

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXXIII

Settore Concorsuale: Diritto processuale penale 12/G2

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/16

**LA PREVENZIONE E LA RISOLUZIONE DEI CONFLITTI DI
GIURISDIZIONE NELLO SPAZIO DI LIBERTÀ, SICUREZZA E
GIUSTIZIA.**

Presentata da: Cosimo Emanuele Gatto

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi

Chiar.mo Prof. Michele Caianiello

Esame finale anno 2021

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1. L'evoluzione storica e lo stato dell'arte	9
1. La giurisdizione: sviluppo e crisi di un simulacro della sovranità statale.....	9
2. Dall'assistenza giudiziaria alla cooperazione giudiziaria europea.....	13
3. Dalla Convenzione di Strasburgo del 1972 alle proposte di Decisione dei primi anni 2000.	26
4. La Proposta della Commissione europea: il Libro verde del 2005.....	35
5. La Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali.....	39
6. ...e la sua (tardiva) attuazione in Italia (D. lgs. del 15 febbraio 2016, n. 29).	45
a) La concentrazione dei procedimenti all'estero.	49
b) La concentrazione dei procedimenti in Italia.....	53
7. Anatomia del "conflitto".....	59
CAPITOLO 2. Le coordinate ermeneutiche	65
1. La metamorfosi dei principi fondamentali tra diritto interno e diritto europeo.....	65
2. Il principio del giudice precostituito per legge.	74
a) Lo scenario europeo: gli artt. 6, § 1 CEDU e 47, § 2 CDFUE.....	74
b) L'art. 25, co. 1 della Costituzione italiana.....	83
3. Il principio del <i>ne bis in idem</i> europeo.	92
4. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale.	107
CAPITOLO 3. Profili problematici e soluzioni applicative	122
1. La compatibilità della Decisione quadro del 2009 con il principio del giudice precostituito.	124

2. La compatibilità della Decisione quadro del 2009 con le direttive sui diritti di difesa e della vittima.....	135
a) Le direttive sui diritti di difesa.....	135
b) I diritti della vittima.....	146
I) La Direttiva 2012/29/UE.....	146
II) La posizione della vittima nelle dinamiche dei conflitti di giurisdizione.....	150
3. Scelta del foro e conflitti di giurisdizione nel Regolamento Eppo.....	154
a) Il quadro delle competenze nella Procura europea.....	154
b) I potenziali conflitti di giurisdizione.....	161
I) I conflitti di giurisdizione verticali.....	161
II) I conflitti di giurisdizione orizzontali ed il rischio del <i>forum shopping</i>	162
II.1) Il “centro dell’attività criminosa” e la “maggior parte dei reati”.....	163
II.2) Le ipotesi di deroga alla competenza originaria.....	167
III) I conflitti di giurisdizione tra Eppo ed i Paesi terzi.....	169
c) Il ruolo della Corte di giustizia.....	170
4. Il caso dei Mandati d’arresto concorrenti ed i criteri di riparto della giurisdizione presenti nella Direttiva (UE) 2017/541.....	175
CONCLUSIONI.....	183
1. Le proposte avanzate in ambito accademico.....	184
2. Il Regolamento UE 1939/2017 quale base per una futura disciplina europea sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione?.....	189
BIBLIOGRAFIA.....	199

INTRODUZIONE

Tra istanze repressive e tutela dei diritti fondamentali: un bilanciamento possibile? Dalla prevenzione alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione attraverso l'elaborazione di criteri generali.

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia rappresenta una delle conquiste più rilevanti del XX secolo, in grado di incidere profondamente nel corso della storia.

Come tutti gli eventi di questa portata, esso necessita di uno sforzo costante da parte dei Paesi dell'Unione affinché i suoi benefici possano continuare ad irradiarsi in tutto il continente europeo, di modo che questo divenga sempre più protagonista degli equilibri politici internazionali.

In tale scenario, una delle tante sfide che devono essere ancora vinte è quella di dotarsi di un potere giurisdizionale europeo in grado di accertare e reprimere efficacemente gli "illeciti eurounitari".

L'esigenza di creare un "giudice penale europeo" diviene ancora più pressante proprio a causa degli effetti negativi che l'eliminazione delle barriere interne ha portato con sé: la libera circolazione delle persone ed il libero scambio delle merci se, da un lato, costituiscono un fattore ineguagliabile di integrazione e arricchimento socioeconomico, dall'altro, facilitano l'insorgere di crimini europei, caratterizzati ontologicamente da elementi di transnazionalità¹.

In casi di questo genere, infatti, più Stati membri possono contemporaneamente vantare un collegamento con il reato e dunque rivendicare per sé l'esercizio della giurisdizione², dando il destro all'annosa

¹ Sul nesso tra globalizzazione, eliminazione delle barriere interne e la criminalità internazionale cfr. L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 209 ss. Sul tema, cfr., *funditus, infra, sub* Cap. 2, §§ 2-3.

² Come autorevolmente affermato: «la giurisdizione (la giustizia) esprime l'affermazione dell'ordinamento nel caso concreto, cioè là dove solo l'affermazione può essere fatta: essa è quindi, come tale, l'unico momento essenziale della organizzazione della *societas*, perché senza la giurisdizione verrebbe meno lo stesso ordinamento, o meglio la giuridicità dell'ordinamento, che è giuridico solo in quanto può (e deve) essere affermato». In questi

pratica delle indagini parallele ed al relativo incremento della “litispendenza europea”, ossia la contemporanea pendenza in più Stati membri di procedimenti aventi ad oggetto un *idem factum* nei confronti di una medesima persona³. Ciò facilita, dunque, l’insorgere di conflitti di giurisdizione tra i vari Paesi europei⁴.

Alla luce di tali eventualità, il Trattato sul funzionamento dell’UE (TFUE) attribuisce al Parlamento europeo ed al Consiglio la potestà di adottare «misure in grado di prevenire e risolvere conflitti di giurisdizione» (art. 82, § 1, lett. b) TFUE).

All’interno dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia (SLSG) occorre, infatti, impedire, da un lato, la presenza di spazi di impunità⁵ e, dall’altro, che uno

termini, S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 224.

³ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, sub art. 47 CDFUE (*commento*), in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 907 ss. La litispendenza europea, può essere considerata una *species* della litispendenza internazionale, sulla quale cfr. L. LUPÁRIA, *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 29 ss. Per l’A., non vi è dubbio che la litispendenza abbia una spiccata capacità lesiva di diritti soggettivi e di valori fondamentali dell’accertamento penale che vanno ben oltre la messa in pericolo della semplice certezza del diritto e l’intaccamento delle prerogative del soggetto che ha visto divenire esecutivo nei suoi confronti un determinato provvedimento giurisdizionale. *Ivi*, p. 34. Sulla nozione di litispendenza “interna”, cfr. M. BONTEMPELLI, *La litispendenza penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1 ss.; ma anche D. GROSSO, *L’udienza preliminare*, Giuffrè, Milano, 1991. A detta dell’A., la litispendenza «è quella situazione in cui vi sia la contemporanea pendenza di una pluralità di procedimenti accomunati dalla medesimezza del fatto e del soggetto, senza che risulti violata una regola di competenza». *Ivi*, p. 129.

⁴ È infatti stato rilevato in dottrina che nei casi di reati transnazionali, «both the EU and the international community promote extraterritorial jurisdiction and often make it obligatory, in order to avoid ‘negative’ conflicts and possible impunity. The downside of this is an enhanced chance of ‘positive’ conflicts». In termini, M. WASMEIER, *The choice of forum by the European public prosecutor*, in L. H. ERKELENS, A. W. H. MEIJ, M. PAWLIK (Eds.), *The European Public Prosecutor’s Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, Asser Press, The Hague, 2015, p. 143. Sulla nozione di conflitto cfr. ID., *The legal basis for preventing and resolving conflict of criminal jurisdiction in the TFEU*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 107 ss.; ma anche *infra*, sub Cap. 1, § 7.

⁵ In questa prospettiva può esser letta la tendenza, in ambito europeo, a favorire la giurisdizione extraterritoriale. Sul punto cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Intersentia, Cambridge, 2016, p. 217 ss.; M. WASMEIER, *The choice of forum by the European public prosecutor*, cit., p. 143; ma anche, A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), cit., p. 142. A tal proposito è stato inoltre criticamente evidenziato che «the duty of the European Union (EU) to prevent positive conflicts was plainly violated by framework decisions that have multiplied, with no apparent need, mandatory and optional principles of jurisdiction». In termini, P. CAEIRO, *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond*, in *KritV*, 4/2010, p. 366.

stesso soggetto debba contemporaneamente difendersi per la medesima condotta dinnanzi alle autorità giudiziarie appartenenti a Stati membri diversi.

In questa prospettiva, la presente ricerca si pone l'obiettivo di individuare delle *guidelines* per un sistema di allocazione efficiente dell'esercizio della potestà punitiva⁶ in grado di bilanciare le esigenze di *law enforcement* e la tutela della sfera giuridica di coloro che si muovono nel territorio europeo. La normativa vigente offre, infatti, soluzioni non soddisfacenti.

Nell'assenza di un potere giurisdizionale comune, l'Unione europea, con la Decisione quadro 2009/948/GAI⁷, ha ideato un meccanismo che ha come obiettivo, principale non quello di prevenire i conflitti di giurisdizione, ma «di promuovere una più stretta cooperazione tra le autorità competenti di due o più Stati membri che conducono un procedimento penale ai fini di una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia»⁸ ed impedire violazioni del *ne bis in idem*⁹.

Questo sistema – fondato principalmente sulle consultazioni tra le autorità giudiziarie dei diversi Paesi – si è dimostrato inefficace e problematico in ordine, quantomeno, a due profili.

Il riferimento è, in primo luogo, al principio del giudice precostituito per legge tutelato, pur con diverse sfumature, dagli artt. 6 CEDU e 47, § 2 CDFUE.

In particolare, l'art. 47, § 2 CDFUE sancisce il diritto di ogni persona «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, *precostituito per legge*»¹⁰.

Nell'interpretare questa norma, occorre anzitutto constatare l'assenza, a livello comunitario, di una nozione condivisa di “giudice naturale europeo” al quale

⁶ Questa, come si darà conto nel prossimo capitolo è considerata dagli Stati espressione della loro potestà punitiva o, come efficacemente descritta, «*epiphenomenon of sovereignty*». In termini, P. ORTOLANI, *Conflicts of jurisdiction in criminal law. Lesson from european civil procedure*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 210.

⁷ Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali.

⁸ Cfr. art. 1, § 1, D. q. 2009/948/GAI.

⁹ Cfr. art. 1, § 2, *lett. a*), D. q. 2009/948/GAI. La prevenzione delle ipotesi di conflitto, in queste dinamiche, diventa dunque strumentale alla tutela del *ne bis in idem*. Sul punto cfr., *funditus*, sub Cap. 1, § 5.

¹⁰ Corsivo nostro.

attribuire l'esercizio dello *jus dicere*. Da un'analisi comparativa emergono infatti due orientamenti contrapposti.

Per una prima ricostruzione – propria degli ordinamenti di *common law* – nell'individuazione del giudice sono da privilegiare le ragioni di efficienza che comportano una scelta flessibile dell'organo giudicante competente (non, dunque, un giudice *precostituito*), la cui imparzialità è assicurata dalle Carte (costituzionali e dei diritti)¹¹.

Una diversa impostazione – di cui l'Italia è esempio paradigmatico – tende, invece, a privilegiare nell'individuazione del giudice competente il principio di legalità che assicura l'imparzialità e l'indipendenza dell'organo giudicante scelto mediante criteri certi e predeterminati (giudice *precostituito per legge*)¹².

L'eterogeneità, *in parte qua*, del *background* giuridico induce, in prima battuta, a interrogarsi circa la valenza transazionale del concetto di giudice precostituito per legge (art. 47, § 2 CDFUE) e, in caso di risposta affermativa, della compatibilità tra questo e la Decisione quadro del 2009¹³.

In ambito transnazionale, occorre, inoltre, rilevare come il principio della precostituzione legale del giudice possa avere delle ripercussioni sul principio di legalità sostanziale (art. 49 CDFUE).

Difatti, nel caso in cui due Stati membri rivendichino per sé la potestà punitiva, dall'individuazione della giurisdizione competente dipenderà la legislazione nazionale applicabile: non solo le norme di carattere processuale ma anche quelle di matrice sostanziale che il soggetto dovrà osservare al fine di non commettere reati¹⁴.

La presenza di criteri predeterminati idonei a ripartire la giurisdizione tra i vari Stati (*ex art. 47, § 2 CDFUE*) è dunque necessaria per garantire al soggetto la prevedibilità della giurisdizione competente e, altresì, delle fattispecie incriminatrici. In ossequio al principio *nulla poena sine culpa*, infatti, il cittadino

¹¹ Cfr. Cap. 2, § 2, lett. a).

¹² Cfr. Cap. 2, § 2, lett. b).

¹³ Cfr. Cap. 3, § 1.

¹⁴ Come acutamente osservato in dottrina, nell'ambito di procedimenti paralleli «*to choose jurisdiction means also to choose rules and context*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, 2013, p. 160.

europeo potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente solo se abbia tenuto volontariamente un comportamento *contra legem*¹⁵.

In questa prospettiva, occorrerà pertanto valutare la compatibilità della Decisione quadro con l'art. 47, § 2 CDFUE, tenendo conto degli “effetti riflessi” che la violazione del principio di precostituzione legale del giudice (art. 47, § 2 CDFUE) genera su quello di legalità sostanziale (art. 49 CDFUE) nel contesto europeo¹⁶.

In secondo luogo, dall'articolato della Decisione quadro sembra emergere una totale indifferenza rispetto alla tutela della sfera giuridica tanto dell'indagato, quanto delle vittime.

Da un lato, i primi potrebbero dover patire gli effetti pregiudizievoli di indagini parallele o, ancor peggio, di *processi* paralleli; dall'altro, le seconde, specularmente, dovrebbero far valere le loro pretese nei diversi Stati in cui si sta procedendo per la condotta criminosa che hanno subito.

Il noto principio del *ne bis in idem* europeo (artt. 54-58 CAAS e 50 CDFUE) – come si darà conto nel proseguo della trattazione¹⁷ – rappresenta solo una *extrema ratio*, non in grado di assicurare una protezione adeguata ai diritti dei soggetti coinvolti nella dinamica processuale: è dunque necessario anticipare la soglia della tutela al momento genetico del processo, in modo da bilanciare le istanze repressive e quelle di tutela dei diritti fondamentali.

In particolare, al fine di tutelare i diritti di difesa (art. 48, § 2 CDFUE), occorre evitare abusivi fenomeni di *forum shopping* da parte delle autorità procedenti,

¹⁵ Sul punto cfr. N. I. THORHAUER, *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6(1)/2015, p. 90 ss. L'A. osserva che «An individual can only be held criminally liable for his unlawful conduct if he knows or is able to know the law and violates it even though he could have acted lawfully. Thus, the imposition of criminal liability requires free choice on the part of the individual. Free choice, however, can only exist if exact borderlines are drawn between right and wrong». *Ivi*, p. 91; sul punto cfr., inoltre, M. LUCHTMAN (Ed.), *Principles of European Criminal Law: Jurisdiction, Choice of Forum, and the Legality principle in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in *European Review of Private Law*, 2/2012, p. 347 ss.

¹⁶ Su questo profilo cfr. Cap. 3, § 1.

¹⁷ Cfr. Cap. 2, § 3. Il principio de quo non è infatti in grado di prevenire procedimenti paralleli ma, tutt'al più, può condurre all'applicazione del vetusto criterio *first come, first served*, una “*wild west solution*” contraria alla logica del mutuo riconoscimento che dovrebbe informare le relazioni tra stati membri. Sul punto cfr. J. SPENCER, *Mutual recognition and choice of forum*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*. cit., p. 71.

ossia impedire a queste ultime di individuare la giurisdizione competente nello Stato che, per esempio, presenti una legislazione più favorevole agli interessi dell'accusa¹⁸.

Di contro, sarebbe opportuno che i legittimi interessi dei soggetti coinvolti in procedimenti paralleli fossero tenuti in debita considerazione nelle dinamiche inerenti alla scelta del foro.

Da questo angolo visuale, occorrerà dunque valutare la compatibilità della Decisione quadro 2009/948/GAI con i diritti di difesa degli individui coinvolti in procedimenti paralleli¹⁹.

Alla luce di queste considerazioni, si è ritenuto opportuno scomporre la presente ricerca in due sezioni: una statica, l'altra dinamica.

I primi due capitoli (parte statica) andranno a delineare lo stato di fatto e di diritto vigente. Si cercherà, insomma, di operare una ricognizione del cammino fatto sin qui (Cap. 1) per poi enucleare dalla legislazione europea di settore quei principi generali (Cap. 2) che costituiscono i punti di riferimento da seguire per orientarsi in uno scenario magmatico e politicamente scottante come quello dei conflitti di giurisdizione.

Il capitolo terzo, nella prima parte, si occuperà di valutare la compatibilità della Decisione quadro sia con il principio del giudice precostituito (*ex art. 47, § 2 CDFUE*) sia con le direttive sui diritti di difesa e della vittima²⁰.

In questo contesto si può constatare come la normativa vigente offra degli spunti interessanti e meritevoli di attenzione in una prospettiva *de jure condendo*. Per tale motivo, nella seconda parte del terzo capitolo, si passeranno in rassegna – limitatamente ai profili che vengono in rilievo nella presente prospettiva di ricerca – da un lato, il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione

¹⁸ Di contro, nell'individuazione del foro competente dovrebbero essere tenuti in considerazione anche gli interessi legittimi dei soggetti coinvolti in procedimenti paralleli. Come osservato in dottrina, infatti, «*an arbitrary choice of jurisdiction ('forum shopping') should be excluded, i.e. executive discretion must have a limit, especially with a view to the principle of legality and the right to a fair trial (Articles 6, 7 ECHR, Articles 47–49 CFR)*». In termini, M. WASMEIER, *The choice of forum by the European public prosecutor*, cit., p. 144.

¹⁹ Cfr. Cap. 3, § 2.

²⁰ Cfr. Cap. 3, §§ 1 e 2.

rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»); dall'altro, l'art. 16 della Decisione quadro 2002/584/GAI sul Mandato d'arresto europeo e la Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la Decisione 2005/671/GAI del Consiglio.

Queste fonti, sebbene siano caratterizzate da profili di criticità²¹, potrebbero costituire la base di partenza per un auspicabile intervento europeo nell'ambito della prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione che vada a superare i punti deboli e le lacune della Decisione quadro del 2009.

In questa prospettiva, il presente lavoro si concluderà cercando di individuare le possibili *guidelines* per una modifica del quadro legislativo vigente: è necessario, infatti, che i casi di conflitto giungano ad una soluzione stabile sulla scorta di criteri certi e predeterminati che bilancino le esigenze di *law enforcement* con i diritti di difesa.

²¹ Cfr. Cap. 3, §§ 3 e 4.

CAPITOLO 1.

L'evoluzione storica e lo stato dell'arte.

1. La giurisdizione: sviluppo e crisi di un simulacro della sovranità statale.

Premessa necessaria ai fini della nostra ricerca è quella di individuare il contenuto ed i limiti della giurisdizione penale.

L'etimologia di questo termine è dibattuta e le prime ricostruzioni risalgono ai Glossatori bolognesi¹. Benché sia riduttivo, se non impossibile, degradare la giurisdizione ad un concetto², ai nostri fini possiamo individuarla nel «modo in cui l'organo a cui è attribuito il potere decide se qualcuno debba essere punito per aver commesso un reato»³.

In questa prospettiva – in particolare nel diritto penale – qualche decennio fa si affermava che «la creazione dello Stato moderno segna l'ultimo «stadio di sviluppo teorico» della giurisdizione, quanto meno sotto il profilo della sua titolarità»⁴. La logica conseguenza di tale asserzione, sulla scorta dell'art. 101 Cost., è il «carattere sovrano, sia pure *per delegationem*, della funzione giurisdizionale»⁵.

Potremmo dunque affermare che la giurisdizione è un “simulacro” della sovranità statale⁶, la quale, emanando dal popolo, attraverso la mediazione del giudice soggetto *soltanto* alla legge (art. 101 Cost.)⁷, si manifesta nella sentenza.

¹ Il riferimento è ad Accursio. Per un approfondimento sul punto si rimanda all'analisi svolta da E. BELLIZZI, *Giurisdizione penale* (voce), *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1992, p. 1. Sull'evoluzione della giurisdizione penale cfr. M. PISANI, *Giurisdizione penale* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 381 ss.

² In questo senso, cfr. S. SATTI, *Giurisdizione (nozioni generali)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970., p. 218.

³ Così, E. BELLIZZI, *Op. cit.*, p. 1.

⁴ M. PISANI, *Op. cit.*, p. 382.

⁵ *Ivi*, p. 385. Infatti, nota l'A. che se la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101 Cost.) a cui “appartiene” la sovranità (art. 1 Cost.), allora l'esercizio dell'attività giurisdizionale è espressione del potere sovrano.

⁶ Come è stato evidenziato, il diritto penale costituisce «una delle massime espressioni» della sovranità. In questo senso cfr. A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli, 2019, p. 1 (e la dottrina ivi citata, *sub ntt.* 1-3).

⁷ Ciò rappresenta una garanzia bidirezionale: da un lato, essere sottoposto solo alla legge, assicura l'indipendenza del giudice sia dai suoi superiori che dagli altri poteri dello stato;

La giurisdizione trae dunque la sua legittimazione dalla sovranità, costituendone un'epifania.

Bisogna, però, individuare il perimetro della giurisdizione. Se, infatti, questo ricalca quello della sovranità, occorre verificare se gli stessi coincidano con il territorio dello Stato o se, invece, vi possa essere un disallineamento tra giurisdizione-sovranoità e territorio.

Tradizionalmente, infatti, la dottrina più autorevole aveva evidenziato come «il diritto internazionale pone un limite soltanto agli atti concreti e materiali che gli organi dello Stato compiono al di fuori del territorio»⁸: fatta eccezione per le attività coercitive, la giurisdizione può dunque valicare i confini nazionali andando a sanzionare condotte compiute *ultra limes*⁹.

In tal senso, già la Corte permanente di giustizia aveva affermato nel noto Caso *Lotus* (1927) che «la territorialità del diritto penale (...) non è un principio assoluto del diritto internazionale e non coincide affatto con la sovranità territoriale».

Dunque, per la dottrina classica era possibile un disallineamento tra sovranità-giurisdizione e territorio. Il carattere universale delle norme penali (*rectius*, degli interessi tutelati dalle norme penali)¹⁰ non collide infatti con l'esclusività dell'ordinamento ma tra questo e quelle si crea una "armoniosa coesistenza"¹¹.

dall'altro, la soggezione del giudice alla legge fa in modo che il cittadino sottoposto a processo sia garantito da possibili abusi grazie alle regole processuali che tutelano la sua libertà morale e fisica.

⁸ Cfr. F. DEAN, *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 29.

⁹ Come è stato autorevolmente affermato, «L'essere il potere dello Stato limitato al suo territorio non significa che nessun atto dello Stato possa venire eseguito legittimamente al di fuori del territorio di questo Stato. La limitazione si riferisce, in linea di principio, soltanto agli atti coercitivi nel senso più ampio del termine, includendovi anche la preparazione di atti coercitivi». In questi termini, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto*, Trad. it. S. COTTA – G. TREVES, Etaslibri, Milano, 1994, p. 214.

¹⁰ Si fa qui riferimento alla concezione universalistica della norma penale, ispiratrice del codice Rocco. L'interesse tutelato dalla norma penale, secondo tale concezione, è universale non perché comune agli Stati ma in quanto ha ad oggetto la protezione dei valori umani universalmente riconosciuti. Il diritto penale si risolve, in questo senso, in un *diritto (rectius, dovere) di punire*. L'alternativa all'esercizio dello *ius puniendi* sarà quella di consegnare il soggetto allo Stato che intenda esercitare la giurisdizione. È questo, in estrema sintesi, il contenuto del principio "*aut dedere aut punire*", individuato da Grozio quale fondamento dell'universalità del *diritto di punire*. Su tali argomenti, cfr., *funditus*, P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge penale e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. dir. pen.*, 1950, p. 468 ss.

¹¹ In questo senso, cfr. F. DEAN, *Op. ult. cit.*, p. 39.

Il *puzzle*, soprattutto in Europa, è divenuto ancora più complicato negli ultimi decenni: periodo caratterizzato dalla presenza di Stati che hanno perso i confini o, meglio, i cui confini sono divenuti liquidi o a geometria variabile¹².

Venute meno le barriere interne già con l'Accordo di Schengen (1985), l'avvento dell'Unione europea ha inciso sulla morfologia della sovranità¹³ e sull'esercizio della giurisdizione, che ha subito una metamorfosi in due dei suoi pilastri: il territorio ed il cittadino.

La cittadinanza nazionale è stata affiancata, a seguito del Trattato di Maastricht (1992), da quella europea: il cittadino, dunque, non è più soggetto soltanto alla giurisdizione statale ma anche a quella eurounitaria.

Per ciò che concerne l'elemento del territorio, il Trattato di Amsterdam (1997) ha posto le basi per la costruzione di uno *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* (SLSG) che, alla stregua della cittadinanza europea, si affianca alla nozione di territorio nazionale, delineando i confini dell'Unione¹⁴.

All'esito di questi enormi cambiamenti, lo *status* di cittadino europeo consente oggi di muoversi liberamente su tutto il territorio comunitario – ossia all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia – sottostando ad una serie di obblighi aggiuntivi, che trovano fonte diretta nella legislazione europea.

Se restassimo ancorati all'idea di giurisdizione quale esercizio di sovranità statale¹⁵ sarebbe quindi necessario che il cittadino europeo, qualora

¹² Nel senso che i confini sono variabili a seconda della nazionalità del soggetto che li varca.

¹³ Difatti, è stato autorevolmente affermato che «nel nostro continente (...) la sovranità pare così diventata un'entità non unitaria, dato che nel quadro della costruzione europea quote di sovranità si reputano passate alla Unione europea». In termini A. BERNARDI, *Op. ult. cit.*, p. 15. L'A. mette in evidenza come tale ultima tappa sia ponga all'esito di un «processo trifasico» che potremmo definire circolare in quanto segna una sorta di ritorno alle origini (delle Comunità europee) stante la tendenza degli Stati a rivendicare la propria sovranità penale. *Ivi*, p. 27. In ordine alle “ragioni” della sovranità nel campo della giustizia penale, cfr. G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova nell'Unione europea*, in G. ILLUMINATI – D. VICOLI – M. G. AIMONETTO – M. DANIELE – S. LONATI – T. RAFARACI – G. MELILLO – V. ZAGREBELSKY – C. ARANGUENA FANEGO – S. GLESS – J. VERVAELE – S. ALLEGREZZA, *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, p. 9.

¹⁴ Sul punto cfr. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, in (a cura di) R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 214 ss.

¹⁵ Tale postulato è stato messo in crisi proprio con l'avvento dell'UE. Difatti, come è stato autorevolmente notato, «L'assetto costituzionale dell'Unione europea conferma “il terzo profilo di novità espresso dallo 'Stato costituzionale', [che] attiene al superamento della

commettesse un illecito transnazionale, fosse giudicato da un “Tribunale ordinario europeo”, una istituzione che, è ben noto, ad oggi manca.

Gli Stati membri sono infatti tradizionalmente molto gelosi della loro potestà punitiva¹⁶, motivo per il quale non si è sinora raggiunto un accordo finalizzato alla creazione di un giudice unico europeo.

In questo contesto, una novità di assoluto rilievo è l'istituzione – grazie ad una cooperazione rafforzata, alla quale hanno aderito solo alcuni Paesi dell'Unione – del Pubblico Ministero europeo¹⁷, il quale, ai sensi dall'art. 86 TFUE, 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»¹⁸.

Per ovviare all'assenza di un'autorità giudiziaria europea e, dunque, tentare di risolvere l'annoso problema dei conflitti di giurisdizione, il rimedio adottato con la Decisione quadro n. 948 del 2009 è stato quello di individuare, *case by case*, l'autorità nazionale competente all'esercizio della giurisdizione.

Tale normativa – frutto di un evidente compromesso, del quale questo elaborato cercherà di mettere in evidenza i punti critici – dovrebbe essere oggi superata, individuando delle regole in grado di prevenire e risolvere efficacemente i conflitti di giurisdizione.

nozione storica di sovranità, conseguente al declino dello Stato nazionale”. (...) Al riguardo, è possibile evidenziare che nel sistema dell'Unione europea il policentrismo si manifesta ormai in relazione sia alla funzione legislativa, sia alla funzione amministrativa e di controllo, sia alla funzione giurisdizionale, con conseguente frammentazione dell'esercizio del potere sovrano e moltiplicazione dei soggetti che partecipano di tale esercizio». In questi termini, A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4/2013, pag. 599 (e gli autori citati *sub ntt.* 190-195).

¹⁶ In questo senso, autorevole dottrina aveva individuato nella sovranità nazionale il limite principale allo sviluppo di un diritto processuale europeo o, per meglio dire, di una *procedura penale europea*. Il riferimento è a F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1990, p. 91. Per riprendere le parole dell'A., «è probabile che il nucleo più vero e geloso delle prerogative di sovranità risieda più che sul potere di formulazione delle fattispecie incriminatrici, sul potere di organizzazione degli apparati processuali e di polizia». *Ibidem*.

¹⁷ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

¹⁸ Sul punto cfr., *funditus*, Cap. 3, § 3.

La legislazione vigente, infatti, non obbliga gli Stati al raggiungimento di un accordo lasciando così aperta la possibilità che i procedimenti paralleli proseguano nei rispettivi Paesi.

Ciò non significa che il risultato cui si è pervenuti nel 2009 rappresenti un fallimento. Al contrario, bisogna rilevare come la Decisione, nonostante i suoi limiti, rappresenti l'esito di una lunga marcia che, a "piccoli passi", ha accompagnato l'Europa dalla stagione dell'assistenza giudiziaria a quella della cooperazione.

Dunque, prima di passare all'analisi del dato normativo, è opportuno dar conto, pur per sommi capi, di questo percorso, che ha subito un impulso decisivo con l'affermazione del principio del mutuo riconoscimento, il quale ha consentito una più stretta collaborazione fra gli Stati membri¹⁹.

2. Dall'assistenza giudiziaria alla cooperazione giudiziaria europea.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, sia il Consiglio d'Europa che la Comunità economica europea, sulla scorta della lezione appresa dalla Seconda Guerra Mondiale, avevano inaugurato un nuovo percorso improntato alla logica della collaborazione tra gli Stati, il quale aveva interessato il settore giudiziario, dapprima in materia civile/commerciale e, successivamente, anche in quella penale e di polizia²⁰.

In tale ultimo ambito, sono intervenuti nel corso del tempo diversi strumenti pattizi: il riferimento è alla Convenzione europea di estradizione del 1957, alla

¹⁹ Come è stato rilevato in dottrina, inserendo la base legale per le misure sulla giurisdizione nel primo paragrafo dell'art. 82 TFUE, «*the Member states were convinced that measures to prevent and settle conflicts of jurisdiction are an essential element of an area of freedom security and justice based on mutual recognition. In other words, there is an underlying assumption in the Treaty that such measures are a prerequisite for the good functioning of mutual recognition and judicial cooperations*». In termini, M. WASMEIER, *The legal basis for preventing and resolving conflict of criminal jurisdiction in the TFEU*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 103.

²⁰ Sul punto cfr., A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 208 ss.; G. BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine europeo d'indagine*, Wolters kluwer, Cedam, Milano, 2017, p. 1 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 4 ss.

Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 ed al Trattato di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale del 1962.

Queste prime fonti, oltre ad essere limitatamente vincolanti, si applicavano ad un numero ristretto di Paesi: le Convenzioni erano infatti state adottate in seno al Consiglio d'Europa, mentre il Trattato dagli Stati del Benelux²¹.

Successivamente, l'emergere di una criminalità caratterizzata, sempre più, da elementi di transnazionalità²² aveva indotto i paesi delle Comunità Europee ad un cambio di passo: era, infatti, maturata la consapevolezza che bisognasse far fronte a questi fenomeni attraverso una risposta unitaria, fondata su un coordinamento intergovernativo.

Tale natura aveva appunto il primo embrione di cooperazione giudiziaria europea, il c.d. gruppo di Trevi, che aveva riunito, per la prima volta, nel 1975 a Roma i ministri degli Interni degli Stati della Comunità Europea²³.

Parallelamente, il Presidente francese Giscard d'Estaing metteva in campo un progetto pionieristico: la creazione di uno "Spazio giudiziario penale europeo". Nonostante la meticolosa pianificazione – erano previsti infatti cinque *steps* esecutivi – questo programma non venne mai attuato a causa del mancato appoggio di alcuni Stati²⁴.

Nel corso degli anni Ottanta, la cooperazione giudiziaria era dunque appannaggio del metodo intergovernativo, al di fuori dell'ambito di competenze comunitarie.

Dimostrazione di questa impostazione era la creazione del gruppo CPE (gruppo di Cooperazione politica europea) che aveva avuto il merito di

²¹ A tal proposito è stato rilevato che, in un primo momento, la Comunità economica europea non è interessata della cooperazione in ambito penale: solo a partire dagli anni Settanta (come si darà conto nel proseguo del paragrafo) la comunità ha avviato iniziative in materia di cooperazione. In questo senso, cfr. A. WEYEMBERGH, *Op. ult. cit.*, p. 208.

²² Il riferimento è ai c.d. *serious crimes* ossia ai reati di traffico di droga, armi, esseri umani, organi, nonché, tra gli altri, alla corruzione internazionale.

²³ A queste riunioni presero parte qualche anno dopo anche i ministri della Giustizia.

²⁴ Sul punto, oltre ad A. WEYEMBERGH, *Op. cit.*, pp. 208-210 ss., cfr., *funditus*, G. GRASSO, *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in (a cura di) G. GRASSO – R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81 ss.; nonché L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, *Ivi*, pp. 396-397, 402 ss. Ma anche G. BARROCU, *Op. ult. cit.*, pp. 2-3.

elaborare cinque convenzioni le quali, seppur mai ratificate, sono state riprese da accordi successivi.

La più importante tra queste convenzioni era certamente l'Accordo di Schengen (14 giugno 1985) che eliminava gradualmente i controlli alle frontiere di cinque Stati (Francia, Belgio, Lussemburgo, Germania e Paesi Bassi).

A questo, ha fatto seguito la Convenzione applicativa (CAAS) del 19 giugno 1990, entrata in vigore il 26 marzo 1995, cui hanno aderito la maggior parte dei paesi della nuova Unione²⁵.

Sebbene, anche in tal caso, si fosse al di fuori delle competenze comunitarie come allora definite, questo accordo condivideva con il progetto europeo una fondamentale idea di fondo: l'eliminazione delle barriere interne, funzionale alla creazione di uno Spazio giudiziario comune.

Significativo è, in tale prospettiva, l'art. 54 CAAS, secondo cui «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».

Il principio del *ne bis in idem* scolpito in questa disposizione – già previsto da diversi trattati internazionali²⁶ – garantiva ai cittadini degli Stati firmatari di non essere sottoposti ad un secondo processo per un medesimo fatto in un altro Stato aderente alla Convenzione²⁷.

Ciò poneva, però, l'urgenza di adottare alcune “misure compensative”²⁸, idonee a contenere gli effetti negativi derivanti dalla libera circolazione, in particolare, l'acuirsi della criminalità transnazionale. L'eliminazione delle

²⁵ Questa, come efficacemente affermato, «costituisce il primo esempio di “cooperazione rafforzata” *ante litteram*». In termini, L. SALAZAR, *Op. ult. cit.*, p. 403.

²⁶ Cfr. Cap. 2, § 3.

²⁷ È stato osservato che «*The CISA Convention can be qualified as the first multilateral convention that establishes an international ne bis in idem principle as an individual right erga omnes, be it limited to the regional Schengen area*». In termini, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht law Review*, 9/2013, p. 218.

²⁸ In termini, L. SALAZAR, *Op. ult. cit.*, p. 396.

barriere interne facilitava, infatti, lo spostamento delle persone e, dunque, anche dei criminali tra i diversi Stati²⁹.

Proprio queste esigenze stavano alla base dell'Atto Unico europeo (AUE) con il quale, nel 1986, venivano modificati i Trattati istitutivi delle Comunità europee: da quel momento in poi le questioni inerenti alla sicurezza comune e la politica estera sarebbero entrate a far parte delle competenze comunitarie, grazie ad uno snellimento delle procedure decisionali del Consiglio europeo ed all'istituzione di riunioni semestrali presso lo stesso.

Un decisivo cambio di passo si è avuto, però, solo con il Trattato di Maastricht che, nel 1992, introducendo l'architettura cd. a *pilastri*, ha incluso ufficialmente fra le competenze dell'Unione la materia della cooperazione giudiziaria e di polizia³⁰.

Come noto, da un lato, ciò ha fatto sì che l'Unione acquisisse una competenza propria in queste materie, facendo venir meno la stessa ragion d'essere del gruppo di Trevi e del CPE. Dall'altro, tuttavia, l'adozione del metodo intergovernativo, fondato sulla regola dell'unanimità, aveva di fatto rallentato il progetto di riforme in materia di cooperazione³¹.

²⁹ Come è stato autorevolmente osservato, «la costruzione di un'Europa senza frontiere ha fatto emergere, da un lato, esigenze di una intensificata cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri e, dall'altro, esigenze di armonizzazione di importanti settori del diritto penale che si sono trasformate “in una diversa dimensione della costruzione europea da affiancare a quella puramente economica e commerciale”». In questi termini, G. GRASSO, *Op. ult. cit.*, p. 81. L'A. cita in questo passaggio R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea, linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sopranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 94 ss.

³⁰ In estrema sintesi, come evidenziato in dottrina, l'attività dell'Unione all'indomani del Trattato di Maastricht poteva raggrupparsi attorno a tre assi. Il primo, che si inserisce in un quadro di “cooperazione tradizionale”, aveva condotto all'emanazione della Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra Stati membri dell'unione europea del 30 marzo 1995 e della Convenzione relativa all'extradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea del 23 ottobre 1996. Il secondo asse ruotava attorno al riavvicinamento normativo, ed aveva ad oggetto fattispecie di reato eurounitarie, quali, ad esempio, le condotte di frode ai danni del bilancio comunitario e gli atti di corruzione che vedono coinvolti funzionari europei. Da ultimo, non per importanza, il terzo asse era identificabile nella progressiva introduzione di forme innovative di cooperazione giudiziaria che hanno avuto il merito di migliorare sul piano pratico le relazioni tra le autorità giudiziarie dei Paesi membri, come dimostra l'istituzione dei magistrati di collegamento (Azione comune del 22 aprile 1996, n. 96/277/GAI). In questa prospettiva, cfr. L. SALAZAR, *Op. ult. cit.*, pp. 404-410.

³¹ Cfr., sul punto, A. WEYEMBERGH, *Op. cit.*, pp. 212-213. Più in generale, sull'evoluzione della cooperazione giudiziaria, cfr. M. CAIANIELLO, *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020,

Un nuovo impulso è stato comunque impresso, qualche anno dopo, dal Trattato di Amsterdam (1997) che – annoverando, per la prima volta, tra gli obiettivi dell’Unione la creazione ed il mantenimento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) – ha posto le basi per una legislazione europea in materia penale³², grazie anche all’abbandono delle “azioni comuni” in favore delle “decisioni quadro”³³ ed alla «progressiva azione di armonizzazione legislativa delle fattispecie incriminatrici e delle sanzioni»³⁴.

Non bisogna, infatti, dimenticare che il principio di territorialità costituisce tradizionalmente uno dei capisaldi del diritto penale³⁵: l’ipertrofia del concetto di territorio, prodotta da questo Trattato, ha scardinato i limiti spaziali della sovranità statale, legittimando il legislatore europeo e, soprattutto, la Corte di giustizia ad un intervento in ambito penale secondo le forme previste dai Trattati. In particolare, il Trattato di Amsterdam ha allargato il sindacato della Corte sulle materie incluse nel terzo pilastro.

In questo contesto, uno dei primi casi è la sentenza *Pupino c. Italia*³⁶. In tale vicenda, i Giudici di Lussemburgo estendevano l’obbligo di interpretazione

p. 46 ss., ma anche, A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Intersentia, Cambridge, 2016, p. 17 ss.

³² Sul punto, cfr. L. SALAZAR, *Op. ult. cit.*, p. 396. Come evidenziato dall’A., il cambio di passo rispetto al Trattato di Maastricht è stato evidente, manifestandosi su un duplice livello: da un lato, non ci si è limitati semplicemente a rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale ma ci si è posti l’obiettivo di creare uno Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, anche attraverso, la prevenzione e la repressione sia della criminalità organizzata internazionale che di tutta una serie di reati di matrice transnazionale; dall’altro, al fine di raggiungere tale scopo, l’UE ha puntato ad armonizzare le fattispecie di reato (nonché la dosimetria sanzionatoria) aventi matrice eurounitaria. L’armonizzazione – o, quantomeno, il riavvicinamento – delle norme penali è funzionale, peraltro, alla prevenzione dei fenomeni di *forum shopping*, obiettivo che, come vedremo, costituisce un elemento fondamentale nell’economia della presente ricerca. Sul punto cfr. G. GRASSO, *Op. ult. cit.*, p. 87.

³³ Sull’argomento cfr., *funditus*, L. SALAZAR, *Le fonti tipiche dell’Unione europea*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, in (a cura di) G. LA GRECA – M. R. MARCHETTI, Giappichelli, Torino, 2003, p. 57.

³⁴ In termini, cfr. L. SALAZAR, *La costruzione di uno Spazio penale comune europeo*, cit., p. 412. In dottrina, avuto riguardo al diritto penale sostanziale, si suole distinguere tra atti di “prima” e “seconda generazione”. Questi ultimi, in particolare, sono stati messi a punto per aggiornare i loro predecessori in virtù della rapida evoluzione dei fenomeni di criminalità transnazionale che si sono registrati nei primi anni duemila. Sul punto cfr., *funditus*, C. AMALFITANO, sub *art. 83 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 902-903.

³⁵ Sul punto si rinvia alla dottrina citata al § precedente.

³⁶ Corte di giustizia, Grande Camera, 16 giugno 2005, C-105/03. Su cui vd. S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in (a cura di) F. SGUBBI – V. MANES, *L’interpretazione conforme*

conforme, gravante sui giudici nazionali, anche alle decisioni quadro³⁷. A detta della Corte, infatti, «il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, in quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro» (§ 61).

Come osservato in dottrina, con questa pronuncia la “giurisprudenza creatrice” della Corte di giustizia ha cercato di operare un allineamento per via pretoria del terzo pilastro al c.d. metodo comunitario³⁸, per la cui diffusa applicazione alla materia penale si dovrà attendere il Trattato di Lisbona.

Ad ogni modo, si può affermare che dopo il 1997 l'Unione abbia cambiato passo: oltre al processo di “comunitarizzazione” avviato con il Trattato di Amsterdam, due passaggi cruciali per giungere ai risultati di Lisbona sono stati i Consigli europei di Tampere (1999) e de L'Aia (2005).

Le conclusioni del primo, in particolare, «hanno segnato il vero e proprio fondamentale punto di snodo dei differenti percorsi sino ad allora seguiti dall'Unione»³⁹.

al diritto comunitario in materia penale, BUP, Bologna, 2007, p. 53 ss. La vicenda scaturiva dalla circostanza che il codice di rito italiano (art. 392, co. 1 *bis*) non annoverava tra i reati presupposto per l'incidente probatorio quello per cui si stava procedendo (art. 571 c.p.), negando così al minore, vittima di una tale condotta, di potersi avvalere di questo istituto nel caso di specie. Di contro, la Decisione quadro 2001/220/GAI, riguardante la posizione della vittima nel processo penale, riconosceva alle stesse di poter essere sentite secondo modalità protette (artt. 2, 3 e 8 n. 4). Evidenziato tale contrasto tra la normativa interna e la fonte europea, la Corte di giustizia, in forza dell'obbligo di interpretazione conforme, ha invitato il giudice italiano ad aggiungere, per via interpretativa, un nuovo caso di incidente probatorio all'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. che consentisse alle minori vittime del reato di cui all'art. 571 c.p. di rendere la loro deposizione secondo modalità protette. La Corte ha affermato, infatti, infatti che «gli artt. 2, 3 e 8, n. 4, della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale deve avere la possibilità di autorizzare bambini in età infantile che, come nella causa principale, sostengano di essere stati vittime di maltrattamenti a rendere la loro deposizione secondo modalità che permettano di garantire a tali bambini un livello di tutela adeguato, ad esempio al di fuori dell'udienza e prima della tenuta di quest'ultima» (§ 61).

³⁷ Le decisioni quadro fino al Trattato di Lisbona hanno rappresentato il motore della cooperazione giudiziaria in materia penale. Sul punto cfr. V. MANES, *Il diritto dell'Unione europea e la sua influenza in materia penale*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 6 ss.

³⁸ Il riferimento è a C. AMALFITANO, sub *art. 82 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 870.

³⁹ In termini, L. SALAZAR, *La costruzione di uno Spazio penale comune europeo*, cit., p. 415.

Con il Consiglio di Tampere è stata, infatti, inaugurata una strategia d'azione caratterizzata da un "doppio binario": da un lato, la prosecuzione del processo di armonizzazione; dall'altro, l'affermazione del principio del riconoscimento reciproco⁴⁰ che, semplificando le procedure di cooperazione caratterizzate, sino a quel momento, da una forte matrice intergovernativa, ha posto le basi per una cooperazione più semplice ed immediata tra le autorità giudiziarie nazionali⁴¹.

Tra i primi strumenti introdotti in questo ambito va annoverato il Mandato d'arresto europeo⁴² che ha sostituito, limitatamente agli Stati aderenti alla Decisione, il tradizionale strumento dell'extradizione.

⁴⁰ Cfr. conclusione n. 33. Questo, «dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale». Peraltro, va evidenziato come il principio del mutuo riconoscimento fosse già noto al diritto europeo: difatti esso è stato applicato dalla Corte di giustizia nel noto caso *Cassis de Dijon* del 1970 per consentire l'importazione nel territorio tedesco di questo liquore francese nonostante lo stesso avesse una gradazione alcolica inferiore alla soglia minima prevista dalla legislazione tedesca. Se in ambito civile il mutuo riconoscimento garantisce la libera circolazione delle merci, nel campo penale lo stesso è, tra le altre cose, finalizzato al mantenimento dello Spazio di libertà sicurezza e giustizia e dunque la libera circolazione delle persone. Peraltro, nella materia penale, l'affermazione del mutuo riconoscimento consentiva di arginare il processo di armonizzazione delle fattispecie incriminatrici, da sempre avversato dal Regno Unito. Questo spiega il motivo per il quale il principio *de quo* avesse fatto la sua comparsa, ancor prima del Consiglio di Tampere, in occasione del Consiglio europeo di Cardiff del 15 e 16 giugno 1998 (cfr., in particolare, conclusione n. 39). Sul punto cfr. L. SALAZAR, *Op. ult. cit.*, p. 399.

⁴¹ Sul principio del mutuo riconoscimento cfr. M. CAIANIELLO, *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 52 ss.; C. AMALFITANO, *Unione europea e principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in H. BELLUTA – M. CERESA-GASTALDO, *L'Ordine europeo di protezione. La tutela delle vittime di reato come motore della cooperazione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 21 ss. Ma anche J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 341 ss.

⁴² Decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, *relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*. Nelle dinamiche applicative di questo strumento, la protezione dei diritti fondamentali ha potuto giovare dell'utilizzazione sempre più diffusa da parte delle Corti europee del canone di proporzionalità. Questo principio – le cui radici risalgono al diritto pubblico prussiano di fine '800 – nel corso degli ultimi decenni ha infatti inciso sempre più profondamente in ambito penale e, in particolare, sugli strumenti della cooperazione giudiziaria. Sul contenuto assiologico e sui riflessi applicativi del principio di proporzionalità, cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.; A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nel mandato d'arresto europeo*, Tesi dottorale, Bologna, 2013; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco nel diritto costituzionale*, Mucchi editore, Modena, 2015; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 1 ss.; M. DANIELE – R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino,

Quegli stessi anni vedono, inoltre, la creazione di due agenzie cardine nelle dinamiche della cooperazione, *Eurojust* (Decisione quadro 2002/187/GAI) ed *Europol* (Decisione quadro 2009/371/GAI) il cui obiettivo principale è quello di facilitare la comunicazione tra le autorità nazionali, rispettivamente, giudiziarie e di polizia⁴³.

Fondamentale per la presente ricerca è stata, infine, l’emanazione della Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009, *sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali*, della quale si tratterà diffusamente nei paragrafi seguenti⁴⁴.

L’ultima tappa (sino ad oggi) di questo lungo percorso di integrazione è rappresentata dal Trattato di Lisbona del 2007⁴⁵, con il quale è venuta meno la struttura c.d. “a pilastri” e tutta l’area penale (sia sostanziale che processuale) – sino ad allora sottoposta al c.d. metodo intergovernativo – è stata ricondotta sotto l’egida del metodo comunitario⁴⁶.

Tale “cambio di paradigma”, oltre a diminuire il potere d’incidenza dei governi nazionali, velocizzando le procedure decisionali, ha fatto sì – grazie anche ad altre modifiche dei Trattati – che il Parlamento europeo acquisisse maggiore centralità nel procedimento legislativo⁴⁷.

2018. Sul principio di proporzionalità cfr., da ultimo, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.

⁴³ A tal proposito merita menzione l’istituzione dei magistrati di collegamento, prima (azione comune 96/277/ GAI del 22 aprile 1996), e della Rete giudiziaria europea, poi (azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998), al fine di velocizzare, anche attraverso canali informali, le procedure di cooperazione tra figure esperte in materia. Sul punto cfr. G. DE AMICIS, *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 313 ss. Peraltro, tanto l’introduzione del Mandato d’arresto europeo, quanto l’istituzione di Eurojust, entrambi nel 2002, come osservato in dottrina, sono il risultato della “spinta propulsiva” dei tragici atti terroristici dell’11 settembre 2001. In questa prospettiva, cfr. L. SALAZAR, *Op. ult. cit.*, p. 400.

⁴⁴ Cfr., *infra*, §§ 5-6.

⁴⁵ Fallito a causa dei referendum francese e belga il Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, quello di Lisbona ne ha riprodotto buona parte del contenuto.

⁴⁶ In questo senso cfr. M. CAIANIELLO, *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 50.

⁴⁷ In questo senso, è stato osservato in dottrina che con il Trattato di Lisbona il Parlamento europeo, abbandonate le vesti di organo meramente consultivo, «ha acquisito il ruolo di legislatore sostanzialmente parificato a quello del Consiglio». In questi termini, C. AMALFITANO, sub *art. 82 TFUE (commento)*, cit., p. 871.

Ciò ha contribuito a colmare il *deficit* di democraticità che connotava gli interventi normativi (le azioni comuni, prima, e le decisioni quadro, dopo) in materia penale⁴⁸.

Sul versante sostanziale, si è assistiti al superamento della “funzione servente” della competenza legislativa in materia penale rispetto alla cooperazione giudiziaria⁴⁹, nella misura in cui è stata attribuita alla prima autonoma dignità nel solco dei valori e dei principi fondamentali – *in primis* quelli di sussidiarietà e proporzionalità – contenuti tanto nei Trattati, quanto nella Carta di Nizza.

A tal proposito, va peraltro osservato come il Trattato di Lisbona non si sia limitato a richiamare i diritti “costituzionali” tutelati dalla Carta (art. 3 TUE), ma abbia sancito l’equiparazione del valore giuridico di quest’ultima ai Trattati (art. 6 TUE)⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. sul punto, L. PICOTTI, *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA, *L’evoluzione del diritto penale nei settori d’interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 213. Come evidenziato dall’A., a seguito del Trattato di Lisbona, si possono isolare tre distinti ambiti delle competenze penali europee. Il primo riguarda la lotta alla criminalità grave e transnazionale (art. 83, § 1 TFUE). Il secondo, e più innovativo, riguarda le competenze penali “implicite”, ossia aventi ad oggetti quei settori in cui risulti “indispensabile” garantire “l’attuazione efficace di una politica dell’Unione” attraverso sanzioni penali (art. 83, § 2 TFUE). Da ultimo, il terzo ambito di competenza – che affonda le sue radici nella sentenza della Corte di giustizia nel caso *mais greco* (Corte di giust., 21 settembre 1989, C-68/88, *Commissione c. Grecia*) – ha ad oggetto la tutela degli interessi finanziari dell’Unione europea (artt. 86 e 325 TFUE). *Ivi*, pp. 213-228.

⁴⁹ Sul punto cfr. L. PICOTTI, *Op. ult. cit.*, p. 211 ss. Come affermato dall’A., «l’attribuzione di tali competenze penali non rappresenta quindi una mera appendice, accessoria e strumentale alle esigenze della “cooperazione” e non si limita a finalità di armonizzazione (ravvicinamento) di legislazioni già vigenti per facilitarla. Piuttosto appare strettamente funzionale agli obiettivi strategici dell’Unione, indicati nel Trattato ed espressivi dei “valori” su cui essa si fonda». *Ivi*, p. 212. Inoltre, autorevole dottrina ha osservato che, diversamente dall’art. 82 TFUE, l’art. 83, § 1, «non prevede che il ravvicinamento delle legislazioni penali sotto il profilo sostanziale debba essere realizzato «laddove necessario per facilitare» la libera circolazione delle decisioni nello SLSG. (...) Tale mancata specificazione pare attestare il carattere “autonomo” del “ravvicinamento sostanziale” quale forma di cooperazione giudiziaria e come esso, quindi, persegua e soddisfi, più di quello “processuale”, finalità sue proprie», ossia di reprimere, su basi comuni, crimini di matrice transnazionale ed evitare sia dispartita di trattamento che fenomeni di *forum shopping*. In questi termini, C. AMALFITANO, sub art. 83 TFUE (*commento*), cit., p. 899. Peraltro, come osservato dall’A., si crea un “circolo virtuoso” tra mutuo riconoscimento delle decisioni, armonizzazione e instaurazione di forme efficaci di cooperazione nella misura in cui queste ultime presuppongono «un certo grado di fiducia già esistente nei rapporti tra Stati membri, raggiunto in virtù della progressiva armonizzazione e uniformazione delle legislazioni nazionali negli altri settori di competenza dell’UE». In termini. ID., sub art. 82 TFUE (*commento*), cit., p. 874.

⁵⁰ Sulle implicazioni di questa parificazione, cfr. V. MITSILEGAS, *The Constitutionalisation of EU Criminal Law After Lisbon*, in ID., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the*

Avuto poi riguardo, più nello specifico, ai cc.dd. *eurocrimes*, sostrato sostanziale della presente ricerca, l'art. 83, § 1 TFUE legittima il Parlamento europeo ed il Consiglio a stabilire *norme minime* relative ai reati e alle sanzioni concernenti le *gravi forme di criminalità transfrontaliera*, attribuendo così all'Unione una competenza legislativa *autonoma*⁵¹.

Il salto di qualità rispetto ad Amsterdam è qui evidente: l'art. 83 TFUE apporta un vero e proprio “valore aggiunto” nel contrasto alla criminalità transnazionale sia in termini di efficacia (la forza vincolante delle fonti europee), sia in termini di garanzie, grazie anche alla legittimazione democratica che caratterizza le procedure legislative europee in materia penale *post-Lisbona*⁵².

Venendo ai profili processuali, le più importanti riforme apportate dal Trattato sono state, tanto, la consacrazione definitiva del principio del mutuo riconoscimento (artt. 67, § 3 e 82, § 1 TFUE)⁵³ – cui fa da *pendant* una rinnovata sensibilità per la protezione *effettiva* dei diritti fondamentali anche nelle dinamiche processuali – quanto l'estensione del sindacato della Corte di

Transformation of Justice in Europe, Hart Studies in European Criminal Law, Oxford, Hart Publishing, p. 8 ss.

⁵¹ Sul punto cfr. V. MANES, *Il cammino dell'armonizzazione in materia penale*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 36. Di contro, ai sensi del § 2 dell'art. 83 la competenza penale dell'Unione può essere definita come *accessoria*, in quanto non espressiva del nucleo duro della politica criminale europea e perché le “norme minime” svolgerebbero una funzione di completamento riguardo alle rispettive misure extra-penali di armonizzazione. In questi termini, *Ivi*, p. 37. Altra dottrina, diversamente, individua nell'art. 83 §§ 1 e 2, una competenza penale *concorrente* dell'UE, qualificando, nello specifico, come *dirette* quella di cui al primo paragrafo. In questo senso cfr. L. PICOTTI, *Op. ult. cit.*, p. 216-217. Ad ogni modo, va osservato come le sfere di criminalità transnazionali in cui l'Unione può legiferare (cd. *eurocrimes*) sono individuate *tassativamente* dal co. 2 dell'art. 83, § 1. In questo senso, C. AMALFITANO, sub *art. 83 TFUE (commento)*, cit., p. 900.

⁵² In questo senso, L. PICOTTI, *Op. ult. cit.*, p. 218. Come evidenziato dall'A., «i momenti decisionali “a monte”, circa l'*an* e il *quantum* delle incriminazioni e delle sanzioni penali da adottare, (...) non sono sottratti ai principi dello Stato di diritto, ed in specie all'esigenza *sostanziale* di legalità, intesa quale significativa garanzia di *rappresentatività democratica* dei destinatari delle norme penali nella composizione degli organi competenti alla loro produzione». In termini, *Ivi*, p. 219.

⁵³ Cfr. sul punto C. AMALFITANO, sub *art. 82 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 866 ss. Sulle diverse declinazioni del mutuo riconoscimento e, in particolare, nella sua accezione di principio finalizzato a soddisfare esigenze di giustizia sostanziale cfr. ID., *Unione europea e principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, cit., p. 21 ss.

giustizia sia ai nuovi strumenti normativi (regolamenti e direttive) che alle fonti previgenti come le decisioni quadro.

In ordine al primo profilo, la libera circolazione delle decisioni giudiziarie se, da un lato, snellisce e velocizza le procedure di cooperazione giudiziaria europea, dall'altro, incide negativamente sulla sfera giuridica del cittadino che si trova sottoposto a provvedimenti (magari restrittivi delle sue libertà personali) emanati da un altro ordinamento⁵⁴.

Al fine di raggiungere un equilibrio ragionevole tra la libera circolazione delle decisioni giudiziarie (mutuo riconoscimento) e quella dei cittadini europei (libertà di movimento), l'art. 82, § 2 – nel rispetto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri – autorizza il Parlamento europeo e il Consiglio a «stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria»⁵⁵.

In questa prospettiva si collocava il *Programma di Stoccolma*, adottato dal Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2009⁵⁶. La “road map” in esso tracciata delineava il percorso legislativo che l'Unione avrebbe dovuto compiere dal 2010 al 2014 – anno in cui sono subentrate le *guidelines* del Consiglio europeo di Ypres (2014)⁵⁷ – al fine di armonizzare il livello di tutela dei soggetti

⁵⁴ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, cit., p. 57. L'A. sottolinea, come le logiche del mutuo riconoscimento complicano, altresì, il ruolo della difesa che può intervenire solo a cose fatte, ossia quando il provvedimento è già in fase esecutiva. Di contro, si rileva, come la posizione della vittima trae vantaggio dall'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, in quanto, qualora sia destinataria di un provvedimento di protezione, questo la “segue” in ogni suo spostamento all'interno dello SLSG.

⁵⁵ Gli ambiti di intervento 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; 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».

⁵⁶ Sul punto, cfr. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 70 ss.

⁵⁷ Già la nomenclatura – si è passati dal più ambizioso programma a semplici *guidelines* – denota la cifra della cooperazione europea degli ultimi anni. Come rilevato in dottrina «esse si discostano marcatamente dal precedente programma di lavoro pluriennale, non solo per loro estrema genericità e sinteticità, ma anche per il loro contenuto assai poco ambizioso». In termini, A. WEYEMBERGH, *Op. cit.*, p. 228.

coinvolti in un procedimento penale e favorire l'applicazione del principio mutuo riconoscimento⁵⁸.

Avuto riguardo, poi, al secondo profilo di novità, i maggiori poteri conferiti alla Corte di Lussemburgo hanno fatto sì che questa diventasse nel corso degli anni l'attore protagonista del diritto penale europeo. Detto altrimenti, a fronte della timidezza degli Stati membri – che si risolveva in atti legislativi dal contenuto generico e vario – è stata la giurisprudenza della Corte a riempirli di contenuto ed effettività, alla luce dei principi e dei diritti sanciti dalla Carta di Nizza.

Se si focalizza l'attenzione sulle competenze attribuite al Giudice di Lussemburgo, si può dunque rilevare come il Trattato di Lisbona – oltre ad aver implementato il tasso di democraticità delle fonti insistenti nelle materie dell'*ex* terzo pilastro – abbia, parimenti, sanato il *deficit* di tutela giurisdizionale, consentendo così al cittadino di poter godere di una tutela piena ed effettiva anche in ambito penale. Grazie all'ampliamento del raggio di competenza della Corte.

Ciò nondimeno, come autorevolmente osservato, la definitiva consacrazione del *diritto penale europeo*, portato di questo vero e proprio *turning point* dell'Unione, da un lato, sgombra il campo da qualsiasi dubbio circa l'esistenza di una competenza, seppur indiretta⁵⁹, dell'UE in materia penale; dall'altro, «pone la necessità di una più matura riflessione sui principi generali di tale “sistema penale” e sui criteri di politica criminale che “debbono” orientare una tale competenza»⁶⁰.

⁵⁸ In questo senso, è stato acutamente osservato che «l'art. 82 TFUE autorizza l'UE ad introdurre Direttive sui diritti dell'imputato *quel tanto che basti* per agevolare una migliore cooperazione tra gli Stati: insomma, un po' più di *fair trial*, ma non troppo». In termini, M. CAIANIELLO, *Op. ult. cit.*, p. 59.

⁵⁹ Come efficacemente osservato, infatti, il processo di attribuzione di competenze penali all'UE «non permette comunque di *bypassare* la necessaria mediazione dei Parlamenti nazionali, e richiede pur sempre una legge nazionale di attuazione: come si è detto, l'Unione europea potrà solo “criminalizzare senza punire”». In questi termini, V. MANES, *Op. ult. cit.*, p. 39. L'A. rimanda da ultimo a C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 3/2010, p. 1146 ss.

⁶⁰ In questi termini, G. GRASSO, *Op. ult. cit.*, pp. 683-684.

In questo senso, affinché le scelte di “politica criminale europea” siano *rights oriented* dovranno essere operate all’insegna dei principi generali e dei diritti consacrati nella Carta di Nizza e nei Trattati⁶¹.

Ancora incerti sono gli effetti di quello che ha rappresentato un vero e proprio spartiacque nella vita dell’Unione verificatosi negli ultimi anni: l’uscita della Gran Bretagna dall’UE (c.d. *Brexit*)⁶².

Da un lato, sono innegabili gli strascichi negativi di questo evento, dato il peso politico-economico del Regno Unito sullo scacchiere internazionale. Dall’altro, come osservato da autorevole dottrina, lo stesso potrebbe rappresentare uno «*stress-test* per la cooperazione giudiziaria europea» e priverebbe «di alibi l’eventuale mancato compimento di passi ulteriori nella direzione della costruzione di un autentico e più uniforme SLSG tra gli Stati membri»⁶³.

Da ultimo, il Regolamento istitutivo della Procura europea (Regolamento UE 1939/2017) potrebbe, auspicabilmente, segnare l’inizio di un ambizioso percorso che da un sistema cooperativo conduca l’Unione ad uno di tipo “integrativo”.

Detto altrimenti, l’azione del neonato organo investigativo europeo – pur nei limiti di cui si darà conto nel proseguo della presente trattazione⁶⁴ – sulla scorta delle “misure necessarie” che l’art. 325 TFUE autorizza l’Unione ad

⁶¹ Come autorevolmente osservato, infatti, «tutta l’area del diritto penale europeo costituisce un terreno privilegiato di applicazione della tutela dei diritti fondamentali». In termini, *Ivi*, p. 691. Nella medesima prospettiva, attenta dottrina ha d’altro canto rilevato che «a fronte del riconoscimento di una esplicita “base legale” per l’adozione di direttive in materia penale, resta ancora da verificare quali saranno gli scopi e, soprattutto, i principi-guida secondo i quali prenderanno forma tali norme di armonizzazione in questo “*sensitive policy field*”, dove il rispetto del principio di sussidiarietà (e di proporzionalità) nel riparto tra ambito di intervento dell’Unione e degli Stati membri si pone in termini molto delicati (...), e dove soprattutto emerge il problema del rispetto (e semmai del rafforzamento) dei diritti fondamentali e dei tradizionali presidi garantistici connessi all’impiego dello strumento penale (legalità, offensività, colpevolezza, *extrema ratio*), principi solo in parte considerati nella *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*». In termini, V. MANES, *Op. ult. cit.*, p. 38.

⁶² Avvenuta il 31 gennaio 2020 a seguito del *referendum* svoltosi il 23 giugno 2016. Sui risvolti della *Brexit* in materia di cooperazione giudiziaria, cfr. L. SALAZAR, *La cooperazione giudiziaria penale nell’unione ai tempi della Brexit. Una breve analisi ed una riflessione sugli effetti che il recesso del Regno Unito dall’Unione europea produrrà sulla cooperazione giudiziaria penale*, in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 185 ss.

⁶³ *Ivi*, p. 196.

⁶⁴ Cfr., in ptc., Cap. 3, § 3.

adottare, potrebbe condurre l'ordinamento europeo a configurarsi quale sintesi «tra un modello cooperativo ed uno integrativo, da concepire nella prospettiva evolutiva tracciata dall'art. 86, par. 4 TFUE»⁶⁵.

In questo scenario, la materia “*rights sensitive*” dei conflitti di giurisdizione – oggetto della presente ricerca – costituisce uno dei banchi di prova dell'Unione, nella misura in cui rappresenta un'epifania del conflitto latente che caratterizza la cooperazione giudiziaria europea, tra la repressione dei reati transnazionali – funzionale al mantenimento dello SLSG – e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Ciò spiega le ragioni della presente ricerca: occorre, infatti, individuare una sintesi (*rectius*, un equilibrio) tra questi due poli che non si risolva in un compromesso al ribasso ma conduca, auspicabilmente, ad un risultato “*win-win*”.

Pertanto, delineato, seppur a grandi linee, il cammino compiuto in materia di cooperazione giudiziaria, prima di affrontare i nodi problematici e le possibili soluzioni applicative, sembra necessario soffermarsi ora sugli snodi principali che hanno riguardato la normativa sui conflitti di giurisdizione sino all'emanazione della Decisione quadro 2009/948/GAI.

3. Dalla Convenzione di Strasburgo del 1972 alle proposte di Decisione dei primi anni 2000.

Nel panorama europeo, la materia dei conflitti di giurisdizione è stata da sempre collocata in una posizione ancillare rispetto al principio del *ne bis in idem*⁶⁶. Quest'ultimo, infatti, nella seconda metà del secolo scorso, ha dominato

⁶⁵ In questo senso cfr. L. KUHL, *Spazio giudiziario di cooperazione o di integrazione penale?*, in (a cura di) G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 728.

⁶⁶ Icastica è, a tal proposito, la *Proposta per l'adozione di una Decisione quadro del Consiglio concernente l'applicazione del principio del “ne bis in idem”* della quale si darà conto nel proseguo del paragrafo che affronta il problema dei conflitti di giurisdizione nell'ottica di prevenire una lesione del

il dibattito scientifico; ciò in quanto, da un lato, si confidava di poter risolvere attraverso tale criterio i casi di litispendenza internazionale e, dall'altro, poiché, per lungo tempo, come si è visto, le competenze dell'Unione esulavano dal diritto penale.

Ciò nonostante, in questa fase, si possono individuare alcuni passaggi fondamentali.

Nel contesto della “Grande Europa”, in particolare, veniva firmata a Strasburgo, il 15 maggio del 1972, la Convenzione sul trasferimento delle procedure penali⁶⁷, alla quale ha fatto seguito, nel 1982, la Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate⁶⁸.

Questi due Trattati costituiscono un primo esempio di “cessione di giurisdizione”: come è stato acutamente osservato, infatti, «se si trasferisce l'esecuzione di una sentenza si trasferisce parte della giurisdizione»⁶⁹.

Il primo – caratterizzato, a differenza della Decisione quadro 2009/948/GAI, da una disciplina molto minuziosa – era informato al principio guida dell'uso efficace delle risorse in materia penale al fine di ridurre la criminalità nel rispetto dei diritti dell'individuo, avuto riguardo, in particolar modo alla riabilitazione del reo. Con una disposizione davvero pionieristica, la Convenzione prevedeva, tra i criteri di cessione della giurisdizione, quello di

principio del *ne bis in idem*. Sul punto cfr. E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *La decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 10/2010, p. 3593 ss.

⁶⁷ Reperibile al seguente link: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/073?coconventions_WAR_coeconventionsportlet_languageId=it_IT. Nel dicembre 2020, le ratifiche sono solo 25, tra le quali non risulta quella italiana. Su questa convenzione cfr. M. BÖSE, *Models and instrument for solving conflicts of jurisdiction*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 361 ss.

⁶⁸ Reperibile al seguente link: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/112>. Questa, nel dicembre 2020, conta 68 ratifiche, tra le quali è presente quella italiana. Per completezza occorre segnalare come, ancor prima, nel 1951 era stata firmata a Londra la *Convenzione tra gli Stati membri del Trattato nord-atlantico sullo statuto delle loro forze armate* che regolava la giurisdizione per i reati da queste commessi nell'esercizio delle funzioni inerenti tale organizzazione nello Stato di soggiorno. Nei fatti si assisteva ad una vera e propria “rinuncia alla giurisdizione” che peraltro è stata considerata conforme dalla nostra Carta costituzionale – *sub specie* al principio del giudice naturale – con le sentenze 96 del 1973 e 446 del 1990. Sul punto cfr., *amplius*, E. SELVAGGI, *Il trasferimento dei procedimenti penali*, sub *capo I*, in (a cura di) R. MARCHETTI, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 151 ss.

⁶⁹ In termini, E. SELVAGGI, *Op. ult. cit.*, p. 151.

celebrare il processo nello Stato in cui l'esecuzione della sentenza fosse «suscettibile di migliorare le prospettive di riabilitazione delle persone condannate»⁷⁰.

A causa della mancanza di effettività di questi strumenti (dato il numero esiguo di ratifiche), ben presto si dovette constatare come il solo principio del *ne bis in idem* non fosse sufficiente.

Esso si risolveva nell'attuazione del metodo del “*first come, first served*”⁷¹. Questo, da un lato, non assicura che lo Stato che per primo giunga ad una sentenza definitiva sia quello *mieux placé*, ossia il più adeguato a celebrare il processo; dall'altro, lo stesso comporta, in concreto, una lesione dei diritti dell'imputato costretto a difendersi contemporaneamente davanti a più giurisdizioni per un medesimo reato⁷².

⁷⁰ Art. 8, § 1, lett. f).

⁷¹ Questo criterio fa sì che l'esercizio della *potestà punitiva* spetti allo Stato che per primo sia giunto ad una sentenza definitiva. Come già rilevato, la CAAS si pone non tanto in un'ottica di *prevenzione* quanto di *risoluzione post iudicatum* del conflitto che, lungi dal tutelare i diritti di difesa dell'imputato, argina una loro eccessiva lesione, garantendo che il giudicato rappresenti un impedimento ad un secondo procedimento in un altro Stato. Ciò risulta evidente dal già menzionato art. 54 della CAAS come anche dal successivo articolo 57, a detta del quale «Quando una persona è imputata di un reato in una Parte contraente e le autorità competenti di questa Parte contraente hanno motivo di ritenere che l'imputazione riguarda gli stessi fatti per i quali la persona è già stata giudicata in un'altra Parte contraente con *sentenza definitiva*, tali autorità, *qualora lo ritengano necessario*, chiederanno le informazioni rilevanti alle autorità competenti della Parte contraente sul cui territorio la sentenza è stata pronunciata» (corsivo nostro). Il *trait d'union* delle due disposizioni è rappresentato dalla sentenza definitiva che, nel primo caso, impedisce l'avvio di un secondo procedimento per i medesimi fatti e, nell'ipotesi di cui all'art. 57, “suggerisce” allo Stato, qualora lo ritenga necessario, di acquisire delle informazioni al fine di una possibile interruzione del procedimento stante la presenza di una sentenza definitiva. Sul punto cfr. V. MEZZOLLA, *Conflitti di giurisdizione in materia penale: la decisione quadro 2009/948/GAI e il d. Lgs. 15.2.2016 n. 29*, in *Leg. pen. online*, 31 gennaio 2017, p. 3 ss., ma anche E. SELVAGGI, *Op. ult. cit.*, p. 164. Come rilevato da quest'ultimo A., l'art. 54 «ha per oggetto la regolamentazione dei giudicati piuttosto che la litispendenza dei procedimenti» *Ibidem*. In ordine all'art. 54 CAAS, si rimanda all'approfondita analisi di R. CALÒ, *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2008, pp. 1122 ss. Sul punto cfr. M. LUCHTMAN – J. A. E. VERVAELE, *Enforcing the market abuse regime: towards an integrated model of criminal and administrative law enforcement in the European Union?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 5(2)/2014, p. 219.

⁷² Come peraltro rilevato, il principio del “*first come, first served*” «finisce con il premiare la rapidità dell'accertamento giurisdizionale, che potrebbe essere sì più celere ma in quanto celebrato all'interno di un processo non equo e poco rispettoso delle garanzie per l'imputato». In termini, G. BACCARI, *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 702 ss.; ma anche L. LUPÁRIA, *La litispendenza internazionale. Tra Ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 74.

Oltre al nocumento economico⁷³, le differenze tra i vari sistemi procedurali rendono infatti più difficoltoso adottare una strategia difensiva comune dinanzi alle diverse giurisdizioni⁷⁴.

Nonostante questi limiti evidenti, la crescente centralità del principio veniva, di contro, amplificata dall'assorbimento della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen nell'*acquis communautaire* grazie al Trattato di Amsterdam⁷⁵.

Lo stesso accordo di Schengen, consentendo la libera circolazione delle persone attraverso l'eliminazione delle barriere interne, favoriva un aumento dei casi di litispendenza europea. Infatti, la condotta compiuta da un soggetto, capace di muoversi senza vincoli oltre i confini statali, avrebbe potuto tanto più essere caratterizzata da elementi di transnazionalità idonei ad attivare le contemporanee pretese punitive da parte di due o più Stati membri⁷⁶.

⁷³ Avvalersi di più difensori comporta infatti un esborso economico non indifferente che non tutti possono permettersi, dando, così, la stura ad una violazione del principio di eguaglianza.

⁷⁴ Sul punto cfr. S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Cedam, Milano, 2015, p. 11, ma anche J. P. PIERINI, *Territorialità europea, conflitti di giurisdizione e ne bis in idem*, in (a cura di) T. RAFARACI, *L'area di libertà sicurezza e giustizia alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 114. Come acutamente osservato, peraltro, oltre alla difficoltà del coordinamento difensivo – acuita anche dalla diversità delle lingue proprie di ciascun ordinamento – una tale situazione è in grado di ledere il «diritto di difendersi provando», che si risolve, ad esempio, nella possibilità di avvalersi dei medesimi testimoni dei diversi procedimenti. Evidenzia questo profilo a L. LUPÁRIA, *Op. ult. cit.*, p. 40. L'icastica espressione riportata dall'A. è di G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3. Sulle difficoltà generate dalle diverse lingue utilizzate nei processi nazionali, è intervenuta, in ambito europeo, la Direttiva 2010/64/UE *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*. Per un'approfondita analisi della direttiva e, più in generale, sul diritto all'assistenza linguistica, si rimanda, per tutti, a M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto-fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

⁷⁵ L'*acquis* di Schengen entrava a far parte del diritto dell'Unione attraverso un protocollo annesso al Trattato di Amsterdam. Cfr. sul punto. A. WEYEMBERGH, *Storia della cooperazione*, cit., p. 218 ss. A tal proposito va anche rilevato come nel medesimo Trattato l'art. k3 (*ex art.* 31, § 1, *lett. d*), TUE, ora art. 82, § 1, *lett. b*) TFUE, era dedicato alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione: in particolare, si prevedeva che «L'azione comune nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale comprende (...) d) la prevenzione dei conflitti di giurisdizione tra Stati membri (...)»

⁷⁶ Sottolinea il nesso tra la libera circolazione e l'aumento della criminalità transnazionale M. PANZAVOLTA, *Eurojust, il braccio giudiziario dell'Unione*, in (a cura di) M. G. COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 149. Sul punto cfr., inoltre, S. FASOLIN, *Op. ult. cit.*, p. 8. In questo scenario, gli Stati interessati, facendo ricorso, l'uno al criterio di personalità attiva, l'altro a quella passiva, potrebbero ritenersi legittimati a rivendicare le loro pretese punitive avverso una medesima condotta criminosa compiuta da –

In questo contesto era, inoltre, necessario evitare fenomeni di “*forum shopping*”⁷⁷ sia da parte dell’accusa che della difesa.

Sulla scorta di tale consapevolezza, all’indomani del Consiglio europeo di Tampere, la Commissione presentava una Comunicazione⁷⁸ con la quale esortava il Consiglio ed il Parlamento ad elaborare dei “criteri di priorità” in grado di prevenire i conflitti di giurisdizione sia positivi che negativi.

In situazioni del genere, il *ne bis in idem* poteva, infatti, fungere, al più, da *extrema ratio* qualora gli Stati non fossero riusciti a trovare un accordo su chi avesse dovuto esercitare la giurisdizione.

La Commissione, nel caso di disaccordo fra gli Stati, al fine di dirimere il conflitto e di giungere ad una decisione⁷⁹, raccomandava di avvalersi dell’ausilio, tra gli altri, di Eurojust o della Corte di giustizia⁸⁰.

o, rispettivamente, a danno di – un proprio cittadino. Allo stesso tempo, un conflitto tra due Stati può crearsi qualora, dinanzi ad un reato compiuto dal cittadino di uno Stato sul territorio di un altro Paese, quest’ultimo facesse ricorso al principio di territorialità, mentre l’altro si ritenesse legittimato ad esercitare la propria giurisdizione sulla scorta dello speculare principio di extraterritorialità. Sul punto, cfr. L. LUPÁRIA, *Op. ult. cit.*, pp. 13-14. Allo stesso tempo, l’incremento dei casi di litispendenza è favorito dall’emergere di fattispecie di reato ontologicamente transnazionali in quanto caratterizzate da elementi di pan-territorialità. Sull’argomento, cfr. *Ivi.*, pp. 15-17. Il riferimento è, tanto ai reati informatici, quanto, tra le altre, alle fattispecie di corruzione internazionale, traffico di persone e di organi che rendono difficile individuare il *locus commissi delicti* e dunque dello stato competente ad esercitare la giurisdizione. Va, inoltre, rilevato come il rischio di un duplice procedimento potrebbe indurre il soggetto a limitare i propri spostamenti. Il cittadino dovrebbe essere infatti posto nelle condizioni di conoscere il diritto sostanziale a lui applicabile. Individuare una giurisdizione piuttosto che un’altra comporta infatti anche un mutamento della legge penale applicabile. Nell’ambito di procedimenti paralleli, come rilevato in dottrina, «*to choose jurisdiction means also to choose rules and context*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, p. 160. Sul punto cfr., *funditus*, Cap. 3, § 1.

⁷⁷ Come rilevato in dottrina, «Con simile locuzione si intende fare riferimento a quell’attività, posta in essere dalle agenzie di *law enforcement*, sia statuali che europee, (nonché dall’imputato), preordinata a determinare ad hoc l’ordinamento nazionale davanti al quale radicare il giudizio su un caso con dimensione transnazionale. (...). Una possibile conseguenza, sotto il profilo della determinazione del giudice, è che, ove si tratti di passare dalla fase delle indagini a quella della *prosecution*, le autorità decidano di concerto quale sia il foro più adatto ad occuparsi del caso» In questi termini, M. CAIANIELLO, sub *art. 47 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 907.

⁷⁸ *Bruxelles, 26.7.2000 COM(2000) 495 definitivo, Comunicazione della commissione al consiglio e al parlamento europeo*. Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale. Cfr. in part. § 13.

⁷⁹ «Una soluzione utile per dirimere i conflitti di competenze tra Stati membri e per evitare, di conseguenza, procedimenti molteplici, sarebbe di elaborare dei *criteri di priorità* relativi all’attribuzione della competenza e d’incaricare un organismo, già esistente o da istituire, di

L'organo esecutivo europeo auspicava, infatti, il superamento del principio di territorialità o, quantomeno, un'applicazione temperata dello stesso, che tenesse in debita considerazione l'interesse nazionale alla repressione dei reati ma evitasse fenomeni di "forum shopping"⁸¹. Queste indicazioni non vennero però sviluppate.

Nello stesso periodo, a fare da *pendant* a questo immobilismo, si ponevano tuttavia alcune iniziative in materia, sia da parte di alcuni Stati che della comunità accademica.

Il riferimento è anzitutto alla "Proposta per l'adozione di una Decisione quadro del Consiglio concernete l'applicazione del principio del "ne bis idem"⁸² avanzata dalla Repubblica ellenica nel 2003.

Tale documento – che, come si evince dalla rubrica, era incentrato sul *ne bis in idem "in action"* – all'articolo 3 disciplinava la litispendenza europea, prevedendo, essenzialmente, due diverse procedure a seconda che il conflitto fosse concreto o astratto.

Nel primo caso, caratterizzato dalla compresenza di due procedimenti pendenti (c.d. conflitto *concreto*), si proponeva di dare la precedenza al giudice

decidere caso per caso quale Stato membro è competente in funzione di tali criteri. Tale compito potrebbe per esempio essere assunto da Eurojust, la Corte di giustizia o un altro organismo» (corsivo nostro).

⁸⁰ «Solo nell'ipotesi in cui tali norme non fossero chiare in merito ad una specifica fattispecie, oppure nel caso in cui gli Stati membri dovessero - per qualsiasi motivo - insistere sulla loro competenza, sarebbe necessario deferire tale questione ad un organismo europeo, incaricandolo di dirimere tale conflitto di competenza. Tale compito potrebbe essere affidato alla Corte europea di giustizia, a EUROJUST, oppure ad un organismo simile».

⁸¹ «Il principio di territorialità, in quanto espressione di sovranità, sarebbe sostituito da altri criteri, che peraltro continueranno probabilmente a basarsi sulla territorialità. Per esempio, uno dei criteri principali per l'attribuzione della competenza potrebbe essere il luogo in cui è stato commesso il reato. Un altro argomento a favore di una serie di regole di competenza chiaramente definite è dato dall'esigenza di escludere che le parti possano scegliere il tribunale più favorevole ("forum shopping")».

⁸² Cfr. G.U.C.E., n. C100, 26 aprile 2003, p. 24 ss. Sulla quale cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 266 ss.; A. MANGIARACINA, *Verso l'affermazione del Ne bis in idem nello "spazio giudiziario europeo"*, in *Leg. pen.*, 4/2006, pp. 640-641; Cfr. L. LUPÁRIA, *Op. ult. cit.*, p. 100; S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, cit., p. 20 ss. Sull'evoluzione della normativa in materia di conflitti di giurisdizione cfr. G. M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2016, p. 991 ss.

mieux placé (art. 3, lett. a) che *doveva*⁸³ essere individuato secondo una serie di criteri stabiliti dalla stessa Proposta⁸⁴.

Una regolamentazione differenziata – e più *soft* – era riservata, invece, alle ipotesi di conflitti di giurisdizione *astratti* (art. 3, lett. b), «caratterizzati dalla concorrenza di competenze e non, piuttosto, di procedimenti»⁸⁵: in questi casi gli Stati interessati *avrebbero potuto* adottare⁸⁶ una decisione preventiva del conflitto anche sulla base dei criteri di cui alla lett. a, i quali dunque assumevano vera e propria natura di *guidelines* di portata generale⁸⁷.

Ad uno sguardo d'insieme, la proposta ellenica anteponeva l'efficienza del sistema alla tutela dei diritti fondamentali: il criterio del giudice *mieux placé*, sebbene potesse assicurare la celerità della fase investigativa, non teneva nella giusta considerazione i diritti dell'imputato e della vittima. Infatti, non vi erano

⁸³ A differenza dell'ipotesi di cui *sub b*), in questo caso vi è un obbligo di risoluzione del conflitto.

⁸⁴ La Proposta prevede (art. 3), infatti, che nel caso di conflitto concreto «a) è data precedenza allo Stato membro del foro che meglio garantisce la corretta amministrazione della giustizia, tenuto conto dei seguenti criteri: aa) lo Stato membro nel cui territorio è stato commesso l'illecito penale, bb) lo Stato membro di cui l'autore dell'illecito penale è cittadino o residente, cc) lo Stato membro d'origine delle vittime, dd) lo Stato membro in cui l'autore dell'illecito penale è stato trovato».

⁸⁵ In questi termini, C. AMALFITANO, *Op. ult. cit.*, p. 267.

⁸⁶ Come è stato evidenziato (cfr., C. AMALFITANO, *Ivi*, p. 266 ss.), mentre nell'ipotesi *sub a*) siamo di fronte ad un meccanismo obbligatorio, nel caso di conflitti astratti (*sub b*) la prevenzione del conflitto era lasciata alla libera determinazione delle autorità nazionali coinvolte, le quali «*possono*, dopo essersi consultate e tenendo conto dei criteri di cui alla lettera a), scegliere lo Stato membro del foro a cui dare preferenza» (corsivo nostro). L'A. evidenzia, inoltre, l'inutilità di tale distinzione: al fine di conferire una maggiore effettività alla disciplina, garantendo una prevenzione del conflitto già allo stato embrionale (*rectius*, astratto), si auspicava infatti la sostituzione dell'espressione “possono scegliere” di cui alla lett. b), con quella “scelgono”. *Ivi*, p. 269. Tale ultima modifica è stata poi accolta nella versione emendata dal Parlamento che, però, non ha visto mai la luce. Cfr. *Risoluzione legislativa del Parlamento europeo sull'iniziativa della Repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio del “ne bis in idem”*, pubblicata in G.U.U.E., C 76 del 25 marzo 2004, p. 86 ss., sulla quale vd., S. FASOLIN, *Op. ult. cit.*, p. 22; ma anche D. NAIKE CASCINI, *Il conflitto di giurisdizione tra Stati Membri dell'Unione europea*, in *Arch. pen. (web)*, 3/2018, p. 6. Detto altrimenti, qualora si fosse resa obbligatoria la procedura già allo stadio dei conflitti astratti, si sarebbero prevenute alla radice le ipotesi di conflitti concreti.

⁸⁷ Tali indici non sono, però, tassativi: può, esser infatti accordata preferenza ad altri fattori qualora questi siano in grado di semplificare la scelta del giudice competente.

criteri univoci e prevedibili in grado di radicare la giurisdizione, in quanto la stessa era “concertata”, *case by case*, tra le competenti autorità nazionali⁸⁸.

In secondo luogo, la proposta non disciplinava l'utilizzabilità degli atti processuali compiuti negli Stati diversi da quello scelto, né fissava un termine entro il quale si sarebbe dovuto raggiungere l'accordo o adottare la sentenza definitiva nello Stato a cui era devoluta la giurisdizione: così facendo, l'imputato poteva continuare ad essere sottoposto a giudizio *sine die*⁸⁹.

Ad ogni modo, tale proposta – nonostante i negoziati che ne seguirono in seno al Consiglio europeo e le proposte di modifica elaborate dal Parlamento – non fu mai tradotta in un atto legislativo.

Contemporaneamente, veniva intrapreso un secondo tentativo di risoluzione dei conflitti, questa volta di origine accademica, da parte del c.d. Gruppo di Friburgo.

Nel 2003, infatti, alcuni studiosi del *Max Plank Institut* di Friburgo redigevano la “*Friburg proposal on concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union*”⁹⁰ caratterizzata da alcuni profili meritevoli di attenzione⁹¹.

⁸⁸ Questo primato dell'efficienza a scapito delle esigenze garantistiche non deve sorprendere. Nei primi anni duemila, infatti, la materia penale e le relative garanzie erano appannaggio dei singoli sistemi nazionali, non foss'altro perché la Carta dei diritti era entrata in vigore da poco. Ciò comportava una disomogenea protezione dei diritti individuali tra i diversi Stati membri. Nonostante in quegli anni si fosse confidato sugli effetti positivi che il sistema Cedu avrebbe prodotto in materia, si dovette ben presto constatare come lo stesso non fosse sufficiente. In tale contesto, il Trattato di Lisbona, conferendo forza vincolante alla Carta di Nizza (art. 6, § 1 TUE), ha posto le basi per un percorso, tutt'ora *in fieri*, volto a garantire una protezione uniforme dei diritti fondamentali nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per una panoramica sul sistema di protezione multilivello dei diritti fondamentali, cfr. I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2015 (in pt. pp. 1-94). Con particolare riferimento al settore penale, cfr. C. SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in (a cura di) V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 109 ss.; ma anche S. MANCORDERA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, *Ivi*, p. 147 ss.

⁸⁹ C. AMALFITANO, *Op. ult. cit.*, p. 282.

⁹⁰ Sulla quale cfr. M. PISANI, *Giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple: una proposta da Friburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 370 ss., con la *trad. it.* di E. ZANETTI, *Ivi*, p. 374 ss.

⁹¹ Secondo autorevole dottrina «il pregio innovativo era rappresentato dalla proposta di una soluzione più articolata, suddivisa in tre stadi, nella quale il *ne bis in idem* discendente dal giudicato si poneva al secondo gradino cronologico. (...) Riassumendo, si potrebbe parlare di una prima fase di coordinamento, di una seconda di mutuo riconoscimento, e di una terza di scorporo algebrico *pro reo*». In termini, L. LUPÁRIA, *Op. ult. cit.*, p. 102. Per l'A., infatti, il

Secondo la proposta, innanzitutto, i conflitti di giurisdizione (sia quelli astratti che quelli concreti) dovevano essere risolti entro un arco temporale ben determinato che, al massimo, poteva raggiungere i sei mesi.

A tal fine, gli Stati membri avrebbero dovuto avvalersi «in particolare» di alcuni criteri dettati al n. 3 del § 1 che avrebbero meglio garantito una corretta amministrazione della giustizia.

In tale contesto, la proposta enucleava una serie di criteri⁹² i quali, sebbene non fossero tassativi né posti in ordine gerarchico, rappresentavano il primo tentativo di rispettare il principio di stretta legalità (*sub specie* di predeterminazione) in relazione alle regole inerenti all'individuazione del foro competente.

Ciò, come precisato dalla stessa proposta, consentiva inoltre di limitare la discrezionalità delle autorità procedenti nel determinare la giurisdizione. Esse, infatti, nel prendere tale decisione, avrebbero dovuto tenere nella debita considerazione anche gli interessi dell'indagato.

La novità più rilevante era, però, rappresentata dal duplice ruolo che in tale settore veniva conferito alla Corte di giustizia.

Questa, da un lato, era garante della tutela dei diritti dell'imputato nel corso delle dinamiche della cooperazione (§ 2)⁹³, dall'altro, avrebbe dovuto fungere da organo regolatore nel caso in cui gli Stati non fossero riusciti a trovare un accordo sul foro competente (§ 3).

Il suo intervento, dunque, avrebbe consentito il raggiungimento di una soluzione del conflitto nel rispetto dei diritti di difesa.

primo gradino era rappresentato dal confronto tra le autorità nazionali al fine di trovare il giudice *mieux placé*, mentre il terzo, in caso di fallimento della risoluzione del conflitto e del *ne bis in idem post indicatum*, era rappresentato dall'operare del *ne bis in idem* "esecutivo" che consente di scomputare il presofferto dalla pena *espianda*. Per una disamina approfondita sul contenuto assiologico del principio del *ne bis in idem* si rinvia al Cap. 2, § 3.

⁹² Ai sensi dell'art. 3, § 1 oltre al principio di territorialità («*territory where the act has been committed or where the result has occurred*»), potevano essere presi in considerazione i seguenti criteri: b) nazionalità/residenza o qualifica ufficiale dell'indagato/imputato; c) nazionalità della vittima; d) ubicazione delle prove; e) luogo appropriato per l'esecuzione della sanzione; f) luogo di arresto e/o custodia; g) altri interessi fondamentali di uno Stato membro.

⁹³ Come è stato evidenziato, «veniva riconosciuto all'imputato il diritto di sottoporre al giudice europeo la soluzione adottata dagli Stati membri». In termini, S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 25, (corsivo nostro).

Ciò, se la Proposta fosse stata accolta, avrebbe potuto segnare una differenza di enorme rilievo rispetto alla Decisione del 2009. In questa, infatti, oltre all'assenza di qualsiasi menzione dei diritti dell'imputato e dell'indicazione di criteri predeterminati volti all'individuazione della giurisdizione competente, non è previsto l'intervento di una istituzione in grado di assicurare una decisione *vincolante* che ponga fine al conflitto.

4. La Proposta della Commissione europea: il Libro verde del 2005.

Prima di passare all'analisi della Decisione quadro 2009/948/GAI, è opportuno focalizzare l'attenzione sul *Libro verde sui conflitti di giurisdizione e il principio del ne bis in idem nei procedimenti penali* presentato dalla Commissione europea nel 2005⁹⁴.

Questa proposta può essere considerata un "Giano bifronte", in quanto, da un lato, rappresenta l'"epilogo" dei progetti di riforma appena illustrati, dall'altro, costituisce il "prologo" della Decisione quadro del 2009.

Con il documento in oggetto, la tematica dei conflitti di giurisdizione assume, per la prima volta, autonoma rilevanza in un atto normativo⁹⁵. Ciò è dimostrato dalla base giuridica dello stesso, individuata nell'art. 31, comma 1, *lett. d)*, TUE (ora art. 82, § 1, *lett. b)*, TFUE), a detta del quale nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale si possono adottare azioni comuni finalizzate alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione.

L'intento della Commissione era, infatti, *in primis*, quello di prevenire gli effetti pregiudizievoli dei procedimenti paralleli e, di conseguenza, le ipotesi di conflitto, attraverso un meccanismo di assegnazione delle cause alla giurisdizione più adeguata⁹⁶.

⁹⁴ Bruxelles, 23.12.2005, COM (2005) 696 definitivo.

⁹⁵ In questo senso cfr. T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2007, pp. 637 e 641; nello stesso senso cfr. D. NAIKE CASCINI, *Op. cit.*, p. 6. Sul documento cfr., inoltre, E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *La decisione quadro del Consiglio dell'U.E.*, cit., p. 3598.

⁹⁶ Se, infatti, si istituisse un sistema in grado di prevenire o risolvere i conflitti di giurisdizione, concentrando «i procedimenti in un unico giudizio non si porrebbe la questione del *ne bis in idem*». Cfr. § 1 COM, cit.

In questo contesto, il ricorso al principio del *ne bis in idem*, «limite di ordine giuridico» allo svolgimento dei procedimenti paralleli, non era considerato sufficiente, in quanto avrebbe potuto condurre a «risultati fortuiti o persino arbitrari»⁹⁷.

La Commissione individuava, anzitutto, i presupposti affinché potesse essere istituito un procedimento di risoluzione efficace: da un lato si sarebbe dovuto prevedere un meccanismo obbligatorio di informazione tra gli Stati in ordine ai conflitti potenziali di giurisdizione; dall'altro, gli Stati membri avrebbero dovuto mantenere «la facoltà di non avviare un'azione penale o di dichiarare estinto un procedimento penale in corso semplicemente in base al fatto che la stessa azione penale è in corso in un altro Stato membro»⁹⁸.

Questo «potere di rinunciare alla giurisdizione»⁹⁹ sarebbe stato giustificabile tramite un'«interpretazione adeguatrice» del principio di obbligatorietà della azione penale. Detto altrimenti, l'azione penale avrebbe potuto considerarsi esercitata qualora uno dei Paesi dello SLSG avesse avviato un procedimento su quel determinato fatto.

La procedura proposta dalla Commissione si sviluppava lungo tre *steps*: ad una prima fase – obbligatoria – di comunicazione tra gli Stati che stavano conducendo indagini o procedimenti per un medesimo reato, ne seguiva una seconda – facoltativa – di consultazione/discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo vincolante o meno, anche grazie all'ausilio di Eurojust.

⁹⁷ Come rilevato nel documento, infatti, «dare la preferenza a qualsiasi autorità giurisdizionale che si trovi in condizione di emettere per prima una decisione definitiva, equivarrebbe ad applicare il principio “primo arrivato primo servito”». Cfr. § 1 COM, cit.

⁹⁸ Cfr. § 2 COM, cit. A tal riguardo la Commissione si spinge oltre, affermando che negli Stati membri che aderiscono al principio di legalità (*rectius*, di obbligatorietà) dell'azione penale, «si può sostenere validamente che nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio è soddisfatto quando un altro Stato membro, in quella fattispecie, esercita l'azione penale». Tale impostazione, sicuramente apprezzabile, è stata poi ripresa dalla Decisione quadro, anche se solo nei *considerando*. In questa si legge, infatti, che «Nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato» (cfr. considerando n. 12, Decisione quadro 2009/948/GAI).

⁹⁹ T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 637.

Il terzo *step*, infine, era solo eventuale: nel caso in cui le Parti non avessero raggiunto l'accordo, sarebbe stato necessario l'intervento di un organismo comunitario che, agendo da "mediatore", facilitasse la risoluzione del conflitto. Questo veniva individuato in *Eurojust* o, in subordine, in un organismo *ad hoc* di nuova istituzione.

Solo qualora non si fosse trovato un accordo neanche con l'ausilio del mediatore europeo, si sarebbe dovuto giocoforza fare ricorso, quale *extrema ratio*, al principio del *ne bis in idem*.

Il Libro verde, inoltre, prendeva in considerazione i diritti degli individui coinvolti nella dinamica processuale, nonché i criteri di un eventuale controllo giurisdizionale sulla risoluzione del conflitto.

In ordine al primo profilo, i soggetti interessati, tenuto conto del segreto investigativo, avrebbero dovuto essere informati della scelta del foro competente, «al più tardi al momento dell'emissione della richiesta di rinvio a giudizio per il procedimento dinanzi al giudice competente»¹⁰⁰.

La scelta della giurisdizione, a detta della Commissione, poteva essere sottoposta a controllo giurisdizionale: si individuava l'organo deputato a sindacare tale decisione nel giudice che era stato investito del caso, il quale avrebbe dovuto verificare se fossero stati rispettati i principi di ragionevolezza e del processo equo.

Per conferire il crisma dell'effettività all'individuazione della giurisdizione, oltre al descritto meccanismo di assegnazione, la Commissione proponeva di elaborare una "norma comunitaria di priorità" che impedisse agli Stati diversi da quello competente di avviare o proseguire dei procedimenti in ordine agli

¹⁰⁰ In questi termini § 2.3 COM. Come è stato rilevato, a differenza della Proposta di Friburgo, in questo caso i soggetti interessati non venivano direttamente coinvolti nella risoluzione del conflitto, ma era garantito loro il diritto di interloquire con l'autorità giudiziaria scelta. Cfr. V. MEZZOLLA, *Op. cit.*, p. 8. Critica nei confronti della scelta adottata dalla Commissione è S. FASOLIN, la quale rileva come «la partecipazione della difesa e della vittima non venivano pertanto garantite durante la fase preprocessuale. Allo stesso modo, non veniva assicurato nemmeno il diritto ad un controllo successivo (...)». ID., *Op. ult. cit.*, p. 28.

stessi fatti o di emettere richieste di rinvio a giudizio nel corso delle consultazioni¹⁰¹.

In questa prospettiva, il momento del rinvio in giudizio veniva individuato come la sede più opportuna per giungere ad una soluzione definitiva sulla giurisdizione. Le autorità giudiziarie nazionali, in tale fase, avrebbero infatti posseduto tutte le informazioni necessarie per sindacare le questioni sulla competenza.

Da ultimo, il Libro verde affrontava la tematica dei criteri rilevanti per prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione. In questo senso, la Commissione proponeva una soluzione caratterizzata da un «considerevole margine di discrezionalità»¹⁰²: sarebbe stata facoltà dei Paesi membri quella di modulare i criteri selezionati¹⁰³ e, volendo, di individuare una scala di priorità alla luce di un principio generale che avrebbe dovuto sovrintendere alla scelta dello Stato competente¹⁰⁴.

In ordine a questo ultimo profilo, va osservato come la Commissione fosse giunta ad un compromesso ragionevole, in grado di bilanciare le istanze di *law enforcement* – espressione della sovranità statale – con la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti interessati.

Infatti, sebbene i criteri proposti dalla Commissione potessero anche non essere soggetti ad un ordine di priorità, la loro predeterminazione (criteri “oggettivi”) ne assicurava almeno la conoscibilità da parte dell’indagato¹⁰⁵.

Ad uno sguardo d’insieme, la Proposta contenuta nel Libro verde rappresenta il testo ad oggi più avanzato in ordine alla risoluzione dei conflitti di

¹⁰¹ Sembra che la Commissione configuri in questa ipotesi una sorta di “abuso” della richiesta di rinvio a giudizio.

¹⁰² Cfr. § 2.5 COM, cit.

¹⁰³ «L’elenco potrebbe comprendere criteri quali la territorialità, criteri relativi all’indagato o all’imputato, agli interessi delle vittime, agli interessi dello Stato, nonché alcuni altri criteri relativi all’efficacia e alla celerità del procedimento». *Ibidem*.

¹⁰⁴ La Commissione si rifaceva anche in questa ipotesi ai criteri di ragionevolezza e del processo equo.

¹⁰⁵ Qualora, poi, l’attribuzione della giurisdizione fosse stata sottoposta ad un principio di ragionevolezza e/o processo equo – impostazione caldeggiata dalla stessa Commissione – la discrezionalità degli Stati non sarebbe stata ampia ma vincolata.

giurisdizione. Purtroppo, infatti, come si darà conto nel corso del successivo paragrafo, la Decisione quadro del 2009 rappresenta una involuzione rispetto al precedente progetto, sia sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti, che avuto riguardo all'effettività dei rimedi individuati.

5. La Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali.

Scaduto il periodo di confronto aperto dal Libro verde, il Consiglio – il giorno prima l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – adotta la *Decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali*¹⁰⁶.

Come si indica nel preambolo, la base giuridica è individuata negli artt. 31, paragrafo 1, *lett. c) e d)*, TUE (ora 82, §1, *lett. b)*, e 34, paragrafo 2, *lett. b)* del TUE (abrogato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona).

Già dai Considerando traspare la finalità della Decisione: prevenire la violazione del *ne bis in idem* (considerando 3) attraverso un procedimento che eviti il dispendio di tempo e risorse per gli Stati (considerando 4).

Nessun riferimento viene tuttavia fatto ai diritti dell'imputato e della vittima.

Ci si accontenta, invece, di individuare un compromesso politico che, dietro la facciata dell'obbligatorietà delle consultazioni (considerando 7 e 8), devolve agli Stati la più ampia discrezionalità. Ciò, infatti, consente loro di individuare "criteri adeguati" che la Decisione si limita solo a suggerire (considerando 9)¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Sul cammino che ha portato alla Decisione cfr. C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell'Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2009, p. 1293 ss. Sull'articolato cfr.: E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *Op. cit.*, p. 3593 ss.; L. LUPÁRIA, *Op. cit.*, p. 104 ss.; S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 29 ss.; D. NAIKE CASCINI, *Op. cit.*, p. 7 ss.; V. MEZZOLLA, *Op. cit.*, p. 9 ss.; M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, *cit.*, p. 991 ss. In sintesi, come è stato autorevolmente affermato, «la montagna ha partorito il topolino». In termini. E. SELVAGGI, *Il trasferimento*, *cit.*, p. 166.

¹⁰⁷ Il considerando n. 9 si esprime nei termini seguenti: «Al fine di raggiungere un consenso, le autorità competenti dovrebbero considerare *criteri adeguati*, che possono comprendere quelli che figurano negli orientamenti pubblicati nella relazione annuale 2003 di Eurojust ed

L'art. 1 della Decisione rispecchia il contenuto del preambolo, affermando che «l'obiettivo della presente decisione quadro è promuovere una più stretta cooperazione tra le autorità competenti di due o più Stati membri che conducono un procedimento penale ai fini di una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia»¹⁰⁸.

A tal fine, nel caso in cui l'autorità competente di uno Stato membro «abbia *fondati motivi* per ritenere che si stia conducendo un procedimento parallelo in un altro Stato membro»¹⁰⁹, la stessa ha l'obbligo di prendere contatto con l'autorità competente di quest'ultimo Paese, la quale, a sua volta, ha l'obbligo di rispondere «entro un termine ragionevole o, se non è stato indicato alcun termine, senza indebito ritardo»¹¹⁰.

Accertata l'esistenza di procedimenti paralleli¹¹¹, gli Stati devono avviare consultazioni dirette, finalizzate al raggiungimento di una soluzione efficace in grado di evitare gli effetti negativi dei procedimenti paralleli (art. 10, § 1)¹¹².

elaborati a uso degli operatori del settore, e *tenere in conto, 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 o l'imputato e la possibilità di assicurare la sua consegna o estradizione in altre giurisdizioni, la cittadinanza o la residenza dell'indagato o 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» (Corsivo nostro).

¹⁰⁸ Peraltro, questa più stretta cooperazione deve sia prevenire l'instaurarsi di procedimenti penali paralleli – situazione di per sé lesiva del divieto di *bis in idem* –, sia «raggiungere un consenso su una soluzione *efficace*» (art. 1, § 2). Corsivo nostro. Come osservato in dottrina, il raggiungimento di questo obiettivo non è considerato in conflitto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. In questo senso, G. M. BACCARI, *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale, cit.*, p. 702 ss. Dal considerando 12 della Decisione, sembra, invece, emergere una sorta di “esercizio comunitario” dell'azione penale: detto altrimenti, quando uno Stato membro esercita l'azione penale, si può considerare rispettato il principio di obbligatorietà anche in tutti gli altri Stati membri. Il considerando 12 si esprime nel modo seguente: «(...) Nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato».

¹⁰⁹ Art. 5, § 1. Corsivo nostro.

¹¹⁰ Art. 6, § 1. Peraltro, se in questa fase emerge che l'indagato o l'imputato sia sottoposto ad una misura detentiva preventiva o a custodia cautelare, la richiesta va trattata con urgenza.

¹¹¹ Definiti dall'art. 3, § 1, *lett. a)* quali «procedimenti penali, compresa sia la fase preprocessuale che quella processuale, condotti in due o più Stati membri per gli stessi fatti in cui è implicata la stessa persona».

¹¹² In questa prospettiva, l'assenza nell'articolato della decisione di una lista di criteri che sovrintendano alle consultazioni tra gli Stati complica il raggiungimento di una soluzione efficace: questa è infatti lasciata alla loro assoluta discrezionalità. Come evidenziato, «*the*

L'art. 10, sulla falsariga del considerando 4, afferma che essa può “eventualmente” consistere nella concentrazione dei procedimenti in un unico Stato.

Pertanto, la riunione dei procedimenti è una delle opzioni in campo: «Nessuno Stato membro dovrebbe essere obbligato a rinunciare o a esercitare la competenza giurisdizionale contro la sua volontà» (considerando 11)¹¹³.

La Decisione, infatti, non obbliga gli Stati al raggiungimento di un accordo ma prevede che gli stessi *possano* rivolgersi ad Eurojust (art. 12, § 2), il quale si trova in una posizione «particolarmente adatta» (considerando 14) per comporre il conflitto.

Questa Agenzia, però, pur essendo in una posizione terza, funge solo da “mediatore privilegiato”¹¹⁴. Essendo sfornita di qualsiasi potere vincolante¹¹⁵, essa può solo facilitare il raggiungimento di un accordo, sempre che vi sia una comune volontà degli Stati interessati.

In caso di disaccordo, Eurojust formula un parere scritto sulla risoluzione del caso che invia agli Stati: questi, però, possono rifiutarsi di darvi seguito, «ove ciò leda interessi essenziali di sicurezza nazionale o comprometta il successo di un'indagine in corso o la sicurezza di una persona» (art. 4, § 6 Reg. 2018/1727)¹¹⁶.

Dunque, l'intera procedura può condurre ad un nulla di fatto, consentendo agli Stati di proseguire i loro procedimenti paralleli.

consultation phase represent the “core of the mechanism and also its most under-regulated part». Cfr. A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 147.

¹¹³ Come osservato in dottrina, «È lasciata dunque alle autorità interessate la massima flessibilità per addivenire ad una soluzione «efficace», compatibilmente con i principi del proprio ordinamento giuridico». In termini, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 07-08/2016, p. 3032.

¹¹⁴ Così, G. DE AMICIS – G. SANTALUCIA, *La vocazione giudiziaria dell'Eurojust tra spinte sovranazionali e timidezze interne*, in *Cass. pen.*, 11/2011, p. 2971.

¹¹⁵ A questa Agenzia il Trattato di Lisbona assegna il compito istituzionale di risolvere i conflitti di giurisdizione (art. 85 TFUE). Come stabilito dal considerando 14 del *Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'agenzia dell'unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del consiglio «I pareri scritti di Eurojust non sono vincolanti per gli Stati membri, ma è opportuno darvi un seguito in conformità del presente regolamento»* (corsivo nostro).

¹¹⁶ Sul punto cfr., *infra*, § 7.

Ad uno sguardo complessivo, si tratta di una soluzione insoddisfacente, sotto diversi profili¹¹⁷.

Da un lato, emerge come ci si trovi al cospetto di una vera e propria regressione rispetto sia alle citate Proposte della Repubblica ellenica¹¹⁸ e del gruppo di Friburgo¹¹⁹, sia al Libro verde della Commissione¹²⁰.

Dall'altro, vengono in rilievo diversi punti critici in grado di entrare in conflitto con alcuni principi fondamentali tutelati dalle Carte, specialmente a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE)¹²¹.

Anzitutto, la mancanza di un elenco di criteri idonei a radicare la giurisdizione¹²² sembra porsi in conflitto con il principio del giudice precostituito presente sia a livello europeo (art. 47 CDFUE) che interno (art. 25 Cost.).

Da questo punto di vista, bisogna chiedersi se l'art. 47 CDFUE imponga a livello europeo che la scelta della giurisdizione competente sia regolata da criteri certi e predeterminati che consentano al soggetto di poter ragionevolmente prevedere chi sarà il suo giudice.

¹¹⁷ Come ha osservato autorevole dottrina si tratta di un «*first but hesitant attempt towards a more general approach*». In questi termini, A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Intersentia, Cambridge, 2016, p. 451; ID., *Jurisdiction and transnational* ne bis in idem in prosecution of transnational crimes, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 492.

¹¹⁸ La proposta ellenica aveva predisposto una procedura di risoluzione non solo dei conflitti concreti ma anche di quelli astratti, i quali, non sono considerati nella Decisione del 2009.

¹¹⁹ Pregio di questa proposta era il ruolo che la stessa assegnava alla Corte di giustizia nel risolvere il conflitto: il suo responso aveva infatti natura vincolante. Di contro, come osservato, la Decisione si limita a prevedere il possibile intervento di Eurojust che però non ha poteri coercitivi per far rispettare il suo parere.

¹²⁰ Diversamente dalla Decisione del 2009, il progetto contenuto nel Libro verde era caratterizzato da un procedimento ben strutturato, scandito da tempistiche precise, che, peraltro, prevedeva l'intervento obbligatorio di Eurojust, superato un lasso di tempo. Autorevole dottrina evidenzia, inoltre, come la Decisione segni un «passo indietro anche rispetto alla proposta di decisione quadro. Se in quel documento erano suggeriti una serie di criteri, più o meno *flou*, nel testo definitivo si formalizza solamente un sistema di consultazioni obbligatorie per pervenire, in caso di litispendenza internazionale ad una soluzione concordata (...)». In termini, L. LUPÁRIA, *Op. cit.*, p. 105. Sulla proposta di Decisione cfr. C. AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit.

¹²¹ Come precisato *supra*, sub § 2, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali ha assunto la stessa forza giuridica dei Trattati (art. 6 TUE).

¹²² Infatti, «per l'ennesima volta si ripropone un catalogo aperto, a contenuto meramente orientativo, senza carattere vincolante, né tanto meno con un ordine gerarchico di applicazione». Così D. NAIKE CASCINI, *Op. cit.*, p. 9.

Se a tale quesito si darà una risposta positiva, la conclusione sarà quella di una violazione dell'art. 47 CDFUE da parte della Decisione quadro del 2009¹²³.

In secondo luogo, dal reticolato normativo emerge un modello flessibile¹²⁴ che non impone agli Stati trovare un accordo e, dunque, non obbliga uno dei due contendenti a spogliarsi dell'esercizio dell'azione penale in favore dell'altro.

Come è stato rilevato, questa impostazione adottata dall'Unione «sembra aver voluto aggirare i rischi di una possibile tensione degli esiti decisori dei meccanismi di soluzione dei conflitti di giurisdizione con quei sistemi, come il nostro, in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale»¹²⁵.

A tal proposito, una cartina al tornasole è rappresentata dal considerando 12 della Decisione. Questo introduce una sorta di “esercizio comunitario” dell'azione penale: il principio di obbligatorietà dovrebbe ritenersi rispettato se uno degli Stati membri avvii un procedimento in relazione ad una medesima notizia di reato.

Occorre, dunque, verificare se questa ultima eventualità sia compatibile in Paesi come il nostro che sposano il principio dell'obbligatorietà¹²⁶. Detto altrimenti bisogna chiedersi se l'obbligo di esercitare l'azione penale sia rispettato qualora l'instaurazione del processo si palesi superflua, come potrebbe avvenire nel caso in cui un altro Stato stesse procedendo per il medesimo reato¹²⁷.

¹²³ Tale questione verrà esaminata al Cap. 3, § 1.

¹²⁴ Questo modello, oltre ad essere flessibile, può considerarsi “residuale” nella misura in cui tale Decisione non pregiudica l'applicazione della Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali, tra gli Stati membri. In questo senso, cfr. M. BACCARI, *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 703.

¹²⁵ In questo senso, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3034.

¹²⁶ Sul punto cfr. Cap. 2, § 4.

¹²⁷ Da una risposta affermativa G. DE AMICIS. A detta dell'A. «Sarebbe pertanto in contrasto con il dettato costituzionale un sistema che affidasse l'instaurazione del processo a valutazioni di mera opportunità, ma non quello in cui si evitasse la celebrazione di quest'ultimo quando si palesasse come oggettivamente superflua od inutile. E tale sarebbe il caso di un'astensione dall'esercizio dell'azione penale quando un altro procedimento penale in relazione al medesimo fatto risulti pendente in altro Paese dell'Unione ritenuto più indicato ad occuparsene». ID., *Op. ult. cit.*, p. 3034.

Altro profilo critico è l'approccio efficientista¹²⁸ e "stato-centrico" della Decisione, che relega ad un ruolo marginale i diritti dei soggetti coinvolti nei procedimenti paralleli.

Da quanto illustrato traspare, infatti, la volontà degli Stati membri di evitare qualsiasi cessione della propria sovranità giurisdizionale¹²⁹: saranno le autorità nazionali competenti a "contrattare", *case by case*, l'esercizio della giurisdizione con i loro omologhi di un altro Stato, *ça va sans dire*, nel segreto dei rispettivi uffici e senza alcuna possibilità di intervento o interlocuzione dei soggetti direttamente coinvolti¹³⁰.

A questo proposito, bisogna riconoscere che un timido accenno ai diritti dei soggetti coinvolti nelle dinamiche transnazionali è presente nel Preambolo.

Da un lato, il considerando 9 inserisce nella lista di criteri che dovrebbero orientare il raggiungimento dell'accordo gli interessi rilevanti dell'indagato o dell'imputato, gli interessi rilevanti delle vittime e dei testimoni.

Dall'altro, il considerando 17 afferma, "pilatescamente", che la decisione «lascia impregiudicato il diritto delle persone di sostenere che l'azione penale nei loro confronti debba essere esercitata nella propria o in un'altra giurisdizione, qualora tale diritto sia contemplato dalla legislazione nazionale».

Queste previsioni, sfornite della benché minima cogenza, si riducono tuttavia a mere enunciazioni di principio: infatti la Decisione non fa alcun cenno nell'articolato ai diritti dei soggetti interessati dai procedimenti paralleli.

¹²⁸ Cfr. M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro*, cit., p. 993 ss. Come precisato pocanzi, la Decisione sembra far proprio esclusivamente l'interesse degli Stati ad un risparmio di risorse, disinteressandosi dei diritti dei soggetti coinvolti. Come rilevato, si tratta di un «approccio in parte edulcorato tramite alcuni riferimenti, nel testo del preambolo, alle garanzie dell'accusato (e delle vittime)». In questi termini, L. LUPÁRIA, *Op. cit.*, p. 106, *sub* nt. 145.

¹²⁹ Come evidenziato, «*Decision demonstrates some reluctance among Member States. It does not require anything more than consultation. (...) The absence of a coherent approach to resolving or reducing conflict of jurisdiction is striking*». In termini, A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., pp. 452-453. Anche per la mancanza di tassatività dei criteri, «la decisione quadro ha inserito nel preambolo quanto non si è riusciti a far approvare nell'articolato». Così, E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *Op. cit.*, p. 3600 ss.

¹³⁰ Un timido riferimento all'indagato/imputato, non riprodotto nell'articolato, compare solo al considerando 14 a detta del quale, la decisione «lascia impregiudicato il diritto delle persone di sostenere che l'azione penale nei loro confronti debba essere esercitata nella propria o in un'altra giurisdizione, qualora tale diritto sia contemplato dalla legislazione nazionale».

Ad aggravare la loro posizione vi è, inoltre, la mancanza dell'obbligo in capo agli Stati di raggiungere un accordo.

Se infatti non si trova il «consenso su una soluzione efficace» (art. 1, § 2) in grado di devolvere la giurisdizione ad uno tra i due Paesi in conflitto, l'unico rimedio è il ricorso al *ne bis in idem*.

Occorrerà dunque attendere che in uno dei processi nazionali arrivi ad una sentenza definitiva: nel frattempo l'imputato sarà costretto a doversi difendere dinnanzi ad entrambe le giurisdizioni.

Anche nel caso opposto, ossia quando si giunga ad un accordo, la mancanza di criteri certi e predeterminati che orientino la scelta della giurisdizione impedisce comunque al soggetto di conoscere a priori chi sarà il giudice competente e dunque la legislazione sostanziale e processuale da rispettare.

Per questo complesso di ragioni, la Decisione sembra, dunque, porsi in contrasto, oltre che con il già menzionato art. 47 CDFUE, anche con gli artt. 48 e 49 della Carta che rispettivamente tutelano il diritto di difesa ed il principio di legalità¹³¹.

6. ...e la sua (tardiva) attuazione in Italia (D. lgs. del 15 febbraio 2016, n. 29).

Parimenti deludente è stata la trasposizione della Decisione in Italia, con il D. lgs. del 15 febbraio 2016, n. 29.

Nonostante il ritardo di ben quattro anni rispetto al termine massimo di recepimento delle disposizioni europee (15 giugno 2012), l'Italia si è limitata ad una trasposizione che non prende una posizione chiara sugli aspetti non disciplinati dalla Decisione e sui quali spettava ai legislatori nazionali intervenire.

La normativa introdotta prevede un *iter* bifasico.

¹³¹ Sul punto si rimanda all'analisi svolta al Cap. 3, §§ 1 e 2.

Preliminarmente, bisogna accertare l'esistenza di procedimenti paralleli (art. 2)¹³²: se questa è basata su un «fondato motivo», allora l'autorità giudiziaria nazionale¹³³ ha l'obbligo di avviare i contatti con quella estera mediante una richiesta scritta di informazioni (art. 4, co. 1, D. lgs.); nel caso in cui sia ignota l'autorità da contattare si può fare ricorso alla Rete giudiziaria europea (art. 4, co. 2, D. lgs.).

Allo stesso modo, l'autorità giudiziaria italiana ha l'obbligo di fornire risposte alle richieste provenienti dall'estero «entro il termine indicato o, se non è indicato alcun termine, senza indebito ritardo» (art. 5, co. 1, D. lgs.)¹³⁴.

Accertata l'esistenza del *presupposto* – ossia l'esistenza di procedimenti paralleli – prende avvio la seconda fase, quella delle «consultazioni dirette», finalizzata alla «concentrazione dei procedimenti paralleli in un solo Stato».

In questo frangente il Procuratore generale ha l'obbligo di dare notizia al Ministro della Giustizia delle consultazioni, «inviandogli la documentazione pertinente e le proprie osservazioni» (art. 8, co. 2). Quest'ultimo può disporre l'interruzione della concentrazione dei procedimenti «qualora rilevi che, a seguito del mancato esercizio della giurisdizione in Italia, possano essere compromessi la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato» (art. 8, co. 3)¹³⁵.

¹³² Ossia di «procedimenti penali, sia in fase di indagini preliminari che nelle fasi successive all'esercizio dell'azione penale, pendenti in due o più Stati membri per gli stessi fatti nei confronti della medesima persona».

¹³³ L'articolo 4 si esprime nei termini di “autorità procedente”: dunque il riferimento non è solo al pubblico ministero ma, nel caso in cui il procedimento italiano si trovi nella fase processuale, va coinvolto anche il giudice che ha in carico il processo. In questo senso, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3036. Ai sensi dell'art. 8, l'autorità italiana competente allo svolgimento delle consultazioni è, invece, il Procuratore generale presso la Corte d'appello «nel cui distretto ha sede l'autorità contattante o contattata».

¹³⁴ Nel caso in cui l'indagato o l'imputato sia sottoposto in Italia ad una misura cautelare la richiesta deve essere trattata con urgenza.

¹³⁵ Al contrario, il procuratore generale non gode dello stesso potere di veto concesso al Ministro ma, come rilevato, può soltanto «limitare l'ampiezza della collaborazione giudiziaria». In termini, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3037. L'art. 8, co. 5 prevede, infatti, che: «Nel corso delle consultazioni dirette il procuratore generale scambia con l'autorità competente dell'altro Stato membro interessato informazioni sugli atti rilevanti compiuti nel processo. Può rifiutare la trasmissione di specifiche informazioni quando la loro comunicazione possa compromettere interessi nazionali essenziali in materia di sicurezza o la sicurezza di una persona».

Tale ultima disposizione – che nei fatti assegna un vero e proprio *potere di veto* in capo al Ministro – segna, per certi versi, un ritorno alle logiche della mutua assistenza giudiziaria, cui si sperava di aver posto fine con l’affermazione del principio del mutuo riconoscimento anche all’interno del codice di rito italiano¹³⁶.

Oltre al potere di veto posto in capo al Guardasigilli, purtroppo, è da constatare come il decreto di recepimento abbia riprodotto il catalogo di cui al considerando 9 della Decisione quadro: l’art. 8 del decreto prevede, infatti, un elenco non tassativo di criteri guida tra i quali è compresa anche una “norma di chiusura” (*rectius*, di apertura)¹³⁷ che attribuisce al Procuratore generale il

¹³⁶ Ai sensi dell’art. 696 *bis* c.p.p. – rubricato *Principio del mutuo riconoscimento* – «Il principio del mutuo riconoscimento è disciplinato dalle norme del presente titolo e dalle altre disposizioni di legge attuative del diritto dell’Unione europea. 2. Le decisioni e i provvedimenti giudiziari emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri possono essere riconosciuti ed eseguiti nel territorio dello Stato; l’autorità giudiziaria può richiedere alle competenti autorità degli altri Stati membri l’esecuzione dei propri provvedimenti e decisioni». Ancor più netto, nella prospettiva di un dialogo diretto tra le autorità giudiziarie dei paesi degli Stati membri, è l’art. 696 *quater* a detta del quale «L’autorità giudiziaria competente *riceve direttamente* le decisioni e i provvedimenti da riconoscere ed eseguire nel territorio dello Stato. 2. L’autorità giudiziaria *trasmette direttamente* alle competenti autorità giudiziarie degli altri Stati membri le decisioni e i provvedimenti da riconoscere ed eseguire, dandone comunicazione al Ministro della giustizia nei casi e nei modi previsti dalla legge, anche ai fini dell’esercizio dei poteri di cui all’articolo 696 *sexies*» (corsivo nostro). Quest’ultima disposizione, lungi dall’attribuire un potere di veto al Ministro della giustizia, individua in esso una figura di controllo interno ed esterno: da un lato egli deve verificare che le procedure di cooperazione non contrastino con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico dello Stato (co. 1); dall’altro, verifica che le condizioni poste dalle autorità italiane siano rispettate nel dare attuazione alle misure nello Stato estero (co. 2). Per una disamina approfondita di questi articoli – introdotti con il D. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 – si rinvia ad A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell’Unione Europea* (sub *Titolo I bis c.p.p.*), in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 9 ss. In questa prospettiva, in una delle ultime direttive approvate nell’ambito della cooperazione giudiziaria (Direttiva 41/2014/UE relativa all’Ordine europeo di indagine penale) è la stessa «autorità di esecuzione che può rifiutare il riconoscimento o l’esecuzione di un OEI qualora:(...) b) in un caso specifico, l’esecuzione leda interessi essenziali di sicurezza nazionale, metta in pericolo la fonte delle informazioni o comporti l’uso di informazioni classificate riguardanti attività di intelligence specifiche» (art. 11, § 1, *lett. b*). Questa norma è stata trasposta fedelmente dal legislatore, in sede di recepimento, il quale, all’art. 10, comma 1, *lett. c*), ha disposto che «(...) non si provvede al riconoscimento e all’esecuzione dell’ordine di indagine ove: (...) c) l’esecuzione dell’ordine di indagine potrebbe recare pregiudizio alla sicurezza nazionale». Valutazione, questa, che compete all’autorità giudiziaria e non quella governativa.

¹³⁷ Come è stato, osservato, «Si tratta, dunque, di un catalogo aperto e piuttosto eterogeneo nei contenuti, non vincolante né gerarchicamente ordinato, le cui implicazioni devono essere complessivamente bilanciate all’interno di una prudente valutazione che tenga conto dei profili più rilevanti nel caso di volta in volta esaminato, all’interno di una prospettiva del tutto

potere di tener conto di «ogni altro fattore ritenuto pertinente» (art. 8, comma. 4, lett. g)¹³⁸.

Nel corso delle consultazioni, «in ogni momento» (art. 9), può essere richiesto l'ausilio di *Eurojust* la cui pronuncia ha un mero valore orientativo e non vincolante¹³⁹.

A tal proposito, occorre rilevare che, così come la Decisione quadro, anche il decreto di recepimento non prevede il coinvolgimento dei soggetti interessati dai procedimenti nelle consultazioni, né controlli sulla legittimità della decisione raggiunta dagli Stati¹⁴⁰.

Questa scelta, unitamente alla mancanza di tassatività dei criteri rilevanti per la determinazione della giurisdizione, è in grado di ledere diversi precetti costituzionali.

Il riferimento va, anzitutto, agli artt. 24 e 25 Cost.

La mancanza di coinvolgimento, in particolare, dell'imputato e del suo difensore nella dinamica della consultazione rischia di arrecare un *vulnus* all'inviolabile diritto di difesa (art. 24 Cost.)¹⁴¹.

Ben più grave appare, però, l'assenza di criteri certi in grado di orientare la scelta della giurisdizione che potrebbe porsi in contrasto con la garanzia del giudice naturale *precostituito* per legge (art. 25, co. 1, Cost.).

Riservandoci di approfondire questo ultimo aspetto nel prossimo capitolo¹⁴², va ora rilevato come un altro punto critico del decreto riguardi le tempistiche.

innovativa, poiché inevitabilmente incentrata sui risultati di un dialogo diretto tra organi giudiziari nazionali diversi, chiamati a collaborare, nel comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia, per evitare, da un lato, la lesione di una garanzia fondamentale del cittadino europeo e, dall'altro lato, l'inutile dispersione di attività processuali sul territorio». In termini, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3038.

¹³⁸ Corsivo nostro. Sul punto cfr. G. M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, cit., p. 996 ss.; ma anche, L. KALB, *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale)*, in *Archivio penale, Speciale riforme web*, 7 maggio 2018, p. 7 ss.

¹³⁹ Cfr. art. 4, §§ 4-6 del nuovo Reg. *Eurojust*. Questo aspetto verrà approfondito *infra*, § 7.

¹⁴⁰ Sul punto cfr. G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3038.

¹⁴¹ In ordine a questo profilo cfr. G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3039; ma anche, V. MEZZOLLA, *Conflitti di giurisdizione in materia penale: la decisione quadro 2009/948/GAI e il d. Lgs. 15.2.2016 n. 29*, cit., p. 12.

Il legislatore ha previsto, a questo proposito, che le consultazioni tra le competenti autorità giudiziarie non comportino una sospensione del processo: al giudice è fatto divieto di pronunciare sentenza, ma per (soli) venti giorni (art. 10). Scaduto questo termine – che difficilmente sarà sufficiente al raggiungimento di un accordo – il giudice potrebbe, invece, potare a termine il procedimento, mediante l’emanazione del provvedimento definitivo.

Simile eventualità, però, seppur tendenzialmente solo teorica, dati i lunghi tempi del processo italiano, oltre a collidere con il principio comunitario di leale collaborazione, fa sì che tale norma si ponga in conflitto con la *ratio* della Decisione. Questa è, infatti, finalizzata alla ricerca di una soluzione concordata, non all’applicazione del vetusto principio «*premier arrivé, premier servi*».

Infine, il decreto si occupa di regolare gli effetti delle consultazioni sui procedimenti in corso. A questo proposito, l’art. 11 disciplina separatamente le ipotesi di concentrazione dei procedimenti in Italia (co. 1) e all’estero (co. 2).

a) La concentrazione dei procedimenti all’estero.

Nel caso in cui si trovi un accordo, se la giurisdizione è affidata all’autorità straniera, il giudice interno dichiara la «sopravvenuta improcedibilità» (art. 11, co. 2, D. lgs.).

La dottrina, a causa della laconicità della norma, ha prospettato una esegesi uniforme, pur con diverse sfumature delle quali è opportuno dar conto.

Per alcuni questo “difetto di giurisdizione” potrebbe condurre, alternativamente, ad un provvedimento di archiviazione, qualora il procedimento si trovi nella fase preprocessuale, o ad una sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.), se lo stesso è giunto alla fase dell’udienza preliminare o, infine, ad una sentenza assolutoria ai sensi dell’art. 529 c.p.p. se ci si trovi in sede di merito¹⁴³.

¹⁴² Cfr., *infra*, sub Cap. 2, § 2, lett. b).

¹⁴³ Questa è la soluzione patrocinata da N. GALANTINI, *Diritti e conflitti di giurisdizione*, in (a cura di) F. RUGGERI, *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 122. L’A. peraltro rileva come, da questo angolo visuale, la sentenza che dichiara l’improcedibilità per difetto di giurisdizione sia in grado di ledere ulteriormente i diritti di difesa, in quanto, seguendo l’orientamento di legittimità, la stessa non è impugnabile

Alle medesime conclusioni giunge chi individua nell'art. 11, co. 2 una «nuova specifica causa di improcedibilità»¹⁴⁴ sulla scia del precedente giurisprudenziale della sentenza *Donati*¹⁴⁵, nonché dell'art. 7 della citata Convenzione Nato¹⁴⁶.

Quest'ultima è presa a riferimento anche da quegli autori¹⁴⁷ che, concordando sugli esiti cui è giunta la dottrina menzionata, rilevano come la declaratoria di sopravvenuta improcedibilità presupponga non un difetto di giurisdizione, ma un impedimento al proseguimento dell'esercizio dell'azione penale – contestualmente intrapresa all'estero – che, in quanto tale, andrebbe ricondotto ad una condizione di procedibilità “speciale” o “atipica” di cui all'art. 345, co. 2, c.p.p.¹⁴⁸.

A tal proposito, va osservato come questa impostazione potrebbe porsi in conflitto con il principio di obbligatorietà dall'azione penale (art. 112 Cost.). Nonostante la relazione di accompagnamento al D. lgs. affermi la compatibilità tra la disposizione costituzionale e quella legislativa, aver sottoposto la scelta dell'autorità competente ad esercitare l'azione penale a criteri discrezionali, così come aver lasciato la decisione finale sul radicamento della giurisdizione in capo al Procuratore generale e al Ministero della Giustizia, potrebbe comportare una lesione il *principio de quo*¹⁴⁹.

Allo stesso tempo, però, va ricordato come il considerando 12 della decisione avesse posto le basi per un “esercizio comunitario” dell'azione penale¹⁵⁰. In tale prospettiva potrebbe darsi corso ad una sorta di interpretazione

nella prospettiva dell'art. 28 c.p.p. Il riferimento è a Cass. pen., Sez. II, 15 aprile 2009, n. 20223, in *CED Cass.*, n. 24889. *Ivi*, p. 123.

¹⁴⁴ In termini, G. M. BACCARI, *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 709.

¹⁴⁵ Cass., SS. UU., 28 giugno 2005, n. 34655, in *C.E.D. Cass.*, n. 231799.

¹⁴⁶ Cfr. *supra* sub nt. 68.

¹⁴⁷ Cfr. G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3041.

¹⁴⁸ Sul punto si rimanda allo studio di R. ORLANDI, *Condizioni di procedibilità* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, pp. 42-52.

¹⁴⁹ G. M. BACCARI, *Una procedura consensuale troppo “flessibile” e senza garanzie per i conflitti di giurisdizione tra Paesi della UE*, in *il Penalista*, 7 aprile 2016, p. 5. In ordine a queste problematiche, cfr., *funditus*, sub Cap. 2, § 4.

¹⁵⁰ Cfr., *supra*, sub § 5.

eurounitaria del principio di obbligatorietà, tale da ritenerlo rispettato qualora l'azione penale sia esercitata in altro Stato membro¹⁵¹.

Se, successivamente, l'autorità giudiziaria estera non dovesse portare a termine il procedimento, il giudice italiano potrebbe riappropriarsi della giurisdizione ed esercitare l'azione penale in forza del venir meno della causa di improcedibilità.

Una simile conclusione trova, peraltro, riscontro nella giurisprudenza europea in tema *ne di bis in idem*. Il riferimento è, *in primis*, al caso *Miraglia*¹⁵².

In tale occasione i Giudici osservavano che «una decisione giudiziaria come quella di cui alla causa principale, adottata 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 svolgimento di alcuna valutazione nel merito, non può costituire una sentenza definitiva che giudica tale persona ai sensi dell'art. 54 della CAAS» (§ 30). Diversamente opinando, infatti, si arriverebbe al paradosso per cui l'applicazione del art. 54 renderebbe più difficoltoso o, ostacolerebbe, «ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati» (§ 33), contravvenendo agli stessi obiettivi dell'Unione, tra i quali emerge, in questo contesto, quello di prevenire e combattere la criminalità su tutto lo SLSG.

Dunque, concludono i giudici, il principio del *ne bis in idem*, così come sancito all'art. 54 CAAS, «non si applica ad una decisione delle autorità giudiziarie di

¹⁵¹ In questo senso, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, cit., p. 3041 ss.

¹⁵² Corte di giustizia, 10 marzo 2005, C-469/03, *Miraglia*. Nel caso di specie il signor Miraglia veniva rinviato a giudizio dal g.u.p. del Tribunale di Bologna per aver organizzato assieme ad altre presone un trasporto di eroina dai Paesi Bassi a Bologna. Un parallelo procedimento penale *in idem* era avviato dalle autorità olandesi e si concludeva a stretto giro senza l'inflizione di pena o di altra sanzione: la procura non aveva infatti promosso azioni penali nei confronti del signor Miraglia. Alla richiesta di assistenza formulata dalla procura bolognese seguiva il rifiuto dell'autorità giudiziaria olandese in quanto nei confronti del signor Miraglia era stata emessa una decisione finale che vietava, ai sensi del codice di rito olandese, sia di procedere per le condotte criminose sia di apprestare assistenza giudiziaria. In questo contesto il Tribunale di Bologna formulava alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: «Se debba applicarsi l'art. 54 della [CAAS] qualora la decisione giudiziaria adottata nel primo Stato risulti essere di rinuncia a promuovere l'azione penale senza alcun giudizio nel merito del fatto e sul solo presupposto che si stia già procedendo in un altro Stato».

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» (§ 35)¹⁵³.

Tale indirizzo ermeneutico ha trovato seguito nella successiva sentenza della Corte di giustizia sul caso *M*.¹⁵⁴

Diversamente dalla vicenda precedente, i giudici qui rilevano come vi fosse stato un accertamento nel merito e che dunque si potesse riconoscere il carattere della definitività al provvedimento emesso dal primo giudice¹⁵⁵.

A detta della Corte, «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*» (§ 33).

In questo contesto, la valutazione in ordine al carattere della definitività del provvedimento va effettuata, secondo i Giudici di Lussemburgo, sulla base del diritto del Paese dove è stata emessa la sentenza (§ 36).

¹⁵³ Il carattere scriminante della violazione dell'art. 54 CAAS è dunque la *definitività* del provvedimento che chiude il primo procedimento. I Giudici legano questo requisito alla presenza di valutazione nel merito dell'addebito rivolto all'imputato.

¹⁵⁴ Corte di giustizia, 5 giugno 2014, C-398/12, *M*. In questa vicenda un cittadino italiano residente in Belgio, il signor M., veniva sottoposto ad indagini a seguito delle denunce sporte dalla signora Q. All'esito dell'attività istruttoria, era emessa una sentenza di non luogo a procedere per insufficienza di prove, confermata dalla *Cour de cassation* ed è dunque passata in giudicato. Nel frattempo, a seguito di un'altra denuncia da parte della signora Q. per gli stessi fatti sporta, questa volta dinnanzi le autorità italiane, il g.u.p. del Tribunale di Fermo rinviava a giudizio il signor M. Questi, in udienza, ha richiamato la sentenza del giudice belga, invocando l'applicazione del *ne bis in idem*. Il Tribunale di Fermo ha quindi rivolto il seguente quesito pregiudiziale alla corte: «Se una sentenza definitiva di non luogo a procedere che sia stata emessa [dal giudice di] un paese dell'Unione europea che aderisce alla CAAS all'esito di un'ampia istruttoria svolta in sede di indagini nell'ambito di un procedimento che potrebbe essere riattivato in presenza di nuove prove abbia efficacia preclusiva all'apertura o alla celebrazione di un processo per i medesimi fatti e nei confronti della stessa persona in un altro Stato contraente».

¹⁵⁵ «Occorre pertanto constatare 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» (§ 30).

In forza di tali ragioni, concludeva la Corte, «l'articolo 54 della CAAS deve essere interpretato nel senso che una decisione di non luogo a procedere che osta, nello Stato contraente in cui tale decisione è stata emessa, a un nuovo procedimento penale per i medesimi fatti contro la stessa persona che ha beneficiato di detta decisione, salvo sopravvenienza di nuovi elementi a carico di quest'ultima, deve essere considerata una decisione che reca una sentenza definitiva, ai sensi di tale articolo, e che preclude pertanto un nuovo procedimento contro la stessa persona per i medesimi fatti in un altro Stato contraente» (§ 41).

Facendo applicazione dei principi ora enunciati dalla Corte nel nostro contesto, potremmo concludere che è possibile riaprire un procedimento in Italia anche se questo era stato precedentemente devoluto ad una giurisdizione estera, purché tuttavia in quest'ultima non sia stato emesso un provvedimento definitivo contenente una valutazione nel merito.

b) La concentrazione dei procedimenti in Italia.

Tornando al D. lgs. occorre, da ultimo, analizzare l'ipotesi speculare, ossia il caso in cui l'esercizio della giurisdizione venga devoluto all'Italia (art. 11, co. 1, D. lgs.).

In queste evenienze, il presofferto cautelare si computa ai fini dei termini di durata massima della custodia cautelare (art. 303, co. 4, c.p.p.) della loro sospensione (art. 304 c.p.p.)¹⁵⁶ e per il calcolo della pena espiata senza titolo (art. 657 c.p.p.)¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Su questo profilo, positivamente, il decreto legislativo ha fatto proprie le indicazioni della Corte costituzionale che con un duplice intervento aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 722 c.p.p. «nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare all'estero in conseguenza di una domanda di estradizione presentata dallo Stato sia computata anche agli effetti della durata dei termini di fase previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3, dello stesso codice» (sent. n. 253 del 8 luglio 2004) e dell'art. 303 co. 2 c.p.p. «nella parte in cui non consente di computare ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, comma 6, dello stesso codice, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito» (sent. n. 299 del 22 luglio 2005). Sul punto cfr. L. KALB, *Op. cit.*, p. 19, in ptc., *sub* nt. 51.

¹⁵⁷ Cfr. N. GALANTINI, *Diritti e conflitti di giurisdizione*, cit., p. 120 ss.

A tal proposito, bisogna interrogarsi sull'utilizzabilità in Italia del materiale probatorio raccolto all'estero.

Anche sotto tale profilo il D. lgs. è alquanto vago nella misura in cui dispone che «gli atti probatori compiuti all'estero mantengono efficacia e sono utilizzabili secondo la legge italiana» (art. 11, co. 1).

La norma non prende posizione su quali disposizioni codicistiche o a quale legge processuale sia necessario riferirsi: siamo al cospetto di un'applicazione “in bianco” del principio di conservazione degli atti probatori che ha prestato il fianco a diverse ipotesi ermeneutiche.

Da un lato, vi è chi¹⁵⁸, in linea con la Cassazione, ritiene che l'utilizzabilità del dato raccolto sia subordinata al rispetto dei divieti probatori interni e dei principi generali utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di rogatoria internazionale. In estrema sintesi, infatti, va applicata la *lex loci*, purché la prova non venga acquisita secondo modalità che contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento italiano e dunque con il diritto di difesa¹⁵⁹.

Secondo altro indirizzo ermeneutico¹⁶⁰, «gli “atti probatori” eventualmente compiuti all'estero mantengono la loro efficacia e possono essere utilizzati conformemente alle previsioni della legislazione nazionale, secondo una formulazione lessicale ampia, potenzialmente comprensiva di qualsiasi atto di rilievo sul piano della raccolta ed assunzione di elementi di prova e sostanzialmente non dissimile, nei suoi effetti, da quella adottata dal legislatore in tema di utilizzazione degli atti d'indagine compiuti all'estero dalla squadra investigativa comune (art. 6, comma 3, d. lg. 15 febbraio 2016, n. 34)»¹⁶¹.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Il riferimento è a Cass pen., Sez. VI, 1° dicembre 2010, n. 44488, in *C.E.D. Cass.*, n. 248963. L'A., peraltro, rileva come all'indirizzo giurisprudenziale citato, se ne associ un altro meno garantista che dà la stura ad un'interpretazione restrittiva dell'art 78 *disp. att.* c.p.p. Il riferimento è, tra le altre, a Cass. pen., Sez. I, 22 gennaio 2009, n. 2167, in *C.E.D. Cass.*, n. 243796; Cass. pen., Sez. VI, 30 gennaio 2003, n. 13619, in *C.E.D. Cass.*, n. 231312.

¹⁶⁰ Cfr. G. DE AMICIS, *Op. ult. cit.*, p. 3040 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda, G. M. BACCARI, *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, cit., p. 709.

¹⁶¹ Tale norma prevede che «nei casi previsti dal presente decreto, gli atti compiuti all'estero dalla squadra investigativa comune hanno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di procedura penale e sono utilizzabili secondo la legge

Tale norma dispone che «gli atti compiuti all'estero dalla squadra investigativa comune hanno la stessa efficacia degli atti corrispondenti compiuti secondo le disposizioni del codice di procedura penale e sono utilizzabili secondo la legge italiana». Questa formulazione ricalca quella del D. lgs. 29 del 2016¹⁶².

Il primo indirizzo, come peraltro autorevolmente rilevato¹⁶³, sconta il limite di un'interpretazione del Giudice di legittimità caratterizzata da luci e ombre che dunque non brilla per uniformità ma, soprattutto, non sempre è attenta ai diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Di contro, la seconda impostazione ha il pregio di focalizzarsi su uno strumento, quello delle squadre investigative comuni, che si fonda, come la Decisione quadro del 2009, su una stretta collaborazione tra Stati.

Va, inoltre, osservato come all'interno del codice di rito con il D. lgs. 3 ottobre 2017, n. 149 sia stato aggiunto al libro XI, tra gli altri, il Titolo IV *bis* riguardante il trasferimento dei procedimenti penali.

Al suo interno, vi è una disposizione, l'art. 746 *ter*¹⁶⁴ che, nel disciplinare l'acquisizione dei procedimenti da Stati esteri (c.d. trasferimento *passivo*) con i quali l'Italia abbia stipulato una Convenzione, rileva come «gli atti di acquisizione probatoria compiuti all'estero conservano la loro efficacia e sono

italiana». Per un'analisi del D. lgs. 34 del 2016, cfr., G. DE AMICIS, *Le squadre investigative comuni*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, cit. p. 811 ss.

¹⁶² Ciò, probabilmente, è frutto anche dell'unicità del contesto legislativo in cui i due decreti sono stati approvati: entrambi il 15 febbraio 2016.

¹⁶³ Cfr. N. GALANTINI, *Op. ult. cit.*, p. 121.

¹⁶⁴ Tale disposizione fa parte del titolo IV *bis* introdotto con il d.lgs. 149 del 3 ottobre 2017. Questo titolo rappresenta una novità assoluta nel codice di rito italiano, in quanto va a regolamentare il trasferimento dei procedimenti penali ad altra (attivo) o da altra (passivo) giurisdizione, istituto che non era regolato né dal codice del 1913 né da quello del 1930. Anche il codice del 1988, nonostante la presenza di Convenzioni internazionali che avevano già regolato le materie – come la Convenzione di Strasburgo del 1972 –, era stato licenziato senza alcuna disposizione specifica a riguardo. Per un'analisi puntuale delle novità introdotte sul punto dalla novella legislativa, cfr. E. SELVAGGI, *Il trasferimento dei procedimenti penali*, sub *capo II*, cit., p. 169 ss. Sulla riforma cfr., inoltre, C. M. PAOLUCCI, *Trasferimento dei procedimenti penali*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. p. 357; L. KALB, *Procedimenti paralleli e giurisdizione concordata: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio giudiziario europeo e in quello internazionale)*, cit.; N. GALANTINI, *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2018, p. 595 ss.

utilizzabili secondo la legge italiana, sempre che non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento» (co. 7)¹⁶⁵.

A tal proposito è stato affermato che gli atti probatori raccolti all'estero – fatta eccezione per quegli illeciti che il nostro codice di rito reputa inammissibili e, dunque, inutilizzabili – conservano la loro efficacia e «non devono, insomma, essere valutati alla luce delle norme relative alla nullità degli atti così come disciplinata dal codice di procedura»¹⁶⁶.

La disposizione da ultimo citata, insistendo nel medesimo ambito – quello della concentrazione in Italia dei procedimenti penali – dell'art. 11, co. 1, potrebbe orientare l'interpretazione di quest'ultima norma.

In tale prospettiva, trovandoci nel contesto della cooperazione giudiziaria europea, occorre, da un lato, far salve le ragioni del mutuo riconoscimento e, dall'altro, garantire i diritti di difesa¹⁶⁷.

L'interpretazione dell'art. 11, co. 1 deve dunque essere tale da consentire il più ampio accesso al materiale probatorio formato all'estero, in ossequio della logica della mutua fiducia intercorrente tra gli Stati membri. In questo senso, il dato allogeno non dovrà rispettare pedissequamente tutti i requisiti previsti dal nostro regime probatorio: sarebbe questa un'impostazione contraria al mutuo riconoscimento.

Allo stesso tempo, il giudice interno avrà, però, l'onere di valutare se la prova rispetti quei principi fondamentali che sovrintendono alla disciplina delle prove prevista dal nostro codice di rito.

Il riferimento è, tra gli altri, alla tutela del principio di autodeterminazione (art. 188 c.p.p.) e della libertà morale del soggetto (art. 189 c.p.p.) nonché, più, in

¹⁶⁵ Il comma 7 dell'art. 746 *ter*, peraltro, proietta nel testo codicistico il citato orientamento di legittimità che in materia di rogatorie impone il rispetto dei diritti fondamentali del nostro ordinamento.

¹⁶⁶ E. SELVAGGI, *Op. ult. cit.*, p. 155.

¹⁶⁷ Pur nella consapevolezza dell'assoluta necessità di favorire la libera circolazione della prova penale nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, non si può prescindere dal rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento nonché dall'osservanza di alcune regole cardine in materia di raccolta e formazione della prova, con particolare riferimento a quelle volte a tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel procedimento penale. In termini, A. MARANDOLA, *La cooperazione investigativa transazionale: le squadre investigative comuni*, in *Il Penalista*, 20 aprile 2016, p. 6.

generale di quello che è stato autorevolmente definito il «diritto di difendersi provando»¹⁶⁸.

In estrema sintesi, dunque, sarà compito del giudice bilanciare le ragioni dell'autorità – che indurrebbero ad utilizzare tutte le prove raccolte all'estero – e quelle dell'individuo, le quali richiedono un uso del materiale probatorio “condizionato” al rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carte e, in particolare, dell'inviolabile diritto di difesa (artt. 24 Cost. e 48 CDFUE).

Nel caso di trasferimento del processo in Italia, si tratterebbe, per lo più, di prove autonomamente formate all'estero, per cui la “legge italiana” (ex art. 11, co. 1) potrebbe individuarsi nell'articolo 78 disp. att. del nostro codice di rito¹⁶⁹ il quale fa, a sua volta, rimando all'articolo 238 c.p.p.¹⁷⁰.

In questa prospettiva, al fine di non replicare gli indirizzi giurisprudenziali formati in ambito di rogatorie¹⁷¹, sarebbe da accogliere con favore l'impostazione seguita da autorevole dottrina nel caso di atti probatori formati

¹⁶⁸ La celebre espressione, il cui portato assiologico ha informato il libro terzo del codice di procedura penale del 1988, è di G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3 ss. Sul punto, cfr. inoltre, M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989, p. 121 ss.

¹⁶⁹ Ai sensi di questa disposizione, «1. La documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'articolo 238 del codice. 2. Gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo per il dibattimento se le parti vi consentono ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio».

¹⁷⁰ Secondo quanto disposto da questa disposizione, «1. È ammessa l'acquisizione di verbali di prove di altro procedimento penale se si tratta di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento. 2. È ammessa l'acquisizione di verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata. 2-bis. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati contro l'imputato soltanto se il suo difensore ha partecipato all'assunzione della prova o se nei suoi confronti fa stato la sentenza civile. 3. È comunque ammessa l'acquisizione della documentazione di atti che non sono ripetibili. Se la ripetizione dell'atto è divenuta impossibile per fatti o circostanze sopravvenuti, l'acquisizione è ammessa se si tratta di fatti o circostanze imprevedibili. 4. Al di fuori dei casi previsti dai commi 1, 2, 2-bis e 3, i verbali di dichiarazioni possono essere utilizzati nel dibattimento soltanto nei confronti dell'imputato che vi consenta; in mancanza di consenso, detti verbali possono essere utilizzati per le contestazioni previste dagli articoli 500 e 503. 5. Salvo quanto previsto dall'articolo 190-bis, resta fermo il diritto delle parti di ottenere a norma dell'articolo 190 l'esame delle persone le cui dichiarazioni sono state acquisite a norma dei commi 1, 2, 2-bis e 4 del presente articolo».

¹⁷¹ Come osservato sopra, infatti, nell'ambito delle rogatorie si possono isolare due indirizzi, l'uno garantista, l'altro, invece, meno rispettoso delle garanzie difensive. Cfr., sul punto, N. GALANTINI, *Op. ult. cit.*, p. 120.

all'estero da acquisire tramite l'OEI¹⁷² e interpretare il disposto dell'art. 238 c.p.p. alla luce del principio di proporzionalità¹⁷³, criterio in grado di bilanciare le esigenze di *law enforcement* ed il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalle Carte dei diritti.

Tale impostazione farebbe salvo anche il principio del mutuo riconoscimento: questo, infatti, per non essere "cieco" deve garantire il rispetto dei diritti dei soggetti coinvolti nelle dinamiche della cooperazione che, dunque, si pone quale limite invalicabile alla mutua fiducia¹⁷⁴.

Accedere a questa esegesi dell'art. 11, co. 1 consentirebbe, perciò, di tenere nella giusta considerazione i diritti dei soggetti coinvolti dalle procedure di cooperazione che il Decreto, sulla falsariga della Decisione, sembra aver dimenticato.

Ad uno sguardo conclusivo, si può osservare come il decreto, avendo trasposto fedelmente la Decisione del 2009, abbia parimenti assorbito anche i suoi aspetti negativi.

In sede di trasposizione ci si sarebbe potuti aspettare una maggiore attenzione del legislatore nazionale verso i temi dei diritti difensivi e del giudice precostituito.

¹⁷² Il decreto che ha dato attuazione alla Direttiva 41 del 2014 (d. lgs. 108 del 2017) non ha previsto alcuna regola di esclusione per queste tipologie di atti.

¹⁷³ Come è stato evidenziato, «di qui l'utilizzabilità delle prove alla condizione che le misure istruttorie impiegate fossero conformi alla *lex loci*, risultassero strettamente necessarie e non avessero completamente svuotato i diritti garantiti dalla carta di Nizza, dalla CEDU e della Costituzione». In termini, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in (a cura di) M. DANIELE – R. E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 196. In ordine al principio di proporzionalità nella dinamica dell'OEI cfr., per tutti, ID., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in (a cura di) M. DANIELE – R. E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 56 ss. Sullo statuto epistemologico del principio di proporzionalità in ambito processual-penale cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.

¹⁷⁴ Una cartina al tornasole è costituita, in questa prospettiva, dall'art. 696 *ter* del nostro codice di rito a detta del quale «L'autorità giudiziaria provvede al riconoscimento e all'esecuzione se non sussistono fondate ragioni per ritenere che l'imputato o il condannato verrà sottoposto ad atti che configurano una *grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona* riconosciuti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Corsivo nostro. Sul punto si rimanda all'analisi svolta da A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento (sub art. 696-ter c.p.p.)*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 23 ss. (in ptc. pp. 26-27).

In ordine al primo profilo, il mancato coinvolgimento dell'indagato nelle procedure rappresenta l'aspetto più critico¹⁷⁵: l'interlocuzione con l'autorità procedente, oltre a tutelare la sua sfera giuridica, avrebbe potuto garantire un apporto di informazioni magari utili alla determinazione del foro.

Per ciò che concerne il principio del giudice naturale, il decreto legislativo, in forza dell'art. 25 della Costituzione, avrebbe dovuto prendere una posizione più netta sui criteri che sovrintendono alla scelta della giurisdizione.

Detto altrimenti, si sarebbe potuti procedere ad una trasposizione del testo europeo *rights oriented*.

A ben vedere, però, parte delle criticità del decreto legislativo sono il portato della Decisione quadro: la legge di trasposizione difficilmente avrebbe potuto sanare i profili problematici che contraddistinguono, a monte, il testo europeo. Questo, come si darà conto nel proseguito della trattazione¹⁷⁶, affinché risulti compatibile con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza richiederebbe infatti l'intervento "riparatore" del legislatore comunitario, o quanto meno, della giurisprudenza di Lussemburgo.

7. Anatomia del "conflitto".

Nella trattazione sin qui compiuta, si è partiti dal concetto di giurisdizione (Cap. 1, § 1) per poi passare in rassegna l'evoluzione del diritto europeo (Cap. 1, §§ 2-3) e la normativa di settore (Cap. 1, §§ 4-5), seguendo la diacronia della legislazione europea e nazionale.

Tracciato il panorama normativo all'interno del quale ci si muove, appare meritevole di attenzione – prima di affrontare l'analisi dei *principi* – l'approfondimento di due aspetti funzionali alla nostra prospettiva di ricerca.

Anzitutto, occorre delimitare il perimetro e specificare il contenuto della nozione di conflitto.

¹⁷⁵ Nello stesso senso, G. M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, cit., p. 998.

¹⁷⁶ Cfr., *infra*, sub Cap. 3.

In secondo luogo, bisogna interrogarsi sulle modalità operative per risolvere, a livello transnazionale, le situazioni conflittuali. È opportuno che siano gli Stati a trovare una soluzione a queste o, invece, sarebbe auspicabile l'intervento di un'autorità terza?

In ordine al primo profilo, come ogni analisi, è bene partire dalle radici che il termine conflitto trova nella composizione di due vocaboli: *cum* (con, insieme) e *fligere* (sbattere, urtare). La stessa etimologia, dunque, presuppone l'esistenza di *almeno* due parti, oggettive o soggettive, che realizzino le medesime azioni ma in direzione opposta.

Se proiettiamo il contenuto del termine nel panorama giuridico – e, più in particolare, nell'ambito della giurisdizione – il conflitto di giurisdizione o, meglio, *tra giurisdizioni*, può assumere due significati speculari.

Nella sua accezione negativa, esso descrive l'ipotesi per la quale due (o più) Stati si rifiutano di perseguire una condotta criminosa: detto altrimenti, le competenti autorità nazionali ritengono che l'accertamento e la repressione di un determinato reato esulino dalle loro competenze.

Nella sua accezione positiva, esso indica la situazione di fatto in cui due o più Stati rivendicano contemporaneamente la legittimazione esclusiva dell'azione repressiva (ossia la giurisdizione) per un medesimo fatto nei confronti della medesima persona, negando, dunque, implicitamente quella degli altri Paesi¹⁷⁷. Il conflitto si risolve, dunque, in una situazione di litispendenza internazionale. Questa è infatti caratterizzata dalla presenza alternativa di conflitti *astratti* o *concreti* di giurisdizione.

Mentre i primi sono potenziali, in quanto gli Stati non hanno ancora adottato azioni uguali e contrarie, i secondi individuano, invece, quei casi in cui due Stati abbiano esercitato la loro potestà punitiva¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Come è stato acutamente rilevato, il conflitto di giurisdizione trova la sua origine «nell'applicazione esterna ed interna del principio di territorialità». In termini, C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione*, cit., p. 247 ss. In altri termini, «*in criminal matters this would mean that at least two Member States gave established jurisdiction to prosecute*». Così M. WASMEIER, *The legal basis for preventing and resolving conflict of criminal jurisdiction in the TFEU*, cit., p. 108.

¹⁷⁸ Disciplinare e prevenire i conflitti astratti, come è stato evidenziato, risolverebbe alla radice il problema, più annoso, dei conflitti concreti. Sul punto, cfr. C. AMALFITANO, *Op. ult. cit.*, pp. 270 e 290 ss., ma anche *retro*, § 3, in ptc. *sub* ntt. 63-66.

In quest'ultima ipotesi – e con ciò passando al secondo aspetto – le soluzioni per risolvere il contrasto possono essere due: trovare un accordo in via negoziale oppure rivolgersi ad un arbitro.

Come osservato in precedenza, la Decisione prevede il ricorso ad entrambi i rimedi, individuando un “ologramma” di arbitro in Eurojust. Detto altrimenti, contravvenendo al suo stesso significato, la Decisione sceglie di non decidere.

Del resto, è facile osservare come siamo al cospetto di alternative non facilmente risolvibili.

La prima – ossia la ricerca di un compromesso – è caratterizzata da un alto tasso di discrezionalità: gli Stati, difatti, tradizionalmente gelosi della propria sovranità repressiva, potrebbero anteporre le ragioni politiche – non sindacabili, né giustiziabili – a quelle giuridiche.

Così facendo, gli interessi nazionali potrebbero prendere il sopravvento sulla tutela dei soggetti coinvolti nella situazione di conflitto, che verrebbero relegati in secondo piano.

In questa prospettiva, il dovere di leale collaborazione tra gli Stati europei potrebbe rappresentare un argine ai rischi sottesi ad una tale opzione e indurre gli attori in conflitto a tener conto dell'insieme degli interessi meritevoli di tutela nel caso di specie.

Di contro, l'individuazione di un arbitro risponde ad un'esigenza di certezza in quanto favorirebbe il raggiungimento di una decisione vincolante per gli Stati che, scevra da ragioni politiche, sarebbe – o dovrebbe essere – il frutto di criteri predeterminati che tengano in considerazione tanto gli interessi nazionali, quanto i diritti individuali.

Se poniamo attenzione al nostro codice di rito, il legislatore ha optato per la seconda tra le strade intraprese, affidando la risoluzione dei conflitti di giurisdizione – che si hanno quando «uno o più giudici ordinari e uno o più giudici speciali contemporaneamente prendono o ricusano di prendere

cognizione del medesimo fatto attribuito alla stessa persona» (art. 28, co. 1, *lett. a*), c.p.p.) – all’organo di vertice, la Corte di Cassazione (art. 32 c.p.p.)¹⁷⁹.

La finalità della disciplina dei conflitti è quella di prevenire possibili violazioni del principio del *ne bis in idem*, consacrato all’art. 649 c.p.p.¹⁸⁰: come si evince dal ricorso alla medesima locuzione, le due norme (artt. 28 e 649 c.p.p.) hanno, infatti, lo stesso ambito di applicazione oggettivo, individuato nel “medesimo fatto attribuito alla stessa persona”.

Aver affidato ad un organo giurisdizionale di vertice la risoluzione dei conflitti di giurisdizione dice, anzitutto, della delicatezza della scelta che presiede alla tutela di diverse garanzie costituzionali – tra le quali, *in primis*, quelle difensive – conferendole, peraltro, il crisma della *definitività*.

Se ci spostiamo dal panorama nazionale a quello europeo, il quadro si presenta composito.

Da un lato, abbiamo la Decisione 2009/948/GAI che, come visto, non obbliga gli Stati al raggiungimento di una soluzione e consente loro, in caso di mancato accordo, di rivolgersi ad Eurojust, il quale riveste soltanto il ruolo di “mediatore privilegiato”¹⁸¹.

Dall’altro, nel Regolamento UE che disciplina l’Eppo (2017/1939) troviamo una norma che riprende il modello nazionale. Il riferimento è all’art. 42 del Regolamento 2017/1939, il quale dispone l’intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia, tra gli altri, sull’interpretazione degli articoli 22 e 25 – riguardanti la competenza materiale (*rectius*, le competenze) della Procura

¹⁷⁹ Nell’ottica interna, la dottrina ha individuato il conflitto «nella contrapposizione di due o più organi giudiziari, ordinari o speciali, ciascuno dei quali afferma la propria legittimazione a decidere sulla stessa *regiudicanda* e nei confronti dello stesso soggetto, ovvero rifiuta reciprocamente tale legittimazione». In questi termini, G. M. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, in (a cura di) G. UBERTIS – G. P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 451.

¹⁸⁰ In questo senso, Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, in *C.E.D. Cass.*, n. 231800. Sul punto, cfr. *Ivi*, p. 460.

¹⁸¹ Così G. DE AMICIS – G. SANTALUCIA, *La vocazione giudiziaria dell’Eurojust tra spinte sovranazionali e timidezze interne*, in *Cass. pen.*, 11/2011, p. 2971.

europea e le sue modalità di esercizio – in caso di conflitto c.d. *verticale*, ossia tra l'Eppo e le autorità nazionali¹⁸².

Questa disposizione, per la prima volta nel panorama penale europeo, attribuisce alla Corte di giustizia il ruolo di “Regolatrice della competenza”, ruolo che a nostro avviso potrebbe estendersi ad altri settori.

La Corte è posta, analogamente alla nostra Cassazione, in posizione verticistica e di terzietà, motivo per cui le decisioni assunte sul rinvio pregiudiziale non sono impugnabili¹⁸³. Anzi vi è l'obbligo, giuridicamente sanzionato, per gli Stati di darvi corso.

Diversamente, Eurojust, nella sua conformazione attuale, gode sì di una posizione di terzietà rispetto agli Stati membri¹⁸⁴ ma risulta privo di poteri coercitivi: le sue decisioni possono, al più, essere considerate alla stregua di “pareri vincolanti” non avendo gli Stati l'obbligo di darvi attuazione.

Rispetto a questo profilo, nella Decisione quadro istitutiva, così come modificata con la Decisione quadro 2009/426/GAI, l'art. 7, § 2 qualificava espressamente come non vincolante il parere scritto espresso da Eurojust in ordine alla risoluzione di un conflitto di giurisdizione.

Questa disposizione è stata sostituita dall'art. 4, §§ 4-6 del Regolamento UE 2018/1727 che abroga e sostituisce la Decisione quadro 2002/187/GAI, la quale aveva istituito Eurojust.

Nel testo oggi vigente, si prevede che, qualora tra due o più Stati non vi sia accordo su chi debba avviare una indagine o esercitare l'azione penale, Eurojust formuli un parere scritto (art. 4, § 4) il quale deve essere eseguito dagli Stati, a meno che l'accordo proposto non «leda interessi essenziali di sicurezza nazionale o comprometta il successo di un'indagine in corso o la sicurezza di una persona» (art. 4, § 6).

¹⁸² Cfr., *infra*, sub Cap. 3, § 3, lett. c).

¹⁸³ Diversamente dalla nostra Corte di Cassazione però, la Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, non è chiamata a pronunciarsi avverso l'impugnazione di un atto ma a fornire una risposta giuridicamente vincolante in ordine ai quesiti posti mediante il rinvio pregiudiziale.

¹⁸⁴ I suoi componenti sono infatti magistrati dei diversi Paesi (art. 7, § 4 Reg. cit.) ma non rispondono a questi del loro operato.

Da un confronto tra i due articolati, possiamo osservare che il parere non sia più espressamente qualificato come non vincolante. Anzi, leggendo il § 4, sembrerebbe che lo stesso sia divenuto cogente per gli Stati destinatari. Sennonché, la “clausola aperta” contenuta al § 6 vanifica questa impressione: il riferimento agli interessi nazionali, alla sicurezza di una persona ed al successo di un’indagine lascia agli Stati un ampio margine di manovra nel decidere se dar corso o meno alle indicazioni contenute nel parere.

In questo senso, sebbene sia innegabile il passo in avanti rispetto alla formulazione originaria, siamo ben lontani dall’individuare in Eurojust un’istituzione in grado di emettere una decisione vincolante.

L’urgenza di individuare un organo risolutore e non soltanto mediatore è confermata dall’avvento di Eppo il quale se, da un lato, offre certamente qualche spunto che potrebbe essere replicato nel Regolamento di Eurojust, dall’altro, accresce l’incidenza potenziale dei conflitti di giurisdizione. Difatti ai conflitti orizzontali – tra due o più Stati membri – si affiancano i conflitti verticali tra l’Eppo e le autorità giurisdizionali nazionali, per non far menzione dei conflitti tra gli stessi Procuratori europei delegati che, sebbene debbano essere risolti internamente ad Eppo, sono in grado di generare notevoli effetti negativi alle garanzie difensive.

Riservandoci di approfondire questo primo approdo nei capitoli successivi¹⁸⁵, è bene ora passare all’analisi dei principi.

Uno scenario così composito necessita infatti punti fermi con i quali orientarsi. Per questo motivo si passeranno ora in rassegna i principi che entrano in gioco nella dinamica dei conflitti di giurisdizione e, sulla scorta di questi, si opererà nel capitolo 3 un raffronto della Decisione quadro del 2009 con altre normative di settore che regolano autonomamente le eventualità del conflitto.

¹⁸⁵ Cfr., *infra*, *sub* Cap. 3 e Conclusioni.

CAPITOLO 2.

Le coordinate ermeneutiche.

Nel capitolo precedente si è tracciato il quadro normativo all'interno del quale il legislatore eurounitario e quello nazionale hanno collocato la tematica dei conflitti di giurisdizione.

Si è puntualizzato, a più riprese, come si tratti di una normativa lacunosa che, oltre a peccare di effettività nella pratica, causa molteplici lesioni ai diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle dinamiche processuali caratterizzate da elementi di transnazionalità.

Per tentare di limitare tali *vulnera* è opportuno passare dal piano delle *regole* a quello dei *principi*¹. Questi, infatti, possono rappresentare, tanto delle “bussole” per orientarsi nello scenario magmatico dei conflitti di giurisdizione, quanto delle “chiavi di volta” che consentono in sede pretoria di dirimere anche le vicende più complesse e giungere ad una soluzione *rights oriented*.

In questo capitolo ci si concentrerà proprio su quest'ultimo profilo, cercando di esaminare più nel dettaglio quei principi che vengono in gioco nell'ambito dei conflitti di giurisdizione.

1. La metamorfosi dei principi fondamentali tra diritto interno e diritto europeo.

Come è stato autorevolmente notato², il diritto europeo è un diritto che si fonda essenzialmente sui principi, essendo le norme scritte (regolamenti,

¹ Sulla nota distinzione tra regole e principi, si rimanda a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010, p. 48 ss.; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna, 2012, p. 101 ss. Nella prospettiva processual-penalistica cfr. R. E. KOSTORIS, *Un diritto postmoderno*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, p. 229 (in ptc., sub nt. 44); ID., *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. DANIELE – R. E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 3.

² Sul diritto europeo quale «diritto che si innerva soprattutto in principi» cfr. P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari, 2015, p. 75. Sulla prevalenza dei principi sulle regole nel contesto europeo, cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, p. 6 e 158 ss.; R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico*

direttive, ecc.) il frutto di compromessi politici – a volte al ribasso – generalmente carenti in punto di determinatezza³.

Dunque, è la stessa morfologia del diritto dell’Unione che ci suggerisce di affrontare il tema dei conflitti di giurisdizione attraverso l’analisi dei principi. Tale analisi deve però essere condotta sulla base di una premessa metodologica che muove dal modo di essere di questo diritto: nel presente studio è opportuno focalizzare l’attenzione soprattutto sul significato che ad alcuni di essi è stato attribuito dalle Corti supreme, *in primis* Corte di giustizia, Corte Edu e, per l’Italia, Corte costituzionale. È, infatti, nel dialogo tra queste Corti⁴ che oggi vive il diritto “pos-moderno”⁵.

Per tale motivo, comprendere la portata di un principio fondamentale obbliga lo studioso ad allargare lo sguardo alla giurisprudenza. D’altro canto – ed è questo il secondo elemento che caratterizza lo scenario giuridico dell’Unione – il diritto europeo è prevalentemente un diritto giurisprudenziale.

Questa conformazione ha effetti evidenti nella materia penale, dove si assiste ad un mutamento del sistema delle fonti e del ruolo del giudice e, quindi, soprattutto, in ordine al principio di legalità.

postmoderno, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2015, p. 1202; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-Demalsiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2014, p. 1103.

³ Dovendosi adattare ad ordinamenti diversi – per cultura giuridica ed architettura costituzionale – la legislazione europea deve necessariamente esprimersi per principi che poi dovranno essere declinati in regole conformi alla legislazione di ciascun Stato membro.

⁴ Sul punto cfr., per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011; M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 133 ss.; ID., *Quel che resta del dialogo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2018, p. 1917 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Intesentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 9 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012; R. COSIO – R. FOGLIA, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Giuffrè, Milano, 2013; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *ArchivioDPC*, 14 luglio 2014, p. 1 ss.; A. BERNARDI – C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Tarico e il dialogo tra le corti*, Jovene, Napoli, 2017; C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. pen. on. line*, 4 febbraio 2019, p. 1 ss.; P. GAETA, *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in *www.giustiziasieme.it*, 17 ottobre 2019.

⁵ Sul contenuto assiologico di questa nuova fisionomia del diritto cfr. P. GROSSI, *A proposito de il diritto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/2020, p. 1 ss.; ma già ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari, 2015 (in pct. *Il diritto in Italia, oggi; tra modernità e pos-modernità*, *Ivi*, pp. 3-32); ma anche ID., *L’invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017, p. 90 ss.

Per ciò che concerne il primo profilo, il sistema piramidale di matrice kelseniana ha ceduto il passo al sistema reticolare. L'avvento della Convenzione europea prima e, successivamente, della legislazione comunitaria (Carta di Nizza, Trattati, regolamenti, decisioni) ha compromesso in modo consistente l'architettura piramidale tipica degli ordinamenti giuridici nazionali – fondata su un modello gerarchico con al vertice la Norma fondamentale – sostituendola con un sistema “a rete”, dove i diritti fondamentali sono tutelati dalle diverse Carte, cui tanto il legislatore nazionale in sede di normazione, quanto il giudice in sede di decisione, devono attenersi⁶.

Ed è proprio la figura del giudice ad aver subito, forse, la mutazione più profonda: se fino alla metà del secolo scorso, egli poteva certamente giovare di una sorta di “riserva di codice”, che trovava nel Parlamento il suo artefice e nella Costituzione la sua nutrice, da qualche decennio ormai il magistrato non può più fare affidamento sul solo diritto nazionale⁷. Egli, invece, ha dovuto allargare il suo sguardo anche alle decisioni di Lussemburgo e Strasburgo, nuovi centri di produzione di un diritto, la cui rilevanza è sempre maggiore.

Con una felice sintesi, è stato osservato come il giudice non sia più «mero corifeo ma *deuteragonista del legislatore*, un “rapsodo” o forse un *bricoleur*, che deve procedere a sovrapposizioni, intarsi e *découpage* della “disposizione” per trarne la “norma”, frutto di un *work in progress* sempre più distante dalla “mineralogia” del *Tatbestand*»⁸.

⁶ È in questa prospettiva che può leggersi il novellato art. 117, co. 1, Cost. che impone l'obbligo di conformazione della legislazione nazionale e regionale a quella europea.

⁷ Il progressivo venir meno della riserva di codice è un fenomeno che la dottrina individua già negli anni '60 e che a partire dal decennio successivo ha assunto una direzione irreversibile. Per un quadro di sintesi sulle cause della crisi della concezione classica del principio di legalità – *in primis*, la globalizzazione del diritto e lo sviluppo delle dottrine giusfilosofiche – cfr. M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 35 ss. (e la dottrina ivi citata, in ptc. *sub* ntt. 70-77-96). Sul punto, stante la vastissima bibliografia, si rimanda, per tutti, a AA. VV., *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Tomo I, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 36/2007; G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 167 ss.; M. VOGLIOTTI, *Legalità* (voce), in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, p. 371 ss. (in ptc. pp. 374-376).

⁸ In questi termini, V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Cass. pen.*, 6/2018, p. 2224. Più diffusamente in ID., *Il giudice nel labirinto del labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., 2012. Sul punto cfr. inoltre, M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *ArchivioDPC*, 2 novembre

Un giudice, dunque, che non è più mera bocca della legge perfetta e infallibile di matrice illuminista, ma si eleva a “co-legislatore”⁹.

Se ciò per la penalistica interna rappresenta un *vulnus* al principio di legalità penale¹⁰ – *sub specie* della riserva di legge *parlamentare* – la caratterizzazione del diritto europeo come un *common law sui generis*¹¹, che dunque vive e si forma non (solo) nelle aule parlamentari, ma attraverso l’operato delle Corti¹², è però un dato assolutamente pacifico sia nella piccola che nella grande Europa.

Questo non è il luogo per esaminare la crisi del principio di legalità novecentesco¹³, tuttavia, è opportuno focalizzarsi per un momento sugli effetti che tali mutazioni hanno avuto sul processo penale.

Quest’ultimo, già sul finire del secolo scorso¹⁴, ha infatti subito importanti rivolgimenti soprattutto grazie allo strumento ermeneutico che l’avvento dell’Unione europea ha fornito al giudice comune: l’interpretazione conforme¹⁵.

2016; ID., *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44/2015, pp. 131-181; ancora prima, ID., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁹ Sul punto cfr. R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, cit., p. 169.

¹⁰ La bibliografia sul punto è notevole. Cfr., per tutti, M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit.; F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 7-8/2016, p. 2695 ss.

¹¹ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, cit., p. 133; A. KLIP, *Op. cit.*, p. 10 ss.

¹² Sulla mutazione del principio di legalità anche alla luce del diritto europeo, a M. VOGLIOTTI, *Legalità*, (cit.), p. 371 ss. (in ptc., *La legalità europea*, Ivi, p. 410 ss.)

¹³ Sulla quale si rimanda, oltre all’A. da ultimo citato, anche a P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Bari, 2012.

¹⁴ Il riferimento è al “*turning point*” rappresentato dal Trattato di Maastricht che ha trovato successivamente compimento nelle modifiche operate dal Trattato di Amsterdam. Sul punto cfr. *supra*, sub Cap. 1, § 2.

¹⁵ Su questa cfr., per tutti, A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell’Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 230 ss. La prima dirompente epifania dell’interpretazione conforme in materia penale si è avuta nel noto caso *Pupino* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 16 giugno 2005, C- 105/03, *Pupino*), su cui cfr. S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in (a cura di) F. SGUBBI – V. MANES, *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bonomia University Press, Bologna, 2007, p. 53 ss. Cfr., inoltre, *funditus*, *supra*, sub Cap. 1, § 2. Per completezza, va precisato come lo strumento dell’interpretazione conforme è applicabile anche nel contesto convenzionale, dove, però, il giudice ordinario, nel caso in cui sia impossibile una interpretazione “convenzionalmente” conforme, non può procedere alla disapplicazione ma, seguendo l’insegnamento delle c.d. “sentenze gemelle” (Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007), deve rivolgersi alla Consulta. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*

Come è stato osservato, l'obbligo di interpretare la norma interna in conformità a quella europea «assume un'importante funzione “promozionale”, presentandosi come veicolo di “omogeneizzazione culturale” (...) che rende lo stesso giudice ordinario “creatore di norme”»¹⁶.

Questa ibridazione tra regole (per lo più nazionali) e principi (nazionali, ma anche sempre più europei) conduce ad una metamorfosi tanto di questi ultimi, quanto dei diritti fondamentali e, di conseguenza, delle disposizioni che vi danno attuazione.

Tale effetto, a ben vedere, è inoltre funzionale al rafforzamento della fiducia reciproca, presupposto indefettibile per una cooperazione giudiziaria efficiente¹⁷.

L'uso dell'interpretazione conforme, quale strumento di ermeneutica applicativa delle norme interne, porta, infatti, i giudici a rifarsi ad un *milieu* di criteri comuni europei in grado di favorire una sorta di “armonizzazione giudiziaria” del settore penale: nel momento in cui bisognerà avvalersi di un “prodotto” giudiziario proveniente da un altro Stato membro, sarà più agevole utilizzarlo se è stato formato nel rispetto di una costellazione di principi generali condivisi¹⁸.

La centralità che questi ultimi hanno assunto a livello europeo si palesa funzionale sia alla protezione che all'implementazione dei diritti

per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali, cit., p. 152 ss. Per una panoramica generale, cfr. V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁶ R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, *Op. cit.*, p. 178.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ A tal proposito il caso dell'OEI è illuminante. La direttiva 2014/41/UE, come osservato da autorevole dottrina, è «uno strumento tipicamente europeo e tipicamente postmoderno perché, aprendosi a un diritto costruito per principi, si affida ampiamente all'elaborazione creativa, ai bilanciamenti tra valori coinvolti in relazione alle esigenze del caso concreto e al conseguente impiego di una logica argomentativa e di una razionalità materiale, che lo allontanano marcatamente dai rigidi schemi codicistici. Esso segna in termini forse sinora mai percepiti in modo così tangibile nei rapporti tra diritto interno e diritto europeo il passaggio da una legalità a carattere eminentemente “normativo”, dove conta la «corrispondenza» dell'azione alla legge, a una legalità di tipo “giudiziale” dove conta invece (anche) la «conformità dell'azione allo scopo». In questi termini, R. E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. DANIELE – R. E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 3 ss.

fondamentali¹⁹, i quali, infatti, beneficiano della *cross-fertilization* risultante dall'incrocio delle Carte fondamentali ma soprattutto del *case law* delle Corti supreme²⁰.

Tale ultimo fenomeno ha, però, condotto ad un ruolo sempre più complesso per il giudice. Come precisato pocanzi, egli ha dovuto destituire i simboli della vagheggiata e totalizzante perfezione dell'ordine illuminista²¹ e si è dovuto cimentare in un lavoro di bilanciamento, soppesando gli interessi meritevoli di tutela – che, *case by case*, vengono in gioco – alla luce dei principi fondamentali condivisi dalla comunità giuridica europea²².

Non più, dunque, un mero raffronto tra norma interna e Costituzione ma un'operazione ermeneutica da condurre nel rispetto del complesso dei principi posti a protezione dei diritti fondamentali, così come tutelati dalle Carte ed interpretati dalle Corti supreme interne ed europee.

Nel nostro ordimento questa delicata opera di bilanciamento è devoluta, quando si riscontri l'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente

¹⁹ La loro importanza non si limita alla cooperazione ma anche per innalzare ed uniformare i diritti fondamentali nel quadro di un panorama giuridico frammentato quale è quello degli Stati membri.

²⁰ Il fenomeno della *cross-fertilization* può essere inteso come «un arricchimento dei profili di tutela consolidati sul piano interno alla luce di una ibridazione con le sollecitazioni garantistiche derivanti dalle pronunce delle Corti europee». In termini, V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palinogenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2012, p. 862.

²¹ In tal senso si veda la metafora dell'orologio ideata da O. MAYR – ID., *La bilancia e l'orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell'Europa moderna* (1986), Il Mulino, Bologna, 1988, – e ripresa da M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., p. 421.

²² Ciò è dovuto, in altri termini, ai nuovi assetti del contesto giuridico attuale che «segnano una transizione sempre più marcata da una legalità di tipo “statico”, prevalentemente “normativa” a una legalità “europea” di tipo “dinamico”, prevalentemente “giurisprudenziale”». In termini, R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, *Op. cit.*, p. 185. Su questo “cambio di paradigma” si rinvia a M. VOGLIOTTI, *Op. ult. cit.*, p. 411 ss.; V. MANES, *Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 5/2014, p. 1918 ss. Queste trasformazioni si sono percepite ancor di più e ancor prima a livello processuale. Il passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio manifesta anche un cambio filosofia del processo penale, che non è proteso più all'ambiziosa ricerca della verità *storica* ma della verità *processuale* e, dunque, all'affermazione di una decisione “giusta”, come giusto deve essere il processo che conduce sia all'assoluzione che alla condanna oltre ogni *ragionevole* dubbio. Sul punto si rimanda a M. VOGLIOTTI, *Op. ult. cit.*, p. 429 (in *ptc.*, *sub* nt. 366). Ma anche cfr. L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in (a cura di) G. CHIODI – D. PULITANÒ, *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 20-21.

conforme, alla Corte costituzionale, la quale utilizza il canone della ragionevolezza.

La giurisprudenza europea, invece, sembra fare più spesso ricorso nell'ambito del processo penale (ma non solo) al canone della proporzionalità²³.

L'avvento del Trattato di Lisbona, parificando la Carta di Nizza ai Trattati, ha elevato a rango "costituzionale" il principio *de quo*, scolpito negli artt. 49 e 52 della Carta dei diritti fondamentali²⁴.

La centralità dell'opera di bilanciamento giudiziale deve essere letta in combinato disposto con la morfologia giurisprudenziale del diritto europeo: l'una è, allo stesso tempo, causa e conseguenza dell'altra.

Da un lato, infatti, l'architettura istituzionale europea fa del giudice una vera e propria fonte del diritto. Dall'altro, se in un primo momento la Corte di giustizia si è fatta promotrice e protettrice dei diritti, stante l'assenza di chiare previsioni normative, all'indomani del Trattato di Lisbona un ruolo di prim'ordine assume il giudice comune, riproducendo in campo penale quello che, da diversi decenni, si era già verificato in ambito comunitario.

Egli, interlocutore principale della Corte di giustizia, oltre al ricordato strumento dell'interpretazione conforme, può, infatti, ricorrere alla disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto UE²⁵ o

²³ Come è stato autorevolmente affermato "Proportionality, in particular, has evolved to a pre-eminent balancing tool, and the standard of scrutiny seems to be higher in the post-Charter era". Così, T. TRIDIMAS, *Rights, Principles and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 16/2014, p. 392. A livello interno il test di proporzionalità, codificato nell'ambito delle misure cautelari, sta godendo di una seconda primavera anche grazie alla centralità che esso ricopre nel contesto giuridico europeo. Sul punto si rimanda all'affresco di M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss. Sul principio di proporzionalità cfr., da ultimo, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.

²⁴ La circostanza che quest'ultima "riconosca" il *milieu* dei diritti fondamentali europei, costituendone la loro fonte primaria, «is also more in keeping with national constitutional cultures which, bred in a civil law tradition, feel more comfortable with written lists of rights, however indeterminate, than with case law». In termini, T. TRIDIMAS, *Rights, Principles and the Charter*, cit., p. 377. L'A. ci ricorda, però, che «the development of fundamental rights protection in EU law has been first and foremost the product of case law». *Ivi*, p. 362.

²⁵ Come osservato, «la disapplicazione rappresenta un escamotage che, pur non risolvendo il contrasto lo, aggira: essa consente infatti di sancire la prevalenza della norma dell'Unione senza la necessità di caducare quella interna che si trovi in conflitto con essa». Così, R. E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi*, cit., p. 177.

all'applicazione di una norma europea dotata di effetti diretti (*self executing*), benché non ancora trasposta dal legislatore nazionale.

In un contesto del genere – dove il *case law* assume un'importanza via via maggiore rispetto al diritto scritto – si comprende dunque perché un ruolo centrale sia svolto dai principi generali. Questi, oltre a costituire un “lessico condiviso” per i giudici comuni dei diversi Stati membri, sono necessari per estrapolare dalla decisione concreta la regola generale. In tal senso, si può affermare che sia il *case law* della Corte di giustizia, sia la stessa Carta dei diritti fondamentali si fondano su un'ermeneutica “*general principles oriented*”²⁶.

La loro funzione interpretativa (del *case law*) ed integratrice (delle lacune del diritto scritto) è in grado, inoltre, di fornire un livello di protezione elevato ai diritti fondamentali degli individui che, come visto, possono subire plurime violazioni nelle dinamiche della cooperazione giudiziaria europea.

Pur restando entità giuridicamente differenti – «*rights are to be observed whilst principles are to be respected*»²⁷ – i diritti fondamentali possono, infatti, trovare tutela e legittimazione nei principi generali. Ciò si desume, peraltro, dalla stessa Carta di Nizza che, *riconoscendo* i diritti e positivizzando i principi generali, rappresenta la loro principale – anche se non esclusiva – base legale.

Da queste, pur rapide considerazioni si capisce, dunque, come nell'analisi di una materia quale quella dei conflitti di giurisdizione – caratterizzata da una normativa fortemente lacunosa – il ricorso ai principi si palesi come la strada maestra per verificare il livello di protezione effettiva dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti in procedimenti penali transnazionali.

In questa prospettiva, nei paragrafi seguenti si tratterà dei principi più rilevanti che vengono in gioco nella dinamica dei conflitti di giurisdizione.

²⁶ I principi generali, infatti, «*have a substantive, independent input and, as stated above, the possibility exists that they may be relied upon as self-standing sources of rights. They also continue to have a value as underlying principles of the constitution which influence the interpretation and application of the law and provide yardsticks for determining the validity of legislation. (...) They serve to fill the lacunae of written law. They promote a systematic, teleological and consistent interpretation of the law rationalising polyphony and ensuring coherence. They serve to promote the development of a jus communae even in areas which hitherto have been largely untouched by EU law, namely private and criminal law*». In termini, T. TRIDIMAS, *Rights, Principles and the Charter*, cit., p. 378 ss.

²⁷ *Ivi*, p. 380.

Anzitutto, si è visto come il punto di maggiore criticità della legislazione vigente sui conflitti di giurisdizione sia la mancanza di criteri tassativi che regolino l'individuazione del foro competente.

Ciò potrebbe condurre ad una violazione del principio del giudice precostituito per legge, il quale trova cittadinanza, pur con diverse sfumature, sia a livello europeo (art. 6, § 1 CEDU e 47, § 2 CDFUE) che a livello interno (art. 25, co. 1, Cost.).

Per tale motivo, partendo dall'analisi delle fonti europee, si passerà alla norma costituzionale, focalizzando l'attenzione sulla giurisprudenza che si è stratificata sugli articoli richiamati.

Successivamente, si volgerà l'attenzione all'analisi del *ne bis in idem* (§ 3) il quale, come visto nel capitolo precedente, viene in gioco qualora gli Stati non siano in grado di trovare un accordo sul foro competente.

Ci si concentrerà, in particolare, sulla dimensione transnazionale ed europea di tale principio (artt. 54 CAAS e 50 CDFUE), essendo questa la più funzionale alla presente prospettiva di ricerca²⁸.

Come si evincerà dall'analisi condotta, il *ne bis in idem* dovrebbe fungere solo da *emergency brake*, ossia quale *extrema ratio* cui ricorrere nei casi di mancato accordo.

Per assicurare una tutela effettiva ai soggetti coinvolti in procedimenti transnazionali sarebbe, infatti, necessario concentrarsi – in una logica di prevenzione più che di risoluzione del conflitto – sul momento genetico del processo.

²⁸ Dunque, nell'analisi del principio, non si darà conto di aspetti di centrale importanza e di scottante attualità, quali, tra gli altri, quelli riguardanti il c.d. doppio binario e la proporzionalità della sanzione complessiva. Per questi ed ulteriori aspetti si rimanda a G. LASAGNI, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, Springer-Giappichelli, 2019, p. 24 ss.; F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 287 ss. Sul *ne bis in idem* c.d. interno, cfr., per tutti, T. RAFARACI, *Ne bis in idem* (voce), in *Enc. dir., Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 857 ss.; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, in (a cura di) G. UBERTIS – G. P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Giuffrè, Milano, 2012, p. 403 ss.; L. PICOTTI, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti?* in (a cura di) *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzì*, Dike giuridica, Roma, 2020, p. 511 ss.

In tale fase, nei paesi come l'Italia, un ruolo fondamentale è svolto dal principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale. Di contro, altri paesi europei hanno preferito soluzioni differenti optando ora un'obbligatorietà attenuata, ora direttamente per lo speculare principio di opportunità (§ 4).

Soprattutto nella prospettiva interna, occorrerà, dunque, verificare quali effetti derivano da un'applicazione rigorosa del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

In particolare, ci si interrogherà se ciò limiti la devoluzione dell'azione penale all'autorità giudiziaria di un altro Stato membro o se, invece, sia sufficiente che quest'ultima eserciti l'azione per poterlo ritenere rispettato anche nel nostro paese, accedendo, così, ad una interpretazione eurounitaria del principio, come sembra suggerire lo stesso preambolo della Decisione quadro 2009/948/GAI²⁹.

2. Il principio del giudice precostituito per legge.

a) Lo scenario europeo: gli artt. 6, § 1 CEDU e 47, § 2 CDFUE.

Focalizzando l'attenzione sulle Carte sovranazionali, si nota come la costituzione legale del giudice sia un principio comune tanto al Consiglio d'Europa (art. 6, § 1 CEDU³⁰), quanto all'Unione europea (art. 47, § 2 CDFUE³¹).

²⁹ Il riferimento è al considerando 12 della Decisione quadro 2009/948/GAI.

³⁰ A detta del quale «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge (...)». Allo stesso modo l'art. 14 della Patto internazionale sui diritti civili e politici afferma che «ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge». Sull'art. 6 CEDU (*in parte qua*), cfr. M. CHIAVARIO, sub art. 6. *Diritto ad un equo processo*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in (a cura di) S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 154 ss.; W. A. SCHABAS, sub art. 6, in ID., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 294 ss.

³¹ Ai sensi dell'art. 47, § 2, «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» (corsivo nostro). Su questa norma (*in parte qua*), cfr. M. CAIANIELLO, sub art. 47 CDFUE (*commento*), in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti*

Da un primo raffronto tra le due disposizioni³², si evince come l'art. 47 abbia ricalcato, *in parte qua*, l'art. 6 CEDU.

Vi è, però, una differenza di non poco momento tra le due previsioni: mentre per la CEDU il tribunale deve essere *costituito*, la Carta dei diritti fondamentali, richiede invece, che il giudice (non il tribunale) sia *precostituito*.

Come affermato dalla Corte Edu nella sentenza *Coëme e a. v. Belgio*, «l'introduzione dell'espressione «costituito per legge» – espressione del principio del *Rule of law*³³ – «ha come scopo di evitare che l'organizzazione del sistema giudiziario (...) sia lasciata alla discrezionalità dell'esecutivo e di fare in modo che tale materia sia disciplinata da una legge del Parlamento»³⁴.

In estrema sintesi, e nonostante l'opinione dissenziente dei giudici Conforti e Baka – per i quali vi dovevano essere delle regole procedurali “chiare” affinché

fondamentali dell'Unione Europea, Giuffrè, Milano, 2017, p. 902 ss.; L. PECH, sub *article 47(2)*, in S. PEERS, T. HERVEY – J. JENNER – A. WARD (Eds.), *The EU Charter of fundamental rights. A commentary*, Hart Publishing, Portland, 2014, p. 1250 ss.

³² Va sin d'ora evidenziato che nonostante la laconicità delle disposizioni (artt. 6 CEDU e 47 CDFUE), la giurisprudenza sul punto è alquanto scarsa.

³³ Corte Edu, sez. V, 25 gennaio 2012, *Richert v. Poland*, § 48, ma già Corte Edu, sez. V, 12 ottobre 2007, *Jorgic v. Germany*, § 64. Se così non fosse, «*En effet, un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers*». In questi termini, Corte Edu, sez. I, 28 febbraio 2003, *Lavents v. Lettonia*, § 114. Da ultimo, cfr. Corte Edu, sez. IV, 25 gennaio 2012, *Richert v. Poland*, § 41. Ma già nel celebre caso *Sunday Times v. United Kingdom* (Corte Edu, Plenaria, 26 aprile 1979) i giudici di Strasburgo individuavano nell'art. 6 una declinazione del principio del *Rule of law*, affermando, che «*account must be taken of the central position occupied in this context by Article 6 (art. 6), which reflects the fundamental principle of the rule of law*» (§ 55). L'ancoraggio del giudice precostituito al principio del *Rule of law* evidenzia la matrice anglosassone del *reasoning* seguito della Corte. È, infatti, in Gran Bretagna – e in tutti i paesi di *common law* – che il principio del giudice naturale rappresenta, sin dalle origini, un corollario del *Rule of law* declinato nelle forme del *right of access to the courts*. In questa prospettiva, il principio *de quo* non mira a garantire – come avviene nella maggior parte dei paesi di *civil law* – l'assenza di discrezionalità nella scelta del giudice che, invece, deve essere il “più adeguato”, come risulta dalla dottrina del *forum non conveniens*, secondo la quale il giudice di un altro Stato può esercitare la sua giurisdizione, nei casi in cui, le circostanze della vicenda, lo rendano il più adeguato a conoscere il caso. Per un approfondimento sul punto cfr. N. PICARDI, *Il giudice neutrale, principio fondamentale a livello europeo*, in (a cura di) A. D'ATENA, *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 683 (in ptc. gli autori citati *ivi*, sub nt. 76).

³⁴ In termini, Corte Edu, sez. II, 22 giugno 2000, *Coëme and Others v. Belgium*, § 98. La Corte precisa, inoltre, che «*in countries where the law is codified, can organisation of the judicial system be left to the discretion of the judicial authorities, although this does not mean that the courts do not have some latitude to interpret the relevant national legislation*». *Ibidem*. In questa prospettiva, «*a tribunal “is characterised in the substantive sense of the term by its judicial function, that is to say determining matters within its competence on the basis of rules of law and after proceedings conducted in a prescribed manner” (...). It must also satisfy a series of other conditions, including the independence of its members and the length of their terms of office, impartiality and the existence of procedural safeguards*». *Ivi*, § 99.

fosse rispettato l'art. 6 CEDU – per la Corte «*a judge is legally established even if the law does not spell out all procedural rules*»³⁵.

A detta dei Giudici di Strasburgo il termine “legge” – che, come noto, nella giurisprudenza CEDU include tanto quella di fonte parlamentare, quanto quella di matrice giurisprudenziale³⁶, purché le stesse siano dotate di accessibilità e prevedibilità³⁷ – «*comprises in particular the legislation on the establishment and competence of judicial organs*»³⁸, giungendo a disciplinare anche la «*composition du siège dans chaque affaire*»³⁹.

Ad ogni modo, il compito della Corte «*is therefore limited to examining whether reasonable grounds existed for the authorities to establish jurisdiction*»⁴⁰.

Dunque, come è stato autorevolmente sottolineato, nonostante la Convenzione sia solitamente rivolta a proteggere l'individuo dal potere esecutivo, la garanzia del giudice stabilito per legge ex art. 6 CEDU «*specifically addresses the legislator (...) which must ensure that a manipulation of justice is prevented beforehand by designing the framework of the judicial organisation, thus reducing the*

³⁵ In questi termini, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, p. 151.

³⁶ Cfr. Corte Edu, *Sunday Times v. United Kingdom*, cit., § 47.

³⁷ Come precisato, da ultimo, in Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.R.L. e altri v. Italia*, § 242, «*this requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. This also means that, in principle, a measure can only be regarded as a penalty within the meaning of Article 7 where an element of personal liability on the part of the offender has been established*».

³⁸ Corte Edu, sez. V, 12 ottobre 2007, *Jorgic v. Germany*, § 64.

³⁹ Afferma, infatti, la Corte che «*l'expression «établi par la loi» concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire*». In questi termini, Corte Edu, sez. I, 28 febbraio 2003, *Lavents v. Lettonia*, § 114. Nelle due pronunce da ultimo citate – che si rivolgono a paesi di *civil law* – è evidente come il baricentro del ragionamento della Corte si sposti dal canone dell'efficienza a quello della certezza, nella misura in cui il principio deve garantire la costituzione legale, addirittura, del singolo ufficio giudiziario. Il caso tedesco è, a tal proposito, paradigmatico. In Germania il principio del giudice precostituito – formula legata al principio dello Stato di diritto e preferita a quella del giudice naturale, considerata dalla dottrina tedesca di matrice giusnaturalistica – gode di una tutela “a cascata”: la sua previsione costituzionale (art. 101, co. 1) si declina, infatti, nella necessità tanto di una legge (attributiva della competenza) quanto di regolamenti interni (tabelle) predisposte dal capo dell'Ufficio giudiziario che disciplinano la distribuzione delle cause, tra i vari collegi giudicanti e, addirittura, nella precostituzione del giudice relatore. Per un approfondimento, cfr. N. PICARDI, *Op. cit.*, p. 695 ss.

⁴⁰ Così, Corte Edu, sez. V, 12 ottobre 2007, *Jorgic v. Germany*, § 65.

discretionary powers of the executive, but also of the judiciary itself. Its rationale lies in the separation of powers doctrine»⁴¹.

In generale, è stato osservato che, a partire dal caso *Coëme*, la Corte abbia introdotto una interpretazione “bicefala”⁴² della legale costituzione del giudice: mentre il nucleo duro dell’art. 6 – ossia la sottrazione dell’organizzazione giudiziale al potere esecutivo⁴³ – costituisce un *milieu* comune che deve essere rispettato tanto dai paesi di *common law* quanto da quelli di *civil law*, questi ultimi, devono, inoltre, evitare che il potere giudiziario goda di una discrezionalità eccessiva nell’organizzazione degli uffici⁴⁴.

⁴¹ In termini, M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht law Review*, 7(1)/2011, p. 89. Osserva inoltre l’A. che da un’analisi delle legislazioni nazionali che codificano il principio del giudice naturale (Germania, Italia), «*What stands out, first of all, is that the primary aim of the guarantees is not to allow the suspect to predict which court will try his case or to allow him to choose the court most to his liking. Neither is it their aim to avoid negative conflicts of jurisdiction as such*». *Ibidem*.

⁴² In questo senso cfr. M. CHIAVARIO, sub art. 6. *Diritto ad un equo processo*, cit., p. 180.

⁴³ Requisito, questo, tornato di scottante attualità a seguito delle riforme legislative attuate in Polonia e Ungheria che, tra le altre, hanno minato l’indipendenza della magistratura, sottoponendola ad un controllo discrezionale da parte del potere esecutivo e, dunque, violando il portato garantistico dell’art. 6 CEDU e, più in generale, il principio dello stato di diritto ex art. 2 TUE. Per una dettagliata analisi degli interventi legislativi adottati nei due Stati cfr. M. A. ORLANDI, *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1/2019, p. 167 ss. Sul processo che ha condotto la Commissione ad avviare la procedura di infrazione nei confronti della Polonia ed al successivo intervento della Corte di giustizia (Corte di giustizia, Grande Sezione, 24 giugno 2019, C-619/18, *Comm. europea c. Repubblica di Polonia*), cfr. M. ARANCI, *La procedura d’infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell’Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus*, 3/2019, p. 49 ss.; ma anche E. CECCHERINI, *L’indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell’Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE on line*, 3/2019, p. 2197 ss. Sulla Proposta motivata a norma dell’articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull’Unione Europea sullo stato di diritto in Polonia, cfr. *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell’esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, Bruxelles, 20.12.2017, COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE). In ordine alle analoghe azioni intraprese dall’UE nei confronti dell’Ungheria cfr. M. ARANCI, *Il Parlamento europeo ha votato: attivato l’art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell’Ungheria*, in *Eurojus on line*, 17 settembre 2018. Sui riflessi di queste riforme nell’ambito della cooperazione giudiziaria europea, cfr. V. FAGGIANI, *Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell’UE*, in *ArchivioDPC*, 2/2019, p. 195 ss. Per un inquadramento sistemico della procedura di cui all’art. 7 TUE, cfr. B. NASCIBENE, *La procedura d’infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell’Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus online*, 24 ottobre 2017.

⁴⁴ Cfr. § 99, *Coëme and Others v. Belgio*, cit.

Questo sindacato a geometria variabile della Corte Edu, come rilevato in dottrina⁴⁵, è causato dall'eterogeneità dello scenario che caratterizza la c.d. "Grande Europa".

Se nei paesi di *civil law*, pur con diverse sfumature, il principio della precostituzione abbraccia la ripartizione delle competenze sia per materia che per territorio⁴⁶, di contro, in quelli di *common law* ci si concentra esclusivamente sulla competenza *ratione materiae*⁴⁷, a nulla rilevando le modifiche territoriali.

Infatti, mentre i primi hanno, da sempre, ancorato il giudice precostituito al principio di legalità – declinato nelle forme della riserva di legge più o meno assoluta – i secondi hanno invece preferito il canone della flessibilità a quello della certezza, ammettendo dunque un certo grado di discrezionalità⁴⁸.

⁴⁵ In estrema sintesi, è stato lucidamente rilevato che «la Corte ha consacrato una sorta di "doppio binario" quanto al valore della legale costituzione: una garanzia più intensa, nei paesi di diritto codificato; una garanzia ristretta al nucleo classico per i paesi di *common law*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in (a cura di) M. COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 111; ma, anche, ID., *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., p. 151.

⁴⁶ *Ivi*, p. 149. Tipico esempio è quello italiano, sul quale cfr. il § successivo. In paesi come il nostro, infatti, l'individuazione del giudice è soggetta al principio di legalità. Sul punto cfr. tutti cfr. M. NOBILI, *sub art. 25, co. 1, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 149 ss.; G. ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in (a cura di) F. CAPRIOLI, *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 60 ss.

⁴⁷ Indicativo è, a tal proposito, l'esempio inglese dove «*although the Court sits in different location, it is considered to be as one*». In termini M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 145. Sul punto cfr., inoltre, cfr. M. CAIANIELLO, *sub art. 47 CDFUE (commento)*, cit., p. 905.

⁴⁸ Sul punto cfr., inoltre, *supra*, N. PICARDI, *sub nt. 33*. Va rilevato peraltro come, paradossalmente, la Francia – patria del principio qui considerato e paese di *civil law* – non ha costituzionalizzato la garanzia del giudice naturale, così come Inghilterra, Danimarca e Svezia. Di contro, paesi come Germania, Spagna, Austria, Italia prevedono in costituzione la garanzia del giudice naturale. Questa difformità, secondo autorevole dottrina, avrebbe un retaggio storico-politico: solo i paesi che «hanno attraversato nel loro recente passato un periodo di regime dispotico, caratterizzato anche e proprio dall'abuso della giustizia come strumento di repressione», hanno prestato una tutela forte di matrice costituzionale, al principio del giudice naturale. In termini, A. ESER, *Op. cit.*, p. 401. Sul caso francese, cfr T.S. RENOUX, *Il principio del giudice nel diritto costituzionale francese*, in *Il principio di precostituzione del giudice (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio superiore della magistratura e dall'Associazione «Vittorio Bachelet», Roma, 14-15 febbraio 1992)*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 66/1993, p. 158 ss. Come è stato evidenziato, «al diritto al giudice naturale viene, tuttora, riconosciuto un fondamento costituzionale, anche se non più di ordine legislativo, ma soltanto a seguito di una articolata ricostruzione giurisprudenziale», che lo ancora al principio di uguaglianza – come affermato nel *leading case* rappresentato dalla decisione del *Conseil constitutionnel* del 23 luglio 1975 n. 75/56 – declinandolo nella triplice identità di giurisdizione (a ciascuno il suo giudice), regole processuali (parità delle armi) e regole sostanziali. In questi termini, N. PICARDI, *Op. cit.*, p. 692 ss.

Questo differente approccio si rispecchia nel *case law* della Corte Edu.

In ordine ai paesi di *civil law*, paradigmatico è il caso *Savino v. Italia*⁴⁹, sentenza nella quale i giudici di Strasburgo hanno affermato che «l'espressione «costituito per legge» riguarda non solo la base giuridica dell'esistenza stessa del tribunale, ma anche la composizione dell'organo in ogni causa» (§ 94)⁵⁰.

Di contro, nel caso *McMichael v. Regno Unito*⁵¹, trattandosi di un paese di *common law*, la Corte ha adottato una interpretazione più flessibile della garanzia *de qua*, affermando, che «*there may be good reasons for opting for an adjudicatory body that does not have the composition or procedures of a court of law of the classic kind*»⁵².

Nonostante queste differenze, se, da un lato, il minimo comune denominatore della garanzia tutelata dall'art. 6 consiste nel limitare l'arbitrarietà della scelta del giudice per evitare abusi nei confronti degli individui, dall'altro, il principio *de quo* deve comunque assicurare a quest'ultimi la prevedibilità della corte competente per consentire loro di approntare un adeguata difesa⁵³.

Ciò si rende ancor più necessario nel caso dei conflitti di giurisdizione. L'articolo 6 CEDU è, però, silente rispetto a questa materia, né la Corte Edu si è mai occupata della questione dell'*overlapping jurisdiction*⁵⁴.

⁴⁹ Corte Edu, sez. II, 28 aprile 2009, *Savino v. Italia*.

⁵⁰ Nonostante la Corte non abbia il compito «di sostituirsi agli organi giurisdizionali interni nell'interpretazione della legislazione interna, né quello di esaminare *in abstracto* la legislazione e la prassi interne pertinenti» (§ 97), deve «in ogni caso verificare se la «legge» in questione presenti le caratteristiche di accessibilità e prevedibilità» (§ 98). Queste caratteristiche devono essere valutate, *case by case*, alla luce «*of the effective possibility for individuals to mount their case in front of the judicial organ*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., p. 153. Un analogo approccio è stato tenuto dalla Corte nel citato caso *Lavents v. Lettonia*, nel quale la Corte Edu ha affermato che «*L'expression « établi par la loi » concerne non seulement la base légale de l'existence même du tribunal, mais encore la composition du siège dans chaque affaire*» (§ 114).

⁵¹ Corte Edu, 24 febbraio 1995, *McMichael v. Regno Unito*.

⁵² Cfr. § 80. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Op. ult. cit.*, p. 906.

⁵³ In questo senso, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., p. 154-155. A detta dell'A., inoltre, nei paesi di *civil law*, l'art. 6 vieterebbe scelte discrezionali all'autorità giudiziaria e, in quelli a costituzione rigida, rappresenterebbe una salvaguardia contro gli abusi del legislatore.

⁵⁴ Come è stato osservato, «*Article 6 ECHR is silent on the issue of overlapping territorial or subject-matter jurisdiction of various courts. (...) The case law of the Strasbourg institutions does not provide us with a clear answer as to which view is the right one. Very few decisions and judgments deal with it, most likely because overlapping territorial jurisdiction is not considered a major problem in the national context.*». In questi termini, M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., pp. 86-87. Soltanto in un caso, la Corte Edu ha preso posizione su una possibile violazione del

Questo è dovuto al fatto che le garanzie convenzionali si rivolgono esclusivamente ai singoli ordinamenti statali e non possiedono, invece, una dimensione transnazionale.

La prospettiva muta se si volge lo sguardo alla Carta di Nizza.

L'art. 47, § 2 della Carta dei diritti fondamentali facendo propria la tradizione giuridica convenzionale, ripropone il medesimo principio nelle forme del giudice (non tribunale) *precostituito* (e non soltanto costituito) per legge.

Anzitutto va precisato come la normativa primaria europea (la Carta ed i Trattati⁵⁵) usi tanto il termine “giudice” quanto quello di “corte”. La traduzione italiana dell'art. 47, “giudice precostituito per legge”, tradisce, in parte, la nomenclatura inglese che invece si esprime nelle forme del “*tribunal previously established by law*”. Dunque, “tribunale” non “giudice”.

La Corte di giustizia ha avuto modo di soffermarsi su tale ultima questione. A questo proposito, i giudici del *Kirchberg* hanno specificato che lo «*Status as a court or tribunal is interpreted by the Court of Justice as a self-standing concept of European Union law*»⁵⁶.

Dunque, al pari di quanto previsto dalla Corte Edu in ordine all'art. 6 della Convenzione⁵⁷, quella di corte o tribunale è una nozione autonoma del diritto dell'Unione, che la Corte ha interpretato in maniera alquanto “elastica”: «*the Court notes that the factors to be taken into account in assessing whether a body is a 'court or tribunal' include, inter alia, whether the body is established by law, whether it is*

giudice precostituito in ordine ad un crimine internazionale. Il riferimento è al citato caso *Jorgic v. Germany* riguardante il crimine di genocidio commesso da Jorgic a danno dei musulmani in Bosnia nel 1992. L'accusato ha contestato la giurisdizione tedesca sul caso. La Corte Edu, dal canto suo, ha affermato che l'art. 6 «*does not grant the defendant a right to choose the jurisdiction of a court. The Court's task is therefore limited to examining whether reasonable grounds existed for the authorities to establish jurisdiction*» (§ 65). Nel caso di specie, concludeva la Corte che «*the German courts' interpretation of the applicable provisions and rules of public international law, in the light of which the provisions of the Criminal Code had to be construed, was not arbitrary. They therefore had reasonable grounds for establishing their jurisdiction to try the applicant on charges of genocide*» (§ 70).

⁵⁵ Mentre, come precisato, l'art. 47 si esprime nei termini di *tribunal* l'art. 267 TFUE richiama, senza specificare le differenze, *court or tribunal*.

⁵⁶ Cfr. Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali 2009/C 297/01.

⁵⁷ Cfr. § 99, *Coëme and Others v. Belgio*, cit.

permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is inter partes, whether it applies rules of law and whether it is independent»⁵⁸.

Prevedere la precostituzione in luogo della semplice costituzione (*ex art. 6 CEDU*), rafforza l'ancoraggio al principio di legalità: se, come visto, per la CEDU è fondamentale evitare scelte arbitrarie del giudice competente, la Carta di Nizza, richiamandosi al canone della precostituzione, indirettamente, presupporrebbe l'esistenza di una legge che indichi preventivamente il giudice competente. Ciò sembrerebbe dunque vietare nomine *case by case*.

Da questo angolo visuale, però, né la Carta né le sue spiegazioni indicano il lasso temporale cui fare riferimento. A tal proposito, parte della dottrina ha affermato che questo andrebbe identificato secondo la legge vigente prima dell'inizio delle indagini⁵⁹.

Nonostante la preferenza lessicale per le ragioni della certezza, va osservato come la Corte di giustizia si sia soffermata, solo incidentalmente, sul requisito della precostituzione, aderendo alla giurisprudenza Cedu⁶⁰.

⁵⁸ In questi termini, § 38, Corte di giustizia, Grande Camera, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portuguese*.

⁵⁹ È stato infatti affermato che «*in the end what counts is that the law intervenes to regulate the matter at least before the commencement of the case (meaning, the commencement of the investigation)*». In questo senso, cfr. M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 161. Sul punto, M. BÖSE, sulla scorta del principio del *tempus regit actum* e prendendo ad esempio l'istituzione del Tribunale per la Jugoslavia e del Ruanda, afferma che «*the term "previously" does not refer to the time the crime was committed, but to the time the competent court is selected, since the function of this requirement is to ensure that the selection criteria are adopted irrespective of circumstances of the case to be tried*». ID., *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 126. Per l'A. il termine “previously” presente all'art. 47 non si riferirebbe alla commissione del reato «*but the initiation of the proceedings*». In termini, M. BÖSE, *Choice of forum and Jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., p. 80, *sub nt.* 47. Per l'A., neppure gli artt. 6 e 7 CEDU (come anche gli artt. 47 e 49 CDFUE) «*provide for guarantee that he can also foresee before which court he will have to face his trials*». In termini, *Ivi*, p. 80.

⁶⁰ L. PECH, *Article 47(2)*, cit., p. 1253 ss. L'A. nel delineare il contenuto della formula “*establish by law*” – tralasciando l'attributo *previously* che marca la differenza con l'art. 6 CEDU – richiama la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (*Ivi*, *sub ntt.* 360-362). La Corte si è, invece, espressa, da ultimo, su un attributo strettamente correlato alla precostituzione legale, ossia l'indipendenza del giudice, che insieme al primo requisito costituisce un presupposto indefettibile per assicurare il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo *ex art. 47 CDFUE*. La Corte nella citata sentenza emessa sul ricorso presentato dalla Commissione avverso la Polonia, ha infatti precisato che «*il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, (...) costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, (...), e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta*» (§ 49). Peraltro, a conferma del nesso inscindibile tra indipendenza precostituzione ed effettività della tutela giurisdizionale, come

I giudici di Lussemburgo, come si desume da alcune pronunce in ambito civile, hanno tenuto un atteggiamento improntato alla flessibilità ritenendo sufficiente che l'autorità giudiziaria sia imparziale, ovvero istituita mediante la legge⁶¹.

In questa prospettiva, *«the Court rejected the approach of making the forum dependant upon criteria originating from national law, since this would compromise the aim of ensuring legal certainty by unifying the rules of jurisdiction»*⁶².

In materia penale, invece, a fare da contraltare al silenzio della Corte, vi è un condiviso indirizzo dottrinario secondo cui l'art. 47, § 2 *«shall prevent the executive from interfering in the organisation of the judiciary: the competent court is not to be chosen by the law enforcement authorities, but shall be “established by law”»*⁶³, garantendo all'individuo di prevedere ragionevolmente davanti a quale tribunale sarà giudicato⁶⁴.

Questo è quindi il quadro alla luce del quale occorrerà verificare se la Decisione quadro 2009/948/GAI sia compatibile con l'art. 47, § 2 CDFUE.

in precedenza rilevato dai giudici del *Kirchberg*, nella citata sentenza (*sub* nt. 58) del 27 febbraio 2018, «L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto (...). Ne consegue che ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto «giurisdizione» nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva. In proposito occorre rilevare che, tra gli elementi da prendere in considerazione nella valutazione della qualità di «giurisdizione», figurano 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 (§§ 36-38).

⁶¹ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Op. ult. cit.*, p. 907. Il riferimento è tra le altre a Corte di giustizia, 23 marzo 1982, 102/81, *Nordsee*. Come rilevato in dottrina, in materia civile, le regole sulla giurisdizione *«shall enable the applicant to easily identify the court in which may sue, and the defendant to reasonably foresee before which court he may be sued»*. In termini, cfr. M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 159.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ivi*, p. 153.

⁶⁴ Cfr. A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 154; ma anche M PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 161

Riservandoci di approfondire tale aspetto nel prossimo capitolo⁶⁵, è opportuno dedicare qualche riflessione su questo tema nella prospettiva dell'art. 25 della Costituzione italiana.

Da un lato, sembra infatti che anche la giurisprudenza interna abbia sposato negli ultimi anni un'impostazione che privilegia la logica della flessibilità a quella della legalità. Dall'altro, sulla scorta di quanto visto in precedenza (v. *supra*, Cap. 1, § 6), occorre verificare se l'art. 25 Cost. possa essere invocato anche ove il caso mostri una dimensione transnazionale.

In ultima analisi, si deve accertare, dunque, se la legislazione attuale in materia di conflitti di giurisdizione sia compatibile con il dettato costituzionale.

b) L'art. 25, co. 1 della Costituzione italiana.

L'art. 25 Cost. ha una formulazione analoga all'art. 47 CDFUE, ma secondo una prospettiva ribaltata: se, infatti, la norma europea pone il diritto in termini positivi, la nostra Costituzione si esprime nelle forme del divieto, ossia, quale limite agli organi supremi (governo e parlamento) di sottrarre chiunque alla garanzia del giudice precostituito⁶⁶.

Il principio del giudice precostituito per legge trova cittadinanza nella nostra Carta fondamentale sotto le spoglie della garanzia del giudice *naturale* precostituito per legge⁶⁷.

Il dettato costituzionale, così facendo, opera una scelta di campo: affermare anche in sede processuale il principio di legalità ("precostituito per legge") nella scelta del giudice, rifuggendo da quello di opportunità⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Cap. 3, § 1.

⁶⁶ Cfr. sul punto, M. CAIANIELLO, sub *art. 47 CDFUE*, cit., p. 904.

⁶⁷ Questa garanzia – di cui una embrionale traccia può essere rinvenuta già nella *Summa Theologiae*, di T. D'AQUINO (II-III, 67, 1) – venne traspunta in un testo legislativo con l'art. 17 della legge rivoluzionaria francese sull'ordinamento giudiziario del 1790 – «*L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucun commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi*» – e fu successivamente ripresa dall'art. 71 dello Statuto albertino. Sul punto cfr. M. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Utet, Torino, 1991, p. 442 ss. Per un affresco storico e comparato del principio del giudice naturale cfr. A. ESER, *Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1996, p. 385 ss.; ma anche N. PICARDI, *Op. cit.*, p. 670 ss.

A tal proposito, è stato osservato, come la riserva di legge di cui all'art. 25, co. 1, Cost., assuma un «valore specificante» rispetto al richiamo generale del principio di legalità presente all'art. 97, co. 1, Cost.: dalla lettura in combinato disposto delle due norme si possono desumere, infatti, i principi organizzativi che debbono presiedere all'amministrazione della giustizia⁶⁹.

L'aver optato per il principio di legalità assicura, inoltre, una tutela maggiore tanto al cittadino quanto al potere giudiziario (*rectius*, all'ufficio giudicante): il primo ha la certezza che il suo processo verrà trattato da un giudice non scelto *ad hoc* ma mediante dei meccanismi legislativamente predeterminati (*ante factum*), dunque oggettivi⁷⁰; il secondo risulta al riparo da “eterodirezioni” che, soprattutto nel caso di procedimenti “politicamente sensibili”⁷¹, avrebbero potuto pilotare la scelta dell'ufficio giudiziario competente a trattare il caso concreto⁷².

⁶⁸ Il lavoro fondamentale, sia per chiarezza che per analiticità, resta, ancora oggi, il commento di M. NOBILI, sub *art. 25, co. 1, Cost.*, in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 135 ss. L'A. parla, a tal proposito, di «quella particolare esplicitazione del principio di legalità che è contenuta anche nel I° comma dell'art. 25». *Ivi*, p. 138. Nonostante la formulazione cristallina, rileva l'A. come l'art. 25 comma 1 «non sembra essere riuscito a troncane l'alternativa di fondo (tra principio di legalità e principio di opportunità)», tanto che, conclude, «oggi in Italia il giudice è con enorme frequenza scelto volta per volta». *Ivi*, p. 142 ss. Altre opere di indiscusso rilievo sono quelle di M. ALFIERI, *Giudice naturale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 445 ss. e quella di R. ROMBOLI, *Giudice naturale* (voce), in *Enc. dir.*, II Agg., Giuffrè, Milano, 1998, p. 365 ss.; nonché, A. PIZZORUSSO, *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 1 ss.

⁶⁹ In questi termini, M. NOBILI, *Op. ult. cit.*, p. 147 ss. L'A. conclude affermando che il criterio di precostituzione «diviene così lo strumento obbligato attraverso cui soddisfare ogni altra esigenza organizzativa di rango costituzionale». *Ivi*, p. 149.

⁷⁰ Come è stato autorevolmente rilevato, il principio del giudice naturale fu, sin dalle sue origini, inteso come «una diretta filiazione del principio d'eguaglianza e, perciò, come uno strumento di tutela del singolo, cui si riconosceva il diritto a non vedersi giudicato da una magistratura istituita o scelta *ad hoc*». *Ivi*, p. 155. Cfr. sul punto M. GIALUZ, sub *art. 25*, in (a cura di) S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 246.

⁷¹ Ne dà conto M. NOBILI, *Op. ult. cit.*, p. 172 (in ptc. *sub ntt.* 13 e 14).

⁷² È stato affermato che il principio *de quo* «presidia, almeno indirettamente, il carattere diffuso della potestà giurisdizionale». *Ivi*, p. 158. Anche la Corte costituzionale ha individuato la finalità dell'art. 25, co. 1, Cost. nell'«assicurare che il giudice venga individuato attraverso criteri precostituiti per legge, e non in vista di singole controversie, sì da garantirne l'assoluta imparzialità». In termini, Corte cost., 24 luglio 1998, n. 327, *sub* § 10 Cons. in dir. Come è stato efficacemente rilevato, «l'art. 25 co. 1, Cost. costituisce una disposizione rafforzativa del principio di indipendenza del giudice, poiché impedisce sia al legislatore, sia ai giudici incaricati di organizzare il lavoro giudiziario, di arbitrariamente privare il giudice dei procedimenti di sua competenza». In termini, F. BIONDI, *Il giudice naturale*, in (a cura di) N.

La laconicità della disposizione costituzionale ha dato la stura, tuttavia, a due questioni problematiche.

Da un lato, la giurisprudenza, anche costituzionale, ha manifestato un atteggiamento ondivago, passando da una interpretazione letterale della disposizione⁷³ – che consentiva un'applicazione *tout court* dello statuto garantistico del principio – ad una sicuramente più flessibile, promossa dall'Avvocatura dello Stato⁷⁴ ed accolta dalla Corte costituzionale⁷⁵, nonostante le critiche avanzate dalla dottrina processual-penalistica⁷⁶.

Dall'altro, in una sorta di ribaltamento dei ruoli (tra giurisprudenza e dottrina), si è registrata una divergenza in ordine al rilievo ermeneutico da assegnare alla naturalità ed alla precostituzione.

Infatti, se la unanime giurisprudenza costituzionale ha interpretato questi due attributi alla stregua di sinonimi⁷⁷, la dottrina ha propeso ora per la tesi disgiuntiva⁷⁸ – per la quale naturalità e precostituzione sono concetti differenti

ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 224.

⁷³ Come affermato da Corte cost., 7 luglio 1962, n. 88, *sub* § 4, Cons. in diritto, «il principio della precostituzione del giudice tutela nel cittadino il diritto a una previa non dubbia conoscenza del giudice competente a decidere, o, ancor più nettamente, il diritto alla certezza che a giudicare non sarà un giudice creato posteriori in relazione a un fatto già verificatosi»

⁷⁴ Atto di intervento dell'Avvocatura nella sentenza 50 del 1963 della Corte costituzionale, con il quale l'Avvocatura invitava la Corte ad una interpretazione cauta dell'art. 25, co. 1, Cost.

⁷⁵ Secondo Corte cost., 22 giugno 1963, n. 109 «al divieto sancito nel primo comma dell'art. 25 della Costituzione, non può attribuirsi valore assoluto». Tesi ribadita, pur con diverse sfumature, nelle successive pronunce del 13 dicembre 1963, n. 156 e del 3 dicembre 1969, n. 146. Successivamente la Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 452, ha affermato che «la nozione di giudice naturale non si cristallizza soltanto nella determinazione di una competenza generale, ma si forma anche a seguito di tutte le disposizioni di legge che possano derogare a tale competenza in base a criteri che ragionevolmente valutino i disparati interessi coinvolti nel processo». Dunque, «il principio del giudice naturale deve ritenersi osservato quando «l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie» (da ultimo, sentenza n. 30 del 2011) e la competenza venga determinata attraverso atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere, nel rispetto della riserva di legge esistente in tale materia (ordinanze n. 417 e n. 112 del 2002)». In termini, Corte cost., 7 luglio 2012, n. 117.

⁷⁶ Cfr., per tutti, M. NOBILI, *Op. ult. cit.*, p. 162 e la dottrina citata *Ivi*, p. 177, *sub* nt. 12

⁷⁷ Oltre alla menzionata sentenza n. 88 del 1962, cfr. Corte cost., 8 aprile 1958, n. 29, Corte cost., 28 aprile 1976, n. 98, Corte cost., 30 dicembre 1994, n. 460 e, da ultimo Corte cost., 3 luglio 2013, n. 237.

⁷⁸ Cfr., per tutti, F. CORDERO, *Connessione di procedimenti e giudice naturale*, in AA. VV., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, p. 53 ss.; A. PIZZORUSSO, *Op. ult. cit.*, p. 1 ss.

– ora per la soluzione opposta⁷⁹: in tal senso è giunta ad affermare che entrambe possono essere dedotte dal testo della norma e che dunque sarebbe meglio accedere ad una interpretazione “utile”⁸⁰.

Ad uno sguardo complessivo, e mettendo temporaneamente da parte le dispute dottrinali e giurisprudenziali, è comunque ancora possibile affermare che questo *principio* – nonostante parte della dottrina individui in esso una «norma di immediato significato organizzativo»⁸¹ – rechi un *diritto* processuale fondamentale per l'individuo: il diritto a non essere distolto dal proprio giudice naturale individuato dalla legge⁸².

È proprio la riserva di legge il profilo che, nell'economia della presente ricerca, risulta il più rilevante.

Difatti, quando si è alla presenza di un caso di litispendenza europea, *legibus sic stantibus*, non vi è un giudice naturale *precostituito*. Al contrario, dal reticolato normativo emerge come il giudice venga individuato *post factum*, sulla base non della legge ma, nella migliore delle ipotesi, di un accordo fra Stati.

Dalla Decisione quadro 2009/948/GAI sembrerebbe dunque scaturire una violazione duplice del principio di precostituzione: da un lato, il giudice competente non è individuato *ante factum* (né *ante iudicium*); dall'altro, questa individuazione non avviene sulla scorta di criteri legislativi predeterminati ma mediante l'accordo, condotto, *inaudita altera parte*⁸³, dalle autorità giudiziarie

⁷⁹ Ne dà conto G. ILLUMINATI, *Precostituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in (a cura di) F. CAPRIOLI, *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 64 ss.

⁸⁰ Come osservato infatti, «nel risolvere il problema relativo al rapporto fra naturalità e precostituzione, è bene essere consapevoli che (...) non ci si sta muovendo sul piano di operazioni deduttive, ma si è costretti ad argomentare in nome della ragionevolezza e della opportunità. Che si va ricercando – fra le possibili – una interpretazione, non già perfetta ed assoluta, ma *utile* alla magistratura ed alla società nella quale la norma è attualmente destinata ad operare». In questi termini, M. NOBILI, *Op. ult. cit.*, p. 196.

⁸¹ F. BIONDI, *Il giudice naturale*, cit., p. 221. Per l'A., occorre dunque «individuare di quale o quali principi tale modalità organizzativa sia espressione».

⁸² Come è stato osservato, «la precostituzione del giudice è un aspetto organizzativo che si traduce in un diritto fondamentale del singolo, in una garanzia irrinunciabile per uno Stato di diritto». *Ivi*, p. 222.

⁸³ Tanto l'imputato/indagato, quanto la vittima.

nazionali sulla scorta di alcuni indici non vincolanti che la Decisione quadro si limita a “suggerire”⁸⁴.

Tale conclusione deve, però, essere valutata alla luce dell’interpretazione data a questo profilo nel nostro ordinamento.

Nella dogmatica nazionale il forte connubio tra giudice naturale e principio di legalità si desume, come precisato *supra*, dalla “precostituzione per legge” richiesta dall’art. 25 Cost.

La giurisprudenza di legittimità, avallata da quella costituzionale, ha però fornito una interpretazione “lassa” della precostituzione, facilitata in questo anche dal dibattito, tutt’ora in corso, sull’individuazione del punto di riferimento temporale entro il quale il giudice deve essere individuato.

In ordine a quest’ultimo profilo, che si palesa strumentale rispetto al primo, la dottrina si attesta su tre posizioni differenti: per un primo indirizzo, il termine coincide con il *tempus commissi delicti*⁸⁵; altri autori propendono invece per individuarlo con l’esercizio dell’azione penale⁸⁶; infine, a seguito dell’entrata in vigore del nuovo codice di rito – che ha posticipato l’esercizio dell’azione penale alla fine delle indagini preliminari –, è stata avanzata la tesi per la quale il giudice competente sia quello risultante al tempo dell’iscrizione della notizia di reato nell’apposito registro⁸⁷.

Dei tre indirizzi proposti, il terzo appare preferibile. La prima tesi, sebbene interpreti in maniera rigida il requisito della precostituzione, garantendo al cittadino di conoscere già al momento della condotta chi sarà il suo giudice, potrebbe, però, generare in concreto dei problemi pratici in caso di modifiche della competenza per alcuni reati intervenute *medio tempore*: parte dei procedimenti si troverebbe radicata nel primo tribunale, mentre altri

⁸⁴Cfr. Considerando 9, D. q. 2009/948/GAI.

⁸⁵ Cfr., per tutti, M. NOBILI, *Op. ult. cit.*, p. 190; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 114.

⁸⁶ M. CHIAVARIO, *Norma giuridica (dir. proc. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 473.

⁸⁷ A. CAMON, *I connotati del giudice*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 104; G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, Principi generali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2017, p. 151.

andrebbero incardinati secondo la nuova legge sulla competenza in tribunali diversi⁸⁸.

Allo stesso tempo la seconda impostazione priverebbe il soggetto del suo giudice naturale in un momento delicato della dinamica processuale, quello delle indagini preliminari.

Queste ultime sono infatti caratterizzate da «momenti di giurisdizionalità»⁸⁹ (basti pensare all'incidente probatorio) che suggeriscono, già in questa fase, la necessaria presenza di un giudice precostituito.

In questa prospettiva la terza soluzione sembra la più ragionevole. Essa, infatti, bilancia le istanze di certezza (sottese alla prima) e quelle di efficienza (proprie della seconda) assicurando all'indagato un'adeguata garanzia nelle fasi preliminari.

La giurisprudenza, di contro, ha accolto la seconda delle tesi prospettate, affermando che la precostituzione vada assicurata solo nel momento genetico del processo.

La Corte di cassazione⁹⁰, sulla scorta dell'indirizzo sposato dalla Consulta⁹¹, ha, infatti, sostenuto che le deroghe alla competenza sono compatibili con l'art. 25, co. 1., Cost., se il “nuovo” giudice è individuato mediante criteri *generali* posti dal legislatore al fine di evitare scelte discrezionali⁹².

Osserva il Giudice di legittimità che l'art. 25, co. 1 «non contiene, ai fini della determinazione dell'organo competente a giudicare, una esplicita individuazione del punto di riferimento temporale al quale ancorarsi; così che, non solo non è illegittimo, ma è addirittura ragionevole e corretto considerare

⁸⁸ A. CAMON, *I connotati del giudice*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 103.

⁸⁹ In termini, A. CAMON, *Gli strumenti di controllo sulla sede dell'indagine*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 7. Il riferimento è al giudice per le indagini preliminari che – diversamente dal pm al quale tale garanzia non si applica – dovrebbe essere precostituito.

⁹⁰ Cass., Sez. VI, 14 dicembre 1999 (dep. 8 maggio 2000), n. 5400, in *Cass. pen.*, 3/2001, p. 883 ss. (s.m.).

⁹¹ Corte Cost., 5 maggio 1967, n. 56; ma anche Corte cost., 23 febbraio 1996, n. 42.

⁹² Sul punto cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 11 ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 80 ss.

che tale momento deve coincidere non con quello della commissione del fatto penalmente illecito, ma con il momento dell'avvio del processo»⁹³.

Le considerazioni svolte lasciano intravedere come l'assunto iniziale dal quale eravamo partiti – ossia la scelta dei padri costituenti di sottoporre l'individuazione del giudice competente al principio di legalità – può dirsi superato nei fatti⁹⁴.

Seppur giustificabile da ragioni sistematiche – la giurisprudenza bilancia, infatti, il principio di precostituzione con quello di amministrazione efficiente della giustizia – questo indirizzo ermeneutico presta il fianco a molteplici critiche.

Posticipare il termine oltre il quale non si può più modificare il giudice con l'avvio del processo, infatti, fa venir meno la prevedibilità della legge processuale, corollario indefettibile del principio di legalità, producendo in concreto un *vulnus* alle garanzie difensive dell'indagato/imputato.

Tale impostazione, però, innegabilmente attenua le distanze con l'impostazione seguita in materia dalle Corti sovranazionali.

Questo corso giurisprudenziale, bilanciando il principio di legalità con esigenze efficientiste, pur senza volerlo, sposta infatti l'Italia su posizioni attigue ad altri Paesi europei che, per tradizione giuridica, hanno da sempre sposato il principio di opportunità: nella scelta del giudice, questo privilegia il canone della flessibilità a quello della certezza⁹⁵.

⁹³ In termini, Cass., Sez. un., 17 gennaio 2006, n. 3821, in *Cass. pen.*, 4/2006, p. 1338 ss. Se si aderisce a questo indirizzo giurisprudenziale, criticato in dottrina, qualora il processo sia già stato correttamente avviato, in caso di modifica *medio tempore* delle leggi sulla competenza, più che di deroga al principio del giudice naturale, bisognerebbe intendere il mantenimento della competenza in capo al giudice originario quale applicazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis* (mutuato dall'art. 5 c.p.c.). Sul punto cfr. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, in (a cura di) G. UBERTIS – G. P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Guffrè, Milano, 1999, p. 229 ss. e 352 ss. (in particolare cfr. la giurisprudenza ivi citata *sub* ntt. 31-33).

⁹⁴ In questa prospettiva ha individuato questo nuovo corso giurisprudenziale, che prende le mosse negli anni '80 in una "terza fase" caratterizzata dalla degradazione della precostituzione legale da riserva assoluta (seconda fase) a riserva relativa di legge, che ha legittimato l'intervento in materia del CSM attraverso l'adozione di circolari contenenti i criteri organizzativi dei singoli uffici giudiziari (cd. "sistema tabellare"). Cfr. N. PICARDI, *Op. cit.*, p. 703 ss.

⁹⁵ Un approccio informato all'efficienza è stato fatto proprio da una parte della dottrina, per la quale occorrerebbe adottare nella materia *de qua* un'impostazione più flessibile che mira ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità del giudice più adeguato a trattare il caso, essendo

Alla luce di questo quadro occorre valutare se il decreto legislativo che ha recepito la Decisione quadro 2009/948/GAI sia compatibile con il dettato costituzionale.

In questa prospettiva è necessario, però, chiedersi se l'art. 25 sia applicabile al contesto sovranazionale. A tal proposito la Corte costituzionale si è espressa con due pronunce⁹⁶.

Nel primo caso, la questione riguardava la costituzionalità «dell'art. 2 della legge 30 novembre 1955, n. 1335, e dell'art. 2 (*rectius*: art. 1) del regolamento approvato con d.P.R. 2 dicembre 1956, n. 1666».

La Corte, precisando che l'art. 25 sia finalizzato ad assicurare l'imparzialità degli organi giudiziari, ha rilevato come lo stesso «è del tutto estraneo ad una fattispecie, quale quella in esame, che si propone invece di regolare il coordinamento tra le giurisdizioni di diversi Stati e dalla cui applicazione dipende non già quale giudice debba procedere, ma se vi debba essere un processo nello Stato italiano».

La Consulta, richiamando un suo precedente, argomentava che «la nozione di giudice naturale non si cristallizza nella determinazione legislativa di una competenza generale, ma si forma anche di tutte quelle disposizioni le quali derogano a tale competenza "sulla base di criteri che razionalmente valutano i disparati interessi posti in gioco dal processo" (sentenza n. 139 del 1971)».

Dunque, concludeva la Corte, «la possibilità che in virtù della norma impugnata si verifichi, per le ragioni sopra indicate, lo spostamento di competenza a favore di altro giudice, anch'esso precostituito, non costituisce violazione dell'art. 25, primo comma, della Costituzione».

La Corte costituzionale giungeva ad una analoga conclusione con la seconda delle pronunce ricordate, la quale aveva sempre ad oggetto la legge di

irrilevante la sua precostituzione. In questo senso, cfr. M. BÖSE, *Choice of forum and Jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, (cit.), pp. 80-81. Per un approfondimento sul punto, cfr. M. CAIANIELLO, sub *art. 47 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 904 ss. Sul punto si rimanda inoltre alle considerazioni svolte *supra*, sub § 2, lett. a.

⁹⁶ Corte cost., 27 giugno 1973, n. 96 e Corte cost., 12 ottobre 1990, n. 446.

esecuzione degli accordi Nato «nella parte in cui conferiscono al Ministro di grazia e giustizia la facoltà di rinuncia alla giurisdizione nei confronti di militari appartenenti a Corpi Armati della N.A.T.O. di stanza in Italia».

In questa occasione la Corte precisava che l'art. 25 presidia la «disciplina delle competenze dei giudici all'interno dell'ordinamento» e, dunque, non trova applicazione nelle ipotesi di coordinamento tra giurisdizioni.

Queste conclusioni andrebbero, però, rimediate alla luce dell'avvento dell'art. 47, § 2 CDFUE e del mutato contesto in cui la disciplina che oggi ci occupa insiste: quello della cooperazione giudiziaria europea, finalizzata, tra le altre, alla prevenzione e alla risoluzione dei conflitti di giurisdizione *ex art. 82, § 1, lett. b) TFUE*.

Da tale angolo visuale, facendo seguito ad autorevole dottrina, occorre concludere che «la dismissione della pretesa punitiva nel più ampio ordinamento euro-unitario potrebbe considerarsi in linea con la garanzia costituzionale solo in presenza di un quadro di riparto della giurisdizione fondato su precise forme e condizioni di rinuncia in favore di altro giudice nazionale parimenti precostituito alla stregua di quello italiano»⁹⁷.

Queste «precise forme e condizioni di rinuncia» sembrano essere assenti nella legislazione europea: il sistema di riparto previsto dalla Decisione quadro 2009/948/GAI – e riprodotto dal decreto di recepimento – sconta, infatti, tutti i limiti di una disciplina che si fonda su un accordo volontario degli Stati senza individuare criteri certi in grado di radicare la giurisdizione⁹⁸.

⁹⁷ In termini, G. DE AMICIS, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 7-8/2016, p. 3039-3040. Concordano invece, con la giurisprudenza costituzionale, S. FASOLIN, *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Cedam, Milano, 2015, p. 65 ss.; V. MEZZOLLA, *Op. cit.*, p. 15.

⁹⁸ Il profilo di incompatibilità non si pone, dunque, tanto a livello nazionale – ossia con l'art. 25 Cost., che, peraltro, come ribadito dalla Corte costituzionale trova applicazione solo nei procedimenti interni – quanto con il principio di precostituzione comune sia alla norma costituzionale che a quella europea. In questa prospettiva, la giurisprudenza costituzionale, in un'eventuale questione di legittimità costituzionale che coinvolgesse la normativa di trasposizione della Decisione quadro 2009/948/GAI, sarebbe chiamata a tener conto della rilevanza transnazionale assunta dal canone di precostituzione a seguito dell'avvento dell'art. 47, § 2 CDFUE.

Ad oggi, quindi, l'unico rimedio che rappresenta una tutela *effettiva*, anche se solo *ex post*, per la sfera giuridica dell'individuo sottoposto a procedimenti paralleli è il *ne bis in idem*.

3. Il principio del *ne bis in idem* europeo.

Il *ne bis in idem* è tradizionalmente espressione di un principio di civiltà giuridica: nessuna persona dovrebbe essere infatti sottoposta ad una duplice sanzione o anche solo ad un duplice procedimento penale, per lo stesso reato⁹⁹.

Il portato garantistico di questa tutela si manifesta, oltre che a livello interno, anche sul piano internazionale dove il divieto di un secondo processo «risalta in quanto tale e autonomamente»¹⁰⁰, come dimostra la sua consacrazione sia all'art. 14, § 7 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, come anche all'art. 4 del Protocollo 7 CEDU¹⁰¹.

⁹⁹ Nella sua accezione “classica” il *bis in idem* trova infatti le sue ragioni d'essere nei principi di certezza del diritto, di equità e di proporzionalità (tanto processuale, quanto sostanziale). Per un approfondimento sul punto cfr. A. WEYMBERGH – 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 (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 192-193; cfr., inoltre, C. AMALFITANO, sub *art. 50 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1016-1018; T. RAFARACI, *Ne bis in idem (voce)*, cit., p. 857 ss.; E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., p. 403 ss., ma anche F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Il principio del ne bis in idem*, in IID., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 67 ss. Individua le radici di questo principio nella civiltà della Grecia antica, W. SCHOMBURG, *Criminal Matters: transnational ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdiction – transfer of proceedings*, in *Era Forum*, 3/2012, p. 312.

¹⁰⁰ T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2007, p. 622. In ordine al *ne bis in idem* internazionale, cfr. N. GALANTINI, *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984; M. PISANI, *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 553 ss.

¹⁰¹ Come è stato autorevolmente notato, «*the IHRL ne bis in idem principle is unable to offer international or transnational protection for the principle. (...) We can underline that the binding effect of the IHRL is limited to every single jurisdiction and that the effect of the IHRL ne bis in idem principles cannot be qualified as offering equivalent protection in the EU*». In termini, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht law Review*, 9/2013, pp. 214-215.

Entrambi questi documenti, però, obbligano i Paesi firmatari a rispettare il principio solo all'interno dei loro ordinamenti e non nei rapporti interstatuali¹⁰².

La ritrosia degli Stati a riconoscere gli effetti di una sentenza penale straniera si fonda, essenzialmente, su ragioni di sovranità punitiva: la rinnovazione del giudizio in *idem* è infatti sinonimo del «primato della giurisdizione che non abdica alla repressione di fatti pur avvenuti fuori dai confini»¹⁰³.

Di ciò ne è prova la tradizionale assenza a livello internazionale sia di disposizioni di carattere generale che sanciscano il divieto di un secondo giudizio in *idem*, sia di norme consuetudinarie che, ripartendo la giurisdizione tra i vari Stati, sarebbero in grado di prevenire la violazione del principio *de quo*¹⁰⁴.

In questa prospettiva, una valenza transnazionale del *ne bis in idem* può essere naturalmente invocabile sulla base di Convenzioni internazionali o di Accordi

¹⁰² T. RAFARACI, *Op. ult. cit.* Indicativo è sul punto l'art. 4 del Protocollo 7. Questo, infatti, non prevede l'applicazione transnazionale del *ne bis in idem* ma impone che lo stesso venga rispettato all'interno dei singoli Stati firmatari. Su questa disposizione cfr., per tutti, S. ALLEGREZZA, sub art. 4 Prot. 7 (*commento*), in (a cura di) S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2011, p. 894 ss. Come è stato rilevato, questa disposizione è il frutto di un compromesso tra la tradizione giuridica continentale, legata al dogma del giudicato e quella anglosassone, ispirata al divieto di *double jeopardy*. Sul punto, cfr. S. ALLEGREZZA, sub art. 4 Prot. 7 (*commento*), cit., p. 895. Esempio paradigmatico della prima prospettiva è il caso italiano, in cui il *ne bis in idem* funge da «espedito pratico che sottrae il singolo ad una teoricamente illimitata possibilità di persecuzione penale e, quindi, all'arbitrio incondizionato dell'organo punitivo». In termini, G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 144. Per un'analisi delle tradizioni giuridiche di *civil law* e *common law* in materia di *ne bis in idem*, cfr. C.-F. STUCKENBERG, *Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common Law, and Civil Law Jurisdictions*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, cit., p. 458 ss.

¹⁰³ In questi termini E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 511. Nel contesto internazionale, infatti, «il timore di una eventuale impunità e il radicato principio della supremazia della sovranità territoriale, hanno comunque e da sempre costituito il fondamento della tesi contraria al divieto di doppio processo». In termini, N. GALANTINI, *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 10/2004, p. 3474 ss.

¹⁰⁴ Su questo profilo, cfr. C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 31-35. Da questo punto di vista, stante l'assenza di criteri vincolanti per il riparto della giurisdizione fra i vari Paesi, l'affermazione di un principio transnazionale del *ne bis in idem* tutelerebbe, anche se solo *ex post*, la sfera giuridica del soggetto: difatti egli dovrebbe sottostare alla punizione dello Stato che per primo ha condotto a termine un procedimento penale, secondo la logica del *first come, first served*. È evidente come si tratti di una tutela minima, ma nell'assenza di strumenti in grado di ripartire la giurisdizione a livello internazionale, questa strada rappresenta il «male minore» per l'individuo.

in grado di proteggere il soggetto da prosecuzioni multiple da parte di più Stati¹⁰⁵.

Questa è stata la via imboccata da alcuni ordinamenti europei negli ultimi decenni dello scorso secolo. Grazie anche all'impulso del Consiglio d'Europa, a partire dagli anni Settanta, alcune nazioni hanno stipulato diversi strumenti pattizi che, tra le altre cose, gradualmente proiettavano le garanzie sottese al *principio de quo* su un piano transnazionale¹⁰⁶.

Un forte impulso in tale direzione è stato dato dalla sottoscrizione della Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen del 1985¹⁰⁷.

Questa – scaturita al di fuori del contesto della Comunità europea, dalla volontà di alcuni di Stati¹⁰⁸ di promuovere una più stretta collaborazione¹⁰⁹ –

¹⁰⁵ Come è stato rilevato, «il diffuso inserimento del principio del *ne bis in idem* nelle convenzioni bilaterali o, più di frequente, multilaterali di cooperazione e assistenza giudiziaria ha consentito il diffondersi una cultura selettiva della giurisdizione, esaltando il valore garantista del divieto di un secondo giudizio sull'*idem factum*». Allo stesso tempo, però, «l'esigenza di garanzia insita nella preclusione al nuovo giudizio è rimasta, in questo quadro, in secondo piano, schiacciata dal peso delle esigenze repressive di cui gli stessi strumenti di cooperazione internazionale erano frutto». In termini, E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, cit., pp. 512-514.

¹⁰⁶ Il riferimento è, in *primis*, alla Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970, adottata a L'Aja il 28 maggio 1970. Come è stato osservato, «accanto al *ne bis in idem* propriamente detto (art. 53), veniva prevista, in via residuale, in caso di procedimento nei confronti di persona già condannata per lo stesso atto, la regola della deduzione della pena già sofferta da quella che dovesse essere imposta (art. 54), e venivano invitati gli Stati contraenti a prevedere norme che consentissero la considerazione dei precedenti (artt. 56 e 57)». In termini, T. RAFARACI, *Op. ult. cit.*, p. 623, *sub* nt. 8. A tal proposito è stato osservato che «a tale documento pattizio può indubbiamente ascriversi il pregio di rappresentare il primo, e tutt'altro che timido, tentativo di introdurre sul piano sovranazionale una regolamentazione organica del *ne bis in idem*». In questi termini, S. FASOLIN, *Op. cit.*, pp. 102-103. In secondo luogo, va ricordata la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee relativa all'applicazione del *ne bis in idem* adottata a Bruxelles il 25 maggio 1987, il cui articolo 1 si esprime nei seguenti termini: «Una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in uno stato membro non può essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un altro stato membro 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 di condanna, non possa più essere eseguita». Va però precisato come l'art. 2 consentisse, in tutta una serie di ipotesi, di derogare all'art. 1. Sul punto cfr., *funditus*, S. FASOLIN, *Op. cit.*, pp. 105-106.

¹⁰⁷ Ivi adottata il 19 giugno 1990. Sul punto cfr., N. GALANTINI, *Ne bis in idem nello Spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in (a cura di) T. RAFARACI, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 231 ss. (in ptc. p. 234 ss.). Sul cammino che ha condotto agli accordi di Schengen, cfr. M. BÖSE, *The Transnational Dimension of the ne bis in idem Principle and the Notion of res iudicata in the European Union*, in M. BÖSE – M. BOHLANDER – A. KLIP – O. LAGODNY (Eds.), *Justice Without Borders Essays in Honour of Wolfgang Schomburg*, Brill, Leiden, p. 51 ss.

conteneva una serie di previsioni che regolavano il divieto di *bis in idem* tra i Paesi firmatari (art. 54-58 CAAS).

La rilevanza di tale strumento si deve, oggi, soprattutto al fatto che, con il Trattato di Amsterdam, l'*acquis* di Schengen veniva "comunitarizzato"¹¹⁰. Ciò ha consentito alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulle norme dell'Accordo favorendo, così, una loro uniforme interpretazione su tutto il territorio dell'Unione¹¹¹.

Questo traguardo rappresenta il frutto di una mutata sensibilità in ambito europeo, nel quale hanno preso sempre più il sopravvento le istanze garantiste sottese al principio¹¹².

Da un lato, infatti, per la cultura giuridica europea, tanto di *common law* quanto di *civil law*, la duplicità di processo costituisce *di per sé* una doppia pena¹¹³.

¹⁰⁸ Le nazioni firmatarie della Convenzione sono state: il Belgio, il Lussemburgo, i Paesi Bassi, la Germania, la Francia. A questi si sono uniti a successivamente Italia, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, Danimarca, Finlandia e Svezia.

¹⁰⁹ Cfr., sul punto, S. FASOLIN, *Op. cit.*, p.107.

¹¹⁰ «*The result was that the Schengen ne bis in idem of Chapter 3 CISA became a transnational ne bis in idem principle for the Union in the area of justice and home affairs (third pillar), being part of the area of freedom, security and justice*». Così, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 219. È stato sottolineato come «a partire da quel momento, il giudicato penale gode di un'eccezionale efficacia espansiva, in quanto autorizzato ad estendere la propria portata negativa oltre i confini nazionali e in modo indipendente dalla fattispecie di reato oggetto degli accertamenti *de eadem re et personis*». In termini, S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 108. Inoltre, nella prospettiva della cooperazione giudiziaria, «l'incorporazione dell'*acquis* trasforma la cooperazione intergovernativa in integrazione, confermando lo stretto nesso con la libera circolazione delle persone: libertà fondamentale che non può essere ostacolata dal rischio che una persona subisca un nuovo giudizio, per gli stessi fatti, in un altro Stato membro». Così, B. NASCIBENE, *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *ArchivioDPC*, 2 maggio 2018, p. 10.

¹¹¹ Sul punto cfr. S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 108.

¹¹² Infatti, le letture che limitavano la portata applicativa del principio entro i confini nazionali sono divenute recessive nel panorama europeo. In questa prospettiva, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si osservava come «pare farsi largo la consapevolezza che il peso vieppiù crescente assunto dai diritti umani sulla scena internazionale, la dimensione transfrontaliera dell'odierna criminalità e l'aumento delle ipotesi di ricorso, da parte degli Stati, al c.d. principio di ubiquità e a criteri extraterritoriali di esercizio della giurisdizione penale, rendono improcrastinabile una soluzione del problema della tutela dell'individuo dai rischi di doppio giudizio». Così, R. CALÒ, *Op. cit.*, pp. 1137-1138.

¹¹³ Sulla teoria che il processo costituisca già di per sé una pena non può che rimandarsi alle magistrali pagine di F. CARNELUTTI, *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 161 ss.; ID., *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 54 ss. Questo problema si complica nella dimensione transnazionale, nella quale l'imputato oltre al rischio di un duplice processo deve guardarsi anche dalla possibilità che ogni Stato lo condanni in ossequio alle proprie fattispecie incriminatrici. Sul punto, cfr. N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti*

Dall'altro, la costruzione di uno Spazio comune di libertà sicurezza e giustizia (SLSG) necessita della garanzia del *ne bis idem*. Affinché la libertà di movimento sia *effettiva*, il cittadino europeo deve essere posto al riparo dal pericolo di un *bis in idem*¹¹⁴.

Allo stesso tempo, il divieto in parola viene ad intrecciarsi con il principio del mutuo riconoscimento, collante dello SLSG. Dare infatti cittadinanza al *ne bis in idem* all'interno dell'Unione significa affermare la libera circolazione del prodotto giudiziario: la sentenza che, emessa dal giudice di uno Stato membro, deve essere riconosciuta dal magistrato di un altro Paese UE¹¹⁵.

La valenza transnazionale del *ne bis in idem* è stata ufficialmente riconosciuta con il Trattato di Lisbona che ha conferito valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al cui interno l'art. 50 disciplina appunto il divieto *de quo*¹¹⁶.

Proprio grazie all'avvento dell'art. 50, le disposizioni della CAAS (artt. 54-58) possono essere ora inquadrare alla stregua di specificazioni del primo che, nel sancire il divieto di *bis in idem*, lo eleva al «rango di norma primaria nell'ordinamento dell'U.E. al pari dei Trattati»¹¹⁷.

Per l'art. 50 CDFUE «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»¹¹⁸.

eurounitarie questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2015, p. 1378.

¹¹⁴ Se così non fosse, la mera possibilità di essere processato due volte per il medesimo fatto potrebbe indurre il cittadino europeo a limitare i suoi spostamenti. Sul punto cfr. M. LUCHTMAN, *Transnational law enforcement in the European Union and the Ne bis in idem principle*, in *Review of european administrative law*, 4/2011, p. 12 ss.

¹¹⁵ Cfr. sul punto, G. DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'U.E.: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 3/2006, p. 1176 ss.; ma anche T. RAFARACI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, cit. p. 625. Come è stato osservato, «In several of its rulings, the CJEU has in particular relied on mutual trust, which underpins the principle of mutual recognition, to give the principle an extensive interpretation». In termini, A. WEYMBERGH – I. ARMADA, *The principle of ne bis in idem in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 193.

¹¹⁶ Come osservato in dottrina, «This development was only a consequent extension of the idea of mutual recognition in criminal matters within the European Union, treating the individual as an inhabitant in one single area of justice». In termini, W. SCHOMBURG, *Op. ult. cit.*, p. 314.

¹¹⁷ Cfr. C. AMALFITANO, sub *art. 50 CDFUE (commento)*, cit., p. 1018.

¹¹⁸ Corsivo nostro. Questa norma è stata efficacemente definita «the “prototype” of a transnational procedural rights». Così M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 148.

Tale formulazione rappresenta, senza ombra di dubbio, un passo in avanti rispetto all'art. 54 CAAS¹¹⁹.

Mentre quest'ultima disposizione fa riferimento al solo processo penale *stricto sensu*¹²⁰, mirando ad evitare forme di impunità e dissimulando la matrice statocentrica del principio¹²¹, l'art. 50 CDFUE amplia il raggio d'azione del divieto a tutte le sanzioni punitive¹²² ed appresta una garanzia transnazionale per il soggetto, tutelandolo, non solo da una duplice condanna, ma già da un doppio procedimento (indipendentemente dall'esito) scaturito da un medesimo fatto criminoso.

Ciò è espresso a chiare lettere nelle Spiegazioni relative alla Carta¹²³, a detta della quali «la regola «*ne bis in idem*» non si applica solo all'interno della

¹¹⁹ Venendo al contenuto della Convenzione, l'art. 54 dispone che «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». Come è stato osservato, «*The added value of Article 54 CISA is that this article assures the application of the ne bis in idem principle, independently of any accompanying provisions concerning harmonization of substantive or procedural criminal law or the law on cooperation in criminal matters (including choice of jurisdiction). In other words, Article 54 CISA is a legal rule which does not allow an inquiry into justifications for multiple prosecutions for the same offences*». Così, M. LUCHTMAN, *Transnational law enforcement in the European Union and the Ne bis in idem principle*, cit., pp. 14-15.

¹²⁰ Cfr. M. LUCHTMAN, *Transnational law enforcement in the European Union and the Ne bis in idem principle*, cit., p. 6.

¹²¹ Matrice che emerge con icastica evidenza dall'art. 55 il quale consente agli stati di apporre, nei casi ivi previsti, riserve in sede di approvazione o ratifica della Convenzione.

¹²² Come è stato osservato, «*Article 50 of the Charter would apply to all punitive sanctions, regardless of whether the case involved administrative or criminal law, or application in a national or transnational context, thereby emphasising that, also in a system of indirect enforcement, the consequences of the national choice for a certain enforcement system are not entirely at the Member States' 'unbridled discretion', but are regulated by legal principles*». In termini, M. LUCHTMAN, *Op. ult. cit.*, p.20. Cfr., inoltre, M. LUCHTMAN – J. A. E. VERVAELE, *Enforcing the market abuse regime: towards an integrated model of criminal and administrative law enforcement in the European Union?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 5(2)/2014, pp. 192-220 (in ptc. p. 214). Sul punto cfr. Corte di giustizia, Grande sezione, 23 febbraio 2013, *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, (in ptc. §§ 34-35) sulla quale cfr. 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*, 6/2013, pp. 113-134. Come osservato dall'A. «*Moreover, the reach of article 50 CFR is not limited to the jurisdiction of every single Member States, as it is the case with article 4 ECHR-PR 7. This means that article 50 CFR has also transnational effect in the integrated legal order of the EU. This means that Member States will have to face the transnational application of ne bis in idem for all punitive sanctioning in the EU when implementing and enforcing EU law*». *Ivi*, p. 133. Per un quadro d'insieme, cfr. G. LASAGNI, *Op. ult. cit.*, p. 41 ss.

¹²³ *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, (2007/c 303/02), in G.U.U.E. del 14 dicembre 2007, p. 31 s. In questo senso è stato osservato che «Dalla stessa formulazione letterale dell'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. emerge una connotazione in senso

giurisdizione di uno stesso Stato, ma anche tra giurisdizioni di più Stati membri»¹²⁴.

Infine, nella formulazione dell'art. 50 CDFUE viene meno la c.d. condizione di esecuzione, presente all'art. 54 CAAS: per far scattare la garanzia sottesa al principio non è più necessario che la pena sia stata già eseguita, sia in corso di esecuzione o non possa essere più eseguita¹²⁵.

In estrema sintesi, l'art. 50 eleva il *ne bis in idem* a principio generale del diritto UE, applicabile tanto a livello interno, quanto nelle relazioni interstatuali e sancisce il passaggio dal divieto di doppia pena al divieto di doppio giudizio¹²⁶.

Vendendo all'*ubi consistam* del principio, occorre tracciare il perimetro applicativo tanto del *bis* quanto dell'*idem*.

maggiormente «garantista» rispetto alle precedenti affermazioni del principio (...). In tal modo, dunque, l'art. 50 Carta stabilisce inequivocabilmente che il principio del *ne bis in idem* viene ad operare non solo all'interno della ristretta sfera territoriale di un medesimo Stato, ma anche con riferimento all'intero territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, assurgendo a principio generale del diritto comunitario, a norma dell'art. 6, par. 2, T.U.E.». In termini, G. DE AMICIS, *Il principio del ne bis in idem europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della Corte di giustizia*, in *Giur. merito*, 12/2009, p. 3182.

¹²⁴ Come è stato evidenziato, «Dalla stessa formulazione letterale dell'art. 50 Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. emerge una connotazione in senso maggiormente «garantista» rispetto alle precedenti affermazioni del principio (...) In tal modo, dunque, l'art. 50 Carta stabilisce inequivocabilmente che il principio del *ne bis in idem* viene ad operare non solo all'interno della ristretta sfera territoriale di un medesimo Stato, ma anche con riferimento all'intero territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, assurgendo a principio generale del diritto comunitario, a norma dell'art. 6, par. 2, T.U.E.». In termini, G. DE AMICIS, *Op. ult. cit.*, p. 3182. In questo contesto, «Article 50 CFREU became a binding fundamental right with a transnational reach in the EU». Così, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 220. Di contro, l'art. 4 Prot. 7, come emerge dal testo della norma, ha una valenza nazionale, obbligando gli Stati aderenti al protocollo a prevedere, nelle loro legislazioni interne, norme a presidio del principio *de quo*.

¹²⁵ Sull' attuale vigenza di questa condizione la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi nel caso *Spasic* (Corte di giustizia, Grande Sezione, 27 maggio 2014, C-129/14 PPU) su cui cfr. *infra*.

¹²⁶ Su questa parabola, per maggiori approfondimenti, cfr. L. LUPÁRIA, *La litispendenza internazionale. Tra Ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, cit., pp. 60-82. Per l'A., il *ne bis in idem* «non può allora che tradursi, nell'ottica della litispendenza che qui ci occupa, in un diritto dell'accusato all'unicità della giurisdizione. (...) Si potrebbe allora affermare che, tra le varie sfaccettature che compongono il prisma del principio *ne bis in idem*, è proprio quella che si estrinseca come divieto di molteplici litispendenze o, se vogliamo, quale diritto ad una singolarità di persecuzione, a rappresentare la natura più puramente espressiva del diritto naturale a non essere processati in *idem*». *Ivi*, pp. 81-82. È stato, inoltre, evidenziato come «il divieto di doppio processo enunciato dalla Carta di Nizza appare, dunque, di più ampia portata rispetto alle formulazioni precedenti dal momento che le vicende esecutive che seguono alla prima condanna non assumono alcuna rilevanza». In termini, S. FASOLIN, *Op. cit.*, pp. 124-125.

Quest'attività ha rappresentato il profilo centrale di molteplici sentenze che hanno impegnato i giudici del *Kirchberg* all'indomani della comunitarizzazione dell'*acquis* di Schengen¹²⁷.

Ancor prima dell'entrata in vigore della Carta europea, sotto l'egida degli articoli 54-58 CAAS, la Corte aveva avuto modo di precisare la portata sia dell'elemento del *bis* (casi *Gözütok and Brügger*¹²⁸, *Miraglia*¹²⁹ e *Kretzinger*¹³⁰) che dell'*idem* (casi *Gasparini*¹³¹, *Van Esbroeck*¹³² e *Kraaijenbrink*¹³³).

In ordine al primo requisito, la Corte ha affermato che bisogna trovarsi al cospetto di un provvedimento definitivo che abbia esaminato il merito della vicenda (cfr. *Gözütok and Brügger* §§ 25-31¹³⁴); non è dunque sufficiente una c.d. "sentenza di rito"¹³⁵. Detto altrimenti, per la Corte di giustizia bisogna andare al di là delle etichette interne, verificando se vi sia stato un accertamento nel merito della colpevolezza dell'imputato.

¹²⁷ È infatti grazie al recepimento dell'*acquis* operato con il Trattato di Amsterdam che la Corte di giustizia acquisisce la competenza a pronunciarsi sulle disposizioni contenute nell'accordo. Ciò «assicura, così, soluzioni uniformi e scongiura il rischio di imbrigliare il ne bis in idem in opzioni ermeneutiche differenti nei diversi ordinamenti interni». In termini, S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 108.

¹²⁸ Corte di giustizia, 11 febbraio, 2003, cause riunite C-187/01 e C-385/01. Questa, peraltro, rappresenta la prima sentenza pronunciata dalla Corte su atti del Terzo Pilastro.

¹²⁹ Corte di giustizia, 10 marzo 2005, C-469/03.

¹³⁰ Corte di giustizia, 18 luglio 2007, C-288/05

¹³¹ Corte di giustizia, 28 settembre 2006, C-467/04.

¹³² Corte di giustizia, 9 marzo 2006, C-436/04. In tale occasione la Corte, prendendo posizione sul requisito dell'*idem*, ha affermato che «L'art. 54 della stessa Convenzione dev'essere interpretato nel senso

che: il criterio pertinente ai fini dell'applicazione del citato articolo è quello dell'*identità dei fatti materiali*, inteso come esistenza di un insieme di fatti inscindibilmente collegati tra loro, indipendentemente dalla qualificazione giuridica di tali fatti o dall'interesse giuridico tutelato» (§ 42, corsivo nostro).

¹³³ Corte di giustizia, 18 luglio 2007, C-367/05.

¹³⁴ In questo caso la Corte ha ritenuto che il provvedimento di transazione concordato tra imputato e PM, nonostante non vi fosse un provvedimento di "validazione" del giudice, avesse efficacia preclusiva. Di contro, nel caso *Miraglia* la Corte ha affermato che un provvedimento di archiviazione per litispendenza non ha efficacia preclusiva in quanto non ha sindacato nel merito le condotte di reato. Sulla vicenda cfr., *supra*, Cap. 1, § 6, in ptc. *sub ntt.* 128-129.

¹³⁵ Soprattutto in seguito alla *querelle Taricco*, va rilevato come la Corte di giustizia nel caso *Gasparini* avesse considerato definitiva una sentenza di assoluzione per avvenuta prescrizione del reato, considerando, contrariamente a quanto avvenuto in *Taricco*, la prescrizione un istituto sostanziale e non processuale. Sul punto cfr. C. AMALFITANO, *sub art. 50 CDFUE (commento)*, cit., p. 1022.

Per ciò che concerne l'*idem*, è sufficiente un'identità fattuale e non giuridica¹³⁶: occorre essere in presenza della medesima condotta, anche se diversamente qualificata nei singoli ordinamenti nazionali, commessa dagli stessi soggetti già giudicati con sentenza definitiva (cfr. sentenza *Gasparini*, §§ 34-37).

Quello della Corte è, come rilevato, un «approccio sostanzialistico» che consente un'applicazione generalizzata del principio, stante l'assenza di una completa armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri¹³⁷.

Tale impostazione è rimasta immutata anche a seguito dell'entrata in vigore della Carta, nonostante questa abbia sostituito i «medesimi fatti» (*ex art. 54 CAAS*) con il termine «reato»¹³⁸.

La nozione di *idem* è stata considerata quale nozione autonoma del diritto UE¹³⁹ e, con riguardo alla nozione di *bis*, è stato confermato che per valutare la

¹³⁶ Riprendendo le parole della sentenza *Kraaijenbrink*, «i giudici nazionali competenti devono accertare se i fatti materiali dei due procedimenti costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto (...) Ne deriva che nel valutare la nozione di «medesimi fatti» ai sensi dell'art. 54 della CAAS bisogna partire dal prendere in considerazione globalmente i comportamenti illeciti concreti che hanno dato luogo a un procedimento penale dinanzi a giudici dei due Stati contraenti. Pertanto, l'art. 54 della CAAS può trovare applicazione solo allorché il giudice dinanzi al quale pende il secondo procedimento penale constata che i *fatti materiali*, dati i loro collegamenti nel tempo, nello spazio e per oggetto, *costituiscono un insieme inscindibile*» (§§ 27-28, corsivo nostro). Va qui rilevato come l'impostazione della Corte di giustizia sia stata seguita successivamente anche dalla Corte Edu. Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin v. Russia* (in pct. §§ 78-84).

¹³⁷ In questo senso, cfr. C. AMALFITANO, sub *art. 50 CDFUE (commento)*, cit., p. 1019.

¹³⁸ Mentre, infatti, ai sensi dell'art. 50 CDFUE «Nessuno può essere perseguito o condannato per un *reato* (...)», l'art. 54 CAAS afferma che «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* (...)». Come è stato osservato, «un *revirement* ermeneutico sarebbe, del resto, apparso come un arretramento (...) volto a negare la *ratio* stessa sottesa al principio; la continuità interpretativa rispetto all'art. 54 CAAS sembra invece correttamente confermare l'essenza del *ne bis in idem* come diritto fondamentale dell'individuo». *Ivi*, p. 1020.

¹³⁹ Cfr. Corte di giustizia, 16 novembre 2010, Grande sezione, C-261/09, *Mantello*, § 38. In tale prospettiva, è stato autorevolmente affermato che «*The result is in concreto that the idem definition based on idem factum is now the standard not only for CISA cases but also for MLA and MR cases and has also become the standard under Article 4 of Protocol 7 ECHR. It is thus clear that Article 50 CFREU can here rely on a common approach in the area of freedom, security and justice*». In termini, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 228. Per una disamina approfondita in ordine all'*idem factum* così come interpretato dalla Corte di giustizia, cfr. S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 169 ss.

definitività di una sentenza occorre, invece, far riferimento alla legislazione nazionale¹⁴⁰.

Se sui presupposti tanto del *bis* quanto dell'*idem*, l'entrata in vigore dell'art. 50 CDFUE non ha quindi provocato cambi di rotta nella giurisprudenza europea¹⁴¹, non si può dire lo stesso in ordine a due profili che intrecciano la presente prospettiva di ricerca: la vigenza della c.d. clausola di esecuzione¹⁴² e le deroghe previste dall'art. 55 CAAS¹⁴³.

In ordine al primo profilo, la Corte ha confermato la vigenza della clausola di esecuzione *ex art. 54 CAAS* nella citata sentenza *Spasic*¹⁴⁴.

La Corte è giunta a tale conclusione a seguito di un confronto tra l'art. 54 CAAS e l'art. 52, § 1, CDFUE, a detta del quale, ogni limitazione dei diritti riconosciuti dalla Carta è legittima solo in quanto proporzionata.

¹⁴⁰ Corte di giustizia, 16 novembre 2010, *Mantello*, cit., § 46. Come è stato osservato, la Corte di giustizia «ha legato il carattere definitivo della sentenza all'efficacia estintiva dell'azione penale nell'ordinamento che l'ha emessa». In termini, S. FASOLIN, *Op. cit.*, p. 185 ss. Diversamente che per il presupposto dell'*idem*, la giurisprudenza della Corte di giustizia non ha mai enucleato una nozione autonoma del *bis*, ma si è limitata «ad individuare uno *standard* comune espressione del bilanciamento tra esigenze repressive e garanzie individuali». *Ivi*, p. 188.

¹⁴¹ Come precisato *supra*, la nostra prospettiva esula da altri profili del *bis in idem*, quale ad esempio il doppio binario sanzionatorio, dove invece l'interpretazione dei presupposti del principio sta subendo notevoli cambiamenti.

¹⁴² Questa è contenuta nell'articolo 54 CAAS che lega l'operatività del divieto di *bis in idem* alla 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». Questa clausola non è invece presente nell'art. 50.

¹⁴³ A detta del quale «1. Una Parte contraente può, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente convenzione dichiarare di non essere vincolata dall'articolo 54 in uno o più dei seguenti casi: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte. In quest'ultimo caso questa eccezione non si applica se i fatti sono avvenuti in parte sul territorio della Parte contraente nel quale la sentenza è stata pronunciata; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un reato contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quella Parte contraente; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quella Parte contraente in violazione dei doveri del suo ufficio. 2. Una Parte contraente che effettua una dichiarazione in relazione all'eccezione menzionata nel paragrafo 1, lettera b) preciserà le categorie di reati per le quali tale eccezione può essere applicata. 3. Una Parte contraente potrà in ogni tempo, ritirare la dichiarazione relativamente ad una o più delle eccezioni di cui al paragrafo 1. 4. Le eccezioni che sono state oggetto di una dichiarazione ai sensi del paragrafo 1 non si applicano quando la Parte contraente di cui si tratta ha, per gli stessi fatti, richiesto l'instaurazione del procedimento penale all'altra Parte contraente o concesso estradizione della persona in questione».

¹⁴⁴ Cfr., *supra*, *sub* nt. 125.

I giudici del *Kirchberg* hanno affermato che l'art. 54 CAAS rispetta il contenuto essenziale del *ne bis in idem*: seguendo il sindacato triadico di idoneità (§ 64), necessità (§ 72) e proporzionalità in senso stretto (§ 73), hanno infatti riconosciuto la proporzionalità della condizione esecutiva. Questa, pur limitando la portata garantista del divieto, evita spazi di impunità nello SLSG¹⁴⁵.

Dal *reasoning* della Corte sembra quindi emergere che le istanze di tutela del singolo siano recessive rispetto a quelle della collettività e, più in generale, a quelle dell'Unione (*ex art. 67 TFUE*)¹⁴⁶.

La Corte, peraltro, con questa sentenza, circoscriveva meglio i contorni della definitività del provvedimento utile a far scattare il divieto del *bis in idem*, affermando che «il solo pagamento della sanzione pecuniaria penale, inflitta ad una persona che con la medesima decisione di un giudice di un altro Stato membro sia stata condannata ad una pena detentiva che non è stata eseguita, non consente di considerare che la sanzione sia stata eseguita o sia in corso di esecuzione ai sensi di tale disposizione»¹⁴⁷.

In ordine al secondo controverso profilo, emerso a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 50 CDFUE, quello della vigenza delle deroghe di cui all'art. 55 CAAS, ci si è chiesti come possa conciliarsi l'affermazione di un principio generale di *ne bis in idem*, se poi quest'ultimo può essere derogato discrezionalmente dai singoli Stati. Detto altrimenti, bisogna anche in questo caso valutare se l'art. 55 CAAS sia compatibile con l'art. 52, § 1 della Carta.

¹⁴⁵ Sul punto si rimanda all'approfondita analisi svolta da N. RECCHIA, *Op. ult. cit.*, p. 1388 ss.

¹⁴⁶ Da questo punto di vista sembra, infatti, che la Corte sia ritornata ad un'accezione del *bis in idem* legata, in primo luogo, ad istanze di sovranità: una sovranità eurounitaria, beninteso, ma che a nostro modo di vedere cozza con il divieto di secondo giudizio, quale diritto fondamentale della persona, consacrato dall'avvento dell'art. 50 CDFUE.

¹⁴⁷ § 85. A tal proposito occorre ricordare come in una sentenza coeva la Corte avesse affermato che per considerare una persona «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*. Così, Corte di giustizia, 5 giugno 2014, C-398/12, *M* (§ 33). In merito a questa pronuncia, cfr., *funditus, supra, sub* Cap. 1, § 6.

La dottrina sul punto è divisa: se infatti la maggioranza degli autori è favorevole al superamento delle eccezioni in parola¹⁴⁸, altri hanno un atteggiamento più cauto, auspicando una presa di posizione da parte della Corte di giustizia¹⁴⁹.

Un *assist* ai giudici di Lussemburgo era arrivato dall'*Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Tribunale regionale superiore di Amburgo) che nel caso *Kossowski*¹⁵⁰ aveva sollevato due questioni pregiudiziali.

Con la prima, era chiesto alla Corte «Se le riserve formulate dalle parti contraenti all'atto della ratifica della CAAS ai sensi dell'articolo 55, paragrafo 1, lettera a), della CAAS – in particolare la riserva [relativa all'articolo 54 della CAAS] – continuino a valere dopo il trasferimento dell'*acquis* di Schengen nel contesto normativo dell'Unione con il [protocollo (n. 2) che integra l'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea], mantenuto dal [protocollo (n. 19) sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea]; se tali

¹⁴⁸ Per tutti, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., pp. 228-229. Afferma l'A. che «*The Article 54 CISA and Article 50 CFREU ne bis in idem principles do not depend on the harmonization of substantive procedural criminal law or on applicable schemes of MLA or MR cooperation. It is a fundamental right that is no longer connected to the respective jurisdictions of each Member State and thus creates subjective rights for EU citizens and legal persons in the Union. (...) The fundamental right to ne bis in idem is of course not absolute and can be restricted. The restrictions must however be clearly foreseeable and serve a legitimate aim in the area of freedom, security and justice in the EU. It is not enough that they serve that aim in the single jurisdiction of one Member State. For this reason the EU Member States must be compelled to set aside the reservations and to elaborate a common European scheme, and/or the ECJ has to clarify the legal situation from the common EU perspective*». Nella stessa prospettiva, autorevole dottrina afferma che le eccezioni di cui all'art. 55 non rispettino il principio di proporzionalità *ex* art. 52 § 1 CDFUE motivo per il quale non sarebbero legittime. In questo senso cfr. M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., pp. 148-151.

¹⁴⁹ Cfr. C. AMALFITANO, sub *art. 50 CDFUE*, cit., p. 1026; ID., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giur. merito*, 7-8/2012, p. 1610 ss.

¹⁵⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, 29 giugno 2016, C-486/14. Per un commento alla sentenza cfr. A. MARLETTA, *A new course for mutual trust in the AFSJ? Transnational ne bis in idem and the determination of the merits of the case in Kossowski*, in *New Journal of European Criminal Law*, 8(2)/2017, pp. 108-115. Difatti, come rilevato in dottrina, la Corte, rifacendosi all'orientamento già espresso nel caso *Miraglia*, ha legato l'applicazione dell'art. 54 CAAS a due condizioni: (a) la presenza di un provvedimento passato in giudicato nel primo Stato, il quale abbia esaminato il merito della vicenda (b). Sul punto cfr. M. BÖSE, *The Transnational Dimension of the ne bis in idem Principle and the Notion of res iudicata in the European Union*, cit., pp. 58-59.

eccezioni costituiscono limitazioni proporzionate all'articolo 50 della Carta ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima».

In caso di risposta negativa al primo quesito, il Tribunale tedesco poneva alla Corte una seconda questione: se «il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 54 della CAAS e all'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che osta all'esercizio dell'azione penale nei confronti di un accusato in uno Stato membro – nel caso di specie in Germania – quando il procedimento penale avviato a suo carico in un altro Stato membro – nel caso di specie in Polonia – è stato archiviato dalla procura per motivi oggettivi in virtù della carenza di elementi di prova sufficienti – senza l'adempimento di condizioni sanzionatorie e senza indagini dettagliate – e può essere riaperto soltanto ove emergano circostanze essenziali, prima sconosciute, senza che tali nuove circostanze sussistano tuttavia nello specifico».

I giudici di Lussemburgo hanno, però, invertito l'ordine delle questioni, rispondendo negativamente al secondo quesito.

Nel procedimento principale, secondo la Corte, non si era dinnanzi ad un provvedimento definitivo idoneo a far scattare la garanzia del *ne bis in idem*, in quanto lo stesso era caratterizzato dall'assenza di «un'istruzione approfondita» (§ 53). Il divieto del *bis in idem* non trovava dunque applicazione nel caso di specie.

Ciò faceva, però, venir meno il rilievo della prima questione, sulla quale la Corte non ha quindi preso posizione, lasciando così irrisolta la questione della operatività delle eccezioni di cui all'art. 55 CAAS¹⁵¹.

Ad una visione d'insieme, è possibile individuare il *fil rouge* che lega le pronunce della Corte di giustizia in una nuova visione del *ne bis in idem*. Questo, spogliato della sua matrice statocentrica, si proietta in una dimensione eurounitaria, fungendo da diritto fondamentale della persona nel campo della cooperazione giudiziaria e, più in generale, nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁵².

¹⁵¹ Sul punto, in chiave critica, cfr. C. AMALFITANO, *Op. ult. cit.*, p. 1026.

¹⁵² È stato, infatti, autorevolmente affermato che «*we cannot speak of a transnational ne bis in idem principle of the Union for all policy areas, but that we still have to make a distinction between the area of*

A tal proposito, può essere utile osservare come il divieto di un secondo giudizio rappresenti nei singoli strumenti di cooperazione giudiziaria un motivo di rifiuto, ora obbligatorio, ora facoltativo¹⁵³.

Esempio paradigmatico è la Decisione quadro 2002/584/GAI sul MAE, la quale individua nel *ne bis in idem* un motivo di rifiuto ora obbligatorio (art. 3, n. 2), ora facoltativo (art. 4, n. 2). In quest'ultimo caso non si è in presenza di una sentenza definitiva, ma lo Stato di esecuzione è facoltizzato a non eseguire il mandato qualora al suo interno sia in corso un procedimento penale.

Anche la direttiva sull'Ordine europeo d'indagine (41/2014/UE), nonostante riguardi delle operazioni che occupano generalmente il momento genetico del processo, eleva il *ne bis in idem* a motivo di rifiuto facoltativo (art. 11, co. 1, lett. d)¹⁵⁴.

Nella presente prospettiva di ricerca – che mira ad individuare un punto di equilibrio tra istanze repressive e diritti fondamentali nella dinamica dei conflitti di giurisdizione – quanto più è ampia la portata applicativa dei presupposti del divieto, tanto meno vi sarà la possibilità che insorgano conflitti di giurisdizione.

Se, come statuito dalla Corte (caso *Gözütok and Brügger*), anche un provvedimento di transazione è sufficiente a far scattare la garanzia del divieto

freedom, security and justice on the one side and the internal market/competition policy on the other». Così, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 222.

¹⁵³ Nel contesto della cooperazione giudiziaria è stato osservato che «*We can conclude that the regional cooperation framework in criminal matters, be it MLA or MR, does not provide for a transnational ne bis in idem application in the territories of the Council of Europe Member States or in the territories of the EU Member States in the sense that citizens or legal persons can derive a protective right not to be punished or prosecuted twice*». In termini, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 217.

¹⁵⁴ Il considerando n.17 prende una posizione netta a tal proposito: «Il principio del *ne bis in idem* è un principio fondamentale del diritto dell'Unione, riconosciuto dalla Carta e sviluppato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Pertanto, l'autorità di esecuzione dovrebbe avere il diritto di rifiutare l'esecuzione di un OEI nel caso in cui sia contraria a tale principio. Data la natura preliminare dei procedimenti alla base di un OEI, la sua esecuzione non dovrebbe essere rifiutata se è intesa a stabilire la sussistenza di un eventuale conflitto con il principio del *ne bis in idem* o se l'autorità di emissione ha garantito che le prove trasferite a seguito dell'esecuzione dell'OEI non saranno usate per perseguire penalmente o sanzionare una persona il cui processo si è definitivamente concluso in un altro Stato membro sulla base degli stessi fatti».

di *bis in idem*, è evidente come, stanti le diverse tempistiche dei procedimenti penali tra i vari Stati membri, i casi di conflitto diminuiranno¹⁵⁵.

È chiaro come questa impostazione non possa rappresentare la soluzione alle ipotesi di conflitto di giurisdizione, in quanto si risolverebbe nell'affermazione del criterio del *first come, first served*, riducendo il principio ad uno strumento abusivo di “*forum shopping*”¹⁵⁶.

Infatti, «*A truly transnational ne bis in idem principle requires structures to avoid case allocation on an arbitrary ‘first come, first served’ basis and forum shopping by defendants or authorities*»¹⁵⁷.

Sebbene, come è stato rilevato, «*Thanks to the case law of the ECJ the ne bis in idem principle has become a living instrument of transnational protection in the common area of freedom, security and justice*»¹⁵⁸, non si può attendere la conclusione di un processo penale prima di apprestare garanzie adeguate al soggetto coinvolto in procedimenti paralleli.

Per proteggere in modo effettivo i diritti di difesa, occorre, invece, anticipare la soglia di tutela, predisponendo un sistema in grado di individuare il giudice competente in maniera rapida ed efficace.

Il *ne bis in idem* dovrebbe, dunque, rappresentare solo l'*extrema ratio* nel caso in cui non si sia riusciti a prevenire o risolvere il conflitto, ossia quale forma ultima di tutela per la persona interessata da un doppio procedimento¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Va da sé che queste istanze di tutela della sfera giuridica dell'imputato non devono, però, produrre ingiustificabili vuoti di tutela o zone franche: detto altrimenti, bisogna evitare un doppio procedimento avverso la stessa persona per il medesimo fatto ma, allo stesso tempo, è necessario assicurarsi che il procedimento che si è concluso in senso favorevole all'imputato abbia analizzato il merito della vicenda; diversamente, le istanze di giustizia sociale diventerebbero recessive rispetto quelle di garanzia per il singolo.

¹⁵⁶ Infatti, «*The first jurisdiction that comes to a decision on the merit bars any further prosecution and punishment in the same case for the same person. As it stands there is no guarantee at all that the first jurisdiction is also the best placed jurisdiction, not only from the point of view of effective justice, but also from the point of view of the protection of the victim and even from the point of view of the suspect.*». In termini, J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 222.

¹⁵⁷ M. LUCHTMAN – J. A. E. VERVAELE, *Enforcing the market abuse regime: towards an integrated model of criminal and administrative law enforcement in the European Union?*, cit., p. 215.

¹⁵⁸ J. A. E. VERVAELE, *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, cit., p. 222.

¹⁵⁹ «*We must however be aware of the fact that the rationale of a transnational ne bis in idem principle is not to prevent and settle conflicts of jurisdiction, nor to allocate prosecution and adjudication in punitive proceedings in the EU. A proper EU system of prevention and choice of jurisdiction is necessary in the*

Il principio *de quo* impedisce, infatti, il cumulo della pena, ma potrebbe non impedire il cumulo di procedimenti che costituiscono *di per sé* una pena sproporzionata.

Bisogna, dunque, tentare di risolvere alla fonte il problema delle *multiple prosecution*.

Per tale motivo, è necessario ora concentrarsi sul momento genetico del processo che, in paesi come l'Italia, è caratterizzato dall'obbligatorietà dell'azione penale.

Nel condurre l'analisi di questo principio occorrerà chiedersi se, come auspicato nel preambolo della Decisione, si possa accedere alla nozione di un "esercizio europeo" dell'azione penale, considerando soddisfatto l'obbligo di esercitarla laddove uno degli Stati membri vi abbia provveduto.

4. Il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Diversamente dal *ne bis in idem*, l'obbligatorietà dell'azione penale non trova cittadinanza né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, né nella Carta di Nizza. A livello europeo è invece possibile rilevare un'applicazione a geometria variabile di questo principio.

Per tale motivo, partendo dall'Italia, si allargherà lo sguardo ad altri ordinamenti che hanno adottato differenti impostazioni in materia.

Dopo un acceso dibattito in Assemblea costituente¹⁶⁰, la nostra Carta fondamentale ha optato – diversamente da altri Paesi di simile tradizione giuridica – per il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, statuendo

interest of justice, but also in the interest of citizens and legal persons, as it can avoid many problems of double prosecution and punishment». Ivi., p. 229. In senso analogo, cfr. M. LUCHTMAN, Transnational law enforcement in the European Union and the Ne bis in idem principle, cit., p. 6.

¹⁶⁰ Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. VIII. Ne dà conto, diffusamente, G. NEPPI MODONA, sub art. 112 [e 107, 4° c.], in (a cura di) G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 43 ss.

laconicamente all'art. 112 che «il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale»¹⁶¹.

Come limpidamente affermato dalla Corte costituzionale all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, il principio di obbligatorietà rappresenta un «punto di convergenza di un complesso di principi basilari del sistema costituzionale»¹⁶²: in particolare, il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), il principio di legalità (art. 25 Cost.)¹⁶³ e l'indipendenza della pubblica accusa la quale, a ben vedere, si palesa strumentale al rispetto dei primi due¹⁶⁴.

Privare tanto il legislatore quanto l'esecutivo della possibilità di indicare al pubblico ministero quali reati perseguire, oltre a garantirne l'indipendenza da entrambi i poteri¹⁶⁵, assicura la legalità del procedere¹⁶⁶, imponendo alla

¹⁶¹ Come limpidamente osservato, «Dire che l'azione penale è obbligatoria significa escludere che il pubblico ministero possa discrezionalmente decidere se o non investire il giudice della questione relativa ad una notizia di reato». In questi termini, V. ZAGREBELSKY, *Indipendenza del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 3.

¹⁶² Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, § 2 *Cons. in dir.*

¹⁶³ Come evidenziato, «la concretizzazione di questo principio abbisogna di un parallelo principio di legalità nel procedere; e questo, in un sistema come il nostro, fondato sul principio dell'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardato che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale». In termini, N. ZANON, *Il pubblico ministero*, in (a cura di) N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., p. 259.

¹⁶⁴ Per riprendere le parole della sentenza da ultimo citata, «Realizzare la legalità nell'eguaglianza non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero. Questi è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come "un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere", che "non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge" " (sentenze nn. 190 del 1970 e 96 del 1975)». Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, § 2 *Cons. in dir.* Il Giudice delle leggi, in questa prospettiva, ha successivamente affermato che il principio di obbligatorietà «costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero». Così, Corte cost., 8 settembre 1995, n. 420, § 3 *Cons. in dir.* Sottolinea la strumentalità dell'art. 112 Cost. rispetto i tre principi costituzionali indicati, R. E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 878.

¹⁶⁵ Come è stato rilevato, «il principio di obbligatorietà dell'azione penale costituisce la logica premessa per una corretta interpretazione della disciplina che la Costituzione riserva ai rapporti tra il pubblico ministero e gli altri poteri dello stato ed alla sua organizzazione interna». Così, G. NEPPI MODONA, sub *art. 112 [e 107, 4° c.]*, cit., p. 43. Nella medesima prospettiva è stato affermato che «l'obbligatorietà garantirebbe quindi, da un lato, l'indipendenza funzionale, in quanto esclude che al p.m. possono essere affidate scelte di opportunità e dall'altro, l'indipendenza istituzionale del p.m.». In termini, M. GIALUZ, sub *art. 112*, in (a cura di) S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 111. In estrema sintesi, l'art. 112 Cost. rappresenta, «per i magistrati del

pubblica accusa la repressione di condotte criminose (art. 25), a prescindere da chi sia il soggetto agente (art. 3).

Detto altrimenti, il principio di obbligatorietà salvaguarda l'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge nella fase preprocessuale; esercitata l'azione penale, sarà, invece, cura del "giudice che procede" assumere le redini di questo compito¹⁶⁷.

Riprendendo, infatti, la classica distinzione tra procedimento e processo – la quale individua in quest'ultimo un segmento del primo che decorre dall'esercizio dell'azione penale – l'obbligo di esercitare l'azione penale si pone in via alternativa rispetto alle ipotesi che danno luogo ad archiviazione: se queste ultime mancano, infatti, scatta per il pubblico ministero l'obbligo *de quo*. Come è stato rilevato, anche la via dell'archiviazione è un esercizio, seppur in negativo, dell'obbligo previsto dall'art. 112 Cost.¹⁶⁸: infatti, affidando al giudice per le indagini preliminari il compito di verificare la legittimità della richiesta di inazione del pubblico ministero, indirettamente, si tutela l'obbligatorietà dell'azione penale¹⁶⁹.

Questo principio, d'altronde, non impone che l'azione vada esercitata per qualunque *notitia criminis*, ma solo laddove il processo non si palesi come superfluo: la superfluità costituisce, infatti, un «limite implicito» all'obbligatorietà¹⁷⁰.

p.m., il *pendant* di ciò che l'art. 101, co. 2, Cost. rappresenta per i magistrati giudicanti». Così, N. ZANON, *Op. ult. cit.*, p. 261.

¹⁶⁶ È stato affermato che «l'art. 112 è fonte di un canone di legalità processuale complementare a quello di legalità che presiede al diritto penale sostanziale». Così, C. CESARI, *Il pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, cit., p. 111.

¹⁶⁷ Come osservato dal giudice di legittimità, il pubblico ministero rimane "organo di giustizia" solo nella fase investigativa, «una volta instaurata l'azione penale e iniziata così la fase processuale il rappresentante della pubblica accusa riacquista in toto la sua esclusiva veste di parte in senso tecnico, spinta dall'unico interesse di veder comprovata l'impostazione accusatoria». In termini Cass., sez. I, 23 febbraio 1998, n. 1125, in *C.E.D. Cass.*, n. 210011.

¹⁶⁸ Con una puntuale formula, è stato affermato che «i presupposti positivi dell'archiviazione sono – proprio in quanto tali – i presupposti negativi dell'azione penale». Così V. GREVI, *Archiviazione per "inidoneità probatoria" ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/1990, p. 1281.

¹⁶⁹ In questo senso cfr. M. CAIANIELLO, *Archiviazione* (voce), in *Enc. dir., Annali II-1*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 59.

¹⁷⁰ Come affermato da Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, «Azione penale obbligatoria non significa, però, consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del p.m.

In tale prospettiva, il controllo del g.i.p. sull'attività del pubblico ministero rafforza il nesso tra il principio di completezza delle indagini e quello di obbligatorietà dell'azione¹⁷¹: il primo rappresenta, infatti, il presupposto per assicurare il rispetto del secondo, «e con esso dell'efficacia dei relativi controlli in caso di inazione, e i diritti delle parti nell'accesso ai riti speciali, nel rispetto del principio di uguaglianza, che impronta tanto il primo quanto i secondi»¹⁷².

Se questo è il modello immaginato dai padri costituenti la situazione attuale purtroppo si allontana fortemente da tale disegno¹⁷³.

Come è stato osservato, infatti, sebbene l'art. 112 Cost. abbia affermato una concezione potestativa della giustizia, questa «è smentita clamorosamente dalla realtà»¹⁷⁴.

di iniziare il processo per qualsiasi *notitia criminis*. Limite implicito alla stessa obbligatorietà, razionalmente intesa, è che il processo non debba essere instaurato quando si appalesi oggettivamente superfluo». (§ 3, *Cons. dir.*)

¹⁷¹ Sul punto cfr. N. ZANON, *Op. ult. cit.*, p. 260. D'altronde, come autorevolmente osservato, questo «congegno di controllo affidato al giudice sulla richiesta di archiviazione offr[e] una sufficiente garanzia a tutela dell'adempimento, da parte del pubblico ministero, dell'obbligo di promuovere l'azione penale. Una garanzia non solo contro il rischio di una valutazione arbitrariamente negativa dello stesso pubblico ministero circa la sussistenza dei presupposti di tale obbligo (...) ma anche, prima ancora, contro il rischio dei condizionamenti che a tale valutazione potrebbero derivare da uno svolgimento delle indagini incompleto o lacunoso». In termini V. GREVI, *Op. ult. cit.*, pp. 1302-1303.

¹⁷² Così, F. RUGGERI, *Azione penale* (voce), in *Enc. dir., Annali II-1*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 136.

¹⁷³ Già sotto la vigenza del vecchio codice di rito, la dottrina italiana dibatteva in ordine agli speculari principi di obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale. Se, da un lato, i fautori dell'obbligatorietà individuavano i benefici di questa opzione nel mantenimento delle democraticità dello stato che tutela l'eguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge nonché l'indipendenza della pubblica accusa, dall'altro, si rilevava come lo speculare principio di discrezionalità avesse dato dei buoni risultati in altri Paesi: questo principio avrebbe protetto ancor meglio l'eguaglianza dei cittadini nella misura in cui consentirebbe alla pubblica accusa di soppesare tutti gli interessi in gioco prima di esercitare l'azione penale. Sul punto cfr. V. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.*, p. 6. Per l'A., «il nucleo essenziale del principio della obbligatorietà dell'azione penale risiede nella esclusiva soggezione alla legge di chi è chiamato ad esercitarla, e si risolve in un aspetto del principio di legalità, assumendo essenziale rilievo sul piano della suddivisione delle competenze tra magistratura ed altri poteri dello Stato». *Ibidem*. D'altronde, come rilevato, per quanto obbligatorio possa essere l'esercizio dell'azione, anche questa «scatta alla fine di un procedimento valutativo, risultandone condizionata». In termini, V. ZAGREBELSKY, *Op. ult. cit.*, p. 9. Afferma infatti l'A. che «soltanto se il promovimento dell'azione penale passasse attraverso momenti di valutazione vincolati a rigidi canoni normativi, potrebbe essere detto obbligatorio». *Ibidem*. Sul punto cfr., inoltre, O. DOMINIONI, *Per un collegamento tra ministro della giustizia e P.M.*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., pp. 74-75.

¹⁷⁴ In termini, R.E. KOSTORIS, *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, cit., p. 877.

La carenza di personale (togato e amministrativo) e la proliferazione delle fattispecie di reato conducono ad una disapplicazione surrettizia dell'obbligatorietà dell'azione penale. Infatti, dato l'eccessivo carico giudiziario, è il pubblico ministero a decidere in ordine a quali notizie di reato intraprendere un'azione investigativa¹⁷⁵.

Per ovviare a questa situazione, da tempo è stata avanzata nel nostro paese l'idea di introdurre dei "criteri di priorità", ossia delle *guidelines* in grado di limitare la discrezionalità del pubblico ministero, garantendo la prevedibilità delle sue scelte¹⁷⁶.

Secondo alcuni studiosi, il Parlamento dovrebbe farsi promotore di questa iniziativa predisponendo una sorta di «tavola di "precedenze" che razionalizzi, improntandola a parametri obiettivi e ispirati a canoni di ragionevolezza, la gestione delle notizie di reato»¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Come efficacemente osservato attualmente in Italia, «*discretion reigns through a de facto opportunity principle*». In termini, M. CAIANIELLO, *The Italian Public Prosecutor. An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings?*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnazional perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 261. Come rilevato dall'autore (*Ivi*, p. 257-258), lo stesso art. 112 costituirebbe una sorta di "parafulmine" per i pubblici ministeri che, sebbene assicurati loro l'indipendenza, li esonera dal "giustificare" le scelte compiute. Di contro, come è stato rilevato, gli stessi dovrebbero essere soggetti ad una qualche forma di responsabilità. Cfr. O. DOMINIONI, *Per un collegamento tra ministro della giustizia e P.M.*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., pp. 54-57, 66-67.

¹⁷⁶ Cfr. M. CAIANIELLO, *The Italian Public Prosecutor. An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings*, cit., p. 257.

¹⁷⁷ In termini, D. VICOLI, *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1-2/2003, p. 258. Come osservato dall'A., l'introduzione di questi criteri sarebbe in grado di razionalizzare le risorse esistenti stante la presenza di un sistema che, a causa della scarsità di risorse, è ormai «surrettiziamente modellato sul carattere facoltativo dell'azione penale». *Ibidem*. Al fine di porre argine a questa situazione l'A. proponeva l'introduzione di criteri di priorità - caratterizzati da generalità, astrattezza e determinatezza - che orientassero la scelta del pubblico ministero sulla base dell'offensività astratta e concreta della condotta al bene giuridico. Al fine di garantire la democraticità della scelta e difendere l'indipendenza del pubblico ministero da interferenze esterne, il Parlamento dovrebbe elaborare una scala di priorità dei reati da perseguire. ID., in G. ILLUMINATI – D. VICOLI, *Criteri di priorità e meccanismi sospensivi: un difficile connubio in tema di accelerazione dei tempi processuali* (sez. seconda), in (a cura di) F. VIGANÒ – O. MAZZA, *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 371 ss. 393-394. Va precisato come questa non sia un'idea condivisa da tutta la dottrina processual-penalistica. Alcuni autori, infatti, dubitando della compatibilità di questi criteri con il dettato costituzionale, propongono di arginare le criticità evidenziate introducendo degli strumenti deflattivi del carico penale. In questo senso, cfr. R. E. KOSTORIS, *Op. ult. cit.*, p. 881 ss.

Nonostante il legislatore avesse provato negli scorsi anni ad intervenire¹⁷⁸, le modifiche legislative non hanno però raggiunto gli esiti sperati, come dimostra la discussione che, da ultimo, si è aperta sulla Circolare Pignatone¹⁷⁹.

Se a livello italiano siamo, dunque, di fronte ad uno scenario “fluido”, volgendo lo sguardo al panorama europeo occorre constatare come, al di là dei modelli teorici, difficilmente si possa individuare un principio di obbligatorietà puro.

A prima vista, potrebbe affermarsi che in ambito comunitario il principio di obbligatorietà si divida il campo con quello, speculare, di opportunità. In realtà, si può rilevare come le differenze tra questi due modelli vanno via via attenuandosi¹⁸⁰.

In questa prospettiva, sembra opportuno prendere ad esempio due Paesi a noi vicini per tradizione giuridica – Germania e Francia – per vedere come si esercita l'azione penale in quei sistemi.

¹⁷⁸ Il riferimento è all'art. 227 del Decreto legislativo, 19 febbraio 1998 n. 51 e art. 2 *bis* decreto-legge 23 maggio 2008 conv. in legge 254 luglio 2008 n. 125. Quest'ultimo intervento, in particolare, modificava l'art. 123 *bis*, disp. att. c.p.p. individuando quei processi che nella formazione dei ruoli di udienza avrebbero avuto la priorità. Come è stato osservato dunque, la legge non incideva sulle scelte in ordine alla trattazione delle notizie di reato ma aveva un ambito di applicazione limitato alla fase processuale, in particolare, all'udienza preliminare e al giudizio di primo grado. Sul punto cfr. D. VICOLI, in G. ILLUMINATI – D. VICOLI, *Criteri di priorità e meccanismi sospensivi: un difficile connubio in tema di accelerazione dei tempi processuali* (sez. seconda), cit., p. 371.

¹⁷⁹ Circolare del 2 ottobre 2017, dell'allora Procuratore capo della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, Giuseppe Pignatone. Sul dibattito in ordine ai criteri di priorità, alla luce di questa circolare cfr. G. SCHENA, *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2018, p. 791 ss. Più in generale, sul tema, cfr. N. GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *ArchivioDPC*, 23 settembre 2019; L. RUSSO, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2016; L. VERZELLONI, *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Arch. pen.*, 3/2014, p. 4 ss.; G. D'ELIA, *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale e eguaglianza, a proposito dei “criteri di priorità” nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giur. cost.*, 3/1998, p. 1878 ss.

¹⁸⁰ A tal proposito, come osservato, «Spinti dalla comune ricerca di un adeguato bilanciamento tra esigenze deflative e principio di uguaglianza, da una parte, i Paesi che prevedono, seppur con diversa intensità, una doverosità dell'azione penale dimostrano una apertura sempre maggiore verso ambiti di discrezionalità. Dall'altra, gli ordinamenti tradizionalmente più lontani dal canone di obbligatorietà dell'azione penale vanno continuamente temperando gli spazi discrezionali concessi all'agire del pubblico ministero». L. LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 8-9/2002, p. 1752.

La Germania sebbene abbia sposato il principio di legalità, negli ultimi anni si è spostata verso un principio di “obbligatorietà temperata”.

Di contro, la Francia, che ha da sempre optato per un sistema di opportunità, caratterizzato da un nesso di forte dipendenza tra Ministro della Giustizia e pubblico ministero, recentemente, anche grazie anche alle sollecitazioni delle Corte Edu, ha allentato questo vincolo.

Prima di testare la compatibilità di un tale principio con la Decisione quadro sui conflitti di giurisdizione, è quindi bene tratteggiare, per sommi capi, le modalità di esercizio dell'azione penale negli Stati indicati, esempi paradigmatici di un sistema di obbligatorietà attenuata (la Germania) e di opportunità (la Francia).

In Germania¹⁸¹, il pubblico ministero – organo del potere esecutivo¹⁸² – ha l'obbligo di condurre le indagini all'insegna del principio di verità che, sulla falsariga del nostro principio di completezza, gli impone di individuare sia gli elementi a carico che quelli a discarico del soggetto indagato¹⁸³.

Al termine della fase investigativa egli, *autonomamente*, può archiviare il caso o esercitare l'azione penale davanti al giudice competente in ossequio al principio di legalità «il quale esige che le indagini e l'azione penale siano improntate ad un canone di dovere che vale ugualmente allo stesso modo per ogni reato»¹⁸⁴.

¹⁸¹ Sul punto, *funditus*, T. RAFARACI, *Processo penale tedesco* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 831 ss.

¹⁸² A tal proposito occorre osservare che mentre il pubblico ministero è un magistrato a tutti gli effetti, i funzionari del suo ufficio sono impiegati pubblici di natura politica, sottoposti, a loro volta al ministro della giustizia. Questo potere gerarchico viene esercitato mediante *direttive* emesse dall'organo politico le quali hanno ad oggetto, oltre che l'organizzazione del lavoro, anche indicazioni relative alle modalità di adempimento della funzione di accusa. Sul punto, *funditus*, F. MOLINARI, *Pubblico ministero e azione penale nella Repubblica federale di Germania*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., p. 231.

¹⁸³ Come rilevato, in Germania, «*the prosecutor is an objective and neutral fact-finder who must seek the truth and pursue all possible charges*». In termini, S. S. BEALE, *Prosecutorial discretion in three systems*, in M. CAIANIELLO – J. S. HODGSON (Eds.), *Discretionary criminal Justice in a comparative context*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2015, p. 30.

¹⁸⁴ In termini, T. RAFARACI, *Op. ult. cit.*, p. 832. Come è stato rilevato, in Germania «Il principio di legalità è sancito quale garanzia di fronte al monopolio dell'accusa di cui gode il pubblico ministero e trova il suo fondamento nell'interesse della società affinché i reati non rimangano impuniti». *Ivi*, p. 231. Peraltro, la scelta a chi affidare il controllo sull'esercizio dell'azione penale, è stato oggetto di discussione anche in Italia: se per alcuni, questo controllo andava affidato ad un organo terzo ed imparziale, individuato dal codice di rito nel g.i.p., per altri, avrebbe potuto essere anche lo stesso procuratore generale a valutare la

Una deroga a questo principio è rappresentata dall'archiviazione per motivi di opportunità, la quale consente al pubblico ministero di archiviare un caso, questa volta con l'approvazione del giudice, quando non vi sia un interesse statale alla persecuzione dell'illecito, oppure, la colpevolezza sia esigua¹⁸⁵.

Altra differenza rispetto al sistema italiano è rappresentata dalla possibilità di esercizio dell'azione penale da parte del privato quando si tratti di reati di lieve entità e che vedano coinvolti due soggetti di cui, uno, persona offesa. Pure in tali ipotesi, però, l'azione resta sempre a disposizione anche del pubblico ministero, che può intervenire qualora ravvisi un interesse pubblico al perseguimento dell'illecito.

In virtù di questo assetto, la dottrina ha osservato che «*During the past thirty years the prescriptive power of the principle of mandatory prosecution has waned, while the scope of the principle of expediency (Opportunitätsprinzip) has dramatically widened*»¹⁸⁶.

Se il processo penale tedesco esprime una concezione temperata del principio di obbligatorietà, il codice di rito francese, invece, si pone in una posizione formalmente del tutto speculare rispetto a quella italiana, sposando il principio di opportunità, il c.d. «*l'opportunité des poursuites*»¹⁸⁷.

legittimità della scelta operata dal suo sottoposto. Sul punto, per il primo indirizzo, cfr. NEPPI MODONA, *Op. cit.*, p. 55; per il secondo, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2008, p. 427. La chiara scelta codicistica, ad ogni modo, ha messo la parola fine su questo dibattito.

¹⁸⁵ Dunque, se il principio di legalità rimane la regola generale, quello di opportunità si palesa quale eccezione al fine di perseguire reati di medi rilevanza. Sul punto, F. MOLINARI, *P.M. e azione penale nell'ordinamento tedesco*, cit., p. 223.

¹⁸⁶ In questi termini S. BOYNE, *Is the Journey from the In-box to the Out-box a Straight Line? the Drive for Efficiency and the Prosecution of low-level Criminality in Germany*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., p. 41. Come riportato dall'A., sulla scorta di un'analisi criminologica condotta in Germania, dalla quale è emerso come il potere discrezionale dei pubblici ministeri incida su oltre il 90% delle decisioni in materia penale, «*German criminologists Oberwittler and Höfer have concluded that the principle of mandatory prosecution can no longer be considered the predominant norm governing prosecutorial decision making*». *Ivi*, p. 42. L'A. richiama in nota lo studio di D. OBERWITTLER and S. HÖFER, *Crime and Justice in Germany: An Analysis of Recent Trends and Research*, *European Journal of Criminology*, 2/2005, pp. 472–473. Sul punto, in senso analogo, cfr. S. S. BEALE, *Prosecutorial discretion in three systems*, in M. CAIANIELLO – J. S. HODGSON (Eds.), *Discretionary criminal Justice in a comparative context*, cit., p. 46.

¹⁸⁷ In ordine al sistema penale francese, cfr. M. G. AIMONETTO, *Processo penale francese* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 723 ss. Come rilevato, «la dottrina francese rifiuta una classica contrapposizione tra i principi di legalità ed opportunità, ritendendoli di contro due lati della stessa medaglia: incaricato di far rispettare la legge, il pubblico ministero non deve limitarsi al senso letterale di questa, ma deve potere anche

Questo, non è espressamente previsto da una norma di legge, ma è considerato legittimo richiamando il disposto dell'art. 40, co. 1, c.p.p. fr.: esso permette al procuratore della Repubblica di valutare gli elementi a lui trasmessi dalla polizia giudiziaria, tenendo conto anche di parametri individuali e sociali¹⁸⁸.

In questo scenario, il pubblico ministero – sebbene sia sottoposto ad uno stretto vincolo di subordinazione gerarchica con il Ministro della giustizia¹⁸⁹ – può essere considerato il *dominus* della fase preliminare¹⁹⁰.

Egli infatti, *autonomamente*, sovrintende alla raccolta dei dati relativi alla *notitia criminis* e li valuta discrezionalmente: le sue decisioni in merito all'esercizio

valutare la realtà al fine di accettare quale sia il mezzo migliore per la tutela del disposto normativo penale. (...) Le stesse condizioni di procedibilità dell'azione penale (...) non sono altro che elementi di opportunità tradotti in legge». In termini F. MOLINARI, *P.M. e azione penale nell'ordinamento francese*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, cit., p. 210.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Nonostante l'art. 64 della Costituzione francese garantisce l'indipendenza dei magistrati, questa garanzia non si applica ai pubblici ministeri. Sul punto cfr. S. S. BEALE, *Prosecutorial discretion in three systems*, in M. CAIANIELLO – J. S. HODGSON (Eds.), *Discretionary criminal Justice in a comparative context*, cit., p. 40. Come osservato in dottrina, «la sottoposizione al potere esecutivo e l'organizzazione gerarchica sono gli elementi che caratterizzano fundamentalmente l'ufficio del pubblico ministero». In termini, F. MOLINARI, *Op. ult. cit.*, p. 199. Da un lato, infatti, il pubblico ministero è a tutti gli effetti un rappresentante del potere esecutivo, come emerge dalla circostanza per la quale, egli può essere revocato, trasferito o retrocesso dal Ministro di giustizia, il quale può giungere ad ordinare al pubblico ministero di esercitare l'azione penale. Al Ministro della giustizia sono subordinati sia il procuratore generale presso la Corte di cassazione, sia il procuratore generale presso la Corte di appello. Dall'altro, quest'ultimo è, a sua volta, gerarchicamente sovraordinato rispetto sia ai funzionari del pubblico ministero (avvocati generali e sostituti procuratori generali) che lavorano all'interno del suo ufficio (gerarchia interna) che ai procuratori della Repubblica operanti nel suo distretto (gerarchia esterna). Sul punto cfr. F. MOLINARI, *Ivi*, p. 200. Questo potere gerarchico, non è incondizionato, ma è sottoposto a precisi vincoli: anzitutto, può decidere di proporre o meno l'azione penale anche se la direttiva del suo superiore gerarchico va in senso contrario; quest'ultimo, pur se di opinione contraria non può sostituirsi al suo sottoposto. In secondo luogo, il potere gerarchico trova un'ulteriore limitazione nel principio di libertà di parola, grazie al quale i funzionari degli uffici di procura possono dar corso liberamente alle proprie requisitorie. Su questi profili cfr. F. MOLINARI, *Op. ult. cit.*, pp. 203-205, ma anche M. G. AIMONETTO, *Processo penale francese* (voce), cit., pp. 731-732. Come è stato rilevato, «*this hierarchical accountability to a government minister is claimed as a form of democratic accountability, designed to ensure the consistent and impartial application of the law*». In termini, J. HODGSON, *Guilty Pleas and the Changing Role of the Prosecutor in French Criminal Justice*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., p. 118.

¹⁹⁰ Come rilevato in Francia «*The prosecutorial function is organized at the national level, and centralized bureaucratic structure reflects the continuing influence of Napoleonic reforms*». In termini, S. S. BEALE, *Prosecutorial discretion in three systems*, cit., p. 37.

dell'azione penale non sono sottoposte (come in Italia) al vaglio di un giudice, risultando perciò «esplicazioni di politica criminale»¹⁹¹.

In questa dinamica, egli può decidere di *classer sans suit*, di promuovere una procedura alternativa mediante forme di archiviazione condizionata, oppure di esercitare l'azione penale

Nel primo caso, la scelta del pubblico ministero deve essere motivata: infatti questa decisione può essere impugnata tanto dalla vittima del reato, che dal procuratore generale.

La strada mediana dell'archiviazione condizionata si risolve in una sorta di “transazione” dell'accusa penale, proponendo all'accusato una serie di misure previste dal codice o facendo uso della mediazione che mira a tutelare gli interessi delle vittime.

Negli altri casi, il pubblico ministero esercita l'azione penale ricorrendo alternativamente alla *requisitoire introductif* o alla *citation directe*¹⁹².

Nel corso degli ultimi anni, peraltro, va registrato come la posizione del pubblico ministero abbia assunto ancora più centralità. Cartina al tornasole in questo senso è rappresentata dalle procedure di “*composition pénale*” (Art. 41-2 e 41-3, c.p.p. fr.) *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. In quest'ultima, è direttamente il pubblico ministero che negozia con l'imputato (munito di difensore) una pena che poi il giudice potrà accettare o rifiutare, senza poterla modificare¹⁹³.

Il principio di opportunità, cui fa da *pendant* l'assenza di indipendenza dal potere esecutivo, dice del divario che corre tra il sistema italiano e quello francese: l'uno caratterizzato da una forte indipendenza dell'organo inquirente da vincoli esterni, l'altro contraddistinto da una dipendenza forte dal potere esecutivo che, come visto, induce a ritenere l'esercizio dell'azione penale un'esplicazione di scelte di politica criminale.

¹⁹¹ F. MOLINARI, *Op. ult. cit.*, p. 208. La stessa archiviazione è un atto amministrativo che il pubblico ministero, senza bisogno di rivolgersi al giudice, emette allorché ravvisa l'assenza dei presupposti legali o degli elementi costitutivi della fattispecie criminosa. Cfr., *Ivi*, pp. 208 -209.

¹⁹² Su questi passaggi, cfr. M. G. AIMONETTO, *Processo penale francese* (voce), cit., pp. 736 ss.

¹⁹³ Sul punto cfr. J. HODGSON, *Guilty Pleas and the Changing Role of the Prosecutor in French Criminal Justice*, cit., p. 125 ss.

Tale ultimo profilo è stato, però, in parte criticato dalla Corte Edu, la quale ha affermato che «*les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de «magistrat» au sens de l'article 5 § 3*»¹⁹⁴.

In questo contesto, dal 2013, una riforma dell'art. 30.3 del codice di procedura penale francese impedisce al Ministro di dare indicazioni al procuratore in ordine a determinate notizie di reato¹⁹⁵.

Ad uno sguardo di insieme, questi due esempi allogeni (Germania e Francia) – tratteggiati nelle loro linee di fondo – rendono evidente come a livello comunitario il quadro sia composito.

Difatti, sebbene il principio di opportunità abbia contraddistinto da sempre i paesi di *common law*, questo, come dimostra l'esperienza francese, ha trovato cittadinanza, pur con diverse sfumature, anche nei paesi di *civil law*¹⁹⁶.

Il *fil rouge* tra le diverse giurisdizioni europee può essere individuato in una crescente centralità assunta dal pubblico ministero che, come efficacemente osservato, tanto nei paesi di *civil law* quanto in quelli di *common law*, «*become a judge-like figure with broad sentencing authority*»¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Corte Edu, 23 novembre 2010, *Medvedev v. France*, § 57.

¹⁹⁵ È stato rilevato che, nonostante questa riforma, non è stata comunque limitato il potere gerarchico del pubblico ministero sul sistema di giustizia criminale. In questo senso, cfr. S. S. BEALE, *Prosecutorial discretion in three systems*, cit., p. 57.

¹⁹⁶ In questo senso cfr. K. LIGETI, *The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, cit., p. 151. Il riferimento è a Belgio, Danimarca, Francia, Lussemburgo e Olanda. Al fine di limitare il tasso di discrezionalità, questi paesi, come quelli di *common law*, hanno introdotto delle *guidelines*. Nel caso dell'Olanda, ad esempio, queste sono emesse da un Consiglio dei Procuratori Generali e sono vincolanti ai singoli pubblici ministeri. Sul punto, *Ibidem*, p. 155.

¹⁹⁷ In termini T. WEIGEND, *A Judge by Another name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., p. 383.

Difatti, negli ultimi anni, la pubblica accusa ha assunto sempre più la facoltà di richiedere misure alternative, conciliative – o, addirittura, sanzioni penali – senza giungere al processo¹⁹⁸.

Allo stesso tempo, come ben evidenziato in dottrina, anche le concezioni classiche di pubblico ministero parte del processo (nei sistemi di *common law*) e quella di pubblico ministero “custode della legge” (nei sistemi di *civil law*) stanno venendo a confondersi¹⁹⁹.

Lo stesso concetto di obbligatorietà sta perdendo la sua rilevanza originaria²⁰⁰. In questo contesto, per garantire l’uguaglianza dei cittadini dinnanzi alla legge, è stata avanzata l’idea di fare ricorso ad un «*ideal of individualized justice that should prompt legal systems to give prosecutors the power to weigh the circumstances speaking for and against filing charges in each individual cases*»²⁰¹: la discrezionalità che questa

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 386. In questo senso, conclude l’A. «*the introduction of intermediate options has effectively injected prosecutors into sentencing decisions and thus criminal policy making. They have advanced from mere gatekeepers to quasi-judicial officials deciding who will get off with a warning and who receives a fine or another sanction, which can be quite severe in some legal systems*». *Ivi*, p. 387. Per altri riferimenti alla cosiddetta “*prosecutorial sentencing*” cfr. K. LIGETI, *Op. ult. cit.*, p. 156. L’epifenomeno più significativo è, in questa prospettiva l’introduzione nei sistemi di *civil law* del patteggiamento mutuato dall’esperienza anglofona: in tali procedimenti la figura del pubblico ministero assume, infatti, una rilevanza decisiva nella dinamica pre-processuale. In ordine al ruolo svolto dal procuratore nelle procedure consensuali cfr., AA.VV., in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., pp. 83-176.

¹⁹⁹ Sul punto cfr. T. WEIGEND, *A Judge by Another name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., p. 381. A detta dell’A., «*The characterizations of the prosecutor both in common-law and civil-law systems, however, are myths rather than reality; indeed, they are myths that serve the purpose of concealing reality*». *Ibidem*. Sul punto cfr., inoltre, K. LIGETI, *Op. ult. cit.*, p. 161. Allo stesso tempo, come osservato, non si può ormai dividere il panorama processuale tra sistemi accusatori e inquisitori “puri” in quanto «*When the actual practices of each jurisdiction are taken into consideration, the supposedly rigid differences between adversarial and inquisitorial adjudicatory styles may become rather artificial. No system is entirely adversarial or inquisitorial, and any attempt to categorize each system in a definitive, undeviating taxonomy will tend to elide the very real differences among the nations descending from each legal family*». In termini, E. LUNA – M. WADE, *Introduction*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., p. 181.

²⁰⁰ Difatti, «*Moreover, the arguments that originally supported mandatory prosecution have lost weight (...). In the twenty-first century, considerations of economy and efficiency speak heavily in favor of granting prosecutors discretion whether to file charges against a suspect, and, in fact, prosecutors the world over have such discretion. This is true even in legal systems that officially still recognize the principle of mandatory prosecution. Most of these legal systems provide for exceptions for less serious offenses. Where the law mandates that the public prosecutor prosecute “all” cases, as in Italy,³⁵ the prosecutor nevertheless has discretion in fact*». In termini, T. WEIGEND, *A Judge by Another name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, cit., p. 383.

²⁰¹ *Ivi*, p. 384.

conferisce alle scelte del pubblico ministero potrebbe essere bilanciata (*rectius*, vincolata) da delle *guidelines* cui gli stessi devono attenersi²⁰².

Sulla scorta di tali osservazioni, occorre focalizzare l'attenzione sullo scenario europeo dove ragioni di efficienza fanno propendere sempre più verso il principio di opportunità²⁰³.

Quest'ultimo, però, risultando estraneo alle culture giuridiche di alcuni paesi (quali ad esempio Germania ed Italia), comporta la necessità di individuare una via compromissoria.

In tale direzione sembra muoversi il considerando 12 della Decisione quadro 2009/948/GAI²⁰⁴ che, introducendo una nozione di "esercizio comunitario dell'azione penale", intende proprio evitare conflitti con i paesi che adottano il principio di obbligatorietà. Tale principio, infatti, dovrebbe considerarsi rispettato qualora uno tra gli Stati membri eserciti l'azione penale per lo stesso reato.

Questa impostazione, peraltro, si pone in linea, con la giurisprudenza interna, la quale, come visto²⁰⁵, ha avuto modo di affermare che l'art. 112 Cost. non impone di esercitare l'azione penale per ogni notizia di reato, ma solo laddove il processo non si palesi come superfluo.

Nella prospettiva comunitaria, tale deve intendersi quel processo che si svolga su fatti per i quali sia in corso un'azione penale in altro Stato membro²⁰⁶. Per

²⁰² Come osservato «*Prosecutorial discretion does not necessarily lead to arbitrariness and caprice. In fact, one may have to acknowledge the discretionary power of prosecutors in order to promote effectively the equal application of the law. Only by recognizing the legitimacy of prosecutorial discretion does it become possible to guide and control individual prosecutors' decisions through criteria in favor and against bringing charges*». Ivi, p. 385. Per ovviare a tale situazione, L'A. propone l'adozione di linee guida (pubbliche) adottate dai capi delle procure che meglio conoscono la realtà del territorio in cui operano.

²⁰³ È stato, infatti, rilevato che «*efficiency concerns and the need in several states to cope with increasing caseloads in criminal courts have prompted many civil law countries to gradually move toward the opportunity principle*». In termini, K. LIGETI, *Op. ult. cit.*, p. 161.

²⁰⁴ Ai sensi del quale «(...) Nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia il principio di obbligatorietà dell'azione penale, che informa il diritto processuale in vari Stati membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato».

²⁰⁵ Cfr., *supra*, Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, § 3, *Cons. in dir.*

²⁰⁶ Come è stato osservato, «Il principio di obbligatorietà dell'azione penale deve conformarsi ad un sistema di giustizia penale che ormai comprende anche gli ordinamenti degli altri Paesi membri dell'Unione europea, e ciò legittima l'autorità giudiziaria nazionale a rinunciare di esercitare la propria giurisdizione in relazione ad un fatto oggetto di un procedimento penale

cui, nel caso di processo avviato o trasferito presso un altro Stato membro, il principio di obbligatorietà sarebbe fatto salvo.

Un tale *modus procedendi* è, peraltro, funzionale al rispetto del *ne bis in idem* europeo²⁰⁷: avviare o proseguire un procedimento nella consapevolezza che il medesimo soggetto per lo stesso fatto sia *sub iudice* in un altro ordinamento violerebbe la garanzia sottesa al principio sancito dall'art. 50 CDFUE.

Dunque, se, da un lato, al fine di mantenere uno Spazio di libertà sicurezza e giustizia è necessario evitare sacche di impunità esercitando l'azione penale in presenza di una condotta delittuosa, dall'altro, anche in ossequio al principio della mutua fiducia, è necessario coordinare con gli altri Stati membri l'esercizio della potestà punitiva per non incorrere in violazioni del *ne bis in idem*.

La ricerca di un compromesso in questo senso tra le ragioni della legalità e quelle di opportunità sembra aver caratterizzato il Regolamento del Pubblico ministero europeo²⁰⁸.

Nel mettere a punto la Procura europea, sebbene si sia optato per una «*moderate version of the opportunity principle*»²⁰⁹, si è cercato, allo stesso tempo, di salvaguardare il principio di legalità appartenente alle tradizioni giuridiche di alcuni Stati membri. In questa direzione va, infatti, letto il controllo in ordine

pendente dinanzi ad altro giudice europeo». In questi termini, M. L. DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cass. pen.*, 7-8/2010, p. 2911.

²⁰⁷ Come rilevato in dottrina, si tratterebbe di applicare il *dictum* della sentenza Donati (*Cass.*, SS. UU., 28 giugno 2005, n. 34655, in *C.E.D. Cass.*, n. 231799) a livello europeo: in questa prospettiva, «proprio al fine di dare concreta attuazione al *ne bis in idem* europeo (...) occorre ricomprendere nella nozione di superfluità del processo che giustifica il provvedimento di archiviazione o l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere o della sentenza dibattimentale d'improcedibilità anche il caso in cui in relazione al medesimo fatto ed alla medesima persona si stia svolgendo un procedimento dinanzi ad altra autorità giudiziaria europea». *Ivi*, p. 2911-2912. Sul punto cfr., inoltre, V. MEZZOLLA, *Op. ult. cit.*, p. 16.

²⁰⁸ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»).

²⁰⁹ Ciò è stato messo in rilievo da K. LIGETI, *Op. ult. cit.*, p. 161, sulla scorta degli art. 31 §1 e 39 del Regolamento su Eppo. In queste dinamiche, come è stato rilevato in dottrina «*On the one hand, the EPPO should enjoy a margin of discretion when deciding whether to drop a case. In other words, the legislature declined to subject the EPPO to the strict principle of legality with regard to whether, how and where to prosecute or not.*». In termini, M. CAIANIELLO, *The Decision to Drop the Case in the New EPPO's Regulation: Res Iudicata or Transfer of Competence?*, in *New Journal of European Criminal Law*, (10)2/2010, p. 188.

alle richieste di archiviazione che è stato conferito dal Regolamento alla Camera permanente²¹⁰.

Ciò ha fatto sì che «*the EPPO Regulation envisages a system for dropping cases that is both balanced and merges different legal traditions' rules in an original way*»²¹¹.

In quest'ottica, tanto l'auspicato esercizio europeo dell'azione penale, quanto l'avvento di Eppo, potrebbero, in futuro favorire la convergenza degli Stati europei su una nozione di obbligatorietà temperata dell'azione penale. Tale scelta, dovrebbe, da un lato, tener conto delle ragioni dell'efficienza e, dall'altro, essere orientata alla persecuzione delle notizie di reato, qualora il processo non sia superfluo e si palesi funzionale alla protezione di interessi nazionali ed europei.

²¹⁰ Ciò infatti, «*seems more closely aligned with the legality than to the opportunity principle. This is not to say that the EPPO Regulation is committed to a model of pure mandatory prosecution. The criteria provided by the law, in fact, leave room for some discretion*». *Ivi*, p. 193.

²¹¹ *Ivi*, p. 198.

CAPITOLO 3.

Profili problematici e soluzioni applicative.

Nelle pagine seguenti si cercherà di mettere in evidenza i profili problematici che la materia dei conflitti di giurisdizione presenta rispetto ai suoi “referenti costituzionali”.

In questa prospettiva, nella prima parte del presente capitolo si valuterà la compatibilità della Decisione rispetto ai diritti individuali garantiti dalla Carta di Nizza. Il riferimento è in particolare al principio del giudice precostituito *ex art. 47, § 2 CDFUE* nonché al diritto di difesa *ex art. 48, § 2 CDFUE*.

In ordine al primo profilo, si è visto come la Decisione quadro 2009/948/GAI non contenga alcuna indicazione sui criteri che dovrebbero sovrintendere alla scelta del foro competente e lascia liberi gli Stati di decidere se e attraverso quali parametri individuare la giurisdizione competente.

Per ciò che concerne il secondo aspetto, il testo normativo del 2009 non riserva alcuna attenzione alla sfera giuridica dell'imputato nel corso delle consultazioni¹. Questa lacuna risulta ancora più evidente a seguito dell'entrata in vigore delle direttive sui diritti di difesa che, nel dare attuazione all'art. 48, § 2 CDFUE, garantiscono un livello minimo di protezione degli indagati e degli imputati interessati da procedimenti penali

Oltre all'imputato, la Decisione non prende in considerazione neanche la sfera giuridica della vittima, la cui tutela nel contesto europeo è assicurata dalla Direttiva 2012/29/UE.

Le due posizioni – quella dell'imputato e quella della vittima – non possono essere certo equiparate ma, con le dovute differenze, meriterebbero entrambe protezione nel corso delle dinamiche di scelta del foro.

In questo senso, occorrerà dunque chiedersi se l'entrata in vigore delle citate direttive possa, nell'attesa in un intervento legislativo, colmare le lacune presenti, *in parte qua*, nella Decisione.

¹ Cfr., *supra*, *sub* Cap. 1, § 6.

Alla luce di questa analisi, nella seconda parte del capitolo, si passeranno in rassegna alcuni strumenti legislativi che, nell'ambito della cooperazione giudiziaria, cercano di fornire una soluzione alle ipotesi di conflitto.

In ordine alla cooperazione giudiziaria verticale, ci si concentrerà sul Regolamento (UE) 2017/1939 che ha istituito il Procuratore europeo, in particolare sulle disposizioni concernenti l'esercizio delle competenze di Eppo. Da ultimo, si focalizzerà l'attenzione sull'art. 16 MAE e sulla Direttiva UE 2017/541. Entrambi, nella dimensione della cooperazione giudiziaria orizzontale, individuano delle possibili vie d'uscita dal conflitto.

Occorrerà, dunque, verificare se si tratti di soluzioni soddisfacenti e compatibili con il dettato della Carta, facendo riferimento, in particolare, al principio del giudice costituito *ex art. 47, § 2 CDFUE*.

1. La compatibilità della Decisione quadro del 2009 con il principio del giudice precostituito.

Come osservato in precedenza², la Corte di giustizia non ha adottato una posizione autonoma e definita sull'art. 47, § 2 CDFUE. Per tale motivo la dottrina nell'individuare la *ratio* di questa disposizione si è rifatta alla (limitata) giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 6 CEDU, nonostante la differente formulazione delle due previsioni (precostituzione *vs* costituzione).

In estrema sintesi, il principio del giudice precostituito dovrebbe garantire al soggetto che la selezione dell'organo giurisdizionale deputato a decidere sulla *regiudicanda* che lo concerne non possa mai dipendere da scelte adottate *ex post*, a processo pendente (come tali a rischio di interferenze arbitrarie), ma sia basata su criteri predeterminati³.

Ciò non significa che il soggetto incriminato abbia la possibilità di scegliersi il giudice – si ricadrebbe in un'ipotesi illecita di *forum shopping* – o il diritto ad una particolare giurisdizione nazionale⁴. L'individuazione di quest'ultima dovrebbe essere caratterizzata dalla presenza di criteri certi e predeterminati che garantiscano all'indagato una ragionevole prevedibilità del foro competente, così da consentirgli di approntare una strategia difensiva adeguata ed effettiva⁵.

² Cfr., *supra*, Cap. 2, § 2, lett. a).

³ Come rilevato in dottrina, infatti, «*although art. 47 para. 2 CFR allows for jurisdictional rules to leave some latitude for interpretation, the requirement of foreseeability will not be met if the choice of forum is completely left to the discretion of prosecutors. The EU legislator must find a proper balance between legal certainty and the need for flexibility and effective (transnational) law enforcements*». In termini, M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 160.

⁴ Sul punto cfr. M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht law Review*, 7(1)/2011, p. 88. L'A. rileva infatti che «*From the scarce case law available, it can be derived that the requirement of a 'tribunal established by law' is not concerned primarily with providing a suspect with the right to be tried by 'his' judge. It does not give a suspect the right to choose the forum desired by him or to demand that different criminal cases pending against him be heard jointly*». ID., *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 271-272 (e giurisprudenza ivi citata *sub* nt. 65) e p. 280. Sul punto cfr., in senso analogo, N. I. THORHAUER, *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6(1)/2015, p. 95.

⁵ Cfr., in questo senso, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, pp. 154-155; ma anche A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of*

Nella presente prospettiva di ricerca, occorre, preliminarmente, chiedersi se l'art. 47, § 2 assicuri la garanzia del giudice precostituito solo all'interno dei singoli ordinamenti europei o, diversamente dall'art. 6 CEDU, anche a livello transnazionale, trovando così applicazione nella materia che ci occupa.

Propendendo per la prima impostazione si finirebbe per assegnare all'art. 47, § 2 CDFUE un valore del tutto analogo a quello dell'art. 6 CEDU: al più, l'affermazione del giudice precostituito a livello della Carta di Nizza potrebbe rafforzare la garanzia convenzionale, richiedendo ai singoli Stati UE di assicurare la precostituzione in luogo della semplice costituzione.

Diversamente, accedere alla seconda impostazione consentirebbe di individuare un valore aggiunto all'art. 47, § 2 CDFUE (rispetto all'art. 6 CEDU), funzionale all'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria in ambito penale⁶.

Da questo punto di vista, l'art. 47, § 2 porrebbe un vero e proprio obbligo in capo agli Stati membri di individuare la giurisdizione più adeguata all'interno dello SLSG, tenendo conto degli interessi dei soggetti coinvolti, sulla scorta del principio di leale collaborazione⁷: perciò, «*the requirement of a 'tribunal established*

Freedom, Security, and Justice, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., pp. 154-155.

⁶ Come acutamente rilevato in dottrina «*if the judge must be predetermined, so too must the forum*». Cfr. M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, cit., p. 155. Ponendosi infatti in una prospettiva (verticale) di *law enforcement* europeo, il canone della predeterminazione sembrerebbe richiedere «*that jurisdiction be predetermined before the court not only in the limited sense that jurisdiction (...) must be legally established, but in the more specific sense that it must be established to the exclusion of other competing jurisdiction*». *Ivi*, p. 157. Come rileva lo stesso A., l'applicazione del principio di precostituzione richiede, come logica precondizione, che nello SLSG sia vietato un secondo procedimento: «*therefore no claim of a right to a predetermined jurisdiction can ever be made without a tightening of the principle of ne bis in idem*». *Id.*, *Ivi*, pp. 157-158.

⁷ In questo senso, autorevole dottrina, evidenzia la centralità del principio di leale collaborazione, affermando che «*By definition, the reasonableness of any case allocation decision cannot be limited to the interests of the legal order of one single Member State. Loyal cooperation implies that the interests of the other stakeholders are also taken into accounts*». M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., pp. 94-95. In altra occasione l'A. ha avuto modo di precisare che «*the requirement of a 'tribunal established by law' defines as the overarching challenge for the European Union the design of a statutory system that supports a workable concept of 'reasonableness'*». Quest'ultima «*should be interpreted in light of the goals that the EU has set for itself and should ensure the proper administration of justice in light of all the interests involved; those of the Member States, those of the EU and those of its citizens*». *Id.*, *Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, in *Utrecht Law Review*, 9(4)/2013, pp. 20-21.

by law' encompasses the AFSJ as a whole and not only the legal orders of the Member States»⁸.

Se, dunque, la garanzia del giudice precostituito abbraccia l'intero SLSG, l'art. 47, § 2 dovrebbe svolgere un ruolo essenziale anche nelle ipotesi di scelta del foro.

Queste ultime ricadono nel perimetro di competenza dell'Unione ai sensi dell'art. 82, § 1, *lett. b)* che consente all'UE di adottare misure idonee a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri⁹: si può dunque affermare che, nel momento in cui danno esecuzione alla Decisione quadro 2009/948/GAI, i Paesi membri stanno implementando il diritto europeo ai sensi dell'art. 51 CDFUE, ciò implicando che essi siano soggetti all'osservanza di tutte le previsioni normative rilevanti contenute nella Carta¹⁰.

Pertanto, occorre valutare la compatibilità della Decisione quadro 2009/948/GAI con l'art. 47, § 2 CDFUE.

Nell'ambito dei procedimenti paralleli, come rilevato in dottrina, *«to choose jurisdiction means also to choose rules and contexts»¹¹*. Difatti, incardinare il processo in uno Stato piuttosto che in un altro comporta la variazione della normativa applicabile sia sostanziale¹² che processuale¹³. La scelta del foro non è dunque una scelta “neutra”¹⁴.

⁸ M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., p. 95. In questa prospettiva, però, l'ambito di applicazione dell'art. 47, secondo l'A. sarebbe limitato: *«article 47 CFR only comes into play as long as Member States are implementing EU law. With the latter being virtually silent on case allocation as such, Article 47 CFR is a factor of relevance mainly in relation to matters of transnational cooperation, which is extensively dealt with by EU law, and, more specifically, only in relation to 'true' or actual interstate conflicts of jurisdiction»*. *Ibidem*. Per l'A., *«forum choice is in many aspects a matter for European law. The European framework is fragmented. That implies, on ce again, that our primary point of reference for assessing legality – the CFR- is only applicable where there is secondary EU legislation in place need implementation or – possibly – where national law interferes with the Treaty freedom (art. 51 (1) CFR)»*. In termini, ID., *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit. pp. 276-277.

⁹ Come rilevato in dottrina, *«art. 47 para. 2 CFR has a transnational dimension and applies to cooperation in criminal matters. The lawful judge concept requires the Union to take legislative action under Art. 82 para 1 subpara. 2 lit. b TFUE and to adopt jurisdictional rules that determine the international forum, i.e., the competent member States»*. In termini, Sul punto cfr. M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 159.

¹⁰ Cfr. A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, cit., p. 155.

¹¹ M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 160.

¹² In questa prospettiva è stato affermato che *«on the one hand it is connected to the traditional condition of "foreseeability" typical of substantive criminal law, as the choice of jurisdiction involves a change in the applicable criminal law»*. In questi termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 161. Sul punto

Ciò, *a fortiori*, imporrebbe che le norme sulla scelta del foro fossero caratterizzate dalla prevedibilità. Detto altrimenti, il cittadino avrebbe diritto a che i criteri di scelta del foro fossero *prevedibili* ed *accessibili*¹⁵.

Come già osservato in precedenza¹⁶, occorre invece rilevare che le previsioni contenute nella Decisione quadro del 2009 non soddisfano in alcun modo le menzionate esigenze di prevedibilità della giurisdizione, né, del pari, quelle di tutela dei diritti dell'indagato.

Da un lato, è da constatare l'assenza nella Decisione di criteri rigidi in grado di orientare la scelta della giurisdizione che tutelino l'indagato da scelte arbitrarie¹⁷; dall'altro, non è prevista alcuna forma di garanzia processuale per i soggetti sottoposti alle procedure di cooperazione¹⁸.

Mettendo da parte, per il momento, quest'ultimo profilo – che verrà analizzato al paragrafo successivo – occorre evidenziare come la Decisione si limiti

cfr. inoltre anche A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, cit., p. 155.

¹⁵ Come osservato in dottrina, «*There is also a second facet of foreseeability which concerns the possibility to know in advance where the trial will be held (...) and let the defendant know where and according to what rules he will be tried*». M. PANZVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 163. Come rilevato dall'A., «*Defining in advance the rules for allocation of case in national fora prevent from the risk that the decision on the choice of forum is made with the goal of disadvantaging a particular defendant*». *Ivi*, p. 162.

¹⁴ In questo senso cfr. M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., p. 94.

¹⁵ Come ricordato *supra*, Cap. 2, § 2, lett. a), nel caso *Savino v. Italia*, (§ 97), la Corte ha avuto modo di precisare che la legge deve possedere i requisiti di prevedibilità ed accessibilità. Come rilevato in dottrina, «*referring to the requirement derived from Art. 7 ECHR the Court followed a concept of the legality principle that applies to both substantive and procedural law*». In termini, M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 125.

¹⁶ Cfr., *supra*, sub Cap. 1, § 6.

¹⁷ Come osservato, «*Due to the lack of legal rules limiting states jurisdiction to prescribe or restricting their authority to exercise this jurisdiction, the current reality is different. Plenty of room for abusive evaluations and forum shopping makes it impossible for the individual to foresee which national jurisdiction will be handling the case according to which procedural rules. This status quo does not seem to be in line with the requirement of a "tribunal established by law"*». N. I. THORHAUER, *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, cit., p. 95.

¹⁸ In questa prospettiva, «*due to considerable differences between the Member States' criminal law and procedures, the choice of the international forum (the competent Member State) will affect the rights of the defendant much more than determination of the competent court within the domestic criminal justice system*». Così, M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 163

soltanto a “suggerire” agli Stati alcuni criteri da seguire¹⁹, non conferendo, però, a questi ultimi il crisma dell’obbligatorietà²⁰.

Ne deriva, pertanto, che le autorità nazionali hanno la massima discrezionalità non solo nel *quomodo* ma anche nell’*an* della scelta del foro competente²¹.

Proprio questi due fattori – la mancanza di criteri certi e predeterminati che guidino la risoluzione dei conflitti di giurisdizione e la discrezionalità in capo alle autorità procedenti²² – sembra cagionare una violazione dell’art. 47, § 2 da parte della Decisione quadro 2009/948/GAI, non consentendo all’indagato di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giurisdizione sarà chiamato a rispondere. Tale situazione incide dunque negativamente su coloro che si trovano coinvolti in procedimenti paralleli²³.

In linea generale, i cittadini europei, quando si spostano nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in ossequio al principio di legalità (*ex art. 49 CDFUE*), dovrebbero esser posti nelle condizioni di conoscere la legge cui sono

¹⁹ Cfr. considerando 9, Decisione quadro 2009/948/GAI.

²⁰ Come è stato rilevato, «*though not binding on Member States and lacking a set of fixed criteria, the guidelines propose no hierarchy pattern. This makes foreseeability of competent forum in a transnational case impossible, and thus renders then c.n.p.s.l. principle (Art. 49 § 1 CFR) void, given that the latter also covers criminal act forum, and consequently a person’s natural judge in the EU common area of justice. This is intolerable, especially for suspects as frankly jeopardising their rights*». In termini, M. KAIATA-GHANDI, *Jurisdictional Conflicts in Criminal Matters and their Settlement within EU’s Supranational Settings*, in *EuCLR*, 7(1)/2017, p. 39.

²¹ Ciò potrebbe dare la stura a illegittimi fenomeni di *forum shopping* da parte delle autorità di *law enforcement*. Difatti, queste potrebbero individuare la giurisdizione competente in quella che possiede la legislazione in grado di condurre più velocemente alla condanna dell’imputato. Come osservato in dottrina, nel contesto europeo, dando per assodato che tutti i sistemi nazionali rispettino l’art. 6 CEDU, il problema sorge in quanto le autorità procedenti «*have a choice between (theoretically) all of those divergent national systems. They are able to choose the court and the procedural framework that is most to their liking, possibly to the detriment of other parties to the proceedings (defendant, victims)*». In questi termini, M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., p. 272.

²² Come rileva l’A. da ultimo citato, «*I believe the requirement of a tribunal established by law is directly related to the principles of adversarial proceeding and equality of arms. It should not be up to a party of the proceedings to choose unilaterally which rules apply to the proceedings*». *Ibidem*.

²³ Sul punto, cfr. M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), cit., pp. 157-158. Se, come rilevato, la scelta del foro competente non è “neutra”, sarebbe necessario garantire un tasso minimo di legalità dei criteri che sovrintendono alla sua determinazione del giudice competente sia caratterizzata dalla prevedibilità. In questa prospettiva, è stato affermato che l’art. 47 § 2 «*seem unlikely to call for strict hierarchy or “pecking order” of the relevant criteria*». *Ivi*, p. 163

soggetti²⁴, grazie alla presenza di norme rispettose dei canoni *accessibility* and *predictability*, corollari del principio *de quo*²⁵.

Difatti, per muovere un giudizio di colpevolezza, il soggetto dovrebbe essere in grado di compiere le sue scelte liberamente, distinguendo i comportamenti leciti da quelli illeciti²⁶.

In questa prospettiva, i principi di legalità e colpevolezza, oltre che nella dimensione interna, dovrebbero essere tenuti in considerazione anche nel caso di procedimenti transnazionali²⁷ e, dunque, nelle ipotesi di conflitti di giurisdizione²⁸.

²⁴ Infatti, «*Every individual has to know which legal rules – i.e. the law of which state – he is subjected to. The uncertainty generated by the parallel applicability of several criminal codes within the EU and the absence of any rules clarifying which law has to be applied in certain cross-border constellations violates the legality principle as enshrined in the ECHR and the Charter*». In termini, N. I. THORHAUER, *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, cit., p. 90.

²⁵ I concetti di *accessibility* e *predicability* vennero affermati per la prima volta nella storica sentenza della Corte Edu, *Sunday Times v. Regno Unito* del 26 aprile 1979, e furono progressivamente specificati dalle pronunce successive. Un'approfondita disamina dei due concetti è presente in Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italia* (in ptc., sub §§ 99-109). Sul punto cfr. V. MANES, sub art. 7 CEDU, in (a cura di) S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo*, Cedam, Padova, 2011, p. 278 ss. Sul versante dell'art. 49 CDFUE, cfr. R. SICURELLA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, sub art. 49 C.D.F.U.E., in (a cura di) R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 982 ss. Per riprendere le parole della Corte Edu, «Sarebbe del resto incoerente, da una parte, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altra, permettere che si consideri una persona come «colpevole» e «punirla» quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insormontabile che non può assolutamente essere imputato a colui o colei che né è vittima». Così, Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi contro Italia*, § 116. Va da sé che, nel caso di reati considerati tali da parte della comunità internazionale, questi due requisiti sono rispettati senza bisogno di ricorrere ad un'analisi del caso concreto: infatti, nella prospettiva della giurisdizione universale, «*the individual is able to foresee what the international community of states considers to be a criminal offence*». Così M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 119 ss.

²⁶ In questa prospettiva, infatti, «*the law has to perform its function of guiding behaviour*». In termini, N. I. THORHAUER, *Op. ult. cit.*, p. 93 e dottrina ivi citata sub nt. 87.

²⁷ Come osservato, «*What is more, if art. 47 is attributed a transnational dimension for the sake of legal certainty, this must a fortiori apply to art. 49 too. Since the principle nullum crimen shall enable the individual to foresee which conduct will make him criminally liable, art. 49 sets a higher standard of legal certainty than the procedural guarantee enshrined in art. 47 para 2. according to legality principle, the applicable criminal law must be clearly established without allowing for a margin of discretion*». Così M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 165.

²⁸ In questa prospettiva, è stato osservato che «*As the principles of legality and culpability are an important condition for legal certainty and the protection of confidence, these must not only be ensured in purely domestic proceedings but should as well be regarded in EU-wide cross-border prosecutions. Therefore, the aforementioned ratio of these principles calls upon the European legislator to deal with the issue of*

Detto altrimenti, gli individui «*are entitled to laws that enable them to regulate their conduct, also in transnational constellations*»²⁹.

Infatti, solo conoscendo preventivamente la legge penale processuale e sostanziale applicabile alla sua condotta³⁰, il cittadino dell'Unione può dirsi in grado di muoversi e agire consapevolmente in tutto il territorio europeo, potendo, così, godere *effettivamente* delle libertà che i Trattati gli riconoscono³¹.

conflicts of jurisdiction». Così, N. I. THORHAUER, *Op. ult. cit.*, cit., p. 93. Di contro, M. LUCHTMAN rileva come, allo stato attuale, «*it will not be possibile to interpret art. 49 CFR in a "transnational fashion", that is in light of Article 3(2) TUE as the court has done with articles 54 CISA and 50 CFR*». In termini, ID., *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., p. 268.

²⁹ In termini, M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., p. 265. D'altronde, come è stato efficacemente rilevato, «*the promotion of free movement of persons (cf. Article 3(2) TEU) in this regard therefore brings along a redefined notion of such concepts as the accessibility and foreseeability of the law. It challenges the existing state-centred cooperation structures and to protect the autonomy of the individual vis-à-vis the joint European Member States, also in transnational situations*». *Ibidem*.

³⁰ È stato infatti affermato che the «*genuine free movement in the AFSJ requires the foreseeability of any Member State's criminal law jurisdiction*». In termini, M. LUCHTMAN, *Principles of European Criminal Law: Jurisdiction, Choice of Forum, and the Legality principle in the Area of Freedom, Security, and Justice*, cit., p. 371. Da questo angolo visuale è stato, inoltre, osservato che «*The goal of the nullum crimen principle, however, is not to allow citizens to predict where in the AFSJ offences and sanctions are least harsh. That would come close to an abuse of free movement rights*». *Ivi*, p. 369.

³¹ In estrema sintesi, potremmo affermare che il principio di legalità costituisca il *trait d'union* tra la *jurisdiction to prescribe* e la *jurisdiction to adjudicate and enforce*, ergendosi, dunque, a criterio guida indefettibile per orientare l'individuazione del foro competente. Evidenzia il nesso sussistente tra il principio di legalità e le due declinazioni della giurisdizione M. LUCHTMAN, affermando che «*The legality principle thus deeply influences the content and shape of every Member State's jurisdiction to prescribe norms (offences) to its citizens, as well as their jurisdiction to adjudicate and enforce (violations of) these norms by their judicial and executive bodies*». ID., *Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU's Area of Freedom, Security and Justice?*, cit., p. 14. La relazione tra i due formanti della giurisdizione emerge con icastica evidenza nel caso *Camilleri v. Malta* (Corte Edu, 22 gennaio 2013). Nel caso di specie, la legislazione maltese riconosceva al pubblico ministero un certo tasso di discrezionalità («*unfettered discretion*») nel decidere presso quale Corte avviare il procedimento (*Court of Magistrates or Criminal Court*). Da questa scelta derivavano conseguenze differenti e peggiorative nel caso in cui il PM avesse optato per la *Criminal Court*. Infatti, come rilevato dalla Corte, «*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.*» (§ 42). Sulla scorta di queste considerazioni e stante l'assenza di criteri predeterminati che orientino la scelta della Corte competente (§ 43), i Giudici di Strasburgo affermano che «*the relevant legal provision failed to satisfy the foreseeability requirement and provide effective safeguards against arbitrary punishment as provided in Article 7*» (§ 44). Su questa pronuncia, cfr. M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., p. 266 ss.; ma anche A. MARLETTA, *Op. ult. cit.*, p. 156. Come osservato, «*the Court's reasoning can be applied to transnational case sas nwell, where individual is subject to the risk of being criminally prosecuted*». In termini, M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, pp. 166. Per una dettagliata analisi di questi due formanti della giurisdizione cfr. M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER, *Jurisdiction*, in IID. (Eds.), *Conflict of*

Pertanto, negare l'applicazione del principio giudice precostituito alla materia dei conflitti, significherebbe limitare, *indirettamente*, alcune libertà fondamentali dei cittadini europei, in particolare quella di circolazione³².

Se questi non sono in grado di conoscere preventivamente la giurisdizione cui sono soggetti – e, dunque, le norme sostanziali e processuali loro applicabili – potrebbero essere indotti a ridurre i loro spostamenti nello SLSG³³, per porsi al riparo da scelte arbitrarie da parte delle autorità di *law enforcement*³⁴ ed evitare, altresì, il rischio di un *double jeopardy*³⁵. Di fatto, verrebbe limitata la libertà di movimento che i Trattati riconoscono loro³⁶.

jurisdiction in criminal matters in the European Union (vol. II), cit., p. 22 ss.; M. LUCHTMAN, *Choice of forum and the Prosecution of cross-border crime in the European Union*, in ID. (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., p. 21 ss.; ma anche M. BÖSE, *Choice of forum and Jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., p. 75 ss. (in ptc. pp. 79-81).

³² Da quanto rilevato, si può trarre un'ulteriore conferma circa l'applicabilità dell'art. 47 § 2 alla materia che ci occupa: se si concorda circa la relazione strumentale esistente tra precostituzione del giudice e libertà di movimento, essendo quest'ultimo un diritto fondamentale dei cittadini comunitari (art. 21 TFUE), seguendo il *dictum* dell'art. 51 CDFUE, bisogna applicare anche alla materia *de qua* i diritti garantiti dalla Carta, compreso l'art. 47. L'art. 51 CDFUE, impone, infatti, che «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*» (corsivo nostro): dunque, poiché nell'ambito dei conflitti di giurisdizione viene anche in gioco il diritto eurounitario alla libertà di movimento, la Carta dovrà essere rispettata in tutte le sue parti, compreso, dunque, l'art. 47.

³³ In ordine alle relazioni intercorrenti tra libertà di movimento e conflitti di giurisdizione, oltre al contributo di M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., cfr., inoltre, ID., *Choice of forum and the Prosecution of cross-border crime in the European Union*, in ID. (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, cit., pp. 12-21. L'A. afferma che il *free movement* è espressione del diritto dei cittadini europei di sottostare ad un determinato sistema legale nel momento in cui pongono in essere una determinata condotta. Lo stesso A. evidenzia, inoltre, come la libertà di movimento venga in rilievo non soltanto attivamente – quale libertà per il cittadino europeo di muoversi in tutto lo SLSG – ma anche passivamente, circostanza che impone all'Unione di proteggere il cittadino dalle conseguenze derivanti dall'altrui libera circolazione. Su questo ultimo profilo cfr., inoltre, M. LUCHTMAN, *Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU's Area of Freedom, Security and Justice?*, cit., p. 17.

³⁴ In questo senso, «*in lack of firm criteria for selecting adjudicating forum for transnational cases, forum shopping by offenders cannot be forestalled.*». M. KAIATA-GHANDI, *Op. ult. cit.*, p. 39.

³⁵ Cfr. sul punto N. I. THORHAUER, *Op. ult. cit.*, p. 82. Da questo punto di vista osserva l'A. «*Conflicts of jurisdiction can accordingly jeopardise legal peace and legal certainty as they lead to a lack of predictability of law for the future and provoke a loss of confidence in the validity and power of law.*». *Ibidem.*

³⁶ Come rilevato dall'A., «*A cognisable link to the criminal law of particular legal order may even be absent. In these cases, the concept of european citizenship and one of its core elements (personal autonomy through right of free movement) are easily frustrated. There is a paradox in encouraging, on the one hand, individuals to cross borders, while simultaneously abstaining from framework that allows them to foresee the consequences of their free movement, or the free movement of others in a common legal area of criminal*

Possiamo, dunque, rilevare che la precostituzione del giudice costituisca non solo un tradizionale diritto fondamentale sul piano dell'ordinamento interno, ma anche una garanzia strumentale alla piena esplicazione della libertà di movimento dei cittadini europei³⁷: questi, infatti, al fine di spostarsi liberamente all'interno dello SLSG, devono essere posti al riparo dal rischio di trovarsi soggetti ad una legislazione che non erano in grado di conoscere o, ancor peggio, da quello di rispondere penalmente dinnanzi a due Stati per le condotte ad essi ascritte³⁸.

Ciò chiaramente non significa che l'indagato abbia il *diritto* di sapere sempre davanti a quale giudice sarà chiamato a rispondere: un margine di flessibilità nell'individuazione del foro competente è infatti necessario soprattutto nel contesto sovranazionale, ove le sovrapposizioni tra le giurisdizioni costituiscono una realtà frequente³⁹.

Egli, di contro, avrà il diritto a che la scelta del foro dipenda da una «*decent legal basis*» sulla scorta di una «*reasonable foreseeability*»⁴⁰.

Tali requisiti sono assenti nella Decisione quadro 2009/948/GAI⁴¹ ed è lungo questo crinale che essa mostra il suo lato più oscuro⁴²: la mancanza di criteri

justice». *Ivi*, p. 264. In questa ottica, l'A. afferma che «*the laws of the state of stay are, as a general rule, decisive for offering individuals guidance on what they are allowed to do, and what not*». *Ibidem*. Sul punto si rimanda, inoltre, alle osservazioni dell'A., *Ivi*, p. 282 (in ptc. *sub* p. 4).

³⁷ Purtroppo, come è stato rilevato, «*the concept of EU citizenship is, at present, not linked to legislative action in relation to jurisdiction. Member States seem to be unwilling to accept (mandatory) jurisdiction on the basis of the domicile principle, possibly in addition to jurisdiction on the basis of nationality*». M. LUCHTMAN, *Principles of European Criminal Law: Jurisdiction, Choice of Forum, and the Legality principle in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in *European Review of Private Law*, 2/2012, p. 373.

³⁸ È stato osservato che l'art. 47, § 2, così come il principio del *ne bis idem*, possa essere interpretato «*as an emanation of the principle of legal certainty, which protects individuals moving within the Union*». In questo senso, cfr. M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, cit., p. 152.

³⁹ Chiaramente resteranno sempre dei casi nei quali non sarà possibile conoscere preventivamente la giurisdizione competente, motivo per cui si dovrà ricorrere a criteri generali, stabiliti *ex ante*, idonei a condurre ad una scelta del foro ragionevole e scevra da qualsiasi tasso di arbitrarietà. In questa prospettiva, la (auspicabile) futura legislazione europea in materia di *forum choice* dovrebbe tener presente gli obiettivi da ultimo menzionati, bilanciando nel modo migliore le ragioni di *law enforcement* con quelle di protezione dei diritti individuali. Cfr. sul punto N. I. THORHAUER, *Op. ult. cit.*, p. 100. Sul punto cfr. inoltre. M. BÖSE, cit., *supra*, *sub* nt. 3.

⁴⁰ Cfr. A. MARLETTA, *Op. ult. cit.*, p. 155. In questo senso, «*Foreseeability would imply the criteria for exercise the choice should has a decent legal basis and the certain minimal procedural safeguards for the suspect (...) should be in place with regard to the choice of foun as a "process"*». *Ibidem*.

certi, idonei ad individuare la giurisdizione competente – “*previously established by law*”⁴³ – apre la strada ad un irresolubile conflitto con il principio del giudice precostituito *ex art. 47, § 2* – e, di riflesso, con quello di legalità (*ex art. 49 CDFUE*) – limitando, peraltro surrettiziamente, la libertà di movimento dei cittadini europei all’interno dello Spazio di libertà Sicurezza e Giustizia, tutelata dagli artt. 20, 21, § 1 TFUE e 3, § 2 TUE⁴⁴.

L’assenza di criteri idonei ad individuare il foro competente nella Decisione quadro del 2009 è in grado, inoltre, di incidere negativamente sulle garanzie difensive per come tutelate dall’art. 48, § 2 CDFUE e dalle direttive che a questa disposizione hanno dato attuazione.

Nel caso di procedimenti paralleli, infatti, l’indagato dovrebbe essere posto per tempo nelle condizioni di conoscere dinnanzi a quale giurisdizione verrà celebrato il processo, così da approntare una strategia difensiva adeguata al

⁴¹ Le stesse di *guidelines* di Eurojust, richiamate nel preambolo della Decisione quadro (considerando 9), come evidenziato, «*are only a soft law instrument which have no binding value*». *Ibidem*.

⁴² Autorevole dottrina ha evidenziato come «*The fragmented European framework, and the degree of executive discretion it leaves to national authorities, leads to the situation where choices of forum are made in a black box, in which insiders take decisions, which may also affect the legal position of outsiders, i.e., actors in criminal justice not involved in the forum choice (defendants, courts, European institutions, victims)*». Così, M. LUCHTMAN, *Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU’s Area of Freedom, Security and Justice?*, cit., p. 13. Di contro, come è stato osservato, «*the limitation of Member States’ criminal law competences and their foreseeability in transnational situations would reduce uncertainty and ease the citizens’ exercise of their right to free movement*». Così, N. I. THORHAUER, *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, cit., p. 98.

⁴³ Come osservato, «*the requirement of a “tribunal established by law” defines as the overarching challenge for the European Union the design of a statutory system that supports a workable concept of “reasonableness”, in which citizens’ interest are included. That system should reduce the double burden on European citizen as far as possible protect the common interest, and avoid arbitrariness in the way forum choices are made, forum shopping in particular*». In termini, M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., p. 273. L’A., precisa inoltre come «*even where national system do not pose statutory impediments to European coordination, “reasonableness” as such will remain an empty phrase without intervention at the European level*». *Ivi*, p. 274.

⁴⁴ Come rilevato dalla Corte nel caso *Zambrano* (Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 8 marzo 2011, C-34/09), *sub* § 42, «l’art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell’Unione». Detto altrimenti, fa parte del contenuto essenziale dello *status* di cittadino europeo, il diritto all’autodeterminazione, che in un contesto come quello attuale, privo di criteri vincolanti per la scelta del foro, rischia di essere fortemente compromesso. Sul punto cfr. N. I. THORHAUER, *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, cit., p. 97.

contesto nazionale entro il quale si celebra il processo, con particolare riguardo alle norme ed alle prassi che caratterizzano una determinata giurisdizione⁴⁵.

In secondo luogo, lo stesso dovrebbe avere la possibilità (*ex art. 47, § 1 CDFUE*) di impugnare la decisione sull'attribuzione della giurisdizione assunta dagli Stati, qualora questa ledesse i diritti che l'Unione gli riconosce.

Tale esigenza trova, peraltro, conferma nelle *guidelines* di Eurojust, le quali invitano gli Stati ad individuare il foro competente il prima possibile⁴⁶, puntualizzando che nelle fasi successive (ad esempio al termine delle indagini) una deviazione da tale scelta non sarebbe appropriata⁴⁷.

Occorre perciò verificare se, nonostante l'assenza di qualsiasi riferimento alle garanzie difensive, si possa giungere ad un'interpretazione della Decisione conforme alla Carta, la quale, all'48, § 2, afferma che «il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato».

In quest'ottica, la Decisione dovrebbe essere letta alla luce di alcune direttive in materia processuale penale che l'Unione ha emanato dal 2010 in avanti. Queste, infatti, hanno come obiettivo comune quello di garantire un livello minimo di protezione dei diritti di difesa nei vari Stati membri.

⁴⁵ Come osservato in dottrina, infatti, «*to choose jurisdiction means also to choose rules and contexts*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Choice of forum and the lawful judge concept*, cit., p. 160. Di conseguenza, il variare delle regole processuali comporterà un cambiamento della strategia difensiva, per cui è necessario che l'indagato conosca il prima possibile davanti a quale giurisdizione sarà chiamato a rispondere della sua condotta.

⁴⁶ «*The decision on where to prosecute should be reached as early as possible in the investigation or prosecution process and in full consultation with all the relevant authorities in each jurisdiction*». In termini, Eurojust, *Guidelines for Deciding "Which Jurisdiction Should Prosecute?"*, 2016, p. 2.

⁴⁷ «*When an investigation is already in an advanced stage in one jurisdiction, transferring the case to another jurisdiction might not be appropriate*». *Ivi*, p. 3

2. La compatibilità della Decisione quadro del 2009 con le direttive sui diritti di difesa e della vittima.

a) Le direttive sui diritti di difesa.

L'art. 48, § 2 CDFUE, come rilevato in dottrina⁴⁸, è una specificazione dell'art. 47, § 2, secondo cui «(...) Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare».

Il rapporto di specialità sussistente tra le due disposizioni si desume direttamente dalla diversa nomenclatura utilizzata.

Mentre l'art. 47 si riferisce ad “ogni individuo”, l'art. 48 si rivolge, invece, “ad ogni imputato”: dunque, quest'ultima disposizione è una specificazione dei diritti di difesa per il solo settore penale.

Detto altrimenti, l'art. 47 contiene la disciplina generale dei diritti di difesa applicabile a qualsiasi tipologia di processo; l'art. 48 si cura, invece, di affermarli con esclusivo riferimento alla c.d. “materia penale”⁴⁹.

Da questo punto di vista, come puntualizzato dalle spiegazioni della Carta, l'art. 48, § 2 CDFUE si rifà all'art. 6, § 3 della CEDU, il quale – con una formulazione dettagliata che fa da contraltare alla laconicità dell'art. 48 CDFUE – enuclea i diritti riconosciuti ad ogni accusato⁵⁰.

⁴⁸ Sul punto cfr. S. ALLEGREZZA – A. MOSNA, *I diritti della difesa*, sub art. 48 CDFUE, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 946-947.

⁴⁹ *Ivi*, p. 947.

⁵⁰ Ai sensi di questa disposizione, 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 scarico 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». L'elenco dei diritti contenuto nell'art. 6 CEDU non rappresenta, peraltro, un *numerus clausus*: esso, infatti, va integrato con le sentenze emesse, *in parte qua*, dalla Corte di Strasburgo. Sul punto cfr. S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 951; ma anche W. A. SCHABAS, sub art. 6, in ID., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 294 ss.; B. WEISSER, *The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceedings in Europe*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford

In questo contesto, il diritto di presenziare al processo, come rilevato dalla Corte di Strasburgo, rappresenta il presupposto per l'esercizio effettivo dei diritti scolpiti alle lettere *c)*, *d)* ed *e)* dell'art. 6, § 3⁵¹.

All'interno di tale cornice "costituzionale" e grazie all'avvento del Trattato di Lisbona, il Programma di Stoccolma⁵², presentato l'11 dicembre 2009, ha posto le basi per tradurre le citate disposizioni della Carta in norme di dettaglio che fossero in grado di tutelare i diritti individuali nelle dinamiche processuali⁵³.

Questo Programma veniva, infatti, integrato da una *Roadmap*⁵⁴ attraverso la quale il Consiglio si poneva l'obiettivo di rafforzare ed uniformare all'interno

University Press, New York, 2019, p. 89 ss.; T. WEIGEND, *Defense Rights in European Legal Systems under the Influence of the European Court of Human Rights*, *Ivi*, p. 165 ss.

⁵¹ La Corte Edu sul punto ha avuto modo di affermare che «*it is difficult to see how he could exercise these rights without being present*». In termini, Corte Edu, 12 febbraio 1985, *Colozza v. Italia*, § 27; Corte Edu, Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic v. Italia*, § 81. Il diritto di essere presente al processo ha avuto una autonoma consacrazione all'art. 8, § 1 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, a detta della quale «Gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano il diritto di presenziare al proprio processo». Sul punto cfr. A. KLIP, *Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims' Rights*, in T. RAFARACI – R. BELFIORE (Eds.), *Eu Criminal Justice*, Springer, Cham, 2019, p. 19 ss.

⁵² *Programma di Stoccolma – un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (2010/c 115/01)* § 2.4. Questo Programma mirava ad individuare le priorità dell'UE nel periodo 2010-2014.

⁵³ In questa prospettiva è stato osservato come, «l'intervento normativo dell'Unione è prevalentemente orientato verso le procedure di cooperazione e il rafforzamento del sistema di mutuo riconoscimento e, pur laddove persegue la promozione dei diritti individuali nell'ambito di procedure penali nazionali, è rimasto ancorato a una logica efficientistica, volta a consentire la più efficace azione comune di accertamento e indagine di reati perlopiù aventi dimensione transnazionale». In termini, S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 4/2015, p. 132.

⁵⁴ *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 (2009/C 295/01)*. A tal proposito è stato osservato che attraverso questo programma l'UE «*has attempted to develop a more specific articulation of some aspects of the rights enshrined in Art. 6 ECHR. The increased engagement of the EU to become a "standard setter" in the area of defence rights is mainly due to the fact that there are still many discrepancies among EU Member States in relation to the protection of fundamental and human rights, when the instruments based on the principle of mutual recognition of judicial decisions (in particular the European Arrest Warrant) are applied*». In termini, T. WAHL, *Fair trial and defence rights*, in A. LUCIFORA – V. MITSILEGAS – R. PARIZOT – R. SICURELLA, *General principles for a common criminal law framework in the EU*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 106.

dello SLSG i diritti processuali degli indagati e degli imputati nei procedimenti penali, sulla scorta della base giuridica dell'art. 82, § 2 TFUE⁵⁵.

Nella tabella di marcia era infatti previsto un percorso graduale finalizzato all'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), le garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (misura E), nonché il Libro verde sulla detenzione preventiva (misura F).

In tale contesto, l'Unione ha emanato una serie di direttive contenenti norme minime sui diritti processuali⁵⁶, tra le quali: la Direttiva sull'interpretazione e la traduzione⁵⁷, la Direttiva sul diritto all'informazione⁵⁸, la Direttiva sull'accesso al difensore⁵⁹, la Direttiva sulla presunzione di innocenza⁶⁰, la Direttiva sui

⁵⁵ Come rilevato in dottrina, in particolare, l'art. 82, § 2, *lett. b*) legittima l'Unione ad adottare norme minime in ordine ai diritti della persona nel procedimento penale. Sul punto cfr. C. AMALFITANO, *sub art. 82 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 893 ss.

⁵⁶ Come rilevato in dottrina, queste direttive hanno creato «*an autonomous, self-designed project for the protection of individual rights in criminal proceedings before the authorities of the Member States*». In termini, P. CAEIRO, "Introduction" (*or: Every Criminal Procedure Starts with a Bill of Rights*), in ID. (Ed.), *The EU Agenda on Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons: The 'Second Wave' and Its Predictable Impact on Portuguese Law*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade De Coimbra, 2015, p. 17. Sul punto cfr. inoltre V. MITSILEGAS, *The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, cit., p. 129. D'altronde, uno *standard* di protezione uniforme dei diritti processuali risulta strumentale al rafforzamento della mutua fiducia tra gli Stati europei. Cfr. considerando 8, *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* (2009/C 295/01). Sul punto cfr. inoltre, A. TINSLEY, *Protecting criminal defence rights through eu law: opportunities and challenges*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4(4)/2013, p. 466. S. QUATTROCOLO, *The Right to information in Eu Legislation*, in S. RUGGERI (Ed.), *Human Rights in European Criminal Law*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2015, p. 91.

⁵⁷ Direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali.

⁵⁸ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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

Diritti processuali per i minori indagati o imputati⁶¹ e, infine, la Direttiva sul patrocinio a spese dello Stato⁶².

Non essendo questo il luogo per procedere ad una disamina approfondita di tali fonti normative⁶³, occorre qui rilevare che i diritti in esse contenuti vadano rispettati sia nei procedimenti puramente interni⁶⁴, sia nelle dinamiche inerenti alla cooperazione giudiziaria europea⁶⁵.

processo nei procedimenti penali. In linea generale, è stato però osservato come «La normativa dell'Unione tradisce in buona misura l'annunciata apertura verso altre esperienze ordinamentali, raccogliendo per un verso in modo minimalista l'eredità giurisprudenziale di Strasburgo e, per un altro, imponendo agli Stati Membri *standard* minimi di tutela che rischiano di vanificare le soglie di garanzie perviste dal diritto nazionale, in nome della pretesa esigenza di assicurare un'unicità d'approccio al diritto dell'Unione». In termini, S. RUGGERI, *Op. ult. cit.*, p. 133.

⁶¹ 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.

⁶² 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.

⁶³ Si rimanda, per tutti, a S. RUGGERI (Ed.), *Human Rights in European Criminal Law*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2015; T. WAHL, *Fair trial and defence rights*, cit., p. 105 ss.; V. MITSILEGAS, *The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings*, *Op. cit.*, p. 115 ss.; S. ALLEGREZZA – V. COVOLO (Eds.), *Effective defence rights in criminal proceedings*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

⁶⁴ Le direttive da ultimo citate, come evidenziato da autorevole dottrina, hanno un profondo impatto sul diritto interno. In questo contesto, la diversità dei sistemi processuali nazionali ha indotto la Corte di giustizia a sviluppare dei concetti autonomi in materia al fine di assicurare un'applicazione uniforme del diritto europeo e nel definire il contenuto dei diritti scolpiti nelle direttive. «*By superimposing a Union meaning of key domestic law concepts, autonomous concepts become a mechanism of enforcement of EU law that has significant impact on domestic criminal justice systems and legal cultures, in changing both perceptions and practice in national criminal justice systems*». Sul punto, cfr. V. MITSILEGAS, *The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings*, *Op. cit.*, p. 132 ss. (in ptc., p. 134). In ordine alla rilevanza dei diritti contenuti nelle direttive nei procedimenti puramente interni, cfr., da ultimo, Corte di giustizia, 13 giugno 2019, C-646/17, *Moro* (in ptc. §§ 34-37).

⁶⁵ Sul punto cfr. V. MITSILEGAS, *Op. ult. cit.*, p. 129; ma anche ID., *Legislating for human rights after Lisbon. The transformative effect of EU measures on the rights of the individual in criminal procedure*, in M. FLETCHER – E. HERLIN-KARNELL – C. MATERA (Eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, London, 2016, p. 202. Come rilevato dall'A., peraltro, la clausola di non regressione rispetto agli omologhi diritti garantiti dalla CEDU, presente nei preamboli delle diverse direttive, fa sì che non si applichi in questo ambito il *reasoning* della sentenza Melloni (Corte di giustizia, Grande Camera, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*). In questa prospettiva, «*national law that provides a high level of protection of procedural rights will apply, even if the level of protection is higher than that provided by EU (in any case minimum) standards*». In termini, *Ivi*, p. 206.

I diritti processuali hanno infatti acquisito una dimensione transnazionale quale «*consequence of the functional nexus between cross-border cooperation and domestic criminal proceedings*»⁶⁶.

In questa prospettiva, «*the significance of these directives is often heightened in parallel proceedings involving – in addition to the Member State or nationality or residence of the suspect – at least one and frequently two or more unfamiliar foreign jurisdiction, where the ensuring of an adequate defence must clear a series of practical hurdles*»⁶⁷.

Alla luce del contesto delineato, benché la Decisione quadro del 2009 non contenga alcun riferimento ai diritti di difesa, sembra dunque necessario che gli stessi vengano rispettati anche nel corso delle consultazioni tra gli Stati *ex art.* 10.

Come rilevato in dottrina, infatti, «molte delle garanzie difensive riconosciute nei provvedimenti normativi dell'Unione (...) hanno una specifica rilevanza nella prospettiva del diritto dell'imputato ad essere ascoltato in modo *fair* nel corso del procedimento penale»⁶⁸.

Nell'ottica di una tutela effettiva dell'indagato, conforme al dettato della Carta (art. 48, § 2) e, in particolare, alla *ratio* della Direttiva 2012/13/UE⁶⁹ potrebbe desumersi il diritto dei soggetti coinvolti in procedimenti paralleli di essere

⁶⁶ M. BÖSE, *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, pp. 152.

⁶⁷ In questi termini cfr. AA. VV., *Draft legislative proposal for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 25.

⁶⁸ In termini, S. RUGGERI, *Op. ult. cit.*, p. 146

⁶⁹ Come rilevato in dottrina, la direttiva 2012/13/UE «*reflect the corresponding rights to be informed arising from Articles 5 and 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Even though the right to information is not explicitly mentioned in the wording of the Convention, its scope has been outlined over the years by the case law of the ECtHR*». In questi termini, S. ALLEGREZZA – V. COVOLO, *Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings*, in S. ALLEGREZZA – V. COVOLO (Eds.), *Effective defence rights in criminal proceedings*, cit., p. 52. Questa direttiva rappresenta un passo avanti rispetto la CEDU nella misura in cui il diritto di essere informati non è previsto testualmente dalla Convenzione. Lo stesso può essere però dedotto dal *case law* della Corte edu, a detta del quale le autorità devono garantire agli indagati di essere informati sui loro diritti. Cfr., Corte Edu, 10 agosto 2006 *Padalov v. Bulgaria*, §§ 52-54. Sul punto, cfr. T. WAHL, *Op. ult. cit.*, p. 109.

posti a conoscenza di questa circostanza ed essere, altresì, coinvolti nelle procedure decisionali inerenti alla scelta del foro⁷⁰.

La Direttiva da ultimo citata, «ambizioso strumento polifunzionale ispirato alla logica della conoscenza e della trasparenza»⁷¹, si pone infatti l'obiettivo di garantire all'indagato o all'imputato – come anche a soggetti destinatari di un MAE – il diritto di essere informati sulle garanzie processuali (art. 3), sull'accusa elevata a loro carico (art. 6) ed il diritto di accedere alla documentazione investigativa (art. 7)⁷².

In ordine al primo profilo, l'art. 3 garantisce che a tali soggetti siano «tempestivamente fornite le informazioni concernenti almeno i seguenti diritti processuali, ai sensi del diritto nazionale, onde consentire l'esercizio effettivo di tali diritti: a) il diritto a un avvocato; b) le condizioni per beneficiare del gratuito patrocinio; c) il diritto di essere informato dell'accusa, a norma dell'articolo 6; d) il diritto all'interpretazione e alla traduzione; e) il diritto al silenzio» (art. 3, § 1)⁷³.

Queste informazioni devono essere date in un linguaggio semplice ed accessibile (art. 3, § 2).

⁷⁰ In questo senso cfr. *Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, cit., p. 25.

⁷¹ Così, S. CIAMPI, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *ArchivioDPC*, 27 giugno 2012, p. 7. In linea generale è stato evidenziato che «*The Directive thus reflects the case law of the ECtHR, which views the right to information in this context as inextricably linked with the defendant's right to an adversarial procedure*». In termini, V. MITSILEGAS, *The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings*, cit., p. 118. L'A. richiama in nota Corte Edu, 13 ottobre 2009, *Danayan v. Turkey*, §§ 35-36.

⁷² Come rilevato in dottrina, questa direttiva «riflette il diritto all'informazione deducibile dal combinato disposto degli art. 5 e 6 CEDU (...) innalzando, tuttavia il livello di tutela sotto alcuni aspetti, da un lato, con la previsione di una vera e propria “*Letter of Rights*” e, dall'altro, con disposizioni più specifiche riguardo i termini di verbalizzazione e impugnazioni». In termini, S. ALLEGREZZA, sub *art. 48 CDFUE*, cit., pp. 957-958.

⁷³ Come rilevato in dottrina, «Il compendio ideato dal legislatore europeo rappresenta un nucleo minimo («*at least*»), suscettibile di integrazione a livello attuativo, che deve essere fornito tempestivamente («*promptly*») all'interessato, in forma orale o scritta, in un linguaggio semplice ed accessibile, riservando particolare attenzione alle condizioni di soggetti affetti da condizioni di vulnerabilità (...)». In termini, S. CIAMPI, *Op. ult. cit.*, p. 7. Sul punto si è da ultimo espressa la Corte di giustizia affermando che «La direttiva 2012/13 deve essere interpretata nel senso che le persone sospettate di aver commesso un reato devono essere informate dei loro diritti il più rapidamente possibile dal momento in cui i sospetti di cui sono oggetto giustificano, in un contesto diverso dall'urgenza, che le autorità competenti limitino la loro libertà mediante provvedimenti coercitivi e, al più tardi, antecedentemente al loro primo interrogatorio da parte della polizia». In termini, Corte di giustizia, 19 settembre 2019, C-467/18, *Ep*, § 54.

L'art. 4 garantisce, inoltre, che agli arrestati venga consegnata “prontamente” una comunicazione dei diritti per iscritto, la c.d. *Letter of rights*⁷⁴, una sorta di versione continentale dei *Miranda warnings*⁷⁵ contenute – oltre alle informazioni di cui all'art. 3 – una serie ulteriore di prerogative di cui detti soggetti godono⁷⁶.

In particolare, l'art. 4, § 3 prevede che «la comunicazione dei diritti contiene anche informazioni su qualsiasi possibilità prevista dal diritto nazionale di contestare la legittimità dell'arresto, ottenere un riesame della detenzione o presentare una domanda di libertà provvisoria».

Questa previsione corrisponde alla garanzia dell'*habeas corpus* contenuta all'art. 5, § 4 CEDU⁷⁷ e consente al soggetto arrestato di conoscere le ragioni della sua detenzione nonché di aver accesso al materiale investigativo in tempo adeguato, «*in order for the right to review of arrest warrants to be effectively exercised according to the principle of equality of arms*»⁷⁸.

Proprio in ossequio al diritto alla parità delle armi, l'art. 6 impone agli Stati membri di assicurare alle persone indagate o imputate informazioni sul reato

⁷⁴ Come rilevato in dottrina, questa lettera rappresenta di una novità, non prevista né dalla CEDU né dal *case law* della Corte di Strasburgo. A tal proposito cfr. T. WAHL, *Op. ult. cit.*, p. 110.

⁷⁵ Sul punto cfr. S. CIAMPI, *Op. ult. cit.*, p. 2 ss.; S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 959.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 4, infatti, «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 possibilità di leggere la comunicazione e hanno la facoltà di conservarla per tutto il periodo in cui esse sono private della libertà. 2. Oltre alle informazioni di cui all'articolo 3, la comunicazione di cui al paragrafo 1 del presente articolo contiene informazioni sui seguenti diritti che si applicano ai sensi del diritto nazionale: a) il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine; b) il diritto di informare le autorità consolari e un'altra persona; c) il diritto di accesso all'assistenza medica d'urgenza; e d) il numero massimo di ore o giorni in cui l'indagato o l'imputato può essere privato della libertà prima di essere condotto dinanzi a un'autorità giudiziaria». Corsivo nostro. Come rilevato in dottrina, «*an important innovation seems to be the duty of Member States to expressly inform the arrested or detained person of his/her right to access to urgent medical assistance*». Così, S. QUATTROCOLO, *Op. ult. cit.*, p. 86.

⁷⁷ Sul punto cfr. S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 959.

⁷⁸ In termini, S. ALLEGREZZA – V. COVOLO, *Op. cit.*, p. 55. Le AA. Rimandano sul punto a Corte Edu, 13 febbraio 2001, *Schöps v. Germany*. In quell'occasione i giudici di Strasburgo avevano affermato che «*A court examining an appeal against detention must provide guarantees of a judicial procedure. The proceedings must be adversarial and must always ensure “equality of arms” between the parties, the prosecutor and the detained person. Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention. In the case of a person whose detention falls within the ambit of Article 5 § 1 (c), a hearing is required*» (§ 44).

che le stesse sono sospettate o accusate di aver commesso. Tali informazioni sono infatti «fornite tempestivamente e con tutti i dettagli necessari, al fine di garantire l'equità del procedimento e l'esercizio effettivo dei diritti della difesa» (art. 6, § 1)⁷⁹.

Il successivo paragrafo 3 richiede, poi, che le informazioni debbano essere “dettagliate” quando «il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria»⁸⁰.

Da ultimo, l'art. 7 afferma il diritto di accesso alla documentazione investigativa, modulato su un duplice livello.

⁷⁹ Questa disposizione, fa propria la giurisprudenza CEDU, la quale, pur non richiedendo una specifica forma sulle modalità dell'informazione sulla, afferma che questa deve consentire all'indagato/imputato di accedere ai propri diritti. Sul punto cfr. S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 960. Il riferimento è alle sentenze, Corte Edu, 19 dicembre 1989, *kamasinski v. Austria*, § 78 e Corte Edu, 11 dicembre 2008, *Panovits v. Cyprus*, § 67. Sul punto si è espressa anche la Corte di giustizia la quale, nel suo *leading case* in materia, ha affermato che «È pur vero che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 105 delle proprie conclusioni, la direttiva 2012/13 non disciplina le modalità con cui l'informazione sull'accusa, prevista dall'articolo 6, deve essere comunicata a tale persona. Tuttavia, tali modalità non possono recare pregiudizio all'obiettivo perseguito, in particolare, dallo stesso articolo 6, che consiste, come emerge altresì dal considerando 27 di detta direttiva, nel consentire alle persone indagate o imputate per aver commesso un reato di predisporre la propria difesa e garantire l'equità del procedimento». Corte di giustizia, 15 ottobre 2015, C 216/14, *Covaci*, § 63. Sul punto, in senso conforme, si è espressa Corte di giustizia, 22 marzo 2017, cause riunite C-124/16, C-188/16 e C-213/16, *Tranca e altri*, la quale ha affermato che «Gli Stati membri devono pertanto assicurarsi che le persone indagate o imputate nell'ambito di un procedimento penale, le quali, (...), ricevono la comunicazione dell'accusa a loro carico soltanto nella fase di esecuzione della decisione definitiva di condanna, *conservino* in ogni caso *la facoltà di esercitare appieno i loro diritti della difesa*. A tal fine, non appena un imputato ha avuto *effettiva conoscenza* di una decisione penale emessa nei suoi confronti, deve essere messo nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se detta decisione gli fosse stata notificata personalmente e deve, in particolare, poter disporre in toto del termine di opposizione» (§ 47). Corsivo nostro.

⁸⁰ Come rilevato in dottrina, «*the closer the proceedings come to the adversarial stage, the more detailed the information available to the defendant must be*». In termini, S. ALLEGREZZA – V. COVOLO, *Op. cit.*, p. 55. Stante il tenore vago della disposizione la dottrina aveva osservato che l'effettività del diritto di essere informato circa l'accusa dipenderà dalle peculiarità della fase preliminare dei singoli sistemi nazionali. Sul punto cfr. S. QUATTROCOLO, *Op. ult. cit.*, p. 88. La Corte di giustizia ha cercato di fare chiarezza su questa disposizione affermando che « l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva 2012/13 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che informazioni dettagliate sull'accusa siano comunicate alla difesa dopo il deposito presso il giudice della richiesta di rinvio a giudizio contenente l'imputazione, ma prima che quest'ultimo inizi a esaminare l'accusa nel merito e la discussione sia avviata dinanzi ad esso, o addirittura dopo l'avvio di tale discussione, ma prima della fase di deliberazione qualora le informazioni così comunicate siano oggetto di modifiche successive, purché il giudice adotti tutte le misure necessarie al fine di *garantire il rispetto dei diritti della difesa e l'equità del procedimento*». In termini, Corte di giustizia, 5 giugno 2018, C-612/15, *Kolev e altri*, § 99. Corsivo nostro.

Anzitutto, qualora si tratti di persona arrestata o detenuta a qualsiasi titolo, l'art. 7, § 1 garantisce l'accesso ai documenti essenziali per impugnare l'arresto o la detenzione⁸¹.

In secondo luogo, il § 2 dell'art. 7 estende tale garanzia anche ai soggetti non sottoposti a restrizioni della libertà personale.

Il diritto di accesso alla documentazione relativa al materiale investigativo – che può essere soggetto a limitazioni⁸² – è finalizzato a garantire l'equità del procedimento, la preparazione del diritto di difesa e, più in generale, la parità delle armi, sulla scorta della giurisprudenza CEDU⁸³.

Anche in questo caso, come già per l'art. 6, il § 3 dell'art. 7 afferma, infatti, che «l'accesso alla documentazione di cui al paragrafo 2 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»⁸⁴.

⁸¹ Come osservato, «si tratta di una ipotesi di accesso teleologicamente orientata, in quanto il fine dichiarato consiste nel permettere al ristretto di disporre di tutto il materiale funzionale a predisporre una consapevole strategia reattiva nei confronti del provvedimento limitativo della libertà personale». In termini, S. CIAMPI, *Op. cit.*, p. 8. Occorre inoltre osservare come «*The exact content of the information to be provided ultimately relies on the way the competent court interprets the 'essential' character of those documents*». In termini, S. ALLEGREZZA – V. COVOLO, *Op. cit.*, p. 60.

⁸² Ai sensi dell'art. 7, § 4, infatti, «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, (...) 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». In questo contesto, la giurisprudenza di Strasburgo ha affermato che «*In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1*». Corte edu, 16 febbraio 2000, *Jasper v. The United Kingdom*, § 52.

⁸³ Cfr. Corte Edu, 9 gennaio 2003, *Shishkov v. Bulgaria*. A detta della Corte, infatti, «*the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice. However, this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence. Therefore, information which is essential for the assessment of the lawfulness of a detention should be made available in an appropriate manner to the suspect's lawyer*» (§ 77). Sul punto cfr. S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 961.

⁸⁴ Corsivo nostro. Sul punto è intervenuta la Corte di giustizia che con la citata sentenza *Keolev* ha affermato che «L'articolo 7, paragrafo 3, di tale direttiva deve essere interpretato nel senso che spetta al giudice nazionale garantire che alla difesa sia concessa la possibilità effettiva di accedere alla documentazione del fascicolo, accesso che può avvenire, se del caso, dopo il deposito presso il giudice della richiesta di rinvio a giudizio contenente l'imputazione,

Un salto di qualità rispetto l'impostazione convenzionale è, invece, rappresentato dall'art. 8, § 2 che sancisce «il diritto di impugnare, secondo le procedure del diritto nazionale, l'eventuale rifiuto delle autorità competenti di fornire le informazioni di cui alla presente direttiva o l'eventuale mancata comunicazione delle stesse»⁸⁵.

Il *fil rouge* delle disposizioni passate in rassegna, pur per sommi capi, può essere individuato nell'obiettivo di garantire all'indagato/imputato il diritto all'equità del procedimento e l'effettivo esercizio dei diritti di difesa⁸⁶.

Alla luce di questa *ratio*, si potrebbe argomentare che nelle dinamiche dei conflitti di giurisdizione, ad eccezione dei casi coperti da segreto investigativo, l'informazione sull'accusa dovrebbe contenere tra i «dettagli necessari» (*ex art. 6*) anche la comunicazione dell'esistenza di procedimenti paralleli sul reato per il quale si procede⁸⁷.

Difatti, questa circostanza non è un particolare secondario ma, come rilevato nel corso della presente ricerca, incide profondamente sulla sfera giuridica dell'indagato.

Inoltre, affinché l'esercizio dei diritti di difesa sia effettivo, non ci si può limitare ad una conoscenza "passiva" del *double jeopardy*. Gli indagati, di contro, dovrebbero avere la possibilità di interloquire con le autorità procedenti, apportando il loro contributo conoscitivo nel corso delle consultazioni, anche

ma prima che quest'ultimo inizi a esaminare l'accusa nel merito e la discussione sia avviata dinanzi ad esso, o addirittura dopo l'avvio di tale discussione, ma prima della fase di deliberazione qualora nuovi elementi di prova siano inseriti nel fascicolo nel corso del procedimento, purché il giudice adotti tutte le misure necessarie al fine di garantire il rispetto dei diritti della difesa e l'equità del procedimento» (§ 100).

⁸⁵ S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 962. L'A. fa riferimento a Corte Edu, 18 marzo 1997, *Foucher v Francia*, §§ 32 ss. Come rilevato, però, la mancanza di sanzioni processuali per le violazioni del dovere di verbalizzazione rischia di minare l'effettività dei diritti contenuti nella Direttiva. Sul punto, cfr. S. QUATTROCOLO, *Op. cit.*, p. 90.

⁸⁶ Da questa prospettiva, il diritto all'informazione di cui alla presente direttiva può essere considerato propedeutico all'esercizio degli altri diritti di difesa.

⁸⁷ Ciò sarebbe doveroso quando vi sia un coordinamento tra le autorità nazionali procedenti. Inoltre, tale comunicazione, nel caso di soggetti sottoposti ad arresto, potrebbe essere contenuta nella *Letter of rights* di cui all'art. 4. In via indiretta, la persona indagata è in grado di capire in base alla tipologia di *letters of right* che riceve da quali giurisdizioni è sottoposta ad indagini.

mediante osservazioni scritte da sottoporre all'attenzione delle autorità procedenti⁸⁸.

In questa prospettiva, infatti, nell'ottica di un "contraddittorio informato"⁸⁹, la dottrina ha affermato che «*in an adequate procedural mechanism for determining which jurisdiction should prosecute, therefore, the suspect or accused person should, at least where this would not jeopardise the investigation, be put in the position to express its view before the choice is made. Providing for a "tailored" version of the right to be heard would serve both the respect for defence rights and legitimacy of the choices*»⁹⁰.

Ciò, infatti, consentirebbe all'indagato di addurre le proprie ragioni ed apportare un contributo conoscitivo utile nella scelta del foro davanti al quale lo stesso sarà giudicato⁹¹.

Lo stesso, come è stato rilevato, dovrebbe inoltre avere la possibilità di impugnare la decisione degli Stati sui conflitti di giurisdizione, qualora fosse stata assunta violando i suoi diritti difensivi⁹².

Da questo angolo visuale, il coinvolgimento dell'indagato impedirebbe che tale decisione sia presa autonomamente dalle autorità procedenti le quali, altrimenti, ben potrebbero individuare la giurisdizione nello Stato che presenta una legislazione maggiormente in linea con gli interessi dell'accusa, a scapito, dunque, della difesa.

⁸⁸ In casi come questo il meccanismo interno di rilevazione del difetto di giurisdizione non funziona. Infatti, quasi sempre la *overlapping of jurisdictions* avviene *secundum legem* (sono gli Stati ad attribuirselo adottando criteri extraterritoriali di esercizio della giurisdizione). Dunque, l'interessato avrebbe pochissime *chances* di successo, potendo avvalersi della sola eccezione basata sulla carenza della giurisdizione (quest'ultima, salvo errori grossolani, quasi sempre ci sarà). Pertanto, l'unico modo affinché lo stesso possa partecipare alla individuazione del foro competente, è quello di coinvolgerlo nella decisione sovranazionale. Se non altro ciò dovrebbe avvenire nel momento in cui sia caduto il segreto investigativo (cioè quando l'interessato riceva le sue *letters of rights*). Sull'istituto del difetto di giurisdizione nel processo italiano cfr. F. DELLA CASA – G. P. VOENA, *I procedimenti di verifica della giurisdizione e della competenza*, in (a cura di) M. BARGIS – G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 24 ss.

⁸⁹ S. RUGGERI, *Op. ult. cit.*, p. 143.

⁹⁰ In questi termini, A. MARLETTA, *Op. ult. cit.*, p. 156.

⁹¹ Ad esempio, se in uno dei due Stati in conflitto le condizioni di detenzione cautelare non rispettano gli *standard* minimi previsti dal diritto UE – ipotesi non peregrina, come dimostra la giurisprudenza europea in materia di MAE – non sarebbe già questo un buon motivo per radicare la giurisdizione nell'altro Stato?

⁹² In questo senso, A. MARLETTA, *Op. ult. cit.*, p. 156 ss.

Detto altrimenti, l'intervento del presunto innocente nella scelta del foro sarebbe funzionale a tutelare i suoi diritti difensivi ed evitare abusivi fenomeni di *forum shopping* da parte delle autorità procedenti, così da rispettare il principio di parità delle armi e la complessiva equità del procedimento.

In estrema sintesi, la forza giuridica vincolante assegnata alla Carta, nonché le direttive citate, ed in particolare la direttiva 2012/13/UE, nonostante il silenzio della Decisione, dovrebbero consentire di giungere già per via ermeneutica, all'affermazione dei diritti di difesa nell'ambito dei conflitti di giurisdizione, garantendo una partecipazione attiva dell'indagato alle procedure inerenti alla scelta del foro.

Di contro, privare le persone sottoposte a procedimento penale della facoltà di intervenire nelle consultazioni potrebbe menomarne l'esercizio del diritto di difesa⁹³, situazione che si palesa ancora più grave nel caso di mancato accordo sulla giurisdizione competente.

b) I diritti della vittima.

In questo contesto, sembra opportuno dedicare qualche riflessione conclusiva anche ai diritti della vittima.

I) La Direttiva 2012/29/UE.

Il diritto dell'Unione ha previsto la tutela della sfera giuridica della vittima con 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*⁹⁴.

⁹³ G. M. BACCARI, *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2016, p. 998.

⁹⁴ Questa è stata efficacemente definita come la «*Magna Charta dei diritti della vittima*». In termini, M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in (a cura di) M. BARGIS – H. BELLUTA, *Vittima di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 15 (in ptc. p. 64). Essa non mira tanto a garantire «*an equal treatment of victims everywhere, but to ensure a uniform approach to some issues that should be particularly beneficial to cross border victims*». M. SIMONATO, *What Role for Crime Victims in the Forum Choice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., pp. 286-287. Per una panoramica sulla posizione della vittima nel contesto europeo si rimanda L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, Milano, 2015; S. ALLEGREZZA, *La*

Come è stato autorevolmente rilevato⁹⁵, la Direttiva 2012/29/UE «*is silent on how by whom and when a person is recognised as a victim*»⁹⁶ e ciò rende ancora più difficile il compito di apprestare una tutela che possa dirsi *effettiva* sia a livello interno sia, soprattutto, nel contesto europeo: «*in the current scenario it might happen that a person is recognised as a victim in one Member State, and not granted this status in another*»⁹⁷.

La Direttiva, in linea generale, dispone un livello minimo di garanzie che gli Stati membri devono assicurare alla vittima, affinché questa possa avere un accesso effettivo alla giustizia (art. 1)⁹⁸.

In tale prospettiva, vengono riconosciuti alla persona offesa diversi diritti, tra i quali, quello di comprende ed essere compresa (art. 3)⁹⁹, quello di ottenere informazioni sul proprio caso (art. 6), quello all'interpretazione e alla traduzione (art. 7) e quello di ricevere assistenza e supporto (artt. 8-9).

Ad ogni modo, la Direttiva – sebbene preveda che il diritto di essere ascoltata (art. 10), di chiedere il riesame della decisione di non esercitare l'azione penale

riscoperta della vittima nella giustizia penale europea, in (a cura di) S. ALLEGREZZA – H. BELLUTA – M. GIALUZ – L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012. Sul punto cfr., inoltre, J. GÖHLER, *Victim Rights in Civil Law Jurisdictions*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, cit., p. 267 ss.

⁹⁵ Cfr. A. KLIP, *Op. ult. cit.*, pp. 22-23. Rileva l'A. che «*There is a presumption in the Directive that the victim of the accused standing trial, or at least the victim of a crime. (...) the status of the victim seems to be decision made once and for always, and it is unclear which authority should take that decision*».

⁹⁶ In termini A. KLIP, *Op. ult. cit.*, p. 22. Ai sensi dell'art. 2 della direttiva 29/2012, la vittima è «i) una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato; ii) un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»

⁹⁷ In termini, M. SIMONATO, *Op. ult. cit.*, p. 285. A detta dell'A., la direttiva del 2012 adotta una definizione vaga di vittima che, paradossalmente, appare allo stesso tempo «*too broad or too narrow*». Infatti, «*a victim is not only whom law enforcement authorities identify as such (...) victims are those who claim to be victims*». *Ivi*, p. 286. Allo stesso tempo, non è dato riscontrare a livello internazionale uno strumento «*in force saying whether and how their interest should be considered in the identification of the most appropriate place for prosecution*». In termini, M. SIMONATO, *Op. cit.*, p. 283 ss. Riscontra l'assenza di una definizione condivisa di vittima a livello europeo anche S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in (a cura di) L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'unione e buone pratiche nazionali*, cit., p. 7.

⁹⁸ Sul punto cfr. J. GÖHLER, *Victim Rights in Civil Law Jurisdictions*, cit., p. 274.

⁹⁹ È stato rilevato in dottrina che tale diritto «risulta prioritario al fine di garantire una tutela adeguata alla vittima di reato». In termini, S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 8.

(art. 11)¹⁰⁰, di ottenere il patrocinio a spese dello Stato (art. 13) e tutto un ventaglio di diritti “ancillari”¹⁰¹ – non garantisce un vero e proprio diritto ad essere parte necessaria del processo penale, stante anche l’eterogeneità dei sistemi processuali degli Stati membri¹⁰².

Alla luce di questo quadro, risulta complicato individuare con precisione il ruolo della vittima nelle dinamiche della cooperazione transnazionale che vengono in rilievo nella presente prospettiva di ricerca¹⁰³.

¹⁰⁰ Sul punto è stato osservato che «*The review applies to decisions taken by prosecutors, investigative judges, and law enforcement authorities, but not to judicial decisions, and must be conducted by an impartial body, but not necessarily by a court. Whereas the directive does not explicitly regulate the consequences of a review, the principle of effectiveness of EU law requires that a victim’s review request must be capable of inducing a prosecution*». L’A. rileva come gli Stati membri abbiano recepito questa disposizione in maniera differente: «*These different designs demonstrate that the purpose of the review mechanisms has not traditionally been to enforce a victim’s right to prosecution, but to scrutinize the public prosecutor’s compliance with her/his public duties*». In questo senso, J. GÖHLER, *Victim Rights in Civil Law Jurisdictions*, cit., p. 282 ss.

¹⁰¹ Il riferimento è al diritto al rimborso delle spese (art. 14) ed a quello alla restituzione dei beni (art. 15). L’art. 16, inoltre, riconosce alla vittima il diritto di avere una decisione in merito al risarcimento da parte dell’autore del reato nell’ambito del procedimento penale. In questo contesto, è stato osservato che «*While Article 16(1) endorses opportunities for victims to obtain a decision on compensation by the offender in the course of criminal proceedings, Member States remain free to regulate that such decisions are made in other legal proceedings. Further, the EU treats adhesion procedures and compensation orders as equally suitable means to permit victims to attain a decision on compensation during criminal proceedings*». In termini, *Ivi*, p. 277. In ordine a questi diritti ancillari, è stato evidenziato che «caratterista comune è la loro dipendenza dalle regole nazionali». In termini, S. ALLEGREZZA, *Op. ult. cit.*, p. 13.

¹⁰² È stato infatti rilevato come, «*there is no obligation whatsoever to recognise victims as proper parties in criminal procedures*». M. SIMONATO, *Op. cit.*, p. 287. Sul punto è stato infatti osservato che «la direttiva non giunge a riconoscere alla vittima un vero e proprio ‘diritto al processo penale’, né un diritto a partecipare al processo, qualora ve ne sia uno». In termini, S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, *Op. cit.*, p. 5. Nello stesso senso anche C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 542. In questo senso il considerando 20 afferma che «Il ruolo delle vittime nel sistema giudiziario penale e la possibilità per le stesse di partecipare attivamente al procedimento penale variano tra gli Stati membri, a seconda del sistema nazionale (...)». Infatti, «*Despite the recognition of the victim as a material participant along with the defendant, prosecutor, and judge, the victim is not conceived as a necessary actor in the criminal process. In many criminal proceedings, no victim participates (...) That is to say that Directive 2012/29/EU as well as most domestic jurisdictions still lack any effective mechanism for victims to enforce their “rights” and obtain redress when criminal justice agencies willfully ignore/violate them*». In termini, J. GÖHLER, *Victim Rights in Civil Law Jurisdictions*, cit., p. 285. In questo senso è stato osservato che «l’effettività del “macrodiritto” partecipativo soffre di un difetto d’origine: dipende sostanzialmente dalle scelte compiute dagli ordinamenti nazionali in ordine al ruolo della vittima nei rispettivi sistemi di giustizia penale». In termini, M. BARGIS – H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., p. 50.

¹⁰³ Come è stato evidenziato, «*The duty of cooperation between national authorities is necessary to ensure that an investigation is started somewhere in the EU territory, but not in order to give victims the choice between several fora*». In termini, M. SIMONATO, *What Role for Crime Victims in the Forum Choice*, cit., p. 288.

In questo contesto, l'art. 17, § 3 si limita ad affermare che «Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità competente dinanzi alla quale la vittima presenta la denuncia la trasmetta senza indugio all'autorità competente dello Stato membro in cui è stato commesso il reato, qualora la competenza ad avviare il procedimento non sia esercitata dallo Stato membro in cui è stata presentata la denuncia».

Da tale disposizione si può probabilmente desumere il dovere da parte di uno dei due Stati di avviare un procedimento penale: tuttavia, nella scelta di chi di essi dovrà farlo, alcun intervento della vittima è previsto. Questa, in definitiva, non sembra depositaria di alcun ruolo nella scelta del foro¹⁰⁴.

Da questo angolo visuale, anche la giurisprudenza della Corte EDU non accorda alla vittima il diritto di avere un “*private revenge*”, ossia il diritto di far perseguire il presunto autore del reato in una specifica giurisdizione¹⁰⁵.

Qualora, però, alla stessa venga concesso un ruolo attivo – come, ad esempio, quello di parte civile – occorre garantire un procedimento equo anche nei suoi confronti¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Ibidem*. Come osservato dallo stesso A., «*the supranational dimension of their rights does not give indications on the relation between levels of protection when there is a conflict between legitimate exercise of jurisdiction*». *Ivi*, p. 289.

¹⁰⁵ «*In order to protect victims, Member States have the obligation to establish and activate their jurisdiction, to conduct effective investigation, and not to create obstacles to the prosecution and punishment of offenders. (...) the ECHR does not provide for the right to a “private revenge”, that is, for a victim’s right to have the perpetrator prosecuted or punished in a specific jurisdiction*». M. SIMONATO, *Op. cit.*, p. 297. Sul punto cfr. Corte Edu, Grande Camera, 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio v. Italia*, § 306; ma anche Corte Edu, 11 febbraio 2003, *Ringvold v. Norway*, §§ 37-38; Corte Edu, 30 marzo 2010, *Mihova v. Italia*. In questo senso la Convenzione, in ossequio all’art. 6, non impone che la vittima debba ottenere giustizia in sede penale, in quanto è sufficiente che gli Stati assicurino alla stessa un equo ristoro in sede civile.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 298. Difatti, nel sistema CEDU, «la Convenzione non riconosce alla vittima il diritto di partecipare a pieno titolo alla “discussione” sulla condanna dell’accusato, ma se è in gioco un suo diritto di natura civile – anche solo di natura simbolica o al fine di tutelare il proprio diritto all’onore – deve poter interloquire, nell’ambito di un processo che sia fair anche per lei, sulle questioni che possono pregiudicare o indebolire quel diritto di natura civile. (...) La Corte non intende promuovere l’idea di una vittima che assuma necessariamente la veste di “parte” nel processo penale, ovviamente anche perché tale ruolo sarebbe estraneo ai sistemi di *common law*». In termini, M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 51 e 53. Cfr., per tutti, Corte Edu, Grande Camera, 12 febbraio 2004, *Perez v. Francia*, in ptc. § 67. Per una panoramica della giurisprudenza europea e convenzionale sul punto cfr. M. GIALUZ, *La protezione della vittima tra Corte edu e Corte di giustizia*, in (a cura di) L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’unione e buone pratiche nazionali*, cit., p. 19 ss.

II) La posizione della vittima nelle dinamiche dei conflitti di giurisdizione.

In questo senso, affinché l'individuazione della giurisdizione sia improntata ad equità, tale scelta non può essere lasciata all'arbitrio delle autorità procedenti. Di contro, dovrebbero tenersi in considerazione, oltre che gli interessi dell'indagato, anche quelli del soggetto passivo del reato¹⁰⁷.

D'altronde, coinvolgere la vittima nelle dinamiche decisionali consentirebbe di includere una terza prospettiva capace di incidere positivamente nell'individuazione del giudice *mieux placé*¹⁰⁸.

Questo non significa equiparare la posizione processuale di imputato e vittime¹⁰⁹. Del resto, né la Corte di giustizia né la Corte EDU hanno mai applicato la garanzia del giudice precostituito (*ex artt. 6 CEDU e 47 CDFUE*) alla vittima¹¹⁰: è il solo indagato/imputato ad avere diritto ad un giudice precostituito¹¹¹.

Inoltre, il riconoscimento dei diritti partecipativi, o anche solo di misure protettive alla vittima, non può andare a detrimento della posizione dell'imputato, alterando l'equità del processo¹¹².

¹⁰⁷ Le stesse *guidelines* di Eurojust fanno riferimento all'interesse delle vittime nella scelta del foro, ma non specificano in cosa consista questo interesse. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *Report on the Field Research at Eurojust*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 93 ss. In particolare, da un lato, andrebbero evitati fenomeni di vittimizzazione secondaria, dall'altro, la vittima dovrebbe avere la possibilità di ottenere misure protettive ed un equo compenso per le sofferenze patite. Sul punto cfr., M. SIMONATO, *Op. cit.*, p. 293 ss. In questo senso, l'art. 12 della direttiva dispone che «Gli Stati membri adottano misure che garantiscono la protezione delle vittime dalla vittimizzazione secondaria e ripetuta, dall'intimidazione e dalle ritorsioni, applicabili in caso di ricorso a eventuali servizi di giustizia riparativa (...)».

¹⁰⁸ Sul punto cfr. M. SIMONATO, *Op. cit.*, p. 293.

¹⁰⁹ In questa prospettiva, «*in the concept of fair trial there is room to accommodate the safeguard of victims' interest; however this does not mean that victims enjoy the same rights expressly provided only for the accused*». In termini, M. SIMONATO, *What Role for Crime Victims in the Forum Choice*, cit., p. 298.

¹¹⁰ Sul punto, cfr. *Ivi*, p. 299. Stessa considerazione può essere svolta per l'art. 49 CDFUE: la prevedibilità della norma incriminatrice e, dunque, della legislazione di un determinato Stato, è un diritto che la giurisprudenza sovranazionale accorda all'imputato, non anche alla vittima.

¹¹¹ Come è stato rilevato, «*the defendant has some fundamental rights endangered by the choice of one jurisdiction rather than another, while it is more difficult to define the nature of victims' interest in having the trial in one specific jurisdiction*». M. SIMONATO, *Op. cit.*, pp. 299-300.

¹¹² Come osservato in dottrina, «*The ECtHR and the Court of Justice of the EU share this view. Both hold that protection measures for victims are only legitimate if they are strictly necessary to preserve the victim's fundamental rights and do not restrict the defense to an extent that is incompatible with the right to a fair trial. These standards are also reflected in Directive 2012/29/EU. It subjects protection measures for*

Alla luce di questo quadro, nell'individuazione della giurisdizione occorrerebbe tutelare in prima battuta i diritti del soggetto incriminato.

Come già osservato, infatti, allo stesso dovrebbe essere garantito, da un lato, che la scelta del foro dipenda da criteri prevedibili in linea con la garanzia del giudice precostituito (*ex art. 47, § 2 CDFUE*) e, dall'altro, la possibilità di intervenire nel corso delle consultazioni al fine di tutelare i propri diritti difensivi *ex art. 48, § 2 CDFUE*.

La posizione della vittima, in questa dinamica, finirebbe per avere un carattere sussidiario. Alla stessa potrebbe essere concessa la facoltà di sottoporre all'attenzione dell'autorità procedenti delle osservazioni scritte in grado di evidenziare i suoi legittimi interessi¹¹³, mentre il suo Stato di residenza dovrebbe essere considerato alla stregua di un criterio residuale nella scelta del foro.

D'altronde, includere la prospettiva della persona offesa nella prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione è indice della qualità del sistema giustizia nel contesto dello SLSG¹¹⁴.

victims to the caveat that the measures must not prejudice the prerogatives of the defense, hence presuming that defendant's rights eventually prevail over the victim's interests. Clear criteria for balancing these interests in practice, however, are rarely identified. In termini, J. GÖHLER, *Op. cit.*, p. 285. Sul punto cfr. inoltre, A. KLIP, *On Victim's Rights and Its Impact on the Rights of the Accused*, in *Eur. J. Crime, Crim. L. and Crim. Just.*, 23(3)/2015, p. 177 ss. (in ptc. p. 185 ss.). Il riferimento è alla c.d. "vittimizzazione terziaria", ossia il nocumento che soffrirebbe il presunto autore del reato a causa di eccessiva protezione della vittima. In ordine a questo fenomeno, cfr. M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 111-112.

¹¹³ Una indicazione in tal senso emerge peraltro dalle *guidelines* di Eurojust del 2016, a detta delle quali: «In conformità con la direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime, le autorità giudiziarie devono prendere in considerazione gli interessi delle vittime, compresa la loro protezione e se possano essere pregiudicati da un procedimento svolto in una giurisdizione piuttosto che in un'altra. Tale considerazione comprende la possibilità per le vittime di richiedere un indennizzo». Così, *Linee guida per decidere "Quale giurisdizione dovrebbe procedere?"*, 2016, in www.eurojust.europa.eu, p. 3.

¹¹⁴ Cfr. M. SIMONATO, *What Role for Crime Victims in the Forum Choice*, cit., p. 304. Più in generale, va osservato come la cautela del legislatore europeo in questa direttiva sia dovuta alla delicatezza degli interessi in gioco: attribuire un "peso" eccessivo al ruolo della vittima potrebbe alterare gli equilibri dei sistemi processuali nazionali, incidendo sul principio di parità delle armi tra accusa e difesa. In questo senso, cfr. H. SATZGER - F. ZIMMERMANN, *Challenges of Trial Procedure Reform: Is European Union Legislation Part of the Solution or Part of the Problem?*, in D. K. BROWN - J. I. TURNER - B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, cit., p. 639. Per un approfondimento di questo profilo con specifico riguardo al sistema processuale italiano, cfr. S. RECCHIONE, *La vittima cambia il volto del processo penale: le*

Da ultimo, va notato come l'intervento della vittima potrebbe essere decisivo nel caso di conflitti negativi di giurisdizione¹¹⁵: in queste situazioni, nelle quali alcuno Stato considera necessario avviare un'azione penale, la richiesta di giustizia della vittima potrebbe evitare che delle condotte criminose restino impunte.

Ad uno sguardo d'insieme, possiamo, dunque, trarre due conclusioni.

Anzitutto, l'assenza di qualsivoglia menzione diritti dell'indagato potrebbe essere superata attraverso una lettura conforme alla Direttive emanate dall'UE in ossequio al Programma di Stoccolma e, in particolare, alla Direttiva 2012/13/UE. In questa prospettiva, la Decisione quadro 2009/948/GAI dovrebbe consentire una partecipazione attiva dell'indagato alla scelta del foro competente, il quale dovrebbe essere individuato sulla scorta di criteri predeterminati in linea con la garanzia del giudice precostituito *ex art.* 47, § 2 CDFUE.

In secondo luogo, nelle dinamiche consultive (art. 10, Dec. quadro 2009/948/GAI) dovrebbe essere coinvolta anche la vittima. Questa, sebbene non possa vantare una posizione analoga a quella dell'indagato, dovrebbe poter godere della possibilità di sottoporre all'attenzione delle autorità procedenti osservazioni scritte¹¹⁶.

tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, p. 69 ss.

¹¹⁵ Sul punto cfr. H.-H. HERRNEFELD, *Mechanism for settling conflicts of jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Den Hag, 2013, pp. 197-200. A tal proposito, nel contesto italiano, il ruolo della vittima è rilevante, ad esempio, nei casi in cui la procedibilità per taluni reati commessi all'estero (artt. 9, co. 2, c.p. e 10, co. 1, c.p.) è condizionata dalla proposizione dell'istanza di procedimento (art. 341 c.p.p.) o della querela (artt. 336 ss. c.p.p.) da parte della persona offesa. Sul punto cfr., *funditus*, G. GIANZI, *Istanza* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 968 ss.; U. DINACCI, *Querela* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 39 ss.; L. SAPONARO, *Querela* (voce), in *Dig. disc. pen.*, agg. III, vol. II, Utet, Torino, 2005, p. 1278 ss.; A. GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 807 ss.; ID., *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 735 ss.; R. ORLANDI, *Condizioni di procedibilità* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, pp. 42-52; L. GIULIANI, *Gli ostacoli alla progressione: le condizioni di procedibilità*, in (a cura di) M. BARGIS – G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 436 ss.

¹¹⁶ Cfr. in questo senso art. 8 (modello verticale e orizzontale) delle Proposte di direttiva formulate nell'ambito del *Research project "The prevention and Resolution of Conflicts of Exercise of*

In questa prospettiva trova, inoltre, conferma uno degli assunti di partenza della nostra ricerca, ossia la residualità del principio del *ne bis in idem* nel risolvere i conflitti di giurisdizione. Esso, infatti, interviene quando ormai si è consumata una lesione ai diritti dell'imputato.

Quest'ultimo, nel caso di mancato accordo, sarà costretto a difendersi dinnanzi ad entrambi gli Stati, finché uno dei due non sia giunto ad una decisione definitiva.

Ciò comporta, però, un dispendio di risorse ed una menomazione dei diritti difensivi che si evidenzia soprattutto nel dover coordinare le strategie difensive nei vari Stati.

Anche da questo punto di vista, si palesa dunque l'urgenza di individuare un sistema che, sulla scorta di criteri predeterminati, sia in grado di giungere ad una decisione definitiva mediante, se del caso, l'ausilio di organi terzi ed imparziali quali Eurojust.

Come anticipato in precedenza¹¹⁷, affinché venga tutelata a pieno la sfera giuridica dei soggetti coinvolti in un conflitto di giurisdizione, occorre far riferimento non all'epilogo del processo – idoneo a far scattare la garanzia del *bis in idem* – ma al momento genetico, ossia quando il processo deve essere incardinato al cospetto di un *determinato* giudice.

Difatti, come dimostra l'esempio del Pubblico ministero europeo – che di qui a breve verrà esaminato – è necessario tutelare la sfera giuridica del soggetto già nel corso delle indagini, poiché in questa fase potrebbero insorgere dei conflitti di giurisdizione tanto verticali (tra Eppo e le autorità nazionali) quanto orizzontali (ossia tra i procuratori europei delegati) che rendono problematica l'individuazione della giurisdizione dinanzi alla quale verrà celebrato il processo, incidendo negativamente sul diritto di difesa dell'indagato

Jurisdiction in Criminal law” coordinato dall'Istituto di diritto europeo (ELI) e dall'Università di Lussemburgo, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 42 ss.

¹¹⁷ Cfr. Cap. 2, § 3.

Occorre, dunque, verificare se le soluzioni adottate dal citato Regolamento europeo al fine di prevenire o risolvere le ipotesi di conflitto siano in linea con il principio del giudice precostituito *ex artt.* 47, § 2 CDFUE.

3. Scelta del foro e conflitti di giurisdizione nel Regolamento Eppo.

a) Il quadro delle competenze nella Procura europea.

Il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)¹¹⁸ «*will be the first Eu criminal law instrument that does provide for certain criteria for decisions on case allocation and choice of forum*»¹¹⁹.

L'approvazione di questo testo rappresenta il risultato di un percorso iniziato già su finire degli anni Novanta¹²⁰, che aveva visto un punto di svolta nella Proposta di Regolamento della Commissione del 2013¹²¹.

¹¹⁸ Per un quadro completo sul nuovo Pubblico ministero europeo cfr., tra i molteplici contributi, M. CAIANIELLO, *L'Ufficio del Pubblico ministero europeo*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 108 ss.; ID., *The decision to drop the case in the new EPPO's regulation: Res Iudicata or transfer of competence?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 10(2)/2019, pp. 186-199; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 3/2017; L. CAMALDO, *L'istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, n. 3/2018, p. 958 ss.; L. PRESSACCO, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, *ivi*, 12/2018, p. 4399 ss.; F. SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *ArchivioDPC*, 29 maggio 2018; R. SICURELLA, *Preparing the environment for the EPPO: Fostering mutual trust by improving common legal understanding and awareness of existing common legal heritage. Proposal of guidelines and model curriculum for legal training of practitioners in the PIF sector*, in *New Journal of European Criminal Law*, 8(4)/2017, pp. 497-512; N. FRANSSSEN, *The future judicial cooperation between the EPPO and non participating Member States*, in *New Journal of European Criminal Law*, 9(3)/2018, pp. 291-299. Per una dettagliata analisi del Regolamento, articolo per articolo, cfr. H.-H. HERRNFELD – D. BRODOWSKI – C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2021.

¹¹⁹ In termini, H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and Resolving Conflicts of Jurisdiction in EU Criminal Law*, cit., p. 309.

¹²⁰ Sul punto cfr. M. DELMAS-MARTY, *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Parigi, 1997; ma anche, M. PANZAVOLTA, *Lo statuto del Pubblico ministero europeo (ovvero ologramma di un accusatore continentale)*, in (a cura di) M. G. COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 186 ss.

¹²¹ Bruxelles, 17/07/2013 COM (2013) 534 *final* 2013/0255. Sulla quale cfr. M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2/2013, pp. 115-125. Come osservato dall'A. il modello proposto dalla Commissione aveva

A seguito della mancanza di unanimità in senso al Consiglio, il testo oggi vigente è scaturito da una cooperazione rafforzata di venti Stati membri¹²². Sarà, dunque, limitatamente al territorio di questi ultimi che l'azione di Eppo potrà estendersi.

Il suo obiettivo è quello di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (art. 86, § 1 TFUE): la Procura europea è infatti competente ad individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori di tali reati, esercitando l'azione penale dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri (art. 86, § 2 TFUE).

Come ben messo in luce dalla dottrina, si tratta, dunque, di un "organismo ibrido"¹²³. Difatti, all'esercizio dell'azione penale da parte di Eppo fa da contraltare un processo amministrato dai giudici dei diversi Paesi membri, secondo le regole nazionali.

una «*cost-efficient and decentralised structure*». *Ivi*, p. 118. Sulla proposta della Commissione cfr., inoltre, L. BACHMAIER WINTER, *The Potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 23(2)/2015, pp. 121-144. Per una dettagliata analisi – coeva alla proposta della Commissione – riguardante le problematiche sottese all'istituzione della Procura europea cfr. 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*, Giuffè, Milano, 2013.

¹²² Austria, Belgio, Bulgaria, Croazia, Cipro, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Italia, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Spagna e Slovenia. A questi Stati, nel giugno 2018, si sono aggiunti i Paesi Bassi e Malta.

¹²³ Sul punto, e per un quadro d'insieme sulla struttura del Pubblico ministero europeo, cfr. M. CAIANIELLO, *L'Ufficio del Pubblico ministero europeo*, cit., p. 110. L'Eppo si articola su una struttura bipartita. Un livello centrale di cui fanno parte il Procuratore capo europeo, i suoi due Sostituti, i Procuratori europei, il Collegio, le Camere permanenti ed il Direttore amministrativo. Il livello decentrato è composto dai Procuratori europei delegati, i quali oltre ad agire per conto di Eppo, svolgendo le indagini sui reati di competenza della Procura europea, mantengono inoltre i loro compiti di Pubblici ministeri nazionali. La natura bicefala di quest'ultima figura evidenzia ancora di più la matrice ibrida della Procura europea. Una importante funzione di raccordo tra i due livelli è svolta dalle Camere permanenti, in quanto coordinano le attività di Eppo nei casi transfrontalieri e, ad esito delle indagini, decidono se e dove esercitare l'azione penale o archiviare il caso (art. 10, §§ 2-3). L'approvazione del Regolamento segna dunque il passaggio da un modello centralizzato e gerarchico ad uno collegiale, caratterizzato da una «logica quasi intergovernativa». In questo senso cfr. R. E. KOSTORIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in ID., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 280. A tal proposito è stato osservato che «*The complex and multi-level structure of the EPPO risks undermining the effectiveness of its activities. It also shows the inclination of member states to preserve their sovereignty in the field of criminal law as much as possible*». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in *CEPS Policy Insights*, 9/2017, 30 November 2017, p. 7.

In questa prospettiva, quando si è presenza di un reato transfrontaliero che ricade nelle competenze di Eppo, l'individuazione del foro si palesa di fondamentale importanza. Da questa dipendono, infatti, sia l'individuazione del pubblico ministero europeo delegato che dovrà svolgere le indagini, sia le norme nazionali – sostanziali¹²⁴ e processuali¹²⁵ – applicabili al caso di specie (art. 5, § 3)¹²⁶.

In un contesto del genere, occorre, da un lato, individuare con precisione il raggio di azione dell'Eppo e, dall'altro, garantire che la scelta del foro

¹²⁴ Per ciò che riguarda le norme sostanziali occorrerà fare riferimento alle disposizioni di cui agli art. 22-25 del Regolamento che disciplinano la competenza di Eppo. Sul punto cfr. *infra*, in ptc. *sub ntt.* 133-135.

¹²⁵ In ordine al versante processuale, il Regolamento prevede che gli indagati – oltre alle garanzie difensive sancite dalla Carta (art. 41, § 1) e dalle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/1919 «quali attuate nel diritto nazionale» (art. 41, § 2) – godano, altresì, «di tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale» (art. 41, § 3). Questo intreccio tra fonti nazionali ed europee è in grado di generare evidenti differenze tra i diversi Stati membri anche a fronte di un medesimo atto, impedendo, dunque, l'omogeneità delle norme diritti di difesa. Sul punto, cfr. V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Op. ult. cit.*, p. 11. Se si considerano, ad esempio, le misure investigative *ex art.* 30, come rilevato in dottrina, «*the Regulation will thus lead to differences in the measures available, as well as procedural rights in respect of these measures, depending on the member state in question, where the investigation measure is carried out*». In termini, H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, cit., p. 309. Il quadro, come osservato dall'A., si complica nel caso di atti di indagine transfrontalieri: il Regolamento, lungi dal seguire il principio del mutuo riconoscimento posto alla base dell'Ordine europeo d'indagine, ha adottato «*a complicated set of rules that differentiate depending on whether a judicial (court) authorisation is required under the law of the Member State where the investigation as such takes place (law of the “handing EDP” Member State) and/or under the law of the Member State where the specific investigative measure is to be carried out (“assisting EDP” Member State)*». *Ivi*, p. 310. Per una panoramica complessiva sui diritti difensivi nelle dinamiche che coinvolgono la procura europea cfr. T. WAHL, *The European Public Prosecutor's Office and the fragmentation of defence right*, in K. LIGETI - M. J. ANTUNES - F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 85 ss., ma anche V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor's Office and Human Rights*, in P. GEELHOED – A. MEIJ – L. ERKELENS (Eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press & Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2018, p. 59 ss.

¹²⁶ Sul punto, cfr. H. SATZGER – F. ZIMMERMANN, *Challenges of Trial Procedure Reform: Is European Union Legislation Part of the Solution or Part of the Problem?*, cit., p. 645. Come rilevato dagli AA. «*The decision on the forum state will not only determine the material, but also the procedural legal regime in criminal proceedings where the EPPO will represent the prosecution*». *Ivi*, p. 646. Come emerge dall'art. 5, § 3, «Le indagini e le azioni penali a nome dell'EPPO sono disciplinate dal presente regolamento. Il diritto nazionale si applica agli aspetti non disciplinati dal presente regolamento».

competente sia regolata da criteri chiari e predeterminati, in ossequio al principio del giudice precostituito (art. 47, § 2 CDFUE)¹²⁷.

Un quadro delle competenze poco definito è, infatti, in grado di rallentare il funzionamento dell'Ufficio investigativo europeo, generando altresì dei conflitti di giurisdizione sia verticali (ossia tra l'Eppo e le autorità nazionali) che orizzontali (ossia tra i vari procuratori europei delegati presenti nei diversi Stati membri), i quali, non consentendo all'indagato di conoscere per tempo chi sarà il suo giudice, sono in grado di ledere la garanzia prevista dall'art. 47, § 2 CDFUE.

Quest'ultima, nelle dinamiche che coinvolgono la Procura europea, si palesa, altresì, funzionale sia al rispetto del principio di legalità (art. 49 CDFUE) che al diritto di difesa (art. 48 CDFUE).

In ordine al primo profilo, poiché dall'individuazione della giurisdizione competente dipende la legislazione nazionale applicabile (art. 5, § 3), si intuisce l'importanza di regole chiare sulla scelta del foro che consentano all'imputato di conoscere in anticipo le norme sostanziali che vengono in rilievo nel caso di specie (art. 49 CDFUE)¹²⁸.

Per ciò che concerne il secondo profilo, la presenza di criteri chiari e predeterminati, in ossequio all'art. 47, § 2 CDFUE, anzitutto, permette all'indagato di approntare una strategia difensiva adeguata alla legislazione di

¹²⁷ Come osservato, infatti, «*The logic of the safeguard of the lawful (or legally established or natural) judge here discussed requires that the identification at European level of the country/judge be sufficiently precise, regardless of whether these rules are considered of procedural or substantive nature. (...)*». In questi termini, M. PANZAVOLTA, *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who Is to Decide?*, in L. BACHMAIER WINTER (Ed.), *The European Public Prosecutor's Office. Legal Studies in International, European and Comparative Criminal Law*, vol 1., Springer, Cham, 2018, p. 66.

¹²⁸ La previa conoscenza delle fattispecie incriminatrici è fondamentale per consentire all'imputato di prevedere ragionevolmente se la condotta da lui tenuta costituisca o meno un reato. Sul punto cfr. Corte Edu, *Camilleri v. Malta*, cit. *supra*, sub nt. 31. In questo contesto, è stato osservato, che il principio di «*legality requires that defendants be able to foresee in advance not just which court of which State will adjudicate upon the case but, even more, which rules will apply to their case*». *Ivi*, p. 67. In questa prospettiva rileva l'A. che «*The right to a legally established judge and the principle of legality speak to the lawmaker and require from him an identification of the court (or, more realistically, of the criteria for making the choice), which takes into account all relevant interests. (...)*». *Ivi*, p. 68.

un determinato Stato membro, garantendo così l'effettività del diritto tutelato dall'art. 48, § 2 CDFUE¹²⁹.

In secondo luogo, nell'ottica del *fair trial*, tali criteri impediscono abusivi fenomeni di *forum shopping* da parte di Eppo, i quali gli consentirebbero di svolgere le indagini ed eventualmente esercitare l'azione penale nello Stato che presenta una legislazione a lui più favorevole, a detrimento, dunque, della difesa¹³⁰.

Per tale motivo, nell'individuazione del foro competente sarebbe necessario bilanciare l'esigenza di flessibilità connaturata ad un'azione investigativa di matrice europea con la necessità di salvaguardare la sfera giuridica dell'indagato¹³¹.

Venendo al dato normativo, qualora si sia in presenza di un reato di competenza di Eppo (artt. 22-25), la scelta del foro è compiuta, di regola, nelle battute iniziali del procedimento (art. 26)¹³².

¹²⁹ In questo contesto, infatti, l'individuazione della giurisdizione competente è essenziale dal momento che, come visto pocanzi (*sub* nt. 125), i diritti processuali dell'indagato dipendono dalla legislazione nazionale e dall'implementazione delle direttive europee (art. 41). Sul punto è stato osservato che «*Although the reference to the directives is welcome, most of their provisions represent a compromise among the member states. Therefore, the content of the rights provided therein can be sometimes quite broad and vague, with the consequence that the impact of the directives on national legal systems risks being all in all quite limited: this means that "suspects and accused will continue to be subject to different standards depending on the applicable national law"*». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 12. La citazione degli AA. è a A. WEYEMBERGH – C. BRIÈRE, *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO), Study for the LIBE Committee*, 2016, p. 35.

¹³⁰ Come osservato, «*A similar choice would precisely run counter the logic behind the safeguard of the legally established judge. Defendants could have to face contextual situations which impair the full exercise of their right to defence. Even more, defendants would be tried according to different rules depending on the prosecution's choice. This would undermine the safeguard's rationale of ensuring that defendants are tried according to a uniform rule of law. If the national rules of criminal law and procedure remain different, and thus defendants can be tried on the basis of different rules, the only way to grant a minimum of uniformity in the adjudication is by ensuring that the choice of forum be done according to clear, consistent and predefined criteria*». M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 66. Come rilevato dallo stesso A. «*The principle of fair trial speaks to the lawmaker but also to the judge and the parties involved in the case – and particularly to the prosecutor. If the prosecutor is given some discretion in making the choice, this could never be at the detriment of the defence. The principle does not necessarily require that the choice of the prosecutor be open to judicial review, but it entails that remedies should be available if the choice made was abusive*». *Ivi*, p. 68.

¹³¹ Sul punto cfr. *Ivi.*, p. 66. Ma anche M. WASMEIER, *The choice of forum by the European public prosecutor*, in L. H. ERKELENS – A. W. H. MEIJ – M. PAWLIK (Eds.), *The European Public Prosecutor's Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, Asser Press, The Hague, 2015, p. 139.

¹³² Come rilevato in dottrina, però, questa impostazione, differente rispetto a quella presente nella Proposta della Commissione, non è «*so much the sign of greater concern for the right to a legally established judge. It is above all the consequence of a restructuring (during the negotiations in the Council) of*

In linea generale, la Procura europea è competente *ratione materiae* (in via principale) ad indagare in ordine ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'UE, individuati dalla c.d. Direttiva PIF¹³³ (art. 22, § 1), «quale attuata dal diritto nazionale»¹³⁴.

*the design of the European public prosecutor office along a more traditional approach based on national sovereignty. (...) In essence, the Regulation confirms the current state of fragmentation of cross-border investigations across countries but it has structured the office so that it has ramifications in all Member States: such a web-structure should allow the EPPO to act—as swiftly as possible—across jurisdictions and it should minimize the practical problems related to acting in different jurisdictions». In termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, pp. 72-73.*

¹³³ Direttiva (UE) 2017/1371, del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017, *relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*. Tale direttiva è stata attuata in Italia con il D. lgs., 14 luglio 2020, n. 75. Limitatamente ai i reati di cui all'articolo 3, paragrafo 2, *lett. d*), di questa direttiva, «l'EPPO è competente soltanto qualora le azioni od omissioni di carattere intenzionale definite in detta disposizione siano connesse al territorio di due o più Stati membri e comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di EUR». Peraltro, secondo quanto previsto dall'art. 25 § 2, «qualora un reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 abbia comportato o possa comportare un danno per gli interessi finanziari dell'Unione inferiore a 10.000 EUR, l'EPPO 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 dell'EPPO; oppure b) possono essere sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione, ovvero membri delle istituzioni dell'Unione». Per un quadro d'insieme sulla direttiva PIF nella prospettiva della Procura europea cfr. G. GRASSO – R. SICURELLA – F. BIANCO – V. SCALIA (a cura di), *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Ius Pisa University Press, Pisa, 2019, in ptc. L. PICOTTI, *La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione europea nell'era post-Lisbona, La direttiva Pif nel contesto di una riforma di sistema*, *Ivi*, p. 19 ss.

¹³⁴ Già da questa precisazione, operata dall'art. 22, si intuisce come l'attività di Eppo sarà condizionata dalle modalità di recepimento da parte del singolo Stato membro della Direttiva PIF. Difatti pur in presenza del medesimo reato che lede gli interessi finanziari dell'UE, la norma incriminatrice applicabile (e la relativa dosimetria sanzionatoria) varierà a seconda dello Stato membro nel quale il Procuratore delegato condurrà le indagini ed eserciterà l'azione penale. Infatti, come è stato osservato, «*while the PIF Directive will provide for a certain degree of harmonisation of substantive criminal law in the Member State, differences between the relevant national laws will remain. That does not only apply to the definition of the offences but also to the applicable sanctions and prescription periods*». In termini, H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, *cit.*, p. 311. In questa prospettiva, una medesima condotta potrebbe essere punita diversamente nei diversi Stati membri con una potenziale lesione del principio di eguaglianza. Come è stato rilevato, «la scelta di avvalersi di una Direttiva (o di una Decisione quadro), e non già di un Regolamento, per la definizione dei reati di competenza dell'EPPO, non è priva di conseguenze sul piano tecnico: infatti, i giudici che si trovino a decidere un procedimento condotto in questo ambito, avranno sempre a che fare con (almeno) due definizioni dello stesso reato (che potrebbero anche divergere, considerato il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nel ratificare le Direttive). (...) non v'è dubbio che la scelta di far uso del Regolamento per la definizione dei reati avrebbe contribuito considerevolmente a semplificare il sistema, e a renderlo più certo. D'altronde, l'opzione in favore per la Direttiva è parsa più prudente, alla luce del principio di sussidiarietà (e del fatto che, nonostante il tenore dell'art. 86 e dell'art. 325 TFUE, un potere penale esercitabile attraverso i regolamenti in capo alla UE costituisce questione ancora controversa, sia sul piano accademico che, inevitabilmente, su quello politico)». In termini, M.

Per ciò che concerne le fattispecie criminose di cui all'articolo 3, paragrafo 2, *lett. d)*, della suddetta Direttiva, la competenza di Eppo è limitata a quei reati che, commessi nel territorio di due o più Stati membri, «comportino un danno complessivo pari ad almeno 10 milioni di EURO»¹³⁵ (art. 22, §1).

In secondo luogo, la Procura europea è competente «per i reati relativi alla partecipazione a un'organizzazione criminale definiti nella decisione quadro 2008/841/GAI, quale attuata dal diritto nazionale, se l'attività criminosa di tale organizzazione criminale è incentrata sulla commissione di uno dei reati di cui al paragrafo 1» (art. 22, § 2).

Alla competenza principale di Eppo, individuata dalle disposizioni ora passate in rassegna, fa da *pendant* l'art. 22, § 3 (c.d. competenza accessoria), il quale

CAIANIELLO, *Op. ult. cit.*, p. 114 ss. Anzitutto, bisogna verificare se un determinato reato così come definito dal diritto nazionale possa essere considerato una trasposizione della Direttiva Pif. In secondo luogo, questo stesso reato potrebbe andare oltre gli obblighi imposti dalla corrispondente norma della Direttiva. Difatti, un certo reato, mentre potrebbe essere considerato in uno Stato membro rientrante nelle competenze di Eppo, potrebbe esulare da quest'ultime secondo la legislazione di altro Paese. Sul punto, cfr., *funditus*, H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, cit., pp. 311. In estrema sintesi, come rilevato in dottrina, «*The Directive is expected to introduce a "very minimalistic degree of minimum harmonisation", so that the European panorama of substantive criminal law will remain fragmented. This could hamper the effectiveness of EPPO investigations and prosecutions, which will have to cope – even in the framework of a single case – with a variety of substantive criminal legislations*». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 9. Gli AA. rimandano in nota a J. A. E. VERVAELE, *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?*, in *ERA Forum*, 15/2014, p. 97.

¹³⁵ L'Eppo, ai sensi dell'art. 25, § 2, è inoltre competente per quei reati che comportino un danno anche inferiore a 10 milioni di euro se: «a) il caso ha ripercussioni a livello dell'Unione che richiedono lo svolgimento di un'indagine da parte dell'EPPO; oppure b) possono essere sospettati di aver commesso il reato funzionari o altri agenti dell'Unione, ovvero membri delle istituzioni dell'Unione». Specularmente, l'art. 25, §3 del Regolamento prevede, infatti, che «L'EPPO si astiene dall'esercitare la sua competenza in relazione a qualsiasi reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 22 e, previa consultazione con le autorità nazionali competenti, rinvia senza indebito ritardo il caso a queste ultime a norma dell'articolo 34 se: a) la sanzione massima prevista dal diritto nazionale per un reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, è equivalente o meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente connesso di cui all'articolo 22, paragrafo 3, a meno che quest'ultimo reato non sia stato strumentale alla commissione del reato rientrante nel campo di applicazione dell'articolo 22, 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 22 non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato a un'altra vittima».

estende il raggio di azione della Procura europea anche ai reati “indissolubilmente connessi” a quelli di cui al § 1¹³⁶.

b) I potenziali conflitti di giurisdizione.

Già da questo angolo visuale, si può osservare come il quadro delle competenze tracciato dal Regolamento risulti alquanto “fluido”, ponendosi così in contrasto con l’art. 47, § 2 CDFUE¹³⁷. A tal proposito, si possono isolare, infatti, diversi profili problematici che interessano il tema dei conflitti di giurisdizione.

I) I conflitti di giurisdizione verticali.

In prima battuta, un esempio paradigmatico è costituito dal criterio dell’“indissolubile connessione” che, stante la sua vaghezza, è in grado di generare conflitti di giurisdizione verticali tra la Procura europea e quella nazionale.

Difatti, qualora il procuratore delegato ritenesse sussistente la connessione tra i due reati, mentre l’organo giudiziario nazionale non considerasse le due fattispecie criminose avvinte da un tale legame indissolubile (o viceversa), si creerebbe un conflitto su chi dei due sia competente a svolgere le indagini e, eventualmente, esercitare l’azione penale.

In questi casi la risoluzione del conflitto è demandata alle «autorità nazionali competenti a decidere sull’attribuzione delle competenze per l’esercizio dell’azione penale» (art. 25, § 6)¹³⁸.

¹³⁶ Come osservato in dottrina, «*This further EPPO competence gave rise to criticism during the negotiations, because it was seen as a way to further erode national sovereignty, allowing the EPPO to exercise its powers beyond the limited field of PIF offences. Nevertheless, it is appropriate that this provision has not been removed from the text since it is in the interest of justice that a single prosecuting office carries out investigations on crimes that are closely interwoven*». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, cit., p. 9.

¹³⁷ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *The decision to drop the case in the new EPPO’s regulation: Res Indicata or transfer of competence?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 10(2)/2019, pp. 192-193.

¹³⁸ L’art. 25, § 6 prevede infatti che «in caso di disaccordo tra l’EPPO e le procure nazionali sulla questione se la condotta criminosa rientri nel campo di applicazione dell’articolo 22, paragrafi 2 o 3, o dell’articolo 25, paragrafi 2 o 3, le autorità nazionali competenti a decidere sull’attribuzione delle competenze per l’esercizio dell’azione penale a livello nazionale

Qualora il conflitto insorga tra il procuratore delegato europeo e quello nazionale appartenenti allo stesso Stato membro, dalla sua risoluzione non dipenderà la scelta del foro. In tali situazioni, si tratterà “soltanto” di capire se l'autorità procedente debba essere quella europea o quella interna¹³⁹.

II) I conflitti di giurisdizione orizzontali ed il rischio del *forum shopping*.

Ben più problematiche appaiono, invece, altre norme del Regolamento che, allo stato attuale, sono in grado di generare incertezza sull'individuazione della giurisdizione competente e, dunque, sulla legislazione applicabile al caso di specie¹⁴⁰.

Quando, infatti, più Stati membri hanno giurisdizione sullo stesso reato di competenza dell'Eppo, il Regolamento prevede che «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 dell'EPPO, dello Stato membro in cui è stata commessa la *maggior parte dei reati*» (art. 26, § 4)¹⁴¹.

La camera permanente può, inoltre, incaricare il procuratore delegato di altro Stato membro di avviare un'indagine tenendo conto dei «seguenti criteri, in ordine di priorità: a) il luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato;

decidono chi è competente per indagare il caso. Gli Stati membri specificano l'autorità nazionale che decide sull'attribuzione della competenza».

¹³⁹ In questo contesto va, però, rilevato come un conflitto verticale potrebbe intervenire, oltre che in seno al medesimo Stato membro tra un procuratore europeo delegato ed un procuratore nazionale, anche tra «*the EDP of the Member State of territoriality and the national prosecutor of another Member State of investigating the case based on the active personality principle*». Rileva questa ipotesi di conflitto verticale, H.-H. HERRNFELD, *Op. ult. cit.*, pp. 319. In un caso di questo genere dalla risoluzione del conflitto dipende anche la scelta del foro e dunque della legislazione nazionale applicabile. Un'altra ipotesi in cui l'art. 22, § 3 può assumere una dimensione transnazionale, si potrebbe verificare quando si è in presenza di più reati inestricabilmente connessi che ricadono sotto la giurisdizione di diversi Stati membri. Sul punto cfr. M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, p. 148. In questi casi, è dunque opportuno che l'individuazione della giurisdizione competente e, dunque la risoluzione del conflitto, sia operata il prima possibile così da permettere all'indagato di conoscere il giudice davanti al quale dovrà rispondere (art. 47, § 2 CDFUE).

¹⁴⁰ Difatti, quando più Stati membri hanno la giurisdizione su un reato di competenza dell'Eppo, potrebbero sopraggiungere nel corso delle indagini conflitti orizzontali tra procuratori europei delegati in grado di precludere all'indagato il suo diritto al giudice precostituito (art. 47, § 2 CDFUE).

¹⁴¹ Corsivo nostro.

b) la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; c) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale» (art. 26, § 4).

Il Regolamento prevede, altresì, che nel corso dell'attività investigativa, la camera permanente, qualora non sia stata esercitata l'azione penale e un caso rientri nella competenza di più Stati membri, può, «nell'interesse della giustizia», assegnare il caso ad altro procuratore oppure decidere di riunire o separare i procedimenti (art. 26, § 5)¹⁴².

Infine, sulla scorta dei criteri di cui all'art. 26, §§ 4 e 5, «se vi sono motivi sufficientemente giustificati (...) 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» (art. 36, § 3)¹⁴³.

Da questa panoramica normativa emergono due profili di criticità che è bene analizzare separatamente.

Da un lato, l'art. 26, § 4 utilizza criteri quali “centro dell'attività criminosa” e “maggior parte dei reati” che potrebbero non essere in grado di individuare con esattezza quale sia il Procuratore delegato legittimato ad avviare l'indagine, ponendosi dunque in contrasto con gli artt. 47-49 CDFUE.

Dall'altro, una modifica in corso d'opera (*rectius*, d'indagine) del pubblico ministero competente, sulla scorta degli art. 26, §§ 4-5 e 36, § 3, è in grado di amplificare gli effetti negativi sulla sfera giuridica dell'accusato.

II.1) Il “centro dell'attività criminosa” e la “maggior parte dei reati”.

In ordine al primo profilo, occorre preliminarmente osservare che l'individuazione del Procuratore delegato competente – e, dunque, della

¹⁴² Come osservato in dottrina, «*in a context of divided national sovereignties, a change of country has a significant impact on the investigations, as it requires a change in the underlying applicable rules with the risk of evidence being declared inadmissible and the risk of ineffectiveness of the investigative strategy previously followed*». *Ibidem*. L'A. rimanda in nota a M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, p. 149.

¹⁴³ Cfr. art. 36, § 3 Reg. cit. Corsivo nostro.

giurisdizione – è operata, di regola, nelle battute iniziali dell'indagine¹⁴⁴, in base al criterio del *locus commissi delicti* (“centro dell’attività criminosa”).

Una deroga al principio di territorialità è ammessa dal secondo periodo dell’art. 26, § 4 che individua, a tal proposito, tre parametri gerarchicamente ordinati. Ciò rappresenta un miglioramento rispetto alla Proposta della Commissione¹⁴⁵ in quanto «*gives signs of a greater concern for the foreseeability of the forum where the proceedings will take place*»¹⁴⁶.

Allo stesso tempo, però, le formule adottate *in parte qua* dal Regolamento si prestano a diverse interpretazioni, lasciando ad Eppo un elevato tasso di discrezionalità nella scelta del foro.

Infatti, stante l’assenza di determinatezza del criterio, il “centro dell’attività criminosa” potrebbe essere quello dove la condotta è iniziata, oppure quello dove il reato si è consumato o, ancora, dove lo stesso è stato programmato.

Gli Stati membri, inoltre, adottano diverse impostazioni nell’andare ad identificare il *locus commissi delicti*, per cui la simultanea applicazione del

¹⁴⁴ Ciò rappresenta un aspetto positivo del Regolamento in quanto «*it makes sufficiently clear and foreseeable what the applicable rules for the investigative phase will be. Nonetheless the fact remains that the decision to do away with the principle of territoriality (and to refuse to endorse its corollaries of a greater harmonization of laws and of a centralized judicial review at European level) remains a missed opportunity*». M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 75.

¹⁴⁵ L’art. 27 della Proposta della Commissione prevedeva che «Il procuratore europeo sceglie la giurisdizione in stretta consultazione con il procuratore europeo delegato che presenta il caso e in considerazione della corretta amministrazione della giustizia, e determina l’organo giurisdizionale competente alla luce dei seguenti criteri: a) 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 abituale». Questa disposizione era caratterizzata, sulla falsa riga del *Corpus Juris*, dalla presenza di criteri sulla competenza non ordinati su scala gerarchica che lasciavano ad Eppo un alto tasso di discrezionalità nella scelta del foro competente. A tal proposito, è stato infatti osservato che «*it was left to the discretion of the EPPO to ponder the relevant criteria in the case at hand and balance them in order to select the appropriate forum. (...) Without a clear predefined set of criteria, it is difficult to see how the proper administration of justice could ensure the foreseeability which the principle of the previously established judge and the general principle of legality require. In any case, the interpretation effort remains insubstantial if the Prosecutor’s choice is not amenable to judicial review*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who Is to Decide?*, cit., pp. 69-71. *Ivi*, pp. 69-71. Sul punto cfr. M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, p. 150 ss., ma anche H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, cit., p. 312-314. Per un quadro d’insieme della Proposta della commissione cfr. M. LUCHTMAN, *Forum Choice and Judicial Review Under the Eppo’s Legislative Framework*, in W. GEELHOED – L. H. ERKELENS – A. W. H. MEIJ, (Eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor’s Office*, Asser Press, The Hague, 2018, pp. 155-169.

¹⁴⁶ In termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 72.

principio di territorialità potrebbe condurre a conflitti di giurisdizione tra i procuratori europei delegati degli Stati che si ritengono competenti ad attivare la loro potestà punitiva¹⁴⁷.

In secondo luogo, in alcuni Paesi, tra i quali l'Italia¹⁴⁸, per esercitare la giurisdizione è sufficiente che solo una parte dell'azione sia avvenuta all'interno dei propri confini (c.d. teoria dell'ubiquità)¹⁴⁹.

Se si applica una siffatta teoria ai reati di competenza dell'Eppo, che ai sensi dell'art. 22 potrebbero interessare il «territorio di due o più Stati membri», è facile intuire come i procuratori delegati di diversi Paesi potrebbero contemporaneamente ritenersi legittimati ad agire.

Da questo punto di vista, ci si sarebbe potuti aspettare una maggiore precisione da parte del legislatore europeo che, per evitare fenomeni di *overlapping jurisdiction* ed i conseguenti effetti negativi per l'indagato, avrebbe dovuto specificare più nel dettaglio cosa si intenda per “centro dell'attività criminosa”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ In questo senso, *Ivi*, pp. 76-77.

¹⁴⁸ Cfr., art. 6, co. 2, c.p. a detta del quale «Il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte, ovvero si è ivi verificato l'evento che è la conseguenza dell'azione od omissione». Sul punto cfr., da ultimo, Cass., Sez. III, 8 marzo 2018, n. 30153, in *C.E.D. Cass.*, n. 273829. Sulla tendenza degli Stati ad estendere la propria giurisdizione penale cfr. M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, p. 143

¹⁴⁹ In questa prospettiva è stato osservato che «*In light of these interpretations the potential for overlap between jurisdictions remains quite high. This means that the criterion of the territoriality does not always allow to identify precisely one (and one only) country of jurisdiction*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 77.

¹⁵⁰ In questo contesto, le regole sulla giurisdizione previste dalla direttiva PIF non aiutano a rendere più chiaro il quadro delle competenze. Difatti l'art. 11 di questa direttiva afferma che «1. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione per i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 nei seguenti casi: a) il reato è stato commesso in tutto o in parte sul proprio territorio; o b) l'autore del reato è un proprio cittadino. 2. Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione per i reati di cui agli articoli 3, 4 e 5 laddove l'autore del reato sia soggetto allo statuto dei funzionari al momento della commissione del reato. Ciascuno Stato membro può astenersi dall'applicare le norme sulla giurisdizione di cui al presente paragrafo, o può applicarle solo in particolari casi o solo quando siano soddisfatte specifiche condizioni, e ne informa la Commissione. 3. Uno Stato membro informa la Commissione qualora lo stesso decida di estendere la propria giurisdizione ai reati di cui agli articoli 3, 4 o 5 che sono stati commessi al di fuori del proprio territorio in una delle seguenti situazioni: a) l'autore del reato risiede abitualmente nel proprio territorio; b) il reato sia commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel proprio territorio; oppure c) l'autore del reato sia uno dei propri funzionari che agisce nelle sue funzioni ufficiali». In questo caso, come già osservato *supra sub* nt. 134, sarebbe stato più opportuno l'utilizzo per i reati PIF della base legale del regolamento piuttosto che della

Il medesimo problema sorge per il secondo dei criteri richiamati, quello della “maggior parte dei reati”¹⁵¹. Per decifrare tale clausola occorre chiedersi se bisogna far riferimento ad un parametro quantitativo (il numero dei reati) o piuttosto qualitativo (i reati più gravi)¹⁵².

Anche in questo caso il legislatore europeo avrebbe dovuto adottare una formulazione lessicale più chiara così da evitare divergenti interpretazioni da parte dei procuratori europei delegati.

Allo stato attuale, dunque, l’art. 26 potrebbe dare la stura a conflitti “orizzontali” all’interno della stessa Procura europea. Quando un reato rientra pacificamente all’interno del perimetro indicato dagli artt. 22 e ss., potrebbe accadere che più Procuratori delegati, interpretando in maniera differente i criteri di “centro dell’attività criminosa” o quello di “maggior parte dei reati”, si ritengano contemporaneamente competenti a svolgere le indagini ed esercitare l’azione penale¹⁵³.

direttiva. Ciò avrebbe comportato un’applicazione uniforme delle disposizioni. Ciò risulta ancora più evidente dalla disposizione da ultimo richiamata che, concedendo agli Stati membri di stabilire le norme sulla giurisdizione, potrebbe dare il destro a fenomeni di *overlapping jurisdiction* laddove i procuratori delegati di due paesi si ritengano in pace alle rispettive norme legittimati contemporaneamente a svolgere le indagini. A tal proposito è stato, infatti, evidenziato come «*In this context one could wonder whether it would have been appropriate to suggest the introduction in the directive of more specific rules on jurisdiction than what is currently foreseen by Article 11. One could in fact observe that, even if offence-related rules on jurisdiction had been agreed upon and established in the directive, there would be no guarantee of a uniform picture after the process of national implementations of the directive. Nonetheless the introduction of similar rules would have helped reduce the uncertainty over the concrete application of the territoriality principle of jurisdiction to each case. Furthermore, it is not to be expected that national substantive rules will diverge much after the implementation of the directive*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, pp. 78-79.

¹⁵¹ La dottrina ha affermato che «*the concept of “bulk the offences” is even more puzzling*». In termini, *Ivi*, p. 79.

¹⁵² In questo contesto è stato rilevato come «il criterio del maggior numero di reati valevole per l’ipotesi in cui siano stati commessi più reati connessi di competenza dell’EPPPO, pur soddisfacendo l’esigenza di determinatezza, presta il fianco a censure d’irragionevolezza nella misura in cui permette di radicare la competenza su base esclusivamente numerica, senza alcuna considerazione per criteri qualitativi». S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. gius.*, 3/2018, p. 609.

¹⁵³ Come era stato autorevolmente osservato, già qualche anno prima dell’approvazione del Regolamento 1939/2017, «*In any case, when a crime has taken place in several Member States, the choice of the national court where the trial is to take place is an extremely important one from the point of view of procedure and substantive criminal law. It will be necessary, therefore, to establish very precise and binding criteria for determining the Member State where a crime is to be prosecuted. Otherwise a delicate problem would arise in terms of “legal certainty” (Article 7 Convention). Vague or discretionary criteria, impacting on the choice of the applicable national law may exclude “legal certainty” which is required for the purposes of the application of the Convention*». In termini, V. ZAGREBELSKY, *L’istituzione del*

Come osservato sopra, queste situazioni di conflitto generano incertezza sull'individuazione dello Stato che ha giurisdizione e dunque sulla legislazione (processuale e sostanziale) applicabile (*ex art. 5, § 3*).

Ciò lede tanto l'efficienza delle attività investigative, quanto la sfera giuridica dell'indagato che, infatti, non sarà in grado di conoscere per tempo né la giurisdizione davanti alla quale dovrà rispondere né, dunque, la legislazione nazionale applicabile. Questo gli impedirà, inoltre, di approntare una strategia difensiva adeguata alle regole processuali di un determinato Stato¹⁵⁴, comportando, così, una lesione degli artt. 47, § 2, 48 e 49 CDFUE.

II.2) Le ipotesi di deroga alla competenza originaria.

Tali effetti negativi risultano, altresì, amplificati nei casi di deviazione dell'originaria competenza (*ex artt. 26, §§ 4-5 e 36, § 3*)¹⁵⁵.

Questa dovrebbe verificarsi solo in situazioni eccezionali. Infatti, sebbene possa essere giustificata dalla circostanza che la prima scelta è compiuta nella fase germinale delle investigazioni, la variazione del foro competente comporta un cambio delle regole processuali e sostanziali ed il rischio che la strategia investigativa adottata diventi ineffettiva¹⁵⁶.

Procuratore europeo in rapporto alle esigenze dell'equo processo, in V. BAZZOCCHI (Ed.), *Protecting fundamental and procedural rights from the investigations of Olaf to the future Eppo*, Fondazione Basso, 2014, p. 51.

¹⁵⁴ Come visto sopra, *sub nt. 127*, i diritti difensivi dipendono in larga parte dal diritto interno e dall'implementazione (nazionale) delle direttive riguardanti gli indagati e gli imputati nei procedimenti penali. Per tale motivo, se la competenza giurisdizionale non è individuata con precisione, l'indagato non è posto nelle condizioni di sapere a quale legislazione nazionale parametrare la sua strategia difensiva. Sul punto è stato osservato che «*The protection of the rights of suspects and accused persons mostly relies on national laws as well. As a consequence, individuals concerned by the investigations of the EPPO will receive different treatment according to the applicable national law and, in cross-border cases, this patchwork scenario can have adverse consequences on the right to organise an effective*

defence». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 20.

¹⁵⁵ In casi di questo genere, come è stato rilevato, «*likely violations of the principle of legality are intertwined with, or may rather result in, breaches of the right of defence, if not of fair trial: (...), the allocation of jurisdiction to a Member State different from that in which investigations were initiated would realistically bring about a substantial disadvantage to the defendant vis-à-vis the EPPO*». In termini, F. GIUFFRIDA, *Cross-Border Crimes and the European Public Prosecutor's Office*, in *Eu crim*, 3/2017, p. 153.

¹⁵⁶ In questo senso cfr. M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 75. Su questo punto è stato inoltre rilevato come «*laddove al termine delle indagini l'azione penale venga esercitata in un diverso Paese, l'indagato che avesse impostato la sua intera strategia difensiva in considerazione delle caratteristiche del sistema di giustizia penale di tale sistema giuridico verrebbe*

Da questo angolo visuale, il Regolamento, sebbene individui una lista di parametri ordinati gerarchicamente (art. 26, § 4) di cui tener conto qualora si intenda derogare al criterio principale di territorialità¹⁵⁷, non specifica quando tale possibilità sia consentita.

L'art. 36, § 3 permette, infatti, alla camera permanente di assegnare il caso ad un altro procuratore europeo per l'esercizio dell'azione penale in presenza di non meglio specificati «motivi sufficientemente giustificati». La vaghezza di questa formula potrebbe dare la stura un esercizio abusivo di una siffatta facoltà.

A tal fine, nel caso in cui la camera permanente assegni il caso ad un altro procuratore, sarebbe dunque opportuno che la stessa desse conto, per iscritto, delle motivazioni della sua scelta.

Parimenti, la clausola dell'«interesse generale della giustizia» che legittima una riassegnazione del caso o una riunione o separazione dei procedimenti (*ex art. 26, § 5*) pecca in quanto a determinatezza, prestando il fianco ad un esercizio «abusivo» di queste facoltà da parte della camera permanente.

Detto altrimenti, il criterio citato è in grado di favorire fenomeni di *forum shopping* da parte di Eppo, che potrebbe radicare la competenza per un determinato caso nella giurisdizione che presenta una legislazione più conforme ai suoi interessi e, dunque, a tutto detrimento dell'indagato¹⁵⁸.

Per tale motivo, occorrerebbe bilanciare l'interesse generale della giustizia con i diritti di difesa (art. 48, § 2 CDFUE) ed i principi del giudice precostituito e di legalità (artt. 47, § 2 e 49 CDFUE) attraverso l'utilizzo di criteri che consentano la variazione della competenza originaria in casi prestabiliti.

completamente spiazzato da una decisione le cui ragioni rimangono peraltro oscure. In effetti, il Regolamento non fornisce il benché minimo indizio circa la giustificazione di tale cambio di sede solo a conclusione delle indagini, né è previsto alcun coinvolgimento dei soggetti interessati – non solo l'indagato, ma anche la vittima – in una decisione dalla quale possono discendere per loro conseguenze di estrema rilevanza data la diversità delle opportunità difensive offerte dalle varie leggi processuali degli Stati membri». In termini, S. RUGGERI, *Op. ult. cit.*, p. 612.

¹⁵⁷ In questo senso cfr. M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 79.

¹⁵⁸ In questa prospettiva è stato osservato, infatti, come «*the allocation of jurisdiction to a Member State different from that in which investigations were initiated would realistically bring about a substantial disadvantage to the defendant vis-à-vis the EPPO*». In termini, F. GIUFFRIDA, *Cross-Border Crimes and the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 153.

Come rilevato in dottrina, infatti, non è sufficiente garantire una prevedibilità in astratto, ma «*once the suspect becomes aware of investigations concerning him/her, the EPPO shall refrain from reallocating the investigations or launching the prosecution in another Member State, unless duly justified by a case of extraordinary circumstances*»¹⁵⁹.

In alternativa, al fine di rendere compatibile il dettato normativo con i citati principi della Carta di Nizza, l'espressione "interesse generale della giustizia" potrebbe essere intesa quale criterio omnicomprensivo tanto degli interessi dell'accusa quanto di quelli della difesa, in ossequio al principio di parità delle armi, funzionale al giusto processo (*ex art. 47 CDFUE*)¹⁶⁰.

III) I conflitti di giurisdizione tra Eppo ed i Paesi terzi.

Da ultimo, va evidenziato come un'ulteriore ipotesi di conflitto di giurisdizione potrebbe sorgere tra Eppo e le autorità nazionali di quegli Stati che non partecipano alla cooperazione rafforzata.

Difatti, l'art. 23 radica la competenza di Eppo anche per quei reati che: «b) sono stati commessi da un cittadino di uno Stato membro, a condizione che uno Stato membro sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio; c) sono stati commessi al di fuori dei territori di cui alla lettera a) [di uno Stato membro] da una persona che al momento del reato era soggetta allo statuto o al regime applicabile, a condizione che uno Stato membro sia competente per tali reati quando sono commessi al di fuori del suo territorio».

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ In questo senso, è stato affermato che tale clausola «*certainly includes the respect for basic guarantees of the defence, which in turn encompasses the fairness of the procedure*». In questi termini, P. CAEIRO – J. A. RODRIGUES, *A european contraption: the relationship between the competence of the eppe and the scope of member state' jurisdiction over criminal matters*, in K. LIGETI – M. J. ANTUNES – F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, cit., p. 79. In una prospettiva analoga, la dottrina aveva proposto di interpretare la formula «corretta amministrazione della giustizia» che compariva nell'art. 27 della Proposta della Commissione «*as a guiding principle, a topos, that pre-supposes a reasonable, nonarbitrary choice of forum and implies the duty to balance individual rights and interests with the interests of the prosecution. (...) This interpretation should include the respect of the legality principle and of the right to a fair trial as guaranteed by the CFR, which applies to any act by a Union body such as EPPO*». In termini, M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, pp. 151-152 e gli autori ivi citati *sub* nt. 77. Come osservato dall'A., peraltro, il diritto ad un giusto processo include sia quello di parità delle armi tra accusa e difesa che, in una certa misura, quello ad avere un giudice prestabilito. *Ivi*, p. 154-155.

In questi casi il Regolamento non prevede delle soluzioni e, come auspicato in dottrina, «*it should be considered to establish proper criteria and mechanisms for such conflicts of jurisdiction in a separate legal instrument that would be binding upon the Eppo as well as the non-participating Member States*»¹⁶¹.

c) Il ruolo della Corte di giustizia.

Lo scenario che emerge dalle disposizioni passate in rassegna è reso ancora più problematico dall'assenza di un controllo centralizzato a livello europeo sulla scelta del foro¹⁶².

Il Regolamento in questi casi affida infatti la *judicial review* alle corti nazionali¹⁶³, seguendo, in parte, l'impostazione adottata della Commissione, la quale aveva giustificato tale scelta sulla scorta della «natura specifica della Procura europea, che è diversa da tutti gli altri organismi e agenzie dell'Unione e richiede norme speciali in materia di controllo giurisdizionale»¹⁶⁴. L'opzione adottata desta più di qualche perplessità.

¹⁶¹ In termini, H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, cit., p. 321.

¹⁶² In questo senso è stato osservato che «*The lack of adequate centralized judicial scrutiny of the choice is in fact the greatest problem of the adopted rules. (...) Let alone the concerns that this construction raises in terms of disparity of rules and rights which could apply during the investigative and/or trial stage, the problem is that a national court can hardly perform a proper control of the Prosecutor's choice of the forum*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 80.

¹⁶³ Ai sensi del considerando 87 § 2 «(...) 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». L'art. 42 § 1 prevede, a sua volta, che «gli atti procedurali dell'EPPO 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 per la mancata adozione da parte dell'EPPO di atti procedurali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi la cui adozione era obbligatoria ai sensi del presente regolamento.». Sul punto cfr. M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 80; ma anche F. GIUFFRIDA, *Op. ult. cit.*, p. 153. Con riferimento all'analoga scelta adottata dalla Commissione M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, p. 153-157, ma anche M. LUCHTMAN, *Forum Choice and Judicial Review Under the Eppo's Legislative Framework*, cit., pp. 159-165, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Judicial review of EPPO acts and decision*, in K. LIGETI – M. J. ANTUNES – F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, cit., p. 130 ss.

¹⁶⁴ Cfr. Proposta della Commissione, cit., p. 7. A tal proposito è stato osservato, però, che «*Moreover, the possibilities allowed by the Treaty of Lisbon for specific rules concerning judicial review of EU agencies in general, and the EPPO in particular, do not mean that these rules can entail the total exclusion of EU judicial review for EU agencies, including the EPPO*». In termini, V. MITSILEGAS – F.

L'individuazione del foro competente, vale la pena ribadirlo, non è una scelta neutra; da essa dipende infatti la legislazione applicabile all'intero processo (art. 5, § 3).

Da questo angolo visuale, aver utilizzato la base giuridica della direttiva, tanto per gli aspetti sostanziali (direttiva PIF)¹⁶⁵, quanto per gli aspetti processuali (direttive sui diritti di difesa), fa sì che il quadro normativo, pur dinnanzi ad un medesimo caso, possa essere differente tra uno Stato membro e l'altro, a seconda delle modalità di trasposizione nel diritto interno delle fonti comunitarie.

Un controllo accentrato a livello europeo avrebbe, dunque, rappresentato un idoneo contrappeso all'eterogeneità delle disposizioni nazionali applicabili alla fattispecie concreta¹⁶⁶.

In secondo luogo, un giudice interno è nella posizione di decidere solo se l'azione penale possa essere esercitata nel proprio Stato, mentre, nel caso in cui si ritenga incompetente, ragioni di sovranità¹⁶⁷ gli impediscono di individuare a quale altro Paese spetti la giurisdizione¹⁶⁸.

GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 13.

¹⁶⁵ A tal proposito è stato acutamente osservato che «*the PIF-Directive does not comprehensively harmonize the general principles of criminal law to be applied to offenses falling under the competences of the EPPO (...). It does, however, lack a minimum threshold of punishment corresponding to the individual offenses. The decision in which participating Member State the EPPO shall bring an offense to trial will thus determine the exact scope of punishability of the criminal conduct and the sanctions that will be imposed on the accused following a conviction*». In questi termini, H. SATZGER – F. ZIMMERMANN, *Challenges of Trial Procedure Reform: Is European Union Legislation Part of the Solution or Part of the Problem?*, cit., p. 646.

¹⁶⁶ Da questo punto di vista è stato osservato che «*To exclude the judicial review at EU level of EPPO decisions on the choice of forum would therefore amount to negating an effective remedy against acts that may have significant consequences for the protection of fundamental rights, including respect of the principle of legality (including foreseeability) and equality before the law*». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 15.

¹⁶⁷ Come è stato osservato, «*One shall not forget, that national laws are drawn up from a national perspective; they define jurisdiction unilaterally, without taking into account the interests of other Member States. In the absence of multilateral or European rules on jurisdiction, national courts lack both a mandate and parameters for identifying a suitable, or reasonable, forum. Currently, the national law of most Member States is limited to the question whether or not jurisdiction has been established in a specific case. That means that the national courts will apply a test whether they may hear a case, but not whether, from a European perspective, a court in another Member State might be better placed for hearing a case*». M. WASMEIER, *Op. ult. cit.*, p. 154.

¹⁶⁸ In questi casi, peraltro, potrebbero insorgere conflitti negativi di giurisdizione. Se lo Stato membro in cui la camera permanente ha deciso di esercitare l'azione penale si ritenesse

Da ultimo, la presenza di un controllo europeo sulla scelta del foro potrebbe bilanciare, almeno in parte, l'assenza di criteri chiari sulla individuazione della giurisdizione. Detto altrimenti, la giurisprudenza potrebbe colmare diverse lacune presenti nel Regolamento, favorendo un'interpretazione univoca delle norme che regolano l'esercizio della competenza da parte di Eppo in linea con gli artt. 47-49 CDFUE¹⁶⁹.

Nonostante qualche opinione contraria¹⁷⁰, sarebbe stato dunque preferibile un controllo centralizzato a livello europeo sulla scelta del foro, individuando l'organo competente nella Corte di giustizia, sulla scorta dell'art. 263, §§ 1-2-4 TFUE¹⁷¹.

Difatti, solo un organo giurisdizionale europeo è nella posizione di stabilire, nei casi dubbi, in quale Stato membro vada esercitata l'azione penale e di garantire un'effettiva protezione dei diritti fondamentali dell'indagato che, per la prima volta, si trova al cospetto di un'autorità giudiziaria europea¹⁷².

Ad uno sguardo di insieme, si può constatare come il Regolamento, nonostante i miglioramenti apportati rispetto al testo presentato dalla Commissione, non sia riuscito ad individuare dei criteri univoci che garantiscano la prevedibilità della giurisdizione competente.

incompetente e la giurisdizione fosse trasferita ad altro Paese dove parte della condotta è stata compiuta, quest'ultimo potrebbe ritenersi, a sua volta, incompetente. Una tale eventualità era già stata paventata nel *Libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea Bruxelles, 11.12.2001 COM(2001) 715 definitivo*, p. 59. Sul punto cfr., V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Judicial review of EPPO act and decision*, cit., p. 135.

¹⁶⁹ In questo senso è stato osservato che «*The importance of having a centralized judicial review at European level was even greater in light of the difficulty to establish clearer jurisdictional criteria. The greater the flexibility of the legal criteria employed in the choice of forum (and, therefore, the greater the discretion left to the EPPO in selecting the country of investigation/prosecution), the earlier a European Court should take a position on the competent jurisdiction, in order to immediately dispel all doubts on the possibility of an abusive and/or inadequate choice*». In termini, M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 81. In senso analogo, F. GIUFFRIDA, *Op. ult. cit.*, p. 153; ma anche V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Op. ult. cit.*, p. 134 ss.

¹⁷⁰ Cfr. F. FALETTI, *The European Public Prosecutor's Office and the Principle of Equality*, in *Eucri*, 1/2017, p. 26.

¹⁷¹ Sul punto cfr. M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 81.

¹⁷² In argomento cfr. V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Op. ult. cit.*, pp. 134-136.

Dalle norme passate in rassegna, al contrario, emerge un quadro delle competenze a geometria variabile che potrebbe favorire scelte del foro abusive da parte di Eppo, a tutto detrimento della difesa¹⁷³.

L'assenza di un controllo europeo ed il mancato coinvolgimento dell'indagato in queste dinamiche amplificano le criticità del quadro vigente.

In ossequio all'art. 48, § 2 CDFUE, la dottrina ha proposto di concedere al soggetto incriminato il diritto di veder celebrato il processo nel proprio Stato di residenza o nazionalità¹⁷⁴.

In questa prospettiva, l'art. 26, § 4, *lett. b)* annovera tra i diversi criteri che autorizzano una deviazione dall'originaria competenza proprio quello della nazionalità dell'indagato o dell'imputato, per cui *«the request of the suspect to hold the trial in the country of nationality or residence could be interpreted as a good and mandatory reason for departing from the criterion of the place of the focus of criminal activity»*¹⁷⁵.

Condividendo la proposta avanzata, in questa situazione magmatica va rilevato come, nonostante l'assenza di un suo sindacato in ordine alle scelte del foro, un'azione chiarificatrice potrà comunque essere svolta dalla Corte di giustizia, alla quale il Regolamento affida la possibilità di pronunciarsi in via pregiudiziale, tra gli altri, su «a) la validità degli atti procedurali dell'EPPO 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; b) l'interpretazione o la validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il presente regolamento; c) l'interpretazione degli articoli 22 e 25 del presente regolamento relativamente a eventuali conflitti di competenza tra l'EPPO e le autorità nazionali competenti» (art. 42, § 2).

Sulla scorta dell'art. 42, § 2, *lett. b)*, la Corte potrebbe fornire un chiarimento delle vaghe formule sulla scelta del foro passate in rassegna, in particolare cosa

¹⁷³ In questo senso cfr. M. PANZAVOLTA, *Op. ult. cit.*, p. 81.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 83.

¹⁷⁵ *Ibidem*. In questa prospettiva, conclude l'A. *«With the interests of the European Union uniformly protected across the EU, it does not seem unreasonable that the defence has a say. Giving the defence the possibility to exercise his rights properly and to take the case to the country where the effectiveness of the defence is mostly safeguarded: would this not be the sign of a truly European mutual trust?»*. *Ibidem*.

debba intendersi per “centro dell’attività criminosa”, “maggior parte delle offese” o “interesse generale della giustizia”.

Infine, dall’art. 42, § 2, *lett. c)* sembra emergere una potenziale “funzione nomofilattica” della Corte. Detto altrimenti, il suo ruolo non sarà tanto quello di risolvere il conflitto, quanto quello di delineare il perimetro delle competenze tracciato vagamente dagli artt. 22-25, delineando l’effettiva portata dei criteri presenti nei due articoli menzionati, in *primis*, quello indissolubile connessione.

Per concludere, occorre osservare come, nonostante lo scenario “fluido” che caratterizza il quadro delle competenze di Eppo, il Regolamento rappresenti un passo in avanti rispetto la Decisione quadro 2009/948/GAI nella misura in cui detta dei criteri gerarchici (*ex art. 26, § 4*) per l’individuazione della giurisdizione competente.

A questo miglioramento avrebbe però dovuto fare da *pendant* un controllo centralizzato a livello europeo sulla scelta del foro. La mancanza di quest’ultimo mina, infatti, la legittimazione e l’efficienza dell’Eppo¹⁷⁶, confermando il prevalere delle ragioni della sovranità punitiva nazionale su quelle di *law enforcement* europeo.

In questa prospettiva, dunque, come auspicato in dottrina, al fine di assicurare un’effettiva protezione giudiziaria agli individui, in ossequio all’art. 47 CDFUE, sarebbe necessario estendere, sulla scorta degli artt. 263-267 TFUE, il sindacato della Corte non solo agli atti (*ex art. 42, § 2, lett. a)* ma anche alle decisioni assunte da Eppo¹⁷⁷.

¹⁷⁶ In questo senso, cfr. V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office*, cit., p. 15.

¹⁷⁷ Sul punto è stato infatti osservato che, «*in order to ensure effective judicial protection of individuals affected by the activities of the EPPO, it is necessary to provide for EU judicial review of the EPPO’s investigative acts and decisions. (...) However, at least some of the key decisions should be reviewed at EU level (e.g. choice of forum). Effective use of the possibilities offered, in particular by Articles 263 and 267 TFEU, would have contributed towards both effective judicial protection and the development of European Union law in this important field, with the full involvement of the Court of Justice and the direction and clarification it may offer to national courts in this context*». In termini, V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Op. ult. cit.*, pp. 15-16.

4. Il caso dei Mandati d'arresto concorrenti ed i criteri di riparto della giurisdizione presenti nella Direttiva (UE) 2017/541.

Oltre che nella prospettiva verticale (Eppo), la risoluzione dei conflitti interessa anche l'ambito della cooperazione orizzontale.

In questo ambito due esempi paradigmatici sono tanto l'art. 16 della Decisione quadro 2002/584/GAI sul Mandato d'arresto europeo, quanto la Direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo¹⁷⁸.

Il *trait d'union* tra questi due casi è rappresentato dall'utilizzo del principio di territorialità quale criterio principale per la risoluzione delle ipotesi di conflitto.

Quando si è in presenza di plurimi Mae riguardanti un medesimo soggetto ricercato per lo stesso fatto o per fatti diversi, ai sensi dell'art. 16 della Decisione quadro 2002/584/GAI¹⁷⁹, «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione decide quale dei mandati di arresto deve essere eseguito, tenuto debito conto di tutte le circostanze e soprattutto della gravità relativa e del luogo in cui è avvenuto il reato, delle date rispettive di emissione dei mandati di arresto

¹⁷⁸ La Direttiva (UE) 2017/541 non è l'unica Direttiva europea che contiene al suo interno norme sulla giurisdizione. Il riferimento – oltre all'art. 11 della Direttiva (UE) 2017/1371 di cui si è dato conto al § precedente (in pct. *sub* nt. 150) – è: all'art. 10 della Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime; all'art. 17 della Direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile; all'art. 12 della Direttiva 2013/40/UE del 12 agosto 2013 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione; all'art. 10 della Direttiva (UE) 2018/1673 del 23 ottobre 2018 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale; all'art. 12 della Direttiva (UE) 2019/713 del 17 aprile 2019 relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti. La scelta dell'A. è caduta sulla Direttiva (UE) 2017/541 per diverse ragioni: da un lato, le norme sulla giurisdizione in essa contenute riprendono, pur con diverse sfumature, quelle presenti nelle altre direttive citate; dall'altro, la Direttiva sul terrorismo disciplina dettagliatamente l'ipotesi del conflitto di giurisdizione (art. 19, § 3). Infine, come si avrà modo di specificare nel corso della trattazione, l'art. 19 rappresenta un passo indietro rispetto alla omologa previsione, presente nella previgente Decisione quadro 2002/475/GAI.

¹⁷⁹ Questa disposizione delinea, peraltro, una situazione simile a quella che si ha nei conflitti di giurisdizione: se in tale ultima ipotesi ci troviamo dinnanzi a pretese di giurisdizione concorrenti, nel caso dell'art. 16 sono le richieste di mandato ad essere concorrenti in quanto rivolte al medesimo Stato ed hanno ad oggetto la stessa persona.

europei nonché del fatto che i mandati sono stati emessi ai fini dell'azione penale o per l'esecuzione di una pena o misura privative della libertà»¹⁸⁰.

Dalla lettura della norma emerge come gli interessi rilevanti in grado di orientare la scelta dell'autorità di esecuzione abbiano una matrice statocentrica: nessun riferimento è, infatti, riservato ai diritti fondamentali del ricercato, al contrario torna in auge il principio di territorialità, quale criterio scriminate per individuare il mandato da eseguire.

In questi casi, come suggerito dal Manuale sull'emissione di un Mandato d'arresto, «si consiglia all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di compiere, prima di decidere, un tentativo di coordinamento tra le autorità giudiziarie che hanno emesso i MAE in questione. Se le autorità giudiziarie emittenti si sono già coordinate, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione dovrebbe tenerne conto, pur non essendo vincolata da tali intese ai sensi della decisione quadro sul MAE»¹⁸¹.

Se le plurime richieste, oltre che il medesimo ricercato, abbiano ad oggetto anche i medesimi fatti – versandosi, dunque, in una situazione di procedimenti

¹⁸⁰ Come osservato, peraltro, questa disposizione potrebbe dare il destro alla Corte di giustizia per esprimersi in ordine all'applicazione dell'art. 47 allo SLSG. L'art. 16 comporta che «*a case allocation decision is required by the executing state. That state must take into account various considerations, some of which are mentioned in Article 16(1) FD EAW. When dealing with this provision, a national court, when competent, may ask the Court of Justice how to interpret it in light of Article 47 CFR. First and foremost, the Court may be asked whether or not this requirement also applies in the context of the AFSJ. Moreover, it may be faced with the question of whether or not the judicial scrutiny of case allocation decisions is a requirement which follows from the requirement of a 'tribunal established by law'. The referring court may also want to know how, in light of a proper administration of justice in the AFSJ, it must determine which warrant it must execute. Relevant questions would then not only relate to the criteria to be applied, but also to the intensity of the test or to the question of whether these criteria must be accessible and foreseeable*». In termini, M. LUCHTMAN, *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, cit., pp. 90-91. Ciò conferma quanto affermato alla nota precedente, in ordine all'analogia tra l'art. 16 e la materia dei conflitti di giurisdizione.

¹⁸¹ *Comunicazione della Commissione del 28.9.2017. Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, Bruxelles, 28 settembre 2017, C(2017) 6389 final, p. 54. L'impostazione qui suggerita non fa altro che alimentare la discrezionalità attribuita alle autorità giudiziarie precedenti ed in particolare quelle dello Stato richiesto. Una tale discrezionalità potrebbe incidere negativamente sulla sfera giuridica del ricercato, qualora la scelta in ordine al Mae da eseguire fosse dettata da ragioni che non tengono nella dovuta attenzione la protezione della sfera giuridica dell'indagato.

paralleli *in idem* – scatta per gli Stati interessati l’obbligo di consultazioni dirette ex art. 10, Decisione quadro 2009/948/GAI¹⁸².

Al fine di facilitare il raggiungimento di un accordo, il § 2 dell’art. 16 prevede che l’autorità di esecuzione possa «richiedere una consulenza all’Eurojust per prendere la decisione di cui al paragrafo 1».

A questo riguardo, Eurojust ha messo a punto le *Linee guida per la decisione sulle richieste concorrenti di consegna e di estradizione* (anno 2019)¹⁸³.

Al pari di quelle emesse per risolvere i conflitti di giurisdizione¹⁸⁴, anche queste linee guida non hanno un valore vincolante. Esse, infatti, sebbene siano da accogliere con favore in quanto hanno incluso tra i criteri scriminanti quelli relativi alla tutela della sfera giuridica dei soggetti coinvolti nelle dinamiche della cooperazione¹⁸⁵, possono ben restare lettera morta.

In estrema sintesi, dunque, all’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione è lasciata la massima discrezionalità in ordine a quale Mae eseguire.

In questo contesto, dunque, come rilevato in dottrina, «*the exception of territoriality essentially boils down to a quasi-forum rule, to the extent that it allows Member*

¹⁸² Cfr. *Manuale sull’emissione e l’esecuzione del mandato d’arresto europeo*, cit., p. 55. In queste circostanze, rileva il Manuale, «Gli Stati membri che hanno ricevuto i MAE paralleli dovranno comunicare alle autorità competenti degli Stati emittenti l’esistenza di procedimenti paralleli. Le autorità competenti degli Stati membri che hanno emesso i MAE dovranno comunicare all’autorità giudiziaria dell’esecuzione che stanno cooperando per risolvere il conflitto di giurisdizione, nonché le eventuali intese raggiunte sulla procedura da seguire». *Ivi*, p. 37.

¹⁸³ Reperibili al seguente link: https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Publications/Reports/2019-10_Guidelines-competing-extradition-surrender-EAW_IT.pdf Cfr. in particolare la casistica ivi riportata alle pp. 10-14.

¹⁸⁴ Cfr. *Linee guida per decidere “Quale giurisdizione dovrebbe procedere?”* (anno 2016), reperibili al seguente link: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/c6b06cff-8941-11e7-b5c6-01aa75ed71a1/language-it>

¹⁸⁵ Il riferimento è ai seguenti criteri “suggeriti” da Eurojust utili ad orientare la scelta su quale Mae eseguire: le date in cui il reato/i reati è stato commesso/sono stati commessi; fase del procedimento e l’impatto della decisione sui vari procedimenti; il procedimento penale dei coimputati e/o il procedimento penale di diversi membri di un’organizzazione criminale; interessi delle vittime; la nazionalità o la residenza abituale della persona ricercata e qualunque altro forte legame personale con un Paese; possibilità di una qualsiasi consegna o estradizione successiva tra gli Stati richiedenti. Cfr. *Ivi*, p. 10.

States to refuse cooperation where conduct took place on their territory and is not criminal offence there»¹⁸⁶.

Venendo al secondo degli strumenti citati, occorre passare in rassegna la Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la Decisione quadro 2002/475/GAI¹⁸⁷ del Consiglio e che modifica la Decisione 2005/671/GAI del Consiglio.

In linea generale, tale normativa si propone di stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nell'ambito dei reati di terrorismo, dei reati riconducibili a un gruppo terroristico e dei reati connessi ad attività terroristiche nonché le misure di protezione, sostegno e assistenza per le vittime del terrorismo» (art. 1).

Non essendo questa la sede per esaminare l'intero testo normativo¹⁸⁸, ai fini della presente ricerca è, invece, rilevante focalizzare l'attenzione sulle disposizioni relative alla giurisdizione contenute nell'art. 19.

La Direttiva, sulla scorta del ventesimo considerando¹⁸⁹, adotta quale regola generale il principio di territorialità.

L'art. 19, § 1, *lett. a e b*) prevede infatti che ciascuno Stato membro debba stabilire la propria giurisdizione in relazione ai reati di terrorismo previsti dalla direttiva se: «a) il reato è commesso, anche solo parzialmente, nel suo territorio; b) il reato è commesso a bordo di una nave battente bandiera di tale Stato membro o di un aeromobile ivi registrato».

In applicazione del medesimo principio, il § 5 dell'art. 19 prevede che – nel caso in cui si tratti di reati riconducibili ad un gruppo terroristico ovvero di

¹⁸⁶ In termini, M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., p. 259.

¹⁸⁷ Questa, come affermato dal considerando n. 3 della direttiva 541/2017, rappresenta «la pietra angolare della risposta della giustizia penale degli Stati membri per combattere il terrorismo».

¹⁸⁸ Per un approfondita della Direttiva si rimanda a S. SANTINI, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *ArchivioDPC*, 7-8/2017, p. 12 ss.

¹⁸⁹ Ai sensi del quale, «Dovrebbero essere stabilite regole di giurisdizione per garantire che i reati di cui alla presente direttiva possano essere perseguiti in modo efficace (...)».

concorso, istigazione e tentativo di commettere uno dei reati oggetto della direttiva – ciascuno Stato membro stabilisca la propria giurisdizione anche se il reato è stato commesso «solo parzialmente nel suo territorio, a prescindere dal luogo in cui il gruppo terroristico è basato o svolge le sue attività criminose».

La giurisdizione dello Stato si estende oltre i suoi confini, secondo il criterio dell'extraterritorialità, se «c) l'autore del reato è un suo cittadino o residente; d) il reato è commesso a vantaggio di una persona giuridica che ha sede nel suo territorio; e) il reato è commesso contro le sue istituzioni o la sua popolazione o contro un'istituzione, un organismo, un ufficio o un'agenzia dell'Unione che ha sede nello Stato membro in questione»¹⁹⁰.

Nel caso in cui, invece, uno Stato membro si rifiuti di consegnare il presunto terrorista ad altro Stato membro o ad un Paese terzo, la Direttiva lo obbliga, in ossequio al principio “*aut dedere aut iudicare*”, a stabilire la propria giurisdizione (art. 19, § 4)¹⁹¹.

Venendo al profilo che più da vicino interseca il presente ambito di ricerca, occorre focalizzare l'attenzione sul § 3 dell'articolo 19 che si occupa delle ipotesi di *overlapping jurisdictions*.

Se infatti un medesimo caso rientra nella giurisdizione di più Stati membri, la Direttiva invita questi ultimi a collaborare al fine di accentrare, «se possibile», l'azione penale in un unico Stato membro. Per raggiungere tale obiettivo, gli stessi possono avvalersi anche dell'ausilio di Eurojust.

Sin qui la Direttiva adotta, dunque, un'impostazione analoga a quella della Decisione quadro 2009/948/GAI: essa invita (non obbliga) gli Stati a collaborare, anche attraverso l'intervento eventuale di Eurojust.

Il cambio di rotta significativo è però costituito dalla circostanza che, a differenza della Decisione quadro del 2009, la Direttiva in commento indica i criteri da seguire al fine del raggiungimento di un accordo.

¹⁹⁰ Art. 19, § 1 *lett. c), d), e)*.

¹⁹¹ Ai sensi dell'art. 19, § 4: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per stabilire la propria giurisdizione anche per i reati di cui agli articoli da 3 a 12 e all'articolo 14 se rifiuta di consegnare o di estradare verso un altro Stato membro o un paese terzo una persona indagata o condannata per uno di tali reati».

La seconda parte dell'art. 19, § 3 prevede, infatti, che nell'individuare lo Stato che deve esercitare la giurisdizione, «Si tiene conto dei seguenti elementi: a) lo Stato membro è quello nel cui territorio il reato è stato commesso; b) lo Stato membro è quello di cui l'autore del reato ha la cittadinanza o in cui ha la residenza; c) lo Stato membro è il paese di origine delle vittime; d) lo Stato membro è quello nel cui territorio l'autore del reato è stato trovato».

Come nel Regolamento Eppo (art. 26, § 4) e nell'art. 16 della Decisione quadro sul MAE, anche in questo caso il criterio principale per individuare il foro competente è il *locus commissi delicti*, al quale fanno seguito lo Stato membro di cittadinanza o residenza del presunto terrorista, il paese di origine delle vittime e quello in cui lo stesso è stato ritrovato¹⁹².

A tal proposito, se, da un lato, è da accogliere con favore l'inserimento di una lista di criteri idonei ad individuare il foro competente nel caso di giurisdizioni concorrenti, dall'altro, come rilevato in dottrina¹⁹³, vi è un arretramento rispetto alla previgente Decisione quadro 2002/475/GAI.

Difatti, questo testo precisava che si dovesse tener conto dei criteri indicati «per gradi successivi»¹⁹⁴. Tale impostazione limitava la discrezionalità degli Stati: questi, nell'individuare il foro competente, avrebbe dovuto seguire i diversi criteri secondo l'ordine imposto dalla Decisione.

Di contro, stante il testo oggi vigente, le autorità nazionali possono individuare la giurisdizione competente senza seguire un ordine di priorità¹⁹⁵.

¹⁹² Gli stessi criteri sono seguiti nell'art. 26, § 4 del Regolamento Eppo. Tale disposizione non menziona esplicitamente la vittima: questa, nei reati di competenza dell'Eppo, è la stessa UE. In questa prospettiva va letto l'art. 26, § 4, *lett. c)* che fa riferimento al luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale.

¹⁹³ Cfr. A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, cit., p. 143; M. LUCHTMAN, *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, cit., pp. 258-259.

¹⁹⁴ Ai sensi dell'art. 9, § 3 della citata decisione quadro, «Si tiene conto, per gradi successivi, dei seguenti elementi di collegamento: -si tratta dello Stato membro nel cui territorio sono stati commessi i fatti, - l'autore ha la nazionalità di tale Stato membro o vi è residente, - si tratta dello Stato membro di origine delle vittime, - si tratta dello Stato membro nel cui territorio è stato trovato l'autore dei reati».

¹⁹⁵ Questo profilo segna, peraltro, una ulteriore differenza rispetto al regolamento Eppo, nella misura in cui l'art. 26, § 4, come analizzato al paragrafo precedente, individua i criteri ulteriori di scelta del foro secondo «un ordine di priorità».

Ciò potrebbe favorire fenomeni di *forum shopping* da parte delle autorità procedenti a scapito delle garanzie poste a tutela del presunto terrorista o della vittima.

Infatti, stante l'assenza di un ordine di priorità, il processo ben potrebbe essere radicato dinnanzi alla giurisdizione che possiede la legislazione più severa per l'imputato e/o più conforme agli interessi punitivi dell'accusa.

Nella misura in cui specifica direttamente nel testo normativo i criteri da seguire per la determinazione del foro competente, è indubbio che tale Direttiva rappresenti un passo in avanti rispetto alla Decisione quadro del 2009.

Allo stesso tempo, però, non imponendo agli Stati di trovare un accordo sulla giurisdizione, lascia aperta la possibilità che i procedimenti *in idem* continuino il loro corso in parallelo, vanificando così l'inserimento della lista dei criteri di scelta del foro.

Al fine di prevenire siffatta ipotesi, si potrebbe far ricorso ad una interpretazione della Direttiva conforme alla Carta e, in particolare, al principio del giudice precostituito (art. 47, § 2 CDFUE) di modo che – nonostante il venir meno, rispetto alla Decisione quadro previgente, dell'ordine di priorità – si applichino, comunque per gradi successivi, i diversi criteri dettati dall'art. 19.

Ad uno sguardo di insieme sui casi ora passati in rassegna, è difficile scorgere un approccio del legislatore europeo alla materia dei conflitti di giurisdizione in linea con le garanzie difensive e di prevedibilità del foro previste dalla Carta.

Emerge, di contro, un'impostazione che, devolvendo la risoluzione delle ipotesi di conflitto, *case by case*, agli Stati membri, è caratterizzata da due linee di fondo.

Da un lato, il mancato coinvolgimento dell'indagato nelle dinamiche di scelta del foro. Dall'altro, a fare da *pendant* al primo aspetto, vi è un alto tasso di discrezionalità lasciato alle autorità procedenti nell'andare a risolvere le ipotesi di conflitto¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Sul punto cfr. M. LUCHTMAN, *Op. ult. cit.*, p. 259.

Come è emerso nel corso della trattazione, entrambi questi fattori sono in grado di incidere negativamente sulle garanzie individuali, potendo altresì dare la stura ad impropri fenomeni di *forum shopping* da parte delle autorità giudiziarie.

Anche dall'analisi della normativa settoriale, emerge, dunque, la necessità di individuare degli strumenti che siano in grado di pervenire ad una soluzione effettiva del conflitto, in modo da evitare che uno stesso soggetto sia costretto a difendersi davanti a più giurisdizioni per un medesimo fatto.

CONCLUSIONI.

Prima di passare alla parte propositiva, sembra opportuno riepilogare i passaggi essenziali emersi nel corso della presente ricerca, avuto riguardo, in particolare, all'inefficacia della Decisione quadro 2009/948/GAI nel risolvere il problema dei conflitti di giurisdizione.

In estrema sintesi, la soluzione adottata dal legislatore europeo si è dimostrata carente sotto tre punti di vista.

Anzitutto, non enuclea dei criteri certi e predeterminati che sovrintendano all'individuazione del foro competente. Di contro, fa riferimento alle *guidelines* di Eurojust le quali, a loro volta, possono essere considerate strumenti di *soft law*, in quanto non possiedono carattere cogente¹.

In secondo luogo, la Decisione non obbliga gli Stati al raggiungimento di un accordo vincolante, per cui le consultazioni possono chiudersi con un nulla di fatto. Lo stesso intervento di Eurojust, ha carattere facoltativo, e la soluzione eventualmente proposta dall'Agenzia europea non ha carattere vincolante².

Da ultimo, alcun riferimento è riservato ai diritti difensivi: in questa prospettiva, nel corso di tali consultazioni non è previsto l'intervento dell'indagato, né questi ha il potere di impugnare l'eventuale decisione sulla giurisdizione qualora questa arrecasse una lesione ingiustificata alla sua sfera giuridica.

Questi tre profili di criticità danno la stura alla violazione di altrettante disposizioni della Carta: gli articoli 47, 48 e 49.

¹ Sul punto cfr. A. MARLETTA, *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 15 ss.

² Come osservato *supra*, Cap. 1, § 7, neppure a seguito della riforma di Eurojust con il Regolamento (UE) 2018/1727 i pareri di Eurojust hanno assunto carattere vincolante. Da questo punto di vista, l'art. 4 prevede che, qualora tra due o più Stati non vi sia accordo su chi debba avviare una indagine o esercitare l'azione penale, Eurojust formuli un parere scritto (art. 4 § 4) il quale deve essere eseguito dagli Stati, a meno che l'accordo proposto non «leda interessi essenziali di sicurezza nazionale o comprometta il successo di un'indagine in corso o la sicurezza di una persona» (art. 4, § 6).

Difatti, la mancanza di criteri certi e predeterminati che sovrintendano alla scelta del foro incide negativamente sulla prevedibilità sia della giurisdizione competente (art. 47, § 2) che della normativa sostanziale applicabile (art. 49)³.

Infine, il mancato coinvolgimento dell'indagato nelle dinamiche inerenti alla scelta del foro è in grado di ledere il diritto di difesa (art. 48, § 2), favorendo fenomeni di *forum shopping* da parte delle autorità procedenti, le quali, *legibus sic stantibus*, possono individuare la giurisdizione competente *inaudita altera parte*⁴.

Stante il quadro legislativo vigente, il principio del *ne bis in idem* (art. 50 CDFUE) rappresenta dunque non solo l'*extrema ratio* ma, altresì, l'unico rimedio esperibile nel caso in cui gli Stati non trovino un accordo sulla giurisdizione⁵.

In applicazione del criterio del *first come, first served*, nel conflitto avrà la meglio lo Stato che per primo arriverà ad una sentenza definitiva. La soluzione più rapida, però, non sempre è la migliore, soprattutto se la celerità è ottenuta a scapito delle garanzie procedurali poste a tutela dell'indagato.

In estrema sintesi, potremmo affermare che la Decisione quadro non è in grado di conseguire gli obiettivi previsti dall'art. 82, § 1, *lett. b*) TFUE, ossia la prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. Essa, di contro, può essere considerata come uno strumento finalizzato a prevenire possibili violazioni del *ne bis in idem*⁶.

Per tale motivo, sulla scorta dei profili problematici emersi nel corso della presente ricerca, è opportuno delineare le linee di fondo di un meccanismo in grado di rispondere efficacemente al mandato contenuto nell'art. 82, § 1, *lett. b*) TFUE e, dunque, colmare la lacuna legislativa esistente.

1. Le proposte avanzate in ambito accademico.

A tal proposito, occorre osservare come nel corso degli ultimi anni, proprio a causa dell'inefficacia della Decisione quadro del 2009 nel prevenire e risolvere i

³ Cfr. *supra*, sub Cap. 3, § 1.

⁴ Cfr. *supra*, sub Cap. 3, § 2.

⁵ Cfr. *supra*, sub Cap. 2, § 3.

⁶ Ciò trova conferma nell'art. 1, § 2, *lett. a*) della Decisione.

conflitti di giurisdizione⁷, la dottrina ha avanzato diverse soluzioni in grado di rispondere efficacemente al problema.

Il riferimento è, in primo luogo, alle *Model Rules* elaborate nell'ambito di un progetto di ricerca sui conflitti di giurisdizione patrocinato dalla *German Research Foundation*⁸. Un secondo modello di risoluzione del conflitto è stato avanzato qualche tempo dopo da F. Zimmerman⁹.

La proposta più organica risulta però essere quella formulata dall'*European Law Institute*, nell'ambito di un progetto realizzato presso l'Università del Lussemburgo in collaborazione con la *Max Planck Institute Luxembourg* e che si è avvalso del contributo sia di accademici che di professionisti provenienti da diversi paesi dell'UE¹⁰.

Questo gruppo di ricerca ha elaborato tre meccanismi di risoluzione del conflitto: uno orizzontale, uno verticale e, infine, uno allocativo. Come precisato dagli autori, «*the three legislative models reflect different levels of approximation and thereby three distinct policy options, leaving the choice open to the EU legislators*»¹¹.

Il modello orizzontale è quello che, più da vicino, ricalca le dinamiche della Decisione quadro. Esso, utilizzando la base giuridica della direttiva, si fonda sul principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri (art. 7) e prevede una collaborazione tra le autorità giudiziarie dei vari Paesi per risolvere il conflitto

⁷ Come osservato in dottrina, «*This Framework Decision is too vague to be efficient, it provides only for recommendations of means, which cannot be implemented, without any obligation*». In termini, W. SCHOMBURG, *Criminal Matters: transnational ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdiction – transfer of proceedings*, in *Era Forum*, 3/2012, p. 314.

⁸ La proposta è consultabile in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER, *Models rules and explanation*, in IID. (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), cit., p. 381 ss.

⁹ Consultabile in F. ZIMMERMAN, *Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 3(1)/2015, p. 15 ss. Gli aspetti rilevanti di queste proposte verranno messi in evidenza nel paragrafo successivo.

¹⁰ Il *Draft legislative proposal* è reperibile al seguente link:

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Conflict_of_Jurisdiction_in_Criminal_Law_FINAL.pdf

¹¹ AA. VV., *Draft legislative proposal for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, cit., p. 28.

(artt. 5-6), sulla scorta di una lista di criteri, allegati alla proposta di direttiva, che riprendono le *guidelines* di Eurojust¹².

Qualora le consultazioni fra gli Stati non abbiano consentito di raggiungere un accordo, il modello verticale – che, invece, fa ricorso alla base giuridica del regolamento – affida la soluzione del conflitto alla decisione vincolante di Eurojust, la cui decisione è assunta sulla scorta delle *guidelines* emesse dall’Agenzia¹³.

Da ultimo, il meccanismo allocativo è sicuramente il più ambizioso in quanto presuppone l’individuazione di regole europee uniformi sull’allocazione della competenza giurisdizionale nello SLSG, utilizzando la base giuridica del regolamento. A tal proposito, il criterio principale di scelta della giurisdizione è individuato nel principio di territorialità mentre non trova più applicazione quello di extraterritorialità¹⁴.

Se il primo degli strumenti proposti rappresenta una versione maggiormente *rights oriented* dell’attuale Decisione quadro¹⁵, il secondo e, soprattutto, il terzo modello offrono, invece, degli spunti di assoluto rilievo.

In ordine al modello verticale, sebbene la scelta di consentire all’indagato ed alla vittima di sottoporre osservazioni scritte all’attenzione delle autorità procedenti (art. 8, § 3) e di Eurojust (art. 13, § 3) vada in una direzione conforme all’art. 48 CDFUE, maggiori perplessità desta, invece, l’attribuzione

¹² Tale modello esplicita, peraltro, una serie di criteri “negativi” che, invece, non devono essere tenuti in considerazione nella scelta del foro.

¹³ Conferendo efficacia vincolante alla decisione di Eurojust, tale proposta, consente agli Stati membri e all’indagato di ricorrere alla Corte di giustizia (art. 14) – sulla scorta dell’art. 263 TFUE – non tanto perché questa assuma una decisione sulla scelta del foro, quanto, piuttosto, affinché eserciti un controllo sulla legalità della decisione adottata da Eurojust.

¹⁴ Come evidenziato dagli autori, «*the mechanism for the allocation of the exercise of criminal jurisdiction in the EU requires uniform EU rules on forum choice in the AFSJ and embodies a strong harmonisation*». In termini, *Draft legislative proposal*, cit., p. 29. Nel caso in cui il principio di territorialità non fosse idoneo ad individuare la giurisdizione competente prevede sia una serie di criteri alternativi (art. 6) che richiamano quelli presenti nel Regolamento Eppo sia la possibilità di trasferire il procedimento nello stato *miieux placé* sulla scorta dell’interesse ad una buona amministrazione della giustizia (art. 9).

¹⁵ È previsto infatti che, in disparte i casi coperti da segreto investigativo, l’indagato e la vittima possano inviare delle osservazioni scritte (art. 8, § 3) per orientare la scelta del foro e, inoltre, possano impugnare tale decisione, qualora leda i loro diritti, davanti alle autorità nazionali (art. 10).

a tale Agenzia di un potere vincolante in ordine all'individuazione del foro (art. 13, § 5).

Difatti, con la recente sostituzione della Decisione quadro istitutiva di Eurojust ad opera del Regolamento UE 1727/2018, il legislatore europeo non ha conferito in maniera univoca il carattere di vincolatività ai pareri emessi da Eurojust in ordine alla scelta del foro.

Questi ultimi, infatti, diversamente dalla precedente Decisione quadro (art. 7, § 2), non sono più espressamente considerati non vincolanti. Il testo oggi vigente consente, tuttavia, alle autorità competenti degli Stati membri di «rifiutarsi di ottemperare alle richieste o di seguire i pareri scritti ove ciò leda interessi essenziali di sicurezza nazionale o comprometta il successo di un'indagine in corso o la sicurezza di una persona» (art. 4, § 6).

Questa “presunzione relativa di vincolatività”, pur rappresentando un passo in avanti rispetto alla precedente formulazione, non consente però di conferire efficacia di *hard law* alla soluzione del conflitto fornita da Eurojust¹⁶. Dunque, la scelta adottata *in parte qua* nel meccanismo verticale, sembra essere sconsigliata dalla recente riforma di Eurojust.

Da altro angolo visuale, tale modello imbuca una direzione *rights oriented* nella misura in cui consente di impugnare dinanzi all'autorità nazionale giudiziaria la

¹⁶ Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte *supra*, sub Cap. 1, § 7. In questa prospettiva, è stato osservato che, «*although Eurojust aims at resolving conflicts of jurisdiction by facilitating the identification of the jurisdiction that should prosecute cross-border crimes,1 no hard-law instrument regulates this matter in a binding fashion*». In termini, P. ORTOLANI, *Conflicts of jurisdiction in criminal law. Lesson from European civil procedure*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 204. Difatti, come efficacemente evidenziato in dottrina, con Eurojust ci troviamo al cospetto di un “*soft power*”: «il rapporto tra l'Agenzia europea e gli altri enti, nazionali o sovranazionali, non è mai di tipo verticale in senso stretto. In sostanza, Eurojust può stimolare, sollecitare, criticare, richiedere, informare: ciò che invece mai può fare è imporsi d'autorità. Ciò implica che gli enti coinvolti nel rapporto con Eurojust possono sempre sottrarsi alle richieste provenienti dall'organo europeo». In termini, M. CAIANIELLO, *Eurojust*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 104 ss. In questo contesto non sembra però possa continuare a sostenersi l'opinione di chi dubita dell'indipendenza di Eurojust. In questo senso cfr. F. MEYER, *Preface to Part I*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, cit., p. 9. Sebbene in passato, anche la Corte costituzionale (Corte Cost., 06 aprile 2011, n. 136) avesse negato la natura giurisdizionale di Eurojust, a seguito del mutamento di *status* del membro nazionale operato dal Regolamento del 2018 (art. 7, § 4) che gli conferisce «prerogative tipicamente giudiziarie» è difficile continuare a dubitare del carattere giurisdizionale di tale Agenzia.

decisione assunta dagli Stati e, nel caso di intervento di Eurojust, di sottoporre al sindacato della Corte di giustizia la soluzione adottata dall'Agenzia. In questa prospettiva, infatti, permettere all'indagato di rivolgersi ai giudici nazionali o a quelli di Lussemburgo rappresenta un'efficace modalità di attuazione del diritto ad un effettivo ricorso giurisdizionale *ex art. 47, § 1 CDFUE*.

Un ulteriore passo avanti, questa volta nella direzione della prevedibilità del foro competente (*ex art. 47, § 2 CDFUE*) e della normativa sostanziale applicabile (*ex art. 49 CDFUE*), è compiuto dal modello allocativo.

Questo strumento, oltre a tenere nella giusta considerazione i diritti di difesa¹⁷, introduce infatti delle regole europee di allocazione della giurisdizione, incentrate, in prima battuta, sul principio di territorialità (art. 4) e, in secondo luogo, su criteri alternativi nel caso di *multi-territorial offences* (art. 6). La predeterminazione legislativa delle regole inerenti alla scelta del foro¹⁸ assicura la prevenzione dei conflitti di giurisdizione e consente all'indagato di prevedere ragionevolmente davanti a quale giudice sarà chiamato a rispondere nonché delle norme incriminatrici che vengono in rilievo nel caso di specie. Tale soluzione, dunque, si palesa rispettosa degli articoli 47, § 2 e 49 CDFUE. Cionondimeno, essa presenta due profili di criticità.

Anzitutto demanda alle autorità nazionali la definizione del *locus commissi delicti* (art. 4). In secondo luogo, permette all'indagato di impugnare la decisione sulla scelta del foro soltanto dinnanzi alle autorità giudiziarie nazionali (art. 7, § 1).

Lasciare alle autorità nazionali il compito di delimitare i contorni del *locus commissi delicti* potrebbe dare la stura a conflitti di giurisdizione orizzontali: nel caso in cui dalle disposizioni nazionali emergesse un'accezione differente del principio di territorialità¹⁹ – oppure quando porzioni della condotta (o dell'evento) abbiano luogo nell'uno o nell'altro Stato – due Paesi potrebbero contemporaneamente ritenersi competenti.

¹⁷ L'art. 6, § 3 dispone che nel corso delle consultazioni fra gli Stati membri il sospettato e la vittima, qualora ciò non pregiudichi il segreto investigativo, possano formulare delle osservazioni scritte.

¹⁸ Tale modello prevede infatti di utilizzare la base giuridica del Regolamento all'interno del quale dovrebbero essere individuati i criteri di scelta del foro.

¹⁹ Sul punto cfr. F. MEYER, *Op. ult. cit.*, p. 10.

Sebbene questa soluzione sia “*politically correct*”, in quanto rispettosa della sovranità punitiva nazionale e, in particolare, della *jurisdiction to prescribe*, sarebbe stato più opportuno fornire nella proposta di regolamento una definizione chiara ed uniforme del *locus commissi delicti*.

In secondo luogo, prevedere esclusivamente una *national review* della scelta del foro non rappresenta una soluzione ottimale, in quanto l'autorità nazionale potrebbe decidere solo se la giurisdizione cui appartiene sia quella competente, mentre ragioni di sovranità giurisdizionale le impedirebbero di indicare come competente un giudice appartenente ad altro Stato membro.

2. Il Regolamento UE 1939/2017 quale base per una futura disciplina europea sulla prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione?

A ben vedere, entrambi i profili di criticità appena evidenziati ricalcano quelli già riscontrati nel Regolamento Eppo²⁰. Ed è proprio tale Regolamento che, allo stato attuale, risulta essere la base di partenza più avanzata per un auspicabile intervento legislativo nell'ambito della prevenzione e della risoluzione dei conflitti di giurisdizione, che dia dunque piena attuazione all'art. 82, § 1, *lett. b*) TFUE.

Difatti, come osservato in dottrina, il Regolamento Eppo rappresenta il primo testo legislativo *vigente* che indica dei criteri di scelta del foro²¹. Detto altrimenti, esso costituisce il più rilevante compromesso organico in ordine all'individuazione dei criteri di scelta della giurisdizione, sul quale la quasi totalità degli Stati membri ha trovato un accordo.

Dunque, è un'opzione politicamente riproponibile e, per tale motivo, sembra opportuno individuare nel Regolamento Eppo la base di partenza per futuro un intervento legislativo in materia.

²⁰ Cfr. *supra*, *sub* Cap. 3, § 3.

²¹ In questo senso, H.-H. HERRNFELD, *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and Resolving Conflicts of Jurisdiction in EU Criminal Law*, cit., p. 309.

Questo, secondo la prospettiva assunta dalla presente ricerca, dovrebbe utilizzare la base giuridica del regolamento sulla falsa riga dell'esempio di Eppo e del modello allocativo. Essa, infatti, garantisce un'uniformità applicativa dei criteri di scelta della giurisdizione che si palesa indispensabile al fine di assicurare la prevedibilità del giudice in ossequio, dunque, al principio di cui all'art. 47, § 2 CDFUE²².

In quest'ottica, come osservato al capitolo precedente, l'art. 26, § 4 contiene una lista di criteri utili a scegliere il foro competente quando due o più Stati membri potrebbero rivendicare un collegamento con l'attività criminosa e, dunque, esercitare legittimamente la loro potestà punitiva.

In particolare, il principio di territorialità ("centro dell'attività criminosa"), come nel modello allocativo, rappresenta il criterio principale per la scelta del foro. In entrambi i casi, ora tacitamente (regolamento Eppo), ora esplicitamente (modello allocativo), la definizione del *locus commissi delicti* è demandata, però, alle autorità nazionali.

In una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe invece opportuno, anzitutto, delimitare i contorni e specificare il contenuto esatto del principio di territorialità.

A tal proposito, vi sono più strade percorribili: il centro dell'attività criminosa potrebbe essere, ad esempio, quello in cui la condotta è iniziata oppure quello dove la stessa ha avuto i suoi effetti. In ossequio ai principi del giudice precostituito (*ex artt. 47, § 2*), occorrerebbe, dunque, convergere su una definizione chiara ed univoca del *locus commissi delicti*, dando la prevalenza al criterio dell'azione o a quello dell'evento²³.

A nostro avviso, sarebbe opportuno applicare, in prima battuta, la legge del luogo dove la *condotta* (commissiva od omissiva) si è verificata. Questo criterio

²² Di contro, la direttiva, necessitando un intervento traspositivo degli Stati, potrebbe favorire una difformità applicativa soprattutto dei criteri che sovrintendono alla scelta del foro.

²³ Sul punto, cfr. C. AMALFITANO, sub *art. 50 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1028.

garantirebbe, meglio di altri, la prevedibilità e la conoscibilità della fattispecie incriminatrice, in ossequio all'articolo 49 CDFUE²⁴.

Come osservato nel corso della presente ricerca²⁵, l'indagato non può pretendere di conoscere in anticipo il suo giudice ma ha il diritto a che l'identificazione di quest'ultimo sia caratterizzata da una ragionevole prevedibilità, sulla scorta di criteri predeterminati.

Dunque, qualora il principio di territorialità non risulti idoneo ad individuare la giurisdizione competente – come potrebbe verificarsi nel caso in cui si tratti di “*multi-territorial offences*” – lo stesso potrebbe essere derogato sulla scorta di criteri altrettanto predeterminati, posti su una scala gerarchica, di modo che anche in tali ipotesi (eccezionali) venga assicurata la prevedibilità della giurisdizione e della normativa sostanziale applicabile²⁶.

In quest'ottica, occorrerebbe individuare *ex ante* i casi in cui è possibile una deviazione dal principio di territorialità oppure, come previsto dall'art. 26, § 4 del Regolamento Eppo, sarebbe opportuno fornire una debita giustificazione del ricorso ad un altro principio, cosicché si evitino fenomeni abusivi di *forum shopping* da parte delle autorità procedenti.

Queste ultime, infatti, non solo dovrebbero dar conto dei motivi che li hanno indotti a derogare al principio di territorialità ma, ad eccezione di casi coperti da segreto investigativo, sulla falsa riga del modello allocativo, dovrebbero

²⁴ Difatti si applicherebbe la legge del luogo in cui l'indagato ha agito, circostanza dalla quale si può presumere che lo stesso sia a conoscenza delle leggi dello Stato in cui si trovava al momento della condotta. In questa prospettiva, il criterio del luogo dove la condotta ha prodotto i suoi effetti assumerebbe una posizione sussidiaria. In senso analogo, cfr. F. ZIMMERMAN, *Op. ult. cit.*, p. 16. L'A. da ultimo citato avanza, inoltre, la previsione di una norma che reca il “principio di legalità transnazionale”, secondo la quale «*An act may be punished by a Member State only insofar as the citizen concerned could foresee the applicability of that Member State's criminal law in the particular case, or at least had reason to expect a sanction which would have been comparable in terms of its type and severity*». *Ivi*, p. 21. Il principio di territorialità è inoltre utilizzato dai redattori delle *Model Rules* (art. 2). Sul punto cfr. M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER, *Models rules and explanation*, in IID. (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), cit., p. 385 ss.

²⁵ Cfr. *supra*, sub Cap. 3, § 1.

²⁶ Sul punto, cfr. le considerazioni svolte *supra*, sub cap. 3, §§ 1 e 3. Nel caso in cui, invece, si sia in presenza di una pluralità di condotte criminose, potrebbe mantenersi il riferimento al criterio presente nel Regolamento Eppo (art. 26 § 4) della «maggior parte delle condotte criminose». In queste ipotesi, però, come già precisato *supra* (sub Cap. 3, § 3, lett. b), I), occorrerebbe specificare se bisogna far riferimento al numero dei reati (criterio quantitativo) o, più opportunamente, alla gravità degli stessi (criterio qualitativo).

altresì consentire ai soggetti interessati (indagato e vittima) di sottoporre alla loro attenzione delle osservazioni scritte, in modo tale da garantire che, in caso di deviazione dall'originaria competenza, siano tenuti in considerazione i diritti dell'indagato e della vittima e non vengano compiute scelte arbitrarie²⁷.

Difatti, una tale forma di “contraddittorio cartolare” risulta necessaria al fine di bilanciare il diritto di difesa (*ex art. 48, § 2 CDFUE*) con l'esigenza di prevenire spazi di impunità all'interno dello SLSG. La “voce della vittima” potrebbe infatti fungere da sentinella nel caso di conflitti negativi di giurisdizione²⁸.

Per le ragioni ora esposte, diversamente dal Regolamento Eppo, e sulla falsa riga del modello allocativo (art. 6, § 2), il coinvolgimento della difesa nelle dinamiche consultive in ordine alla scelta del foro dovrebbe essere previsto nel futuro meccanismo europeo di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione²⁹.

Venendo ai criteri derogatori della competenza per territorio, in una prospettiva *de jure condendo*, qualora la morfologia del reato impedisca di individuare *ex ante* il *locus commissi delicti* (basti pensare ai reati finanziari), la giurisdizione potrebbe essere radicata nello Stato in cui si sono verificati gli effetti della condotta criminosa³⁰.

Allorché anche questo criterio si palesasse insufficiente, potrebbero essere ripresi, seguendo sempre un ordine di priorità, quelli previsti dall'art. 26, § 4, ossia: a) il luogo di residenza abituale dell'indagato o dell'imputato; b) la nazionalità dell'indagato o dell'imputato; c) il luogo in cui si è verificato il danno finanziario principale.

²⁷ In questa prospettiva la dottrina ha proposto delle forme di coinvolgimento dell'indagato più intense, affermando il diritto di quest'ultimo ad essere sentito e ad essere presente alle consultazioni tra Stati. In tal senso, cfr. F. ZIMMERMAN, *Op. ult. cit.*, p. 19.

²⁸ Come osservato *supra, sub Cap. 3, § 2, lett. b)*, infatti, la vittima potrebbe giocare un ruolo fondamentale nel caso di conflitti negativi di giurisdizione. La sua richiesta di giustizia, infatti, in casi di questo genere potrebbe favorire l'azionarsi della potestà punitiva da parte di *almeno* uno Stato membro.

²⁹ Nella medesima prospettiva, anche lo strumento delle *Model Rules* prevede all'art. 12 l'intervento dell'indagato e della vittima nelle dinamiche di scelta del foro. Sul punto cfr. M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER, *Models rules and explanation*, in IID. (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), cit., p. 424 ss.

³⁰ Sul punto cfr. le considerazioni svolte *supra, sub nt. 24*.

Quest'ultimo – che, peraltro, era diversamente formulato nella Proposta della Commissione³¹ – è posto a tutela della vittima che nella prospettiva dei reati Pif è la stessa Unione europea. Per tale motivo, nel futuro strumento europeo di prevenzione e risoluzione dei conflitti, nella lettera *c* andrebbe indicato più propriamente il luogo di residenza abituale della vittima³².

Per quanto riguarda, invece, i primi due parametri, la loro posizione nell'ordine di priorità è indice della rilevanza degli interessi che con gli stessi si intende proteggere: la sfera giuridica dell'indagato.

In tale dinamica, il criterio della nazionalità, simulacro del principio di personalità attiva andrebbe, però, interpretato non quale baluardo posto a presidio della sovranità nazionale ma – al pari di quello della residenza – quale parametro utile per consentire all'indagato di essere processato e, eventualmente, scontare la pena nel Paese in cui ha maggiori possibilità di reinserimento sociale³³.

Questa è una prospettiva non sconosciuta alla materia dei conflitti di giurisdizione, né è nuova nel panorama della cooperazione giudiziaria europea.

³¹ L'art. 27, § 4, *lett. d*) della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione (Bruxelles, 17.7.2013 COM(2013) 534 *final* 2013/0255 (APP), individuava quale criterio sussidiario «d) il luogo in cui le vittime dirette hanno la residenza abituale».

³² La lista di criteri derogatori così modificata risulta, peraltro, analoga a quella presente nella Direttiva UE 541/2017 in materia di terrorismo, il cui art. 19, § 3 prevede che quando più Stati membri hanno la giurisdizione su un reato al fine di stabilire chi di essi dovrà perseguirlo si tiene conto dei seguenti criteri: Si tiene conto dei seguenti elementi: a) lo Stato membro è quello nel cui territorio il reato è stato commesso; b) lo Stato membro è quello di cui l'autore del reato ha la cittadinanza o in cui ha la residenza; c) lo Stato membro è il paese di origine delle vittime. Come già osservato *supra*, *sub* Cap. 3, § 4, la direttiva in questione, non pone l'obbligo ma si limita ad invitare le autorità giudiziarie a perseguire i reati terroristici in un unico Stato.

³³ Peraltro, come rilevato in dottrina, nel contesto dello Spazio di libertà sicurezza è giustizia il principio di personalità attiva nella sua accezione tradizionale, differenziando i soggetti in base alla loro nazionalità, si pone in contrasto con l'art. 18 TFUE che vieta discriminazioni basate appunto sulla nazionalità. In ordine a questo profilo cfr. M. BÖSE, *Fundamental freedom of the Union*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), cit., pp. 60-69. Per lo stesso motivo, il criterio di personalità passiva (luogo di nazionalità della vittima) non dovrebbe trovare applicazione. Al fine di evitare conflitti negativi di giurisdizione andrebbe utilizzato, quale criterio sussidiario lo Stato di residenza della stessa.

In ordine al primo profilo, il riferimento è alla Convenzione europea sul trasferimento delle procedure penali firmata a Strasburgo il 15 maggio 1972³⁴.

L'art. 8, § 1, *lett. f)* di questa Convenzione prevede, infatti, che «*A Contracting State may request another Contracting State to take proceedings in any one or more of the following cases: (...) f) if it considers that the enforcement in the requested State of a sentence if one were passed is likely to improve the prospects for the social rehabilitation of the person sentenced*»³⁵.

La matrice umanitaria ivi contenuta viene considerata talmente rilevante da rappresentare uno dei criteri di scelta del foro.

Per ciò che concerne il secondo profilo, occorre rilevare che la riabilitazione sociale del condannato è, peraltro, un obiettivo rilevante nelle dinamiche della cooperazione giudiziaria europea. Il riferimento è alla Decisione quadro sul Mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI) e, soprattutto, alla giurisprudenza comunitaria in materia.

Gli artt. 4 n. 6 e 5 n. 3 della Decisione quadro prevedono quale motivo di rifiuto, rispettivamente per il mandato d'arresto esecutivo e per quello processuale, la circostanza che il soggetto destinatario del Mae sia cittadino o residente nello Stato membro richiesto.

Sulla *ratio* di queste disposizioni ha avuto modo di esprimersi la Corte di giustizia affermando che «il motivo di non esecuzione facoltativa stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584, al pari dell'art. 5, punto 3, della stessa, mira segnatamente a permettere di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata»³⁶.

³⁴ Reperibile al seguente link: <https://www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680072d42>, sulla quale cfr. SELVAGGI E., *Il trasferimento dei procedimenti penali*, sub *capo I*, in (a cura di) R. MARCHETTI, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 157 ss.; ma anche M. BÖSE, *Models and instruments for solving conflicts of jurisdiction*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), cit., p. 361 ss.

³⁵ Tale criterio, sarebbe stato successivamente posto alla base della successiva Convenzione del 1983 sul trasferimento delle persone condannate.

³⁶ In termini, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*, § 62, in *Cass. pen.*, 3/2010, p. 1185 ss., con nota di E. CALVANESE – G. DE AMICIS, *Mandato*

Per tali ragioni, anche alla luce dell'avvento (con il Trattato di Maastricht) della cittadinanza europea³⁷ ed in ossequio al principio di non discriminazione *ex art. 18 TFUE*, sarebbe opportuno slegare l'interpretazione del criterio di nazionalità di cui alla lettera *b* dell'art. 26, § 4 dall'accezione stato-centrica cui si riconduce tradizionalmente, per accedere, di contro, ad un'interpretazione *rights oriented* che abbia al centro la tutela della sfera soggettiva del presunto colpevole³⁸.

In quest'ottica, un prezioso contributo potrebbe essere offerto da Eurojust. L'Agenzia, qualora riceva richieste di assistenza da parte degli Stati coinvolti in un conflitto di giurisdizione, nel formulare il parere scritto dovrebbe tenere in considerazione, in ossequio agli artt. 47 e 48 CDFUE, non solo gli interessi di *law enforcement* – che, presumibilmente, hanno già orientato le determinazioni delle dalle autorità giudiziarie nazionali – ma, soprattutto, i diritti dei soggetti coinvolti in procedimenti paralleli che nel corso delle consultazioni potrebbero essere pretermessi³⁹.

In secondo luogo, al fine di garantire agli indagati il diritto ad un ricorso effettivo (*ex art. 47, § 1 CDFUE*), sarebbe opportuno prevedere in loro favore

d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 lett. r), della l. n. 69/2005?, ivi, p. 1191 ss. Sull'art. 4 n. 6 della Decisione quadro si era già pronunciata la Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 17 luglio 2009, C-66/08, Kozłowski, in Cass. pen., 10/2008, p. 4399 ss., con nota di E. SELVAGGI, ivi, p. 4407.

³⁷ Sul punto cfr. *supra*, sub Cap. 1, § 1.

³⁸ In questa prospettiva una norma che meriterebbe di essere replicata nel futuro regolamento europeo è l'art. 8 delle *Model Rules* che, in ossequio all'art. 18 TFUE, concede all'indagato (ed alla vittima) la facoltà di chiedere il trasferimento del processo nello Stato in cui risiede abitualmente. Tale norma, come espressamente precisato dai redattori, richiama l'art. 8 § 1, lett. a) della Convenzione europea sul trasferimento dei procedimenti penali, (cit. *retro*, sub nt. 32) a detta della quale: «*A Contracting State may request another Contracting State to take proceedings in any one or more of the following cases: a) if the suspected person is ordinarily resident in the requested State; (...)*». Sul punto cfr. M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER, *Models rules and explanation*, *Op. cit.*, p. 411 ss.

³⁹ Da questo punto di vista, sarebbe opportuno garantire all'indagato ed alla vittima la possibilità di formulare delle osservazioni scritte non solo nel corso delle consultazioni tra Stati membri, ma anche qualora gli stessi si rivolgessero ad Eurojust per la composizione del conflitto

un sindacato sulla decisione inerente alla giurisdizione assunta dagli Stati membri⁴⁰.

A tal proposito, la scelta ottimale sarebbe quella di affidare questo controllo alla Corte di giustizia⁴¹ o ad un'autorità giudiziaria europea creata *ad hoc*⁴². Difatti, come già visto nel caso di Eppo, una *judicial review* nazionale in materia non sarebbe risolutiva, dal momento che l'autorità giudiziaria interna può solo dichiarare (o meno) la sua competenza. Qualora si ritenesse incompetente, ragioni di sovranità giurisdizionale le impedirebbero di trasferire il processo ad altro giudice.

Stante, però, il quadro normativo vigente, esula dalle competenze del Corte di giustizia un suo sindacato sui conflitti di giurisdizione. Una modifica in questo senso dei Trattati, per quanto auspicabile, è realisticamente difficilmente realizzabile⁴³.

⁴⁰ In questo senso, come auspicato da F. ZIMMERMAN, «*the decision on the forum state must be subject to full judicial review*» al fine di prevenire qualsiasi ipotesi di arbitrarietà. In termini ID., *Op. ult. cit.*, p. 19.

⁴¹ Questa soluzione era già stata contenuta nella proposta avanzata dal Gruppo di Friburgo nel 2003. Ai paragrafi 2 e 3 si prevedeva rispettivamente che «*The accused has the right to apply to the Court of Justice of the European Communities for review of the Member States' decision. (...) Where the Member States are unable to agree in which State the prosecution should take place, the matter shall be referred to the Court of Justice for determination*». Sulla proposta cfr., *funditus, supra, sub* Cap. 1 § 3.

⁴² Questa opzione potrebbe essere percorsa sulla scorta dell'art. 257 TFUE ai sensi del quale «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono istituire tribunali specializzati affiancati al Tribunale, e incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante regolamenti su proposta della Commissione e previa consultazione della Corte di giustizia o su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione della Commissione». Sulla necessità di individuare «*An independent court [that] is best placed to apply individually the relevant criteria of the "best placed forum"*», cfr. W. SCHOMBURG, *Criminal Matters: transnational ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdiction – transfer of proceedings*, cit., p. 322.

⁴³ Per ovviare a questa limitazione, dovrebbe essere fornita un'efficacia vincolante al parere emesso da Eurojust di modo che lo stesso possa essere impugnato dinnanzi alla Corte. Difatti, attualmente, l'assenza di vincolatività dei pareri emessi da Eurojust non permettere di impugnarli dinnanzi alla Corte di giustizia. In questo caso occorre richiamare la giurisprudenza europea che si è espressa sui *final report* di Olaf. Secondo la Corte di giustizia soltanto gli atti in grado di modificare la situazione giuridica del ricorrente possono essere soggetti all'azione di annullamento (*ex art. 263 TFUE*). Questa caratteristica, a detta dei Giudici di Lussemburgo, è assente dagli atti non dotati di efficacia vincolante. In materia cfr. Corte di giustizia, 4 ottobre 2006, T-193/04, *Tillack c. Commissione*. Sul punto cfr. *Draft legislative proposal for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 37 (in ptc., *sub* nt. 32); ma anche V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Judicial review of EPPO acts and decision*, in K.

Maggiormente percorribile sembra la strada della creazione di un'autorità giurisdizionale *ad hoc ex art. 257 TFUE*⁴⁴, oppure di una modifica delle attuali competenze di Eurojust, attribuendo ai suoi pareri il crisma della vincolatività⁴⁵.

Nel caso in cui anche queste due alternative fossero considerate non percorribili, si potrebbe prevedere soltanto una *judicial review* nazionale della scelta del foro.

Nonostante l'efficacia limitata di questo sindacato giurisdizionale, sulla scorta dell'esempio fornito da Eppo (art. 42, § 2, *lett. c*), la Corte potrebbe comunque svolgere una funzione nomofilattica sui criteri che regolano la giurisdizione presenti nel futuro regolamento europeo, la quale produrrebbe degli effetti, seppur indiretti, a favore della sfera giuridica dei soggetti coinvolti nel conflitto.

Infatti, la Corte, adita in via pregiudiziale dal giudice interno *ex art. 267 TFUE*, nell'interpretare la portata delle clausole riguardanti l'individuazione della giurisdizione (ed il loro ordine di priorità), potrebbe costringere gli Stati ad un'applicazione (e le autorità nazionali ad una interpretazione) delle clausole regolamentari che sia *rights oriented*, ossia rispettosa tanto delle ragioni dell'autorità quanto di quelle dell'individuo, ossia conforme al contenuto assiologico ed al portato prescrittivo della Carta di Nizza.

LIGETI – M. J. ANTUNES – F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, Wolters Kluwer, Milano, p. 117 ss. Al fine di dotare il parere di Eurojust di efficacia vincolante, occorrerebbe emendare il Regolamento di Eurojust, ipotesi complicata ma decimante più praticabile rispetto ad una modifica dei trattati.

⁴⁴ Ai sensi di questa norma «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono istituire tribunali specializzati affiancati al Tribunale, e incaricati di conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi proposti in materie specifiche. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante regolamenti su proposta della Commissione e previa consultazione della Corte di giustizia o su richiesta della Corte di giustizia e previa consultazione della Commissione. (...) Le decisioni dei tribunali specializzati possono essere oggetto di impugnazione per i soli motivi di diritto o, qualora il regolamento sull'istituzione del tribunale specializzato lo preveda, anche per motivi di fatto, dinanzi al Tribunale». Su questa disposizione cfr. R. MASTROIANNI, sub *art. 257 TFUE* (commento), in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 2007 ss.

⁴⁵ In questa ipotesi, gli stessi potrebbero essere sottoposti al sindacato della Corte *ex art. 263 TFUE*. Sul punto, cfr. le considerazioni svolte alla nota precedente.

In estrema sintesi, dunque, il futuro regolamento europeo sulla prevenzione e sulla risoluzione dei conflitti di giurisdizione dovrebbe anzitutto, individuare dei criteri chiari e predeterminati di scelta del foro, elencandoli secondo un ordine di priorità.

In secondo luogo, dovrebbe consentire agli individui di sottoporre nel corso delle consultazioni le loro osservazioni scritte all'attenzione delle autorità procedenti o, in caso di mancato accordo, direttamente ad Eurojust.

Inoltre, al fine di proteggere i diritti dei soggetti coinvolti nei procedimenti paralleli e, soprattutto, per eliminare qualsiasi elemento di arbitrarietà nella decisione finale, oltre alla competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, dovrebbe essere garantita quantomeno una *judicial review* nazionale sulla scelta del foro.

Infine, nell'ipotesi in cui lo Stato nel quale si sono concentrati i procedimenti abbia archiviato il caso senza una preventiva valutazione nel merito della causa, l'autorità giurisdizionale di altro Paese membro, in ossequio ai principi posti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Miraglia*⁴⁶, potrebbe legittimamente esercitare l'azione penale in merito agli stessi fatti senza alcuna violazione del principio del *ne bis in idem*⁴⁷.

In questi casi si configurerebbe per lo Stato in questione un vero e proprio "dovere di agire" al fine di rispettare il principio eurounitario di legalità dell'azione penale che, pur nella sua versione temperata⁴⁸, diviene funzionale al mantenimento di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella misura in cui evita al suo interno il rischio dell'impunità.

⁴⁶ Cfr. *supra*, sub Cap. 1, § 6, lett. a).

⁴⁷ Quest'ultimo, nella presente prospettiva di ricerca, assurgerebbe alla funzione che gli è propria, ossia di *extrema ratio* cui ricorre nel caso in cui non si sia riusciti a prevenire o risolvere il conflitto e, dunque, quale forma ultima di tutela per la persona interessata da un doppio procedimento. In questa prospettiva nel futuro regolamento europeo andrebbe inserita una norma che, sulla falsariga dell'attuale considerando 12 della Decisione quadro 2009/948/GAI, intenda rispettato il principio di obbligatorietà dell'azione penale qualora questa venga esercitata da uno degli Stati membri.

⁴⁸ Cfr. sul punto le considerazioni svolte *supra*, sub Cap. 2, § 4.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 83-176.
- AA. VV., *Draft legislative proposal for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 12 ss.
- AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, vol. VIII, Camera dei deputati, segretariato, generale, Roma 1970.
- AA. VV., *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Tomo I, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, Milano, 36/2007.
- AIMONETTO M. G., *Processo penale francese* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 723 ss.
- ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna, 2012.
- ALFIERI M., *Giudice naturale*, in *Dig. disc. pen.*, V, Utet, Torino, 1991, p. 442 ss.
- ALLEGREZZA S. – COVOLO V., *Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings*, in IID. (Eds.), *Effective defence rights in criminal proceedings*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 51 ss.
- ALLEGREZZA S. – MOSNA A., *I diritti della difesa*, sub *art. 48 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 946 ss.
- ALLEGREZZA S. – V. COVOLO (Eds.), *Effective defence rights in criminal proceedings*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.

- ALLEGREZZA S., *Il caso “Pupino”*: profili processuali, in (a cura di) F. SGUBBI – V. MANES, *L’interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bonomia University Press, Bologna, 2007, p. 53 ss.
- ALLEGREZZA S., *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in (a cura di) L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 3 ss.
- ALLEGREZZA S., *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in (a cura di) S. ALLEGREZZA – H. BELLUTA – M. GIALUZ – L. LUPÁRIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 1 ss.
- ALLEGREZZA S., sub *art. 4 Prot. 7 (commento)*, in (a cura di) S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo*, Cedam, Padova, 2011, p. 894 ss.
- AMALFITANO C., *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2006.
- AMALFITANO C., *La discutibile inderogabilità del ne bis in idem in virtù dell’art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Giur. merito*, 7-8/2012, p. 1610 ss.
- AMALFITANO C., *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell’Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 10/2009, p. 1293 ss.
- AMALFITANO C., *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2/2018, p. 525 ss.
- AMALFITANO C., *Rapporti di forza tra corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. pen. on. line*, 4 febbraio 2019, p. 1 ss.
- AMALFITANO C., sub *art. 50 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1014 ss.

- AMALFITANO C., sub *art. 82 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 866 ss.
- AMALFITANO C., sub *art. 83 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 896 ss.
- AMALFITANO C., *Unione europea e principio del mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in H. BELLUTA – M. CERESA-GASTALDO, *L'Ordine europeo di protezione. La tutela delle vittime di reato come motore della cooperazione giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 21 ss.
- ANRÒ I., *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano, 2015.
- ARANCI M., *Il Parlamento europeo ha votato: attivato l'art. 7, par. 1, TUE nei confronti dell'Ungheria*, in *Eurojus on line*, 17 settembre 2018.
- ARANCI M., *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus*, 3/2019, p. 49 ss.
- BACCARI G. M., *La cognizione e la competenza del giudice*, in (a cura di) G. UBERTIS – G. P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 451 ss.
- BACCARI G. M., *Prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 697 ss.
- BACCARI G. M., *Una normativa lacunosa e dal sapore rétro per i casi di conflitto di giurisdizione in ambito europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 8/2016, p. 991 ss.
- BACCARI G. M., *Una procedura consensuale troppo "flessibile" e senza garanzie per i conflitti di giurisdizione tra Paesi della UE*, in *il Penalista*, 7 aprile 2016.
- BACHMAIER WINTER L., *The Potential Contribution of a European Public Prosecutor in Light of the Proposal for a Regulation of 17 July 2013*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 23(2)/2015, pp. 121-144.

- BARGIS M. – BELLUTA H., *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in (a cura di) IID., *Vittima di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 15 ss.
- BARROCU G., *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine europeo d'indagine*, Wolters kluwer, Cedam, Milano, 2017.
- BEALE S. S., *Prosecutorial discretion in three systems*, in M. CAIANIELLO – J. S. HODGSON (Eds.), *Discretionary criminal Justice in a comparative context*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2015, p. 27 ss.
- BELLIZZI E., *Giurisdizione penale* (voce), *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1992, p. 1 ss.
- BERNARDI A. – CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Jovene, Napoli, 2017.
- BERNARDI A., *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4/2013, pag. 551 ss.
- BERNARDI A., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 230 ss.
- BERNARDI A., *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli, 2019.
- BIONDI F., *Il giudice naturale*, in (a cura di) N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 221 ss.
- BONTEMPELLI M., *La litispendenza penale*, Giuffrè, Milano, 2017.
- BÖSE M. – MEYER F. – SCHNEIDER A., *Jurisdiction*, in IID. (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 22 ss.
- BÖSE M. – MEYER F. – SCHNEIDER A., *Models rules and explanation*, in IID. (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 381 ss.

- BÖSE M., *Choice of forum and Jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, 2013, p. 73 ss.
- BÖSE M., *Choice of forum and Jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, 2013, p. 73 ss.
- BÖSE M., *Fundamental freedom of the Union*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 43 ss.
- BÖSE M., *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 107 ss.
- BÖSE M., *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 107 ss.
- BÖSE M., *Fundamental rights of the EU Charter*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 107 ss.
- BÖSE M., *Models and instruments for solving conflicts of jurisdiction*, in M. BÖSE – F. MEYER – A. SCHNEIDER (Eds.), *Conflict of jurisdiction in criminal matters in the European Union* (vol. II), Nomos, Baden, 2014, p. 149 ss.
- BÖSE M., *The Transnational Dimension of the ne bis in idem Principle and the Notion of res iudicata in the European Union*, in M. BÖSE – M. BOHLANDER – A. KLIP – O. LAGODNY (Eds.), *Justice Without Borders Essays in Honour of Wolfgang Schomburg*, Brill, Leiden, p. 49 ss.
- BOYNE S., *Is the Journey from the In-box to the Out-box a Straight Line? the Drive for Efficiency and the Prosecution of low-level Criminality in Germany*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 37 ss.

- CAEIRO P. – RODRIGUES J. A., *A european contraption: the relationship between the competence of the eppo and the scope of member state' jurisdiction over criminal matters*, in K. LIGETI – M. J. ANTUNES – F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 57.
- CAEIRO P., “Introduction” (or: *Every Criminal Procedure Starts with a Bill of Rights*), in ID. (Ed.), *The EU Agenda on Procedural Safeguards for Suspects and Accused Persons: The ‘Second Wave’ and Its Predictable Impact on Portuguese Law*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito, Universidade De Coimbra, 2015.
- CAEIRO P., *Jurisdiction in criminal matters in the EU: negative and positive conflicts, and beyond*, in *KritV*, 4/2010, p. 366 ss.
- CAIANIELLO M., *Archiviazione* (voce), in *Enc. dir., Annali II-1*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 59 ss.
- CAIANIELLO M., *Eurojust*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 100 ss.
- CAIANIELLO M., *Il cammino della cooperazione giudiziaria*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 46 ss.
- CAIANIELLO M., *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.
- CAIANIELLO M., *L’Ufficio del Pubblico ministero europeo*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 108 ss.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell’esercizio dell’azione penale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012.

- CAIANIELLO M., *Quel che resta del dialogo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2018, p. 1917 ss.
- CAIANIELLO M., sub *art. 47 CDFUE (commento)*, in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 904 ss.
- CAIANIELLO M., *The Decision to Drop the Case in the New EPPO's Regulation: Res Iudicata or Transfer of Competence?*, in *New Journal of European Criminal Law*, (10)2/2010, p. 166 ss.
- CAIANIELLO M., *The decision to drop the case in the new EPPO's regulation: Res Iudicata or transfer of competence?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 10(2)/2019, pp. 186–199.
- CAIANIELLO M., *The Italian Public Prosecutor. An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings?*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 250 ss.
- CAIANIELLO M., *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2/2013, pp. 115-125.
- CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, fasc. 4/2015, p. 70 ss.
- CALÒ R., *Ne bis in idem: l'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2008, pp. 1122 ss.
- CALVANESE E. – DE AMICIS G., *La decisione quadro del Consiglio dell'U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 10/2010, p. 3593 ss.

- CALVANESE E. – DE AMICIS G., *Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 lett. r), della l. n. 69/2005?*, in *Cass. pen.*, 3/2010, p. 1191 ss.
- CAMALDO L., *L'istituzione della procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, n. 3/2018, p. 958 ss.
- CAMON A., *I connotati del giudice*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 100 ss.
- CAPRIOLI F. – VICOLI D., *Il principio del ne bis in idem*, in IID., *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 67 ss.
- CARNELUTTI F., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 161.
- CARNELUTTI F., *Principi del processo penale*, Morano, Napoli, 1960.
- CECCHERINI E., *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE on line*, 3/2019, p. 2197 ss.
- CESARI C., *Il pubblico ministero e l'obbligatorietà dell'azione penale*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 107 ss.
- CHIAVARIO M., *Norma giuridica (dir. proc. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 439 ss.
- CHIAVARIO M., sub *art. 6. Diritto ad un equo processo*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in (a cura di) S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, Padova, 2001, p. 154 ss.
- CIAMPI S., *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *ArchivioDPC*, 27 giugno 2012.
- CORDERO F., *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, Milano, 2012.
- CORDERO F., *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè, Milano, 2008.

- CORDERO F., *Connessione di procedimenti e giudice naturale*, in AA. VV., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*, Milano, 1976, p. 53 ss.
- COSIO R. – FOGLIA R., *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Giuffrè, Milano, 2013.
- D'ELIA G., *I principi costituzionali di stretta legalità, obbligatorietà dell'azione penale e eguaglianza, a proposito dei "criteri di priorità" nell'esercizio dell'azione penale*, in *Giur. cost.*, 3/1998, p. 1878 ss.
- DANIELE M. – KOSTORIS R. E. (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018.
- DANIELE M., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in (a cura di) M. DANIELE – R.E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 56 ss.
- DANIELE M., *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in (a cura di) M. DANIELE – R.E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 181 ss.
- DE AMICIS G. – SANTALUCIA G., *La vocazione giudiziaria dell'Eurojust tra spinte sovranazionali e timidezze interne*, in *Cass. pen.*, 11/2011, p. 2966 ss.
- DE AMICIS G., *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Decisione quadro sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 7-8/2016, p. 3028 ss.
- DE AMICIS G., *Le forme e gli strumenti della cooperazione giudiziaria*, in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 310 ss.
- De AMICIS G., *Le squadre investigative comuni*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 811 ss.

- DE AMICIS G., *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell'U.E.: il ruolo dell'Eurojust*, in *Cass. pen.*, 3/2006, p. 1176 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- DEAN F., *Norma penale e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, Giuffrè, Milano, 1963.
- DELLA CASA F. – VOENA G. P., *I procedimenti di verifica della giurisdizione e della competenza*, in (a cura di) M. BARGIS – G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 24 ss.
- DELMAS-MARTY M., *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Parigi, 1997.
- DI BITONTO M. L., *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cass. pen.*, 7-8/2010, p. 2896 ss.
- DINACCI U., *Querela* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, p. 39 ss.
- DOMINIONI O., *Per un collegamento tra ministro della giustizia e P.M.*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 44.
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011;
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), Il Mulino, Bologna, 2010.
- ESER A., *Il "giudice naturale" e la sua individuazione per il caso concreto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/1996, p. 385 ss.
- FAGGIANI V., *Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE*, in *ArchivioDPC*, 2/2019, p. 195 ss.
- FALETTI F., *The European Public Prosecutor's Office and the Principle of Equality*, in *Eu crim*, 1/2017, p. 25 ss.
- FASOLIN S., *Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo*, Cedam, Milano, 2015.

- FERRAJOLI L., *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in (a cura di) G. CHIODI – D. PULITANÒ, *Il Ruolo del Giudice nel Rapporto tra i Poteri*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 19.
- FRANSSEN N., *The future judicial cooperation between the EPPO and non participating Member States*, in *New Journal of European Criminal Law*, 9(3)/2018, pp. 291–299.
- GAETA P., *La scala di Wittgenstein: dialoghi tra Corti, giudice comune e primauté della Corte costituzionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 17 ottobre 2019.
- GAITO A., *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, p. 807 ss.;
- GAITO A., *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, Milano, 1998, p. 735 ss.;
- GALANTINI N., *Diritti e conflitti di giurisdizione*, in (a cura di) F. RUGGERI, *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 113 ss.
- GALANTINI N., *Il principio del «ne bis in idem» internazionale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1984.
- GALANTINI N., *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *ArchivioDPC*, 23 settembre 2019.
- GALANTINI N., *Ne bis in idem nello Spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in (a cura di) T. RAFARACI, *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 231ss.
- GALANTINI N., *Sentenze penali e trasferimento dei procedimenti penali nella riforma dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2018, p. 595 ss.
- GALANTINI N., *Una nuova dimensione per il ne bis in idem internazionale*, in *Cass. pen.*, 10/2004, p. 3474 ss.

- GIALUZ M., *La protezione della vittima tra Corte edu e Corte di giustizia*, in (a cura di) L. LUPARIA, *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 19 ss.
- GIALUZ M., *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto-fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Wolters Kluwer, Milano, 2018.
- GIALUZ M., sub *art. 112*, in (a cura di) S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 1011 ss.
- GIALUZ M., sub *art. 25*, in (a cura di) S. BARTOLE – R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 2008, p. 245 ss.
- GIANZI G., *Istanza* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 968 ss.
- GIUFFRIDA F., *Cross-Border Crimes and the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucri*, 3/2017, p. 149 ss.
- GIULIANI L., *Gli ostacoli alla progressione: le condizioni di procedibilità*, in (a cura di) M. BARGIS – G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 436 ss.
- GÖHLER J., *Victim Rights in Civil Law Jurisdictions*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 267 ss.
- 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*, Giuffè, Milano, 2013.
- GRASSO G. – SICURELLA R. – BIANCO F. – SCALIA V. (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Ius Pisa University Press, Pisa, 2018.

- GRASSO G., *Introduzione: Diritto penale ed integrazione europea*, in (a cura di) G. GRASSO – R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1 ss.
- GREVI V., *Archiviazione per “inidoneità probatoria” ed obbligatorietà dell’azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/1990, p. 1274 ss.
- GROSSI P., *A proposito de il diritto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/2020, p. 1 ss.
- GROSSI P., *Il diritto in Italia, oggi; tra modernità e pos-modernità*, in ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari, 2015, p. 3 ss.
- GROSSI P., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Bari, 2012.
- GROSSI P., *L’invenzione del diritto*, Laterza, Bari, 2017.
- GROSSI P., *Sull’odierna incertezza del diritto*, in ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari, 2015, p. 51 ss.
- HEINTZEN M., *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco nel diritto costituzionale*, Mucchi editore, Modena, 2015.
- HERRNEFELD H.-H., *Mechanism for settling conflicts of jurisdiction*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, 2013, p. 185 ss.
- HERRNFELD H.-H. – BRODOWSKI D. – BURCHARD C., *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- HERRNFELD H.-H., *Choice of forum and case allocation in the Eppo regulation*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and Resolving Conflicts of Jurisdiction in EU Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 305 ss.
- HODGSON J., *Guilty Pleas and the Changing Role of the Prosecutor in French Criminal Justice*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford University Press, New York, 2012 p. 116 ss.

- ILLUMINATI G. – VICOLI D., *Criteri di priorità e meccanismi sospensivi: un difficile connubio in tema di accelerazione dei tempi processuali*, in (a cura di) F. VIGANÒ – O. MAZZA, *Misure urgenti in materia di pubblica sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 359 ss.
- ILLUMINATI G., *L'armonizzazione della prova nell'Unione europea*, in G. ILLUMINATI – D. VICOLI – M.G. AIMONETTO – M. DANIELE – S. LONATI – T. RAFARACI – G. MELILLO – V. ZAGREBELSKY – C. ARANGUENA FANEGO – S. GLESS – J. VERVAELE – S. ALLEGREZZA, *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, p. 9 ss.
- ILLUMINATI G., *Prestituzione del giudice e presupposti della rimessione*, in F. CAPRIOLI (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 59 ss.
- KAIAFA-GBANDI M., *Jurisdictional Conflicts in Criminal Matters and their Settlement within EU's Supranational Settings*, in *EuCLR*, 7(1)/2017, p. 30 ss.
- KALB L., *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio europeo e in quello internazionale)*, in *Archivio penale, Speciale riforme web*, 7 maggio 2018, p. 1 ss.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto*, Trad. it. S. COTTA – G. TREVES, Etaslibri, Milano, 1994.
- KLIP A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016.
- KLIP A., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 4rd ed., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012.
- KLIP A., *Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims' Rights*, in T. RAFARACI – R. BELFIORE (Eds.), *Eu Criminal Justice*, Springer, Cham, 2019, p. 3 ss.
- KLIP A., *Jurisdiction and transnational ne bis in idem in prosecution of transnational crimes*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 477 ss.

- KLIP A., *On Victim's Rights and Its Impact on the Rights of the Accused*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 23(3)/2015, 177 ss.
- KOSTORIS R. E., *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in ID., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 276 ss.
- KOSTORIS R. E., *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. DANIELE – R.E. KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 3 ss.
- KOSTORIS R. E., *Per un'obbligatorietà temperata dell'azione penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 875 ss.
- KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 163 ss.
- KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2015, p. 1177ss.
- KOSTORIS R. E., *Un diritto postmoderno*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 224 ss.
- KUHLMANN L., *Spazio giudiziario di cooperazione o di integrazione penale?*, in (a cura di) G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 723 ss.
- LASAGNI G., *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences*, Springer-Giappichelli, 2019.
- LIGETI K., *The Place of the Prosecutor in Common Law and Civil Law Jurisdictions*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 140 ss.

- LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 11 ed., Giappichelli, Torino, 2016.
- LUCHTMAN M., *Towards a Transnational Application of the Legality Principle in the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, in *Utrecht Law Review*, 9(4)/2013, p. 11 ss.
- LUCHTMAN M. – VERVAELE J. A. E., *Enforcing the market abuse regime: towards an integrated model of criminal and administrative law enforcement in the European Union?*, in *NJECL*, 5(2)/2014, pp. 192-220.
- LUCHTMAN M., *Choice of forum and the Prosecution of cross-border crime in the European Union*, in ID. (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, 2013, p. 21 ss.
- LUCHTMAN M., *Choice of forum in an area of freedom, security and justice*, in *Utrecht law Review*, 7(1)/2011, p. 74 ss.
- LUCHTMAN M., *Choice of Forum, European Citizenship, and Fundamental Rights*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 251 ss.
- LUCHTMAN M., *Forum Choice and Judicial Review Under the Eppo's Legislative Framework*, in W. GEELHOED – L.H. ERKELENS – A.W.H. MEIJ, (Eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Asser Press, The Hague, 2018, pp. 155-169.
- LUCHTMAN M., *Principles of European Criminal Law: Jurisdiction, Choice of Forum, and the Legality principle in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in *European Review of Private Law*, 2/2012, p. 347 ss.
- LUCHTMAN M., *Transnational law enforcement in the European Union and the Ne bis in idem principle*, in *Review of european administrative law*, 4/2011, p. 12 ss.
- LUNA E. – WADE M., *Introduction*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnazional perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 177 ss.

- LUPÁRIA L. (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, Milano, 2015.
- LUPÁRIA L., *La litispendenza internazionale. Tra ne bis in idem europeo e processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2012.
- LUPÁRIA L., *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 8-9/2002, p. 1751 ss.
- MANCORDA S., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in (a cura di) V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 147 ss.
- MANCUSO E. M., *Il giudicato nel processo penale*, in (a cura di) G. UBERTIS – G. P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, XLI.1, Giuffrè, Milano, 2012.
- MANES V. – ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6/2018, p. 2222 ss.
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2012, p. 839 ss.
- MANES V., *Il cammino dell'armonizzazione in materia penale*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 31 ss.
- MANES V., *Il diritto dell'Unione europea e la sua influenza in materia penale*, in V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 3 ss.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012.
- MANES V., *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 5/2014, p. 1918 ss.

- MANES V., sub *art. 7 CEDU*, in (a cura di) S. BARTOLE – P. DE SENA – V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo*, Cedam, Padova, 2011, p. 278 ss.
- MANGIARACINA A., *Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell’Unione Europea (sub Titolo I bis c.p.p.)*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 9 ss.
- MANGIARACINA A., *Verso l’affermazione del Ne bis in idem nello “spazio giudiziario europeo”*, in *Leg. pen.*, 4/2006, p. 631 ss.
- MARANDOLA A., *La cooperazione investigativa transazionale: le squadre investigative comuni*, in *Il Penalista*, 20 aprile 2016.
- MARLETTA A., *A new course for mutual trust in the AFSJ? Transnational ne bis in idem and the determination of the merits of the case in Kossowski*, in *New Journal of European Criminal Law*, 8(2)/2017, pp. 108–115.
- MARLETTA A., *Forum Choice in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford university press, Oxford, 2018, p. 140 ss.
- MARLETTA A., *Il principio di proporzionalità nel mandato d’arresto europeo*, Tesi dottorale, Bologna, 2013.
- MARLETTA A., *Report on the Field Research at Eurojust*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 86 ss.
- MASTROIANNI R., sub *art. 257 TFUE (commento)*, in (a cura di) A. TIZZANO, *Trattati dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 2007 ss.
- MAYR O., *La bilancia e l’orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell’Europa moderna (1986)*, Il Mulino, Bologna, 1988.
- MAZZA O., *La norma processuale penale nel tempo*, in (a cura di) G. UBERTIS – G. P. VOENA, *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1999.

- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MEYER F., *Preface to Part I*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 3 ss.
- MEZZOLLA V., *Conflitti di giurisdizione in materia penale: la decisione quadro 2009/948/GAI e il d. Lgs. 15.2.2016 n. 29*, in *Leg. pen. online*, 31 gennaio 2017, p. 1 ss.
- MITSILEGAS V. – GIUFFRIDA F., *Judicial review of EPPO acts and decision*, in K. LIGETI – M. J. ANTUNES – F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 115 ss.
- MITSILEGAS V. – GIUFFRIDA F., *Raising the bar? Thoughts on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in *CEPS Policy Insights*, 9/2017, 30 November 2017, p. 1 ss.
- MITSILEGAS V. – GIUFFRIDA F., *The European Public Prosecutor's Office and Human Rights*, in P. GEELHOED – A. MEIJ – L. ERKELENS (Eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press & Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2018, p. 59 ss.
- MITSILEGAS V., *Legislating for human rights after Lisbon. The transformative effect of EU measures on the rights of the individual in criminal procedure*, in M. FLETCHER – E. HERLIN-KARNELL – C. MATERA (Eds.), *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, Routledge, London, 2016, p. 201 ss.
- MITSILEGAS V., *The Constitutionalisation of EU Criminal Law After Lisbon*, in ID., *EU Criminal Law after Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Hart Studies in European Criminal Law, Oxford, Hart Publishing, p. 4 ss.
- MITSILEGAS V., *The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The*

- Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, p. 115 ss.
- MOLINARI F., *P.M. e azione penale nell'ordinamento francese*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 195 ss.
 - MOLINARI F., *Pubblico ministero e azione penale nella Repubblica federale di Germania*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 217 ss.
 - NAIKE CASCINI D., *Il conflitto di giurisdizione tra Stati Membri dell'Unione europea*, in *Arch. pen. (web)*, 3/2018, p. 6.
 - NASCIBENE B., *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa Commissione/Polonia*, in *Eurojus online*, 24 ottobre 2017.
 - NASCIBENE B., *Ne bis in idem, diritto internazionale e diritto europeo*, in *ArchivioDPC*, 2 maggio 2018.
 - NEPPI MODONA G., sub art. 112 [e 107, 4° c.], in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 43 ss.
 - NOBILI M., *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989.
 - NOBILI M., sub art. 25, co. 1, Cost., in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 135 ss.
 - OBERWITTLER D. – HÖFER S., *Crime and Justice in Germany: An Analysis of Recent Trends and Research*, *European Journal of Criminology*, 2 /2005, pp. 472–73.
 - ORLANDI M. A., *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1/2019, p. 167 ss.
 - ORLANDI R., *Condizioni di procedibilità (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino, 1995, pp. 42-52.

- ORTOLANI P., *Conflicts of jurisdiction in criminal law. Lesson from European civil procedure*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 204 ss.
- PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 7-8/2016, p. 2695 ss.
- PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-Demalsiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2014, p. 1099 ss.
- PANZAVOLTA M., *Choice of forum and the lawful judge concept*, in M. LUCHTMAN (Ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, p. 143 ss.
- PANZAVOLTA M., *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who Is to Decide?*, in L. BACHMAIER WINTER (Ed.), *The European Public Prosecutor's Office. Legal Studies in International, European and Comparative Criminal Law*, vol 1., Springer, Cham, 2018, p. 59 ss.
- PANZAVOLTA M., *Il giudice naturale nell'ordinamento europeo: presente e futuro*, in (a cura di) M. COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 107 ss.
- PANZAVOLTA M., *Lo statuto del Pubblico ministero europeo (ovvero ologramma di un accusatore continentale)*, in (a cura di) M. G. COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 186 ss.
- PANZAVOLTA, *Eurojust, il braccio giudiziario dell'Unione*, in (a cura di) M. G. COPPETTA, *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 149 ss.
- PAOLUCCI C. M., *Trasferimento dei procedimenti penali*, in (a cura di) A. MARANDOLA, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 357 ss.
- PECH L., sub *article 47(2)*, in S. PEERS – T. HERVEY – J. JENNER – A. WARD (Eds.), *The EU Charter of fundamental rights. A commentary*, Hart Publishing, Portland, 2014, p. 1250 ss.

- PICARDI N., *Il giudice neutrale, principio fondamentale a livello europeo*, in (a cura di) A. D'ATENA, *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 670 ss.
- PICOTTI L., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso un accettabile epilogo del lungo dialogo fra le corti?* in (a cura di) *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzì*, Dike giuridica, Roma, 2020, p. 511 ss.
- PICOTTI L., *La protezione penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea nell'era post-Lisbona: la direttiva PIF nel contesto di una riforma di "sistema"*, in (a cura di) G. GRASSO – R. SICURELLA – F. BIANCO – V. SCALIA, *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, Ius Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 17 ss.
- PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) G. GRASSO – L. PICOTTI – R. SICURELLA, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 207 ss.
- PIERINI J. P., *Territorialità europea, conflitti di giurisdizione e ne bis in idem*, in (a cura di) T. RAFARACI, *L'area di libertà sicurezza e giustizia alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 113 ss.
- PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 167 ss.
- PISANI M., *Giurisdizione penale (voce)*, *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. XIX, 1970, p. 381 ss.
- PISANI M., *Giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple: una proposta da Friburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 370 ss., con la trad. it. di E. ZANETTI, *Ivi*, p. 374 ss.

- PISANI M., *Il ne bis in idem internazionale e il processo penale italiano*, in AA. VV., *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 553 ss.
- PIZZORUSSO A., *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 1 ss.
- PRESSACCO L., *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 12/2018, p. 4399 ss.
- QUATTROCOLO S., *The Right to information in Eu Legislation*, in S. RUGGERI (Ed.), *Human Rights in European Criminal Law*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2015, p. 81 ss.
- RAFARACI T., *Ne bis in idem (voce)*, in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano, 2010, p. 857 ss.
- RAFARACI T., *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2007, p. 621 ss.
- RAFARACI T., *Processo penale tedesco (voce)*, in *Enc. del dir.*, Annali II-1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 831 ss.
- RECCHIA N., *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3/2015, p. 1373 ss.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2020.
- RECCHIONE S., *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2017, p. 69 ss.
- RENOUX T. S., *Il principio del giudice nel diritto costituzionale francese*, in *Il principio di precostituzione del giudice (Atti del Convegno organizzato dal Consiglio superiore della magistratura e dall'Associazione «Vittorio Bachelet»*, Roma, 14-15

- febbraio 1992), in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 66/1993, p. 158 ss.
- ROMBOLI R., *Giudice naturale* (voce), in *Enc. dir.*, II Agg., Giuffrè, Milano, 1998, p. 365 ss.
 - RUGGERI S., *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. gius.*, 3/2018, p. 602 ss.
 - RUGGERI S., *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 4/2015, p. 130 ss.
 - RUSSO L., *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Dir. pen. cont.*, 9 novembre 2016.
 - SALAZAR L., *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch pen.*, 3/2017, p. 1 ss.
 - SALAZAR L., *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione ai tempi della Brexit. Una breve analisi ed una riflessione sugli effetti che il recesso del Regno Unito dall'Unione europea produrrà sulla cooperazione giudiziaria penale*, in *Sist. pen.*, 3/2020, p. 185 ss.
 - SALAZAR L., *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in (a cura di) G. GRASSO – R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 395 ss.
 - SANTINI S., *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *ArchivioDPC*, 7-8/2017, p. 12 ss.
 - SAPONARO L., *Querela* (voce), in *Dig. disc. pen.*, agg. III, vol. II, Utet, Torino, 2005, p. 1278 ss.
 - SATTA S., *Giurisdizione (nozioni generali)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 224 ss.
 - SATZGER H. – ZIMMERMANN F., *Challenges of Trial Procedure Reform: Is European Union Legislation Part of the Solution or Part of the Problem?*, D. K.

- BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, p. 633 ss.
- SCACCIA G., *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 1 ss.
 - SCHABAS W. A., sub art. 6, in ID., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2015, p. 264 ss.
 - SCHENA G., *La registrazione della notizia di reato alla luce della circolare Pignatone*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2/2018, p. 791 ss.
 - SCHOMBURG W., *Criminal Matters: transnational ne bis in idem in Europe – conflict of jurisdiction – transfer of proceedings*, in *Era Forum*, 3/2012, pp. 311-324.
 - SELVAGGI E., *Il trasferimento dei procedimenti penali*, sub capo I, in (a cura di) R. MARCHETTI, *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 149 ss.
 - SELVAGGI E., *nota a Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 17 luglio 2009, C-66/08, Kozłowski*, in *Cass. pen.*, 10/2010, p. 4407 ss.
 - SGUBBI F., *Diritto penale comunitario* (voce), in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1990, p. 89 ss.
 - SICURELLA R., *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, sub art. 49 C.D.F.U.E. (commento), in (a cura di) R. MASTROIANNI – O. POLLICINO – S. ALLEGREZZA – F. PAPPALARDO – O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 982 ss.
 - SICURELLA R., *Preparing the environment for the EPPO: Fostering mutual trust by improving common legal understanding and awareness of existing common legal heritage. Proposal of guidelines and model curriculum for legal training of practitioners in the PIF sector*, in *New Journal of European Criminal Law*, 8(4)/2017, pp. 497–512.
 - SIMONATO M., *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano alla luce del quadro europeo*, Wolters Kluwer, Milano, 2016.

- SIMONATO M., *What Role for Crime Victims in the Forum Choice*, in K. LIGETI – G. ROBINSON (Eds.), *Preventing and resolving conflicts of jurisdiction in EU criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 283 ss.
- SOTIS C., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in (a cura di) V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 109 ss.
- SPENCER J. R., *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 341 ss.
- SPENCER J. R., *Mutual recognition and choice of forum*, in M. LUCHTMAN (ed.), *Choice of forum in cooperation against EU financial crime*, Eleven international publishing, The Hague, 2013., p. 71.
- SPIEZIA F., *Il pubblico ministero europeo e i rapporti con Eurojust*, in *ArchivioDPC*, 29 maggio 2018.
- STUCKENBERG C.-F., *Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common Law, and Civil Law Jurisdictions*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 458 ss.
- THORHAUER N. I., *Conflict of jurisdiction in cross-border criminal cases in the area of freedom, security, and justice. Risk and Opportunities from an Individual Right-Oriented Perspective*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6(1)/, 2015, p. 78 ss.
- TINSLEY A., *Protecting criminal defence rights through eu law: opportunities and challenges*, in *New Journal of European Criminal Law*, 4(4)/2013, p. 461 ss.
- TRIDIMAS T., *Rights, Principles and the Charter*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 16/2014, p. 361 ss.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale, Principi generali*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2017.
- VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3 ss.

- VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, Napoli, 2015.
- VERVAELE J. A. E., *Ne Bis In Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?*, in *Utrecht law Review*, 9/2013, pp. 211 ss.
- VERVAELE J. A. E., *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?*, in *ERA Forum*, 15/2014, p. 85 ss.
- 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*, in *Review of European Administrative Law*, 6/2013, pp. 113-134.
- VERZELLONI L., *Il lungo dibattito sui criteri di priorità negli uffici giudicanti e requirenti*, in *Arch. pen.*, 3/2014, p. 4 ss.
- VICOLI D., *Scelte del pubblico ministero nella trattazione delle notizie di reato e art. 112 Cost.: un tentativo di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1-2/2003, p. 251 ss.
- VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *ArchivioDPC*, 14 luglio 2014, p. 1 ss.
- VOGLIOTTI M., *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *ArchivioDPC*, 2 novembre 2016.
- VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali VI, 2013, p. 371 ss.
- VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44/2015, pp. 131-181.
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007.
- WAHL T., *Fair trial and defence rights*, in A. LUCIFORA – V. MITSILEGAS – R. PARIZOT – R. SICURELLA, *General principles for a common criminal law framework in the EU*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 105 ss.

- WAHL T., *The European Public Prosecutor's Office and the fragmentation of defence right*, in K. LIGETI – M. J. ANTUNES – F. GIUFFRIDA, *The european public prosecutor's office at launch. Adapting national systems, transforming eu criminal law*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 85 ss.
- WASMEIER M., *The choice of forum by the European public prosecutor*, in L.H. ERKELENS – A.W.H. MEIJ – M. PAWLIK (Eds.), *The European Public Prosecutor's Office. An extended arm or a two-headed dragon?*, Asser Press, The Hague, 2015, p. 139 ss.
- WEIGEND T., *A Judge by Another name? Comparative Perspectives on the Role of the Public Prosecutor*, in E. LUNA – M. WADE (Eds.), *The prosecutor in transnational perspective*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 377 ss.
- WEIGEND T., *Defense Rights in European Legal Systems under the Influence of the European Court of Human Rights*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 165 ss.
- WEISSER B., *The European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights as Guardians of Fair Criminal Proceedings in Europe*, in D. K. BROWN – J. I. TURNER – B. WEISSER (Eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*, Oxford University Press, New York, 2019, p. 89 ss.
- WEYEMBERGH A. – BRIÈRE C., *Towards a European Public Prosecutor's Office (EPPO)*, *Study for the LIBE Committee*, 2016.
- WEYEMBERGH A., *Storia della cooperazione*, in (a cura di) KOSTORIS R. E., *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 207 ss.
- WEYEMBERGH A. – ARMADA I., *The principle of ne bis in idem in Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, in V. MITSILEGAS – M. BERGSTRÖM – T. KONSTADINIDES (Eds.), *Research Handbook on EU Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 189 ss.

- ZAGREBELSKY V., *Indipendenza del pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, in (a cura di) G. CONSO, *Pubblico ministero ed accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 3 ss.
- ZAGREBELSKY V., *L'istituzione del Procuratore europeo in rapporto alle esigenze dell'equo processo*, in V. BAZZOCCHI (Ed.), *Protecting fundamental and procedural rights from the investigations of Olaf to the future Eppo*, Fondazione Basso, 2014, p. 50 ss.
- ZANON, *Il pubblico ministero*, in (a cura di) N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2019, p. 249 ss.
- ZICCARDI P., *Intorno ai limiti della legge penale e della giurisdizione penale italiana*, in *Riv. dir. pen.*, 1950, p. 462 ss.
- ZIMMERMAN F., *Conflicts of Criminal Jurisdiction in the European Union*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 3(1)/2015, p. 1ss.