

La Corte Costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile

di Gaetano De Amicis *
(5 maggio 2011)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La genesi di Eurojust. – 3. La collocazione istituzionale di Eurojust.....- 4. Segue: e l'evoluzione dei suoi poteri dalla decisione 2002/187/GAI al Trattato di Lisbona. – 5. Il ruolo di Eurojust nella prospettiva del Pubblico Ministero Europeo: una complessa transizione. – 6. La natura giudiziaria di Eurojust e delle sue attribuzioni funzionali: analisi critica della l. n. 41/2005 in relazione al quadro dei valori costituzionali. – 7. Una soluzione interpretativa diversa, nel solco dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza della Magistratura.

1. *Considerazioni introduttive.* - Con la pronuncia n. 136, del 6 aprile – 15 aprile 2011, la Corte costituzionale ha escluso la natura giudiziaria delle funzioni svolte dall'Eurojust e dai suoi membri nazionali, ritenendo conforme al quadro dei principi costituzionali l'attuale disciplina normativa della procedura di nomina del membro nazionale ivi "distaccato"¹. Pur ritenendo l'attività di Eurojust "strumentale" a quella svolta dalle autorità giudiziarie degli Stati membri, il Giudice delle leggi ha escluso la possibilità di ricondurre l'ambito dei poteri e delle funzioni di tale organismo sovranazionale "a quelli giudiziari propri dei

¹ Sulla genesi e sulle finalità del nuovo organismo giudiziario dell'U.E. v., in particolare, NILSSON, *Eurojust. The beginning or the end of the European Public Prosecutor*, relazione presentata alla conferenza di Eurojustice, in Santander, 24 - 27 ottobre 2000; DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust nell'ambito del "Terzo Pilastro" dell'Unione Europea*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1964 s.; ID., *Riflessioni su Eurojust*, ivi, 2002, p. 3606 s.; ID., *Eurojust*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO e SICURELLA, Giuffrè, 2007, p. 467 ss.; CALVANESE – DE AMICIS, *Le nuove frontiere della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1303 s.; ID., *Commento alla Decisione istitutiva di Eurojust*, in *Guida dir.*, 2002, n. 24, p. 8 s.; SALAZAR, *Eurojust: una prima realizzazione della decisione del Consiglio europeo di Tampere*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1339 s.; FLORE, *Eurojust ou Ministère Public Européen: un choix de politique criminelle*, in *Agon*, 2000, n. 28, p. 9 s.; M. DELMAS – MARTY, *European public prosecutor and globalisation*, ivi, 2000, n. 29, p. 2 s.; BARBE, *Mandat d'arret européen, terrorisme et Eurojust*, in *Revue de Marchè commun et de l'Union Européenne*, 2002, p. 454; O' DOHERTY – GOSINE, *Eurojust: a new agency for a new era*, in *New Law Journal*, 2002, p. 3.; PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, Giuffrè, 2002, p. 146 s.; LOPES da MOTA, *A Eurojust e a emergenza de um sistema de justica penal europeu*, in *Revista portuguesa de ciencia criminal*, 2003, p. 177; VAN DEN WYNGAERT, *Eurojust and the European Public Prosecutor in the Corpus iuris model: water and fire?*, in *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, a cura di WALKER, Oxford University Press, 2004, p. 201 s.; MARTELLINO, *Il ruolo di Eurojust nella costituzione e nel funzionamento delle squadre investigative comuni*, Relazione tenuta nell'ambito dell'incontro di studio del C.S.M., *L'attuazione di Eurojust e i modelli di coordinamento delle indagini nella prospettiva della libera circolazione delle autorità giudiziarie*, Roma, 11-15 ottobre 2004, p. 2 ss., in www.csm.it; PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, in AA.VV., *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di COPPETTA, Giappichelli, 2005, p. 149 s.; MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 187 s.; KLIP, *European Criminal Law*, Intersentia, Oxford, 2009, p. 401 ss. Sulle modalità di recepimento della decisione istitutiva nel nostro sistema v., inoltre, i primi commenti alla l. n. 41/2005: DE AMICIS, *Lotta alla criminalità, la sfida di Eurojust. Terrorismo, droga e riciclaggio nel mirino*, in *Dir. giust.*, 2005, n. 11, p. 106 s.; ID., *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1439 ss.; DE AMICIS – SANTALUCIA, *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano: prime riflessioni sulla l. 14 marzo 2005, n. 41*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 726 s.; LO VOI, *Eurojust: prime riflessioni su alcuni profili ordinamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 542 s.; ID, voce *Eurojust*, in *Enc. giur. Treccani*, 2005, p. 1 ss.; CALVANESE – DE AMICIS – DE LEO – FRIGO – SELVAGGI, in *Guida dir.*, 2005, n. 14, p. 34 s.; NICASTRO, *Eurojust*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Giuffrè, 2006, p. 63 s.; ZANETTI, *Eurojust e l'ordinamento italiano*, Giuffrè, 2006. Sui vari problemi legati all'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano, anteriormente all'approvazione della l. n. 41/2005 v., infine, CASELLI – DE AMICIS, *La natura di Eurojust e la sua attuazione nell'ordinamento interno*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 28, p. 94 s.; DE LEO, *Quale legge per Eurojust?*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 197; SANTALUCIA, *Le misure di legislazione interna per l'Eurojust*, in *Diritto e formazione*, 2003, p. 1705 s.

magistrati del pubblico ministero”, non ravvisandovi quegli elementi che, nell’ordinamento costituzionale italiano, consentono di qualificare come giudiziarie – e non amministrative – le funzioni esercitate dal pubblico ministero, ossia “l’esercizio dell’azione penale e le attività ad esso preordinate”.

Per giungere a tale epilogo decisorio, la Corte costituzionale ha preliminarmente escluso dal *thema decidendum* una parte rilevante della normativa europea citata dalle parti, anche se non ancora attuata, ossia la decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008, relativa al rafforzamento dell’Eurojust, che ha modificato la decisione 2002/187/GAI (ed il cui termine di attuazione scade il 4 giugno 2011) e l’art. 85, par.1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, secondo cui «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti», allo stato non ancora adottati, «determinano la struttura, il funzionamento, la sfera d’azione e i compiti» propri dell’Eurojust.

Le principali sequenze argomentative attraverso cui si dispiega l’iter motivazionale seguito dalla Corte possono sinteticamente individuarsi: a) nella “natura non vincolante” delle richieste indirizzate alle competenti autorità nazionali; b) nella “diversa” qualità della funzione di coordinamento affidata dall’art. 371-bis c.p.p. al Procuratore nazionale antimafia (da ritenere, invece, di natura giudiziaria); c) nell’esclusione del carattere giudiziario della possibilità di accesso alle informazioni desumibili dal registro di cui all’art. 335 c.p.p. (riservata dall’art. 118 c.p.p. anche al Ministro dell’interno).

Sia le premesse argomentative che le conclusioni cui perviene la Corte non possono essere condivise.

2. La genesi di Eurojust. - L’istituzione dell’Eurojust, come è noto, ha rappresentato l’ultima tappa di un complesso percorso procedurale avviato in attuazione della conclusione n. 46 del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999², che ha posto le basi per la creazione di un’originale unità di magistrati “al fine di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata”, nell’ambito di indagini ed azioni penali riguardanti almeno due Stati membri dell’U.E.

Nella progressiva evoluzione degli organismi della cooperazione intergovernativa, la costruzione di Eurojust ha storicamente concluso un’opera di consolidamento, ad un livello strutturale, organizzativo ed operativo assai più elevato, delle precedenti, limitate, esperienze giudiziarie avviate nell’ambito del “Terzo Pilastro” con la creazione, nel 1996 (a livello bilaterale), del quadro di scambio dei magistrati di collegamento tra gli Stati membri dell’U.E., e nel 1998 della Rete giudiziaria europea (concepita, invece, secondo una visione policentrica, quale organismo diffuso sul territorio dei vari Stati membri e composto da punti di contatto operanti a disposizione delle autorità giudiziarie, con il compito di fungere da “intermediari attivi” al fine di migliorare gli *standards* qualitativi della cooperazione giudiziaria in materia penale).

Il codice genetico di Eurojust è giudiziario, non solo perché all’atto della sua istituzione occorre individuare all’interno dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia un nuovo organismo da affiancare ad Europol, quale unità preposta al parallelo coordinamento delle attività di polizia, ma anche per l’evidente esigenza di differenziarne struttura, poteri e finalità dalla coeva istituzione di un organo di inchiesta amministrativa come l’Olaf, integrato (sia pure con significativi tratti di indipendenza funzionale) all’interno della Commissione europea, con il preciso mandato di rafforzare la protezione degli interessi finanziari dell’Unione europea nelle attività di contrasto della frode, della corruzione e di ogni altra forma di attività illegale in tal senso orientata.

² Le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere sono pubblicate in *Cass. pen.*, 2000, p. 302 s.; cfr., sul tema, SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, ivi, 2000, p. 1114 s.

Non avrebbe avuto alcun senso, dunque, istituire un altro organo con competenze “amministrative”, sostanzialmente sovrapponibili, sia pure in parte, alle stesse aree di competenza tipicamente assegnate all’Olaf: l’art. 4, par. 1, lett. b), della decisione istitutiva del 28 febbraio 2002 individua infatti, tra le materie di competenza dell’Eurojust, anche *“la frode, la corruzione e qualsiasi altro reato che colpisca gli interessi finanziari della Comunità europea”*, secondo una scelta chiaramente intesa non certo a duplicare, ma a distinguere gli obiettivi, la struttura e le funzioni di due organismi chiamati ad instaurare rapporti di “stretta cooperazione” nello settore di indagine, attraverso il contributo offerto dall’Olaf *“all’attività di coordinamento delle indagini e delle azioni penali concernenti la tutela degli interessi finanziari della Comunità svolta dall’Eurojust”* (art. 26, par. 3, della su menzionata decisione).

3. *La collocazione istituzionale di Eurojust.....* - Gli ambiziosi obiettivi assegnati al nuovo organismo dalla decisione istitutiva 2002/187/GAI possono sinteticamente individuarsi nei seguenti: a) “stimolare e migliorare” il coordinamento delle indagini e delle azioni penali tra le competenti autorità nazionali degli Stati membri, sulla base di qualsiasi richiesta dalle stesse formulata, ovvero di qualsiasi elemento informativo proveniente da un competente organo comunitario (ad es. l’Olaf o l’Europol); b) “migliorare” i diversi aspetti della cooperazione giudiziaria tra le competenti autorità degli Stati membri, con particolare riferimento all’agevolazione delle domande di assistenza giudiziaria e delle richieste estradizionali; c) prestare altrimenti assistenza alle autorità competenti degli Stati membri al fine di “migliorare l’efficacia” delle loro indagini ed azioni penali. Quest’ultima formulazione, volutamente ampia e generica, si è rivelata idonea a ricomprendere, nella prassi, non solo forme di supporto logistico e di consulenza con riguardo al diritto comparato processuale e sostanziale degli Stati membri, ma anche, e soprattutto, forme di coinvolgimento in attività di tipo operativo, come, ad es., nella raccolta delle prove (quando atti istruttori legati ad una stessa indagine debbano simultaneamente eseguirsi in più Stati membri), ovvero nella partecipazione agli atti concordati nell’ambito di una squadra investigativa comune, o nella trasmissione di rogatorie ed ordinanze a carattere preliminare, emesse in una fase anteriore alla pronuncia della sentenza, con particolare riferimento agli ordini di arresto europeo e alle decisioni di blocco di conti bancari.

L’obiettivo del coordinamento tra le competenti autorità nazionali degli Stati membri ha costituito la vera novità dello strumento normativo, poiché ha consentito di realizzare, al contempo, un progressivo avvicinamento alle finalità di tendenziale verticalizzazione delle attività investigative - attraverso la centralizzazione “leggera” di determinati poteri e funzioni in capo ad un organismo giudiziario di natura sovranazionale - ed un sensibile allontanamento dal modello “orizzontale” di cooperazione giudiziaria, fondato su intese ed accordi - a carattere bilaterale o multilaterale - disciplinati nell’ambito di relazioni esclusivamente intergovernative ³.

Se, da un lato, la successiva “costituzionalizzazione” dell’Eurojust quale *pendant* giudiziario di Europol - avvenuta già a seguito delle modifiche introdotte dal Consiglio europeo di Nizza del 7-9 dicembre 2000 - ha consentito di stabilizzare la nuova struttura quale vera e propria architrave della cooperazione giudiziaria all’interno del quadro normativo delineato, prima, dagli artt. 29 e 31 T.U.E., ed ora dagli artt. 85 - 86 T.F.U.E., dall’altro lato, tuttavia, è evidente che siffatta scelta normativa ha necessariamente comportato il rinvio ad una prospettiva di lungo termine delle varie proposte finalizzate alla creazione di un ufficio europeo di procura ⁴.

Si è reso possibile, in tal modo, un inserimento “indolore” del nuovo organismo, lasciando impregiudicate le competenze della Comunità europea in materia di protezione degli

³ Cfr. DE AMICIS, *Riflessioni su Eurojust*, cit., p. 3610.

⁴ Cfr. MITSILEGAS, cit., p. 189.

interessi finanziari, senza creare sovrapposizioni rispetto al quadro delle convenzioni e degli accordi, bilaterali e multilaterali, esistenti in materia di assistenza giudiziaria penale (in particolare, la Convenzione di Strasburgo sull'assistenza giudiziaria in materia penale del 1959 e la Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea adottata il 29 maggio 2000, con il suo Protocollo del 16 ottobre 2001). Sotto altro profilo, tuttavia, è agevole osservare come l'art. III-273 del Trattato costituzionale europeo, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004, e la successiva riformulazione degli artt. 85 e 86 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (con scelte lessicali sostanzialmente analoghe, ma con qualche rilevante elemento di novità, come si vedrà più avanti), abbiano ulteriormente rafforzato il ruolo e la complessiva "immagine" di Eurojust quale interlocutore privilegiato degli organi giudiziari nazionali, creando il contesto normativo ed i presupposti "ordinamentali" necessari affinché possa svolgere con incisività ed efficacia i suoi poteri di promozione e coordinamento delle indagini transnazionali, sino ad attivare un processo di irreversibile mutazione genetica in un vero e proprio organo del Pubblico ministero europeo⁵.

L'eterogeneità degli *status* dei membri nazionali e la carenza di poteri vincolanti in relazione ai profili del coordinamento investigativo e dell'esercizio dell'azione penale non hanno consentito (né consentono tuttora) di ascriverne le attribuzioni a quelle tipiche di un organo del pubblico ministero *stricto sensu* inteso, ma ne hanno reso comunque possibile un'originale collocazione nell'ambito delle istituzioni "eurounitarie", quale organo giudiziario di coordinamento ed assistenza tra le diverse autorità nazionali responsabili dell'azione penale, nel punto di intersezione tra il paradigma verticale della "Procura europea" e quello, orizzontale, dell'attuale Rete giudiziaria europea⁶.

⁵ In tal senso, v. DE AMICIS, *Riflessioni su Eurojust*, cit., p. 3606 s. In generale, sulla posizione e sul ruolo del p.m. nei vari ordinamenti europei, v. l'analisi di DELMAS - MARTY, *Evoluzione del p.m. e principi direttivi del processo penale nelle democrazie europee*, in *Quest. giust.*, 1997, p. 201 s.; cfr., inoltre, il Libro verde elaborato dalla Commissione europea sulla tutela penale degli interessi finanziari comunitari e sulla creazione di una procura europea (COM - 2001 - 715 def., 11 dicembre 2001). Sulle problematiche legate al progetto di istituzione di un p.m. europeo v., di recente, L. CAMALDO, *Il Pubblico ministero europeo dal Corpus iuris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di CORSO e ZANETTI, La Tribuna, 2010, p. 69 ss.; RUGGIERI, *Il pubblico ministero europeo*, in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di RAFARACI, Milano, 2007, p. 551 ss.; PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria europea ecc.*, cit., p. 209 s.; DELMAS - MARTY, *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus juris*, in *Il Corpus juris 2000*, a cura di GRASSO e SICURELLA, Giuffrè, 2003, p. 255 s.; DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1445 s.; SICURELLA, *La sfida del "pubblico ministero europeo" tra europeizzazione e tradizioni giuridiche nazionali*, in *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di LANZI - RUGGIERI - CAMALDO, Cedam, 2002, p. 89 s.; RUGGIERI, *Il difensore nazionale di fronte al pubblico ministero europeo: spunti per un "giusto processo europeo"*, ivi, p. 5; MONETTI, *Organizzazione del pubblico ministero e poteri di amministrazione della giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 195; D.R. THEATO, *Le Procureur européen*, in *Agon*, 2002, n. 34, p.14 s.; VAN DEN WINGAERT, *Eurojust and the European Public Prosecutor ecc.*, cit., p. 224 s.; BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 759 s.; PANZAVOLTA, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di COPPETTA, Giappichelli, 2005, p. 179 ss. V., inoltre, sulle caratteristiche generali del p.m. europeo nel primo progetto del *Corpus juris*, TONINI, *Il progetto di un pubblico ministero europeo nel Corpus juris*, in AA. VV., *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, 2000, p. 113 s.; CHIAVARIO, *Linee del sistema processuale penale comunitario*, in AA. VV., *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di PICOTTI, Giuffrè, 1999, p. 197 s.; ORLANDI, *Qualche rilievo intorno alla vagheggiata figura di un pubblico ministero europeo*, ivi, p. 207 s. Sugli elementi differenziali tra Eurojust e il progetto di p.m. europeo delineato nel modello del *Corpus juris*, cfr., in particolare, le analisi di DE AMICIS, *La costruzione di Eurojust ecc.*, cit., p. 1976 s. e FLORE, *Eurojust ou Ministère Public européen ecc.*, cit., p. 9 s.

⁶ Cfr. DE AMICIS, *Il "rafforzamento" di Eurojust nella prospettiva del Pubblico ministero europeo: finis an transitus?*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di CORSO e ZANETTI, La Tribuna, 2010, p.111 s.. Per quanto attiene alla disciplina della Rete giudiziaria europea, cfr. *G.U.U.E.*, L 348/130 s., del 24 dicembre 2008, che ha abrogato la precedente Azione comune 98/428/G.A.I. del 29 giugno 1998, rivedendo la struttura e le modalità di funzionamento di tale importante organismo, sulla base della positiva esperienza maturata nei vari settori della cooperazione giudiziaria

Per dare solo un'idea dell'importanza strategica assegnata a questo organismo nell'ambito degli attuali equilibri comunitari, sempre più problematici a seguito dell'avvenuta adesione di altri dodici Stati membri, è sufficiente qui ricordare come, in diverse occasioni, le più importanti istituzioni comunitarie (ed in particolare il Consiglio europeo nella Dichiarazione sulla lotta al terrorismo del 25 marzo 2004) ne abbiano sottolineato il valore aggiunto nelle attività di contrasto del terrorismo internazionale, esortando i vari Stati membri ad utilizzarlo "al massimo grado" non solo in questo settore, ma anche nell'applicazione dei più importanti strumenti europei di cooperazione giudiziaria, ivi compresi quelli (come, ad es., il mandato d'arresto europeo) attinenti al reciproco riconoscimento delle decisioni penali.

4. Segue: e l'evoluzione dei suoi poteri dalla decisione 2002/187/GAI al Trattato di Lisbona. - Sotto altro profilo, tuttavia, disponendo il piano delle riflessioni all'interno di una prospettiva storico-sistemica, è innegabile che l'apprezzamento di alcuni aspetti di indiscutibile rilievo – ossia, la posizione di "centralità" riconosciuta ad Eurojust, in vista della futura istituzione del Pubblico Ministero europeo, negli artt. 85 e 86 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (e, prima ancora, nell'analoga disposizione di cui all'art. III-273 del Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004) ⁷, il ruolo strategico ormai assunto nella composizione dei conflitti di giurisdizione e delle problematiche operative legate alla circolazione del mandato d'arresto europeo ⁸, unitamente al costante incremento delle attribuzioni funzionali al rafforzamento della cooperazione in materia di reati terroristici ⁹ - impone di individuare proprio in tale organismo il principale attore giudiziario della risposta europea alle nuove sfide della criminalità organizzata transnazionale.

In tal senso, dunque, non potrebbe che risultare inutilmente riduttiva un'esegesi delle funzioni e dei poteri di Eurojust che si limitasse alla considerazione delle disposizioni contenute nella sola decisione istitutiva del 28 febbraio 2002 e nella successiva normativa di attuazione nel nostro ordinamento.

Per comprenderne in profondità la natura dei poteri è invece necessario allargare lo sguardo, ed analizzarne il complessivo quadro delle attribuzioni, via via ulteriormente arricchitosi rispetto al nucleo originario, grazie al progressivo apporto della prassi e alle disposizioni contenute in altri strumenti normativi adottati dal Consiglio dell'U.E., ed in particolare: a) l'art. 10 del Protocollo della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, adottato il 16 ottobre 2001, il quale stabilisce che le autorità competenti dello Stato membro richiedente possono comunicare all'Eurojust eventuali problemi riscontrati nell'esecuzione di una rogatoria in materia bancaria, al fine di sollecitarne il coordinamento in vista "di una possibile soluzione pratica" ai sensi delle disposizioni previste nello strumento istitutivo di Eurojust; b) l'art. 16 della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il quale stabilisce che l'Eurojust deve fornire un parere all'autorità giudiziaria di esecuzione in caso di concorso di richieste provenienti da due o più Stati membri che hanno emesso un mandato d'arresto nei confronti della stessa persona; c) l'art. 17 della stessa decisione quadro, il quale prevede che l'Eurojust deve essere informato dei motivi del ritardo nell'esecuzione

penale in un arco di tempo ormai ultradecennale. Sul tema v., in particolare, DE AMICIS, *La "nuova" Rete giudiziaria europea ed il suo rapporto con Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1710 s.; GALGO, *La Red Judicial Europea*, in *International Review of Penal Law*, v. 77, 2006, p. 299 s.; CALVANESE – DE AMICIS, *La Rete giudiziaria europea: natura, problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 698 s.; SELVAGGI, *La Rete giudiziaria europea: uno strumento per migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Doc. giust.*, 2000, n. 6, c. 1123 s.

⁷ Sul punto v., da ultimo, le riflessioni di LOPES da MOTA, *The heart of the future European Public Prosecutor*, in *Eu crim*, 2008, n. 1-2, p. 62 s.

⁸ Cfr., ad es., il Rapporto annuale di Eurojust per il 2009, p. 31 ss., in www.eurojust.europa.eu.

⁹ Cfr. la Decisione 2005/671/GAI del Consiglio, del 20 settembre 2005, concernente lo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, in *G.U.C.E.*, L 253 ss., del 29 settembre 2005.

di un mandato d'arresto in uno Stato membro; d) l'art. 4 della decisione adottata dal Consiglio dell'U.E. il 6 dicembre 2001 in relazione alla protezione dell'euro dalla falsificazione prevede una stretta cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri, la Banca centrale europea, le banche centrali nazionali, l'Europol e l'Eurojust in ordine ai procedimenti inerenti alla falsificazione ed ai reati connessi con la falsificazione dell'euro¹⁰.

Particolarmente rilevanti, inoltre, appaiono le funzioni dell'Eurojust in relazione all'attività di coordinamento operativo delle indagini in materia di terrorismo internazionale e all'innalzamento del grado di efficacia della complessiva strategia europea di contrasto di tale fenomeno criminale, ove si consideri che l'art. 3, par. 2, della decisione 2003/48/GAI del Consiglio del 19 dicembre 2002 e, successivamente, l'art. 2, parr. 2, 3 e 5, della su menzionata decisione 2005/671/GAI del Consiglio del 20 settembre 2005, concernenti lo scambio delle informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici, prevedono, in via sistematica, la raccolta e la comunicazione all'Eurojust di una vasta gamma di informazioni giudiziarie relative ai procedimenti e alle condanne per fatti di terrorismo¹¹.

La nuova decisione 2009/426/GAI¹², relativa al rafforzamento di Eurojust, ha introdotto rilevanti modifiche nel *corpus* dell'originaria decisione 2002/187/GAI, "esaltando" la dimensione giudiziaria di tale organismo. Siffatta decisione, il cui termine ultimativo di attuazione scade il 4 giugno 2011, ma i cui effetti decorrono già dal 4 giugno 2009 (data di pubblicazione dello strumento sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea), si caratterizza per un deciso rafforzamento dei poteri giudiziari attribuiti al membro nazionale. Rilevano al riguardo le attribuzioni aggiuntive di cui al novellato art. 6, lett. a), punti vi) e vii), secondo cui, rispettivamente, il membro nazionale potrà adottare speciali misure investigative, ovvero ogni altra misura giustificata dall'indagine o dal procedimento penale. Va inoltre rimarcata la maggiore incidenza dell'esercizio di tali poteri nei confronti delle autorità nazionali, che dovranno in ogni caso fornire spiegazione nei casi di rifiuto alle richieste provenienti dai membri nazionali. A tale obbligo, peraltro, è correlata l'introduzione dell'ulteriore previsione secondo cui gli Stati membri dovranno assicurare che le competenti autorità rispondano senza indugio alle richieste effettuate dal membro nazionale (art. 6 u.c.).

Del tutto innovativa, poi, risulta l'attribuzione di poteri conferiti al membro nazionale nella sua capacità di competente autorità giudiziaria nazionale secondo il proprio diritto interno, in base ai nuovi artt. 9 b), 9 c) e 9 d)¹³.

La nuova decisione, infatti, stabilisce una base comune "minima" di poteri conferiti al membro nazionale in qualità di "autorità nazionale", gettando le basi per una rilevante trasformazione dell'attuale quadro di relazioni con le autorità giudiziarie degli Stati membri¹⁴. Tali poteri possono essere distinti in tre categorie:

a) i "poteri ordinari" (ex art. 9 - *ter* della decisione 2002/187/GAI, come modificata dalla decisione 2009/426/GAI), ossia quelli relativi alla gestione delle richieste e delle decisioni in materia di cooperazione giudiziaria, che permettono di ricevere, trasmettere, agevolare, seguire e fornire le informazioni supplementari relative alle richieste stesse (restando quindi esclusa la loro esecuzione diretta). Tali poteri consentono al membro nazionale di

¹⁰ G.U.C.E., L 329/1, del 14 dicembre 2001.

¹¹ Cfr. G.U.C.E., L 16, del 22 gennaio 2003, p. 68 e G.U.C.E., L 253/22, del 29 settembre 2005.

¹² G.U.U.E., L 138, del 4 giugno 2009, p. 14 ss.

¹³ Sul tema v. i primi commenti di DE AMICIS – SURANO, *Il rafforzamento dei poteri di Eurojust a seguito della nuova decisione 2009/426/GAI*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4453 ss. nonché di SPIEZIA, *Il coordinamento giudiziario sovranazionale: problemi e prospettive alla luce della nuova decisione 2009/426/GAI che rafforza i poteri di Eurojust*, *ivi*, 2010, p. 2000 s.; v., inoltre, APRILE – SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo Lisbona*, Ipsoa, 2009, p. 226 s.

¹⁴ Cfr., al riguardo, MITSILEGAS, *cit.*, p. 209.

fungere da “canale di trasmissione” e di facilitare l’esecuzione delle richieste provenienti da o destinate allo Stato membro d’origine;

b) i “poteri esercitati d’intesa con un’autorità nazionale competente” (ex art. 9 - *quater*), che sono “delegati”, caso per caso, al membro nazionale da parte dell’autorità nazionale competente per il loro esercizio. Il membro nazionale può così essere autorizzato: ad emettere, completare o eseguire nel proprio Stato membro richieste e decisioni in materia di cooperazione giudiziaria (art. 9 - *quater*, lett. a) e b)); disporre nel proprio Stato membro misure investigative ritenute necessarie durante una riunione di coordinamento organizzata da Eurojust per assistere le autorità nazionali competenti (art. 9 - *quater*, lett. c)); autorizzare e coordinare consegne controllate nello Stato membro d’origine;

c) i “poteri esercitati in casi urgenti” (ex art. 9 - *quinqües*), qualora sia impossibile individuare o contattare l’autorità nazionale competente in tempo utile e sempre che quest’ultima, non appena individuata o contattata, venga tempestivamente informata sull’esercizio di tali poteri. I membri nazionali, in tal senso, hanno il diritto di autorizzare e coordinare consegne controllate nello Stato membro d’origine (art. 9 - *quinqües*, lett. a)) e di eseguire richieste o decisioni di cooperazione giudiziaria in relazione allo Stato membro d’origine (art. 9 - *quinqües*, lett. b)).

Anche il ruolo del Collegio di Eurojust risulta potenziato dalla decisione di modifica, poiché il nuovo par. 2 dell’art. 7 prevede che qualora due o più membri nazionali non siano d’accordo sulle modalità di risoluzione di un caso di conflitto di giurisdizione per quanto riguarda l’avvio di indagini o di azioni penali, al collegio viene richiesto di esprimere un parere scritto non vincolante sul caso, purché non sia stato possibile risolvere la questione di comune accordo tra le autorità nazionali competenti interessate.

Si tratta di uno dei profili operativi di maggiore rilevanza nel complessivo quadro delle attività svolte da Eurojust, che sin dal 2003 si è dotata di apposite *guidelines* finalizzate a prevenire e a risolvere, sia pure in via facoltativa, le possibili situazioni di conflitto legate alla concorrenza delle giurisdizioni ed al conseguente rischio di azioni multiple in relazione alle stesse ipotesi di reato oggetto di un’indagine transnazionale¹⁵. Un ruolo da “mediatore privilegiato” di Eurojust, in vista dell’elaborazione di una soluzione condivisa che eviti lo svolgimento di procedimenti penali paralleli, è tratteggiato anche nell’art. 12, par. 2, della decisione quadro 2009/948/GAI del 30 novembre 2009, sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all’esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali¹⁶.

Inoltre, la stessa possibilità prevista dal novellato par. 2 dell’art. 7 è data in casi di rifiuto o difficoltà nell’esecuzione di richieste e di decisioni in materia di cooperazione giudiziaria (con particolare riferimento agli strumenti che applicano il principio del mutuo riconoscimento): anche in questo caso, l’autorità competente può chiedere al collegio di esprimere un parere scritto non vincolante sulla questione (ex art. 7, par. 3), a condizione

¹⁵ Cfr. l’allegato IV al Rapporto annuale 2004 di Eurojust, consultabile in www.eurojust.europa.eu. Sul punto v., in generale, PISANI, “*Ne bis in idem*” e cooperazione giudiziaria europea, in PISANI, *Nuovi temi e casi di procedura penale internazionale*, Milano, 2007, p. 354 ss.; ID., *Gli accertamenti penali concorrenti, nazionali ed internazionali, e il principio del “ne bis in idem”*, ivi, p. 370 ss.; RAFARACI, *Procedural safeguards and the principle of ne bis in idem in the European Union*, in AA.VV., *European cooperation in penal matters: issues and perspectives*, a cura di BASSIOUNI – MILITELLO – SATZGER, Cedam, 2008, p. 363 ss.; DE AMICIS, *Ne bis in idem, giurisdizioni concorrenti e divieto di azioni multiple nell’U.E.: il ruolo dell’Eurojust*, in questa rivista, 2006, p. 1179 s.; GALANTINI, *Commento alla soluzione di un caso di litispendenza internazionale*, ivi, 2006, p. 3361 s.; DI BITONTO, *La composizione dei conflitti di giurisdizione in seno ad Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2896 ss.

¹⁶ Lo strumento è pubblicato in *G.U.U.E.*, 15 dicembre 2009, L 328/42 ss.. Sul tema v. i commenti di CALVANESE – DE AMICIS, *La Decisione quadro del Consiglio dell’U.E. in tema di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3593 ss.; RAFARACI, *Le misure contro i procedimenti penali “paralleli” nella decisione-quadro 2009/948/GAI*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, a cura di CORSO e ZANETTI, La Tribuna, 2010, p. 513 ss.; AMALFITANO, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale nell’Unione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1293 ss.

che non sia stato possibile risolverla di “comune accordo” tra le competenti autorità nazionali, ovvero con l’intervento dei relativi membri nazionali.

Nell’ipotesi in cui le autorità competenti degli Stati membri interessati decidano di non seguire le indicazioni contenute nel parere scritto del collegio di Eurojust, esse sono tenute a comunicare “senza indugio” la loro decisione e le relative motivazioni.

Analogo obbligo di comunicazione delle motivazioni degli eventuali provvedimenti di rigetto delle richieste avanzate dal collegio di Eurojust (ivi compresa quella relativa all’avvio di un’indagine o di un’azione penale) è già contemplato, del resto, nell’art. 8 della decisione istitutiva 2002/187/GAI, secondo le linee di sviluppo di un interscambio di valutazioni che ricadono entro un’area di competenze tipicamente di natura giudiziaria, e che risulterebbe impossibile immaginare ricompreso entro gli stretti confini di un dialogo “asimmetrico” fra autorità non omologhe, ossia giudiziarie, da un lato, ed amministrativa, dall’altro.

Ma è soprattutto la nuova cornice normativa delineata dagli artt. 85, par. 1, e 86, par. 1, del Trattato di Lisbona (e, ancor prima, dal Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004) ad indirizzare in senso decisivo l’interprete nella complessa attività di ricostruzione delle linee portanti dell’istituto. Pur evitando il Trattato, attraverso una soluzione evidentemente compromissoria, di attribuire alla titolarità dell’EUROJUST i poteri tipici di un organo di accusa (ossia, quelli inerenti all’esercizio dell’azione penale), non manca di riservargli comunque, nelle diverse materie di sua competenza, rilevanti poteri di avvio delle indagini penali¹⁷, di coordinamento operativo delle stesse e di “proposta di avvio di azioni penali” esercitate dalle competenti autorità nazionali, manifestando in tal modo una scelta destinata con ogni probabilità a prefigurare – in relazione alle tipologie di reato che saranno individuate e definite con regolamento europeo – un ruolo di “organo di indagine” e di coordinamento per l’EUROJUST (rafforzato, oggettivamente, dalla ulteriore possibilità di prevenire e risolvere l’insorgere di eventuali conflitti di competenza) ed un connesso “ruolo di organo d’azione” per l’istituenda Procura europea¹⁸.

Il Trattato di Lisbona è stato ratificato nel nostro ordinamento con l. 2 agosto 2008, n. 130, ed è in vigore dal 1° dicembre 2009: pur privo della normativa regolamentare di dettaglio, il quadro dei principi e le linee di indirizzo che esso traccia – quale norma di diritto primario dell’Unione - per disciplinare i compiti assegnati ad Eurojust sono assolutamente

¹⁷ Laddove la Decisione del 28 febbraio 2002 consente solo di “chiedere” l’avvio di un’indagine o di un’azione penale per fatti precisi.

¹⁸ In tal senso cfr. GREVI, *Linee di cooperazione giudiziaria in materia penale nella Costituzione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Giuffrè, 2006, p. 2796 s., secondo cui la fisionomia della futura Procura europea quale organo di accusa sovranazionale e centralizzato, destinato ad agire per l’accertamento dei reati e delle relative responsabilità dinanzi ai diversi giudici nazionali, lascia intendere come il promovimento della corrispondente azione penale dovrebbe ubbidire al principio di legalità, e quindi di obbligatorietà, sia pure semmai “temperata” in presenza di tassativi presupposti prefissati per legge, senza poter essere comunque subordinato a valutazioni di opportunità politica; sul tema v., inoltre, DE AMICIS, *Il “rafforzamento” di Eurojust nella prospettiva del Pubblico ministero europeo: finis an transitus?*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, cit., p. 111 s. Sull’impostazione seguita dal Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004 e sulla nuova dimensione assunta da Eurojust nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, v. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI e PALIERO, Giuffrè, 2006, p. 2783 s.; ID., *Le prospettive di formazione di un diritto penale europeo*, Relazione tenuta al Convegno del C.S.M. “Verso un diritto penale sovranazionale”, Roma, 23-25 febbraio 2004, p. 13 s., in www.csm.it; DE AMICIS - IUZZOLINO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nelle disposizioni penali del Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3067 ss.; BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 10; DE LEO, *La Convenzione sul futuro dell’Europa e la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 378; ID., *Dopo la Convenzione. Procura europea, Eurojust e dintorni*, in *Quest. giust.*, 2003, p. 1039 ss.; NASCIMBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295 s.; BARGIS, *Costituzione per l’Europa e cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 144 s.; RAFARACI, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione europea*, in AA.VV., *L’area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di RAFARACI, Giuffrè, 2007, p. 3 ss.

univoci nel delineare i connotati di una vera e propria struttura giudiziaria *a partire* dalla quale vedrà la luce il futuro organo di accusa europeo. I tradizionali compiti di Eurojust vengono infatti correlati all'attività di contrasto di una criminalità "grave" che coinvolge due o più Stati membri, o che richiede *"un'azione penale su basi comuni"*, sulla scorta delle operazioni ed informazioni rispettivamente effettuate e fornite dalle autorità degli Stati membri e dall'Eurojust.

All'interno della stessa prospettiva "evolutiva", come si è visto, s'inseriscono inoltre le disposizioni di diritto derivato contenute nella su menzionata decisione di modifica 2009/426/GAI, relativa al rafforzamento dell'Eurojust.

Se, per un verso, può ritenersi che il principio del primato del diritto dell'Unione non valga (se inteso come immediata prevalenza su ogni norma interna incompatibile) in assenza del requisito dell' "efficacia diretta", per altro verso ciò non vuol dire che la norma dell'Unione priva di effetti diretti sia dotata di minor forza obbligatoria nei confronti degli Stati membri ¹⁹, o che la stessa non possa assumere, quanto meno, un sicuro valore orientativo sul piano della corretta interpretazione della natura, degli obiettivi e delle modalità di funzionamento di organismi ed istituti che ad essa direttamente si ricollegano, o che in essa risultano implicitamente presupposti.

Dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale si deduce che una norma dell'Unione priva di effetti diretti (ad es., una decisione quadro dell'ex "III pilastro") rientra nella nozione di quei *"vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario"* che, a norma dell'art. 117, co. 1, Cost., costituiscono un limite alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nella sentenza n. 227 del 21 giugno – 24 giugno 2010, il Giudice delle leggi – chiamato a pronunciarsi su un'eccezione di costituzionalità riguardante la violazione, tra l'altro, dell'art. 117, co.1, da parte dell'art. 18, lett. r), della l. 22 aprile 2005, n. 69, recante l'attuazione nel nostro ordinamento della decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo - ha affermato che *"gli atti nazionali che danno attuazione ad una decisione quadro con base giuridica nel TUE, ed in particolare nell'ex terzo pilastro relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale, non sono sottratti alla "verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del Trattato CE, ora Trattato FUE, che integrano a loro volta i parametri costituzionali – artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – che a quelle norme fanno rinvio" ²⁰.*

Ma è soprattutto esplorando la prospettiva della trasponibilità del principio dell'interpretazione conforme nell'area di applicazione propria degli atti dell'ex "Terzo Pilastro" – fra cui rientra anche lo strumento normativo della decisione ex art. 34, par. 2, lett. c), T.U.E. – che la Corte costituzionale avrebbe potuto optare per una diversa soluzione interpretativa.

Si tratta, come è noto, di una prospettiva ermeneutica tracciata dalla Corte di Giustizia sin dalla pronuncia del 16 giugno 2005, resa nel cd. caso "Pupino" ²¹, allorquando il Giudice

¹⁹ V., per tutti, DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2010, p. 261 ss., che al riguardo osserva come anche la violazione di una norma dell'Unione priva di effetti diretti può essere oggetto di un ricorso per infrazione ai sensi degli artt. 258 ss. T.F.U.E..

²⁰ Al riguardo v. DANIELE, *cit.*, p. 262, che richiama in tal senso anche la pronuncia n. 28 del 12 gennaio 2010, laddove la Corte ha dichiarato incostituzionale una norma di legge difforme rispetto ad una direttiva in materia di rifiuti, pur riconoscendo che la dichiarazione non avrebbe potuto avere alcuna conseguenza sul giudizio *a quo*, dal momento che l'applicazione della direttiva in tale contesto avrebbe portato ad un aggravamento della responsabilità penale degli imputati, traducendosi pertanto in un effetto diretto invertito della direttiva stessa.

²¹ C. giust. CE, Grande Sezione, 16 giugno 2005, *Pupino*, C 105/03, punti 42 ss. Per i primi commenti v., *ex multis*, FLETCHER, *Extending "indirect effect" to the third pillar: the significance of Pupino*, in *European Law Review*, 2005, p. 862 ss.; CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 157 ss.; MANES, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss.; APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso "Pupino" in materia di incidente probatorio*, *ivi*, 2006, p. 1165 ss. .

comunitario – pur in assenza di una sua espressa enunciazione nel sistema dell’Unione - ebbe a richiamare l’operatività anche nel “terzo pilastro” del principio di leale cooperazione tipico dell’ordinamento comunitario (ex art. 10 TCE), agganciandovi l’obbligo di interpretazione conforme da parte del giudice nazionale, sulla base di una piena assimilazione dello strumento della decisione quadro a quello della direttiva ex art. 249, par. 3, TCE.

Proprio esaminando tutte le implicazioni legate alla fecondità di tale operazione di “travaso” interpretativo tra aree di competenza oggettivamente “comunicanti”, il Giudice delle leggi avrebbe potuto considerare la possibilità di estendere l’obbligo di interpretazione conforme rispetto a quegli atti di diritto derivato adottati nell’ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia (decisioni quadro, decisioni, ecc.), il cui termine di trasposizione non sia ancora scaduto, ossia già prima della scadenza del termine per il loro recepimento negli ordinamenti nazionali ²².

Siffatta questione problematica, da tempo postasi per le direttive ²³, sotto il profilo della portata del vincolo per i legislatori nazionali, ha incontrato di recente una più precisa definizione da parte della Corte di giustizia, che nel valutare l’ampiezza dell’obbligo di interpretazione conforme (in relazione al principio generale di non discriminazione in ragione dell’età), ha affermato che incombe ai giudici degli Stati membri, dalla data di entrata in vigore della direttiva, l’obbligo di *“astenersi per quanto possibile dall’interpretare il diritto interno in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da questa direttiva”* ²⁴.

Valorizzando tale canone interpretativo, occorre distinguere, pertanto, l’obbligo positivo di interpretazione conforme – applicabile dal momento della scadenza del termine per il recepimento della direttiva – dall’obbligo negativo di astensione da un’interpretazione difforme potenzialmente pregiudizievole per i risultati che una direttiva (ovvero, un qualsiasi atto adottato nell’ambito dell’ex “terzo pilastro”) intende conseguire (obbligo, quest’ultimo, configurabile sin dall’entrata in vigore della direttiva stessa). Per quanto non immediatamente percepibile, siffatta distinzione non fa venir meno la rilevanza che tale strumento ermeneutico è capace di assumere, nell’ottica del Giudice comunitario, per una corretta e leale esecuzione degli obblighi di attuazione del diritto comunitario che incombono ai vari Stati membri ²⁵.

E’ peraltro evidente che, omettendo di analizzare tutte le possibili implicazioni derivanti dal pieno utilizzo di tale criterio discretivo, la stretta delimitazione del perimetro cognitivo che la Corte costituzionale ha pregiudizialmente enunciato quale presupposto del proprio argomentare vedrebbe contraddetto il suo fondamento giustificativo.

²² Per un’approfondita analisi di tali profili problematici v. CONDINANZI, *Fonti del “Terzo Pilastro” dell’Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Diritto comunitario e diritto interno* (Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007), Giuffrè, 2008, p. 232 ss.

²³ C. giust. CE, 18 dicembre 1997, C – 129/96, *Environnement Wallonie*.

²⁴ C. giust. CE, 4 luglio 2006, *Adeneler*, C – 212/04, punti 123 – 124. Anche in precedenza, del resto, la Corte di giustizia aveva affermato, con una importante pronuncia del 22 novembre 2005 (C-144/04, *Mangold*), che *“È compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell’età, il quale costituisce un principio generale del diritto comunitario, assicurare, nell’ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell’ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento di una direttiva che si ispira a tale principio generale, quale la direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, non sia ancora scaduto”* (punti 75 – 77).

²⁵ Così, CONDINANZI, *cit.*, p. 233, che, con riferimento all’obbligo di astenersi dall’adottare misure che possano compromettere il risultato prescritto nel tempo intercorrente tra l’entrata in vigore della decisione quadro e il termine per la sua trasposizione, prospetta significativamente una possibile violazione dell’art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, il cui richiamo appare vieppiù giustificato proprio dal carattere intergovernativo degli impegni derivanti dalla decisione quadro.

5. *Il ruolo di Eurojust nella prospettiva del Pubblico Ministero Europeo: una complessa transizione.* – Come si è accennato sopra, la “centralità” che il Trattato di Lisbona ha inteso assegnare all’Eurojust deve essere oggetto di compiuta analisi all’interno di un’impostazione ricostruttiva che oggi non può non risultare indissolubilmente legata alla prospettiva dell’istituzione dell’ufficio del Pubblico ministero europeo.

La creazione della procura europea, infatti, dovrebbe costituire, secondo le indicazioni emergenti dal Trattato di Lisbona, il frutto di un “*work in progress*”, di un processo graduale ma costante, quasi la conclusione di una “fattispecie a formazione progressiva”, il cui esito finale, in tal modo, verrebbe ad essere sin da oggi programmato passo dopo passo, così come è avvenuto, del resto, per la creazione di tutte le più importanti istituzioni europee²⁶.

L’espressione “*a partire da EUROJUST*”, così come seccamente formulata nell’art. 86, par. 1, del Trattato di Lisbona (ed ancor prima, nell’art. III-274, par. 1, del Trattato costituzionale), pur apparendo di non univoca ed agevole interpretazione, è senza dubbio indicativa dell’esigenza di avviare e portare a termine, senza forzature e secondo modalità generalmente condivise, un percorso sostanziale finalizzato alla creazione di una struttura giudiziaria comune, in grado di orientare l’esercizio dell’azione penale a tutela di beni giuridici di interesse strettamente comunitario, e nell’ambito di un quadro tendenzialmente uniforme di garanzie dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nelle indagini.

Quella formulazione letterale, infatti, non contiene alcunché di giuridico, né sembra disvelare un contenuto semantico oggettivamente vincolante, ma si limita semplicemente ad esprimere la – generalmente riconosciuta – necessità di promuovere, partendo dal quadro normativo attualmente esistente, tutti gli sforzi idonei a realizzare un obiettivo importante per la definitiva costruzione di un effettivo spazio giudiziario europeo²⁷.

Proprio in questa prospettiva sembra collocarsi la *Raccomandazione del Parlamento europeo del 7 maggio 2009, destinata al Consiglio sullo sviluppo di uno spazio di giustizia penale dell’Unione europea (2009/2012 (INI))*, laddove si riconoscono chiaramente (nel punto z) gli effetti positivi dell’ampliamento dell’azione di coordinamento di Eurojust nel contrasto della criminalità organizzata transnazionale, ponendo significativamente in risalto le connesse esigenze di un coordinamento a livello europeo delle attività difensive e dell’adozione di uno strumento giuridico sulle garanzie procedurali nei procedimenti penali, che risulti fondato, tra l’altro, sul rispetto del principio della presunzione di non colpevolezza (raccomandazione n.1, lett. a).

Nella stessa Raccomandazione ora menzionata si invitano gli Stati membri (nel punto j) a definire sollecitamente un piano per la completa attuazione della decisione sul rafforzamento di Eurojust, con particolare riguardo a quelle competenze che

²⁶ Sul tema, in generale, v. le riflessioni di VERVAELE, *The shaping and reshaping of Eurojust and Olaf*, in *Eucrim*, n. 3-4, 2008, p. 180 ss.; KUHLMANN, *The future of the European Union’s financial interests*, ivi, 2008, p. 186 ss.; LOPES da MOTA, *op. ult. cit.*, p. 62 s.; DE AMICIS, *Il ruolo dell’Olaf e di Eurojust negli interventi a tutela degli interessi finanziari comunitari: quale collaborazione?*, in AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di GRASSO e SICURELLA, Giuffrè, 2008, p. 606 ss.; LASSALLE, *Ministère public européen et organes de procédure européens: les enjeux de l’articulation horizontale*, in AA.VV., *L’intégration pénale indirecte*, sous la direction de GIUDICELLI - DELAGE e MANACORDA, Paris, Société de Legislation Comparée, 2005, p. 211 ss.; TRICOT, *Ministère public européen et systèmes pénaux nationaux: les enjeux de l’articulation verticale*, ivi, p. 181 ss.; GREVI, *cit.*, p. 2798 ss.; BARGIS, *op. ult. cit.*, p. 788 ss.; DE AMICIS - IUZZOLINO, *cit.*, p. 3079 s.; SICURELLA, *Droit pénal de l’Union et parquet européen*, in *La protection des intérêts financiers de l’Union et le rôle de l’Olaf vis-à-vis de la responsabilité pénale des personnes morales et des chefs d’entreprises et admissibilité mutuelle des preuves* (Actes des Journées d’études de Inverigo-Como – 2005, cordonnée avec Centre Etudes Droit Penal Européen), a cura di RUGGIERI, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 147 s.; SALAZAR, *Constitution pour l’Europe, programme de La Haye et ministère public européen*, ivi, p. 159 ss.; PIATTOLI, *Cooperazione giudiziaria e pubblico ministero europeo*, *cit.*, p. 194 ss.

²⁷ Cfr. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 607 ss.

maggiormente ne assimilano i poteri d'intervento a quelli di un ufficio del P.M., ossia la "soluzione" dei conflitti di giurisdizione ed il "potere di avviare indagini o azioni penali" ²⁸.

Analoga linea di indirizzo è stata successivamente tracciata dal Consiglio europeo con l'adozione del *Programma di Stoccolma (Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini)* per il periodo 2010 – 2014, ove espressamente si richiede, tra l'altro, un sistematico coinvolgimento di Eurojust e di Europol nelle principali operazioni transfrontaliere e nella creazione di squadre investigative comuni, precisando che spetta proprio ad Eurojust assicurare "il seguito a livello giudiziario" dei lavori di Europol ²⁹.

Si muovono nella medesima direzione, inoltre, gli accordi di collaborazione recentemente stipulati dall'EUROJUST con l'OLAF e l'EUROPOL ³⁰ (ai sensi dell'art. 26 della Decisione istitutiva di Eurojust, così come novellato dalla Decisione 2009/426/GAI del 16 dicembre 2008), nel cui articolato si prevedono, tra i punti principali, forme d'intesa spiccatamente orientate in senso operativo, quali ad es.: 1) lo scambio di informazioni sui casi che riguardano le frodi o altri reati in danno degli interessi finanziari della UE; 2) la reciproca assistenza negli stessi casi, spontaneamente o su richiesta, per assicurare il rispettivo coordinamento delle attività; 3) la collaborazione nella partecipazione e nella costituzione delle squadre investigative comuni; 4) la creazione di rispettivi punti di contatto (ad es., membri nazionali e componenti dell'unità magistrati dell'OLAF), al fine di risolvere i problemi pratici che eventualmente dovessero porsi nella gestione comune delle attività; 5) consultazioni regolari ed una stretta cooperazione nelle rispettive azioni di contrasto, con scambio di informazioni operative, strategiche e tecniche, nonché con la coordinazione delle attività rispetto alle autorità giudiziarie e di polizia; 6) il sostegno congiunto alle autorità nazionali, anche attraverso appositi incontri preparatori, nella selezione degli obiettivi principali della repressione del crimine; 7) l'informazione reciproca dei casi in cui tali organismi eserciteranno il loro diritto di chiedere agli Stati membri di iniziare un'indagine.

La piena funzionalità di tali intese e accordi di collaborazione appare, in definitiva, un obiettivo altamente auspicabile nel quadro dei nuovi modelli di cooperazione "diretta", incentrati sull'attuazione del principio "cardine" del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e "ordinati" sulla base di relazioni semplificate, rapide, e governate dai principi di razionalità, efficacia e proporzionalità dei reciproci interventi.

Si tratta, in definitiva, di concepire un' "unità di molteplici" in grado di salvaguardare la specificità, il patrimonio tipico delle esperienze di ciascun organismo, preparando al contempo la transizione verso un nuovo sistema di rapporti necessariamente diretto e coordinato dalla Procura europea, le cui attribuzioni funzionali, nel tempo, saranno progressivamente destinate a riunire entrambe le attività parallele del coordinamento delle attività investigative – oggi affidato, secondo criteri di "geometria variabile", alle su menzionate agenzie comunitarie – e dell'esercizio dell'azione penale per i reati lesivi di beni giuridici di rilievo comunitario ³¹.

²⁸ Nello stesso senso v., inoltre, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, 10 giugno 2009, COM (2009) 262 definitivo, p. 18, laddove si ribadisce la necessità di provvedere al potenziamento di Eurojust, "soprattutto per quanto riguarda il potere d'indagine in materia di criminalità organizzata transfrontaliera".

²⁹ Cfr. *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, C 115/13 e 20.

³⁰ Con l'Europol è stato già concluso un Accordo di collaborazione il 9 giugno 2004. Il Consiglio dell'U.E., peraltro, già con una dichiarazione del 6 giugno 2008, aveva sollecitato una revisione urgente di tale accordo, anche in considerazione del riordino della disciplina regolativa delle competenze ed attribuzioni di Europol come entità dell'Unione, a seguito della Decisione del Consiglio del 6 aprile 2009, in *G.U.U.E.*, L 121/37 s., del 15 maggio 2009. Il nuovo Accordo di collaborazione tra i due organismi (consultabile in www.eurojust.europa.eu) è entrato in vigore dal 1° gennaio 2010. Per quanto attiene ai rapporti con l'Olaf v., inoltre, il recente Accordo pratico sulle modalità di cooperazione fra l'Eurojust e l'Olaf nella lotta contro le frodi finanziarie, la corruzione e qualsiasi altro reato che leda gli interessi finanziari della Comunità europea, sottoscritto tra i due organismi il 24 settembre 2008. L'accordo è pubblicato in *G.U.U.E.*, C 314/3 s., del 9 dicembre 2008.

Secondo le indicazioni emergenti dall'analisi dell'impianto normativo prefigurato dal Trattato di Lisbona, tali organismi sovranazionali sembrano inevitabilmente destinati a coesistere, ciascuno con una propria sfera di autonomia - e fatti salvi i necessari collegamenti funzionali - almeno fin quando la competenza della Procura europea rimarrà circoscritta alla sola materia dei reati lesivi degli interessi finanziari comunitari³².

Sembra in tal senso opportuno, al fine di garantire un coerente assetto ordinamentale della dimensione penale dell'Unione europea, predisporre le condizioni di una chiara e netta articolazione di competenze tra l'EUROJUST e l'ufficio del Pubblico Ministero Europeo, sulla base di un'attenta selezione dei beni giuridici realmente meritevoli di tutela sovranazionale (ad es., gli illeciti lesivi di interessi finanziari comunitari, ovvero quelli in materia di terrorismo e protezione dell'ambiente, da affidare, pertanto, alla sfera di competenza di un organo stabilmente preposto all'esercizio di un'azione penale "europea" secondo criteri oggettivamente prefissati ed omogenei) e di quelli che tali non possono definirsi, integrando forme diverse, pur se gravi, di criminalità transnazionale, da far rientrare nelle cure di un organismo di coordinamento e cooperazione avanzata, quale è attualmente l'EUROJUST³³.

A sua volta, l'istituzione di un ufficio europeo del Pubblico Ministero necessariamente richiede, oltre alla delimitazione delle fattispecie di reato oggetto della sua competenza, anche la previsione di norme processuali che ne regolino i poteri e le interazioni con gli altri soggetti processuali, norme comuni che dovrebbero costituire il nucleo embrionale del futuro processo penale europeo³⁴, quanto meno in relazione alla fase delle indagini preliminari. Il modello delineato dal Trattato di Lisbona presuppone, infatti, nelle materie affidate alla competenza del P.M.E. (in primo luogo, l'area degli illeciti lesivi degli interessi finanziari comunitari), l'esercizio dell'azione penale dinanzi ai competenti organismi nazionali dei vari Stati membri, chiamati poi ad applicare le disposizioni penali e processuali proprie del relativo sistema interno.

Sin da ora si pone dunque con chiarezza, proprio perché si è dinanzi ad organi coesistenti all'interno del nuovo sistema "costituzionale", l'esigenza di coordinare i tempi di approvazione dei futuri regolamenti europei istitutivi di EUROJUST e del P.M.E., in modo da assicurare - anche per evitare il rischio di duplicazioni delle rispettive attività, entrambe potenzialmente concorrenti sul comune terreno delle indagini in materia di reati lesivi degli interessi finanziari della UE - un armonico rapporto di complementarietà funzionale tra le rispettive strutture³⁵.

Diversamente dal Trattato costituzionale del 2004, infatti, le probabilità legate all'istituzione di un Ufficio europeo del P.M. sembrano senz'altro incrementate dal fatto che l'art. 86, par. 1, del Trattato di Lisbona contempla la possibilità di una cooperazione rafforzata tra nove Stati membri dell'U.E., qualora difetti il requisito dell'unanimità (secondo pratiche già sperimentate, sia pure sulla base di presupposti diversi ed in fasi storico-politiche del tutto differenti, in occasione degli Accordi di Schengen e del più recente Trattato di Prum).

6. *La natura giudiziaria di Eurojust e delle sue attribuzioni funzionali: analisi critica della l. n. 41/2005 in relazione al quadro dei valori costituzionali.* - Le disposizioni di cui agli artt. 5

³¹ Sul punto, v. DE AMICIS - IUZZOLINO, *cit.*, p. 3079 s. Sull'individuazione dei beni meritevoli di tutela comunitaria, in particolare, cfr. l'analisi di SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato per la tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, 2005, p. 64 s.

³² Cfr., al riguardo, le osservazioni di GREVI, *cit.*, p. 2803.

³³ In tal senso, v. SICURELLA, *op. ult. cit.*, p. 578 s.

³⁴ Cfr., sul punto, le osservazioni di GREVI, *op. ult. cit.*, p. 2800, nonché di GRASSO, *Institution du Ministère Public Européen, et droit penal interne*, in *La protection des interets financiers de l'Union et le role de l'Olaf vis a vis de la responsabilité penale des personnes morales et des chefs d'entreprises et admissibilité mutuelle des preuves*, *cit.*, p. 210 s.; v., inoltre, G. DE AMICIS - G. IUZZOLINO, *cit.*, p. 3079 s.

³⁵ Così, GREVI, *cit.*, p. 2801.

e 6 della legge n. 41/2005 delineano rispettivamente i poteri del membro nazionale e del collegio dell'Eurojust, trasponendo sostanzialmente le forme lessicali ed i contenuti già utilizzati dal legislatore europeo nella posizione delle norme di cui agli artt. 6 e 7 della decisione istitutiva.

E' opportuno premettere, al riguardo, che l'art. 9, par. 3, della decisione consiliare stabilisce che ciascuno Stato membro definisce la natura e la portata dei "poteri giudiziari" che conferisce al proprio membro nazionale *sul suo territorio*, nonché il suo diritto di agire nei confronti delle autorità giudiziarie straniere.

Già dal carattere perentorio della formulazione letterale impiegata nell'art. 9 sembra evincersi un criterio - guida, nel senso che il membro nazionale debba sempre possedere dei poteri giudiziari, quale "nucleo di facoltà che debbono spettare al singolo componente a prescindere dai compiti di Eurojust"³⁶.

Proprio al fine di evitare possibili asimmetrie tra i poteri giudiziari attribuiti ai diversi membri nazionali, con il conseguente rischio di un deficit operativo nel funzionamento della nuova struttura, il Segretariato Generale del Consiglio dell'U.E. opportunamente sottolineava, già in un documento di riflessione del 14 giugno 2002 (*discussion paper* n. 9404/02, "*Bringing member States? National law into conformity with the Decision setting up Eurojust*"), ossia all'indomani dell'entrata in vigore della decisione istitutiva, come potessero prevedersi tre diversi tipi di intervento del membro nazionale nei confronti del proprio Stato, modulandone l'incisività a seconda che si trattasse di poteri ad efficacia limitata (ad es., richieste di acquisire informazioni o di compiere atti istruttori), ad efficacia media (ad es., la possibilità di procedere direttamente ad acquisire informazioni o compiere atti istruttori) e ad efficacia elevata (ad es., il potere di esercitare personalmente l'azione penale e procedere a tutti gli atti necessari a tal fine, ovvero di richiedere l'intervento della polizia per determinati tipi di reato, come il terrorismo o la criminalità organizzata transnazionale). Nello stesso documento ora citato, inoltre, si affermava con estrema chiarezza che ciascun membro nazionale avrebbe dovuto essere riconosciuto come "autorità giudiziaria": "*se si vuole che i membri nazionali possano contribuire ad agevolare l'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, e' opportuno che gli Stati membri facciano le dichiarazioni previste dalla convenzione del 20 aprile 1959 (articolo 24) e dalla convenzione del 29 maggio 2000 (articolo 24) affinché il proprio membro nazionale sia considerato un'autorità giudiziaria e apportino, se del caso, le modifiche legislative necessarie*".

Per contro, muovendo da presupposti completamente diversi da quelli ora considerati, ossia dall'asserita natura amministrativa e non giudiziaria dell'Eurojust e dei suoi poteri, nella relazione illustrativa che accompagnava il disegno di legge governativo (n. 4293/C del 19 settembre 2003) poi approvato dai due rami del Parlamento si esplicitava l'intenzione di non conferire affatto poteri giudiziari al membro nazionale italiano ai sensi dell'art. 9, par. 3, della decisione³⁷ - sia con riferimento ai poteri esercitabili sul territorio italiano, sia con riferimento a quelli esercitabili nei confronti di autorità giudiziarie straniere - e si precisava, in tal senso, come il conferimento di poteri al membro nazionale avrebbe dovuto "configurarsi non in termini di obbligatorietà per gli Stati membri, ma piuttosto in termini di esercizio di una facoltà degli stessi, che potranno quindi non solo definirne variamente la portata e l'efficacia più o meno estese, ma anche decidere di non conferire tali poteri al proprio membro nazionale".

Nella legge italiana di recepimento dell'Eurojust quell'originaria intenzione è stata solo in parte mantenuta, perché se è vero, per un verso, che non sono state effettuate le dichiarazioni previste dagli strumenti convenzionali sopra citati e non sono stati esplicitamente attribuiti al membro nazionale gli stessi poteri di regola esercitabili sul

³⁶ Cfr. PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell'Unione*, cit., p. 172 ss.

³⁷ In senso critico rispetto alle scelte del legislatore italiano, v. PANZAVOLTA, *op. cit.*, p. 174.

territorio da un giudice o da un p.m., è anche vero, per altro verso, che la notevole ampiezza e rilevanza dei poteri previsti negli artt. 5 e 6 della legge vanno ad incidere direttamente, e con modalità ed esiti allo stato non del tutto prevedibili (perchè comunque rimessi alla prudenza e sensibilità di chi li esercita), sulla gestione dei meccanismi procedurali interni, presuppongono una titolarità chiaramente ed esclusivamente attribuita ad una figura magistratuale di elevata esperienza e professionalità, ed appaiono infine assimilabili, per taluni profili (ad es., il coordinamento delle attività d'indagine), ai poteri già attribuiti alla D.N.A., mentre, per altri, sembrano discendere dall'irriducibile originalità della nuova struttura giudiziaria³⁸.

Come si è accennato poc'anzi, nel richiamarsi al quadro delle funzioni già attribuite negli artt. 6 e 7 della decisione istitutiva, gli artt. 5 e 6 della legge contemplano poteri di impulso e di sollecitazione che vengono esercitati, dal membro nazionale o dal collegio, nei confronti delle competenti autorità giudiziarie nazionali, al fine di: a) indurle a valutare le richieste di avviare un'indagine o un'azione penale; b) porre in essere un'attività di coordinamento anche attraverso l'organizzazione di apposite riunioni; c) partecipare ad attività di consultazione per accettare che una di esse "sia più indicata" per avviare un'indagine o un'azione penale per fatti determinati (e dunque la gestione della composizione dei conflitti di competenza, ad es., quando la determinazione della competenza giurisdizionale è dubbia o è contemporaneamente rivendicata da autorità giudiziarie di più Paesi); d) istituire una squadra investigativa comune; e) prestare assistenza per migliorare la cooperazione giudiziaria; f) collaborare con la Rete Giudiziaria europea; g) ricevere e trasmettere alle competenti autorità degli altri Stati membri rogatorie internazionali inerenti ai reati di competenza di Eurojust (quando ad es., in ragione della loro complessità, è richiesta l'assistenza di Eurojust per la loro esecuzione in forma coordinata), nonché per il membro nazionale, partecipare con le sole funzioni di assistenza (e dunque, sembrerebbe, senza poter svolgere direttamente attività investigative) alle attività di una squadra investigativa comune costituita in conformità ai pertinenti strumenti di cooperazione (ai sensi dell'art. 13, par. 12, della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 in materia di assistenza giudiziaria penale tra gli Stati membri dell'U.E.)³⁹.

Si tratta, evidentemente, di poteri ad efficacia limitata, la cui carenza di vincolatività, tuttavia, non ne altera l'intrinseca valenza giudiziaria, ove si considerino la riferibilità del loro esercizio alla titolarità, in via esclusiva, di una funzione magistratuale, la loro oggettiva destinazione sul terreno proprio dell'attività giudiziaria e gli effetti che direttamente ne conseguono sulle forme, sulle modalità di esplicazione e sui risultati dell'attività giurisdizionale penale.

Non sembra, infatti, che alla "natura non vincolante" delle richieste indirizzate alle competenti autorità nazionali possa assegnarsi un rilievo dirimente in ordine all'esclusione della natura giudiziaria dell'organismo, poiché, ragionando *a contrario*, non può non rilevarsi come una rilevante porzione dei poteri attribuiti al p.m. nel nostro ordinamento rivesta mero carattere "sollecitatorio" (ad es., artt. 117, 291, 390, 408, 416 c.p.p.) o "consultivo" (ad es., art. 299, comma 3-bis, c.p.p.)⁴⁰.

Nè, d'altra parte, la più o meno ampia modulazione d'intensità dell'esercizio di un potere, incidendo unicamente sui profili della sua estensione ed efficacia, può contribuire a trasmutarne la natura oggettivamente giudiziaria, in quanto ricollegabile, come la stessa

³⁸ In tal senso, v. DE AMICIS, *Lotta alla criminalità ecc.*, cit., p. 109 s. .

³⁹ Sul tema dei poteri giudiziari di Eurojust, in particolare, v. DE AMICIS – SANTALUCIA, *L'attuazione di Eurojust nell'ordinamento italiano ecc.*, cit., p. 726 s.; DE AMICIS, *Lotta alla criminalità ecc.*, cit., p. 109 s.; DE LEO, *Maggior valore per le richieste del Collegio*, in *Guida dir.*, 2005, n. 14, p. 42 s.; APRILE – SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea ecc.*, cit., p. 212 ss.

⁴⁰ Per un complessivo inquadramento dei poteri della pubblica accusa nel nostro ordinamento v. RUGGIERI, voce *Pubblico ministero (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, t. I, Giuffrè, 2008, p. 998 ss.

Corte costituzionale mostra di ritenere necessario, ad attività quanto meno “preordinate all’esercizio dell’azione penale”.

Appartengono, in particolare, all’ambito dell’esercizio dell’azione penale, e con pari valore e dignità, sia le attività di ricerca e raccolta del materiale informativo destinato a diventare prova, che le attività di coordinamento delle stesse, non solo in ragione dell’evidente omogeneità istituzionale tra il soggetto che pone in essere il coordinamento e i soggetti che da quello vengono coordinati (così come nel caso della D.N.A.), ma anche in considerazione dell’ineliminabile compenetrazione tra i contenuti dell’azione (giudiziaria) da coordinare e le forme di esplicazione dell’attività di coordinamento.

Del resto, assumendo che i poteri di stimolo, sollecitazione ed impulso, in assenza del requisito della vincolatività, non sarebbero propriamente “giudiziari”, si rischierebbe di arrivare alla conclusione che l’intera attività di coordinamento della D.N.A. sarebbe di natura amministrativa, poiché essa raramente si traduce in direttive e prende per lo più la forma di riunioni, raccomandazioni o sollecitazioni. Le stesse direttive, inoltre, “non sono affatto vincolanti, rimesse come sono a una progressione di effetti che, proprio per il fatto di poter sfociare nell’avocazione, dimostra che non si crea nessun obbligo procedimentale”⁴¹.

Entro tale prospettiva, inoltre, come pure si è osservato, avrebbe natura amministrativa anche il coordinamento dei procuratori generali ex art. 118-bis, cod. proc. pen., che per di più non prende mai la veste delle direttive, ma può egualmente dar luogo ad un’avocazione: si dimostra così, per altra via, che “l’avocazione non è sanzione di un obbligo”, per arrivare alla conclusione, pienamente condivisibile, che il nostro ordinamento non conosce affatto le direttive vincolanti che sono caratteristica di un sistema gerarchico, come è ad esempio quello francese, ma “conosce invece i poteri sostitutivi, che sono tipici di un sistema improntato sul controllo che è una forma più tenue di sovraordinazione”⁴².

E’ significativo il fatto che sin dalla Relazione sulle attività di Pro-EUROJUST per l’anno 2001 si desse conto degli sforzi intrapresi per arrivare ad una definizione concreta, ma al contempo flessibile e sostanzialmente condivisa, di coordinamento⁴³: tale nozione, infatti, può voler significare, semplicemente, fornire un parere riguardo alla più efficace misura investigativa, ma può anche implicare l’attuazione simultanea di misure coercitive in più Stati membri cointeressati all’indagine transnazionale, “onde ottimizzare l’efficacia ai fini della raccolta di prove”, come può includere altresì il fatto di riunire tutto il personale necessario a livello strategico od operativo e fornire infrastrutture per le riunioni e le traduzioni (ad es., già nel corso del primo anno di attività sono stati deferiti all’Unità provvisoria di EUROJUST più di 180 casi: per buona parte di essi il lavoro dell’organismo provvisorio è stato portato a termine con successo).

Quel che è certo è che, nella prassi, l’attività di coordinamento dell’EUROJUST si è orientata non solo sul terreno della maggiore funzionalità ed efficacia delle indagini relative alle forme di criminalità transnazionale (avvalendosi, in particolare, delle possibilità offerte dagli artt. 7 e 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 in materia di mutua assistenza giudiziaria, in merito allo scambio spontaneo delle informazioni relative a reati perseguibili da parte dell’autorità destinataria e alla costituzione delle squadre investigative comuni sulla base di un accordo tra le competenti autorità di due o più Stati membri), ma si è dispiegata anche sul piano della prevenzione di eventuali conflitti positivi di competenza, centralizzando le azioni penali concorrenti innanzi agli organi giurisdizionali di un determinato Stato membro (come prevede espressamente, tra l’altro, l’art. 7, lett. a),

⁴¹ Così, DE LEO, *Le funzioni di coordinamento di Eurojust*, in AA.VV., *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e terrorismo*, a cura di MELILLO – SPATARO – VIGNA, Giuffrè, 2004, p. 109 s.

⁴² Cfr. DE LEO, *cit.*, p. 110; v., inoltre, TONINI, *Il coordinamento tra gli uffici del pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 406.

⁴³ Si tratta del documento del Consiglio della UE (SN 15545/01 – DG H III - EUROJUST 15), del 20 dicembre 2001.

della decisione istitutiva, quando fa riferimento alla possibilità per il collegio di EUROJUST di chiedere alle autorità competenti degli Stati membri interessati, motivando peraltro la sua richiesta, di “accettare che una di esse sia più indicata per avviare un’indagine o azioni penali per fatti precisi”⁴⁴).

Nonostante il carattere ibrido e l’indubbia originalità del nuovo organismo sovranazionale, la natura giudiziaria dell’Eurojust e dei suoi poteri, siano essi collegiali o individuali, emerge con forza dall’analisi globale delle disposizioni normative che ne compongono il complesso articolato, dalle sue finalità e, soprattutto, dalla dimensione valoriale che costituisce la trama di fondo del suo codice genetico.

Nè appare possibile scindere la dimensione finalistica dell’esercizio dei poteri giudiziari del membro nazionale e del collegio di Eurojust dalla qualifica soggettiva di chi è chiamato ad esercitarli (un magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero), e dalla tipologia degli obiettivi assegnati all’organismo dall’art. 3 della decisione istitutiva, non a caso ricadenti nell’ambito “di indagini ed azioni penali” relative alle gravi forme di criminalità transnazionale individuate nell’art. 4 di quello strumento normativo⁴⁵.

A tale riguardo pare opportuno ricordare, sia pure a titolo meramente esemplificativo, che le modalità di organizzazione e gestione del patrimonio informativo di Eurojust costituiscono il presupposto indispensabile del buon esercizio dei suoi poteri di coordinamento investigativo. Per garantire che il trattamento dei dati avvenga correttamente è stata istituita, con la stessa decisione consiliare del 2002, un’Autorità di controllo comune – formata, vista la composizione di Eurojust, soltanto da giudici (non membri di Eurojust) o, se lo richiede il sistema costituzionale, da persone che esercitano una “funzione equivalente”, sì da conferire loro un’indipendenza adeguata – i cui poteri non possono comunque pregiudicare le competenze dei giudici nazionali e le cui decisioni sono definitive e vincolanti per l’organo controllato (ex art. 23, par. 8).

La “costruzione” di Eurojust, pur essendo il frutto di una decisione elaborata ed assunta a livello intergovernativo, è dunque avvenuta nel rispetto dei profili di autonomia ed indipendenza nell’esercizio dei suoi poteri collegiali o individuali, senza che nessun’altra istituzione comunitaria - sia essa di livello politico o amministrativo – possa interferire nelle sue funzioni, o accedere ai *dossiers* giudiziari inviati dalle competenti autorità degli Stati membri, e dall’Eurojust trattati nell’esercizio delle sue competenze istituzionali⁴⁶. L’unico organismo esterno cui è attribuita una possibilità di controllo degli atti adottati dall’Eurojust è appunto l’Autorità di controllo comune indipendente (ex art. 23 della decisione), non a caso composta da altri giudici, le cui decisioni, pur definitive e vincolanti per l’Eurojust, giammai potrebbero sovrapporsi alle competenze dei giudici nazionali ed ai ricorsi che eventualmente possono essere proposti dinanzi a questi ultimi (considerando n.10).

⁴⁴ V., al riguardo, G. DE AMICIS, *Riflessioni su Eurojust*, cit., p. 3606 s.

⁴⁵ Sul tema v., in particolare, DE AMICIS - SANTALUCIA, *L’attuazione di Eurojust nell’ordinamento italiano ecc.*, cit., p. 726 s.; DE AMICIS, *Eurojust*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO e SICURELLA, cit., p. 467 ss.; PANZAVOLTA, *Eurojust: il braccio giudiziario dell’Unione*, cit., p. 172 ss.; DE LEO, *Da Eurojust al Pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1432; sulla natura giudiziaria di Eurojust v. FRIGO, *Rebus sulla nomina del componente italiano*, in *Guida dir.*, 2005, n. 14, p. 53 s., secondo cui non pare possibile negare la natura essenzialmente giudiziaria delle funzioni esercitate da Eurojust, sia per ragioni sistematiche di diritto europeo, sia per la direzione delle attività attraverso cui esse si esprimono, anche se, ad avviso dell’Autore, da ciò non deriverebbe necessariamente un potere di nomina da parte del Consiglio Superiore della Magistratura; v., inoltre, APRILE – SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell’Unione europea ecc.*, cit., p. 220, secondo cui già attualmente l’organo è dotato di “chiari” compiti di natura giudiziaria, ben lontani da quelli propri di un organo amministrativo. Nell’ambito di una diversa impostazione v., peraltro, LO VOI, *Eurojust. Prime riflessioni ecc.*, cit., p. 545, secondo cui il legislatore nazionale ha optato per l’attribuzione in via quasi esclusiva di competenze amministrative, riconoscendo al membro nazionale poteri giurisdizionali di efficacia assai limitata e privi del carattere della vincolatività.

⁴⁶ Cfr. CASELLI – DE AMICIS, *La natura di Eurojust ecc.*, cit., p. 98 s.

La configurazione come organo amministrativo contrasta, inoltre, non solo con la natura (prevalentemente) giudiziaria degli organi designati dall'art. 9 della l. n. 41/2005 come "corrispondenti nazionali" dell'Eurojust (ossia, ciascuno rispetto alle proprie attribuzioni, la Direzione nazionale antimafia e le Procure generali presso le Corti d'appello, oltre all'Ufficio II della Direzione generale della giustizia penale presso il Ministero della giustizia), ma anche, e soprattutto, con il dovere del Procuratore della Repubblica, quando svolge indagini per reati di competenza di Eurojust, di informarne il membro nazionale (ex art. 7, co. 3), "evidentemente per favorirne le iniziative, anche ai fini del coordinamento con le autorità giudiziarie degli altri Stati membri interessati o, se del caso, per l'invito a valutare che sia una sola di esse a indagare o a esercitare l'azione penale"⁴⁷.

Risulterebbe assai problematico il concreto adempimento di un simile obbligo da parte dell'autorità giudiziaria, qualora il destinatario dell'informativa, il cui contenuto presuppone le finalità di una gestione in forma "condivisa" di dati giudiziari "sensibili", fosse solo un'autorità di natura amministrativa.

Sotto altro, ma connesso profilo, le argomentazioni su cui fa leva la Corte costituzionale per escludere il carattere giudiziario della possibilità di accesso alle informazioni desumibili dal registro di cui all'art. 335 c.p.p. (riservata dall'art. 118 c.p.p. anche al Ministro dell'interno) non paiono convincenti: da un lato, esse peccano per eccesso, laddove trascurano di considerare che l'oggetto delle richieste di informazioni e di accesso proponibili dal membro nazionale è assai più vasto (ex art. 7, co.1, lett. b) e lett. c)) rispetto a quello proprio delle richieste avanzate dal Ministro dell'interno (peraltro limitate dal requisito della indispensabilità per la prevenzione dei soli delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza ex art. 380 c.p.p.); dall'altro lato, peccano per difetto, poiché nessun potere di impugnazione del decreto di rigetto della richiesta di informazioni è attribuito al Ministro dell'interno dall'art. 118 c.p.p., mentre lo stesso è conferito (in forme assai ampie) al solo membro nazionale (ex art. 7, co. 2, della l. n. 41/2005), il quale, a sua volta, ha facoltà non soltanto di "richiedere", ma anche di "scambiare" con la competente autorità giudiziaria – al di fuori della procedura incidentale ivi disciplinata, e addirittura in deroga al divieto posto dall'art. 329 c.p.p. - informazioni scritte in ordine ai procedimenti penali e al contenuto dei relativi atti.

Né sembra possibile relegare tra le funzioni di un organo amministrativo lo specifico potere di impugnazione, dinanzi alla Corte di cassazione, del decreto motivato di accoglimento o di rigetto delle richieste di informazioni o di accesso formulate dal membro nazionale a norma dell'art. 7, co. 1, lett. a) e lett. b), della l. n. 41/2005⁴⁸: un potere di questo tipo, attribuito al membro nazionale dall'art. 7, co. 2, della legge ora menzionata, con effetti addirittura sospensivi dell'esecuzione del provvedimento di accoglimento, ne individua, addirittura, una posizione di potenziale parte processuale nell'ambito della complessa procedura incidentale ivi disciplinata, una posizione che risulterebbe inspiegabile nel nostro ordinamento se il membro nazionale non fosse titolare di prerogative giudiziarie da coltivare e tutelare anche attraverso la previsione di una specifica legittimazione in sede processuale.

Proprio la natura giudiziaria delle attribuzioni riservate al membro nazionale dell'Eurojust desta forti perplessità di ordine costituzionale sull'incoerenza della previsione che consente al Ministro della giustizia di indirizzare al membro nazionale, sia pure per il tramite del Capo del Dipartimento per gli affari di giustizia, direttive per l'esercizio delle sue funzioni (ex art. 2, co. 3, l. n. n. 41/2005): si tratta di un potere discrezionale dalla legge non delimitato nei presupposti, nei contenuti e nelle finalità, ed il cui esercizio potrebbe produrre, così come congegnato e in assenza di opportune restrizioni con riferimento alla

⁴⁷ Così FRIGO, *Rebus sulla nomina del componente italiano*, cit., p. 54.

⁴⁸ Cfr. DE AMICIS, *Eurojust*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO e SICURELLA, cit., p. 525 s.; DE LEO, *Maggior valore per le richieste del Collegio*, cit., p. 44.

sfera delle competenze giudiziarie di Eurojust, una indebita compressione delle garanzie di autonomia ed indipendenza di cui ogni magistrato deve godere secondo il dettato costituzionale, interferendo direttamente con l'espletamento dei rilevanti poteri giudiziari attribuiti al membro nazionale nelle successive disposizioni di cui agli artt. 5 e 7 della legge

⁴⁹.

Le perplessità, del resto, sono destinate ad aumentare ove si consideri la probabile "trasfigurazione" dell'Eurojust nella futura Procura europea, di cui l'attuale struttura inevitabilmente verrà a costituire la base fondativa ⁵⁰.

Nello stesso parere a suo tempo reso dal Consiglio Superiore della Magistratura (con deliberazione dell'8 aprile 2004) in ordine al d.d.l. di recepimento dell'Eurojust nel nostro sistema si faceva riferimento, del resto, all'esigenza di specificare i limiti di esercizio del potere di direttiva ministeriale, stante la compresenza di funzioni giudiziarie ed amministrative del membro nazionale ed il pericolo di interferenze con l'attività giudiziaria svolta nell'esercizio delle sue prerogative istituzionali.

La formulazione letterale dell'art. 2, co. 3, della legge italiana sembra ricalcare l'analogo contenuto dell'art. 695-8, co.2, del codice di procedura penale francese, così come introdotto dalla l. cd. "Perben" del 9 marzo 2004, n. 204, che ha recepito nell'ordinamento francese, oltre all'unità di cooperazione Eurojust, le nuove disposizioni del mandato d'arresto europeo e della fondamentale Convenzione di mutua assistenza giudiziaria penale firmata a Bruxelles il 29 maggio 2000 ⁵¹.

Ed è significativo, infatti, che nel sistema francese, connotato da una sensibile gerarchizzazione degli uffici del P.M. (cui il Ministro della Giustizia, secondo l'art. 30 c.p.p., può indirizzare istruzioni generali per l'esercizio dell'azione pubblica, avendo autorità sul Procuratore generale della Corte di cassazione e sui Procuratori generali presso le Corti d'appello, i quali, a loro volta, hanno autorità sui Procuratori della Repubblica), sia stato espressamente previsto che il Ministro della Giustizia può indirizzare al membro nazionale di Eurojust (nominato con una decisione dello stesso Ministro, per il periodo di tre anni) istruzioni sulla base delle condizioni stabilite dalla generale norma di riferimento rappresentata dall'art. 30 c.c.p. ⁵².

Se tale opzione normativa può avere - ma anche questo è discutibile a fronte dell'assetto delineato dal legislatore comunitario, che prevede con l'art. 30, par.3, della decisione istitutiva l'assoluta indipendenza dell'organismo e dei suoi componenti, vietando, addirittura già solo per il personale amministrativo, ogni possibilità di ricevere istruzioni da autorità, governi, organismi o persone, al di fuori dell'Eurojust - una sua giustificazione all'interno di un diverso sistema nazionale, caratterizzato dalla presenza di forme di controllo politico sugli uffici del P.M., certamente nessun fondamento o "copertura" di ordine costituzionale essa potrebbe, ragionando *a contrario*, ricevere all'interno di un ordinamento costituzionale connotato, come il nostro, da ben diversi principi (ad es. gli artt. 104 e 112 Cost.), regole e tradizioni.

L'art. 9, par.1, della decisione istitutiva, del resto, proprio per preservare l'originalità delle diverse tradizioni costituzionali degli Stati membri, stabilisce nettamente l'esigenza che lo *status* del membro nazionale soggiaccia alle previsioni dell'ordinamento interno dello Stato membro da cui proviene la designazione.

In definitiva, non sono soltanto la personalità giuridica del nuovo organismo (che ne sottolinea con evidenza i profili di totale autonomia organizzativa e funzionale) e l'oggetto delle sue competenze, ovvero i dati inerenti all'assenza di forme di controllo esterno e alla

⁴⁹ Cfr., in tal senso, DE AMICIS, *Direttive del Ministro a rischio illegittimità*, in *Guida dir.*, 2005, n. 14, p. 38 ss.

⁵⁰ DE AMICIS, *Il "rafforzamento" di Eurojust nella prospettiva del Pubblico ministero europeo: finis an transitus?*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, cit., p. 136 ss.; L. CAMALDO, *Il Pubblico ministero europeo dal Corpus iuris al Trattato di Lisbona: un "fantasma" si aggira nell'Unione europea*, ivi, p. 69 ss.

⁵¹ DE AMICIS - SANTALUCIA, *op. cit.*, p.735.

⁵² DE AMICIS - SANTALUCIA, *op. cit.*, p.735.

natura dei poteri e delle attribuzioni funzionali, a scolpirne in senso giudiziario i tratti costitutivi, ma sono soprattutto l'oggetto della sua attività di coordinamento (le indagini e le azioni penali) ed i soggetti (le autorità giudiziarie) cui la nuova struttura inevitabilmente deve relazionarsi ai fini dell'esercizio delle funzioni di coordinamento, a rivestire un ruolo decisivo in tal senso: sarebbe inconcepibile, infatti, che il potere di coordinamento di indagini penali condotte da autorità giudiziarie venisse svolto da un organo di mera rilevanza amministrativa⁵³.

Le vistose disarmonie sistematiche e le pesanti ombre di incostituzionalità che connotano il modello delineato dal legislatore italiano con l'adozione della l. n. 41/2005, attributiva di rilevanti funzioni non espressamente qualificate "giudiziarie", ma che tali in realtà sono, già a fronte dell'attuale impianto normativo, avrebbero dunque meritato un ben diverso apprezzamento da parte della Corte costituzionale.

7. Una soluzione interpretativa diversa, nel solco dei principi costituzionali di autonomia e indipendenza della Magistratura. - La dimensione ontologicamente giudiziaria del nuovo organismo e dei suoi poteri collegiali ed individuali avrebbe imposto di riservare la procedura di nomina del membro nazionale, del suo sostituto e del membro permanente dell'Autorità di controllo comune – secondo le chiare previsioni di cui agli artt. 2, 9 e 23 della decisione istitutiva – alla sfera di competenza del Consiglio Superiore della Magistratura, che nel nostro sistema costituzionale dovrebbe provvedervi di concerto con il Ministro della Giustizia, sulla base dei consolidati meccanismi descritti dall'art.11, co. 3, della l. 24 marzo 1958, n. 195, riguardo alla nomina dei dirigenti degli uffici giudiziari.

Destano, infatti, forti perplessità, proprio per le evidenti implicazioni di ordine costituzionale, le disposizioni contenute nell'art. 2, commi 2 e 3, della legge n. 41/2005, inerenti rispettivamente al procedimento di nomina del membro nazionale ed ai correlativi poteri del Ministro della Giustizia.

Nelle su citate disposizioni normative dello strumento comunitario v'è, di contro, un riferimento esplicito, e costantemente ribadito, all'esigenza di rispettare le procedure interne previste negli ordinamenti dei diversi Stati membri – ognuno, evidentemente, portatore di principi, prassi e tradizioni da salvaguardare – per quel che attiene alle modalità del "distacco" dei magistrati presso il nuovo organismo ed al correlativo quadro statutario.

Avrebbero potuto, così, opportunamente bilanciarsi, senza recare alcun *vulnus* alle competenze esclusivamente attribuite al C.S.M. in materia di assegnazione dei magistrati dall'art. 105 della Costituzione, le concorrenti esigenze rappresentate, per un verso, dalla natura indiscutibilmente giudiziaria dei poteri e delle funzioni del membro nazionale – con l'assimilabilità dell'incarico a quello di un ufficio direttivo o semidirettivo - e, per altro verso, dalla rilevanza internazionale delle funzioni in tal modo conferite, il cui esercizio può incidere non solo sul coordinamento delle attività di indagine svolte a livello nazionale, e dunque su meccanismi giurisdizionali interni, ma anche sui poteri ancor oggi riservati al Ministro nel settore della cooperazione giudiziaria penale.

La disposizione normativa dettata nell'art. 2 della legge di recepimento, per contro, individua una procedura di cd. "concerto invertito", in base alla quale spettano al Ministro la scelta e la nomina del magistrato da designare nell'ambito di candidature (una "rosa" di candidati, secondo la formulazione letterale individuata dal legislatore) previamente sottoposte al C.S.M., cui viene richiesto di esprimere semplici "valutazioni", dal contenuto non bene specificato nel testo, ma evidentemente non vincolanti nell'esito decisivo e con ogni probabilità inerenti all'esame delle capacità attitudinali e dei profili professionali richiesti per il buon espletamento delle funzioni conferite.

⁵³ Cfr. CASELLI – DE AMICIS, *La natura di Eurojust ecc.*, cit., p. 98 s.

Nello stesso parere reso dal C.S.M. ai sensi dell'art. 10, co.2, della l. 24 marzo 1958, n. 195, in ordine al d.d.l. poi approvato dal Parlamento (deliberazione consiliare dell'8 aprile 2004), si faceva puntualmente riferimento al pericolo di "depauperamento" del ruolo consiliare ed allo svuotamento della procedura di concerto così come connotata dal legislatore nazionale nella fase che precede l'atto finale del Ministro, auspicandosi pertanto una "valorizzazione" delle competenze del C.S.M. nella procedura di concerto invertito, che ben avrebbe potuto ottenersi "con l'attribuzione del carattere di vincolatività al parere formulato dal Consiglio medesimo, e con la indicazione, volta per volta, da parte del Ministro, di un unico nominativo su cui appuntare la propria valutazione e quella del C.S.M."

Sotto il profilo procedurale sarebbe stato più corretto, dunque, secondo l'opinione del C.S.M., prevedere quanto meno una richiesta di parere su una proposta definita dal concertante e non già su una "rosa" di candidati.

L'art. 8 della l. n. 41/2005, a sua volta, richiama la stessa procedura di cui all'art. 2, co. 2, per la nomina del magistrato da inserire nell'elenco dei giudici che possono far parte dell'autorità di controllo comune indipendente ex art. 23 della decisione istitutiva: deve trattarsi di un magistrato ordinario, non membro di Eurojust, la cui scelta non ne comporta la collocazione fuori del ruolo organico della magistratura, ed il cui incarico ha una durata di due anni, prorogabili per non più di una volta.

Osservata da questa prospettiva, la legge attua una assai discutibile compressione dei poteri costituzionali del C.S.M., non apparendo sufficiente il ricorso all'affermazione circa la compresenza di funzioni amministrative e di funzioni giudiziarie in capo al membro nazionale di Eurojust, sulla falsariga del parere a suo tempo reso dal Consiglio Superiore in merito alle previsioni del disegno di legge, che poi sul punto non venne modificato⁵⁴.

Nessun dubbio, ad esempio, può esservi sul fatto che i magistrati collocati fuori ruolo presso il Ministero della Giustizia, o altri Ministeri, siano chiamati all'esercizio di funzioni amministrative, in tali casi addirittura non arricchite da alcuna pur modesta funzione di natura giudiziaria. Eppure, non si dubita che il C.S.M., decidendo sulla richiesta di collocamento fuori ruolo, possa interdire la determinazione ministeriale, negando la deliberazione che è presupposto essenziale per lo svolgimento dell'incarico attribuito dal Ministro.

Sulla necessità che la messa fuori ruolo di un magistrato abbia sempre un fondamento nella discrezionalità valutativa del C.S.M. si può argomentare dalla considerazione non solo della previsione di cui all'art. 10 l. 24 marzo 1958, n. 195, secondo cui spettano al C.S.M. oltre che le assegnazioni di sedi e di funzioni, i trasferimenti e le promozioni, ogni altro provvedimento sullo stato dei magistrati, ma anche e soprattutto dall'esame dei contenuti della disposizione di cui all'art. 105 Cost., che affida al C.S.M. oltre che i trasferimenti anche le assegnazioni.

Occorre allora intendersi sul contenuto del termine "assegnazioni", per rendersi conto delle ragioni della giustapposizione al termine di più agevole comprensione, "trasferimenti", e delle diversità tra gli stessi.

Tanto consente di stabilire se l'ambito di estensione della nozione di "assegnazioni" sia tale da coprire anche tutte le ipotesi di destinazione a funzioni diverse da quelle esercitate come magistrato addetto ad un ufficio giudiziario, che abbiano come passaggio procedimentale d'obbligo la messa fuori ruolo.

Muovendo da tale spunto di riflessione, l'interpretazione pare senz'altro agevolata dalla lettura di una sentenza della Corte costituzionale ormai lontana nel tempo. La Corte, con sentenza del 5 dicembre 1963, n. 156, rilevò che l'accostamento dei termini "assegnazioni e trasferimenti", a differenza di quanto fatto per l'indicazione delle altre competenze consiliari, sta a significare che la Costituzione vuole riferirsi a

⁵⁴ Per la ricostruzione dell'intera problematica cfr. DE AMICIS – SANTALUCIA, *cit.*, p. 731 s.

provvedimenti aventi il medesimo oggetto, e quindi che incidono o sulle funzioni o sulla sede del magistrato.

L'assegnazione attribuisce al magistrato quei beni, funzioni o sede, che il trasferimento dall'ufficio in atto occupato può togliergli.

Di assegnazione, allora, non può parlarsi per i provvedimenti che attengono alla ripartizione dei magistrati nelle varie sezioni o settori di uno stesso ufficio e per i provvedimenti di destinazione ad un ufficio diverso soltanto in via provvisoria, per esigenze contingenti legate a momentanee assenze di magistrati.

Se questo è il significato dell'espressione costituzionale, sembra di poter affermare che la destinazione di un magistrato ad un organismo, sia pure sovranazionale, che ne determini l'impiego in funzioni dal contenuto sostanzialmente giudiziario ben possa farsi rientrare nel concetto di assegnazione, con la conseguenza che il C.S.M. non può essere privato della possibilità di esercitare appieno il potere decisorio che in merito gli è conferito⁵⁵.

Si è infatti di fronte ad una destinazione che comporta il mutamento di sede per un congruo periodo temporale - almeno un quadriennio rinnovabile per non più di due anni - e l'attribuzione, in sostituzione, di funzioni diverse, ma oggettivamente riconducibili alla sfera del giudiziario.

Rispetto a questo contenuto d'intervento, non sono comprensibili dal punto di vista costituzionale sia la scelta di relegare il C.S.M. ad un ruolo di mero concerto, che l'auspicio di sostituzione dell'atto di concerto con l'espressione di un parere vincolante.

All'obiezione secondo cui al Ministro, in quanto autorità di governo, va riconosciuto un potere di incidenza diretta sulla nomina di un magistrato destinato a compiti di cooperazione giudiziaria sovranazionale, che sono tradizionalmente di spettanza dell'esecutivo, la risposta non può che essere articolata.

In primo luogo, occorre replicare che il ragionamento secondo il quale la cooperazione giudiziaria è tradizionalmente di spettanza governativa, sicché essa ha natura amministrativa, patisce l'evidente vizio di fare automaticamente di un dato di osservazione, legato al contesto politico dei periodi cui generalmente si fa riferimento, un dato di struttura dell'attività di cooperazione. Dalla considerazione del passato non si ricava, in questo caso, una qualità immutabile dell'attività di cooperazione giudiziaria, e nulla impedisce che un diverso assetto politico europeo l'attragga per intero nell'area del giudiziario.

In secondo luogo, è necessario considerare che la preoccupazione per il ritrarsi dell'autorità di governo dalle attività di cooperazione giudiziaria sovranazionale, come espressione della perdita di un centro unitario di imputazione di scelte inevitabilmente legate all'assetto dei rapporti tra Stati comunque sovrani, avrebbe potuto essere dissipata con il pieno coinvolgimento del Ministro nella procedura di nomina del membro nazionale secondo l'ordinario modello dell'atto di concerto, così come oggi utilizzato per la nomina dei magistrati ad incarichi direttivi negli uffici giudiziari.

La riproduzione di questo modulo procedimentale avrebbe avuto un fondamento diverso da quello che si riconosce per l'intervento di concerto del Ministro nella nomina dei magistrati dirigenti: in tal caso, infatti, rileva senz'altro il bisogno di coniugare le prerogative consiliari di cui all'art. 105, Cost., con quelle ministeriali di cui all'art. 110 Cost. (responsabilità, quindi, di organizzazione e di funzionamento dei servizi relativi alla giustizia). Nel caso, invece, della procedura di nomina di magistrati presso organismi sovranazionali, specie se a contenuto tendenzialmente ma decisamente giudiziario, avrebbe rilevato essenzialmente l'esigenza di coniugare le prerogative consiliari con i compiti tipicamente governativi, e quindi necessariamente involgenti responsabilità politiche, di gestione delle relazioni interstatuali, per quegli aspetti e profili che ancora residuino a seguito delle recenti linee di espansione dello spazio giudiziario europeo.

⁵⁵ Cfr. DE AMICIS – SANTALUCIA, *cit.*, p. 732.

Al riguardo, infatti, non può omettersi di considerare che i nuovi meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria penale, connotati ormai dal principio del mutuo riconoscimento, si caratterizzano per la progressiva eliminazione del “filtro” governativo e per la completa giurisdizionalizzazione delle procedure di cooperazione, nell’ambito di una transizione “epocale” dalla cooperazione interstatale ad una cooperazione tra giurisdizioni, secondo le linee di un raccordo operativo rapido, semplificato e diretto tra autorità giudiziarie sempre più coinvolte nella trattazione di fenomeni criminali di ordine “globale”.

La ridefinizione dell’attuale assetto normativo, in definitiva, non potrebbe che poggiare sulla valorizzazione di quei canoni costituzionali di “riparto” delle competenze da tempo enunciati dal Giudice delle leggi, secondo cui “il bilanciamento dei valori costituzionali affermati dagli artt. 105 e 110 della Costituzione, mentre porta ad escludere ogni intervento determinante del potere esecutivo sulle deliberazioni concernenti lo *status* dei magistrati, esige che tra CSM e Ministro della giustizia vi sia, nel rispetto delle competenze differenziate, un rapporto di collaborazione. Infatti, nell’attuale assetto ordinamentale, la direzione degli uffici giudiziari attiene anche all’amministrazione dei servizi giudiziari, come organizzazione e funzionamento degli stessi servizi e copertura dei posti di organico, ciò che giustifica una partecipazione del Ministro nella procedura del conferimento degli incarichi direttivi”⁵⁶.

* Magistrato, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione

⁵⁶ Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 380/2003; n. 379/1992; n. 142/1973; n. 168/1968.