

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

FABIANA FALATO

**L'azione penale verso le nuove
misure d'indagine europee
(Metodo e contenuti di una categoria dogmatica
rivisitata alla luce della entrata in funzionamento
della Procura europea tra fisiologie regolamentari
e difetti della legge delega)**

La ricerca della tara garantista dei diversi criteri di delega dettati dal Parlamento al Governo per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 non offusca la consapevolezza che essa costituisce il punto di arrivo della lunga marcia della Procura europea, il preludio alla nazionalizzazione del modello europeo di azione penale.

The criminal action against the new European investigation measures. Method and contents of a dogmatic category revisited in light of the entry into operation of the European Public Prosecutor's Office amidst regulatory physiologies and defects in the enabling law.

The search for the guarantee tare of the various delegation criteria dictated by Parliament to the Government for the adaptation of national law to the provisions of Regulation (EU) 2017/1939 does not obscure the awareness that it is the culmination of the long march of the European Public Prosecutor, the prelude to the nationalization of the European model of criminal action.

SOMMARIO: 1. Il rinnovato concetto di "politicalità" del rapporto tra giustizia e diritto nell'epoca posmoderna. - 2. Il sistema di azione penale tra emergenze europee e processo di modernizzazione del diritto. - 3. La "incoerenza" costituzionale della legge delega a proposito del regolamento. 3.1. Analisi e critiche degli ulteriori criteri di delega fissati per armonizzare l'*azione penale europea* con il sistema costituzionale dell'azione. - 4. Unica cultura dell'azione nello spazio giuridico europeo, tra attribuzioni funzionali e regole procedurali sovranazionali. I filoni della ricerca. 5. - Il ruolo processuale del P.E.D. *Modi* e "tempi" delle investigazioni europee e componenti della equità processuale. - 6. Legalità e mutuo riconoscimento quali garanzie di metodo delle indagini europee. - 6.1. Verso un controllo giurisdizionale diffuso. - 6.2. Armonie sistemiche ed indagini transfrontaliere. - 7. La chiusura delle indagini ed il doppio binario archiviativo. - 8. L'eccesso di delega del Governo nell'esercizio delegato dal Parlamento quale "rimedio" per ripararne i difetti. Riflessioni di sintesi.

1. *Il rinnovato concetto di "politicalità" del rapporto tra giustizia e diritto nell'epoca posmoderna.* Il legame tra giustizia e diritto ha radici antiche. Il *Nomos Basileus* di Pindaro¹ è il sacro senza volto che si concretizza soltanto come senso del limite per l'uomo: il diritto «non dovrebbe essere altro che l'articolarsi di questo limite in norme, e la giustizia dei suoi tribunali, il siste-

¹ PINDARUS, *li*, 169° 1-4, in *Nemean Odes. Isthmian Odes. Fragments*, (ed. and transl. by William H. Race), Cambridge Ma., London En., 1997, 385.
Cfr., GIGANTE, *Monos Basileus*, Napoli, 1958.

ma delegato a garantirne la continuità e dunque la misura². In queste epoche, si creano gli embrioni degli assetti istituzionali ed ordinamentali successivi; seguendo la continuità ricostruttiva della storia si comprendono gli effetti delle dinamiche politiche sulle ideologie del sistema, sulle tecniche di repressione e sui modi con cui si generano gli strumenti (azione/giurisdizione) per il diritto e per la giustizia³. Si comprende che il processo penale è fenomeno politico, per la sua incisiva intromissione nei diritti fondamentali del cittadino⁴. Si riconosce che la interferenza fra sistema politico e struttura del processo è naturale solo in considerazione dei rapporti tra diritto costituzionale e diritto processuale⁵.

La intessitura degli eventi svela il mutamento del processo penale, del rapporto tra poteri giudiziari e salvaguardia dei diritti procedurali fondamentali⁶; operazione che, dal 1948, si alimenta di una perenne stagione di riforme⁷, oggi resa più evidente dalla manifesta ispirazione della giustizia penale al modello europeo⁸ di tutela del nucleo di situazioni che vi gravitano intorno.

² «(...) la più grande narrazione della cultura giuridica occidentale racconta che diritto e giustizia sono parte di uno *ius* che spontaneamente si volge all'individuazione e alla pattuizione delle norme, nonché alla loro tutela. Non può essere ammissibile quindi un diritto ingiusto, se per "giusto" si intende una norma che regola la relazione tra due o più istanze potenzialmente contrapposte. Quando la misura è colma, allora la norma è giusta, perché soddisfa le parti. Allo stesso modo non può essere ammissibile una giustizia ingiusta, perché, attraverso le procedure che servono a decidere, il giudice deve operare al fine che una misura è ripristinata»: MITTICA, *Frammenti di analisi letterarie del rapporto tra giustizia e diritto*, in *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, a cura di Cantaro, Torino, 2011, 168.

Cfr., ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997; HABERMAS, *Fatti e norme*, Milano, 1996; ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

³ La riflessione, qui contestualizzata, è di RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, Napoli, 2015, 20-22.

⁴ Sul concetto di *politicità*, RICCIO, *Sulla riforma dello statuto del pubblico ministero*, Napoli, 2011, 47. In merito alla definizione dei rapporti tra politica e diritto, da ultimo, VENTURA, *Diritto e fatti*, in *Consulta OnLine*, II, 2020, 378 ss.

⁵ Secondo l'antico insegnamento di CRISAFULLI, *Profili costituzionali del diritto processuale*, in *Stato e diritto*, Anno II, n. 1, 1941 («limitando il discorso, per semplicità, al processo civile (...) che mi pare possa prestarsi ad interessanti considerazioni molte delle quali, del resto, potrebbero ripetersi per la procedura penale senza sostanziali varianti, tenuto anche conto della maggiore e, soprattutto, più immediata evidenza del rapporto tra diritto costituzionale e processo penale»).

⁶ Da ultimo, UBERTIS, *Il processo penale. La verifica dell'accusa*, Bologna, 2020.

⁷ Per MAZZA, *Tradimenti di un codice*, in ID., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 201 ss., spec. 201 (ma già in *Arch. Pen.*, 3, 2019-Web) «in trent'anni di vigenza, il codice di procedura penale ha subito innumerevoli tradimenti».

⁸ Che si definisce attraverso un percorso che da Roma (1957) conduce a Maastricht (1992), ad Amsterdam (1997), a Lisbona (2007), passando per Nizza (2001) - per ricordare i principali atti normativi che hanno scandito il processo creativo di una comunità economica, prima, e di una Unione sovra-statale, poi -.

La posizione policentrica assunta nel processo dalle situazioni giuridiche soggettive, frutto delle relazioni tra dimensione giuridica, culturale e normativa dei fenomeni giuridici⁹ contribuisce alla crisi del concetto di “sovrànità nazionale” ed alla progressiva affermazione di un “diritto comune europeo”, di uno statuto in cui convivono differenti diritti, il cui riconoscimento e la relativa protezione non sono più affidati alla legislazione dei singoli Stati, non si compiono più soltanto attraverso leggi e Codici nazionali ma pure per mezzo di “disegni formali” e prassi sovranazionali ed internazionali. Uno modello dove i “valori” diventano “principi”; mentre al concetto di “validità” si affianca, quando non vi si sostituisca, quello della “effettività”. Si aggiungano, la moltiplicazione e la de-tipizzazione delle fonti (art. 117, co. 1, Cost.¹⁰), che sfuggono dalla struttura piramidale entro cui l’epoca moderna le aveva incasellate¹¹; la sistemazione e la ridefinizione dei rapporti tra le tradizioni di *common law* e di *civil law*; l’affermazione della “giuristocrazia”¹² (*id est* del “potere normativo” dei giudici¹³). Fenomeni, tutti, che influenzano l’opera del legislatore, segnando il definitivo superamento di tradizionali definizioni e rimodulando l’originario perimetro di (alcune) classi dommatiche. Infine. Il riconoscimento (con i fisiologici distinguo) del valore creativo – quindi, vincolante, più che persuasivo¹⁴ e non solo interpretativo (artt. 32 C.E.D.U., 19 T.U.E., 267 T.F.U.E.) – della giurisprudenza europea accorsa la grammatica delle categorie fondamentali dell’azione e della giurisdizione; dunque, del processo e del “suo” controllo¹⁵ che vivono, così, di una nuova “politicità”, le

⁹ Da Corte cost., 12 dicembre 1998, n. 399 e Id., 19 maggio 1999, n. 167 a Id., 9 aprile 2013, n. 85. Cfr. Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269.

¹⁰ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 102 nel contesto degli artt. 117, 1° co., 11 e 10, 1° co., Cost.

¹¹ La vecchia scansione gerarchica non è più utilizzabile e i molteplici canali giuridici assumono l’aspetto di una rete, svelando un sistema di regole non collocate l’una sopra l’altra ma poste sul medesimo piano, legate l’una all’altra da un rapporto di reciproca interconnessione. In questa rete di il *soft law*, espressione di un diritto elastico e dinamico, è il nuovo protagonista. Così, TIMOTEO, *Grammatica del diritto. In dialogo con Paolo Grossi*, Bologna, 2020, 122.

¹² GUARNIERI, PEDERZOLI, *From Democracy to Juristocracy? The Power of Judges: a Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, 2002, 120 ss. e 150 ss.; HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004, 1 ss., 100 ss., 211 ss.

¹³ Sulle relazioni tra legge e diritto, DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3, 2019, 62 ss. Per le ricadute sulla legalità penalistica, CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell’illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, *ivi*, 1, 2020, 45 ss.

¹⁴ FALATO, *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, in *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di Caringella, Falato, Roma, 2018, 15 ss. In senso contrario, DANIELE, *L’influsso dei precedenti europei sulla legge processuale nazionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1, 2020, 88 ss.

¹⁵ Il riferimento è all’ultima giurisprudenza della Corte di giustizia, rilevante per dimostrare il coordinamento e, dunque, l’estensione del diritto al giudice quale conseguenza del dialogo tra Corti. Chiamata a

cui vicende vanno regolate secondo un diritto “inventato” (*invenire*), cercato e trovato nelle trame dell’“esperienza” sia quando la regola manca che quando sia troppo vecchia o troppo generica per ordinare i fatti. Una “politicità” che non ripugna il “fatto”, l’accadimento (come accadeva nell’epoca moderna) né li ritiene un rischio intollerabile per l’ordine giuridico¹⁶; che risponde ai bisogni del processo formativo del diritto messo a dura prova da un coacervo confuso di leggi che interpolano i Codici, che invecchiano precocemente, che sono subito lacunose di fronte ad una realtà in costante e rapido mutamento e da un legislatore che spesso ha difficoltà a reggere il confronto con i tempi ed i nuovi bisogni del privato e/o della collettività¹⁷ ma, allo stesso tempo, che si arricchisce da nuovi paradigmi normativi¹⁸.

L’ingresso nell’ordinamento di finalità e principi innovati, il processo di integrazione europea unitamente alla progressiva universalizzazione dei diritti umani fondamentali¹⁹, la progressiva trasformazione dell’Unione europea in un autentico ordinamento costituzionale²⁰, la fisionomia della C.E.D.U. come

stabilire se l’art. 267, par. 3, TFUE debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale, non sia tenuto a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione nel caso in cui, nell’ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro interessato abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto omologo a quello delle norme del diritto dell’Unione, la Corte ha risposto, dichiarando che «l’articolo 267, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione anche nel caso in cui, nell’ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell’Unione»: Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, causa C-322/16. Conformi, Corte giust. UE, 4 giugno 2015, C-5/14; Id., 9 settembre 2015, C-160/14. Cfr. pure Corte cost., 14 dicembre 2019, n. 269. Sicché, seguendo la giurisprudenza, il primato del diritto dell’Unione e l’esigenza di preservare l’effetto utile dell’art. 267 TFUE impediscono di attribuire ai procedimenti di legittimità costituzionale dinanzi alle Corti costituzionali nazionali un qualsiasi effetto preclusivo o impeditivo dell’obbligo del rinvio pregiudiziale gravante sui giudici nazionali di ultima istanza e di dare immediatamente al diritto dell’Unione un’applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte. Di qui, la nostra convinzione che l’epoca posmoderna accorsa di tutela le situazioni giuridiche soggettive.

¹⁶ In tema, diffusamente, GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

¹⁷ TIMOTEO, *Grammatica del diritto*, cit., 126.

¹⁸ In generale, KOSTORIS, I. *Verso un processo penale non più statocentrico*, II, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, Nuovi Paradigmi, Torino, 2018, rispettivamente 153 ss. e 163 ss.

¹⁹ A partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (adottata il 10 dicembre 1948 a New York dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite - Risoluzione 217 A (III) -), attraverso la Convenzione europea dei diritti dell’uomo (proclamata a Roma il 4 novembre 1950), fino alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

²⁰ RUGGIERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Rivista AIC*, 3, 2020.

fonte che legittima un sistema internazionale di protezione dei diritti umani²¹ completano il sistema e la *ratio* della norma interna²², anche quando mettono in crisi la stabilità della volontà del legislatore storico, obbligato al confronto con la tutela multilivello dei diritti fondamentali della persona nel processo. Nella prospettiva del costituzionalismo posmoderno, infatti, le “situazioni” costituiscono non solo un fondamentale elemento distintivo nella configurazione del diritto interno ma sono innanzitutto un tratto essenziale dei rapporti tra ordinamenti e sistemi, svelando la tensione verso il consolidamento²³ di un assetto che mira al compimento di un’istanza di giustizia da intendersi, essenzialmente, come esaltazione del principio personalista.

La capacità dell’ordinamento unionale di rappresentare il punto di arrivo del costituzionalismo democratico e sociale (art. 2 T.U.E.²⁴), la realizzazione della giustizia attraverso la ricostruzione del valore giuridico della “dignità”²⁵, il le-

²¹ CASSETTI, *L’«ordinamento» sovranazionale dell’Unione europea e il «sistema» CEDU: diritti, garanzie (multilevel) e politiche pubbliche*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine*, 19 giugno 2020.

In senso critico, MAZZA, *Le garanzie deboli nel relativismo della Corte di Strasburgo*, in *Id.*, *Tradimenti di un codice*, cit., 107 ss., spec. 122 (ma già in *Criminalia*, 2017, 453 ss.; e in *Giurisdizioni europee e sistemi nazionali. Tendenze e criticità*, a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, Roma, 2018): «la rassegnata previsione di un adattamento ai nuovi modelli non può però tacitare le preoccupazioni per uno scaldamento complessivo del sistema delle garanzie processuali».

²² In tema, FALATO, *Sistema integrato di fonti e di interpretazioni*, cit., 3 ss.

²³ Sulla «anteriorità della persona - intesa nella sua necessaria socialità - rispetto allo Stato» e sulla sua «integrazione nel pluralismo sociale» - secondo le espressioni contenute nell’ordine del giorno presentato dall’on. Dossetti all’assemblea costituente il 9 settembre 1946 - si realizza il patto costituzionale che dà origine alle norme fondamentali contenute negli artt. 2 e 3 cpv. Cost., laddove appunto viene sancito il «valore assoluto della persona umana», vista non solo nella sua dimensione sostanzialistica e individuale ma anche nella sua proiezione sociale e intersoggettiva: C. cost. 10 dicembre 1987, n. 479; *Id.*, 22 giugno 1989, n. 346; *Id.*, 24 maggio 1985, n. 161.

²⁴ Dal quale emergono la esaltazione della primarietà dell’uomo rispetto allo Stato e la ricchezza delle prescrizioni contenenti principi/valori e diritti fondamentali come stigma di una ribadita (era già presente nelle Costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, seppure non in tutte positivizzata) cultura della pace, della libertà e della democrazia contro ogni rischio di nuovo imbarbarimento della vita politica e sociale degli stati membri. In generale, BALDINI, *Giustizia e diritto nello Stato costituzionale: una questione, forse, mal posta in partenza*, in *Giustizia e diritto nella scienza giuridica*, cit., 71.

²⁵ Art. 1 C.D.F.U.E.; art. 1 Dichiarazione dei diritti dell’uomo; protocollo n. 13 CEDU (si aggiunga che nonostante all’interno della Convenzione Europea dei Diritti Umani (CEDU) non ci sia alcun riferimento alla dignità umana, la Corte Europea dei Diritti Umani è arrivata al punto di dichiarare che l’essenza stessa della Convenzione sia il rispetto di tale dignità; per cui, all’interno della C.E.D.U. la dignità umana ha un ruolo non nel testo del trattato ma nella pratica della giurisprudenza della Corte, testimoniata dagli 876 casi che includono un riferimento alla dignità: FRACCAROLI, *La forza nascosta della dignità umana*, in *Per i diritti umani (Web)*, 5 giugno 2019). Cfr., Cass., V, 4 aprile 2002, n. 26636, in *Mass. Uff.*, n. 221367: «La valorizzazione della persona rappresenta, invero, il principale tratto distintivo dell’attuale stato costituzionale (...) La persona è comotata essenzialmente dalla dignità umana (nominata a vari effetti negli artt. 3, co. 1, 36, 41 Cost.), che più che un diritto è il principio ge-

game dell'Unione stessa con la cultura costituzionale degli Stati membri²⁶ riscrivono il rapporto tra Storia e Politica. Riconducono il connubio tra socialità del diritto e progressivo affermarsi della politica di controllo delle regole dell'evento - secondo il canone della massima espansione delle tutele e delle garanzie multilivello poste a presidio dei diritti²⁷ e la conseguente prevalenza della fonte che conferisce la protezione più intensa²⁸ (tecnica del bilanciamento, giudizio di ragionevolezza, giudizio di proporzionalità) - nell'ambito dello sviluppo dei diritti e della predisposizione di norme di garanzia, tuttora avvertiti come indispensabili prerogative per un avvenimento, il processo, che investe direttamente le libertà della persona²⁹.

Il dato dimostrativo è l'art. 6 T.U.E., la sua dimensione ordinante: il par. 3 detta una regola inclusiva, nel diritto costituzionale europeo, del sistema di garanzie (a cui appartengono quelle riferite ai diritti della persona nel processo) previste dalla C.E.D.U. e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, rompendo definitivamente l'artificiale linea di divisione storicamente tracciata tra ordinamento europeo ed interno; e svela una sorta di osmosi tra i più significativi diritti e principi depositati nelle Carte nazionale, sovranazionale ed internazionale e nelle giurisprudenze delle relative Corti. Il richiamo alle tradizioni, alle esperienze radicate nella storia di ciascun popolo, a sua volta, esprime una coscienza legante, il valore ontico del diritto europeo capace di elevarsi al di sopra della mera dimensione del mercato, portando, tra l'altro, ad una profonda erosione del modello statocentrico.

Ebbene - contenendo le riflessioni nell'ambito della giustizia penale - se le situazioni giuridiche soggettive protette nell'art. 6 C.E.D.U. e nel Preambolo penalistico della Costituzione, relativamente alle situazioni del giudice che garantiscono il giudizio imparziale, al diritto di difesa ed alla presunzione di innocenza (artt. 101, 2° co., 24, 2° co.; 27, 2° co.; 111, 1° e 3° co., Cost.), fanno parte del diritto dell'Unione in funzione di principi generali, le questioni

neratore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali ed è riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano (o, in questo senso, alla "umanità", secondo la dizione dell'art. 7.1 dello Statuto cit. della Corte penale internazionale, costituzionalmente rilevante per effetto dell'art. 10 Cost.), come "simile" alle altre persone o "eguale" o, per riprendere un'espressione adoperata in altro contesto (art. 8 Cost.) "egualmente libero".

²⁶ In senso critico, MAESTRO BUELGA, *Diritti e giustizia nell'ordinamento europeo*, in *Giustizia e diritto nella scienza giuridica*, cit., 182 ss.

²⁷ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

²⁸ Corte cost., 18 luglio 2014, n. 223.

²⁹ Le relazioni storicizzano le riflessioni, in tema, di RICCIO, *La Procedura Penale. Tra storia e politica*, Napoli, 2010, 2.

che vi si riferiscono e che sorgono a livello interno devono essere considerate come problemi dell'Unione europea, nella misura in cui il diritto costituzionale europeo (*id est*: il rapporto tra libertà dell'individuo, istituzioni e giustizia) appartiene alla realtà di ogni Stato membro³⁰. Infatti, il “modello europeo” non è un corpo estraneo al diritto nazionale ma nemmeno una traccia da importare, trapiantare e da seguire, piuttosto, un elemento di completamento e di integrazione.

In questi termini, il combinato disposto degli artt. 101, 2° co., 24, 2° co.; 27, 2° co.; 111, 1° e 3° co. prima alinea, Cost., 47-50 C.D.F.U.E., 6 C.E.D.U. (in relazione agli artt. 11, seconda alinea e 117, 1° co., Cost.) mette in relazione norme di organizzazione dell'ordine della magistratura e canoni di protezione dei diritti che esso (il disposto normativo) è chiamato a gestire, non solo a riconoscere. Ricostruisce la trama dei valori e dei principi implicati nel processo penale della posmodernità secondo un approccio metodologico di tipo integrante ed integrato³¹. Apre a nuove costruzioni concettuali delle metodiche della procedura penale, alle quali non sono estranee le combinazioni tra leggi (nazionali e sovranazionali: art. 82, par. 2, 1° alinea, T.F.U.E.) e fatti (prassi³²), liberate questi e quelle dal dominio del legicentrismo, essendosi finalmente ammessa la possibilità che lo *jus* integri e superi la *lex*³³, ovvero, che

³⁰ Come indica HÄBERLE (*Europa como comunidad constitucional en desarrollo*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, n. 1, 2004), le Costituzioni degli Stati membri dell'Unione europea si configurano ormai come Costituzioni parziali, così come Costituzione parziale è, nel suo ambito, la normativa fondamentale dell'U.E.

³¹ In generale, KOSTORIS, *IV. Un diritto postmoderno*, in *Id.*, *Processo penale*, cit., 221 ss.

³² La scienza giuridica neocostituzionale, in polemica con il neopositivismo, svela una immagine vincente della giustizia del caso concreto: «alla (presumibile) minor oggettività astratta delle decisioni giuridiche ispirate al criterio di ragionevolezza, fa da *pendant* un (presumibile) più diffuso consenso sociale sulle stesse, ordinariamente volte a dare un (sicuro) soddisfacimento a precise istanze individuali e sociali concrete. Insomma, quanto più il diritto positivo oggettivo/astratto è rapportato a situazioni soggettive/concrete, tanto più esso tende ad essere “giusto”»: SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 167 ss.

³³ ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992. Di recente, KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo*, cit., 185 ha ribadito che nell'epoca posmoderna, la concezione formale classica della legalità è entrata in crisi «sia perché le “leggi” che vengono in gioco, anche in materia di giustizia penale, sono molteplici e di varia provenienza, e il codice è solo una di queste, sia perché i nuovi assetti segnano una transizione sempre più marcata da una legalità “europea” di tipo “dinamico”, prevalentemente giurisprudenziale». Dunque, «mentre per la legalità pura dello “Stato legislativo di diritto” valeva indiscutibilmente l'affermazione: “dove non c'è legislazione non c'è legalità”, per la legalità ibrida della “Comunità giurisdizionale di diritto” vale, invece, la seguente affermazione: “dove non c'è giurisdizione non c'è legalità”»: VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, 2013, 412. In tema, tra gli altri, PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2014, 1099 ss.

tra la “giustizia del sistema” perseguita dal legislatore e la “giustizia del caso concreto” inseguita dal giudice, vi sia uno iato in termini di legittimazione, di effettività³⁴ garantite dal controllo diffuso della Corte costituzionale³⁵. Su questo terreno, si definiscono il modello costituzionale europeo di processo penale, rappresentato dalla legge e dai principi regolatori della società postmoderna, quella della globalizzazione ed il suo attuarsi attraverso le regole. È questo il contesto che guida (deve guidare) il raffronto tra l’essere ed il dover

³⁴ ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2011, 385-386. In senso opposto, SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto e Società*, n. 1, 2011, 154-156: «quando il diritto si compone a livello costituzionale di valori che sono compatibili con molteplici virtualità applicative dell’ideale di giustizia, allora la scelta se applicare norme ingiuste, in ossequio a un’idea formale della legalità costituzionale e della soggezione alla legge, o, all’opposto, aggirare, in nome della giustizia, il vincolo legislativo, magari attraverso l’interpretazione conforme alla Costituzione e al diritto comunitario o tramite un uso strategico della formalità giuridica, non è più qualificabile come un problema ermeneutico, ma diventa un problema etico. Per il diritto costituzionale, un problema di legittimazione. Diventa, infatti, chiaro che l’inevitabile e necessario coinvolgimento del potere giudiziario nell’attività di elaborazione creativa del diritto – e con essa nella funzione di redistribuzione del prodotto sociale – rischia di privare l’immagine del giudice di ogni ideologia di sostegno. Non può valere, ormai, lo stanco richiamo alla pagina montesquiviana proclamante il cognitivismo interpretativo e la neutralità etica nell’applicazione giuridica, che, dopo gli studi di Kelsen, appare scientificamente inattendibile e sopravvive solo nella rappresentazione retorica che il corpo giudiziario dà della propria funzione e nello stile argomentativo-persuasivo delle sentenze. D’altro canto, neppure può essere propugnata una teoria apertamente discrezionalista dell’interpretazione in funzione della massima promozione giudiziale dei diritti, idealizzando il potere giudiziario come custode delle virtù civiche e ancorando la sua legittimazione ai diritti e alla giustizia anziché alla legge. E ciò per due ragioni: in primo luogo, perché riedizioni italiane del realismo giuridico di scuola americana (sia pure nella versione moderata proposta in Israele da Aharon Barak) postulano un’organizzazione della funzione giudiziaria profondamente diversa da quella prevista nella Costituzione repubblicana, imperniata sul giudice burocrate, e un diverso modello di controllo costituzionale. In secondo luogo, perché l’idea che il giudice sia chiamato ad ergersi a paladino della giustizia e difensore dei soggetti sociali deboli, non solo si è mostrata storicamente inefficace, e capace solo di accreditare l’idea antipolitica che fosse possibile una soluzione dei conflitti sociali in via giudiziaria, ma rischia, nelle condizioni attuali, di essere contraddittoria rispetto al suo dichiarato fine. Con il declino, nella legge, della funzione di regolazione dello scambio economico a protezione della parte più debole, un giudice lasciato libero di elaborare *regulae iuris* modellate sulle variabili esigenze dei casi, per la propria provenienza sociale e per la stessa struttura del processo, che tende a depotenziare i conflitti, favorendo le soluzioni compromissorie e mediane, potrebbe mostrarsi maggiormente incline a proteggere gli interessi sociali più forti. Insomma, e conclusivamente, nell’odierno costituzionalismo per valori, l’idea che il problema della legalità sia risolvibile sulla base di una presunta neutralità etica del giudice e del giurista si rivela solo un falso romanticismo, onde lo scarto consistente fra la natura reale dell’attività di giudizio e una raffigurazione di maniera del giudice burocrate impone di ripensare l’immagine e il modello teorico della funzione giudiziaria. È infatti alquanto dubbio, come ammoniva Ernst Forsthoff, che nei paesi a diritto codificato “si riuscirà a fare del giudice burocrate un profeta, unicamente posandogli sul capo la corona del creatore”. In generale, per tutti, AA. VV., *Il giudice e la legge*, *Questione Giustizia*, n. 4, 2016.

³⁵ Corte cost., 7 novembre 2017, n. 269, cit. In dottrina, per tutti, MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, Cedu e Carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2020.

essere della legge, la funzione delle norme che regolano la procedura ed il modo con cui vivono nella quotidianità giudiziaria e giudiziale³⁶, senza perdere di vista la circolarità tra disposizioni di fonte diversa ma della medesima identità valoriale, il circuito virtuoso delle prerogative destinate a tutelare i diritti procedurali della persona riconosciuti, spesso in modo omologato, in ciascuno dei Testi.

Con questa concezione di modernità del diritto, alimentata dalla uniformità dei livelli di protezione dei diritti fondamentali³⁷ – a cui partecipano, nei termini in cui s'è detto, le situazioni del giudice che garantiscono il giudizio imparziale³⁸, le prerogative della difesa³⁹ e la presunzione di innocenza⁴⁰ – deve confrontarsi (pure) la Procura europea (E.P.P.O.). Infatti, insistendo sul diritto di azione, sul ruolo di parte del pubblico ministero⁴¹, sulla modulazione delle indagini preliminari e sui confini dell'obbligatorietà dell'azione penale, dunque, su situazioni che appartengono allo statuto costituzionale dell'azione (art. 112 Cost.) – e della giurisdizione, atteso il sinallagma tra potere accertamento del dovere di punire ed epilogo giudiziale⁴² –, l'E.P.P.O. si confronta con i bisogni di legalità del processo, non solo quando prevede deroghe modulari per questo o per quel reato (le fattispecie di area P.I.F.) ma soprattutto quando si scontra (seppure fisiologicamente, si vedrà) con i momenti essenziali di una realtà ordinamentale che – qui si accenna – attraverso il combinato disposto degli artt. 24, 1° co.; 104, 1° co.; 106, 1° co.; 107, 1° e 4° co.; 108, 2° co.; 112 (3); 109 e 105, Cost., garantisce «alla istituzione inquirente autonomia e indipendenza ed al pubblico ministero libertà dall'esecutivo»⁴³.

Volendo chiarire il senso della riflessione, si dirà che la vicenda dell'E.P.P.O., dunque, dell'azione penale europea, mette in discussione – pur senza creare patologie, a differenza della legge di delegazione⁴⁴ – la interferente reciprocità

³⁶ Le definizioni, qui contestualizzate, sono di RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 18.

³⁷ In senso contrario, CANNIZZARO, *La cornice europea*, in *Diritti della persona e nuove sfide nel processo penale*, Milano, 2019, 37-38.

³⁸ Artt. 25, 1° co.; 101, 2° co.; 104; 107; 111, 1°-3° e 7° co., Cost.; 6, co. 1, C.E.D.U.; 47, prima alinea, C.D.F.U.E.

³⁹ Artt. 24, 2° co., 27, 2° co., 111, 4°, 5° e 7° co., Cost.; 6, par. 3, C.E.D.U.; 48, par. 2, C.D.F.U.E.

⁴⁰ Artt. 27 Cost., 6, par. 2, C.E.D.U., 48, par. 1, C.D.F.U.E.

⁴¹ Per un esame complessivo della figura del pubblico ministero, MORSELLI, voce *Pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, X, 1995, 476 ss., cui si rinvia anche per indicazioni relative al «profluvio bibliografico» riguardante l'assetto della magistratura requirente. Cfr., SOTTANI, voce *Pubblico ministero*, in *Dig. disc. pen.*, II agg., 2005,

⁴² Artt. 101, 2° co., 102, 103, 105, 107, 25, 1° co., 111, 2° co., ultima parte, Cost.

⁴³ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 184-185. Cfr., Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 261; Id., 13 febbraio 2013, n. 16 e n. 17; Id., 28 ottobre 2011, n. 285 e Id., 15 maggio 1990, n. 242.

⁴⁴ Legge 4 ottobre 2019, n. 117, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e

delle prerogative costituzionali dei soggetti pubblici del processo, pur lasciando indiscusso il distinguo delle relative funzioni. Anche nello spazio giuridico europeo, infatti, «autonomia e indipendenza del giudice sono assicurate da eguali prerogative del pubblico ministero, pure se la funzione del primo si connota di imparzialità e di terzietà, mentre quella del secondo è caratterizzata da obiettività dell'azione e da uguaglianza di trattamento»⁴⁵.

In questi indirizzi si svela il divenire del diritto (anche) rispetto alla evoluzione del pubblico ministero verso il ruolo di «istituzione di garanzia dei diritti fondamentali, divenutogli congeniale a seguito del mutamento di paradigma del diritto e delle istituzioni intervenuto con il costituzionalismo rigido delle odierne democrazie». E così, «se in passato, nel vecchio stato liberale e legislativo di diritto, le funzioni di garanzia dei diritti fondamentali fornite dalla sfera pubblica per il tramite della giurisdizione e dell'azione del pubblico ministero erano essenzialmente quelle penali (contro le lesioni, da parte dei consociati, della vita, delle libertà fondamentali e degli altri beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela), nello Stato costituzionale di diritto, con l'introduzione di limiti e vincoli costituzionali imposti alla stessa sfera pubblica a tutela, oltre che dei diritti di libertà, anche dei diritti sociali e di beni comuni parimenti fondamentali, il ruolo di garanzia del pubblico ministero è invece destinato ad allargarsi, parallelamente a quello della giurisdizione, contro le loro lesioni ad opera di atti invalidi o di atti illeciti o di inadempimenti commessi dai pubblici poteri». I nuovi compiti «retroagiscono sulle stesse funzioni tradizionali della pubblica accusa, illuminando la valenza garantista del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale a tutela dei diritti delle persone e di interessi pubblici giudicati dalla legge meritevoli di tutela»⁴⁶.

I nuovi orizzonti, sistemando lo statuto dell'azione penale all'interno di un

l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2018, in G.U. n. 245 del 18 ottobre 2019. Il termine per l'adozione di uno o più decreti legislativi, scaduto il 2 agosto 2020, è stato prorogato di tre mesi dall'art. 1, co. 3, legge 24 aprile 2020, n. 27, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese commesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi, in G.U., n.110 del 29 aprile 2020, Supplemento Ordinario n. 16.

⁴⁵ I virgolettati sono di RICCIO, *Sulla riforma dello statuto*, cit., 75. Cfr., pure ID., *Riforma dell'ordinamento del pubblico ministero*, in *Processo penale e modelli di partecipazione*, Napoli, 1977, 13 ss., spec. 21). In senso contrario, dunque, per una radicale presa di posizione in ordine alla convenienza della differenziazione del ruolo giudicante da quello requirente, CONSO, *Formazioni sociali e giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 3; GHIARA, *Riforma del ruolo e dei poteri del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, 785-786.

⁴⁶ FERRAJOLI, *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2012, 31 ss.

sistema integrato di fonti e nel cono delle coordinate normative che orientano le categorie della giurisdizione, della difesa e della presunzione secondo un modello ermeneutico che accanto al testo della legge valorizza i *dicta* delle giurisprudenze nazionale, sovranazionale ed internazionale, dettano altrettante indicazioni di metodo e significati di sintesi necessari per l'osservazione dei comportamenti di legislatori ed interpreti. Informazioni e contenuti imprescindibili, se si vuole tentare una sistemazione, nella temperie espressiva della posmodernità, della "coscienza di crisi" dell'idea stessa di codice permeata nella dottrina⁴⁷; situarla in una retta prospettiva storica; tentare di formulare una prognosi sui *modi* e sulle possibilità della sua risoluzione. Dati e concetti da considerare, tenuto conto, senza ipocrisie ed anche a costo di affermazioni ovvie, che ogni epoca di ricerca, di rinnovamento, di transizione, di inquietudine è contrassegnata da uno sconvolgimento delle categorie, a partire da quella del "linguaggio". Sicché, bisogna osservare le "alternative modali" di questa "instabilità", snodi centrali per stabilire se essa sia fisiologica al divenire del diritto o ne rappresenti una patologia.

Daremo per note le risalenti questioni del pubblico ministero e del suo rapporto con l'esercizio dell'azione penale. Qui si contestualizzeranno solo per cogliere l'improbabile continuità delle epoche o il loro impassibile distacco; per approfondire i messaggi storiografici pervenutici fino ad oggi e per scoprire il filo rosso che lega (se lega) la Procura europea alla prospettiva costituzionale dell'azione penale. Siamo convinti, infatti, che interrogarsi, oggi, su indagini preliminari ed azione nonché sulle sue alternative – a monte, sullo *status*, sulla struttura e sulla organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero – significa entrare in una congerie di problemi convergenti verso domande securitarie sovranazionali che coinvolge tradizioni e situazioni; vuol dire accettare l'idea che il tema dell'azione si sviluppa secondo dinamiche di convergenza degli ordinamenti continentali⁴⁸. In particolare, consente di offrire una visio-

⁴⁷ Quei «tradimenti di un codice» denunciati da MAZZA, *Tradimenti di un codice*, cit., spec. 209.

⁴⁸ LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale nel quadro comparativo europeo*, in *Giur. it.*, 2002, 1753: «Il proposito di delineare gli attuali orientamenti presenti nel panorama continentale in materia di esercizio dell'azione necessita per la sua attuazione di una preliminare opera di rivisitazione delle tradizionali categorie nelle quali si è soliti collocare i diversi sistemi processuali europei. Occorre in particolare prendere le distanze da quella rigida dicotomia in base alla quale gli ordinamenti di questa area dovrebbero ripartirsi in due contrapposte famiglie, una prima legata al principio di stretta obbligatorietà dell'azione penale ed una seconda fedele al canone di discrezionalità della stessa. Senza voler qui negare l'utilità esemplificatrice e didascalica di una simile rigorosa distinzione, va tuttavia rilevato come questa sorta di visione manichea del quadro processuale europeo non possa più essere condivisa per due ordini di ragioni. Una prima motivazione prescinde dal grado di accuratezza in concreto di questo rigido criterio selettivo ed attiene piuttosto ad una valutazione di natura *lato sensu* epistemolo-

gica che risente delle più recenti elaborazioni della scienza processuale comparata. Si è infatti assistito in questi ultimi anni ad una vera e propria “caduta dei modelli”, vale a dire ad una graduale perdita di fiducia nei confronti di numerose tipizzazioni dottrinali consolidate nel corso dei secoli e ancora oggi utilizzate per distinguere le diverse forme di processo penale. La presa di coscienza della forte imprecisione di simili archetipi e della loro attuale incapacità di fornire un utile contributo allo studio del fenomeno processuale ha portato ad auspicare, in ogni campo della teoria generale del processo, il superamento della tradizionale ambizione modellizzatrice. Vanno affermandosi così nuove teorizzazioni maggiormente legate ad un’opera di verifica del reale funzionamento dei sistemi di giustizia penale. L’esempio forse più emblematico di questa evoluzione è dato dal tramonto della classica distinzione tra sistemi accusatori, inquisitori e di tipo misto. Non vi è dubbio oramai che tali termini non sono più in grado di cogliere le vere differenze tra ordinamenti processuali e possono tutt’al più essere utilizzati per finalità didattiche ovvero nel compimento di ricerche empiriche. (...) La seconda ragione che induce a prendere le distanze dalla dicotomia obbligatorietà/discrezionalità riguarda invece l’inidoneità in concreto di questo approccio a far emergere una realtà così frastagliata come quella che si registra in materia di azione penale nel continente europeo. A fronte di questi due modelli astratti, infatti, i sistemi processuali continentali presentano tutta una serie di contaminazioni e di varianti che invoglierebbero piuttosto a descrivere l’attuale panorama europeo come composto di tanti ordinamenti “ibridi”. In una prospettiva di più ampio respiro, inoltre, si può intravedere tra le pieghe di questo quadro così variegato una tendenziale convergenza dei diversi sistemi che si manifesta nell’accoglimento di discipline similari e nella attenuazione delle distanze esistenti. 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 vanno continuamente temperando gli spazi discrezionali concessi all’agire del pubblico ministero. Questa dinamica di convergenza va certamente ricollegata al percorso di armonizzazione dei sistemi europei di giustizia penale, favorito dalla funzione unificatrice della Corte europea dei diritti umani che, mediante la sua opera di interpretazione e concretizzazione del dettato convenzionale, ha dato vita ad un vero e proprio patrimonio comune di principi processuali. Un rilevante contributo a questo ravvicinamento è altresì fornito da quella “circolazione dei modelli processuali” che in ambito comunitario ha trovato terreno fertile grazie alla aumentata possibilità di acquisire informazioni sulle realtà legislative e sulle elaborazioni dottrinali straniere». Sulla stessa linea, seppure con una diversa modulazione, UBERTIS, *Il processo penale*, cit., 13-14, 19: «Tradizionalmente, la storia del processo penale è ricondotta all’ispirazione di due archetipi fondamentali: il paradigma accusatorio e quello inquisitorio, nell’evoluzione storica caratterizzanti rispettivamente il mondo giuridico di *common law* e quello europeo-continentale di *civil law* (...) Così, pur considerando che l’astrazione teorica mancherebbe in buona sostanza di una sua piena ed effettiva concretizzazione nell’esperienza giuridica passata o presente, la storia del processo penale è generalmente ricostruita schematicamente come la storia dell’alternarsi di questi due modelli e, da un certo momento in poi (cioè, più o meno a partire dalla “riscrittura” napoleonica, attraverso il *Code d’instruction criminelle* promulgato nel 1808, delle innovazioni processuali introdotte dalla Rivoluzione francese), del loro combinarsi in varie figure. (...) Alla constatazione della sostanziale inesistenza di ordinamenti che nettamente applichino l’uno o l’altro modello va affiancato il riconoscimento che, nonostante la pluralità delle soluzioni accolte dai vari Paesi, alcuni principi quali l’imparzialità del giudice, il rispetto per la persona dell’imputato, la pubblicità, almeno in linea generale, delle udienze e l’inviolabilità della difesa appaiono ormai indefetibili per ogni sistema processuale che non intenda porsi ai margini della comunità internazionale. Ciò, se non vuol necessariamente significare l’opzione generale per un paradigma prevalentemente orientato in direzione accusatoria, implica tuttavia un restringimento delle scelte possibili per i legislatori dei differenti Stati e suggerisce l’individuazione di un criterio discriminante diverso da quello fondato sull’antitesi sistema accusatorio/sistema inquisitorio tradizionalmente intesa».

ne del sistema investigativo europeo in cui l'“atipicità” delle funzioni non sovverte il sistema di equilibrio dei poteri e delle garanzie, rappresentando, invece, modalità eccezionali di gestione della notizia di reato. Speculare su questi temi, inoltre, suggerisce di affrontare il profilo applicativo del complesso rapporto tra procedura penale nazionale e categorie dogmatiche europee, con la convinzione che esso partecipi dell'obbligo giudiziale di ricorrere a tutte le risorse ermeneutiche disponibili per conseguire il risultato richiesto dall'U.E., contribuendo, in tal modo, all'adeguamento dell'ordinamento interno a quello sovranazionale ed alla realizzazione del processo di integrazione tra sistemi giuridici. È questo il senso che traspare già nel combinato degli artt. 5, par. 3, Reg. e 4, co. 3, lett. r), L. n. 117 del 2019. A sua volta, l'art. 86, par. 3, T.F.U.E. svela l'obiettivo del legislatore europeo di dar vita, attraverso la istituzione di E.P.P.O., nell'ambito del settore dei reati di area P.I.F., ad un sistema parzialmente unificato, un *corpus* unico di previsioni da applicare per le indagini e l'esercizio dell'azione penale, da far convivere con lo spazio presieduto dal reciproco riconoscimento. Sotto il profilo specificamente politico, invece, la creazione di un organismo investigativo unitario con competenza estesa a tutto il territorio dell'Unione, attribuisce forti connotati federali alla stessa costruzione sistematica europea, pur non potendosi affermare la creazione di un sistema europeo di giustizia, dal momento che l'azione penale è esercitata da E.P.P.O. dinanzi ai giudici nazionali secondo le regole procedurali previste in ciascuno Stato membro, non essendo previsto - né sarebbe potuto esserlo - alcun organismo giudiziale di merito a livello europeo. Il regolamento istitutivo della Procura europea⁴⁹ e la legge delega per adeguarvi l'ordinamento interno⁵⁰ costituiscono i parametri normativi della ricerca. Sullo sfondo, la direttiva 2017/1371/UE⁵¹ (P.I.F.), che perimetra l'ambito so-

⁴⁹ Regolamento 2017/1939/UE del Consiglio del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («E.P.P.O.»), in G.U.C.E., 31 ottobre 2017, L 283/1.

⁵⁰ Legge 4 ottobre 2019, n. 117, cit.

⁵¹ Direttiva (EU) 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, in G.U.C.E., 28 luglio 2017, L 198/29, attuata dal d. lgs. 14 luglio 2020, n. 75, Attuazione della direttiva (UE) 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, in G.U., *Serie Generale*, n. 177 del 15 luglio 2020. In particolare, SALAZAR, *Habemus E.P.P.O.! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.* n. 3, 2017, 4 (spec. nota 11); VENEGONI, *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (c.d. direttiva P.I.F.): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, 2442 ss. Di recente, ARANCI, *La direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017: la protezione degli interessi finanziari UE mediante il diritto penale*, in *Eurojus*, 8 ottobre 2017; PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Giur. pen.*, 9,

stanziale dell'intervento dell'autorità giudiziaria europea; il par. 4 dell'art. 86 T.F.U.E., che consente al Consiglio europeo di estendere le attribuzioni di E.P.P.O. alla lotta contro la criminalità grave con dimensione transnazionale⁵²; e l'art. 22, spec. parr. 2 e 3, Reg. che disciplina le ipotesi di connessione dei reati di area P.I.F. con il reato di associazione a delinquere⁵³ e con qualsiasi altro reato «indissolubilmente connesso»⁵⁴ a quelli (con le «eccezioni preclusive» previste dal par. 3 dell'art. 25 Reg.), stabilendo la «competenza europea», pur essendo il reato associativo, nella generalità dei sistemi penali, quello più grave (e pur potendo esserlo «qualsiasi altro reato»: par. 3). Nelle ultime situazioni – giustificate da bisogni di efficienza dell'azione di E.P.P.O. – la regola europea ha primazia sull'art. 16, co. 1, c.p.p., giusto il combinato disposto degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost.; 5, par. 3, ultima alinea, Reg.

Infine, il diritto intertemporale. Il regolamento è esecutivo dal 20 novembre 2017; mentre l'entrata in funzionamento dell'ufficio della procura europea è prevista a partire dal 21 novembre 2020. Non è escluso uno slittamento del termine, in considerazione del ritardo finora accumulato nelle procedure di reclutamento dei procuratori europei e dei P.E.D. In ogni caso, fino a quella

2017 e VENEGONI, *La direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea attraverso il diritto penale (direttiva P.I.F.): un ulteriore passo nel processo di sviluppo del diritto penale europeo o un'occasione persa*, in *Il penalista*, 24 luglio 2017. In generale, AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, a cura di Picotti, Milano, 1999, 127 ss. e AA. VV., *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea*, a cura di De Matteis, Ferrara, Licata, Piacente, Venegoni, Milano, 2011; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005. Di recente, MANACORDA, *Il P.M. europeo e le questioni aperte di diritto sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 660 ss.

⁵² Cfr., la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio europeo, *Un'Europa che protegge un'iniziativa per estendere le competenze della Procura europea (E.P.P.O.) ai reati di terrorismo transfrontaliero*,

COM (2018) 641 final, Bruxelles, 12 settembre 2018, 17: «con la presente comunicazione, la Commissione invita il Consiglio europeo, in vista del vertice di Sibiu del 9 maggio 2019, a portare avanti quest'iniziativa insieme al Parlamento europeo e a decidere di estendere le competenze dell'E.P.P.O. ai reati di terrorismo che interessano più Stati membri».

⁵³ «La nozione di reati relativi alla partecipazione ad un'organizzazione criminale dovrebbe essere soggetta alla definizione prevista dalla legislazione nazionale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio e può comprendere, per esempio, l'appartenenza a tale organizzazione criminale o la sua organizzazione e direzione»: Considerando (57). Il riferimento è alla decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, in G.U.C.E., 11 novembre 2008, L 300.

⁵⁴ «La nozione di «reati indissolubilmente connessi» dovrebbe essere considerata alla luce della relativa giurisprudenza che, per l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, adotta come criterio pertinente l'identità dei fatti materiali (o fatti sostanzialmente identici), intesa come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro nel tempo e nello spazio»: Considerando (54). Riteniamo che il riferimento sia a Corte giust. UE UE, GC, 20 marzo 2018, C-524/15 (punto 35); C-537/16 (punto 37); ma già, Id., 18 luglio 2007, C-367/05 (punto 26); Id., 16 novembre 2010, C-261/09 (punti 39 e 40).

data (dunque, per i reati consumati a partire dal 20 novembre 2017), i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea restano di competenza della Procura nazionale, salva la facoltà di E.P.P.O., una volta entrata in funzione, di esercitare il diritto di avocazione dell'indagine. I termini di delega scadono il 2 novembre 2020.

2. *Il sistema di azione penale tra emergenze europee e processo di modernizzazione del diritto.* Si anticipa. Per noi lo statuto dell'azione penale europea ripete, pur senza risparmiare zone d'ombra e criticità, lo "stile accusatorio", cioè l'attenzione ai diritti della persona, tipico della cultura processuale statutaria, in generale, e di quella investigativa, nello specifico. Qui e lì, infatti, è intimo il connubio tra effettività dei diritti ed efficienza della struttura-processo che si svela nella ripartizione dei "ruoli" (tra P.E.D. e giudice nazionale) e delle "fasi", respingendo la visione totalizzante tra indagini preliminari e dibattimento e prescrivendo, al contrario, che la prova si formi in dibattimento nel contraddittorio tra le parti (l'eccezione è garantita dalla tipizzazione delle situazioni). E si colloca nella particolare ottica della cultura del garantismo penale contemporaneo⁵⁵, in quanto espande le garanzie, rafforzandole.

Lo documenta l'indirizzo tracciato dal combinato disposto degli artt. 22 ss., 5, parr. 1 e 3, 41 Reg. (esemplificato nei *Consideranda* 80 e 85); che, rassicurando sulla tutela, nello svolgimento delle attività d'indagine, dei diritti fissati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e delle direttive relative alle si-

⁵⁵ Sulla cui effettività è scettico MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo, Prefazione*, Milano, 2011, XIII e XIV: «la tutela oramai multilivello dei diritti processuali presenta ancora ampie smagliature che lasciano intatta l'attualità e la necessità di un dibattito sulle ragioni del garantismo penale. Non è dunque una superfetazione linguistica parlare di garantismo penale al tempo del giusto processo, bensì l'icastica rappresentazione di un paradosso. Proprio quando si schiude l'ombrello protettivo costituzionale ed europeo, l'imputato sembra ancora esposto alle intemperie che da sempre caratterizzano la sua posizione al centro del processo penale. la preoccupazione [è] che le garanzie "di sistema" non siano sufficienti ad assicurare il pieno godimento dei diritti fondamentali». Sul concetto di garantismo, in generale, ALVAZZI DEL FRATE, *Garantismo e inquisizione. Considerazioni sulla giustizia criminale in età moderna*, in *La giustizia criminale nell'età moderna (XVI-XVIII sec.)*, a cura di M. Cavina, Bologna, 2012, 9-12; M. A. CATTANEO, *Garantismo*, in *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Roma, 1987, 260; G. DE RUGGERO, *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari, 1995, 65-66; G. TARELLO, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 11, 1981, 157-166; C. SANTORIELLO, voce *Garantismo (processo penale)*, in *Dig. Disc. Pen., Aggiornamento*, I, Torino, 2005, 543 ss. e S. STAIANO, *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in *Rivista AIC*, 1, 2011. Sul nesso di reciproca implicazione tra diritti fondamentali, garanzie e democrazia costituzionale, di recente, le visioni contrapposte di R. ALEXY, *Constitutional Rights, Democracy and Representation*, in *Riv. fil. dir.*, n. 1, 2015, p. 23 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, cit., p. 37 ss. Sulla evoluzione del fenomeno, G. RICCIO, *Dal Garantismo alla Politica securitaria*, in *Giust. pen.*, 2020, c. 59 ss.

tuazioni giuridiche soggettive di indagati, imputati, attuate dal diritto nazionale⁵⁶ e salvando l'applicabilità di garanzie addizionali statuali se non contemplate nel regolamento, descrive le scelte del legislatore comunitario (art. 86, spec. par. 3, T.F.U.E. sui cui fonda il regolamento) in termini di efficienza dell'attività investigativa, cioè, di elevata capacità della Procura europea (più dei singoli Stati membri) alla ricostruzione dei fatti illeciti di area P.I.F. e di effettività del sistema di garanzia dei diritti coinvolti. Sotto questo aspetto, si dimostrerà, l'impostazione delle indagini europee - in cui il "ruolo processuale" del pubblico ministero (art. 326 c.p.p.) è partecipato dal P.E.D. (art. 4 Reg.) - non diverge, nei suoi tratti essenziali, da quella disegnata dal legislatore domestico. Anche se non mancano elementi che le caratterizzano in modo peculiare, esprimendole secondo il genere del "doppio binario processuale" (chiusura delle investigazioni e archiviazione), ci sembra, infatti, di poter interpretare l'azione penale europea secondo il "senso costituzionale", nel significato, cioè, di azione esercitata da una parte che non riveste i panni del giudice. Le dissonanze, al contrario, riguardano la combinazione dei compiti all'interno dell'ufficio; coinvolgono il "ruolo istituzionale" del P.E.D. nei rapporti con la camera permanente e con il procuratore capo europeo e quello

⁵⁶ I cui *modi* di esercizio, in Italia, hanno avuto precisa e dettagliata regolamentazione. Specificamente, i diritti previsti dalle direttive: 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali (in G.U.C.E., 26 ottobre 2010, L 280/1) attuata dal d. lgs. 4 marzo 2014, n. 32 (in G.U., *Serie Generale*, n. 64 del 18 marzo 2014); 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (in G.U.C.E., 1 giugno 2012, L 142/1), attuata dal d. lgs., 1 luglio 2014, n. 101 (in G.U., *Serie Generale*, n. 164 del 17 luglio 2014); 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari (in G.U.C.E., 6 novembre 2013 L 294/1), attuata con d.lgs. 15 settembre 2016, n. 184 (in G.U., *Serie Generale*, n. 231 del 3 ottobre 2016); 2016/343/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (in G.U.C.E., 11 marzo 2016 L 65/1), non ancora recepita (il termine 1° aprile 2020) nonostante sia stata ricompresa tra le direttive europee da attuare posti l'art. 1 e l'allegato A della L. 25 ottobre 2017, n. 163 recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2016-2017, in G.U. n. 259 del 6 novembre 2017); 2016/1919/UE del Parlamento e del Consiglio del 26 ottobre 2016 sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo (in G.U.C.E., 4 novembre 2016, L 297/1) attuata con d. lgs. 7 marzo 2019, n. 24 (in G.U. n. 72 del 26 marzo 2019). Per l'approfondimento delle direttive, si rinvia a BENE, voce *Direttive europee in tema di reciproco riconoscimento*, in *Enc. Treccani (Web)*, 2017 ed a RUGGERI, *Guida minima alla lettura dei provvedimenti UE a tutela dei diritti dell'indagato. "Road map" ed esegesi multiculturale*, in *Cass. pen.*, 2014, 2686 ss. In generale, ZAGREBELSKY, CHENAL, TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Roma-Bari, 2016.

“processuale” riguardo alle determinazioni in ragione dell’esercizio dell’azione, nonché la sua indipendenza rispetto alle possibili interferenze esterne. Situazioni, da speculare secondo una visione della giustizia penale accorsata con il profilo politico della obbligatorietà dell’azione penale⁵⁷ e con il principio di uguaglianza, quale naturale riferimento di questa⁵⁸.

Ebbene, nonostante l’indipendenza delle funzioni della procura da organi altri alla sua struttura, dunque, l’attribuzione all’organo di una posizione separata dai centri di potere e garantita da eventuali influenze siano, rispettivamente, principio e connotato dello statuto dell’azione penale europea dettati nel par. 1 dell’art. 6 Reg. («L’EPPO è indipendente»); il regolamento non prevede regole per garantirne la conseguente effettività. Addirittura, il binomio degli artt. 6, par. 2 e 7, Reg. codifica la situazione opposta, stabilendo che la Procura europea «risponde» delle sue attività al Parlamento, al Consiglio ed alla Commissione e «presenta» relazioni annuali che trasmette al parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali, nonché al Consiglio e alla Commissione. Difetto di garanzia confermato nei successivi artt. 14-17 Reg.

Procediamo con ordine. A schema.

L’istituzione. L’idea di una Procura centralizzata a livello europeo nasce dalla diffusa preoccupazione di porre un argine alla penetrazione della criminalità transfrontaliera, le cui attività illecite risultano facilitate, per certi versi, dall’abolizione delle frontiere realizzata a seguito degli Accordi di Schengen, mentre l’attività di contrasto posta in essere dagli organi giudiziari e di polizia corre il rischio di rimanere imbrigliata entro il perimetro dei confini statali ed ostacolata dalle sensibili differenze fra le singole legislazioni dei Paesi membri. Si evince con chiarezza nel Considerando 12 del regolamento; che spiega anche la *ratio* della competenza concorrente dell’E.P.P.O. con la Procura nazionale. La base giuridica è rappresentata dall’art. 86 T.F.U.E. (informato alla logica dell’art. 5, par. 1, T.U.E.⁵⁹), che autorizza il Consiglio a darle vita,

⁵⁷ Rivolto ad evitare ingerenze esterne nel momento dell’impulso della giurisdizione: RICCIO, *Azione penale e politica delle riforme*, in *Arch. Pen.*, n. 3, 1992 (successivamente, in ID., *Ideologie e modelli del processo penale. Scritti*, Napoli, 1995, 170)

⁵⁸ La relazione è posta da RICCIO, *Il diritto di azione*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 112-115.

⁵⁹ «In ottemperanza al principio di sussidiarietà, l’obiettivo di combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione può, a motivo della sua portata e dei suoi effetti, essere conseguito meglio a livello di Unione. La situazione attuale, in cui i reati lesivi degli interessi finanziari dell’Unione sono perseguiti penalmente solo su iniziativa delle autorità degli Stati membri dell’Unione europea, non sempre consente di conseguire tale obiettivo in misura sufficiente. Poiché gli obiettivi del presente regolamento, in particolare rafforzare la lotta contro i reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione istituendo l’E.P.P.O., non possono essere conseguiti dai soli Stati membri dell’Unione europea a causa della di-

mediante regolamento ed «a partire da Eurojust», per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione⁶⁰. Primo organo dell'Unione euro-

sorganicità dell'azione penale nazionale contro i reati a danno degli interessi finanziari dell'Unione e possono dunque, a motivo della competenza dell'E.P.P.O. a perseguire tali reati, essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 TUE. In ottemperanza al principio di proporzionalità, quale enunciato in tale articolo, il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi e garantisce di incidere sugli ordinamenti giuridici e sulle strutture istituzionali degli Stati membri nella misura più contenuta possibile»: Considerando 12, Reg. Cfr. art. 5, par. 2, Reg. Con questi presupposti, l'istituzione della Procura europea conferma la concezione, consolidata, secondo cui «l'Europa non si sostituisce allo Stato nell'amministrazione della giustizia per il caso singolo, ma riconosce ai singoli una serie di diritti e detta regole di organizzazione e di funzionamento rivolte agli Stati» (GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 2), entrando, così, in uno «scenario giudiziario integrato» comune all'Unione europea e agli Stati membri (TESAURO, *Una Procura europea per l'Unione del futuro*, in *Studi in onore di Ugo Draetta*, a cura di Parisi, Meraviglia, Santini, Rinoldi, Napoli, 2011, 724).

⁶⁰ Specificamente: l'art.86 TFUE, al par. 1, recita: «Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo»; specifica, al par. 2, la competenza della Procura europea, stabilendo che «La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel par. 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri»; infine, definisce, al par. 3, il campo di applicazione materiale dei regolamenti da adottare a norma del medesimo articolo: «I regolamenti di cui al par. 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni». VENEGONI, *Commento all'art. 86 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea operativo*, a cura di Curti Gialdino, Napoli, 2012, 934 ss. Cfr., pure LUCHTMAN, VERVAELE, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, in *Utrecht Law Review*, 2014, n. 5, 144 ss. Nonostante l'interesse suscitato dalla proposta di creazione della Procura europea contenuta nel *Corpus iuris* del 1997 (DELMAS-MARTY, (a cura di) *Corpus Juris introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Parigi, 1997; sul *Corpus juris 2000*, DELMAS-MARTY, VERVAELE (a cura di), *La mise en oeuvre du dans les Etats membres Corpus Juris (The implementation of the Corpus Juris in the member States)*, vol. I, Antwerpen-Groningen-Oxford, 2000; *Corpus iuris contenente disposizioni penali per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di Grasso, Milano, 1997; *Il Corpus iuris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di Grasso, Sicurella; *Il Corpus Juris 2000: nuova formulazione e prospettive di attuazione*, a cura di Picotti, Padova, 2004) - evocativo delle codificazioni realizzate in epoca medioevale (*Corpus iuris civilis* e *Corpus iuris canonici*; in tema, RIONDATO, *Sull'arcipelago neo medioevale del diritto penale e dell'Unione europea. in margine al Corpus Juris per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999, p. 108 ss.) - il Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 non considerò la istituzione dell'E.P.P.O., optando per la scelta più morbida di configurare una unità di magistrati - Eurojust - con il compito di agevolare il *buon coordinamento* tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale e di *prestare assistenza nelle indagini* riguardanti casi di criminalità organizzata, cooperando con la Rete giudiziaria europea, allo scopo di esemplificare la esecuzione delle rogatorie. La scelta di fondo fu codificata negli artt. 29, par. 2 e 31 della Trattato di Nizza. Tuttavia, solo con la Proposta di Regolamento che istituisce la Procura europea, Bruxelles, 17

pea dotato di personalità giuridica, con poteri di «svolge[re] indagini, esercita[re] l'azione penale ed esplica[re] le funzioni di pubblico ministero dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri fino alla pronuncia del provvedimento definitivo» al fine di «individuare, perseguire e portare in giudizio» gli autori dei reati compresi nell'area P.I.F. (art. 4 Reg.), l'E.P.P.O. si svela un attore del tutto insolito nel panorama giudiziario europeo⁶¹, capace di favorire «una politica più coerente ed efficace in materia di azione penale per i reati a danno del bilancio dell'U.E., che consentirebbe di aumentare il numero di azioni penali e di condanne, nonché il tasso di dissuasione e di recupero dei fondi dell'Unione persi a causa di pratiche fraudolente»⁶². Dopo una lunga gestazione⁶³ durata quasi un quarto di secolo ed oltre quattro anni di intensi negoziati, il regolamento (U.E.) del Consiglio, relativo all'attuazione

luglio 2013 COM(2013) 534 final, il Consiglio ha delineò il progetto di una Procura europea istituita come organismo decentrato integrato nell'Unione ma basato sui sistemi giudiziari nazionali. Cfr., pure, il libro verde sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea (COM(2001) 715 def. dell'11 dicembre 2001) e il rapporto sulle reazioni a tale libro verde (COM(2003) 128 def. del 19 marzo 2003); nonché, la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (COM(2012) 363 final dell'11 luglio 2012).

Cfr., in tale prospettiva, le *Model Rules for the Procedure of the E.P.P.O. (The European Model Rules for the Procedure of the future European Public Prosecutor's Office are the outcome of a research project carried out at the University of Luxemburg in the period February 2010 - March 2012 with the financing of the Hercule II Programme of the EU Commission and the co-financing of the University of Luxemburg. The Model Rules were elaborated by a group of academics and practitioners working under the coordination of Professor Katalin Ligeti. The aim of the research project was to elaborate a set of rules with a model character delineating the investigative and prosecutorial powers of a European Public Prosecutor's Office (E.P.P.O.), the applicable procedural safeguards and the evidential standards)*, elaborate da un gruppo di esperti guidati da Katalin Ligesti per conto della Commissione europea, in <http://hdl.handle.net/10993/42085>. Sulla evoluzione storico-legislativa di E.P.P.O., AA. VV., *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di Grasso, Illuminati, Sicurella, Allegrezza, Milano, 2013.

⁶¹ Delineando «il progressivo superamento della logica propria della cooperazione giudiziaria, in favore di forme più avanzate di integrazione sul piano dell'esercizio dell'azione penale»: PRESSACCO, *La Corte di giustizia tra Procura europea e giurisdizioni nazionali*, in *Ind. Pen.*, n. 3, 2015, 530. In tale direzione già, DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, 1433; MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 641; PARISI, *La Procura europea: un tassello per lo spazio europeo di giustizia penale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 47 ss.

⁶² Commissione europea, Proposta di Decisione di esecuzione del Consiglio che modifica la decisione di esecuzione (UE) 2018/1696 del Consiglio, concernente le regole di funzionamento del comitato di selezione di cui all'articolo 14, par. 3, del regolamento (UE) 2017/1939, Bruxelles, 26.6.2020 COM(2020) 279 final 2020/0133 (NLE).

⁶³ Definita da DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in *Cass. pen.*, 2017, 807 ss. come una sorta di «fattispecie a formazione progressiva». In tema, diffusamente, ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, in AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di Picotti, Milano, 1999, 209 ss.

di una cooperazione rafforzata sull'istituzione di una Procura europea⁶⁴, adottato il 12 ottobre 2017, entra in vigore il 20 novembre dello stesso anno⁶⁵. Il 4

⁶⁴ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («E.P.P.O.»), in G.U.C.E., 31 ottobre 2017, L 283/1. Diffusamente, TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (E.P.P.O.): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Arch. Pen.*, 3, 2019.

⁶⁵ Sulla disciplina la letteratura è feconda. Fra gli altri, AA. VV., *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, a cura di Filippi, Gualtieri, Moscarini, Scalfati, Milano, 2010, 117 ss.; AA. VV., *Corpus juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, a cura di Bargis, Nosengo, Milano, 2003; ALLEGREZZA, *Pubblico Ministero e azione penale: stato dell'arte e prospettive di sviluppo*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di Coppetta, Torino, 2005; BALSAMO, *Il coordinamento tra la Procura generale della Corte di Cassazione e la Procura europea*, in *Sist. Pen.*, 4 dicembre 2019; BARGIS, *Corpus juris, pubblico ministero europeo e cooperazione internazionale*, Milano, 2002; ID., *Il pubblico ministero europeo nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 745 ss.; 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*, 2013, 122 ss.; KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini nazionalizzate*, in ID., *Processo penale e paradigmi europei*, cit., 63 ss. (già in *Cass. pen.* 2013, 4742 ss.); LASZLOCZKY, *Pubblico ministero europeo e azione penale europea*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 1999, 31 ss.; LEONE, *Note critiche sulla Procura europea dopo Lisbona*, in *Quad. cost.*, 2008, 648 ss.; LUPÁRIA, *Profili dell'azione penale" europea"*, in *Ind. Pen.*, 2001, 938 ss.; MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Milano, 2020, 108 ss.; PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Milano, 2002; PINELLI, *L'istituzione di una Procura europea: alcuni nodi ancora irrisolti*, in *Scritti in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 353 ss.; RUGGIERI, *Il pubblico ministero europeo: uno sconosciuto tra di noi*, in *Proc. pen. giust.*, 6, 2013; TONINI, *Il Pubblico ministero europeo nel Corpus juris sulla repressione delle frodi comunitarie*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, vol. 1, 1999, 3 ss.; ZWIERS, *The European Public Prosecutor's Office. Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Cambridge, 2011; ed i recenti contributi di AA. VV., *Shifting perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, a cura di Geelhoed, Erkelens, Meij, L'Aia, 2018; AA. VV., *La nuova procura europea: indipendenza, coordinamento tra Stati e tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di Ferrua, Gambini, Salvadori, Napoli, 2016; AA. VV., *The European Public Prosecutor's Office*, a cura di Erkelens, Meij, Pawlik, L'Aja, 2015; AA. VV., *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari nell'Unione europea*, Torino, 2014; AA. VV., *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di Camaldo, Torino, 2014; ALESCI, *La Procura europea per i reati lesivi di interessi finanziari: la proposta di regolamento tra luci e ombre*, in *Arch. Pen.*, 1, 2014; BALSAMO, *Il coordinamento tra la Procura generale della Corte di cassazione e la Procura Europea*, in *Sist. Pen.*, 4 dicembre 2019; BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla procura europea*, cit., p. 165 ss.; G. Borgia, *Pubblico ministero europeo: tra presente e passato, nuove prospettive alla luce dei recenti atti di terrorismo*, in *Arch. Pen.*, 2, 2016; CAMALDO, *La nuova fisionomia della Procura europea all'esito del semestre di presidenza italiana del Consiglio europeo*, in *Cass. pen.*, 2015, 807 ss.; CSONKA, JUSZCZAK, SASOS, *The establishment of the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucrim*, 2017, 125 ss.; DI PAOLO, MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una Procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la Proposta di Regolamento COM(2013)*, in *Cass. pen.*, 2014, 363 ss.; FIDELBO, *La cooperazione rafforzata come modalità d'istituzione della Procura europea*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016; GIUFFRIDA, *Cross-border crimes and the European Public Prosecutor's Office*, in *Eucrim*, 3, 2017, 149 ss.; GÖHLER, *To continue or not. Who Shall Be in Control of the European Public Prosecutor's Dismissal Decision*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 1, 104 ss.; KOSTORIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in

ottobre 2019, la legge n. 117 conferisce delega al Governo per l'adeguamento della normativa interna alle disposizioni regolamentari. Il 14 ottobre 2019 il Parlamento ed il Consiglio nominano Laura Codruța Kővesi procuratore capo europeo dell'E.P.P.O.⁶⁶; il 27 luglio 2020 il Consiglio designa i ventidue procuratori centrali componenti l'Ufficio centrale del nuovo organo europeo⁶⁷. A partire dal 21 novembre 2020, la Procura diventerà (dovrebbe diventare) operativa.

L'organizzazione. Il segmento normativo degli artt. 14-18 Reg. mostra la Procura europea come un ufficio dotato di potere giudiziario direttamente esercitabile nello Stato, sottratto al controllo del C.S.M. e di innegabile derivazione politica. Infatti, il procuratore capo europeo è nominato di concerto dal Parlamento europeo e dal Consiglio, dopo essere stato selezionato tra una rosa di candidati scelti dal comitato di selezione, per un mandato, non rinnovabile, di sette anni⁶⁸. I sostituti del procuratore capo europeo sono proposti dal col-

Manuale di procedura penale europea, a cura di Kostoris, 2019, 276 ss; MONETTI, *La Proposta di regolamento per la creazione dell'ufficio del pubblico ministero europeo*, in *Quest. Giust.*, 2014, n. 1, 217 ss.; PRESSACCO, *La Corte di giustizia tra Procura europea e giurisdizioni nazionali*, in *Ind. pen.*, 3, 2015, 525 ss.; RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3, 2018, 602 ss.; RUGGIERI, *Spigolature 'multilinguiste' nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia (note minime sull'obbligatorietà dell'azione penale nella proposta di istituzione del pubblico ministero europeo)*, in *Cass. pen.*, 2015, 793 ss.; SALAZAR, *La Procura europea*, in FALATO, *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, Napoli, 2019, 211 ss.; ID., *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della Procura europea (E.P.P.O.)*, in *Dir. Pen. Cont.*, n. 10, 2017; ID., *Habemus E.P.P.O.*, cit.; ID., *La procura europea è finalmente realtà: what's next...?*, in *Eurojus* (Web), 2017; SCIARABBA, *L'istituzione della Procura europea e la cooperazione rafforzata: nuove prospettive*, in *Europeanrights.eu*, 31 maggio 2017; SQUILLACI, *In margine alla proposta di istituzione della Procura europea per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2014; TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (E.P.P.O.)*, cit.; ID., *La proposta di regolamento UE avente ad oggetto l'istituzione di una Procura europea, nel contesto dei principi costituzionali dell'UE*, in *Dir. com. e sc. intern.*, 1-2, 2014, 259 ss.; VASTA, *Il Regolamento (UE) 2017/1939 istitutivo della Procura europea*, in *Proc. pen e giust.*, 1, 2018, 25 ss.; VENEGONI, *La Proposta legislativa della Commissione europea per istituire l'ufficio della Procura europea: analisi, problemi e prospettive*, in *Quest. Giust.*, 2014, 230 ss.; ID., *I nodi irrisolti della nuova Procura europea*, in *Giur. Pen.*, 12, 2017; ZANETTI, *La via italiana alla procura europea nella delega per l'implementazione del Regolamento (UE) 2017/1939*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2020, 264

⁶⁶ Decisione, (UE) 2019/1798 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 ottobre 2019 relativa alla nomina del procuratore capo europeo della Procura europea, in G.U.C.E., 28 ottobre 2019, L 274/1.

⁶⁷ Decisione di esecuzione (UE) 2020/1117 del Consiglio del 27 luglio 2020 relativa alla nomina dei procuratori europei della Procura europea, in G.U.C.E., 29 luglio 2020, L 244/18.

⁶⁸ «Il procuratore capo europeo è selezionato tra candidati che: a) sono membri attivi delle procure o della magistratura degli Stati membri, oppure procuratori europei attivi; b) offrono tutte le garanzie di indipendenza; c) possiedono le qualifiche necessarie per essere nominati alle più alte funzioni a livello di procura o giurisdizionali nei rispettivi Stati membri e vantano una rilevante esperienza pratica in materia di sistemi giuridici nazionali, di indagini finanziarie e di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale, o hanno svolto la funzione di procuratori europei, e d) possiedono una sufficiente espe-

legio⁶⁹ per un incarico rinnovabile di tre anni di durata non superiore a quella dei loro mandati di procuratore europeo. I procuratori europei, candidati dai rispettivi Governi, valutati dal comitato di selezione ed eletti dal Consiglio, svolgono l'ufficio per la durata di sei anni, non rinnovabile ma prorogabile per un massimo di tre anni⁷⁰. I procuratori europei delegati (P.E.D.), indicati dall'autorità competente degli Stati membri (in Italia, è stata affidata alla legge di delegazione la risoluzione della dicotomia Ministro della giustizia/C.S.M.), su proposta del procuratore europeo capo e previo accordo con la competente autorità nazionale in ordine al numero ed alla ripartizione funzionale e territoriale delle rispettive attribuzioni nello Stato membro, sono investiti dal collegio⁷¹. Ciascun membro dell'E.P.P.O., seppure secondo diverse modulazioni, ha derivazione politica in senso stretto ed è sottratto al controllo dell'organo interno di governo autonomo. Infatti, specularmente, gli artt. 8-13 Reg. definiscono compiti e principi regolatori della Procura europea, costituita da un "livello centrale" rappresentato dal collegio, dalle camere permanenti istituite dal collegio⁷²; dal procuratore capo europeo, dai procuratori europei e

rienza manageriale e le qualifiche per il posto in questione (...) 3. La selezione si basa su un invito generale a presentare candidature pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, a seguito del quale un comitato di selezione stabilisce una rosa di candidati qualificati da presentare al Parlamento europeo e al Consiglio. Il comitato di selezione è composto di dodici persone scelte tra ex membri della Corte di giustizia e della Corte dei conti, ex membri nazionali di Eurojust, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali, procuratori di alto livello e giuristi di notoria competenza. Una delle persone scelte è proposta dal Parlamento europeo. Il Consiglio stabilisce le regole di funzionamento del comitato di selezione e adotta una decisione che ne nomina i membri su proposta della Commissione»: art. 14, par.par. 2 e 3, Reg.

⁶⁹ «Il collegio dell'E.P.P.O. è composto dal procuratore capo europeo e da un procuratore europeo per Stato membro. Il procuratore capo europeo presiede le riunioni del collegio ed è responsabile della loro preparazione»: art.9, par. 1, Reg.

⁷⁰ «Ciascuno Stato membro designa tre candidati al posto di procuratore europeo tra candidati che: a) sono membri attivi delle procure o della magistratura dello Stato membro interessato; b) offrono tutte le garanzie di indipendenza; e c) possiedono le qualifiche necessarie per essere nominati ad alte funzioni a livello di procura o giurisdizionali nei rispettivi Stati membri e vantano una rilevante esperienza pratica in materia di sistemi giuridici nazionali, di indagini finanziarie e di cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale. 2. Il Consiglio, ricevuto il parere motivato del comitato di selezione di cui all'articolo 14, par. 3, seleziona e nomina uno dei candidati al posto di procuratore europeo dello Stato membro in questione. Se il comitato di selezione ritiene che un candidato non soddisfi le condizioni necessarie all'esercizio delle funzioni di procuratore europeo, il suo parere è vincolante per il Consiglio»: art. 16, par.par. 1 e 2, Reg.

⁷¹ «Su proposta del procuratore capo europeo, il collegio nomina i procuratori europei delegati designati dagli Stati membri. Il collegio può rigettare la designazione qualora la persona designata non soddisfi i criteri di cui al par. 2. I procuratori europei delegati sono nominati per un periodo rinnovabile di cinque anni»: art. 17, par. 1, Reg.

⁷² «Le camere permanenti sono presiedute dal procuratore capo europeo, o da uno dei sostituti del procuratore capo europeo, o da un procuratore europeo nominato presidente in conformità del regio-

dal direttore amministrativo⁷³. Il collegio è responsabile della «supervisione generale delle attività dell'E.P.P.O.», adotta «decisioni su questioni strategiche e di ordine generale derivanti da singoli casi, in particolare al fine di assicurare la coerenza, l'efficienza e l'uniformità della politica in materia di azione penale dell'E.P.P.O. in tutti gli Stati membri» (art. 2, par. 1, Reg.). Le camere permanenti costituiscono il principale snodo operativo della Procura, poiché «monitorano e indirizzano le indagini e le azioni penali condotte dai procuratori europei delegati (...) garantiscono il coordinamento delle indagini e delle azioni penali nei casi transfrontalieri (...) ove opportuno previo esame di un progetto di decisione proposto dal procuratore europeo delegato incaricato del caso, decidono in merito alle questioni seguenti: a) portare un caso in giudizio a norma dell'articolo 36, par. 1, 3 e 4; b) archiviare un caso a norma dell'articolo 39, par. 1, lettere da a) a g); c) applicare una procedura semplificata di azione penale e incaricare il procuratore europeo delegato di agire ai fini della pronuncia di un provvedimento definitivo nel caso a norma dell'articolo 40; d) rinviare un caso alle autorità nazionali a norma dell'articolo 34, par. 1, 2, 3 o 6; e) riaprire un'indagine a norma dell'articolo 39, par. 2.». Ancora. Se necessario, «le camere permanenti adottano le seguenti decisioni: a) incaricare il procuratore europeo delegato di avviare un'indagine conformemente alle disposizioni dell'articolo 26, par. da 1 a 4, qualora non sia stata avviata un'indagine; b) incaricare il procuratore europeo delegato di esercitare il diritto di avocazione a norma dell'articolo 27, par. 6, qualora il caso non sia stato avvocato; c) deferire al collegio le questioni strategiche o le questioni di ordine generale derivanti da singoli casi a norma dell'articolo 9, par. 2; d) assegnare un caso a norma dell'articolo 26, par. 3; e)

lamento interno dell'E.P.P.O. Oltre al presidente, le camere permanenti dispongono di due membri permanenti. Il numero di camere permanenti e la loro composizione, nonché la ripartizione delle competenze tra le camere, tengono debitamente conto delle esigenze funzionali dell'E.P.P.O. e sono determinati in conformità del regolamento interno dell'E.P.P.O.»: art. 10, par. 1, Reg.

⁷³ «Il direttore amministrativo è assunto come agente temporaneo dell'E.P.P.O. ai sensi dell'articolo 2, lettera a), del regime applicabile agli altri agenti. 2. Il direttore amministrativo è nominato dal collegio in base a un elenco di candidati proposto dal procuratore capo europeo, seguendo una procedura di selezione aperta e trasparente a norma del regolamento interno dell'E.P.P.O. Per la conclusione del contratto con il direttore amministrativo, l'E.P.P.O. è rappresentata dal procuratore capo europeo. 3. La durata del mandato del direttore amministrativo è di quattro anni. Entro la fine di tale periodo, il collegio effettua una valutazione che tenga conto dei risultati ottenuti dal direttore amministrativo. 4. Agendo su proposta del procuratore capo europeo, il quale tiene conto della valutazione di cui al par. 3, il collegio può prorogare una volta il mandato del direttore amministrativo per un periodo non superiore a quattro anni. (...) 6. Il direttore amministrativo risponde al procuratore capo europeo e al collegio»: art. 18, par. 1-4 e 6, Reg. Al direttore amministrativo è affidata la gestione amministrativa e di bilancio dell'E.P.P.O. (art. 19, par. 1, Reg.).

riassegnare un caso a norma dell'articolo 26, par. 5, o dell'articolo 28, par. 3; f) approvare la decisione di un procuratore europeo di condurre esso stesso l'indagine a norma dell'articolo 28, par. 4». Infine. La «competente camera permanente, agendo tramite il procuratore europeo incaricato di supervisionare l'indagine o l'azione penale, può in un caso specifico fornire istruzioni conformemente al diritto statale applicabile al procuratore europeo delegato incaricato del caso, ove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine o dell'azione penale, nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente dell'E.P.P.O.» (art. 10, parr. 2-5, Reg.). I procuratori europei, per conto della camera permanente, «supervisionano le indagini e le azioni penali di cui sono responsabili i procuratori europei delegati incaricati del caso nel rispettivo Stato membro di origine (...); presentano sintesi dei casi soggetti alla loro supervisione e, se del caso, proposte di decisioni di detta camera sulla base di progetti di decisioni elaborati dai procuratori europei delegati (...); possono, in un caso specifico e in osservanza del diritto nazionale applicabile e delle istruzioni impartite dalla competente camera permanente, impartire istruzioni al procuratore europeo delegato incaricato del caso, laddove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine e dell'azione penale o nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente dell'E.P.P.O.; se la legislazione nazionale di uno Stato membro prevede il riesame interno di taluni atti nell'ambito della struttura della Procura nazionale, il riesame di tali atti adottati dal procuratore europeo delegato rientra nei poteri di controllo del procuratore europeo incaricato della supervisione in conformità del regolamento interno dell'E.P.P.O., fatti salvi i poteri di supervisione e di monitoraggio della camera permanente» (art. 12, parr. 1, 3 e 4, Reg.).

Tale raffigurazione, a monte, chiarisce la natura giudiziaria di EPPO⁷⁴; a valle, rimbalza sull'azione e su tutto il sistema, aprendo a rinnovate prospettive di ricostruzione delle indagini preliminari europee secondo modelli teorici e di comportamento nazionali edificati sul canone dell'obbligatorietà⁷⁵.

⁷⁴ Tra l'altro, già evincibile dalla scelta del legislatore europeo di selezionare i procuratori europei tra i membri attivi degli uffici giudiziari degli Stati membri, attribuendo loro poteri investigativi e di esercizio dell'azione penale di fatto concorrenti con quelli della magistratura inquirente nazionale che cessano con l'avocazione o che hanno primazia qualora il caso sia devoluto alla Procura domestica competente. In letteratura, LIGETI, SIMONATO, *The European Public Prosecutor's Office: towards a truly European Prosecution Service?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, n. 1, 12 ss. Cfr., anche WHITE, *A Decentralised European Public Prosecutor's Office. Contradiction in Terms or Highly Workable Solution?*, in *Eu crim*, 2012, 2, 67 ss.

⁷⁵ Da Corte cost., 8 settembre 1995, n. 420 a Id., 6 dicembre 2018, n. 229.

Il “livello decentrato” è composto dai soli procuratori europei delegati, aventi sede negli Stati membri, che «agiscono per conto dell’E.P.P.O. nei rispettivi Stati membri e dispongono degli stessi poteri dei procuratori nazionali in materia di indagine, azione penale e atti volti a rinviare casi a giudizio; (...) sono responsabili delle indagini e azioni penali da essi stessi avviate, ad essi assegnate o da essi rilevate avvalendosi del diritto di avocazione; (...) seguono le indicazioni e istruzioni della camera permanente incaricata del caso nonché le istruzioni del procuratore europeo incaricato della supervisione; (...) sono responsabili di portare casi in giudizio e dispongono, in particolare, del potere di formulare l’imputazione, partecipare all’assunzione delle prove ed esercitare i rimedi disponibili in conformità del diritto nazionale» (art. 13, par. 1, Reg.). Presenti in numero di almeno due per Stato membro, i P.E.D. possono espletare anche le funzioni di pubblici ministeri nazionali, a condizione che ciò non impedisca loro di assolvere gli obblighi stabiliti dal regolamento. Quando operano per conto dell’E.P.P.O., sono obbligati a seguire esclusivamente le indicazioni e le istruzioni provenienti dal livello centrale rispondendo solo ad esso del proprio operato. I procuratori delegati, quindi, continuano ad essere inseriti nell’organico della magistratura, svolgendo con pienezza le funzioni giudiziarie presso l’autorità competente, mentre sono delegati dall’E.P.P.O. per i procedimenti di area P.I.F. (e per i reati connessi) avvocati o direttamente avviati in sede europea. In particolare, i P.E.D. conservano la funzione di “pubblici ministeri nazionali”, investigando su qualsiasi tipologia di reato; viceversa, assumono quella di “pubblici ministeri europei”, limitatamente ai «reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione previsti dalla direttiva (UE) 2017/1371» (art. 4 Reg.), che perseguono, nel ruolo di parte, davanti alle autorità giurisdizionali nazionali⁷⁶.

Dunque. La procura europea si presenta come un organo di derivazione governativa, gerarchizzato, i cui membri sono amovibili su impulso politico (artt. 14, par. 5; 15, par. 2; 16, par. 5; 17, par. 3, Reg.)⁷⁷, con pieni poteri giudiziari nel sistema interno, in netta contraddizione con le situazioni dell’autonomia e della indipendenza della magistratura che, nel nostro ordinamento, rappresentano la matrice storico-ideologica della strutturazione dei rapporti tra i poteri dello Stato disegnata dalla Carta costituzionale.

In questi termini, il modello europeo di azione penale propone una posizio-

⁷⁶ ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura*, cit., 210.

⁷⁷ Specificamente, su istanza politica diretta, nel caso del procuratore capo e del procuratore che possono essere rimossi dalla Corte di giustizia su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione; oppure derivata, come nel caso dei sostituti del procuratore capo europeo e dei PED.

ne istituzionale del procuratore delegato (da non confondere con il suo ruolo processuale) diversificata (ma non contrastante) rispetto a quella interna costruita intorno agli artt. 104, 1° co., 106, 107, 3° e 4° co., 112 Cost. Senza dubbio, si tratta di una proiezione del “genere del doppio binario”; tuttavia, si avverte che quel sistema non è espressione di un apparato autoritario ed alternativo, collidente con le linee costituzionali, in quanto l’E.P.P.O. non è struttura che vi si sostituisce, al contrario, coordinandovisi. Quel modello duale, sul fronte della struttura e del procedimento, infatti, nonostante scaturisca da un contesto di matrice securitaria, consentendo all’Unione di controllare l’attività di repressione penale europea⁷⁸, non edifica su una nuova “ordinarietà autoritaria” (secondo l’interpretazione classica della formula “doppio binario”⁷⁹) che contende il campo al processo garantito, rendendolo residuale per i reati di area P.I.F., in quanto metodi e condotte sono improntati, dallo stesso legislatore europeo, al principio di legalità e, immediatamente dopo, affidate agli itinerari normativi predisposti dal legislatore delegante. Sicché, le innegabili dicotomie normative, spesso poco intelligibili sul piano delle categorie dogmatiche (si pensi, in via esemplificativa, all’archiviazione) ma fisiologiche se si guarda alla “direzione” del regolamento verso una pluralità di Stati e di ordinamenti, sarebbero dovute essere ricondotte ad unità dalla legislazione nazionale, secondo un sistema di principi uniformi, congruo ad uno spazio giuridico comune ed efficace ad affrancare la disciplina europea dalle questioni di architettura interna e di compatibilità con il sistema giuridico statale. Si è preferito attestarsi, invece, su un terreno che alimenta tensioni e conflitti con le norme costituzionali coinvolte. Si vedrà.

3. *La incoerenza costituzionale della legge delega a proposito del regolamento.* L’E.P.P.O. è un “settore” sintomatico delle interrelazioni tra situazioni soggettive e sistema, in cui palesi sono le difficoltà di armonizzazione con il modello nazionale di azione; ma anche notevoli (sono) gli spazi di rinnovamento dogmatico. Per condurvi uno studio, però, è necessario, in premessa, liberarsi di un pregiudizio “culturale”, ovvero, la credenza che il conflitto tra “statuti” si radichi nella legislazione europea piuttosto che in quella statale⁸⁰. Si sottovaluta, infatti, che il legislatore europeo, proponendo “azioni comuni” parametricate alla dimensione transfrontaliera del fenomeno criminale, non

⁷⁸ KOSTORIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, cit., 280.

⁷⁹ RICCIO, *Ragionando sul doppio binario*, in *Arch. Pen.*, 2, 2017, 469 ss.

⁸⁰ Sul dibattito, per tutti, AA. VV., *Verso il pubblico ministero europeo. Indipendenza dell’accusa, obbligatorietà dell’azione penale e tutela del contraddittorio*, Pisa, 2013.

deve porsi problemi di “coerenza costituzionale” con l’assetto della magistratura italiana (né intesa come ordine nel suo complesso, né riguardo alla posizione dei singoli magistrati), essendo diverse le istituzioni destinatarie della sua opera, il loro tasso di politicità, la loro sensibilità democratica, i sistemi, le strutture, le discipline⁸¹.

Viceversa, la messa a punto delle direttive regolamentari nel contesto giuridico nazionale è compito spettante alla legge di delegazione, nonostante la diretta applicazione interna dell’atto (art. 288 T.U.E.), dei cui effetti sulla discrezionalità del legislatore delegato, si dirà. Di conseguenza, sarebbe stato opportuno prevedere un intervento legislativo che chiarisse i connotati e la latitudine dell’azione penale europea; che affrontasse il tema della indipendenza del pubblico ministero europeo nell’espletamento delle misure investigative ponendolo come problema interno da risolversi secondo la qualificazione giuridica del principio e la sua applicabilità secondo i canoni della tradizione legislativa italiana; che concorresse alla legittimazione costituzionale, alla nazionalizzazione della magistratura requirente europea, nonostante il nuovo organismo fondi, ontologicamente, sull’idea di una marcata integrazione con gli Stati nazionali e le autorità giudiziarie nazionali. All’opposto, talune articolazioni essenziali della legge delega rappresentano dati che alterano il genuino significato del rapporto azione-giurisdizione, soprattutto per quanto riguarda le situazioni del pubblico ministero/P.E.D. rivolte all’attuazione del giusto processo focalizzate dalla linea normativa degli artt. 104, 2° co.; 101, 2° co., Cost.; 105, 1° co.; 106, 1° co.; 107, 1° e 3° co.; 108, 1° co., Cost., nonché dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che, fin dalle origini, ha riconosciuto «all’indipendenza valore centrale per uno stato di diritto, sicché l’eventuale difetto di presidi a sua tutela può ridondare in vizio di incostituzionalità»⁸².

Lo diamo per notorio; perciò la sintesi. La Costituzione segna una svolta fis-

⁸¹ Nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri, il carattere di indipendenza non costituisce un necessario predicato degli organi inquirenti. Di recente, in via esemplificativa, la Francia, **con la riforma del CPP a partire dal 2014**, ha scelto di recidere il collegamento tra il potere esecutivo e quello giudiziario, elidendo **la soggezione della Procura alle eventuali istruzioni individuali del potere esecutivo, pur residuando la possibilità per il Ministro della Giustizia di impartire istruzioni generali (art. 30 c.p.p.)**. **Circo-**
stanza, l’ultima, ritenuta irrilevante di recente, sul fronte della garanzia dell’indipendenza della magistra-
tura requirente, dalla Corte di giustizia (Corte giust. UE UE, 12 dicembre 2019, C-566/19 e C-626/19). A proposito dell’ordinamento francese, cfr., Corte EDU, 10 luglio 2008, Medvedev e altri c. Francia; Id., GC, 29 marzo 2010, Medvedev e altri c. Francia e Id., 23 novembre 2010, Moulin c. Francia. In argomento, MOLINS, NADAL, *È urgente garantire lo statuto d’indipendenza dei magistrati del pubblico ministero* (trad. a cura di Bruti Liberati), in *Quest. Giust.*, 18 settembre 2020.

Dispongono, invece, di un ufficio di Procura costituente parte integrante dell’esecutivo, subordinato al Ministero della giustizia, l’Austria, la Danimarca, la Germania ed i Paesi Bassi.

⁸² Corte cost., 22 gennaio 1970, n. 6.

sando i principi di autonomia e di indipendenza della magistratura⁸³ in qualità di «valori strumentali alla legalità e all'obiettività dell'amministrazione della giustizia»⁸⁴. L'idea ispiratrice della formulazione del titolo IV della parte II, dedicato a «La magistratura», riflette l'esigenza di assicurare ai singoli magistrati e all'organo nel suo complesso la piena indipendenza da qualsiasi altro potere e, in particolare, dal potere esecutivo. In questa direzione, l'art. 104, 1° co., Cost. – accorsato dall'art. 101, 2° co., Cost.⁸⁵ –, affermando che «la magi-

⁸³ NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in AA. VV., *Fascismo e società italiana*, a cura di Quazza, Torino 1973.

⁸⁴ FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura tra vecchio e nuovo ordinamento giudiziario*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 6.

⁸⁵ La Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 22 del 16 aprile 1959, nell'interpretare il combinato disposto degli artt. 101 e 104 Cost. ha affermato che l'art. 101, enunciando il principio della indipendenza del singolo giudice, ha inteso indicare che «il magistrato nell'esercizio della sua funzione non ha altro vincolo che quello della legge». In tale contesto, l'art. 104 «intende invece porre il principio della indipendenza della organizzazione giudiziaria nel suo complesso», nel senso che «l'ordine della magistratura non deve dipendere da altro potere e deve essa disporre per ciò che riguarda il suo stato». Conformi, Corte cost., 26 giugno 1962, n. 8; Id., 12 dicembre 1963, n. 168; Id., 11 aprile 1964, n. 91; Id., 30 aprile 1968, n. 44; Id., 27 marzo 1969, n. 60; Id., 28 dicembre 1970, n. 80; Id., 15 novembre 1982, n. 135. Successivamente, la giurisprudenza costituzionale ha precisato l'assunto in termini decisamente più complessi. La sentenza n. 142 del 18 luglio 1973 si preoccupò di rilevare che il principio di cui al primo co. dell'art. 104, sistematicamente inquadrato nel contesto delle altre disposizioni della Sezione I del Titolo IV, non si esauriva in una mera ripetizione del principio della indipendenza dei giudici, di cui all'art. 101, 2° co., Cost. Piuttosto l'ordine giudiziario, nel suo duplice aspetto di complesso di uffici e di *ordo personarum*, si trovava in sé ad essere garantito attraverso la menzione della sua autonomia, distinta sì dalla sua indipendenza, ma in stretta connessione con questa. La parola, utilizzata in senso generico e non tecnico, stava appunto a significare una disciplina diversificata che la Costituzione voleva fosse riservata ai magistrati, sia garantendo loro direttamente l'inamovibilità, nei sensi e alle condizioni di cui all'art. 107, 1° co., Cost. sia sottraendoli ad ogni dipendenza da organi del potere esecutivo. Di recente, la Corte, a proposito degli artt. 101 e 104 Cost., ha ribadito che il principio di indipendenza esterna della magistratura «si atteggia a principio supremo e strutturale della tradizione costituzionale liberale, non suscettibile di attenuazioni (...) non può essere inciso da atti vincolanti provenienti dalle pubbliche amministrazioni o da qualsiasi altra volontà che non sia quella obiettiva della legge. L'indipendenza della magistratura da ogni interferenza esterna rappresenta, peraltro, anche una fondamentale garanzia del giusto processo. La sua menomazione implicherebbe, pertanto, anche la violazione del diritto di accesso al giudice da parte dei consociati, consacrato quale diritto supremo e universale dall'art. 24 Cost.»: Corte cost., 5 luglio 2018, n. 142. Conforme, Corte cost., 16 novembre 2000, n. 497. In questa direzione, anche la Corte di giustizia, secondo la quale, «il requisito di indipendenza, che esclude che il potere decisionale dei pubblici ministeri formi oggetto di istruzioni esterne al potere giudiziario, provenienti in particolare dal potere esecutivo, non vieta le istruzioni interne che possono essere impartite ai magistrati della procura dai loro superiori gerarchici, essi stessi magistrati della procura»; Corte giust. UE UE, 12 dicembre 2019, C-566/19 e C-626/19. La posizione europea sul pubblico ministero è stata espressa chiaramente anche nella Raccomandazione (2000)19 (soprattutto nel par. 24: «*In the performance of their duties, public prosecutors should in particular: a). carry out their functions fairly, impartially and objectively; b). respect and seek to protect human rights, as laid down in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*»), adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 6 ottobre 2000, dalla quale emerge la necessità di uniformare i mo-

struttura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», esclude qualsiasi correlazione del potere giudiziario con l'esecutivo e con quelli esterni ad esso, oltre che con gli stessi giudici. *Modi*, a ben vedere, strettamente correlati: un'organizzazione verticistica che comprime l'indipendenza interna facilita il condizionamento dall'esterno, laddove l'orizzontalità del potere giudiziario, la sua natura diffusa rappresentano un ostacolo per eventuali tentativi di ingerenza degli altri poteri, che, in mancanza di una «catena di comando»⁸⁶, non possono irradiarsi all'intero corpo. Ed efficacemente presidiati dalla previsione che «spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati» (art. 105, 1° co., Cost.), che le nomine «hanno luogo per concorso» (art. 106, 1° co., Cost.); che i magistrati sono inamovibili (art. 107, 1° co., Cost.) e che «si distinguono soltanto per diversità di funzioni» (art. 107, 3° co., Cost.). Si aggiunga, la riserva di legge posta dall'art. 108, 1° co., Cost. a proposito delle norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni *species* di magistratura.

Quanto alla posizione del pubblico ministero, se è vero che l'art. 107, 4° co., Cost., disponendo che «gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario» (quindi, dalla legge ordinaria), potrebbe far pensare ad un difetto di tutela della sua indipendenza, è altrettanto certo che il principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale (art. 112

delli organizzativi della magistratura requirente degli Stati membri, limitando le influenze del potere esecutivo. ZWIERS, *The European Public prosecutor's Office. Analysis of a Multilevel Criminal Justice System*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011.

Cfr., *Opinion No. 12 (2009) of the Consultative Council of the European Judges (CCJE) and Opinion No. 4 (2009) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the relations between judges and prosecutors in a democratic society*, Strasburg, 8.12.2009; e *Consultative Council of European Judges, Magna Charta of Judges (Fundamental Principles)*, Strasburg, 17.11.2010 (i commenti di BALSAMO, *La Magna Carta dei giudici (e dei pubblici ministeri): la separazione dei poteri fra tradizione e modernità*, in *Criminalia*, 2010, 545 ss. e di MAIELLO, *Il potere e i diritti nei chiaroscuri della Magna Carta dei giudici*, ivi, 2010, p. 559 ss.); *Report on European Standards as regards the independence of the judicial system: Part II - The Prosecution Service. Adopted by European Commission for Democracy through Law (Venice, 17-18 December 2010)*, Strasburg, 3.01.2011; *Opinion n. 9 (2014) of the Consultative Council of European Prosecutors to the Committee of Ministers of the Council of Europe on European norms and principles concerning prosecutors*, Strasbourg, 17.12.2014 (la cd. Carta di Roma). Per una visione compendiativa dei documenti elaborati nel contesto del Consiglio d'Europa, per tutti, MONETTI, *Il problema del pubblico ministero. Le linee di tendenza più recenti nel dibattito internazionale, in Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, a cura di Faletti, Piccone, Bari, 2012, p. 314 ss.

⁸⁶ BORRÈ, *C'è ancora una «carriera» in magistratura?*, in AA. VV., *La professione del giudice*, a cura di Pignatelli e Viazi, Milano 1986, 94.

Cost.) postuli l'autodeterminazione del soggetto al quale spetta promuoverla⁸⁷. Sicché, può affermarsi che «ragionando sull'assetto costituzionale delle situazioni soggettive secondo la metodologia che raccoglie - unificandole - le garanzie d'ordine e quelle funzionali, nonché i diritti procedurali», risulta evidentemente che «al pubblico ministero appartengono le garanzie d'ordine della magistratura» (art. 104 co. 1; 107 co. 1; 108 e 105 Cost.); che «egli è portatore - come il giudice - di una garanzia di indipendenza individualizzata» (è questo il contenuto politico dell'art. 112, interfaccia dell'art. 101, co. 2 Cost.⁸⁸); che «il diritto alla giurisdizione a tutela della pretesa punitiva della collettività (art. 24 comma 1) è affidato a lui sotto forma di "obbligatorietà" dell'azione (versante giuridico dell'art. 112 Cost.)»⁸⁹.

Su questo terreno si palesano la carenza, culturale, dogmatica ed ordinamentale della delega legislativa, che ferisce la funzione requirente ed il tema dell'azione; e l'incuria dei principi della indipendenza e della obbligatorietà, che realizza una illecita degenerazione del progetto costituzionale di azione penale, che aveva collocato entrambe nel versante della "legalità" del sistema⁹⁰, giammai in quello della sua "efficienza"⁹¹. Il *vulnus* riguarda la collocazione istituzionale del procuratore europeo delegato, preservandone, viceversa (si dimostrerà) l'assetto processuale ed è tanto più grave se si consideri che i poteri della parte pubblica del processo⁹² ed i relativi profili organizzativi si presentano indispensabili a focalizzare i meccanismi dell'azione ed a tutelare la naturale dialetticità del processo. Di questa compenetrazione di garanzie

⁸⁷ Corte cost., 12 giugno 1970, n. 190; Id., 29 aprile 1975, n. 96; Id., 8 febbraio 1991, n. 72; Id., 15 febbraio 1991, n. 88; Id., 8 novembre 1995, n. 46; Id., 30 dicembre 1997, n. 457. Di recente, Corte cost., 6 dicembre 2018, n. 229; Id., 13 dicembre 2016, n. 261; Id., 24 aprile 2009, n. 121. Cfr., Corte cost., 4 giugno 1964, n. 43 e Id., 1 dicembre 1976, n. 52.

⁸⁸ Corte cost., 8 settembre 1995, n. 420; Id., 26 marzo 1993, n. 111.

⁸⁹ RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 187-189, ma già in *Riforma dell'ordinamento del pubblico ministero*, cit., p. 33. In tema, di recente, ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in *Rivista AIC, Osservatorio costituzionale*, 6, 2019, 83 ss.

⁹⁰ «La legalità, nel quadro costituzionale, è la massima garanzia dell'accusato, assicurando tanto la correttezza del comportamento delle autorità procedenti quanto il miglior sviluppo procedimentale nel solco delle regole del giusto processo. il percorso della legalità è quello che conduce, in un sistema democratico, non tanto e non solo a una decisione prevedibile, quanto a una decisione giusta, la cui giustizia sta proprio nel rispetto delle regole adottate con metodo democratico»: MAZZA, *Le garanzie deboli*, cit., 111-112.

⁹¹ RICCIO, *Garantismo e dintorni*, cit., 61.

⁹² Guarentigie riconosciute al pubblico ministero nazionale dalla Corte costituzionale, rispettivamente, a partire da Corte cost., 9 aprile 1963, n. 40 (seguita dagli omologhi arresti nn. 41 e 42 del 9 aprile 1963), Id., 27 novembre 1963, n. 148 (conformi: Corte cost., 28 novembre 1968, n. 117; Id., 29 aprile 1975, n. 96; Id., 16 marzo 1976, n. 52; Id., 15 maggio 1990, n. 249).

non v'è traccia nella legge di delegazione⁹³.

In questo iniziale contesto, le criticità investono il “profilo ordinamentale” dell'azione prospettata dalla delega; riguardano la conciliabilità dell'assetto codicistico delegato con quello costituzionale (segnatamente con il combinato disposto degli artt. 104, 1° co.; 106, 1° co.; 107, 1° e 4° co.; 108, 2° co.; 112; 105, Cost.) e derivano sia dal disposto dell'art. 4, co. 3, lett. a) e c) - laddove si chiede al Governo di individuare «l'autorità competente» alla designazione dei tre candidati al ruolo di procuratore europeo e di procuratore europeo delegato (P.E.D., nominati dal collegio dell'E.P.P.O. su proposta del procuratore capo europeo) nonché «i criteri e le modalità di selezione che regolano la designazione e il relativo procedimento» - quanto dai co. 4-9, con i quali si prevede che in fase di prima attuazione, dunque, fino alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi attuativi, la procedura per la designazione sia effettuata mediante un meccanismo di concorso tra C.S.M. e Ministro della giustizia. Eppure, la Costituzione, nell'art. 106 Cost. (letto in combinazione con gli artt. 104-107 Cost⁹⁴), individua il principio concorsuale come metodo principale per il reclutamento dei magistrati ordinari, ritenuto - come emerge dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente - il più idoneo a garantire l'indipendenza dei soggetti così reclutati. Di conseguenza, questo (il concorso), non quella (la individuazione di un'autorità), avrebbe dovuto costituire il parametro di valore da usarsi come criterio di nomina. La prospettiva, invece, è vedere profondamente (de)strutturata la qualificazione giuridica del principio di indipendenza dei pubblici ministeri italiani afferenti all'E.P.P.O., riconosciuta loro - vale la pena ripetere - sul fronte dello statuto interno, dal combinato disposto degli artt. 104, 1° co.; 106, 1° co.; 107, 4° co. (e 1°); 108, 2° co.; 112; 105, Cost.; nonché gravemente compromessa la funzione politica dell'art. 112 Cost. (in relazione ai reati P.I.F.)⁹⁵. Infatti, non può escludersi che

⁹³ Le criticità del prodotto legislativo sono anche di altra natura. Analizzarle tutte, sfugge all'economia del nostro studio, dovendoci concentrare sulle situazioni del pubblico ministero messe in discussione dal regolamento istitutivo dell'E.P.P.O. Sicché, per le prime si rinvia ai contributi di BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla procura europea: il punto della situazione*, in *Sist. pen.*, 7, 2020, 165 ss. e di ZANETTI, *La via italiana alla procura europea*, cit., 264 ss.

⁹⁴ Corte cost., 21 gennaio 1967, n. 1.

⁹⁵ Si è scritto: «portando in chiaro il complesso nucleo racchiuso nell'art. 112 Cost. ed il suo valore politico, l'obbligatorietà dell'azione penale costituisce sicuro ossequio ai principi di legalità e di uguaglianza, che sottraggono l'instaurazione del processo penale ad apprezzamenti discrezionali», sicché, «l'obbligatorietà dell'azione penale sarebbe gravemente compromessa dalla eventuale sottomissione dell'attività del pubblico ministero alla direzione o a controlli di organi politici, essendo essa affermata in Costituzione come elemento che concorre a garantire l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione»: RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., pp. 187-189, ma già in *Riforma dell'ordinamento del pubblico ministero*, cit., 33. Diversamente, cioè, nel senso che la obbligatorie-

la “investitura politica” del procuratore europeo e del P.E.D. – non esaurendosi nella mera designazione, essendo assegnato all’autorità competente il compito di «concludere con il procuratore capo europeo l’accordo diretto a individuare il numero dei procuratori europei delegati nonché la ripartizione funzionale e territoriale delle competenze tra gli stessi» – possa compromettere le situazioni del pubblico ministero europeo rivolte all’attuazione del giusto processo.

È questo il nervo scoperto della legge delega che mette in crisi la indiscutibile ed indiscussa convinzione secondo cui il pubblico ministero gode di pari dignità, di eguali prerogative, di garanzie e di responsabilità identiche a quelle del giudice. Per cui, qualora si codificassero forme di collegamento tra magistratura europea ed organi politici, esse troverebbero nel principio di obbligatorietà un limite destinato necessariamente ad annullarne la incidenza, dal momento che sarebbero costituzionalmente illegittime.

Ora, mentre la legislazione interna si muove, patologicamente, su linee di (ir)ragionevolezza esterna alla Costituzione; il regolamento, fisiologicamente, agisce secondo direttrici coerenti alla razionalità interna del sistema giuridico europeo da cui scaturisce, di un settore, dunque, sintomaticamente estraneo ai problemi di politica costituzionale dei singoli Stati membri. S’è accennato. Sicché, nel contesto della delega si sarebbe dovuta realizzare la tutela delle situazioni soggettive – legata alle interconnessioni tra indipendenza ed obbligatorietà dell’azione penale – investite dall’attività dell’E.P.P.O.; il legislatore delegante avrebbe dovuto dettare criteri direttivi idonei ad adeguare (non a recepire) il regolamento in maniera conforme alla natura politica della obbligatorietà dell’azione penale come garanzia di indipendenza esterna del pubblico ministero. Insomma, la legislazione nostrana – non anche le istituzioni europee – avrebbe dovuto considerare che sottrarre indipendenza ad uno dei soggetti della triade giudiziaria fa correre il rischio di alterarne significativa-

tà dell’azione penale «affievolisce» la dipendenza del pubblico ministero dall’esecutivo, tra gli altri, FOSCHINI, *Il pubblico ministero in un processo penale a struttura giurisdizionale*, in *Justitia*, 1967, 36; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, I, 432 ss. e ID., *Garanzie del processo penale*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Milano, 1965, 136; SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 408 e, successivamente, DINACCI, *Prospettive sistematiche del processo penale*, Padova, 1975, 147 ss. Esclude qualsiasi interazione CORSO, *Il pubblico ministero nel sistema costituzionale*, cit., p. 887-888, secondo cui «la regola posta dall’art. 112 Cost. fornisce una indicazione netta nel senso della distinzione e separazione [tra pubblico ministero e giudice]. Se il pubblico ministero è titolare del diritto di azione, egli è perciò stesso estraneo all’esercizio della giurisdizione: perché tale esercizio è provocato dall’azione, ma da questa nettamente si distingue». La cornice storica che inquadra la figura del pubblico ministero è tratteggiata da VILLANI, *Il pubblico ministero nel processo. I, Profilo storico*, Bologna, 1965.

mente (anche) l'equilibrio delle funzioni nel processo; tanto, pure nel caso della repressione dei reati contro gli interessi finanziari dell'Unione, in quanto, anche qui, sono evidenti le interconnessioni tra "sistema istituzionale dell'azione" e "funzione processuale dell'azione", come dimostrano le coordinate normative degli artt. 6, par. 1; 4; 36, par. 4; 42, Reg.

Nasce qui la convinzione che se la indipendenza della magistratura (art. 104, 1° co., Cost.) è sostenuta da una serie di presidi (artt. 101, 104-108, Cost.) funzionali a tradurla in effettiva realtà istituzionale, la scelta metodologica costituzionalmente coerente sarebbe dovuta essere fatta a monte, dando rilievo al profilo delle modalità di reclutamento dei magistrati da candidare alla Procura europea, piuttosto che delegare il Governo ad individuare un'autorità a cui attribuire un potere di scelta insindacabile in ordine all'esercizio delle funzioni giudiziarie europee, correndo il rischio di creare centri di potere incontrollabili. Solo una scelta in questi termini avrebbe garantito la legittimità costituzionale dei successivi decreti legislativi, allo stato dell'arte fortemente in discussione. Viceversa, aver abdicato alle prerogative costituzionali di *status* del pubblico ministero, costituisce opera ermeneutica scorretta e di per sé illegittima sul terreno statutario; è tentativo politico che manifesta l'intenzione strumentale di aggirare l'obbligo costituzionale di una previsione *ad hoc* (art. 112 Cost. letto nel contesto dell'art. 104, 1° co., Cost.) e, in ogni caso, contrario al principio di armonizzazione dettato dall'art. 67, par. 1, T.F.U.E.

Ancora sulla tutela della situazione soggettiva dell'indipendenza, la illegittimità della delega si manifesta pure sul fronte sovranazionale. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha costantemente affermato che la stessa, sotto l'aspetto esterno, esige che l'organismo eserciti le proprie funzioni in piena autonomia, senza soggiacere a vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni di qualsivoglia origine, in modo da essere tutelato dinanzi agli interventi o alle pressioni esterne suscettibili di compromettere l'autonomia di giudizio dei suoi membri e di influenzarne le decisioni di questi⁹⁶. Soprattutto – al fine che qui interessa – i giudici

⁹⁶ Da ultime, Corte giust. UE, 21 gennaio 2020, C-274/14; Id., 8 aprile 2020, C-791/19; Id., 12 dicembre 2019, C-566/19 e C-626/19; Id., 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18, C-625/18; Id., 25 luglio 2018, C-216/18; Id., 27 febbraio 2018, C-64/16; Id., 5 luglio 2016, C-614/14.; Id., 18 ottobre 2011, da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09. Nella stessa direzione, la giurisprudenza consolidata della Corte europea. Di recente Corte EDU, 4 febbraio 2020, Alexandru Iancu c. Romania; Id., 8 ottobre 2019, Zelikha c. Russia; Id., 25 luglio 2019, Svanidze c. Georgia; Id., 18 luglio 2019, Rustavi e altri c. Georgia; Id., 12 marzo 2019, Gudmundur c. Islanda; Id., 13 novembre 2018, Zhang c. Ucraina; Id., 25 settembre 2018, Denisov c. Ucraina; Id., 28 agosto 2018, Khodyukevich c. Russia; ma già, tra le altre, Id., 31 ottobre 2017, Kamenos c. Cipro; Id., 22 novembre 2016, Kerman c. Turchia; Id., 17 novembre 2015, Tanisma c. Turchia; Id., 17 luglio 2013, Morice c. Francia; Id., 20 novembre 2012, Harabin c.

europei confermano che «l'inamovibilità dei membri dell'organo di cui tratta-
si costituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici, in quanto mi-
ra a proteggere la persona di coloro che hanno il compito di giudicare»⁹⁷, sot-
tolineandone «l'importanza capitale»⁹⁸; sicché, pur non avendo valore assolu-
to, sono ipotizzabili eccezioni «solo a condizione che ciò sia giustificato da
motivi legittimi e imperativi, nel rispetto del principio di proporzionalità». In
concreto, si ammette «che i giudici possano essere rimossi ove siano inidonei
a continuare ad esercitare le loro funzioni a motivo di un'incapacità o di una
grave violazione, rispettando a tal fine procedure appropriate». Si chiarisce
che «la garanzia di inamovibilità dei membri di un organo giurisdizionale esi-
ge che i casi di rimozione dei membri di tale organo siano determinati da una
normativa particolare, mediante disposizioni legislative espresse che forniscano
garanzie ulteriori rispetto a quelle previste dalle norme generali»⁹⁹. E si
conclude nel senso che «tale garanzia implica l'esistenza di disposizioni, se-

Slovacchia; ; Id., 6 ottobre 2011, Agrokompleks c. Ucraina; Id., 26 ottobre 2010, Cordova c. Spagna;
Id., 22 dicembre 2009, Parlov-Tkalcic c. Croazia; Id., 9 ottobre 2008, Moiseyev v. Russia; Id., 26 mag-
gio 2005, Majorana c. Italia; Id., 26 agosto 2003, Filippini c. San Marino; Id., 18 maggio 1999, Nimm-
Hansen c. Danomarca; Id., 22 novembre 1995, Bryan c. Regno Unito; Id., 25 novembre 1993, Holme
c. Svezia; Id., 29 aprile 1988, Belilos c. Svizzera; Id., 22 ottobre 1984, Sramek c. Austria; Id., 28 giugno
1984, Campbell e Fell c. Regno Unito; Id., 1° ottobre 1982, Piersack c. Belgio. Anzi, per la Corte euro-
pea Al fine di verificare se un *tribunale* possa essere considerato indipendente come richiesto dall'art. 6
par. 1, anche le impressioni percepite dall'esterno possono assumere un certo rilievo. A ben vedere, ciò
che viene in considerazione è la fiducia che i tribunali, in una società democratica, devono ispirare nel
pubblico e soprattutto, per ciò che concerne i processi penali, nell'imputato (Corte EDU, 25 settembre
2001, Şahiner c. Turchia). Quando la Corte si trova a dover valutare la sussistenza di una ragione legiti-
tima per temere che un tribunale manchi di indipendenza o imparzialità, il punto di vista dell'imputato
è certamente importante ma non decisivo. La decisività, invece, risiede nell'obiettivo giustificabilità dei
dubbi sollevati dall'imputato stesso circa l'indipendenza del tribunale che dovrà giudicarlo (Corte EDU,
9 giugno 1998, Incal c. Turchia). Di certo, non sorgono problemi circa l'indipendenza del tribunale,
laddove la Corte ritenga che un "osservatore obiettivo" non avrebbe alcuna ragione di preoccupazione
nel caso concreto (Corte EDU, 25 agosto 2005, Clarke c. Regno Unito). È diversa, invece, la qualifica-
zione di indipendenza interna, che la Corte di giustizia collega alla nozione di «imparzialità», riguardando
«l'equidistanza rispetto alle parti della controversia ed ai loro rispettivi interessi in rapporto
all'oggetto di quest'ultima»; aspetto che impone «il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia
interesse nella soluzione della controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica»:
Corte giust. UE, 16 luglio 2020, C-658/18. Conformi, a partire da Corte giust. UE, 30 marzo 1993, C-
24/92, fino a Id., 16 febbraio 2017, C-503/15. Vi sono diverse pronunce della Corte europea che ripe-
tono la indissociabilità della indipendenza dalla imparzialità. Tra le altre, Corte EDU, 22 ottobre 2019,
Deli c. Moldavia; Id., 24 marzo 2015, Pop c. Romania; Id., 25 febbraio 1997, Findlay c. Regno Unito.
Cfr., Corte cost., 12 luglio 2017, n. 164; Id., 18 gennaio 1989, n. 18.

⁹⁷ Corte giust. UE, 16 luglio 2020, C-658/18, cit. Allo stesso modo, Corte EDU, GC, 15 ottobre 2009,
Micallef c. Malta; Id., 26 febbraio 2002, Morris c. Regno Unito.

⁹⁸ Corte giust. UE, 24 giugno 2019, C-619/18.

⁹⁹ Corte giust. UE, 16 luglio 2020, C-658/18, cit., ma già, Id., 9 ottobre 2014, C-222/13; Id., 19 settem-
bre 2006, C-506/04.

gnatamente relative alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni, nonché alle cause di astensione, di ricasazione e di rimozione dei suoi, che consentano di fugare, negli amministrati, qualsiasi legittimo dubbio in merito alla impenetrabilità di detto organo dinanzi a elementi esterni»¹⁰⁰. Con il medesimo ordine di idee ragiona la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha dedicato al tema grande attenzione, evidenziandone la rilevanza oltre lo stretto ambito della giurisdizione, ritenendola condizione indispensabile per realizzare e mantenere la democrazia e la preminenza del diritto; premesse imprescindibili perché un sistema di protezione dei diritti fondamentali possa esistere¹⁰¹.

Rispetto a questa intricata situazione, v'è chi, non avvertendo la crisi del profilo istituzionale dell'azione, ritiene che «la scelta più coerente, in forza dell'art. 105 Cost., sarebbe quella di individuare nel Consiglio Superiore della Magistratura l'autorità competente a designare i candidati ai posti di procuratore europeo e procuratore europeo delegato - oltre che a prendere accordi con il procuratore capo europeo -». Del resto, si dice, «è all'organo di autogoverno dei magistrati che è attribuito in via esclusiva proprio il potere di conferimento di incarichi di natura giurisdizionale»¹⁰². Siamo di diverso avviso; abbiamo diffusamente criticata l'opera del delegante, perché priva di ogni attenzione circa le ricadute sistemiche della presa di posizione assunta. Dunque, per noi, è in discussione la legittimità dell'opera, prima ancora del merito. Epperò, se pure si volesse percorrere la strada battuta dalla dottrina (ma non si vuole), dunque, se si volesse ignorare che la indipendenza del pubblico ministero innesta, politicamente, l'assetto democratico del Paese e, proceduralmente, la filosofia garantista del processo giusto, la ricerca delle ragioni di continuità con quella letteratura e della loro conciliabilità con il sistema costituzionale suggerirebbe di cercare conforto nell'art. 10 L. n. 195 del 1958 - interpretato in combinato disposto con gli artt. 105, 106, 107, Cost. - che, concludendo l'elenco di assegnazioni, in gran parte specificativo delle previsioni costituzionali, con una specifica riserva di legge (il C.S.M. «delibera su ogni altra mate-

¹⁰⁰ Corte giust. UE, 9 ottobre 2014, C-222/13, cit.

¹⁰¹ Corte EDU, 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Belgio*; Id., 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*; Id., 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*; Id., 23 ottobre 1990, *Moreira de Azevedo c. Portogallo*.

¹⁰² «In effetti, già a questo organo è stato affidato il compito di designare - sebbene di concerto con il Ministro della Giustizia - i primi tre candidati al posto di procuratore europeo (tra i magistrati requirenti o giudicanti in possesso almeno della quarta valutazione di professionalità, anche se collocati fuori dal ruolo organico della magistratura, che abbiano presentato apposita candidatura), secondo una procedura per così dire provvisoria, introdotta con la legge di delegazione nell'attesa che si attui quanto prescritto dalla stessa legge, comunque nel rispetto dei criteri indicati nel Regolamento»: BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento*, cit., 169-170.

ria attribuita dalla legge»), autorizzerebbe interpretazioni estensive. Non anche, come fa la dottrina, nell'105 Cost., in cui la tassatività delle attribuzioni al C.S.M., ne escluderebbe qualsiasi capacità espansiva.

3.1. *Analisi e critiche degli ulteriori criteri di delega fissati per armonizzare l'azione penale europea con il sistema costituzionale dell'azione.* Sempre nel versante delle riflessioni dogmatiche sull'assetto costituzionale dell'azione, si rivelano le ulteriori criticità di un approdo sistematico nazionale incompatibile con gli indirizzi metodologici e di valore del Costituente sul fronte della tutela delle situazioni del pubblico ministero.

È quanto accade in tema di adeguamento dell'ordinamento giudiziario alle disposizioni del Regolamento relative alla possibile «rimozione dall'incarico» del pubblico ministero nominato P.E.D. (ed alle sanzioni disciplinari nei suoi confronti in conseguenza dell'incarico rivestito nell'ambito della Procura europea (art. 4, co. 3, lett. g), L. n. 117 del 2019), nonostante - s'è detto - l'art. 107, 1° co., Cost. interpretato nell'ottica dettata dagli artt. 104, 1° co. e 107, 4° co., Cost. dica tutt'altro. Ma l'incuria della regola costituzionale dell'indipendenza si consolida pure quando al legislatore si pone l'obiettivo di coordinare le disposizioni dell'ordinamento giudiziario sulle «attribuzioni e i poteri dei titolari degli uffici del pubblico ministero» con le disposizioni del Regolamento europeo relative agli organi della Procura europea. Ciò con particolare riferimento alle prerogative del collegio, allo scopo di «preservare i poteri di supervisione e di indirizzo» europei sui reati P.I.F., garantendo «la coerenza, l'efficienza e l'uniformità» di indirizzo nell'esercizio dell'azione penale (art. 4, co. 3, lett. d). Analoga organizzazione - in particolare, dell'art. 70 ord. giud. sulla costituzione del pubblico ministero, con particolare riferimento ai poteri di direzione e di coordinamento dell'ufficio e del d. lgs. n. 106 del 2006, soprattutto in ordine alle attribuzioni ed alla titolarità dell'azione penale - è stata affidata in relazione ai penetranti poteri delle camere permanenti (*id est*: azione ed inazione, controllo ed indirizzo sulla gestione dei casi, riunione, separazione, riassegnazione) ed alle prerogative del procuratore europeo incaricato di supervisionare le indagini (art. 4, co. 3, lett. f). Così, ancora, riguardo al criterio fissato nella lett l), il quale prevede che il P.E.D. operi, in relazione ai reati P.I.F., «in collegamento e d'intesa, anche mediante acquisizione e scambio di informazioni, con il procuratore europeo che supervisiona le indagini» e «si attenga alle direttive e alle istruzioni dallo stesso impartite». Anche per questi profili si riscontra la decisa frattura tra principi costituzionali e criteri di delega; si ferisce l'indipendenza interna del singolo magistrato

dell'ufficio requirente plurisoggettivo; si consolida il dominio dell'efficienza sulla effettività.

La spaccatura è chiara. Se si ragiona nel cono d'ombra dell'art. 107, 4° co., Cost., si consolida la convinzione che l'art. 2 d. lgs. n. 106 del 2006 (come modificato dalla L. n. 269 del 2006¹⁰³) ha determinato un cambio di rotta rispetto all'assetto del pubblico ministero configurato originariamente: la eliminazione della previsione secondo la quale l'azione penale si esercita sotto la responsabilità del procuratore, la sostituzione della «delega» con l'«assegnazione» e l'abolizione dell'obbligo di trasmettere gli atti al procuratore generale della Corte di cassazione hanno attenuato la posizione di supremazia del titolare dell'ufficio, concedendo spazi di autonomia ai singoli magistrati che operano all'interno dell'ufficio¹⁰⁴.

Non contraddicono la soluzione offerta, l'abrogazione dell'art. 7 *ter* del R.D. n. 12 del 1941, con la conseguente sottrazione dei provvedimenti organizzativi adottati dai singoli procuratori alla procedura di approvazione cd. tabellare, stabilita, invece, per gli uffici giudicanti. E nemmeno la disposizione del co. 2 dell'art. 7 R.D. n. 12 del 1941, quando riconosce al procuratore della Repubblica la facoltà di stabilire i criteri ai quali il magistrato assegnatario deve attenersi nell'esercizio della relativa attività; e la possibilità di revocare l'assegnazione qualora questi non osservi i principi e i criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, ovvero insorga tra il magistrato ed il procuratore della Repubblica un contrasto circa le modalità di esercizio. Invero, nel primo caso, la *ratio* si rinviene nella intenzione del legislatore di rafforzare l'indicazione di disegnare un ufficio di Procura in cui il potere organizzativo sia riconosciuto al procuratore della Repubblica; a sua volta, il dato organizzativo trae legittimazione dalla sua funzionalizzazione al miglior perseguimento dei fini di valenza costituzionale, alla cui realizzazione coopera l'azione giudiziaria. Nella seconda situazione, invece, la predisposizione di meccanismi e di *modi* con cui il procuratore assegna o revoca attività e provvedimenti idonei all'esercizio dell'azione penale, lungi dall'essere strumentale ai bisogni di "allineamento", tende a frammentare, in chiave efficientista, la cura e la responsabilità relative a quell'obbligo. In altri termini, la circostanza che il magistrato spogliato della cognizione di determinati affari giudiziari abbia il diritto di chiedere non solo che il dirigente motivi per iscritto il provvedimento adottato ma anche che il C.S.M. intervenga a tutela della propria posizione

¹⁰³ Legge 24 ottobre 2006, n. 269, *Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*, in G.U. n. 248 del 24 ottobre 2006.

¹⁰⁴ È critico, FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura*, cit., 30.

d'indipendenza costituzionalmente garantita, limita la possibilità di ingerenza del procuratore sui sostituti, scongiurando il pericolo di un improprio condizionamento del loro operato.

Ora, la circostanza che il C.S.M. sia stato estromesso dal procedimento di definizione dell'assetto organizzativo dell'ufficio di Procura¹⁰⁵ a favore del procuratore della Repubblica, al quale è stata riconosciuta la prerogativa di determinare «i criteri di organizzazione dell'ufficio, i criteri di assegnazione dei procedimenti ai procuratori aggiunti e ai magistrati del suo ufficio, individuando eventualmente settori di affari da assegnare ad un gruppo di magistrati al cui coordinamento sia preposto un procuratore aggiunto o un magistrato dell'ufficio» (art. 1, co. 6, d. lgs. n. 106 del 2006), non ne esclude l'intervento, seppure esclusivamente in funzione di indirizzo, tenuto conto del ruolo verticistico assunto nella organizzazione dell'ordine giudiziario e che sono in gioco – come nel caso *de quo* – attribuzioni concorrenti ad assicurare il rispetto delle garanzie costituzionali¹⁰⁶. Lo conferma il successivo co. 7 dell'art. 1 d. lgs. n. 106 del 2006: statuire che «i provvedimenti con cui il procuratore della Repubblica adotta o modifica i criteri di cui al comma 6 devono essere trasmessi al Consiglio superiore della magistratura» postula che il Consiglio abbia poteri di controllo sulle modalità di organizzazione dell'ufficio, potendo delineare i criteri generali ai quali dovranno uniformarsi i procuratori. Ai titolari delle procure, quindi, spetta la specificazione dei criteri organizzativi e funzionali elaborati dal C.S.M., con il quale è inevitabile che s'instauri un rapporto dialettico¹⁰⁷. Specularmente, la vista del legislatore, comportando un mutamento

¹⁰⁵ RICCIO, *Sulla riforma dello statuto*, cit., 92 e 93: «nella visione costituzionale, la diretta attribuzione delle prerogative di autonomia, indipendenza e inamovibilità anche ai magistrati del pubblico ministero (104 ss.), non esauriva i compiti statuari dovendosi ulteriormente provvedere ai modi per la gestione del rapporto tra procuratori e sostituti (107.4); e così è stato con la legge di ordinamento giudiziario e con la normazione secondaria del Consiglio superiore, a cui è conferito pure il potere di nominare magistrati onorari (106.2) e di scrivere garanzie per il magistrato sottoposto a sospensione o a dispensa dal servizio (107.1)».

¹⁰⁶ C.S.M., Risoluzione del 12 luglio 2007. Conformi, Risoluzione del 21 luglio 2009; Circolare del 16 novembre 2017;

¹⁰⁷ FERRI, *Autonomia e indipendenza della magistratura*, cit., 33. Gli atti adottati dal C.S.M. dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 106/2006 hanno cercato di preservare, con un'interpretazione costituzionalmente orientata delle nuove disposizioni legislative, il precedente assetto, sia per quanto concerne la posizione di autonomia del singolo magistrato del pubblico ministero all'interno degli uffici giudiziari, sia per quanto riguarda il rapporto tra lo stesso C.S.M. e gli uffici di procura. Del resto, anche in passato il Consiglio, soprattutto attraverso l'esercizio dell'attività para-normativa, ha eroso progressivamente i poteri dei capi delle procure, ritagliandosi un ruolo di rilievo nella politica giudiziaria. Esemplificativa, la Circolare sulla organizzazione degli Uffici di Procura (delibera del 16 novembre 2017 e succ.mod. al 18 giugno 2018), nella quale, chiariti i *Principi generali* fondativi (art. 1: «1. La presente circolare è adottata in ossequio, oltre che alle previsioni di legge e alla normativa secondaria vigente, ai principi costituzio-

della “forma” del potere che il pubblico ministero gestisce nel procedimento per le indagini preliminari, tradisce il livello di garanzia manifestato nell’art. 112 Cost., la sua forza politica quale baluardo della indipendenza “interna” del singolo magistrato. In questa chiave, la equivocità del criterio di delega dettato nella lett. d), co. 3 dell’art. 4 scaturisce dallo scollamento rispetto all’itinerario posto dalla Corte costituzionale quando gli ha attribuito l’obbligo dell’azione «con pienezza di poteri e senza interferenze di sorta da parte di altre istanze della pubblica accusa in ordine allo svolgimento delle indagini finalizzate all’esercizio dell’azione penale»¹⁰⁸. Specificamente, gli effetti di questo atteggiamento si rivelano sulla irragionevole prospettiva di legittimare la centralizzazione dei canali di intervento dell’accusa per restituirne il controllo all’esecutivo, recuperando così principi e regole di un processo autoritario di stampo inquisitorio¹⁰⁹ ampiamente superato dal codice del 1988 attraverso la

nali riferibili alla materia dell’organizzazione degli uffici requirenti, alla luce dei quali deve essere interpretata ed applicata»), il Consiglio illustra i confini della titolarità e della organizzazione dell’ufficio requirente, stabilendo all’art. 2 che «1. Il Procuratore della Repubblica, titolare esclusivo dell’azione penale, che esercita personalmente o mediante assegnazione a uno o più magistrati dell’ufficio, organizza l’Ufficio al fine di conseguire gli obiettivi della ragionevole durata del processo, anche nella fase investigativa, e del corretto, puntuale e uniforme esercizio dell’azione penale, nel rispetto delle norme sul giusto processo e sull’indipendenza dei magistrati dell’ufficio, ed ispirandosi a principi di partecipazione e leale collaborazione».

Cfr., Risoluzioni del 12 luglio 2007 (Disposizioni in materia di organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero a seguito dell’entrata in vigore del d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106) e del 21 luglio 2009 (Organizzazione degli uffici del Pubblico Ministero”); Circolare n. P-24930 del 19 novembre 2010 – delibera del 17 novembre 2010 e succ. mod. al 19 ottobre 2016 (Nuova circolare in tema di organizzazione delle Direzioni Distrettuali Antimafia); Delibera del 14 dicembre 2011 (Periodo di permanenza massima ex art. 19 d.lgs. n. 160/2006 dei magistrati requirenti nel medesimo gruppo di lavoro); Risoluzioni del 9 luglio 2014 (Criteri di priorità nella trattazione degli affari penali), dell’11 maggio 2016 (Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari - rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti), del 16 marzo 2016 (Organizzazione degli Uffici di Procura competenti per i delitti commessi in materia o con finalità di terrorismo. Rapporti con la Procura Nazionale Antiterrorismo. Coordinamento investigativo); Risposte a quesito del 20 aprile 2016 (Limiti e modalità di esercizio delle competenze del Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d’Appello ai sensi dell’art. 6 d.lgs. 106/2006) e del 28 maggio 2020 (differimento dei termini per il deposito dei progetti organizzativi degli uffici requirenti per il triennio 2020-2022). In via compendiativa, AA. VV., *L’ordinamento giudiziario a dieci anni dalla legge n. 150 del 2005*, a cura di G. Ferri e A. Tedoldi, Napoli, 2016; AA. VV., *L’ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all’efficienza e servizio ai cittadini*, a cura di Zanon, di Renzo Villata e Biondi, Milano 2012; AA. VV., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di Pace, Bartole e Romboli, Napoli 2010. Da ultima, PRESTIANNI, *Il pubblico ministero italiano. Tra esercizio dell’azione penale e garanzie della persona*, Roma, 2019, 139 ss.

¹⁰⁸ Corte cost., 24 dicembre 1993, n. 462, cit.

¹⁰⁹ Testimoniato dalla linea normativa originaria del codice Rocco (superata successivamente dalla riforma dell’art.74 c.p.p. 1930 e dall’art.112 Cost.) che raccordava le disposizioni degli artt. 74, 299, 391, 389, 392, 298, 304, 390, c.p.p. a quelle dell’ordinamento giudiziario (art. 69) per creare, anche all’interno del processo, rapporti di «vigilanza» tra pubblico ministero e giudice istruttore per riflettervi

progressiva affermazione dell'obbligatorietà dell'azione penale¹¹⁰ e della legalità processuale sotto molteplici versanti - dall'indipendenza del pubblico ministero alla uguaglianza dei soggetti - raggiunti attraverso l'uso di un potere pubblico "obiettivamente" rivolto ad una gestione "indiscriminata" dell'azione penale. Insomma, sembra che il legislatore delegante si muova con strabismo istituzionale, ipotizzando un futuro processo per i reati di area P.I.F. collidente con le regole democratiche del processo, alle quali sono congeniali le prerogative riconosciute in Costituzione al pubblico ministero.

Nonostante non si palesi come un reale difetto della legge delega, il profilo delle fonti del diritto va analizzato. Infatti, seppure non appaia illegittima la prescrizione dell'art. 4, co. 3, lett. r) - che qui si analizza in funzione di principio, avendola già osservata in funzione di regola - di «apportare ogni opportuna modifica alle norme processuali e ordinamentali al fine di dare piena attuazione alle previsioni del regolamento (UE) 2017/1939, con particolare riguardo alle disposizioni non direttamente applicabili, e per coordinare le norme interne vigenti con quanto in esso previsto, prevedendo anche l'abrogazione delle disposizioni incompatibili con quelle contenute nel citato regolamento (UE) 2017/1939», essa suggerisce di ripercorrere sinteticamente il versante politico del ruolo che la normativa europea svolge nel nostro ordinamento. È questione nota; certo, non si ignora l'opera mediatrice della Corte costituzionale¹¹¹, attraverso la quale, convergendo con la Corte di giustizia¹¹²

le relazioni tra procure e Ministero di grazia e giustizia (Attraverso il procuratore generale si operava la vigilanza del potere politico sull'istruzione, luogo deputato all'accertamento della verità). Per l'approfondimento, si rinvia a RICCIO, *Profili funzionali e aspetti strutturali delle indagini preliminari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 1, 1990 (successivamente, in *Id.*, *Ideologie e modelli*, cit., 180).

¹¹⁰ Stabilita prima con la modifica dell'art. 74 c.p.p. 1930 e poi dall'art. 112 Cost.

¹¹¹ Da Corte cost., 27 dicembre 1973, n. 183; *Id.*, 8 giugno 1984, n. 170; *Id.*, 21 aprile 1989, n. 232; *Id.*, 28 dicembre 2006, n. 454.

¹¹² Come noto, il rapporto tra ordinamenti si è sviluppato in via pretoria; vale a dire, attraverso il dialogo tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale. Invero, per un lungo periodo, che ha abbracciato l'arco di trent'anni e non si è ancora concluso, ad ogni arresto della giurisprudenza della Corte di giustizia verso l'affermazione del primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri, ha corrisposto una pronuncia della Corte costituzionale che, pur mantenendo un approccio rigorosamente dualistico (in aperta contraddizione, per lo meno sul piano teorico, con la concezione monista accolta dalla Corte del Lussemburgo) ha reso effettivo, attraverso la propria giurisprudenza, il cammino comunitario dell'Italia. Così, all'affermazione del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale o del principio dell'effetto diretto, attribuito dalla Corte di giustizia alle norme dei Trattati istitutivi ed alle norme di diritto derivato, ha fatto eco la Corte costituzionale con una serie di pronunce attraverso le quali è passata da asserzioni decisamente refrattarie alle posizioni comunitarie, all'attuale totale accettazione, seppure con alcune precisazioni, della tesi della prevalenza del diritto comunitario su quello interno. Nella prospettiva della Corte di giustizia, le tappe fondamentali sono scandite dalle storiche sentenze *Van Gend en Loos* (5 febbraio 1963, C-26/62), *Costa* (15 luglio 1964, C-6/64), *Simmenthal* (9 marzo 1978, C-106/77), *Fratelli Costanzo* (22 giugno 1989, C- 103/88), *Factortame* (19 giugno 1990, C-

ha riconosciuto il primato del diritto comunitario sul diritto interno (e nei limiti degli artt. 11 e 117, 1° co. Cost.¹¹³), pur ribadendo costantemente l'alterità di questo rispetto a quello. Ma la ripetizione è operazione metodologica indispensabile per stabilire la dosimetria dei poteri legislativi delegati, dalla cui definizione dipendono la razionalità e la logicità delle conclusioni che si offriranno.

Ebbene, l'osservazione dimostra che, nel nostro ordinamento, i Trattati, i regolamenti, le direttive *self-executing* - sia pure con diverse modulazioni - possono derogare non solo alle leggi ordinarie ma anche a quella costituzionale¹¹⁴, successive o antecedenti che siano; mentre la "interpretazione conforme" (del diritto statale alle norme assiologicamente superiori e alla loro interpretazione ad opera della Corte di giustizia *ex art. 4, par. 2, T.U.E.*), inizialmente sorta come obbligo per il giudice comune in riferimento alle sole direttive¹¹⁵, si impone con riguardo a tutte le fonti dell'ordinamento unionistico, che si traducano in norme primarie o di diritto derivato, in atti produttivi

213/89), *Peterbroeck* (14 dicembre 1995, C-312/93). Sul fronte della Corte costituzionale, i rapporti tra ordinamenti è scandito dalle sentenze *Costa* (7 marzo 1964, n. 14), *Frontini* (27 dicembre 1973, n. 183) e *Granital* (8 giugno 1984, n. 170), con orientamento consolidato (da ultima, Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269. Cfr., pure Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115).

¹¹³ «Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa della unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro»: Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24. Cfr., la *Dichiarazione relativa al primato n. 17* allegata all'atto finale della Conferenza di Lisbona - *Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007* (in G.U.C.E., 26 ottobre 2012, C 326/337), specialmente - nella quale si legge: «la conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Ed il *Parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato del 22 giugno 2007*, in 11197/07 (JUR 260) ed allegato all'atto finale delle *Dichiarazioni*: «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa contro ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia». I documenti sono consultabili in NASCIMBENE, *Unione europea e Trattati*, Torino, 2020, 208.

¹¹⁴ Corte cost., 31 marzo 1994, n. 117.

¹¹⁵ Corte giust. UE, 10 aprile 1984, C-14/83, *Von Colson et Kamann*. Consolidata la giurisprudenza successiva.

di effetti giuridici vincolanti o non¹¹⁶. Perfino per le raccomandazioni la Corte ha affermato che «i giudici nazionali sono tenuti a prenderle in considerazione ai fini della soluzione delle controversie sottoposte al loro giudizio»¹¹⁷. Stando così le cose, “valori” e “regole” rappresentano altrettante “espressioni” del versante istituzionale dell’azione penale europea. Entrare in questo circuito, con “prospettive armonizzanti”, cercando un punto di equilibrio, non è operazione facile; si ammette. Allo stesso tempo, però, si evidenzia la profonda “depressione culturale” dell’opera del legislatore delegante. Eppure, qui, più che in altre situazioni, il *vecchio* ed il *nuovo* si fronteggiano, si mescolano, danno vita ad una nuova “esperienza” da fondere con i concetti e le strutture fondamentali del diritto e della procedura penale. L’imminente entrata in funzionamento della Procura europea, infatti, determina un sovvertimento radicale da cui trae forma e sostanza la “concezione posmoderna” di azione penale, che risente (non potrebbe essere diversamente) della “mentalità europea” dell’epoca che la rivela. La volontà di 16 Stati membri di avviare una cooperazione rafforzata in vista della istituzione dell’E.P.P.O., l’accordo sul regolamento e sulla autorità del pubblico ministero europeo di indagare, perseguire e portare in giudizio gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell’Unione sono altrettanti marcatori del “divenire” dell’azione – e, in una visione dinamica, delle indagini preliminari –, collocate, l’una e l’altra, entro una dimensione sovranazionale, scaturita, a sua volta, dall’intrecciarsi di continuità e discontinuità. Questi segmenti ne preparano e ne manifestano il “tempo moderno”, segnando una nuova linea evolutiva, entro la quale il sistema delle regole viene ridisegnato (seppure nei limiti delle situazioni fissate dall’art. 22 Reg.) secondo una nuova tipicità da porre in prospettiva con il modello costituzionale. È qui, più che altrove, che si manifesta il fallimento della delega.

4. Unica cultura dell’azione nello spazio giuridico europeo, tra attribuzioni funzionali e regole procedurali sovranazionali. I filoni della ricerca. “Sistema giuridico integrato” nell’ottica del diritto di azione, è locuzione che rimanda a due aspetti delle situazioni della magistratura europea che, seppure collegati, restano ontologicamente distinti nel rapporto: la collocazione istituzionale ed il ruolo processuale del di E.P.P.O. Del primo, quello statico, che insiste sulla collocazione istituzionale del P.E.D., sulla sua natura giudiziaria e di parte, sul

¹¹⁶ Corte giust. UE, 11 febbraio 2006, C-144/04, *Mangold*.

¹¹⁷ Corte giust. UE, 13 dicembre 1989, C-322/88. Cfr., pure Corte giust. UE, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01.

ruolo politico dell'obbligatorietà dell'azione penale, s'è detto. In particolare, abbiamo dimostrato, nell'ottica del coordinamento obbligato tra i sistemi d'azione (nazionale/sovranaazionale) e ragionando sulle "patologie" della legge delega nel rapporto con le "fisiologie" del regolamento, che l'obbligo dell'esercizio dell'azione penale è collegato al sistema organizzativo della magistratura, ai rapporti tra i vari uffici, alle gerarchie procedurali, ai limiti (potenzialmente) imposti ai soggetti estranei al processo. Si sono evidenziati, specularmente, il difetto dei criteri di delega e la loro inefficacia a comporre l'"incoerenza" naturale delle norme regolamentari con l'ordinamento interno e con i principi costituzionali dell'indipendenza, nel duplice significato degli artt. 101, 2° co., 104, 1° co. e dell'art. 112 Cost. Di fronte al rischio di derive costituzionali dei decreti attuativi, si è auspicato l'"eccesso di delega", i cui effetti invalidanti non si ignorano ma si ritiene che essi possano essere (vada-no) superati nel caso *de quo*. Si dirà.

Il secondo profilo è dinamico. L'introduzione di un organismo inquirente unitario a livello europeo comporta un fenomeno di integrazione organica, spettando ad un magistrato della Procura europea, delegato in uno Stato membro, esercitare l'azione dinanzi alla giurisdizione nazionale; e determina un innesto delle "investigazioni europee" nel procedimento nazionale, regolato in termini di sussidiarietà (art. 5, par. 3, prima ed ultima alinea, Reg.).

L'imminente entrata in funzione della Procura europea ed i *dicta* della legge delega – che sul punto di riducono alla norma di chiusura di cui all'art. 4, co. 3, lett. r) – pongono, con forme nuove, la domanda sul significato da attribuire all'assetto processuale dell'azione penale. Specificamente, impongono di chiarire se i temi che costituiscono il nocciolo della questione – vale a dire: il rapporto azione-modello processuale, la diversità delle funzioni di attore e di giudice, i connessi contenuti dei poteri di ciascuno, le reciproche interferenze tra azione e giurisdizione¹¹⁸ – investano pure i poteri dell'E.P.P.O. Indagine indispensabile, tenuto conto che tali argomenti pongono delicati problemi di tenuta della giustizia penale nel suo complesso e, quindi, di garanzia della legalità, che danno loro notevole consistenza politica.

Ora, poiché le premesse storiche e gli indirizzi politici di ogni esperienza giuridica rappresentano il terreno d'elezione per rinnovare o rimuovere o confermare riflessioni ed argomenti, la prospettiva metodologica per cogliere segnali di integrazione o di innovazione o di continuità tra lo stato attuale dell'azione penale ed il suo futuro imminente, è quella secondo cui il princi-

¹¹⁸ RICCIO, *Il diritto di azione*, cit., 112.

pio di obbligatorietà si sviluppa nel controllo giurisdizionale della legalità dei comportamenti del pubblico ministero, pur senza ferirne l'autonomia rispetto alla individuazione dei modi che meglio corrispondono al raggiungimento dello scopo. Sicché, posto che il regolamento sancisce con fermezza il principio di obbligatorietà (art. 26, par. 1, Reg.) e che il collegamento con l'uguaglianza (quale naturale riferimento della prima), laddove stabilisce la cifra del comportamento dell'accusa rispetto alla tutela contro eventuali discriminazioni, quando l'inertza non sia riconducibile a sicuri parametri di legalità¹¹⁹, appartiene alla ontologia dello spazio giuridico europeo (lo svela il comb. disp. degli artt. 3, 1° co., Cost., 20 C.D.F.U.E., 14 C.E.D.U.), il progetto che si coltiva è chiarire quale sia il significato attuale di azione penale nell'innesto obbligato – svelato dagli artt. 11 e 117, 1° co., Cost.; 5, parr. 1 e 3, Reg. [art. 4, co. 3, lett. r) L. 117 del 2019] – con il sistema nazionale.

Sulla questione ci si ragiona partendo dagli approdi dogmatici della dottrina tradizionale¹²⁰, che si ripercorrono con la convinzione dell'attualità delle solu-

¹¹⁹ RICCIO, *Il diritto di azione*, cit., 112 e 113.

¹²⁰ Sul tema dell'azione penale, la letteratura è vasta. Ci si limita ad indicare le voci enciclopediche, rinviando, per l'approfondimento, alle relative bibliografie. ANDREOTTI, voce *Azione (penale)*, in *Enc. giur.*, I, 5, 1904; BENEVOLO, voce *Azione penale*, in *Dig. it.*, IV, 2, Torino, 1893-1899; DOMINIONI, voce *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 400 ss.; GUARNERI, voce *Azione penale (diritto processuale penale)*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958; LEONE, voce *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; MARZADURI, voce *Azione. IV) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, IV, Agg., Roma, 1996; MASSA, voce *Azione popolare (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; ORESTANO, voce *Azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959; PEKELIS, voce *Azione*, in *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1938; UBERTIS, voce *Azione. II) Azione penale*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988. Tuttavia, non si vuole trascurare (seppure si riporta in sintesi) il peso di certa letteratura, monografica e non, nel dibattito sviluppatosi intorno alla problematica dell'azione. Di qui, gli accenni ad una delle primissime monografie dell'epoca posteriore all'"unificazione giuridica" del Regno d'Italia, BORSARI, *Della azione penale*, Torino, 1866 ed allo scritto di CARRARA, *Azione penale*, in *Riv. pen.*, III, 1875, 3 ss. e di STOPPATO, *L'azione penale: suoi caratteri e suo esercizio*, in *Studi scientifici di procedura penale*, II, Torino, 1893. Agli apporti di BETTI, *Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, PETROCELLI, *Azione. Istruzione. Accusa*, in *Riv. pen.*, 1931, II, 227 ss; POLA, *Controversie sulla azione penale*, Torino, 1904; RANIERI, *L'azione penale: contributo alla teoria dell'azione nel processo penale*, Milano, 1928 e TOLOMEI, *Principi del processo penale*, Padova, 1931, che lo caratterizzarono nel periodo di transizione dal codice Finocchiaro-Aprile al codice Rocco. Ai contributi specialistici successivi, tra cui quelli di CHIAVARIO, *Appunti sulla problematica dell'"azione" nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1975, 864 ss; DE LALLA, *Il concetto legislativo di azione penale*, Napoli, 1966; RICCIO, *Spunti per un'azione penale a tutela degli interessi collettivi*, in *Processo penale e modelli di partecipazione*, Napoli, 1977, 102 ss.; GIUS. SABATINI, *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 1962, I, 145 ss. Ed ai recenti apporti di DOMINIONI, *Azione obbligatoria penale ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2020, 869 ss.; GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019; TAVASSI, *L'onere dell'azione nel processo penale*, Padova 2019. Sulla distinzione tra accusa e azione, si rinvia a CONSO, voce *Accusa e sistema accusatorio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958. La visione comparativa è offerta da

zioni offerte che necessitano soltanto del confronto con i contenuti, con l'ottica ed il metodo svelati dal regolamento che rappresenta il modello, lo statuto europeo di azione penale. In proposito, si richiama la sintesi altrove espressa¹²¹: l'obbligatorietà costituisce sicuro ossequio ai principi di legalità e di uguaglianza, che sottraggono l'instaurazione del processo penale ad apprezzamenti discrezionali; appare come regola della legalità, richiedendo che il diritto d'azione (presupposti e modalità) sia disciplinato dalla legge in termini di doverosità, escludendo il rischio di rimmetterlo a criteri concepiti dal pubblico ministero in modo dichiarato o surrettizio. In questa prospettiva, "legalità" dell'azione significa che lo Stato fa valere la pretesa punitiva ogni qual volta ne ricorrano in concreto le condizioni di legge; specularmente, vuol dire anche che il dovere di esercitarla si modula secondo un criterio di obiettività, non anche di mera opportunità. Così intesa, l'obbligatorietà diventa, sul piano logico, una conseguenza della inderogabilità del giudizio, espressa dal brocardo *nullum crimen, nulla culpa sine iudicio* e dello stesso principio *nullum iudicium sine accusatione*; e si giustifica, sul piano funzionale, dalla raggiunta consapevolezza dell'essersi realizzato un comportamento contrario ad un divieto penale. Tali risultanze fondano la tipicità delle forme di azione e concretano il suo esercizio nella formulazione dell'imputazione. La netta scansione delle fasi, poi, la pone al termine del procedimento dedicato proprio alle relative determinazioni, le quali, se sono negative, impongono di chiedere l'archiviazione come atto di inerzia determinato dalla infondatezza della notizia di reato (art. 408 c.p.p.) o da situazioni che rendono superfluo il ricorso al processo (art. 411 c.p.p.) o dalla mancata individuazione dell'autore del fatto (art. 415 c.p.p.), mentre, se sono positive, autorizzano il pubblico ministero a scegliere liberamente la "forma" di azione. In entrambe le situazioni, la obbligatorietà è rispettata nel suo risvolto legale e politico attraverso il controllo giurisdizionale affidato al giudice per le indagini preliminari, la cui libertà di giudizio è assicurato da meccanismi (artt. 409; 421, co. 4; 447; 449, co. 2; 452, co. 1; 455, co. 1, c.p.p.) che, lungi dal far rivivere situazioni di giurisdizione senza azione, assicurano la indipendenza del giudice¹²². Tale direzione orienta il tipo ed il modo dei discorsi sul diritto di azione europea che si propone secondo un nuovo lemmario¹²³, le cui specificità salienti

LUPARIA, *Obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale*, cit.

¹²¹ FALATO, *La querela. Tra azione pubblica e privata*, Napoli, 2012, 70-73.

¹²² RICCIO, *Il diritto di azione*, cit., 114-115.

¹²³ Che per certa dottrina, propone «formule sull'azione piuttosto fluide», perseguendo «forme di obbligatorietà temperata»: GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale*, cit.

vanno dalla chiusura delle indagini preliminari al controllo di legalità del giudice sull'operato dell'E.P.P.O. Su questo terreno, la comparazione normativa su cui proveremo a cimentarci è limitata alle "norme relative alle indagini" (art. 26 ss. Reg.), pur non ignorando i condizionamenti sullo statuto delle indagini preliminari dei nuovi strumenti di cooperazione giudiziaria penale (artt. 746 *quater* e 746 *ter* c.p.p.¹²⁴). Tuttavia, l'assenza di connessioni immediate con il nostro tema e, in una visione più ampia, l'assenza di innesti nel principio di obbligatorietà - che riguarda l'*an* dell'azione non anche il suo *quomodo* investito, invece, dal trasferimento dei procedimenti (lo dimostra l'art. 436 *bis*, co. 2, c.p.p.) - ci autorizzano a non specularli.

Il nostro itinerario abbriva dall'art. 86 T.F.U.E. - letto in combinazione con la prima alinea del par. 3 dell'art. 5 Reg -, laddove affida la gestione del *procedere* (*id est*: le norme procedurali applicabili alle indagini, alle misure investigative, all'azione penale e alle alternative all'azione stessa) alla normativa regolamentare (par. 3) spesso accorsata dalla riserva di compatibilità con il dettato nazionale (artt. 26, par. 1; 28, par. 1; 30, parr. 1-3; 36, par. 5, Reg.), ma rintracciandone il modello del *controllo* - che non estende alla inazione - nelle norme nazionali (art. 36, par. 5, Reg.).

5. Il ruolo processuale del P.E.D. Modi e "tempi" delle investigazioni europee e componenti della equità processuale. L'esercizio del potere di azione nello spazio giuridico europeo riguarda i momenti caratterizzanti la sequenza procedurale, il cui impulso scaturisce dalla sussistenza di «ragionevoli motivi per ritenere che sia o sia stato commesso un reato» di area P.I.F. (art. 26, par. 1, Reg.). L'abbrivio è stabilito dall'art. art. 86, par. 3, T.F.U.E. che, in maniera vincolante, stabilisce che l'E.P.P.O. «esercita l'azione penale» per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione «dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri»; di conseguenza, i suoi «atti predisposti nel corso delle indagini sono strettamente collegati all'azione penale che ne può conseguire e pertanto producono i loro effetti negli ordinamenti giuridici

¹²⁴ In tema, DI MARCO, *Il trasferimento dei procedimenti stranieri*, in FALATO, *Appunti di Cooperazione giudiziaria penale*, cit., 86 ss.; 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, 595 ss.; KALB, *Procedimenti paralleli e giurisdizione concordata: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali (nello spazio giuridico europeo e in quello internazionale)*, in *Arch. Pen., Speciale Riforme*, 2018, 799 ss.; PAOLUCCI, *Trasferimento dei procedimenti penali*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di Marandola, Milano, 2018, 357 ss.; SELVAGGI, *Il trasferimento dei procedimenti penali*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di Marchetti, Selvaggi, Padova, 2019, 149 ss.

degli Stati membri» (Considerando 87).

L'affermazione pone problemi di raccordo del sistema sovranazionale con l'ordinamento nazionale che il regolamento risolve tramite l'art. 5, par. 3, Reg. secondo cui, le regole applicabili alle «indagini e alle azioni penali» sono quelle europee, mentre, ove nulla sia disposto, prevale il diritto nazionale, dunque, saranno le Corti di ciascun Paese ad applicare le norme di rito comuni combinandole con quelle interne in un'opera di incastro che, non si nega, potrebbe essere di non facile realizzazione. Si aggiunga, in generale, l'ascesa della cooperazione giudiziaria alla costante armonizzazione del plesso processuale (anche prima e, spesso, a prescindere da quella sostanziale) guidata dal principio del mutuo riconoscimento, che include il ravvicinamento delle disposizioni legislative, a cui non sfuggono, seppure indirettamente, quelle che regolano l'E.P.P.O.

Il primo aspetto del versante europeo degli strumenti dell'agire, riguarda la “discrezionalità” del P.E.D. nella scelta dei “tempi” e dei “modi” dell'avvio delle indagini. Nell'ottica del raccordo, il susseguirsi degli eventi nel contesto statale è traccia che abbriva i ragionamenti sulla prospettiva europea.

I “paradigmi interni”.

La linea normativa degli artt. 25, 2° co.; 27, 2° co.; 112, Cost.; 330, 335, 326 (358), 125 disp. att., 50, 405, c.p.p. chiarisce la collocazione del “tempo” dell'azione e del suo “esercizio”.

È risaputo. La riforma codicistica del 1988, contrapposta alla cultura inquisitoria, pur mantenendo l'istruttoria come funzione, la concentra, per quanto possibile, nel dibattimento, definendo quella “preliminari” la fase precedente l'eventuale giudizio dibattimentale, diretta non più all'assunzione di “prove” finalizzate all'accertamento della verità ma alla ricerca di “fonti di prova” ed alla verifica, sulla base delle stesse, della sussistenza di elementi idonei a formulare l'accusa ed a sostenerla in giudizio. Un segmento, dunque, che proietta l'investigazione sull'azione in un contesto in cui il procedimento appare di esclusivo dominio del pubblico ministero, le cui determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione si collocano nel momento conclusivo, dopo che si sono esaurite le attività necessarie e utili per ricostruire il fatto, individuarne l'autore, reperire ed assicurarne le fonti di prova necessarie a sostenere, davanti al giudice, in giudizio, la tesi accusatoria (artt. 326, 358, 125 disp. att., c.p.p.¹²⁵).

¹²⁵ Sul rapporto tra le riferite disposizioni, da ultimo, MARZADURI, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in *Sist. pen.*, 5, 2020, 205-206.

Sul fronte della “disponibilità” del “tempo dell’azione”, l’iscrizione della notizia di reato nel registro *ex art.* 335 c.p.p. genera per la parte pubblica unicamente il dovere di avvio del procedimento¹²⁶; non anche quello di esercitare l’azione. Diversamente, non si giustificerebbe l’obbligo della inazione – peraltro prioritario e alternativo rispetto all’azione (art. 50 c.p.p.) ma pur sempre conclusivo delle investigazioni ma non più (come nel codice del 1930) preclusivo –, a meno che non si voglia considerare la richiesta di archiviazione una forma di esercizio dell’azione; ma non si può per via dell’art. 405 c.p.p. E così, mentre la notizia di reato (*rectius*: la denuncia), se non è da “cestinare” (*rectius*: da trasmettere in archivio quale atto non costituente notizia di reato), impone il procedimento (artt. 330; 335 c.p.p.), soltanto la mancanza dei presupposti archiviativi e la idoneità degli elementi investigativi a sostenere l’accusa in giudizio fondano il diritto-dovere di azione, seguendo la prescrizione della regola di comportamento dettata dall’art. 125 disp. att. (azione penale in senso concreto) e le priorità stabilite dall’art. 50 co. 1 c.p.p.

In questi termini, l’acquisizione della notizia di reato diventa espressione della discrezionalità del pubblico ministero normativamente guidata dall’art. 335 c.p.p., che pone la regola di condotta in termini di doverosità, escludendo scelte di opportunità¹²⁷. E si manifesta come “situazione costitutiva indisponibile”, investendo l’*an* delle indagini preliminari; quale presupposto necessario e sufficiente per l’insorgere dell’obbligo di iniziare il procedimento, come avverte il combinato disposto degli artt. 112 Cost. e 335, co. 1, c.p.p., escludendo la possibilità di affidare al pubblico ministero una valutazione circa la convenienza di iscrivere la notizia di reato acquisita nel registro dedicato.

Un ragionamento differente, posto che l’atto è il prodromo del procedimento e della effettività del diritto di azione (artt. 326; 50, co. 1 [125 disp. att.], c.p.p.), eluderebbe indirettamente il canone della obbligatorietà che, pur non postulando una automatica consequenzialità tra notizia e processo, nega al legislatore di riconoscere all’accusa un potere decisionale “libero” sulla *res*

¹²⁶ S’è già detto: « azione penale obbligatoria non significa consequenzialità automatica tra notizia di reato e processo, né dovere del pubblico ministero di iniziare il processo per qualsiasi notizia di reato, ma solo consequenzialità tra notizia di reato e dovere di dare inizio alle indagini preliminari, dalla quale deriva sicuramente un obbligo di indagare, non anche un dovere di agire, riconosciuto soltanto se sulla base degli elementi raccolti il processo non si palesi inutile»: FALATO, *La querela*, cit., 46. Ugualmente, di recente, MAFFEO, *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari. L’incertezza del controllo*, Bari, 2020, 29.

¹²⁷ Con diverse modulazioni, anche in riferimento ai meccanismi di controllo giudiziale, Cass., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, in *Mass. Uff.*, n. 244378; Id., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, *ivi*, n. 216248; Id., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 14535, *ivi*, n. 235911. Conformi, Cass., I, 27 settembre 2019, n. 43960; Id., VI, 9 maggio 2017, n. 29151.

iudicanda. Diversamente, per la condotta ammessa dall'art. 330 c.p.p.: questa, non quella, è "situazione disponibile"; si manifesta in termini di onere, essendovi coincidenza tra l'iniziativa ufficiosa ed il potere di disporre del *modus* di avvio del procedimento; riconosce all'accusa uno spazio di discrezionalità "libera" nella scelta delle "forme", ovvero, della "metodologia procedimentale" di acquisizione della notizia¹²⁸.

Il tema ripropone la questione del controllo giurisdizionale sulle (eventuali) illiceità dei comportamenti del pubblico ministero rispetto al "tempo" della iscrizione della notizia di reato, risolta altrove¹²⁹ con soluzioni che trovano innovata attualità, posto che, nel silenzio del regolamento, il combinato disposto degli artt. 330 e 335 c.p.p. individua (pure) l'ambito di legittimazione delle condotte dovute dal P.E.D. ed i suoi rapporti con la giurisdizione. Perciò si riportano qui, problemi e soluzioni che i bisogni di coordinamento tipici dei fenomeni legati all'assistenza giudiziaria espandono al contesto giuridico europeo.

Ebbene, in altra occasione, il ragionamento ha riguardato: la sinallagmatica progressione tra le sequenze pre-procedimentali (artt. 330 e 335 c.p.p.), escludente qualsiasi forma di soluzione di continuità; la combinazione degli artt. 335, co. 3, 335, co. 1, 109 disp. att., 407, co. 3 c.p.p. che, imponendo al pubblico ministero l'obbligo di comunicazione delle iscrizioni previste dai co. 1 e 2 dell'art. 335 c.p.p. (con l'eccezione avvertita dall'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. e sempre che vi sia la richiesta dell'interessato) riconosce all'indagato (alla persona offesa ed ai rispettivi difensori) il diritto alla conoscenza del fatto reato; ed il binomio degli artt. 335; 191; 407, co. 3, c.p.p. il quale, codificando il comportamento dell'accusa, stabilisce una relazione tra termini (finali) della fase preliminare ed (in)utilizzabilità degli atti compiuti dopo la loro scadenza¹³⁰, garantendo l'indagato da comportamenti *contra legem* (art. 335 c.p.p.)

¹²⁸ Le situazioni sono state spiegate diffusamente in FALATO, *Flessibilità del modello di pre-investigazione di fronte ad eccezionali esigenze di cooperazione giudiziaria. La funzione proattiva di Eurojust*, in *Arch. Pen.*, 2, 2020 (Web).

¹²⁹ FALATO, *Gli effetti dell'inosservanza dell'obbligo di iscrizione*, in *Giur. it.*, 2010, 1407 ss. Il tema è stato affrontato successivamente seppure specificamente in relazione ai problemi scaturiti dal ruolo proattivo di Eurojust nel contesto delle pre-investigazioni: ID., *Flessibilità del modello di pre-investigazione di fronte ad eccezionali esigenze di cooperazione giudiziaria*, in *Arch. Pen.*, n. 2, 2020 (Web). Sul tema della ricerca e della formazione della notizia di reato, nella letteratura si registrano i contributi autorevoli di CORSO, *Notizie anonime e processo penale*, Padova, 1977, 223 ss.; FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*, in *Leg. Pen.*, 1986, 313 ss.; NOBILI, *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: una ulteriore "supplenza" conforme alle norme vigenti?*, *ivi*, 322 ss.; ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione della inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, 568 ss.

¹³⁰ Diversamente, ipotizzano il ricorso alla inefficacia quale sanzione degli atti compiuti in violazione di

dell'accusa. Lì - con osservazioni che si ripetono - pur avendo rintracciato nel sistema, per via ermeneutica (nella linea normativa degli artt. 335, 349, 350, co. 5 e 6, c.p.p.¹³¹), il rimedio per i vizi del rapporto tra pre-investigazione, iscrizione tardiva e utilizzabilità degli atti, se ne è denunciata la concreta inapplicabilità, posta la tipizzazione dei compiti di istituto affidati al giudice dall'art. 328 c.p.p. che nega all'interprete la libertà di attribuire alla disposizione prerogative per comportamenti non specificamente *ivi* previsti. Di qui, la conclusione - che si conferma - della necessità di un intervento legislativo che configuri specificamente il potere del giudice di verificare la tempestività dell'iscrizione¹³², per farne conseguire effetti sanzionatori di inuti-

legge dal pubblico ministero, MINAFRA, *L'inefficacia degli atti nel processo penale. Ontologia della sanzione*, Padova, 2019 e RICCIO, *Sui comportamenti illeciti del pubblico ministero. Un'ipotesi di lavoro*, in *Giust. Pen.*, III, 2020, 255.

¹³¹ «Dalla quale appare chiaro che la iscrizione nel registro delle notizie di reato, pur determinando l'operatività di una serie di norme altrimenti inapplicabili, non può impedire di considerare entrambe le fasi - quella della "pre-iscrizione" e quella della "post-iscrizione" - come omogenee, avendo le stesse contenuto investigativo e perseguendo la medesima finalità. Specificamente, la loro unitarietà strutturale - e, dunque, la possibilità di estendere alla prima le garanzie previste per la seconda - dipende dalla finalità che entrambe perseguono, dimostrata dal combinato disposto degli artt. 112 Cost., 326, 405, 125 disp. att., 408, c.p.p. e dalla collocazione dell'art. 112 Cost. tra le «norme sulla giurisdizione». L'una e l'altra, configurano l'azione come onere dell'accusa e, quindi, nella funzione, quale situazione comprendente tutte le attività ordinate al fine dell'esercizio della giurisdizione. Sicché, tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero, indipendentemente dal momento formale della iscrizione della notizia, costituiscono il presupposto dell'obbligo e si proiettano in funzione delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale. Non sfugge la pre-investigazione che, in questi termini, costituisce "indagine preliminare" vera e propria, nonché presupposto dell'obbligo previsto dall'art. 112 Cost., atteso l'immediabile collegamento funzionale tra comportamenti. Quel legame, a sua volta, riflettendo sull'azione, determina il controllo giurisdizionale anche sulle prime. Di qui, la possibilità di estendersi, tra gli altri, gli effetti garantisti scaturenti soprattutto dalle interazioni tra legalità del procedimento e sistema sanzionatorio»: FALATO, *Flessibilità del modello di pre-investigazione*, cit.

¹³² Allo stato dell'arte, il controllo è interno, posto che, da un lato, il tema della osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato è affidato ai poteri di vigilanza del Procuratore generale, che investono non solo il controllo sulla correttezza e la tempestività della singola iscrizione, ma anche l'organizzazione stessa degli uffici di Procura e che vanno esercitati in modo da orientare l'azione dei Procuratori della Repubblica, da un lato individuando e promuovendo buone prassi sull'osservanza delle norme sulle iscrizioni e, dall'altro, attraverso l'attenta disamina dei progetti organizzativi in seno al Consiglio giudiziario, la quale consente alla Procura generale di esercitare la funzione di vigilanza non già e non solo sulla singola iscrizione quanto sul sistema nel suo insieme, come predisposto dall'ufficio "vigilato". In proposito, è emersa la necessità di dar corso con gli uffici di primo grado e la struttura della DGSIA all'allestimento di sistemi telematici e di un programma di rilevazione che consentano alle Procure generali di monitorare i tempi delle iscrizioni e di rilevare eventuali anomalie, senza violare la segretezza delle indagini. Così, Giovanni Salvi, Procuratore generale della Corte suprema di cassazione, *Intervento nell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*, cit., 89-80. Dall'altro, la Cassazione, in tema di illeciti disciplinari riguardanti magistrati, ha stabilito che «integra la fattispecie prevista dall'art. 2, co. 1, lett. g) del d.lgs. n. 109 del 2006 il comportamento del P.M. che, appena acquisita la notizia di reato in termini di configurabilità oggettiva - ovvero di fatto sus-

lizzabilità degli atti compiuti dopo la scadenza del termine decorrente, anziché dal momento della formale iscrizione, da quello in cui la *notitia criminis* avrebbe potuto e dovuto essere annotata¹³³. Tanto più, se si tiene conto che i conseguenti effetti garantistici si riverserebbero anche sul terreno procedimentale europeo, specificamente, sul fronte delle situazioni giuridiche soggettive dell'indagato, che ne affida la tutela agli organi giurisdizionali nazionali (art. 36, par. 5, Reg.).

Del tutto diverso, invece, è il sindacato del giudice sullo sviluppo dinamico delle iscrizioni, sull'aggiornamento - ove ne ricorrano le condizioni - e sulle nuove iscrizioni, fondate sulla regola (di derivazione pretoria) dell'autonoma individuazione del *dies a quo* per la determinazione del termine di durata e del regime di utilizzabilità degli atti che ne deriva; regime condizionato, quanto alla valenza nei diversi procedimenti iscritti, della tempestiva adozione dell'atto nel procedimento in cui è stato acquisito¹³⁴.

I “paradigmi europei”: artt. 22-27 Reg.

sumibile in una determinata fattispecie di reato - non proceda, senza alcuna discrezionalità e soluzione di continuità, alla relativa iscrizione nel registro e, conseguiti elementi certi di identificazione del soggetto indagabile - non integranti un mero sospetto -, con altrettanta tempestività non proceda all'iscrizione del relativo nominativo»; Cass., sez. un. civ., 13 settembre 2018, n. 20968. In questa direzione, il comportamento illecito del pubblico ministero ha natura disciplinare; ed il relativo sindacato giurisdizionale è affidato alla sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹³³ È di avviso diverso MAFFEO, *Tempi e nomina iuris nelle indagini preliminari*, cit., 67-68: «una ulteriore risposta sanzionatoria per gli atti compiuti dell'iscrizione non avrebbe un reale e consistente fondamento giustificativo. L'interesse da tutelare rispetto ai comportamenti del pubblico ministero che iscriva in ritardo o, addirittura (ipotesi forse di scuola) non iscriva, è comunque rinvenibile in quello a che l'indagato non soggiaccia alle indagini preliminari per un termine superiore a quello di legge. Rispetto alla tutela di questo interesse è già sufficiente il rimedio di retrodatazione dell'iscrizione che priva di copertura di legge l'attività compiuta a valle, oltre il termine che si sarebbe dovuto osservare. In tal modo la fase delle indagini viene ricondotta contro i confini temporali fissati dalla legge e non v'è alcun bisogno di predisporre meccanismi sanzionatori anche per gli atti compiuti prima dell'iscrizione, perché la reazione del sistema ha riguardo, trattandosi soltanto della protezione di un interesse al rispetto della ragionevole durata, alla intera attività compiuta dal pubblico ministero, restando indifferente al profilo di quali siano in concreto gli atti da espungere dal complesso di quelli utilizzabili perché tempestivi. Una volta che correttamente si ammetta che gli atti di indagine compiuti senza iscrizione sono espressione di un legittimo potere, accogliendo la tesi che il potere di indagine in capo al pubblico ministero sorge non appena venga acquisita una notizia di reato e non quando si provveda all'adempimento formale della sua regolare iscrizione, la conclusione è obbligata: gli atti precedenti all'iscrizione sono atti legittimi, il loro compimento però consuma una parte del tempo concesso al pubblico ministero per le indagini, e ciò fa proprio perché il potere di indagine si è radicato e quindi può essere validamente esercitato. Quel che va impedito è che il tempo delle indagini, già validamente decorrente, possa essere indebitamente allungato, perché ciò violerebbe l'indicazione normativa sui limiti temporali delle indagini e quindi l'interesse che essa tutela, appunto quella alla durata ragionevole del procedimento».

¹³⁴ A partire da Cass., IV, 6 luglio 2006, n. 32776, in *Mass. Uff.*, n. 234822 a Id., V, 24 settembre 2019, n. 40500.

In generale. I P.E.D. sono magistrati dell'ordine giudiziario nazionale; tuttavia, nelle situazioni di competenza della Procura europea, essi appartengono funzionalmente a tale ufficio, anche se operano nei rispettivi Stati membri. Dal canto loro, le competenti autorità statali - in maniera coerente al riconoscimento del valore essenziale del coordinamento investigativo previsto a tutti i livelli - sono tenute ad adottare, conformemente al diritto interno, le misure urgenti per garantire l'efficacia delle indagini, anche quando non agiscono specificamente su istruzione del P.E.D. competente (art. 28, par. 1 e 2, Reg.). Il procuratore delegato agisce in nome e per conto dell'E.P.P.O. con gli stessi poteri di cui dispongono i procuratori nazionali in materia di indagini e di esercizio dell'azione penale ed opera sotto la supervisione del procuratore europeo a ciò incaricato, sulla base delle indicazioni della camera permanente. S'è detto. Qui vale la pena la ripetizione per il ruolo fondamentale che rivestono nelle indagini europee, essendo loro affidata la direzione ma soprattutto per chiarire la prospettiva del rapporto tra livelli dell'E.P.P.O., dal momento che le investigazioni sono svolte essenzialmente a livello decentrato, a partire dalla iscrizione della notizia di reato; viceversa, sono monitorate e supervisionate a livello centrale dal procuratore europeo della stessa provenienza geografica del Paese titolare del procedimento.

In particolare. L'art. 5, par. 5, Reg. stabilisce che «l'E.P.P.O. avvia e conduce l'indagine senza indebito ritardo» (par. 5), agendo nel rispetto dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dei principi dello stato di diritto e della proporzionalità (par. 1 e 2). Di qui, il corollario espresso dal combinato disposto degli artt. 24, par. 1 e 26, par. 1 (25, par. 3) e 2, Reg. (esemplificati dalla parte finale del Considerando 69): l'E.P.P.O., ricevuta la *notitia criminis* dalle istituzioni, dagli organi, dagli uffici e dalle agenzie dell'Unione e dalle autorità competenti degli Stati membri, «avvia un'indagine e [a] annota nel sistema automatico di gestione dei fascicoli», sempre che la sanzione massima prevista dal diritto interno per il reato rientrante nell'ambito di applicazione dell'articolo 22, par. 1, Reg. sia equivalente o meno severa della sanzione massima per il reato indissolubilmente connesso, a meno che quest'ultimo non sia stato strumentale alla commissione di quello di area P.I.F.; oppure, se vi sia motivo di presumere che il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione causato dalla condotta criminosa non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato ad un'altra vittima. Se a seguito della verifica (condotta sulla base delle direttive interne), l'E.P.P.O. decide di iniziare l'indagine, «ne informa senza indebito ritardo» l'autorità che ha trasmesso la notizia di reato (art. 24, par. 2, Reg.). Nel caso

in cui l'autorità giudiziaria nazionale proceda in ordine ad un reato che potrebbe radicare la competenza della Procura europea, oppure qualora, in qualsiasi momento successivo all'iscrizione, la competente autorità giudiziaria o di polizia di uno Stato membro ritenga che un'indagine riguardi un reato P.I.F., essa è tenuta ad informarne senza ritardo l'E.P.P.O. affinché possa esercitare il proprio diritto di avocazione (artt. 24, par. 2 e 27, Reg.). Il regolamento fissa anche un contenuto minimo dell'informativa: la descrizione del fatto e la sua possibile qualificazione giuridica, una valutazione del danno e qualunque altra informazione riguardante gli indagati, le vittime, anche potenziali, nonché l'indicazione di qualsiasi altra persona coinvolta (art. 24, par. 4, Reg.). È rimessa, poi, alla normativa (europea) interna la disciplina della registrazione e della verifica delle informazioni trasmesse alla procura, necessaria per valutare se vi siano motivi per investigare o per esercitare il diritto di avocazione (art. 24, par. 6, Reg.). Se la verifica è negativa, l'E.P.P.O. annota le ragioni nel sistema automatico di gestione dei fascicoli, informa l'autorità e, ove previsto dal diritto nazionale, le altre persone che hanno segnalato la condotta criminosa, nonché le vittime di reato (art. 24, par. 7, seconda alinea, Reg.). specularmente, il P.E.D., nel caso in cui venga a conoscenza di un reato che esuli dalla propria competenza, deve informare e trasmettere gli atti alle competenti autorità nazionali (art. 24, par. 8, Reg.).

L'indagine viene normalmente iniziata e svolta dal procuratore delegato dello Stato membro del «luogo in cui si trova il centro dell'attività criminosa», oppure, in caso di concorso di reati, da quello dello Stato in cui ne è stato commesso il numero maggiore. L'ultima regola è derogabile sulla base dei seguenti criteri, in ordine di priorità: 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 (art. 26, par. 4, Reg.).

La competenza dell'E.P.P.O. è concorrente con quello dello Stato membro (art. 25, par. 1-6, Reg.); in caso di conflitto, la relativa composizione è affidata alla giurisdizione nazionale competente secondo le regole del diritto interno¹³⁵. Nel «caso italiano», la situazione è omologabile a quella dei contrasti tra pubblici ministeri afferenti a distretti differenti, disciplinati dalle direttive stabilite dagli artt. 54 e 54 *bis* c.p.p. Considerati il difetto di criteri di delega sul punto e la efficacia diretta del regolamento, sembra logico individuare nella Procura generale presso la Corte di cassazione, l'autorità giudiziaria compe-

¹³⁵ In tema, ampiamente, TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali*, cit., 57 ss.

tente a risolverli.

Ove il procedimento rientri nella competenza di più Stati membri, la camera permanente competente, previa consultazione dei procuratori europei e/o dei procuratori europei delegati interessati, tenuto conto dello stato dell'arte investigativo e sempre che tali decisioni si mostrino efficaci rispetto all'interesse generale della giustizia e conformi ai criteri di scelta del P.E.D. incaricato del procedimento (ai sensi del par. 4 dell'art. 26), può riassegnare il caso ad un procuratore delegato di un altro Stato membro, riunire o separare i casi e, per ogni caso, scegliere il procuratore che ne è incaricato (art. 26, parr. 5-7). Sul punto non evidenziamo contrasti con il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, 1° co., Cost.; 47, par. 2, C.D.F.U.E.; 6, par. 1, C.E.D.U.), nel senso che per noi la riassegnazione della competenza investigativa ad altro P.E.D. non viola il principio di predeterminazione legale della giurisdizione penale né quello di difesa¹³⁶. L'uno e l'altro, infatti, sono presidiati dal combinato disposto degli artt. 26, par. 5, seconda alinea; 26, par. 4; 36, par. 5 e 42, par. 1, Reg., che predetermina i criteri generali attributivi della competenza del giudice davanti alla quale sarà esercitata l'azione penale (dipendente, a sua volta, dalla individuazione del procuratore delegato ad avviare ed a condurre le indagini), tutelando le parti e la difesa e, soprattutto, garantendo la imparzialità del giudice. Dunque, non solo non v'è crisi del modello costituzionale di giurisdizione (correlato a quello dell'azione, nonostante sia un'area estranea all'ambito di operatività del principio di cui all'art. 25, 1° co., Cost.), poiché il regolamento non riconosce alla camera permanente il potere di creare arbitrariamente ipotesi di spostamento della competenza né introduce ipotesi di discrezionalità libera nella scelta dello «Stato membro dove esercitare l'azione penale» ma guidata dalla obbligata conformità «ai criteri di scelta del procuratore europeo delegato del procedimento ai sensi del paragrafo 4» dell'art. 26 Reg. e, non da ultimo, dai criteri di competenza stabiliti dal diritto nazionale. Ma non v'è pregiudizio, pure perché l'accertamento dei presupposti del trasferimento non dipende da valutazioni insuscettibili di sindacato. Infatti, «gli atti procedurali relativi alla scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere», determinata sulla base dei criteri stabiliti dai parr. 4 e 5 dell'art. 26 Reg., «sono destinati a pro-

¹³⁶ In senso contrario, RUGGERI, *Indagini e azione penale*, cit., 609-610.

In senso lato, è critica BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento*, cit., 180. In precedenza, già sulla proposta di regolamento (art. 27, par. 4), era scettico SELVAGGI, *Il P.M. non può scegliersi il giudice: un ammonimento quanto al pubblico ministero europeo (E.P.P.O.)?*, in *Cass. pen.*, 2013, 4694.

durre effetti giuridici nei confronti di terzi e pertanto [sono] assoggettati al controllo giurisdizionale degli organi giurisdizionali nazionali al più tardi nella fase processuale» (Considerando 87, seconda alinea e art. 42, par. 1, Reg.); non anche ad opera della Corte di giustizia, alla quale residua una mera funzione ermeneutica definita dall'art. 42, par. 2, lett. c), Reg. (che nemmeno contempla l'art. 26 Reg.). Ebbene – nell'ottica del coordinamento tra sistemi europeo ed italiano – nel caso *de quo*, così come nell'ipotesi (non contemplata dal regolamento) in cui l'organo giudicante dello Stato individuato dall'E.P.P.O. ritenga che la giurisdizione spetti ad altro Stato, il controllo, da un lato, e la definizione del conflitto tra giurisdizioni, dall'altro, potrebbe seguire gli schemi stabiliti dagli artt. 29 e 32 c.p.p. che individuano nella Corte di cassazione il giudice competente, sempre che la contesa non si risolva naturalmente. Nemmeno si registra una caduta della garanzia della naturalità della giurisdizione. Infatti, la discrezionalità delle valutazioni dell'E.P.P.O. è, naturalmente, suscettiva di temperamenti legali in riferimento a specifiche ragioni: la necessaria osservazione dello stato dell'arte investigativo e dell'interesse generale della giustizia, in funzione di limiti, orientano l'attribuzione della competenza secondo la ontologia del fatto per cui si procede ed il tessuto sociale nel quale si sviluppa¹³⁷, legittimando l'esigenza di consentire l'orientamento delle scelte dell'organo inquirente sulla base di elementi variegati e complessi.

In sintesi: l'investigazione europea può scaturire, a prescindere dal procedimento già in corso a livello statale, dall'iniziativa – spontanea o su incarico della camera permanente – del P.E.D. La sovrapponibilità delle situazioni previste dai parr. 1 e 2 dell'art. 26 Reg. con quelle di cui all'art. 330 c.p.p., se da un lato, fa ritenere lecita l'attività pre-investigativa del procuratore, dall'altro, ripropone il problema relativo al momento genetico del procedimento, vale a dire, quello della iscrizione dell'illecito nel registro dedicato.

È previsto, inoltre, un diritto di avocazione, il cui esercizio ad opera della Procura europea, rispondendo ai bisogni di “sovraordinazione funzionale” (non anche come rimedio a gravi inerzie ed a ingiustificate violazioni dei doveri inquirenti assicurata dal combinato disposto degli artt. 5, par. 3 (seconda

¹³⁷ Sull'ultimo aspetto della naturalità, UBERTIS, *Il processo penale*, cit., 34: «da naturalità contemplata dall'art. 25 co. 1 Cost. va quindi intesa come predisposizione del giudice a comprendere tutti i valori socio-culturali coinvolti dal processo; essa sancisce il diritto per il cittadino di essere giudicato da chi sia in grado di cogliere compiutamente il significato della sua condotta, assicurando un effettivo pluralismo (art. 2 Cost.) connesso a una reale tutela delle minoranze linguistiche etnicamente diverse (art. 6 Cost.) e contribuendo a una figura di giudice quale espressione di quel popolo a cui appartiene la sovranità (art. 1 co. 2 Cost.) e nel cui nome la giustizia è amministrata (art. 101 co. 1 Cost.)».

alinea), Reg. e 412 c.p.p.), comporta il blocco delle investigazioni nello Stato membro ed il trasferimento all'E.P.P.O. del fascicolo. Si aggiungano, la facoltà della camera permanente di devolvere l'indagine ad un altro P.E.D., nonché, la competenza eccezionale dello stesso procuratore capo di assumerne personalmente la diretta responsabilità (art. 28, par. 3 e 4, Reg.)¹³⁸. Entrambe le ipotesi di riassegnazione, pur prospettando forme «itineranti» di procedimento investigativo, non sembrano creare attrito con le garanzie difensive¹³⁹, posto che la difesa nella fase preliminare – anche quando ha natura europea – è situazione commessa al momento dell'informazione, ai suoi contenuti, alla ricerca di elementi probatori concretamente esercitabili, alle indagini del difensore, non anche alla “logistica” del procedimento. Anzi, se poi si ragiona nell'ambito degli artt. 36, par. 5 e 42 Reg., l'esame di questo carattere tipico delle “indagini europee” riflette il contenuto del potere in termini di efficienza dell'attività investigativa e di effettività della garanzia posta in discussione dalla dottrina, dal momento che affida alla giurisdizione (*id est*: al GIP) il controllo sul comportamento dell'E.P.P.O. A monte ed in senso più ampio, va detto che il combinato disposto degli artt. 5, par. 3, seconda alinea e 41, par. 1, Reg., pur lasciando l'accusa la protagonista della fase, riconosce alla difesa, nelle indagini nazionalizzate, il diritto di raccogliere autonomamente elementi di prova, sulla cui provvista gestire la propria strategia procedurale e, eventualmente, esercitare il proprio diritto alla prova nel giudizio.

Tornando ai “modi” e ai “tempi” delle indagini europee, le riflessioni si articolano sugli indirizzi dogmatici dettati da due segmenti normativi. Il primo, stabilito dagli artt. 5, par. 5; 26, par. 1 e 2; 45, par. 1, Reg., scandisce in termini di doverosità il comportamento del P.E.D. nei casi di apprensione diretta della condotta criminosa e/o su informativa dell'autorità giudiziaria nazionale, stabilendo l'obbligo di iniziare e di condurre le indagini senza indebito ritardo; di annotare la notizia nel sistema automatico di gestione dei fascicoli e di aprire un fascicolo dedicato.

In proposito, secondo la dottrina, «laddove sia essa [la Procura europea] ad avviare le indagini senza previo intervento da parte delle autorità nazionali, l'annotazione della *notitia criminis* nel sistema automatico di gestione dei fascicoli dovrà considerarsi alla stregua della formalizzazione dell'addebito»¹⁴⁰.

¹³⁸ CHIAVARIO, *Giustizia penale e cooperazione fra Stati: strumenti, fonti e strutture*, in Id., *Diritto Processuale Penale*, Torino, 2019.

¹³⁹ Come, invece, ritengono GIUFFRIDA, *Cross-Border Crimes and the European Public prosecutor's Office*, in *EuCrIm*, 3, 2017, 153 e RUGGERI, *Indagini e azione penale*, 608 (a cui appartiene il virgoletto nella frase).

¹⁴⁰ RUGGERI, *Indagini e azione penale*, cit., 605, 606.

Pur riconoscendo l'autorevolezza della fonte, siamo di diverso avviso. Si ritiene, infatti, che in entrambi i casi – acquisizione diretta della notizia o su segnalazione dell'autorità – il P.E.D. debba procedere immediatamente alla iscrizione nel registro *ex art. 335 c.p.p.*, e, senza indebito ritardo, ottemperare ai comportamenti normativamente prescritti. In particolare, nel caso contemplato dal par. 2 dell'art. 26 Reg., le informative (che, in un'ottica prevalentemente politica, rispondono ai bisogni di assistenza giudiziaria), nel contesto funzionale della genesi della investigazione, diventano altrettanti strumenti di acquisizione di specifiche notizie di reato che, avendo ad oggetto gli *eurocrimes*, obbligano il magistrato europeo ad adempiere alla regola di condotta prescritta nell'art. 335 c.p.p., che ha priorità (seppure non sarebbe scorretto ragionare in termini di contestualità) rispetto alla annotazione nel sistema automatico di gestione dei fascicoli. Le due condotte – *sub art. 26, par. 1, Reg.* e *sub art. 335 c.p.p.* –, invero, non sono surrogabili, in quanto presentano direzioni differenti: l'obbligo di annotazione nel registro di cui all'art. 44 Reg. è funzionale a centralizzare le informazioni relative alle indagini, alle azioni penali e alle condanne relative ai procedimenti di area P.I.F. in corso nei Paesi membri, rispondendo così ai bisogni di assistenza e di cooperazione giudiziaria tra Stati europei per la lotta al crimine finanziario; quello di iscrizione nel registro delle notizie di reato *ex art. 335 c.p.p.* serve a fissare limiti cronologici al procedimento (l'avverbio «immediatamente» non dà adito a dubbi sul bisogno di continuità tra acquisizione ed iscrizione, se si ragiona sulla fisiologia delle categorie temporali), garantendone prevedibilità e verificabilità della durata. L'autonomia strutturale e funzionale delle norme assicura, inoltre, l'equilibrio tra esigenze securitarie (rispetto ai reati di cui alla direttiva P.I.F.), segretezza (che, anche qui, ha valore strumentale alle esigenze delle determinazioni in ragione dell'azione) e garanzie di informazione e di conoscenza riconosciute all'indagato; premessa, l'ultima, non solo per l'effettività del diritto di difesa (nell'ottica dell'iniziativa delle indagini difensive) ma anche per assicurare efficienza ai meccanismi riparativi di eventuali comportamenti illeciti del P.E.D. Bilanciamento, questo, la cui validità sul terreno dei presidi (*id est*: politica criminale e situazioni giuridiche soggettive protette dell'indagato) è assicurata dalla “forma obbligata” delle condotte richieste al magistrato europeo; laddove, la sua efficacia sul piano operativo è pregiudicata, come accade per le indagini nazionali, dalla mancata previsione normativa di controlli delle pre-investigazioni, ovvero, di misure investigative assunte a monte della iscrizione. Infatti, la tutela della legalità del procedere qui si arricchisce di un'ulteriore fisionomia, poiché la discrezionalità si coniuga non solo con il momento della

“iscrizione” ma pure con quello della “annotazione”. Lì e qui, infatti, il comportamento del P.E.D. non è “libero”, manifestandosi in termini di “obbligo” ed escludendo margini di arbitrio.

La semantica conforta la soluzione offerta, posto che l’impiego del modo indicativo - «avvia» ed «annota» nell’art. 26, par. 1, Reg. ed «iscrive» nell’art. 335, co. 1, c.p.p. - avverte della necessità di considerare le prescrizioni in termini di “indisponibilità”. Al P.E.D. è attribuito un obbligo giuridico indilazionabile, da adempiersi senza soluzione di continuità rispetto al momento in cui sorgono i relativi presupposti; che non comporta possibilità di scelta né in relazione all’*an*, né al *quid* e neppure al *quando* dell’iscrizione. Dunque, nessuna “libertà” (neppure) nelle determinazioni inerenti l’inizio delle investigazioni europee: la notizia che sia stato commesso un reato di competenza dell’E.P.P.O. impone il procedimento. Non contraddice il ragionamento, la previsione della «verifica» funzionale a valutare la sussistenza di «motivi per avviare un’indagine» (art. 24, par. 4, Reg.). Invero, nonostante la disciplina sia rimessa alla regolamentazione interna, è possibile ipotizzare, allo stato dell’arte normativo, che il legislatore europeo abbia voluto riferirsi alla necessaria razionalità astratta della informazione acquisita o ricevuta; dunque, alla opportunità che non si tratti di una pseudo notizia di reato. Cautela nota pure al legislatore italiano, codificata nell’art. 109 disp. att.

Non meraviglia l’interpretazione offerta. Del resto, appartengono fisiologicamente alla struttura e alla disciplina dell’atto di iscrizione, elementi di inevitabile fluidità, che rendono lo scrutinio dei suoi presupposti meno meccanica di quanto i predicati di doverosità dettati dall’art. 335 c.p.p. potrebbero, *prima facie*, suggerire¹⁴¹. Pertanto, l’iscrizione presuppone, soprattutto quando il P.E.D. riceva la notizia dall’autorità giudiziaria statale, la sussistenza di una piattaforma cognitiva che gli consenta l’individuazione degli elementi essenziali del fatto reato, delle fonti di prova, la valutazione del danno reale o potenziale, la possibile qualificazione giuridica e qualsiasi informazione riguardo alle potenziali vittime, agli indagati e a qualunque altra persona coinvolta (art. 24, par. 4, Reg.).

In questi termini, l’*an*, il *quomodo* ed il *quando* delle misure investigative europee sono guidati dalle regole di comportamento nazionali, integrate da quelle regolamentari dirette a consentire «all’E.P.P.O. di operare come un ufficio unico in cui i fascicoli gestiti dai procuratori europei delegati sono a disposizione dell’ufficio centrale per l’esercizio dei suoi compiti decisionali, di

¹⁴¹ Cass., sez. un., 21 maggio 2000, n. 16, cit. Di recente, Cass., V, 24 settembre 2019, n. 40500.

monitoraggio e di direzione, e di indirizzo e di supervisione» (Considerando 47). Allo stesso modo del sindacato sulla utilizzabilità degli atti *post* formale iscrizione, giusta la riserva di legge svelata dal relativo richiamo contenuto nell'art. 42, par. 1, Reg. «alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale»; quindi, all'art. 407, co. 3, c.p.p. Fa eccezione la lett. e) del par. 1 dell'art. 39 Reg., che individua nella «scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale» una situazione archiviativa del procedimento, non anche un'ipotesi di avocazione, come accade, viceversa, nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 412 c.p.p. In questo caso, si genera un “doppio binario” che, per i reati di area P.I.F. (e per quelli che vi sono connessi), “mortifica” la regola che prevede l'avocazione delle indagini preliminari per inosservanza del termine stabilito dall'art. 407, co. 3 *bis*, c.p.p., rendendo fisiologico (ed obbligato: art. 5, par. 3, ultima alinea, Reg.) il potere della camera permanente di disporre l'archiviazione.

L'esegesi proposta (con il limite della riferita “eccezione”), che trova sintesi nella linea normativa degli artt. 330, 335 c.p.p.; 26, parr. 1-2, Reg., si legittima alla luce delle regole scandite dall'art. 5, par. 3, Reg. per disciplinare il dialogo tra ordinamenti; specificamente, della parte in cui il legislatore riconosce l'applicazione *iure proprio* delle norme di procedura penale degli Stati membri nelle aree di attività della procura europea non regolate dalle prescrizioni del regolamento stesso. Questo è il caso; di conseguenza, si estende al versante dell'azione penale europea, la problematica – allo stato dell'arte insoluta, dal momento che non vi è cenno nella legge di delegazione (anche qui si auspica l'eccesso di delega!) – della ritardata iscrizione e delle indiscutibili interrelazioni con il controllo del potere del pubblico ministero nella fase preliminare.

6. *Legalità e mutuo riconoscimento quali garanzie di metodo delle indagini europee.* Il modello investigativo europeo non diverge, nei suoi tratti essenziali, da quello nostrano, pur non mancando elementi fisiologici che lo caratterizzano in modo peculiare ma che diventano patologici nel rapporto con la legge delega, ponendosi, ancora una volta, questa, non quelli, in netto contrasto con il sistema costituzionale. Per noi, infatti, il regolamento non tradisce i bisogni del “garantismo strutturale”; al contrario, ripete l'indirizzo del codice di rito, adottando l'equità¹⁴² (art. 6, par. 1, C.E.D.U.; 47-50 C.D.F.U.E.; 111, 1° co., Cost.) in funzione di indirizzo di metodo per regolare lo svolgimento

¹⁴² In argomento, diffusamente, KOSTORIS, *Processo penale*, cit., 203 ss.

delle indagini preliminari, garantendo la plurischematicità fasica e rituale e prevedendo procedure semplificate di azione penale concorrenti con i riti alternativi per far fronte alle esigenze di funzionalità del processo. Dunque, le attività indagative dei procuratori dell'E.P.P.O. partecipano della filosofia generale delle investigazioni nazionali, riprendendo i tratti della fisionomia ideologica e modale dell'azione: la natura ed i caratteri; il suo grado di astrattezza; le forme attraverso cui si esplica. E descrive la fase come un procedimento il cui il promovimento dell'azione è affidato alla obiettività del P.E.D., ovvero alla scelta dei tempi e dei modi dell'inchiesta penale. Al medesimo soggetto vanno riconosciuti, s'è detto, poteri di acquisizione della notizia di reato.

La "nazionalizzazione" delle misure investigative, ovvero, il ruolo decisivo che assume il diritto nazionale nel loro svolgimento, si ricava dalle coordinate normative espresse dagli artt. 26, par. 4; 28, parr. 1 e 2; 30 e 33, Reg. che svelano una indiscutibile correlazione tra poteri e *lex fori*: l'E.P.P.O. esercita la sua competenza o dando inizio direttamente - tramite un P.E.D. dello Stato interessato - all'indagine su uno dei reati di cui ritiene di avere titolarità o, qualora sia già in corso il procedimento nel Paese membro, esercitando l'avocazione. Il P.E.D., «conformemente al regolamento e al diritto nazionale» (art. 28, par. 1, prima alinea, Reg.), può svolgerle personalmente o delegarvi il pubblico ministero che, «in conformità con il diritto nazionale» (art. 28, par. 1, seconda alinea, Reg.) è tenuto a rispettarne le direttive; può fare ricorso ad un insieme minimo di misure investigative suscettibile di essere integrato, «conformemente al diritto nazionale», da atti urgenti compiuti dall'autorità giudiziaria dello Stato membro ove necessario per garantire l'efficacia delle investigazioni (art. 28, par. 2, prima alinea, Reg.), oppure soggetto a condizioni «conformemente al diritto nazionale applicabile» (art. 30, parr. 2 e 3, Reg.); può ricorrere a tutti gli strumenti procedurali utili nell'ottica del reciproco riconoscimento e della cooperazione transfrontaliera, nel caso in cui il reato indagato sia soggetto ad una pena massima di quattro anni di reclusione. Il par. 3, seconda alinea, dell'art. 5 Reg. - ragionando nell'ambito determinato dall'innesto della fonte regolamentare con quella codicistica - autorizza l'organo di accusa di avvalersi della polizia giudiziaria, in virtù della dipendenza funzionale che caratterizza i rapporti con quest'ultima e che resta invariata in mancanza di una specifica disciplina europea. Si aggiunga che l'art. 30, parr. 1 e 5, Reg. si muove in direzione della tipizzazione degli atti investigativi e della proporzionalità nella scelta delle misure, senza tuttavia disciplinarne il modo di svolgerli, che resta, appunto, trattato secondo il sistema interno. In tal modo si crea una supremazia di fatto del metodo comune

sull'investigazione transnazionale che, a sua volta, diviene il risvolto operativo di una ideologia che si modula sulla naturale dinamicità dell'ordinamento interno, ovvero sulla sua endemica capacità di rendere duttile il processo alle esigenze della integrazione, nonché, sulle regole interne di comportamento, pur non abdicando alle specificità del modello europeo.

Queste nuove frontiere dell'equità offrono lo spunto per una riflessione propositiva del raccordo indagini nazionalizzate/diritto nazionale, individuando il difetto genetico dei punti di crisi nella legge delega, non anche nella legislazione sovranazionale.

Tentiamo una spiegazione. La combinazione dell'art. 30, par. 1 con l'art. 5, par. 3, seconda alinea, Reg.¹⁴³ fa ipotizzare un sistema europeo di azione penale coerente e coordinato con quello domestico, nel quale le modalità di trattamento della notizia di reato sono assicurate dalla riserva di legge nazionale, in funzione di garanzia diretta ad assicurare la specificità delle formalità per l'adozione degli atti d'indagine. Il richiamo a parametri di riferimento, a norme descrittive del comportamento, qualifica il potere discrezionale guidato (dalla tipicità dei *modi* del comportamento investigativo) del P.E.D. che, in tal modo, diviene categoria naturale (anche) del sistema legale europeo.

Ancora. Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità sono profili che garantiscono (pure) il rapporto tra azione e libertà personale (qui detto solo in sintesi esulando dal contesto del nostro studio), costruendo una teoria europea delle cautele fondata sui parametri degli artt. 27, 2° co.; 13; 27, 3° co., Cost., tale da evitare la equipollenza tra indagato/imputato e condannato ed imperniata sulla logica della *extrema ratio*. Lo dimostrano le coordinate normative che attribuiscono al procuratore delegato il potere di disporre o di chiedere l'arresto o la detenzione preventiva della persona indagata «in conformità del diritto nazionale applicabile in casi nazionali analoghi» (art. 33, par. 1, Reg.), anche tramite lo strumento del mandato d'arresto europeo (art. 33, par. 2, Reg.). Ciò significa: da un lato, tipicità delle condizioni e dei presupposti per l'adozione del provvedimento cautelare, delle misure e dei relativi criteri di selezione; dall'altro, «discrezionalità come categoria interna alla giurisdizione»¹⁴⁴, deputata alla valutazione delle esigenze legittimanti, in con-

¹⁴³ *Id est*: l'elencazione delle situazioni di intervento del PED e le regole di comportamento dettate per gli Stati membri dall'art. 30, par. 1, Reg. per cui questi «assicurano che i procuratori europei delegati siano autorizzati a disporre o a chiedere le misure investigative seguenti ...» e dall'art. 5, par. 3, seconda alinea, Reg.

¹⁴⁴ Sulle forme *interne* di esercizio del potere discrezionale del giudice nell'emissione dei provvedimenti coercitivi, rimane attuale RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna*

creto, il provvedimento cautelare (o il M.A.E.), nonché alla scelta della misura esclusivamente in ragione della idoneità e della sufficienza della stessa a salvaguardare tali urgenze.

Tornando alle misure investigative: si chiede che siano complete, svolte «in maniera imparziale» e che comprendano, tra i fatti che ne rappresentano il contenuto, «le prove pertinenti, sia a carico che a scarico» (art. 5, par. 4, Reg.). La regola coglie la realtà dell'art. 358 c.p.p.: della raccolta di «prove a favore» è onerata l'E.P.P.O. perché pur essa è attività servente all'azione (art. 36, par. 1, Reg.). Infatti, l'aver posto a carico della procura l'obbligo di svolgere «le indagini in maniera imparziale» e di raccogliere «tutte le prove pertinenti, sia a carico che a scarico» richiama il dovere di obiettività che caratterizza l'opera della parte pubblica nel contesto nazionale della completezza delle indagini, senza attirarla nell'area della giurisdizione, né imponendole l'osservanza del dovere di lealtà nei confronti dell'indagato né del suo diritto (escluso, tra l'altro, dalla naturale inerzia della difesa¹⁴⁵) di conoscere gli elementi a scarico assunti dall'accusa nel corso delle indagini. Bisogni, entrambi, che sarebbero ineccepibili e doverosi ai fini dell'adeguamento del processo ai principi delle Carte dei diritti (artt. 24, 2° co., Cost; 48, par. 2, C.D.F.U.E.) e del regolamento (art. 41, par., lett. c) se si attribuisse valore processuale ed efficacia probatoria alle indagini preliminari del P.E.D.; ma che si risolvono in una sorta di vischiosità culturale se si riflette nel cono dell'art. 37 Reg. (lo spiegheremo). Esigenze, inoltre, che sarebbero legittime se si insistesse sul garantismo¹⁴⁶ per riparare a strutture fortemente autoritarie, come quelle del codice Rocco ma che diventano ingiustificabili nell'epoca posmoderna¹⁴⁷, nella quale la dimensione plurale degli ordinamenti sul piano della garanzia delle situazioni giuridiche soggettive accorsa la tutela

disciplina della libertà personale, in *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di Grevi, Padova, 1989, 45-46.

¹⁴⁵ «Nella Procedura penale la naturale disparità delle parti nelle indagini preliminari è presidio al disvalore probatorio degli atti del pubblico ministero, che, viceversa, acquisterebbero valore di prova se le parti fossero pari; qui, la disparità è endemica e garantista (altro che inquisitoria!) per la finalità attribuita in quella fase al soggetto delegato alle indagini e, di conseguenza, per privare quegli atti di consistenza giudiziale»: RICCIO, *Sulla riforma dello statuto*, cit., 102.

¹⁴⁶ Il cd. «garantismo inquisitorio» di AMODIO, *Un questionario sul nuovo processo penale*, in *Dem. e dir.*, 1976, 67 (successivamente in ID., voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1977, 182). Cfr. Corte cost., 10 luglio 1968, n. 96.

¹⁴⁷ Lo sarebbero state anche in epoca moderna, dal momento che il totale capovolgimento della logica di sistema attuato dal codice del millennio precedente concretizzò la netta rottura con la ultracentenaria tradizione inquisitoria. Per l'approfondimento, si rinvia a RICCIO, *Introduzione allo studio dei diritti procedurali nel processo penale*, in *Ideologie e modelli*, cit., 15 ss. (successivamente in ID., *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, in *Giust. pen.*, 2019, III, 59.

dell'indagato/imputato dal processo. Non contraddice il ragionamento il par. 1 dell'art. 41 Reg. quando richiama i diritti della difesa dell'indagato tra le garanzie procedurali che presidiano l'investigazione. Evidentemente, il legislatore si riferisce a situazioni proiettate sul giudizio (così si spiega anche il riferimento alla imparzialità del giudice), non sulle indagini - pur costituendone l'occasione -, non scaturendo da queste prove, almeno non in via generale.

Insomma, in un modello d'azione che sposta il livello delle guarentigie verso l'alto (artt. 5, par. 1 e 2; 41, 42, Reg.) appare naturale ritenere che la tutela del diritto di difesa vada impostata non tanto sulla presenza formale del difensore all'assunzione degli atti, quanto sulle regole di formazione della prova e, soprattutto, sulla utilizzazione degli atti nell'ulteriore corso del giudizio. Importa, cioè, che la prova si formi davanti al giudice nel contraddittorio tra accusa e difesa e che non possano avere dignità probatoria nel giudizio quegli atti che, seppure assunti nella fase preliminari con la presenza del difensore, sono formati dal pubblico ministero, senza l'intervento del giudice¹⁴⁸; e che il risultato dell'individualismo probatorio dell'accusa non sia assimilato, nemmeno in parte, alla prova formata dialetticamente¹⁴⁹. Non da ultimo, oggi come ieri, nel sistema statutario e in quello sovranazionale, garantire l'imputato non comporta l'ampliamento dei singoli diritti e/o della partecipazione della difesa nella fase preliminare, quanto ricomporre nella struttura procedimentale i ruoli del giudice e dell'accusatore nelle loro specifiche peculiarità, di modo che, depurando il primo di funzioni proprie del secondo e viceversa, si eliminano le cause primarie del rischio di iniquità del sistema.

In tal modo, si realizza anche l'aspirazione dell'obbligatorietà all'uguaglianza, comune al sistema nostrano (artt. 112 e 3 Cost.) ed a quello sovranazionale (artt. 20 C.D.F.U.E.; 5, par. 1, Reg.): qui come lì, il P.E.D. ed pubblico ministero si muovono nell'ambito della oggettività del comportamento rivolta alla uguaglianza di trattamento. A loro volta, entrambi gli attributi (obiettività e parità) esauriscono il potere libero della parte, soprattutto quando è chiamata a selezionare la condotta processuale rispetto all'interesse dell'altra (art. 5, par. 4, Reg.) per rispondere, con completezza, all'onere della ricostruzione del fatto in chiave di costruzione del contenuto dell'azione e di valutazione

¹⁴⁸ «La parità è il valore per il giudizio, lì dove l'uguaglianza richiede pari risorse probatorie. Nelle indagini, le "pari opportunità" possono e debbono perseguire l'uguaglianza mediante l'attuazione del "diritto al giudice", previsto per tutte le parti dal comma 3 dell'art. 111 Cost.»: RICCIO, *Sulla riforma dello statuto*, cit., 103.

¹⁴⁹ Sulle ragioni preclusive dell'assimilazione, diffusamente, GIOSTRA, *Indagine e prova: dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in AA. VV., *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, 48.

della idoneità degli elementi raccolti rispetto alla utilità del giudizio. E restituiscono l'azione alla logica dell'inchiesta, che affida al soggetto che la compie l'onere di valutare tutto quanto possa risultare a tal fine utile. Qui come lì, l'accusa esprime le sue "libere" valutazioni solo quando vi sia un concreto attentato (addirittura codificato dal regolamento: «ragionevoli motivi») ai valori protetti dalle Carte dei diritti e tradotti in fattispecie legislative¹⁵⁰. Sicché, l'onere di raccogliere tutto quanto possa risultare proficuo alla decisione sull'azione e, quindi, anche le «prove pertinenti a discarico dell'imputato» (l'art. 5, par. 4, Reg. interpretato con l'art. 41, parr. 1 e 2 lett. c) e con il combinato disposto degli artt. 41, par. 3, Reg., 367 e 369 c.p.p.¹⁵¹) non altera la proiezione *contra reum* delle indagini né la sua natura meramente procedimentale, diretta, in particolare, ad ottenere l'intervento del giudice per accertare l'esistenza del reato contestato all'imputato e la relativa responsabilità; e, in generale, a provocare un pronunciato giudiziale sulle situazioni giuridiche - connesse alle posizioni giuridiche soggettive delle parti - che progressivamente si svelano nel processo¹⁵².

Riflessioni fondamentali, queste, perché mostrano che il legislatore comunitario ragiona secondo parametri comuni alla cultura costituzionale dell'art. 112 Cost.; lega l'obbligo di agire alla presenza di una notizia non manifestamente infondata («esistono ragionevoli motivi per ritenere che sia o che sia stato commesso un reato»: art. 26, par. 1, Reg.); raccorda la utilità della misura investigativa al fine cui essa è destinata, (ri)affermando la validità endofasica dell'atto, perciò privato del metodo paritario di acquisizione, non potendo assumere, esso, valore probatorio. In proposito, la linea normativa degli artt. 39, par. 1, incipit-50 (408-411) c.p.p., 35, parr. 1 e 5-36, parr. 1 e 5 Reg.-405 c.p.p. (5, par. 3, seconda alinea, Reg.) esprime la proiezione delle indagini sull'azione: da un lato, la situazione della "impossibilità" dell'esercizio dell'azione penale «a norma del diritto dello Stato membro del procuratore delegato incaricato del caso» (art. 39, par. 1, incipit, Reg.) che si coordina con quella nostrana (art. 50, co. 1, c.p.p.) ovvero, con la primazia della inazione (e, dunque, alle occasioni che la fondano: artt. 408 e 411, c.p.p.) sull'azione e

¹⁵⁰ RICCIO, *Il diritto di azione*, cit., 112 e, sulla portata dell'art. 358 c.p.p., 113.

¹⁵¹ Giusto il richiamo ai «diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile» riconosciuti all'«indagato, [all]l'imputato e [all]le altre persone coinvolte nel procedimento dell'E.P.P.O.» (art. 41, par. 3, Reg.).

¹⁵² In questo significato, l'*actio* «non svolge solo il compito di rimuovere la naturale inerzia del giudice, non è solo la maniera con cui l'organo delegato tutela la pretesa punitiva della collettività; non è solo l'atto per l'esercizio del diritto alla giurisdizione, ma è, soprattutto, la proposta fattuale su cui il pubblico ministero chiede al giudice di pronunciarsi»: RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 225-226.

quelle di cui alle lett. a)-g) dell'art. 39, par. 1, Reg. che, recuperando il contenuto dell'azione in termini di concretezza, esaltano la regola dell'inutilità del processo come fenomeno deflattivo collegato al rispetto della persona e come valore pregnante che guida i comportamenti del procuratore delegato nel proporre l'esercizio o l'inerzia. Dall'altro, la conclusione delle indagini e la mancanza di presupposti archiviativi, obbligando l'E.P.P.O. «a portare il caso in giudizio» compulsando la giurisdizione nazionale competente nelle forme e nei termini stabiliti dall'art. 405 c.p.p. (art. 5, par. 3, Reg.) oppure, in alternativa, in quelli fissati dall'art. 40 Reg., esprimono il bisogno di attivare il processo sempreché esso possa dare un prevedibile esito di condanna. Specularmente, il raccordo tra gli artt. 28, par. 1; 30 (5, par. 4) Reg. traccia la linea di demarcazione fra attività giurisdizionale coperta da tutte le garanzie del contraddittorio e la fase di indagini, libere (anche se normativamente regolate) non essendo destinate, generalmente, a formare prove da impiegare nel giudizio, affidate al P.E.D.; il quale, per la propria veste di parte interessata alla repressione dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, provvede ad «adottare le misure d'indagine e altre misure» necessarie alle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione ma non a raccogliere prove da utilizzare contro l'indagato.

L'intenzione di escludere il carattere istruttorio delle misure adottate dal P.E.D. si rivela, inoltre, nella terminologia adottata nell'art. 30, par. 1, Reg. L'impegno lessicale serve a sottolineare la non utilizzabilità in sede processuale degli atti investigativi, salvo che si tratti, naturalmente, di atti irripetibili, il cui impiego nel giudizio non può essere precluso (nell'ottica del coordinamento: artt. 37, par. 1, Reg.; 330 e 392, c.p.p.); ed a togliere fondamento alla pretesa di conservare la fase investigativa come momento di elaborazione del materiale probatorio utilizzabile dal giudice per decidere. Anzi, corrobora l'ultima affermazione il combinato disposto degli artt. 5, par. 4, 28, par. 1 e 2, 30, 35 (36, 39), Reg. che conferma quella filosofia, rivelando che la destinazione naturale del materiale frutto delle indagini è nella finalizzazione delle indagini stesse, rispetto alle quali la partecipazione della difesa è ammessa in quanto “valore” ma non nel significato di “parità”.

Su quest'ultimo punto è opportuno un approfondimento. Ebbene, se la natura del distinguo tra “difesa” e “parità” è “funzionale”, non anche “strutturale”; se la “difesa” come “valore” si differenzia dalla “difesa” come “strumento”¹⁵³,

¹⁵³ Sul linguaggio, sono attuali le definizioni di RICCIO, *Introduzione*, in Aa. Vv., *I binari del processo penale. tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno, Napoli, 8-10 dicembre 1995, Milano, 1996, 34-39.

allora è concepibile che l'art. 41, par. 1, Reg. la presenti, nel primo significato, in funzione di principio generale del processo e di regola per la giurisdizione (diritto al giudice, alla conoscenza del procedimento, alla completezza delle indagini), prevedendone la inviolabilità ogniqualvolta si mostri come elemento di qualificazione delle attività funzionalmente orientate all'azione che ne impone la partecipazione, legittimandone compiti reattivi (artt. 30, par. 1 e 41, par. 3, Reg.). Mentre, nel secondo lemma, che la proponga (eccezionalmente: art. 37 Reg.) in qualità di strumento per la parità delle armi, riconducendo la funzione della equiparazione alla proiezione probatoria dell'atto.

L'idea non è tradita, seppure con diverse motivazioni, dalle disposizioni degli artt. 5, par. 4; 37 e 39, par. 1, lett. g), Reg. Nonostante il legislatore abbia scritto testualmente «prove», non v'è anticipazione probatoria, se non nei casi e con i criteri fissati dal diritto nazionale, nonché sulla base del principio del reciproco riconoscimento; né v'è commistione tra l'attività investigative di ricerca e di raccolta delle fonti di prova e la formazione di conoscenze giudiziali utili a decidere sul fatto e sulla responsabilità. Ragionare diversamente condannerebbe il processo per i reati di area P.I.F. a disfunzioni irreparabili all'interno della sua stessa logica che, fisiologicamente (artt. 86, par. 2, ultima alinea, T.F.U.E.; 36, par.5, Reg.), ripete quella nazionale (artt. 112, 24, 2° co., 111, 1° e 3° co.; 27, 2° co., Cost.).

Il vocabolario europeo, per le sue potenzialità fuorvianti, impone di affrontare il discorso lessicale, non prima di aver ricordato (la necessità è metodologica) che la Scienza delle istituzioni politiche, a cui appartiene la Procedura penale, insegna la *relatività* dei concetti, non in termini di cedevolezza sottrattiva di significato dei vocaboli ma in direzione della funzione semantica che ciascuno di essi svolge nelle convenzioni linguistiche, soprattutto quando abbiano contenuto tecnico e si rivolgano ad una moltitudine di destinatari. Non possono essere trascurate, infatti, le differenze statutarie fra Stati coinvolti, essendo diversi i rapporti tra ideologie e modelli, regole e prassi, giudice e fatto, azione e processo, strumenti e giudizio. Sicché, se dal punto di vista formale e nell'ottica del coordinamento tra ordinamenti, si rileva l'uso di termini esemplificativi di fenomeni estranei alla tradizione giuridica statale che potrebbe far pensare ad una irrimediabile contrapposizione tra sistemi di azione penale; dal punto di vista sostanziale, il discorso è più complesso, essendo necessario cogliere il loro contenuto secondo il valore evocato nell'occasione in cui sono chiamati a funzionare. Su questa strada, non coglie la intitolazione delle disposizioni, non è risolutiva l'interpretazione letterale, rilevando, al contrario, l'insieme razionale dell'impianto che governa le regole

investigative. Perciò, l'analisi del rapporto tra lessico ed efficacia della norma diventa preconditione e presupposto delle proposte ermeneutiche che si offriranno.

Allora, se questo è il percorso metodologico, la parola «prova», utilizzata nel par. 4 dell'art. 5 Reg. non replica il significato che le si attribuisce tradizionalmente nel giudizio – o nello stesso art. 37 Reg. che, per questo, abbisogna di considerazioni diverse –, dovendo essere interpretata alla luce del comportamento che sottintende nella fase in cui è considerata ed allo scopo che persegue. Con lo stesso metodo va spiegata la «prova» richiamata dall'art. 39, par. 1, lett. g), Reg., la cui mancanza obbliga la camera permanente ad archiviare il caso. Ancora. Se osservando il contenuto del procedere ed i suoi modi, appare chiaro che le norme relative alle misure investigative (sez. 2, Reg.), inserendo l'attività del pubblico ministero e dell'indagato nella struttura diadica delle investigazioni, in cui le parti agiscono, di regola, in posizione di disparità, ne qualificano la funzione in termini di azione, non anche di accertamento della responsabilità; e se la specifica proiezione delle misure investigative, quale luogo delle determinazioni dell'E.P.P.O. riguardo all'esercizio dell'azione, assegna la prova alle situazioni, anche di natura triadica, il cui oggetto, tuttavia, è sempre la notizia di reato, giammai l'imputazione, quale sia l'effetto del collegamento tra premessa e conseguenza è chiaro: la cesura tra dibattimento e fase antecedente. L'offerta ermeneutica non è negata dall'art. 37, par. 1, Reg.; il quale, letto nel cono dell'art. 5, par. 3, Reg., attribuisce all'attività procedurale dell'E.P.P.O. capacità probatoria e riconosce alla fase preliminare l'attitudine a costituire l'«occasione» per la formazione della prova, pur lasciando al diritto interno il compito di stabilirne le modalità. Ciò significa che la disposizione, senza negare che l'obiettivo principale delle indagini sia la ricerca di elementi di prova a sostegno dell'ipotesi di accusa e che sono previsti momenti partecipativi della difesa (art. 41, par. 3, Reg.), ammette la loro vocazione alla formazione anticipata della prova, pur non addentrandosi nella specifica disciplina che lascia, invece, al legislatore nazionale (art. 5, par. 1, seconda alinea, Reg.). Il legislatore non avrebbe potuto fare altrimenti, posto che, per quanto il regolamento cerchi di realizzare uno spazio investigativo europeo, con libera circolazione probatoria e nonostante abbia creato un ufficio unitario europeo, non ha previsto un sistema comune di acquisizione della prova. Di qui, il fisiologico richiamo al diritto interno per stabilirne la normativa. In questi termini, nelle indagini nazionalizzate, la «prova» può essere solo collocata in un ambito di eccezionalità ed acquisita secondo le regole dell'incidente probatorio o dell'accertamento tecnico irripetibile op-

pure può riferirsi a tipologie probatorie (intercettazioni, video riprese, documentazione bancaria ecc.) suscettibili di utilizzabilità in dibattimento. Trova conferma, anche per questa via, la convinzione che la funzione delle indagini europee sia quella di consentire la costruzione effettiva dell'ipotesi accusatoria utile ad innescare il meccanismo dibattimentale; connotazione che si oppone decisamente – come accade per il modello nazionale di azione penale – ad ogni tentativo di disegnare le indagini come luogo generale di formazione della prova; anche se la polivalenza delle misure e la proiezione verso procedure semplificate riconoscono la forte attitudine degli elementi investigativi di trasformarsi in elementi capaci di fondare il giudizio.

Discorso diverso, riguarda l'ammissione delle prove formate dall'E.P.P.O. in uno Stato diverso o conformemente al diritto di uno Stato membro differente da quello in cui devono essere utilizzate. Per queste situazioni, il fondamento della regola di comportamento preclusiva della relativa inutilizzabilità (art. 37, par. 1, ultima parte, Reg.) va rintracciato nel combinato disposto degli artt. 86, par. 3, 82, par. 1, T.F.U.E. e giustificata alla luce del mutuo riconoscimento che rende impiegabili in tutto lo spazio giuridico europeo prove assunte da un organo comune agli Stati membri – l'E.P.P.O. – ma sulla base della *lex loci*, anche quando stabilisca condizioni diverse di ammissibilità. Con lo stesso approccio, si anticipa, va intesa la possibilità riconosciuta, nell'ambito delle indagini transfrontaliere, al procuratore europeo delegato incaricato del caso, di indicare particolari modalità di esecuzione, vincolanti per il P.E.D. incaricato di prestare assistenza sempre che non contrastino con i principi fondamentali dello Stato di esecuzione delle misure assegnate (art. 32 Reg.)¹⁵⁴. Nel par. 2 dell'art. 37 Reg., invece, l'uso del verbo «non pregiudica» riferita alla facoltà riconosciuta al giudice di merito di «valutare liberamente le prove presentate dall'imputato o dai procuratori dell'E.P.P.O.», si connette, coordinandovisi, all'art. 192, comma 1, c.p.p., ovvero, al libero convincimento e riguarda, appunto, la libertà da regole precostituite di accertamento del fatto e della responsabilità. Si vuole dire che le prove acquisite dall'E.P.P.O. (nelle forme interne dell'incidente probatorio, dell'accertamento tecnico non ripetibile o anche delle tipologie probatorie altre o secondo quelle “esterne” dello

¹⁵⁴ La regola non è nuova, essendo stata già prevista dall'art. 9, par. 2 della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, in G.U.C.E., 1 maggio 2014, L 130/1, peraltro, non applicabile nei procedimenti E.P.P.O. regolati da una disciplina specifica sul tema, vale a dire, dagli artt. 31 e 32 Reg. In argomento, per tutti, AA. VV., *L'ordine europeo di indagine penale. il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel g.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Daniele, Kostoris, Torino, 2018, spec. 181 ss. e AA. VV., *L'ordine europeo di indagine*, a cura di Bene, Lupária, Marafioti, Torino, 2016, spec. 167 ss.

Stato membro) non producono regole vincolanti per la “persuasione” del giudice, in quanto l’unico limite che la condiziona è rappresentato dalla razionalità del giudizio, riscontrabile nella motivazione.

Ragionando ancora sui lemmi. L’esegesi dell’aggettivo «imparziale», utilizzato nell’art. 5, par. 4, Reg. per qualificare il rapporto tra E.P.P.O. e “modo” delle indagini, ricorda antiche definizioni del pubblico ministero quale «promotore di giustizia» e/o quale «parte imparziale» consone ai poteri a lui conferiti dal Codice Rocco ma superate (e da superare) se il modo di essere dei suoi poteri si rintraccia nella combinazione normativa tra l’art. 112 Cost. e l’art. 97, 2° co., Cost. che «mette in luce i connotati di obiettività e di rispetto della eguaglianza di trattamento proprio della funzione che il pubblico ministero svolge nel processo penale»¹⁵⁵.

6.1. Verso un controllo giurisdizionale diffuso degli atti procedurali dell’E.P.P.O. Ulteriore profilo di equità dello statuto europeo di azione penale è la consegna dell’azione ad un soggetto privo di qualsiasi potere tipico della giurisdizione, alla quale, però, ne affida un controllo ampio, dal momento che non coinvolge soltanto il corretto esercizio dell’azione penale, rispondendo ai bisogni di concretezza¹⁵⁶ che investono pure l’azione europea, arrivando

¹⁵⁵ «La qualifica di imparzialità - nel suo significato più alto ed originario - è connotazione soggettiva del “terzo”; perciò, appare eccentrico il riferimento del termine alla pubblica amministrazione, la cui azione - più correttamente - va improntata a regole di obiettività e di uguaglianza di trattamento. Va riconosciuto, perciò, che all’origine della vicenda costituzionale la combinazione normativa tra l’art. 24, co. 2 e l’art. 97, u.c., Cost. intendeva attrarre il destinatario dell’atto funzionalmente delegato alla “decisione” nell’orbita delle regole legali, tra le quali, nelle sequenze procedurali, hanno rilievo privilegiato l’“imparzialità” di chi decide e la “partecipazione” di chi ha interesse al provvedimento. Perciò - si dice - la “difesa” si manifesta come diritto-potere di rappresentare all’ “altro” le ragioni della tutela dell’interesse di cui essa ha cura, legittimando, così, l’atto finale. La genesi semantica del termine ed il significato ad esso attribuito dall’art. 97 u.c. Cost. consentono di affermare che anche il pubblico ministero è impegnato di eguali connotati soggettivi, che, però, in nessun modo possono essere riportati al concetto di “parte imparziale” che animava gli insani poteri a lui conferiti dal Codice Rocco. Milita a favore della tesi la similitudine - non l’assimilazione - tra i caratteri della azione giudiziaria penale del pubblico ministero e quelli della pubblica amministrazione; anche se la finalità giudiziale delle investigazioni del pubblico ministero le sottraggono natura amministrativa. Epperò, pure esso, quale pubblico ufficiale, è portatore di un interesse pubblico (nello specifico = la tutela della pretesa punitiva dello Stato) che fa valere mediante l’ascolto dell’altro e con la dovuta obiettività. Dunque, non può (= non deve) ripetersi il linguaggio “antico” di “pubblico ministero-parte imparziale”, data la incongruenza logica e sistematica della formula che utilizzava il termine (= imparziale) per assimilare il pubblico ministero al giudice»: RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 27-28.

¹⁵⁶ «Azione in senso concreto significa che l’obbligo è generato dalla esistenza di elementi che giustificano l’incidenza della giurisdizione nella situazione soggettiva dell’imputato, giacché l’azione crea uno stato di soggezione a cui solo una sentenza può porre fine; perciò è predisposto un controllo sul corretto esercizio dell’azione penale, svolto solitamente nell’udienza preliminare»: RICCIO, *Garantismo e dintorni*, cit., 62.

a prevedere “finestre di giurisdizione”¹⁵⁷ sull’attività procedurale dell’E.P.P.O., cioè la possibilità di adire direttamente il giudice per peculiari esigenze connesse agli interessi dei “terzi”, prima della formulazione dell’imputazione.

Nella prima prospettiva la dimensione del riscontro ripete quella che si consuma nell’udienza preliminare, posto che l’azione dell’E.P.P.O. si ferma alla chiusura delle indagini, sicché, tutta la fase processuale compete al diritto nazionale ed è regolata dalle sue norme. A supporto, si richiama l’art. 36, par. 5, Reg. che, collegando il promovimento dell’azione con l’autorità giurisdizionale nazionale, esalta i compiti di garanzia del giudice per la tutela di situazioni soggettive incidentalmente messe in gioco nella fase; e lo richiama a giudizi sul fondamento dell’accusa a tutela dell’obbligatorietà dell’azione penale che, s’è visto, informa anche il contesto europeo, posto che pure qui il principio, nel suo complesso, ovvero, la scelta sul *se agire*, manifestano la necessità di una valutazione giudiziale sulla opportunità (non anche sulla inopportunità, si vedrà) dell’agire. Nella seconda versione, l’art. 42, par. 1, Reg. interpretato alla luce del Considerando 87, 2° e 3° alinea, riconosce al giudice nazionale poteri di gestione della fase investigativa, laddove assoggetta al suo giudizio il contenuto degli atti procedurali compiuti ordinariamente dall’E.P.P.O. o la loro omissione, quando siano destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dell’indagato, della vittima e degli altri interessati i cui diritti potrebbero essere pregiudicati. Epperò, il richiamo «alle procedure e ai requisiti stabiliti dal diritto nazionale», riconduce il profilo di quelle “finestre” nell’ambito della competenza funzionale riconosciuta al GIP nella fase preliminare (art. 328, comma 1, c.p.p.), limitandone, dunque, l’intervento, esclusivamente nei segmenti normativi che gli attribuiscono specifica autorità¹⁵⁸. In questi termini, le investigazioni per l’azione europea conservano la natura di procedimento, rispetto al quale il giudice nazionale rimane estraneo, assumendo essenziali funzioni di garanzia, se richiesto, per la tutela delle situazioni di conflitto, ovvero, destinate «a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi» (art. 42, par. 1, Reg.) oppure quando l’azione dell’accusa o della difesa ambisca ad avere un valore extravagante rispetto alla mera investigazione di parte (artt. 37, par. 1 e 42, par. 1, Reg.).

Al bisogno di una maggiore presenza della giurisdizione durante la prima fase del processo risponde pure il par. 2 dell’art. 42 Reg., laddove il regolamento

¹⁵⁷ L’intuizione appartiene alla Commissione Riccio per la riforma del codice di procedura penale (27 luglio 2006) – *Relazione e Nota di commento* del Presidente Riccio, in www.giustizia.it

¹⁵⁸ Sulla ricostruzione del concetto si rinvia a RICCIO, voce *Competenza funzionale*, in *Enc. giur., Aggiornamento*, XI, 2003, al quale appartiene pure il virgolettato.

riserva alla Corte di giustizia una variegata gamma di competenze nell'ambito delle attività dell'E.P.P.O. Essa, infatti, può essere adita, in via pregiudiziale, con riguardo alle questioni di validità degli atti procedurali dell'E.P.P.O. sollevate dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell'Unione; di interpretazione o di validità di disposizioni del diritto dell'Unione, compreso il regolamento, in generale, e degli artt. 22 e 25 Reg., in particolare. Allo stesso modo, l'archiviazione, qualora sia contestata direttamente sulla base del diritto dell'Unione, è soggetta al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia, così come le controversie relative al risarcimento dei danni causati dalla Procura europea, alle clausole compromissorie contenute nei contratti conclusi dalla stessa, nonché per quelle connesse al personale. Inoltre, il giudice europeo è competente per la rimozione del procuratore capo europeo o dei procuratori europei su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, mentre controlla le risoluzioni del collegio di rimozione dall'incarico di procuratori europei delegati adottate ai sensi dell'art. 17, par. 3, Reg. Infine, la potestà giudiziale investe pure le determinazioni dell'E.P.P.O. che riguardano la protezione dei dati personali (artt. 47-89 Reg.) nonché i provvedimenti non procedurali, quali il diritto di accesso del pubblico ai documenti oppure qualsiasi altra decisione amministrativa.

Ebbene, l'ampio riconoscimento del diritto al giudice e la latitudine della giurisdizione (nazionale e sovranazionale) impegnata nel controllo sull'azione dell'E.P.P.O. quando si innesta nelle situazioni soggettive protette sono espressioni che corroborano la nostra convinzione secondo cui le dinamiche di sviluppo del modello europeo di azione penale evolvono secondo la cultura del garantismo; la quale, perciò, è valore comune ad entrambi gli statuti, statale e sovranazionale. Sotto altra angolazione ma rimanendo in tema di giurisdizione e di effettività della tutela giudiziale delle situazioni dell'indagato e dei "terzi", si osserva come la recente evoluzione nel processo di integrazione europea apporti una valorizzazione ulteriore del sistema giurisdizionale, al cui interno si assiste ad un nuovo (rinnovato) protagonismo sia del giudice comunitario che dei giudici nazionali. Il primo, nella fase di adizione alla Corte di giustizia da parte dell'autorità giudiziale domestica, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, ha nuove e più complesse disposizioni su cui esercitarsi (art. 42, par. 2, Reg.); allo stesso modo quando effettua un controllo di legalità (equità) sulla inazione dell'E.P.P.O. nella occasione del par. 3 dell'art. 42 Reg. oppure nei casi in cui si avvale delle attribuzioni riconosciutigli dal combinato disposto degli artt. 42, par. 4, Reg., 268 T.F.U.E.; 42, par. 5, 272

T.F.U.E.; 42, par. 6, 270 T.F.U.E. I secondi vedono affermarsi (v'è codificazione: art. 42, par. 1, Reg.) la necessarietà del loro sindacato a protezione dei diritti procedurali degli indagati investiti dall'attività dell'E.P.P.O., non limitato alle ipotesi in cui la prevalenza del diritto comunitario appaia in contrasto con il nucleo essenziale di garanzie accreditato in Costituzione a tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Esemplificazioni "accusatorie" (nel significato detto) si rintracciano nella multischematicità dell'azione, che guida - su specifici presupposti e/o sul consenso delle parti - le "procedure semplificate di azione penale" rivolte alla filosofia della efficienza della giurisdizione e del processo. Lo prova l'art. 40 Reg. costruendo un microsistema che ha i suoi punti di forza nella volontà delle parti e nei caratteri oggettivi della violazione e che, al pari dell'applicazione della pena su richiesta nostrana, devia dal modello del procedimento ordinario (affidata al diritto nazionale anche per i reati di area P.I.F.), semplificando il meccanismo processuale, mediante forme di definizione anticipata rispetto a quelle del giudizio dibattimentale. Specificamente, se il diritto nazionale prevede forme alternative di esercizio dell'azione penale (*id est*: procedure semplificate di azione penale), se il reato rientra tra quelli previsti dall'art. 3, par. 2, lett. a) e b) della direttiva P.I.F.¹⁵⁹ ed il danno reale o potenziale per gli interessi finanziari dell'Unione non sia superiore al danno reale o potenziale arrecato ad un'altra vittima, il procuratore europeo delegato incaricato del caso, sulla base dei termini convenuti con l'indagato e previa consultazione con le autorità nazionali incaricate dell'azione, può proporre alla camera permanente competente di applicare tale procedura conformemente alle condizioni previste dal diritto nazionale. La camera permanente valuta la proposta del P.E.D. incaricato del caso, tenendo conto della gravità del reato, sulla base, in particolare, del danno arrecato, della volontà dell'indagato di

¹⁵⁹ «2. Ai fini della presente direttiva si considerano frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione: a) in materia di spese non relative agli appalti, l'azione od omissione relativa: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima, o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi; b) in materia di spese relative agli appalti, almeno allorché commessa al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione, l'azione od omissione relativa: i) all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi o beni provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima o per suo conto; ii) alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di un obbligo specifico, cui consegua lo stesso effetto; ovvero iii) alla distrazione di tali fondi o beni per fini diversi da quelli per cui erano stati inizialmente concessi, che leda gli interessi finanziari dell'Unione».

riparare il danno causato dalla condotta illecita e della conformità dell'uso della procedura agli obiettivi generali ed ai principi informatori dell'E.P.P.O. Se concorda con la proposta, il procuratore europeo delegato incaricato del caso applica la procedura semplificata di azione penale nei modi previsti dal diritto nazionale (artt. 40 Reg., 444 ss. c.p.p.); dunque, secondo le modalità previste dagli artt. 447, 444, co. 2 (129), 448, co. 1, c.p.p.

Sul piano sistematico, la nazionalizzazione delle forme alternative di azione penale, conferma - nelle investigazioni aventi ad oggetto i reati P.I.F. - la libertà dell'agire del P.E.D. anche¹⁶⁰ in rapporto alle strategie sul *quomodo* dell'esercizio dell'azione penale, sempre che non prevalga la valutazione di "impossibilità" del processo (art. 39 Reg.).

6.2. Armonie sistemiche ed indagini transfrontaliere. La interazione tra fonti, tra il nucleo di norme comuni ed il diritto nazionale si manifesta nelle situazioni in cui la natura transnazionale dell'illecito renda necessario il compimento di investigazioni in uno Stato diverso da quello del procuratore delegato incaricato del caso. Gli artt. 31-33 Reg., infatti, svelano un modello integrato di principi normativamente deducibili dal regolamento, dagli ordinamenti interni, dalla Carta costituzionale e dalle Carte sovranazionali.

Specificamente. I procuratori europei delegati agiscono in stretta cooperazione fornendosi reciproca assistenza e consultandosi regolarmente nei casi transfrontalieri: qualora una misura debba essere intrapresa in uno Stato membro diverso da quello del P.E.D. incaricato del caso, quest'ultimo ne decide l'adozione, assegnandola a un procuratore delegato dello Stato membro di esecuzione. Il P.E.D. incaricato del caso può assegnare al P.E.D. incaricato di prestare assistenza qualsiasi misura investigativa prevista dall'art. 30 Reg., la cui «giustificazione e adozione sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso» (art. 31, par. 2, Reg.); dunque, dalla *lex loci* del primo, laddove, viceversa, la loro esecuzione deve avvenire conformemente al regolamento ed al diritto dello Stato membro del secondo, osservando, se richieste, «le formalità e le procedure espressamente indicate dal procuratore europeo delegato incaricato del caso, a meno che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza» (art. 32 Reg.). Se per l'atto «è richiesta un'autorizzazione giudiziaria ai sensi del diritto dello Stato membro del pro-

¹⁶⁰ Abbiamo già dimostrato quella libertà in rapporto alla scelta delle misure investigative e del loro valore probatorio.

curatore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, quest'ultimo ottiene tale autorizzazione conformemente al diritto di detto Stato membro. In caso di rifiuto dell'autorizzazione giudiziaria per la misura assegnata, il procuratore europeo delegato incaricato del caso ritira l'assegnazione. Tuttavia, se tale autorizzazione giudiziaria non è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, ma è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo ottiene l'autorizzazione e la trasmette congiuntamente all'assegnazione» (art. 31, par. 3, Reg.). Se il P.E.D. incaricato di prestare assistenza sostiene, invece, che: l'assegnazione sia incompleta o contenga un errore manifesto e rilevante; la misura non possa essere intrapresa entro il termine fissato nell'assegnazione per motivi giustificati e oggettivi; oppure che la misura assegnata non esista o non sarebbe disponibile in un caso nazionale analogo ai sensi del diritto del suo Stato membro, informa il proprio procuratore europeo incaricato della supervisione e consulta il procuratore europeo delegato incaricato del caso per risolvere la questione a livello bilaterale (art. 31, par. 5, Reg.). Adotta lo stesso comportamento qualora ritenga che una misura alternativa, ma meno intrusiva, consenta di conseguire gli stessi risultati di quella assegnata. Si rivela, in questa situazione, la condizione della "proporzionalità" che già permea la cultura investigativa inaugurata dall'ordine europeo di indagine penale fondato sul reciproco riconoscimento, al quale i procuratori europei delegati interessati di concerto con quelli incaricati della supervisione possono ricorrere «se la misura assegnata non esiste in una situazione puramente interna, ma sarebbe disponibile in una situazione transfrontaliera disciplinata da strumenti giuridici di reciproco riconoscimento o di cooperazione transfrontaliera» (art. 32, par. 7, Reg.).

L'assegnazione deve avvenire entro sette giorni lavorativi. Qualora non sia possibile rispettare il termine, oppure se l'atto non sia compiuto entro la scadenza indicata nell'assegnazione o entro un tempo ragionevole ma, nonostante ciò, la "consegna" sia mantenuta, la questione è sottoposta alla camera permanente competente che, sentiti, nella misura necessaria, i procuratori europei delegati interessati dal caso, decide, senza indebito ritardo e conformemente al diritto nazionale applicabile ed al regolamento, se ed entro quale termine la misura necessaria, o una misura sostitutiva, sia adottata dal procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, comunicando la decisione ai suddetti procuratori europei delegati tramite il procuratore europeo competente (art. 32, par. 7 e 8, Reg.). Infine. Il P.E.D. incaricato del caso «può disporre o chiedere l'arresto o la detenzione preventiva dell'indagato o

dell'imputato in conformità del diritto nazionale applicabile in casi nazionali analoghi» (art. 33, par. 1, Reg.); dunque, nel “caso italiano”, secondo la procedura garantita degli artt. 291 e 292 c.p.p. informata alla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento (non anche alla direttiva 2016/343/UE¹⁶¹). Qualora, invece, sia necessario procedere «all'arresto e alla consegna di una persona che non si trova nello Stato membro in cui ha sede il procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo emette o chiede all'autorità competente di detto Stato membro di emettere un mandato d'arresto europeo ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI», quindi, qualora sia coinvolta l'Italia, secondo la legge n. 69 del 2005.

7. La conclusione delle indagini ed il doppio binario archiviativo. L'equilibrio tra statuti dell'azione è messo in crisi da due peculiarità del modello europeo di investigazione: la conclusione delle indagini e l'archiviazione, la cui espres-
sa messa a punto nel regolamento rende recessiva la normativa nazionale. Potrebbe sembrare inutile esercitazione riproporre il profilo interno della disciplina dell'azione, delle dinamiche di esercizio della *potestas agendi* da parte del pubblico ministero, dei modi attuativi del principio di obbligatorietà dell'azione penale. È normativa assestata nel codice: la linea degli artt. 112 Cost., 326, 50, co. 1, 125 disp. att, c.p.p. razionalizza il sistema investigativo, affidandone al pubblico ministero la conduzione e la responsabilità, nonché la completezza delle indagini¹⁶², riconoscendogli (nei limiti riferiti) poteri di acquisizione della notizia di reato ed assegnando alla polizia giudiziaria il compito fondamentale di prendere notizie dei reati e di coadiuvarlo nell'esercizio delle attività investigative. E costruisce la relativa fase come un procedimento che precede l'esercizio dell'azione penale, orientata a porre in essere tutte le attività necessarie all'assunzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Sul terreno dei comportamenti - qui ci si riferisce a quelli che si commettono alle determinazioni in ragione dell'azione (non rilevando le condotte con cui si consumano le attività procedurali) - la codificazione della regola *sub* art. 125 disp. att. garantisce dal rischio che le attività investigative siano proiettate verso l'accertamento di fenomeni sociali e che perdano di vista la loro essenziale funzione direzionata alla richiesta di un

¹⁶¹ Recentemente la Corte di giustizia - Corte giust. UE, 28 novembre 2019, C-653/19 - ha escluso l'estensione della presunzione di innocenza al procedimento cautelare.

¹⁶² L'aspetto della completezza delle indagini, inteso nel senso di indagini che esplorano tutti i temi ragionevolmente utili alla ricostruzione del fatto, compresi quelli favorevoli alla persona indagata, corrisponde agli insegnamenti della Corte costituzionale che, a partire dalla sentenza n. 88 del 15 febbraio 1991, ha richiamato l'attenzione del legislatore su tale esigenza, costruendo il concetto come un valore da coltivare ed ampliare.

giudizio nella prospettiva di accertamento della responsabilità penale per un fatto di reato specifico e determinato nei contenuti normativi. L'epilogo - esercizio dell'azione o, all'opposto, richiesta di archiviazione - rappresenta il fine che le orienta e le spiega dal punto di vista funzionale, strutturale e contenutistico¹⁶³.

Si diceva del rischio di intraprendere un'opera di ridotta utilità, se non fosse che proprio insistere sull'impianto e sulla conformazione delle indagini preliminari rappresenti la premessa di una riflessione che voglia uscire dagli stretti raccordi tra organizzazioni giudiziarie e deroghe normative autorizzate dalla primazia del diritto europeo sul diritto interno per tentare di svelarne gli effetti sulla tutela delle situazioni soggettive. Tanto, in quanto, se non si dubita che, pur nell'autonomia dei metodi e dei contenuti, la logica legislativa europea, nella ricerca di punti di convivenza tra struttura e funzione dei singoli poteri (*rectius*: comportamenti) procedurali o di ciascuna categoria dommatica, ripeta gli indirizzi politici del legislatore nazionale; è altrettanto certo lo scollamento rispetto ai modelli che li rendono operativi. Rispetto a questi ultimi, dunque, si realizza un doppio binario investigativo - maggiormente evidente sul fronte dell'archiviazione - alimentato dalla presenza di una disciplina parzialmente derogatoria di quella ordinaria in ragione della appartenenza dei reati di cui trattasi ad un'area specificamente codificata dal regolamento, retta dalla regola della prevalenza della fonte europea su quella nazionale nelle situazioni disciplinate da entrambi i diritti (art. 5, par. 3, ultima alinea, Reg.).

In questa prospettiva un primo quadro di orientamento è fornito dalla chiusura delle indagini dell'E.P.P.O. (art. 35 Reg.), che alla continuità strutturale con l'impianto procedurale interno contrappone una distinzione funzionale dei soggetti delle indagini. Infatti, quando ritiene che l'indagine sia giunta a conclusione, il procuratore europeo delegato incaricato del caso presenta, al procuratore europeo incaricato della supervisione, una relazione contenente una sintesi del caso ed un progetto di decisione in termini di esercizio dell'azione penale dinanzi a un organo giurisdizionale nazionale, o, in alternativa, di valutazione di un eventuale rinvio del procedimento all'autorità nazionale (art. 34 Reg.), di archiviazione (art. 39 Reg.) o di proposta di una procedura semplificata (art. 40 Reg.). Il procuratore europeo incaricato della supervisione trasmette tali documenti alla camera permanente competente, corredandoli, ove lo ritenga necessario, della propria valutazione. Se la camera

¹⁶³ Per tutti, GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020, 92 ss.

permanente decide conformemente a quanto proposto dal procuratore europeo delegato, quest'ultimo procede di conseguenza; diversamente, ove indispensabile, riesamina il fascicolo prima di adottare una decisione definitiva (art. 10, par. 3, Reg.) - che, tuttavia, non può essere in direzione archiviativa se il P.E.D. ha proposto il giudizio (art. 36, par. 1, seconda alinea, Reg.) - ovvero impartisce ulteriori istruzioni al procuratore delegato (art. 35, parr. 1 e 2, Reg.). Quando il procuratore europeo delegato presenta un progetto di decisione in cui propone di portare un caso in giudizio, la camera permanente decide entro 21 giorni; in caso di inerzia, la decisione proposta è considerata accettata (art. 36, parr. 1 e 2, Reg.). È sempre competente la camera permanente ad archiviare il procedimento, seppure sulla base di una relazione presentata dal P.E.D., «se l'esercizio dell'azione penale è divenuto impossibile a norma del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso» (art. 39, par. 1, Reg.). Dunque, dalla linea normativa degli artt. 10, par. 3; 35, parr. 1 e 2; 36, parr. 1 e 2; 39, par. 1, Reg. - compendiata nel Considerando 78¹⁶⁴ - si evince chiaramente che il procuratore delegato è dominus delle indagini mentre le determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione - formulazione dell'imputazione ed archiviazione - sono attribuzioni della camera permanente; quindi, di un'autorità giudiziaria altra (pur se interna all'E.P.P.O.) da quella che ha dato avvio alle indagini e le ha condotte.

Il modello proposto crea intuibili problemi, complessi e delicati, sul fronte dell'architettura costituzionale della indipendenza del pubblico ministero dal potere delle gerarchie interne all'E.P.P.O. come condizione di efficacia del processo; su quello delle strutture processuali e della organizzazione giudiziaria, non superati dalla legislazione di delegazione. S'è detto ampiamente della inadeguatezza delle legge di delegazione - e del conseguente difetto di legittimità dei futuri decreti legislativi emessi sulla base dei criteri di delega, se non vi rimedierà il legislatore delegato - a realizzare l'assetto costituzionale dell'E.P.P.O. nel contesto della indipendenza del pubblico ministero euro-

¹⁶⁴ «Ai sensi del presente regolamento, l'E.P.P.O. esercita l'azione penale, il che implica la formulazione di capi d'accusa nei confronti dell'indagato o dell'imputato e la scelta dello Stato membro i cui organi giurisdizionali saranno competenti a procedere. La decisione di incriminare l'indagato o l'imputato dovrebbe, in linea di principio, essere adottata dalla camera permanente competente sulla base di un progetto di decisione del procuratore europeo delegato, onde garantire una politica comune in materia di azione penale. La camera permanente dovrebbe poter prendere una decisione entro 21 giorni dal ricevimento del progetto di decisione, anche richiedendo ulteriori prove, prima di decidere di portare un caso in giudizio, ma non una decisione di archiviazione di un caso che il procuratore europeo delegato abbia proposto di portare in giudizio».

peo, messo a dura prova dalla circostanza che la supervisione del procuratore europeo e le attribuzioni della camera permanente in ragione dell'azione non riguardano solo il regolare andamento dell'ufficio, includendovi ingerenze nel merito delle determinazioni del P.E.D. S'è evidenziato il bisogno di apprestare soluzioni legislative idonee a salvaguardare la legalità complessiva del "sistema azione" e conseguentemente della sua capacità di tenuta democratica. Qui ci si riporta alle argomentazioni critiche offerte, senza ripeterle.

Sulla decisione della camera permanente di promuovere l'azione penale – secondo le "forme" del diritto nazionale (art. 408, co. 1, c.p.p.), posto il silenzio, sul punto, del regolamento (per cui, si applica l'art. 5, par.3, seconda alinea, Reg.) –, la dottrina stigmatizza «l'assenza di qualsiasi coinvolgimento previo della difesa»; in particolare, lamenta che «resta ben poco comprensibile sul piano dell'eguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge processuale perché i potenziali imputati di un reato che colpisca gli interessi finanziari dell'Unione (e ancor più di reato ad esso indissolubilmente connesso) dovrebbero non godere di un contraddittorio previo riconosciute dall'art. 415 bis c.p.p.»¹⁶⁵. Il combinato disposto degli artt. 5, parr. 1 e 2; 41, par. 1, par. 2 lett. b), par. 3; 5, par. 3, seconda alinea, Reg.; 48 e 53 C.D.F.U.E. sembrerebbe autorizzare una soluzione interpretativa opposta, laddove, ammettendo una diversa graduazione dei valori, capace di superare il limite della primazia accordata al diritto europeo su quello nazionale, modifica alla radice la scala di tutela delle situazioni soggettive. Invero, il riconoscimento *ex lege* di una efficacia preminente alla fonte legislativa che offre il livello di protezione più alto¹⁶⁶ – nel caso che ci occupa, al diritto di difesa (art. 5, par. 1; 41, par. 1, Reg.; 48 e 53 C.D.F.U.E.) –; il richiamo esplicito ai diritti informativi sull'accusa e di accesso alla documentazione relativa all'indagine nei termini fissati dagli artt. 6, par. 3 e 7, par. 3, direttiva 2012/13¹⁶⁷, in funzione di requisiti funzionali ad affermare l'esercizio effettivo dei diritti della *difesa* nonché l'equità del procedimento (art. 41, par. 2, lett. b), Reg.)¹⁶⁸. La salvezza delle garanzie procedurali interne nell'ambito dell'attività investigativa condotta dall'E.P.P.O. (art. 41, par. 3, Reg.), nonché di quelle dettate dall'art. 6, par. 3, C.E.D.U. (per espresso, generale, rinvio dell'art. 6, par. 3, T.U.E., nonché del Preambolo della C.D.F.U.E.); e, non da ultimo, il rinvio alla legislazione

¹⁶⁵ RUGGERI, *Indagini e azione penale*, cit., 614, 615.

¹⁶⁶ *Spiegazione relativa all'art. 53 - Livello di protezione*, in NASCIBENE, *Unione europea e Trattati*, cit., 277.

¹⁶⁷ Corte giust. UE, GS, 5 giugno 2018, C-612/15.

¹⁶⁸ Corte giust. UE, 22 marzo 2017, C-124/16, C-188/16 e C-213/16.

nazionale per ogni aspetto non regolamentato indirizzano nel senso della necessità di far fronte al bisogno di conoscenza del procedimento ai fini della tutela della persona indagata, dunque, a favore della previsione dell'obbligo di notifica alla persona indagata dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari insistente sulla camera permanente, (anche) per i reati di area P.I.F.

A voler esser chiari, il tema non appartiene esclusivamente agli orizzonti della difesa, in quanto il diritto riconosciuto all'indagato di interloquire sull'*an* dell'azione penale e, di conseguenza, di intervenire *ad actum* - esercitando, ad esempio, le facoltà riconosciutigli dal par. 3 dell'art. 41 Reg.¹⁶⁹ che, a ben vedere, riproducono, seppure con diverso linguaggio, quelle di cui all'art. 415 bis, co. 3, cp.p. -, rappresenta prima di tutto la premessa di una ricostruzione compiuta del fatto (*id est*: della *notitia criminis*), strumentale ad un corretto, razionale e concreto esercizio dell'azione penale¹⁷⁰, ugualmente obbligato nel contesto sovranazionale (art. 5, par. 4, Reg.). Dunque, anche nello spazio giuridico europeo, il dovere di completezza funge da argine contro eventuali prassi di esercizio "apparente" dell'azione, le quali, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale¹⁷¹. A questa esi-

¹⁶⁹ «Presentare prove, chiedere la nomina o l'audizione di periti, l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'E.P.P.O. ottenga tali misure per conto della difesa».

¹⁷⁰ «Invero, il passaggio del concetto di azione da connotati di astrattezza a caratteristiche di concretezza, che specificamente qualifica il nuovo processo penale, rappresenta il viatico naturale per la comprensione del nuovo "istituto" e la interna strumentalità della *discovery* all'esercizio di facoltà e diritti difensivi di questi al corretto esercizio dell'azione penale. In questa circolarità vive la *ratio* della nuova disposizione all'interno della generale filosofia della "legge Carotti", sostenuta dalla regola pregiudiziale della "completibilità delle indagini": RICCIO, *Metodi e Prospettive de la Procedura Penale*, Napoli, 2017, 125. Su questa convinzione, nella quale entrano, in funzione strumentale, la filosofia difensiva e l'anticipazione della *discovery*, nonché la logica economica, in precedenza, tra gli altri, BENE, *L'avviso di conclusione delle indagini*, Napoli, 2004 che, collocando la nuova disciplina all'interno dei bisogni di conoscenza del processo, ne penetra la logica per risolvere i problemi - e sono tanti - che la non felice espressione della disposizione pone all'interprete: dalla individuazione del suo ambito applicativo al fondamento della utilizzabilità degli atti compiuti fuori i termini di fase, dall'ambito della facoltà della parte beneficiaria dell'avviso agli obblighi e agli oneri del pubblico ministero. Sulla stessa linea, SCALFATI, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2812 e, successivamente, MAFFEO, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova, 2008, 87-88 e, in prospettiva *de iure condendo*, 214-219. Per una visione generale, VARRASO, *Chiusura e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in AA. VV., *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, Torino, 2009, 724 ss. Sulla prospettiva europea della conoscenza dell'addebito, BENE, *La conoscenza dell'addebito*, in AA. VV., *I principi europei del diritto processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 269 ss.

¹⁷¹ Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 88, sentenza "storica" sul tema della obbligatorietà dell'azione penale che è diventata la *guideline* della giurisprudenza della Corte costituzionale sia della indipendenza del pubblico ministero.

genza risponde la previsione dell'art. 35, par. 2, Reg. per cui, ove la camera permanente non ritenga di poter decidere sulla base delle relazioni ricevute dal P.E.D. (ed eventualmente dal procuratore europeo incaricato della supervisione) può «impartire ulteriori istruzioni al procuratore europeo delegato». Al medesimo scopo di evitare archiviazioni derivanti da carenze nelle indagini, dunque, un ulteriore incisivo strumento di garanzia del rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale contro l'inerzia del P.E.D. che non abbia attivato le indagini (art. 28, par. 3, lett. a), Reg.) o non abbia dato corso a quelle "ulteriori" che gli siano state indicate dalla camera permanente o dal procuratore europeo, è costituito dal potere della camera di decidere di riassegnare il procedimento ad un diverso procuratore delegato (art. 28, par. 3, Reg.), nonché da quello dell'"avocazione", esercitabile dal procuratore europeo incaricato della supervisione in caso di fallimento del meccanismo di riassegnazione (art. 28, 4, Reg.)

Più complesso il discorso sull'archiviazione, rispetto alla quale il genere del doppio binario trova assetto sistemico nell'art. 39 Reg. che, legittimando il potere dispositivo della inazione in capo alla camera permanente, da un lato, nega la praticabilità della giurisdizione nazionale in funzione di controllo e, dall'altro, limita quella della Corte di giustizia, meramente interpretativa, all'ipotesi prevista dall'art. 42, par. 3, lett. a), Reg.

In questa situazione, le deroghe sistemiche si mostrano difficilmente coordinabili non solo con la filosofia della indipendenza della magistratura nell'esercizio della propria funzione - stabilendo il potere autoritativo della camera permanente - ma pure con la obbligatorietà dell'azione penale, il cui sviluppo naturale va ricercato nel controllo della legalità dell'azione del pubblico ministero. Il principio, infatti, è davvero garantito soltanto quando - com'è stato detto - il sistema riesca «ad evitare il processo superfluo senza eludere il principio di obbligatorietà ed anzi controllando caso per caso la legittimità dell'inazione»¹⁷². Il difetto non è superabile attraverso una estensione dell'art. 409 c.p.p. (come abbiamo ragionato a proposito dell'art. 415 bis c.p.p.), non soltanto perché, trattandosi di poteri, essi sfuggono agli effetti della interpretazione analogica ma, soprattutto, perché qui (non lì) il legislatore comunitario prevede una struttura autonoma, sostitutiva di quella che regola l'attività giudiziaria e giurisdizionale costruita intorno alla "inazione domestica"¹⁷³, alla quale bisogna accordare prevalenza per espresso indirizzo dell'art.

¹⁷² Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 88, cit.

¹⁷³ Il tema è stato ampiamente speculato dalla dottrina. Tra le opere monografiche, *ex multis*, GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994;

5, par. 3, ultima alinea, Reg.

Alcun problema, viceversa, si pone rispetto al controllo della gestione dei modi di disporre dell'esercizio dell'azione da parte dell'E.P.P.O. Il richiamo del combinato disposto degli artt. 86, par. 2, seconda alinea, T.F.U.E. e 36, spec. par. 5, Reg. alla giurisdizione nazionale quale "destinataria" dell'esercizio dell'azione penale europea ed alle regole del diritto nazionale per disciplinarne i rapporti, garantisce che il "controllo" sia connotato di sistema, che idealmente approda al "diritto al non processo", anche per i procedimenti di area P.I.F. Pure per questi, il controllo sull'esercizio dell'azione è ulteriore elemento di democraticità del processo e di verifica delle attività investigative del pubblico ministero; e l'udienza preliminare assolve alla (doppia) funzione di controllo sull'esercizio dell'azione (e di luogo per la pratica dei riti premiali)¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Sull'origine pretoria delle vicende del controllo sull'esercizio dell'azione, diffusamente, RICCIO, *La Procedura Penale*, cit., 153: «il primo deciso intervento «è quello n. 62 del 1971, non unico rispetto a quel contesto normativo, nel quale le scelte ideologiche e la permanenza di soggetti pubblici del processo «anfibi» ne condizionavano gli interventi in apparenza concentrati, perciò, più nel versante del controllo sulle garanzie che sui profili di sistema. Per queste ragioni e per la «politica» stessa della Corte in quella epoca, appare evidente e dovuto il suo primo impegno sul versante della tutela dei diritti procedurali dell'individuo, che alimentò la stagione del garantismo difensivo, ponendo le basi di quel rinnovamento culturale che ha rappresentato l'avvio della stagione riformista degli anni '70 e '80. All'epoca, perciò, l'incisiva opera della Corte è costellata di non rare pronunce di illegittimità sul versante del diritto di difesa (sent. n. 32 del 1964; n. 151 del 1967; n. 86 del 1968) fino al punto – su questo terreno – di contestare l'uso dei diritti operato dalla Corte di Cassazione e, perciò, di spingersi fino a dichiarare illegittimo l'atteggiamento ermeneutico di quel giudice: lo «scontro tra le due Corti» (cfr. specialmente la sent. n. 52 del 1965) si sviluppò, infatti, sul piano dell'interpretazione non su quello normativo. Ma l'operazione si è sviluppata anche attraverso il riconoscimento di una più avvertita sensibilità costituzionale del giudice delle leggi (cfr. ad esempio, la sent. n. 123 del 1971). Anzi, essa si è mossa sul terreno della violazione dell'art. 25 Cost. o della razionalità legislativa (sent. n. 16 del 1970; n. 175 del 1971; n. 103 del 1974; n. 95 del 1975) terreno direttamente connesso ai poteri discrezionali del pubblico ministero. In questi rapporti si collocava l'osservazione del diritto al controllo giurisdizionale sull'esercizio dell'azione; e non poteva essere altrimenti, all'epoca, dati i costi elevati di più radicali prese di posizioni sulla struttura del processo, per un verso, e la difficile rimozione di una cultura del pubblico ministero "parte imparziale", dall'altro. Esce fuori un quadro preciso ed una visione decisa della Corte: posta la identità funzionale delle due istruzioni (sent. n. 32 del 1964; n. 11 e n. 52 del 1965; n. 151 del 1967; n. 117 del 1968) e, talvolta, anche della preistruzione (sent. n. 86 del 1968; n. 103 del 1974); e posta l'autonomia del Pretore in tema di discrezionalità del potere di istruire o meno la notizia in ragione della particolare struttura del processo (sent. n. 16 del 1970) e di rimuovere il precedente suo decreto di archiviazione (sent. n. 95 del 1975) – situazione nelle quali la Corte sembra sottolineare la parte funzionalmente giudiziale di quel soggetto – la Corte si attesta su una posizione di dovuta sindacabilità del potere valutativo del pubblico ministero in materia di «evidenza della prova» quale presupposto per la scelta del rito (n. 117 del 1968: con la quale dichiara la illegittimità costituzionale della situazione), anche quando il presupposto della scelta fosse costituito dalla confessione dell'imputato, perché pure qui essa è congiunta ad una valutazione di non utilità di eventuali ulteriori atti istruttori. Il segnale fu raccolto dalla cultura giuridica sin dalla prima proposta di riforma del codice di procedura penale: il Progetto

Diversamente, sulla sponda della inazione. La regola di comportamento dettata dal par. 4 dell'art. 39 Reg. - che ripete la *ratio* del par. 1 («la camera permanente decide di archiviare») -, prescrivendo che «se il caso è archiviato, l'E.P.P.O. dà comunicazione ufficiale di tale archiviazione alle autorità nazionali competenti ed informa le istituzioni, gli organi, gli uffici e le agenzie dell'Unione interessati, nonché, ove opportuno ai sensi del diritto nazionale, gli indagati o gli imputati e le vittime di reato», immette la camera nella situazione di potestà e quindi di dispositività, di disponibilità dell'archiviazione, escludendo l'intervento garantista della giurisdizione; s'è detto. Tanto, pur non trattandosi di una situazione di «agire libero» della Procura europea, come si deduce art. 39, par. 1, Reg. che predetermina normativamente i casi archiviativi, individuandole nei casi in cui «l'esercizio dell'azione penale è divenuto impossibile a norma del diritto dello Stato membro del procuratore delegato incaricato del caso», nonché nelle ipotesi di prevedibile esito abortivo dell'imputazione specificamente individuate nella: morte; infermità mentale dell'indagato o dell'imputato, liquidazione della persona giuridica indagata o imputata; amnistia; immunità concessa all'indagato o all'imputato, a meno che non sia stata revocata; scadenza del termine legale nazionale per l'esercizio dell'azione penale; pronuncia del provvedimento definitivo nei confronti dell'indagato o dell'imputato in relazione ai medesimi fatti; mancanza di prove pertinenti. Perciò, pur affidando la tipizzazione delle ipotesi di inazione al diritto nazionale¹⁷⁵, lo stesso regolamento indica ulteriori possibili

del 1978 prevedeva per la bisogna l'«udienza di smistamento». Essa, però, presentava elementi ibridi sul piano soggettivo e di problematica commistione col giudizio sul piano oggettivo, tali da costituire un vero e proprio ripiegamento inquisitorio di dubbia coerenza col sistema complessivo del processo allora ipotizzato; «ripiegamento inquisitorio» utile ai fini dello sfoltimento del dibattimento realizzato con l'affidamento al giudice istruttore di compiti probatori rivolti all'assoluzione dell'imputato. L'indirizzo - non condiviso - fu subito abbandonato: la nuova bozza di legge delega del 1979 indicò un percorso diverso per il recupero di efficienza della giurisdizione e l'invito al legislatore di praticare la strada dei «riti differenziati», percorso su cui il legislatore di fine anni ottanta si inoltrò con significativa ed accurata abbondanza. Con il codice del 1988 il controllo diventa connotato di sistema». Sull'udienza preliminare, la produzione scientifica è ampia. Di qui, la scelta di indicare solo le opere monografiche, dal primo contributo di GROSSO, *L'udienza preliminare*, Milano, 1991, a quello aggiornato alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 di SCALFATI, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova, 1999; ai successivi di CASSIBBA, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano, 2007 e MAFFEO, *L'udienza preliminare*, cit., fino a quelli recenti di DE ROBBIO, *L'udienza preliminare*, Milano, 2013, GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, cit., 116 ss. e di PRETTI, ALVINO, *Udienza preliminare e procedimenti speciali*, Torino, 2019, aggiornato con le novità introdotte dalla legge 23 giugno 2017, n. 103. Sulle «derive» dell'udienza preliminare, seppure con diverse argomentazioni, MOSCARINI, *Verso una riforma degli istituti di garanzia e predibattimentale*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1439 ss. e RICCIO, *Ma cos'è l'udienza preliminare? Guai a trasformarla da «filtro» in «giudizio»*, in *D & G*, 19, 2004, 8 ss.

¹⁷⁵ Dunque, gli «altri casi di archiviazione» riportati dall'art. 411, co. 1, c.p.p., tra cui va compresa la par-

motivi che vanno ad integrarsi con le prime, senza sostituirvisi, allargando il campo della doverosità del ricorso all'archiviazione per giustificare la impossibilità di addivenire ad un dibattimento utile. Non mancano situazioni sovrapponibili, come accade per la morte dell'indagato (art. 39, par. 1, lett. a, prima parte, Reg. e art. 150 c.p.), per l'amnistia (art. 39, par. 1, lett. c), Reg. e art. 151 c.p.), per l'estinzione della società a seguito della liquidazione e della cancellazione dal registro delle imprese che comporta, ai fini penali, l'estinzione dell'illecito dell'ente e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, come nel caso di morte del reo nel procedimento penale nei confronti della persona fisica (circostanza stabilita in via pretoria¹⁷⁶ assimilabile all'art. 39, par. 1, lett. a), ultima parte, Reg.). Per noi v'è sovrapponibilità anche tra la «mancanza di prove pertinenti» e la infondatezza della notizia di reato (art. 39, par. 1, lett. g), Reg. e l'art. 125 disp. att. c.p.p.), nel senso che la prima dovrebbe essere valutata alla luce della seconda, nonostante soltanto la disposizione regolamentare funzioni come regola di comportamento e, contestualmente, di giudizio per la camera permanente, laddove l'art. 125 disp. att. descrive la condotta obbligata del pubblico ministero, lasciando al giudice la valutazione della idoneità, nella prospettiva dibattimentale, degli elementi acquisiti durante le indagini preliminari.

Non è previsto, dunque, il giudice di garanzia che controlli l'archiviazione¹⁷⁷. Il difetto pone problemi di compatibilità con la cultura costituzionale dell'azione, posto che se non v'è dubbio che la regola dell'obbligatorietà sia violata quando il pubblico ministero *non* esercita l'azione penale pur sussistendo le condizioni di legge che ne rendono doveroso l'esercizio, oppure se il pubblico ministero non compie le attività necessarie perché quelle condizioni si realizzino, vale a dire, se non svolge tutte le indagini necessarie per sondare la fondatezza della notizia di reato e, dunque, la "possibilità" dell'imputazione. Che il programma costituzionale attribuisca al giudice il controllo sull'esistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione in ragione dell'indisponibilità dell'oggetto (artt. 408 ss.) e della sua natura persecutoria

tiolare tenuità del fatto, rientrando i reati P.I.F. nella cornice edittale dettata dall'art. 131 bis, 1° co., c.p. (di recente rivisitato da Corte cost., 21 luglio 2020, n. 156)

¹⁷⁶ In questi termini, da ultima, Cass., II, 7 ottobre 2019, n. 41082. Per l'approfondimento del tema, si rinvia a CHIARAVIGLIO, *L'estinzione della società imputata ex d.lgs. n. 231/2001 e la "morte del reo": due varianti dello stesso istituto?*, in *Arch. Pen. (Web)*, 2, 2020.

¹⁷⁷ In fase di progettazione della procura europea, specialmente in seguito al *Corpus juris 2000*, si auspicava l'introduzione della *Chambre préliminaire européen* a cui sottoporre la verifica del provvedimento di *classement*. In argomento, DELMAS-MARTY, VERVAELE (a cura di), *La mise en oeuvre du dans les Etats membres Corpus Juris*, cit., 51 ss. e LUPÁRIA, *Profili dell'azione*, cit., 938.

nei confronti dell'imputato quando non è sorretta da elementi che la legittimano (artt. 416 ss. e 125 disp. att., c.p.p.) o che la qualificano (artt. 444; 449; 452 co. 1; 453 e 455; 459 e 460, c.p.p.). Che, nel significato costituzionale, il vincolo scaturisca dalla presenza di elementi che legittimano il ricorso alla giurisdizione di merito perché affievoliscono la presunzione di non colpevolezza, annullando il diritto della persona al "non processo" (è questo il ruolo garantista dell'azione in senso concreto); è altrettanto certo il rapporto tra archiviazione ed obbligatorietà che impone «di verificare l'adeguatezza tra i meccanismi di controllo delle valutazioni di oggettiva non superfluità del processo e lo scopo ultimo del controllo, che è quello di far sì che i processi concretamente non instaurati siano solo quelli risultanti effettivamente superflui». La verifica, a sua volta, opera su due versanti: a monte, «quello dell'adeguatezza al suddetto fine della regola di giudizio dettata per individuare il discrimine tra archiviazione ed azione»; ed a valle, «quello del controllo del giudice sull'attività omissiva del pubblico ministero, sì da fornirgli la possibilità di contrastare le inerzie e le lacune investigative di quest'ultimo ed evitare che le sue scelte si traducano in esercizio discriminatorio dell'azione (o inazione) penale»¹⁷⁸.

Non si ignora che l'art. 58 d. lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001 riconosca potestà archiviativa direttamente al pubblico ministero; né si sottovalutano le argomentazioni con cui certa dottrina ha replicato, in senso oppositivo, all'orientamento prevalente, adducendo che «alla base dell'opzione operata con il decreto *de quo*, sta non già la volontà d'istituire, in capo all'ufficio inquirente, una sorta di discrezionalità nell'esercizio dell'azione repressiva *de societate*, ma - insieme col (ritenuto) carattere amministrativo della medesima azione - una avvertita esigenza di semplificazione» e chiarendo che «anche se si ritiene (come sembra necessario) che, *in subiecta materia*, debba pur sempre valere il principio di obbligatorietà, dato il carattere sostanzialmente penalistico dell'azione in oggetto, non sembra che con tale canone risulti senz'altro incompatibile un sistema di controllo sull'inazione improntato al modello gerarchico; soprattutto in un contesto nel quale l'ordinamento costituzionale e quello giudiziario "blindano" la magistratura nel suo complesso, assicurandone l'autonomia e l'indipendenza da ogni altro potere»¹⁷⁹. Epperò, per noi gli avvenimenti non sono assimilabili. Intanto, si è convinti che un sistema imperniato sul controllo esterno da parte del giudice sia l'unico modello efficace a rispondere alle esigenze di una reale democrazia e di un effettivo accertamen-

¹⁷⁸ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit.

¹⁷⁹ MOSCARINI, *I principi generali del procedimento penale de societate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1268.

to sull'uso dei pubblici poteri e, quindi, ai bisogni di una tutela sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale; in secondo luogo, nel caso della “inazione europea”, non si tratta di un controllo gerarchico interno all'E.P.P.O. Infatti, mentre nel procedimento a carico degli enti, il pubblico ministero, se non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo, emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la Corte di appello, che può svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato; nelle indagini per i reati di area P.I.F., pur essendo assicurata la dimensione legale dell'“inazione” (l'art. 39, par. 1, Reg., riconducendo l'inerzia dell'E.P.P.O. a sicuri parametri di legalità, esprime la tutela contro eventuali discriminazioni), risulta evidente che la inutilità dell'azione rientri nell'autonoma e solipsistica iniziativa dell'E.P.P.O., nemmeno compulsata da una richiesta del P.E.D., al quale è demandato il mero onere di relazionare sul caso investigato.

Ora, se non si dubita della crisi della obbligatorietà determinata dall'art. 39 Reg., si è altrettanto convinti che, almeno su questo aspetto dell'archiviazione europea, non si possa rimproverare alla legge di delegazione l'assenza di coordinate dogmatiche e di soluzioni razionali per coordinare le due fonti, apparendo coerente con l'indirizzo tracciato dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984 per regolare i rapporti tra ordinamenti. Infatti, fin da allora, è stata chiara la prevalenza delle norme comunitarie provviste di efficacia diretta rispetto al diritto interno contrastante, anche se di natura costituzionale, con l'unico limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale (artt. 1-12 Cost.) e dei diritti inviolabili della persona (artt. 13-54 Cost.)¹⁸⁰, che, naturalmente, non riguarda il principio di obbligatorietà. Stando così le cose, il “doppio binario” archiviativo, fondato sul raccordo tra modello procedurale e tipo di delitto, è sottosistema processuale che, pur corrompendo la coerenza del modello, trova legittimazione nell'art. 11 e 117, co. 1° Cost.

Eppure il regolamento si orienta verso la ricerca di un equilibrio tra efficienza del processo e garanzie fondamentali, trovandolo laddove individua nella giurisdizione il referente naturale della persona che “subisce” l'archiviazione. Dunque, nonostante il legislatore non abbia previsto attività rivolte al controllo della fondatezza della notizia di reato come attività servente all'azione, egli partecipa della ideologia accusatoria – nel senso, giova ripetere, di attenzione

¹⁸⁰ Da Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170 a Id., 2 marzo 2017, n. 48.

ai diritti dell'individuo coinvolto dal e nel processo - assolvendo al più generale ruolo di tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei terzi. Lo documenta l'art. 42, par. 1, Reg. che, riconoscendo il valore degli interessi in gioco nel processo e la ineliminabile possibilità che nell'atto emesso dall'E.P.P.O. si nasconda un errore che li pregiudichi, affida agli organi giurisdizionali nazionali, alle forme ed ai modi predisposti dal diritto interno, il riscontro della correttezza della decisione assunta dall'autorità giudiziaria europea. In questo contesto, è chiaro, la direzione dell'accertamento non sono le indagini, bensì il suo epilogo.

Con tale logica, si spiega pure la *ratio* dell'indirizzo metodologico offerto dal Considerando 88 quando richiama gli Stati membri ad osservare la regola di comportamento imposta dall'art. 19, par. 1, seconda alinea, T.U.E., il quale, a sua volta, li onera ad individuare «rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», nei quali va ricompresa, indubbiamente, l'archiviazione. E si rivela la rinnovata insufficienza, sul punto, della legge delega rispetto alla (opportuna) funzione concretizzatrice del diritto europeo, che qui si impone dal momento che l'esigenza di regolamentazione interna manifestata nel Trattato non può considerarsi soddisfatta dalla previsione del reclamo ex art. 410 *bis*, co. 3, c.p.p. dinanzi al tribunale in composizione monocratica riconosciuto all'interessato avverso il provvedimento di archiviazione, posto che la tipizzazione delle situazioni che lo legittimano (art. 410 *bis*, co. 1 e 2, c.p.p.) ne impedisce la fruibilità per contesti diversi. Perciò, la legge nazionale, in materia di controllo giurisdizionale sugli atti dell'E.P.P.O., avrebbe dovuto delegare il Governo a modificare le disposizioni processuali per prevedere situazioni di controllo del provvedimento di archiviazione fisiologicamente destinato a produrre effetti giuridici nei confronti della persona offesa. L'intervento, in sede di attuazione della delega, avrebbe potuto riguardare la integrazione delle situazioni di "reclamabilità", oggi limitate ai casi di nullità del decreto di archiviazione dettati nei co. 1 e 2 dell'art. 410 *bis* c.p.p., lasciando invariati, viceversa, la competenza del tribunale monocratico, le forme ed i modi di definizione del controllo.

8. L'eccesso di delega del Governo nell'esercizio delegato dal Parlamento quale "rimedio" per ripararne i difetti. Riflessioni di sintesi. Come chiudere? Ragionando sulla combinazione tra ruoli e sistema costituzionale. Specificamente, riflettendo sul grado di discrezionalità riconosciuta al legislatore delegato nei confronti delle linee di intervento dettate dal delegante, nella prospet-

tiva “atipica” dell’adeguamento dell’ordinamento nazionale ad una misura europea direttamente applicabile, quale è, appunto, il Regolamento (UE) 2017/1939, funzionale ad evitare situazioni di incompatibilità. Non si tratta – s’è anticipato – di un percorso obbligato poiché le disposizioni nazionali in contrasto con quelle europee devono considerarsi non applicabili considerato il portato del combinato disposto degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. Di conseguenza, qui occorre stabilire se ed eventualmente fino a che punto, la legge di delegazione vincoli l’organo delegato, ponendosi in funzione di margine per lo sviluppo dell’ulteriore attività legislativa del Governo¹⁸¹; insomma, bisogna capire se è legittimato l’eccesso di delega.

Sul tema, l’art. 76 Cost. non fornisce particolari criteri interpretativi, limitandosi a prescrivere che «l’esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti». Viceversa, la loro esemplificazione è scaturita da un’ampia produzione della Corte costituzionale, la quale si è assestata sul principio secondo cui il controllo di conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l’uno relativo alle norme che determinano l’oggetto, i principi ed i criteri direttivi indicati dalla delega, da svolgere tenendo conto del complessivo contesto in cui esse si collocano ed individuando le ragioni e le finalità poste a fondamento della stessa; l’altro attinente ai canoni posti dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e con i criteri direttivi. Riguardo al primo, il contenuto della delega e delle relative direttive dev’essere identificato accertando il complessivo contesto normativo e le finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della delega e tenendo conto che i principi posti dal legislatore delegante costituiscono non solo la base e il limite delle norme delegate, ma strumenti per l’interpretazione della loro portata. Queste vanno, quindi, lette, fintanto che sia possibile, nel significato compatibile con detti principi, i quali, a loro volta, vanno interpretati avendo riguardo alla *ratio* della delega ed al complessivo quadro di riferimento in cui si inscrivono per verificare se la norma delegata sia con questa coerente¹⁸². Infatti, la stessa Corte ha precisato che la determinazione dei “principi e criteri direttivi”, richiesti dall’art. 76 Cost. per una valida delegazione legislativa, non può eliminare ogni margine di scelta nell’esercizio della delega. Quelli servono, infat-

¹⁸¹ Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 3.

¹⁸² Da Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 3 a Id., 30 gennaio 2018, n. 10.

ti, da un lato, a circoscrivere il campo della delega sì da evitare che essa venga esercitata in modo divergente dalle finalità che l'hanno determinata ma, dall'altro, devono consentire al potere delegato la possibilità di valutare le particolari situazioni giuridiche da regolamentare nella fisiologica attività di "riempimento" che lega i due livelli normativi¹⁸³.

Ora, se il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto, oltre del dato testuale, di una lettura sistematica delle disposizioni che la prevedono, anche del contesto normativo nel quale essa si inserisce, nonché della *ratio* e delle finalità che la ispirano, poiché soltanto l'identificazione della sua ratio consente di verificare se la norma delegata non sia con essa in contraddizione, al legislatore delegato deve essere riconosciuto un margine di discrezionalità nell'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, fino al punto che neppure il silenzio di quest'ultimo può impedire, a certe condizioni, l'adozione di norme da parte del delegato¹⁸⁴. Tanto più se si tratti di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione. In questa evenienza, la stessa Corte costituzionale ha chiarito che i principi ivi espressi si aggiungono a quelli dettati dal legislatore nazionale e assumono valore di parametro interposto, potendo autonomamente giustificare l'intervento del legislatore delegato¹⁸⁵.

Si aggiunga che nel caso che ci occupa, il legislatore delegante, ha conferito al Governo uno spazio di intervento particolarmente ampio (art. 4 l. n. 117 del 2019)¹⁸⁶, entro i cui limiti esercitare la funzione legislativa delegata, che esclude la presenza di specifiche indicazioni da parte del legislatore delegante che ne restringono la discrezionalità; ed ha adottato un approccio esplicito in direzione dell'"adeguamento", piuttosto che del "riordino normativo" che, solo, avrebbe concesso al legislatore delegato un limitato margine di autonomia per introdurre soluzioni innovative, le quali avrebbero comunque dovuto attener-

¹⁸³ Da Corte cost., 22 marzo 1971 a Id., 29 maggio 2002, n. 221.

¹⁸⁴ Corte cost., 4 ottobre 2018, n. 182.

¹⁸⁵ Corte cost., 25 novembre 2016, n. 250.

¹⁸⁶ «L'articolo 4, modificato nel corso dell'esame in Senato, contiene la delega al Governo per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 che, sulla base della procedura di cooperazione rafforzata, ha istituito la Procura europea (cd. E.P.P.O., *European Public Prosecutor's Office*). Gli obblighi di adeguamento previsti dall'articolo in esame riguardano l'armonizzazione del diritto interno con il nuovo ufficio inquirente europeo, le nuove figure istituzionali e relative competenze, i rapporti con le autorità inquirenti nazionali nonché gli aspetti procedurali della cooperazione»: Legge di delegazione europea 2018 - A.C. 1201-B, *Dossier*, 13 settembre 2019, in www.temi.camera.it

si strettamente ai parametri delegati¹⁸⁷. Di conseguenza, anche sotto questo aspetto, la legge delega consente di intervenire nel modo tecnicamente più appropriato al raggiungimento del fine principale che si è prefissato, che resta, appunto, quello di adeguare l'intero quadro normativo interno al regolamento (UE) 2017/1939. Pertanto, l'eventuale assenza di conformità della normativa di adeguamento rispetto ad un aspetto della legge di delegazione con la quale il Parlamento ha delegato il Governo per l'adeguamento ad una misura, tra l'altro, direttamente applicabile, identifica, a parer nostro, un legittimo (perché giustificato alla luce della *ratio* della stessa legge delega) ed opportuno (in quanto rimediativo dei difetti della legge di delegazione) eccesso di delega. La delega scade il 2 novembre. Non resta che attenderne gli sviluppi.

¹⁸⁷ Corte cost., 26 giugno 2018, n. 132.