulta sanabile se al dichiarante è data la possibilità di presentare osservazioni: in tal caso, le dichiarazioni sono utilizzabili a fini di contestazione<sup>32</sup>.

Per comprendere la natura di tali disposizioni, è qui utile ricordare come tutti gli atti di indagine OLAF sono posti in essere esclusivamente con il consenso degli interessati, essendo l'Ufficio antifrode di per sé privo dei poteri coercitivi tipici dell'autorità giudiziaria<sup>33</sup>. I poteri di accertamento sono più incisivi solo nelle indagini interne alle istituzioni europee, dove gli agenti OLAF possono avere accesso a tutti gli uffici di istituzioni, organi ed organismi, ed a tutte le informazioni in essi contenute, limitatamente ai locali ed ai beni di proprietà o in uso all'Unione, anche senza il consenso del soggetto interessato, purché vi sia stata notificazione preventiva al corpo di appartenenza<sup>34</sup>. Negli altri casi, l'Ufficio antifrode può utilizzare poteri coercitivi solo se, e nella misura in cui, ciò sia previsto per le autorità amministrative nazionali o, in alternativa, soltanto attraverso la richiesta di intervento dell'autorità giudiziaria. Senza tale supporto, l'unica azione che può essere compiuta da OLAF, anche senza il consenso delle parti, è la raccolta di dichiarazioni rese nell'ambito di controlli e verifiche sul posto. Questa deroga, apparentemente marginale, non viene ulteriormente disciplinata dal regolamento, tanto da far sorgere legittimi dubbi in merito alla sua reale portata<sup>35</sup>.

Se già prima della riforma la sottoposizione all'atto avveniva su base volontaria, dal 2013 lo svolgimento delle indagini OLAF deve esplicitamente rispettare il principio della presunzione di innocenza, per cui l'indagato non è tenuto ad alcuna forma di cooperazione con l'Ufficio. Rimane però il caso in cui il contratto di finanziamento dei fondi UE preveda in una clausola il dovere di collaborare in caso di indagini OLAF. In queste circostanze, il rifiuto può integrare gli estremi dell'inadempimento contrattuale e dare luogo alla richiesta di restituzione dei fondi ricevuti o all'esclusione dalla partecipazione a bandi futuri: un argomento certamente di grande rilievo nelle valutazioni degli operatori economici interessati<sup>36</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. Reg. 883/13, artt. 3-4.

<sup>28</sup> Cfr. in particolare gli artt. 5-9 Reg. 883/13. Per i controlli e le verifiche a sorpresa si applicano anche i limiti e le condizioni previsti dal Regolamento (Euratom, CE) 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.

<sup>29</sup> Cfr. art. 9, Reg. 883/13.

<sup>30</sup> V. nota 29.

<sup>31</sup> Cfr. art. 9(2), Reg. 883/13.

<sup>32</sup> V. nota 31. Sul valore meramente argomentativo dei commenti, si veda anche Corte di giustizia, casi F-124/05 e F-96/06, e caso G 191.

<sup>33</sup> Cfr. art. 11, Reg. 883/13.

<sup>34</sup> Cfr. art. 4(2), Reg. 883/13.

<sup>35</sup> Cfr. art. 9(2), Reg. 883/13.

<sup>36</sup> Cfr. artt. 4-5, Reg. 2988/95. Sul punto si veda anche Corte di giustizia, Caso T-217/01 *Forum des migrants de l'Union européenne c. Commissione*, del 9 aprile 2003, § 44 e 58, secondo cui: «i richiedenti e i beneficiari di contributi finanziari comunitari assumono un obbligo di informazione e di correttezza che impone loro di assicurarsi dell'attendibilità delle informazioni da essi fornite alla Commissione [...] Ne risulta altresì che la Commissione poteva porre fine all'accordo di sovvenzione nel caso in cui il beneficiario avesse fornito informazioni incomplete sui costi di gestione per ottenere il pagamento della sovvenzione».

Alla luce degli aspetti indicati e sinteticamente descritti, emerge con chiarezza il tentativo, forse solo parzialmente riuscito, da parte dell'Ufficio antifrode, di rendere comparabili le garanzie del soggetto sottoposto ad indagini OLAF con quelle tipiche del procedimento penale; tale prospettiva risulta interessante quando la si ponga a confronto con le indagini amministrative portate avanti dal Direttorato generale della Concorrenza, un organo pur sempre interno alla Commissione, ma con una disciplina dei diritti decisamente più improntata ad un modello amministrativo "tradizionale".

Ciò appare tanto più significativo quando si consideri che, mentre l'Ufficio antifrode non è dotato di poteri nella fase esecutiva, fatto salvo per ciò che concerne le istituzioni europee, dovendo altrimenti sempre rimettersi alla scelta discrezionale degli Stati Membri di dare esecuzione alle conclusioni delle indagini svolte. DG Concorrenza ha invece non solo poteri di indagine estremamente ampi, che si esprimono nella forma di richieste di informazioni, colloqui ed accertamenti, sia presso i locali degli operatori interessati dai controlli antitrust che in altri locali, compreso, a determinate condizioni, il domicilio privato<sup>37</sup>, ma anche una solida base legale per l'applicazione di sanzioni pecuniarie di notevole entità<sup>38</sup>.

Lasciando ad un ulteriore approfondimento eventuali analisi sulle problematiche legate all'accentramento, in capo alla stessa istituzione, di poteri investigativi e decisori, e venendo invece all'esame dei diritti fondamentali durante le indagini, i regolamenti in materia prevedono, in caso di audizione, il diritto per il dichiarante di essere assistito da parte di consulenti legali o da "altre persone qualificate ammesse dal consigliere-auditore" per tutti soggetti che vengono sentiti dalla Commissione<sup>39</sup>.

In tale sede, così come nel caso di accertamento locale, i soggetti interessati hanno anche il diritto ad essere informati sugli addebiti che verranno loro contestati, e la Commissione può emettere decisioni solo in relazione a quelli sui quali gli stessi hanno avuto la possibilità di esprimersi<sup>40</sup>.

A fronte di tali previsioni, la disciplina a tutela dei soggetti indagati appare particolarmente lacunosa in riferimento al diritto al silenzio. Da un lato, infatti, i regolamenti vietano ogni forma di coercizione nei confronti delle persone giuridiche interessate da accertamento, finalizzata a costringere le stesse a dichiarazioni autoincriminanti (senza fare alcun accenno alle persone fisiche che dovessero essere sentite nel corso delle audizioni).

Questo principio viene però immediatamente ridimensionato dalla previsione secondo la quale tali soggetti sono comunque tenuti a fornire documenti e a "rispondere a quesiti concreti [...] anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione"<sup>41</sup>. Similmente, quando la Commissione richiede, tramite decisione, "spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti" a "qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese", queste ultime sono comunque obbligate a sottoporsi agli accertamenti<sup>42</sup>. La previsione è solo marginalmente temperata dalla circostanza per cui, in caso di cooperazione con altre autorità garanti della concorrenza negli Stati Membri, le informazioni ottenute dalla Commissione possono essere utilizzate esclusivamente con riferimento alle violazioni previste agli artt. 101-102 TFUE, per sanzionare sia gli operatori economici, sia le persone fisiche ove previsto dalle normative nazionali, sebbene non con pene di tipo detentivo<sup>43</sup>.

Dall'altro canto, nel potere sanzionatorio di DG Concorrenza rientra non solo la possibilità di censurare le condotte poste in essere in violazione delle norme sui Trattati in materia di concorrenza (artt. 81-82, oggi 101-102 TFUE), ma anche la mancata o inesatta collaborazione dell'operatore economico durante la fase delle indagini; sebbene le decisioni adottate a tal fine vengano apoditticamente dichiarate dal regolamento di natura "non penale"<sup>44</sup>. In tal senso, è significativo sottolineare come nemmeno l'ambito di applicazione delle garanzie sopra

<sup>37</sup> Cfr. considerando (16-26) e artt. 17-22, 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 e artt. 3-4, Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione del 7 aprile 2004 relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

<sup>38</sup> Cfr. artt. 23-24, Reg. 1/2003.

<sup>39</sup> Reg. 773/2004, art. 14(5).

<sup>40</sup> Cfr. art. 3 Reg. 773/2004 e artt. 18(3), 21(2), 20(3-4), Reg. 1/2003.

<sup>41</sup> Reg. 1/2003, considerando (23).

<sup>42</sup> Cfr. art. 20(2), lett. e) e (4), Reg. 1/2003.

<sup>43</sup> Cfr. art. 12, Reg. 1/2003.

<sup>44</sup> Cfr. art. 23(5), Reg. 1/2003, proprio per cercare di delimitare l'applicazione dell'art. 6 CEDU, che in casi simili è stata riconosciuta, cfr. Corte EDU, Funke c. Francia, ricorso n. 10828/84, del 25 febbraio 1993, §§ 41-44.

menzionate pare chiaramente definito dalla base normativa: infatti, mentre la Commissione, durante il procedimento di accertamento amministrativo, è vincolata al rispetto degli *standards* descritti, il regolamento prevede la possibilità di esercitare i poteri di indagine anche prima che questo sia ufficialmente avviato, senza preoccuparsi però di specificare, in tale eventualità, una corrispondente estensione dei diritti dell'indagato<sup>45</sup>.

## 3.2.

### *I diritti dell'indagato nelle direttive processuali: l'impatto della nuova direttiva sulla presunzione di innocenza.*

Per quanto ancora limitato ad alcuni settori specifici ed in assenza, allo stato attuale, sia di un organo inquirente che di uno giudicante con giurisdizione su tutto lo spazio giuridico europeo, sul piano penale, gli Stati Membri stanno per sperimentare un nuovo livello di armonizzazione.

Il richiamo va qui, ovviamente, alle direttive approvate in materia processuale penale sulla scorta del programma di Stoccolma, che si sono occupate di alcuni precisi temi selezionati e di cui sono scaduti quasi tutti i termini per la trasposizione in sede nazionale<sup>46</sup>. Riconoscendo lo sforzo positivo compiuto a livello comunitario, che sta effettivamente portando, per quanto attiene alla posizione dell'indagato e dell'imputato, all'approvazione di normative tendenzialmente armonizzate in materia di diritto alla traduzione ed interpretazione<sup>47</sup>, all'assistenza legale<sup>48</sup> ed all'informazione<sup>49</sup>, ai fini della presente analisi è interessante sottolineare come, in tutti gli interventi compiuti, l'estensione delle tutele sia stata circoscritta all'ambito del processo penale inteso solo nel senso più tradizionale del termine.

Tale limitazione si ritrova, in maniera ancora più esplicita, ed inspiegabile visto la crescente centralità dell'interazione processo penale-processo amministrativo proprio negli ultimissimi anni, nella proposta di direttiva su "alcuni aspetti" della presunzione di innocenza, non ancora ufficialmente approvata, ma sul cui testo è stato ormai raggiunto un accordo politico pressoché definitivo<sup>50</sup>.

La direttiva tratta, in particolare, del diritto a non riferirsi al soggetto indagato come colpevole mentre il giudizio è in corso, alla disciplina dell'onere della prova, al diritto al silenzio e contro l'autoincriminazione, oltre ad altri diritti fondamentali, come quello ad essere presenti al proprio processo. In relazione in particolare al diritto al silenzio, di cui qui ci occupiamo per la sua rilevanza in fase di indagini, nella proposta si affermano alcuni punti importanti di tutela, lasciando però importanti lacune proprio sotto il profilo qui in esame.

Per quanto riguarda le persone fisiche, il testo in corso di approvazione di fatto rispecchia,

<sup>45</sup> Cfr. art. 2(3), Reg. 773/2004.

<sup>46</sup> Mentre lo stesso programma di Stoccolma lasciava in termini molto generici la necessità di occuparsi di diritti procedurali ulteriori, In tal senso si confronti § 4, Commissione europea, *Delivering an area of freedom, security and justice*, cit., con quanto effettivamente previsto dal programma di Stoccolma sotto la rubrica "Rights of the individual in criminal proceedings", in cui si ha solo un generico riferimento a "Green paper on whether elements of minimum procedural rights for accused and suspect persons, other than those covered by the previous legislative proposals, need to be addressed".

<sup>47</sup> Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; sulla sua trasposizione nel sistema italiano, si veda, ad esempio, M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: novità e difetti del nuovo assetto codicistico* (Commento a art. 1 d.lg. 4 marzo 2014, n. 32), in *Leg. pen.*, 2014, p. 186 – 205; Id., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, relazione al Convegno "Processo penale e diritti fondamentali nel contesto plurilinguistico dell'Unione Europea", Trento, 27-28 gennaio 2012, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1193 – 1206.

<sup>48</sup> 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 (i cui termini per la trasposizione scadono nel novembre 2016); sull'impatto della direttiva, anche in sede di trasposizione nei sistemi interni, si veda T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. e giust.*, 2014, p. 5; E. SYMEONIDOU-KASTANIDOU, *The Right to a Lawyer in Criminal Proceedings. The Transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on national legislation*, in *EuCLR*, 2015, p. 68; G. CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2016.

<sup>49</sup> Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; cfr. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit.; S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 24 Settembre 2014.

<sup>50</sup> Il riferimento è qui a Consiglio dell'Unione europea, 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 – Risultati della prima lettura del Parlamento europeo, Bruxelles, 22 gennaio 2016. Nelle more della pubblicazione del presente contributo, la direttiva è stata definitivamente approvata, senza modifiche rilevanti dalla versione qui esaminata, si veda il testo riportato all'indirizzo URL [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=RO](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=RO).

quanto già affermato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>51</sup>. Nei considerando iniziali si chiarisce, innanzitutto, come il diritto al silenzio e a non incriminarsi richieda che "le autorità competenti non dovrebbero costringere indagati o imputati a fornire informazioni qualora queste non desiderino farlo"<sup>52</sup>, in linea anche con quanto già formulato nel *Corpus juris* sulla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione<sup>53</sup>.

Similmente a quanto riconosciuto anche dalla Corte EDU, inoltre, si specifica come l'esercizio del silenzio "non impedisce alle autorità competenti di raccogliere prove che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà dell'indagato o imputato"<sup>54</sup>, includendo in questa categoria (quale esemplificazione, di nuovo in sede di considerando) anche "l'analisi dell'aria alveolare espirata, del sangue o delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA"<sup>55</sup>, senza però fare alcun accenno alla possibile incompatibilità di una sanzione legata alla mancanza di collaborazione in questi ambiti con i diritti garantiti dalla CEDU<sup>56</sup>.

In modo apprezzabile, nella direttiva si afferma anche che il silenzio non può essere utilizzato quale prova a carico contro chi eserciti tale facoltà, mentre il giudice può comunque tenere conto del comportamento collaborativo in senso favorevole<sup>57</sup>. A tutela di questa previsione, tuttavia, non sono previste regole di esclusione rigide. Nella proposta, infatti, si prescrive che debba sempre essere disponibile un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti ivi previsti, limitandosi però a richiedere che, in tale sede, "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"<sup>58</sup>. Questa formulazione registra un passo indietro anche rispetto alla proposta originaria della Commissione, dove si prevedeva una seppur blanda sanzione di inammissibilità<sup>59</sup>. Ad oggi, invece, il testo non prescrive più alcuna sanzione processuale, rimettendosi ad una valutazione dell'eventuale pregiudizio complessivamente recato al giusto processo. In tal senso, la norma appare in linea con il metodo applicato dalla Corte EDU, cui sono estranee automatiche esclusioni probatorie. Nonostante ciò, il legislatore europeo qui pare avere perso la preziosa occasione di affermare un livello di tutela puntuale ed irrinunciabile, e soprattutto uniforme, per un diritto non solo fondamentale dell'indagato, ma così essenziale da essere addirittura pregiudiziale alla possibilità di invocare ulteriori garanzie nel corso del processo.

Il punto di maggiore debolezza della direttiva, tuttavia, riguarda proprio l'esplicita esclusione del fenomeno causato dalla complessa interazione fra procedimento amministrativo e processo penale e dalla varietà dei soggetti ivi coinvolti.

In primo luogo, infatti, viene circoscritta la portata del nuovo testo normativo alle sole persone fisiche, ritenendo "premature" prevedere, a livello dell'Unione, l'applicabilità della presunzione di innocenza alle persone giuridiche<sup>60</sup>.

Ciò facendo, però, nella proposta sembra non tenersi conto che proprio la legislazione europea ha agito da stimolo per l'estensione alle persone giuridiche della responsabilità per fatti di reato<sup>61</sup>, pur lasciando libertà agli Stati Membri di optare per un regime di accertamento

<sup>51</sup> Proposta di direttiva, considerando (13) – invariato nella versione approvata.

<sup>52</sup> Proposta di direttiva, considerando (27) – invariato nella versione approvata.

<sup>53</sup> Cfr. art. 31, § 2, M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Parigi, Economica, 1997, nella seconda versione, detta 'Versione di Firenze', pubblicata con il titolo *The implementation of the Corpus Juris in the member states: penal provisions for the protection of European finances*, a cura di M. Delmas-Marty e J.A.E. Vervaele, Intersentia, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000.

<sup>54</sup> Proposta di direttiva, art. 7(3) – invariato nella versione approvata.

<sup>55</sup> Idem, considerando (29) – invariato nella versione approvata.

<sup>56</sup> Come invece talvolta riconosciuto, sebbene non con giurisprudenza costante, dalla Corte, cfr. Heaney e McGuinness c. Irlanda, ricorso n. 34720/97, del 21 dicembre 2000, § 40 e ss.

<sup>57</sup> Proposta di direttiva, artt. 7(4)-(5)-(6) – invariati nella versione approvata.

<sup>58</sup> Proposta di direttiva, art. 10(2) – invariato nella versione approvata.

<sup>59</sup> Cfr. art. 7 (4), Commissione europea, 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, 27.11.2013 COM(2013) 821 final, secondo cui: «Non sono ammissibili le prove ottenute in violazione del presente articolo, salvo qualora il loro uso non pregiudichi l'equità del procedimento nel suo complesso».

<sup>60</sup> Proposta di direttiva, considerando (13)-(14) – invariati nella versione approvata.

<sup>61</sup> Commissione europea, *Towards an EU Criminal Policy*, cit., p. 9.

penale o amministrativo<sup>62</sup>. La lacuna appare tanto più criticabile quando si consideri come la maggior parte degli Stati ha optato proprio per l'introduzione di una responsabilità di tipo penale<sup>63</sup>. Da un lato, infatti, si estende l'area della punibilità, minimizzando le differenze fra le tipologie di autori di condotte illecite, alla luce delle moderne possibilità di commettere reati; dall'altro, tuttavia, proprio quelle stesse difformità sono utilizzate per giustificare il mancato riconoscimento, agli stessi soggetti, di uno dei diritti essenziali del processo penale.

In secondo luogo, ed in modo ancora più inspiegabile, la direttiva limita esplicitamente la sua applicazione ai soli procedimenti penali. La portata di questa disposizione viene esplicitata nei considerando, con una formula che dà luogo a qualche ambiguità. Nel considerando (11), infatti, si afferma che l'ambito di applicazione della stessa dovrebbe essere riferita "solo ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Se però si volesse, effettivamente, fare salva l'interpretazione della Corte di Strasburgo, rimettendo la definizione della materia penale ad un approccio sostanziale, parrebbe difficile giustificare l'esplicita esclusione dallo scopo della direttiva, così come indicato nei considerando introduttivi, dei principali ambiti di esplicazione del diritto amministrativo punitivo, "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"<sup>64</sup>. In tal senso, infatti, la norma mostra di essere decisamente contraria alla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che non ha mai previsto automatiche esclusioni dalla definizione di materia penale in senso sostanziale, ed ha anche affermato, in alcune pronunce, l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU a procedimenti, classificati come amministrativi, in materia di servizi finanziari e fiscalità<sup>65</sup>.

Per tali ragioni, sarebbe quindi auspicabile che la trasposizione in sede nazionale della direttiva, una volta approvata, tralasciasse di dare valore interno alle suddette limitazioni; l'aver inserito una tale clausola nel testo, tuttavia, riduce di fatto la forza armonizzatrice della direttiva su questo punto, e apre le porte al mantenimento di un panorama piuttosto differenziato fra gli Stati Membri una volta che questa entrerà in vigore.

## 4.

### Alcune conclusioni.

Il quadro delineato rivela una situazione di grande disparità fra la posizione degli indagati nel processo penale e nei procedimenti amministrativi "punitivi".

Se ciò certamente non stupisce, perché rispecchia uno *status quo* venutosi ormai a consolidare, allo stesso tempo questa situazione risulta sempre meno accettabile nell'attuale contesto europeo, dove la continua intersezione fra i due campi si ripropone quotidianamente a livello normativo, nella prassi e nel dialogo fra le corti.

Come riconosciuto dalla giurisprudenza di Strasburgo, a prescindere dalle etichette pre-stabilite a livello nazionale, riconoscere la natura sostanzialmente penale di una sanzione, e quindi del procedimento che la produce, rende applicabili le medesime garanzie fondamentali, anche in sede di indagini, sia davanti alle autorità giudiziarie che dinnanzi a quelle amministrative.

Questo fenomeno dovrebbe riguardare non solo i procedimenti sviluppati all'interno degli ordinamenti domestici, ma anche quelli che coinvolgono le istituzioni europee. Sebbene

<sup>62</sup> Così ad esempio artt. 5-6, 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; art. 12, 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; considerando 18 e art. 8, 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); art. 30, lett. j), 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); art. 6, 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.

<sup>63</sup> Germania e Grecia hanno optato per un regime amministrativo; Italia, Austria, Bulgaria, Svezia, Slovacchia, Polonia per un sistema ibrido, tutti gli altri Stati Membri invece per un regime pienamente penale, cfr. V. MONGILLO, *The Nature of Corporate Liability for Criminal Offences: Theoretical Models and EU Member State Laws*, in A. FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*, Volume II, Towards a Common Model in the European Union, Napoli, 2012, p. 75-95; CLIFFORD CHANCE (ed.), *Corporate Liability in Europe*, London, 2012.

<sup>64</sup> Proposta di direttiva, considerando (9)-(11) e art. 2 - invariati nella versione approvata.

<sup>65</sup> Cfr. *Grande Stevens c. Italia*, cit.

l'Unione non abbia (ancora) aderito alla CEDU<sup>66</sup>, infatti, risulterebbe piuttosto incoerente richiedere agli Stati Membri l'implementazione di *standard* di tutela più elevati rispetto a quelli applicati dal livello centrale. In ogni caso, anche a prescindere da tali considerazioni, l'incorporazione della Carta di Nizza nei Trattati e la clausola di equivalenza dell'art. 6 TUE hanno assoggettato anche i procedimenti delle istituzioni europee alla giurisprudenza della Corte EDU, in riferimento ai diritti della difesa previsti sia dalla Carta che dalla Convenzione e negli ambiti di esplicazione delle competenze dell'Unione<sup>67</sup>. In questo senso, quella giurisprudenza che prevede l'uso di criteri più restrittivi per determinare la sussistenza del divieto di *bis in idem* a seconda della derivazione dei procedimenti dalle aree dell'*ex* primo o terzo Pilastro non dovrebbe più ritenersi sostenibile.

Rendere effettiva la protezione fornita dalla Carta e dalla Convenzione, direttamente per gli Stati Membri e, per la seconda, in via mediata a livello istituzionale, significa certamente richiedere un innalzamento delle garanzie processuali essenziali nei procedimenti amministrativi, tradizionalmente estranee a forme di tutela di questo tipo, specialmente con riferimento ad alcune prerogative in sede di indagini.

Fra quelli qui esaminati, il diritto all'assistenza legale può dirsi quello dotato di maggiore applicazione anche nel corso degli accertamenti amministrativi. Generalmente, infatti, è sempre prevista la facoltà per l'indagato di essere assistito, anche se non obbligatoriamente da parte di un avvocato e quasi mai con esplicite sanzioni di invalidità, in caso di misura adottata in assenza di quest'ultimo.

Il diritto di essere informati su quanto contestato si pone su un piano già più incerto anche nel processo penale, in relazione al momento in cui tale informazione deve essere data ed al contenuto dell'informazione stessa. In termini generali, tuttavia, prima di coinvolgere direttamente il soggetto indagato, specialmente in caso di colloqui, è sempre prevista la *disclosure* degli addebiti contestati, supportata, a volte anche nei procedimenti amministrativi, dalla possibilità di richiedere un termine a difesa.

Il *vulnus* maggiore, in sede di indagini, si riscontra in riferimento al diritto al silenzio: non solo in ambito amministrativo-punitivo spesso i soggetti indagati sono tenuti ad obblighi di cooperazione che di fatto svuotano il principio, ma anche all'interno dello stesso procedimento penale un'intera categoria, le persone giuridiche, è esclusa da ogni forma di tutela.

Su questo profilo deve auspicarsi un atteggiamento oculato da parte degli Stati Membri in sede di trasposizione, a partire dall'Italia, per colmare almeno in parte le lacune della direttiva. Il processo di armonizzazione sostanziale e processuale nel territorio dell'Unione, tuttavia, richiederebbe ben altro impulso: dinnanzi all'allargamento delle frontiere del diritto penale verso nuovi ambiti disciplinari, di cui quello amministrativo costituisce solo un esempio macroscopico, la battaglia per il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo, prima ancora che dell'indagato, è appena cominciata.

<sup>66</sup> Sulla controversia questione dell'adesione dell'Unione alla CEDU, su cui si è espressa anche la Corte di giustizia con un significativo parere (cfr. il testo che si può rinvenire all'indirizzo URL [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CV0002&from=EN)), si vedano, fra i molti, S. ALLEGREZZA, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, in K. LIGETI (ed.), *Towards a European Public Prosecutor for the European Union Volume 1: A Comparative Analysis*, Oxford-Portland, 2012, p.905-944; G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'unione europea alla cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, in *Foro it.*, 2015, p. 77-87.

<sup>67</sup> Così come previsto dal combinato disposto degli artt. 48, 51 e 52 della Carta. Lo stesso Ufficio del Pubblico ministero europeo, d'altro canto, come organo comunitario di indagine, è vincolato, nel testo di regolamento ad oggi in discussione, al rispetto dei diritti contenuti nella Carta (cfr. art. 35), che si può rinvenire all'indirizzo URL [data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15100-2015-INIT/it/pdf](http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15100-2015-INIT/it/pdf). Sull'applicazione del diritto contro l'autoincriminazione alla Commissione europea, si veda ad esempio Corte di giustizia, caso T-112/98 *Mannesmann-röhren-Werke AG c. Commissione delle Comunità europee*, del 2 febbraio 2001, §§ 66-67.