

FABIANA FALATO

**Flessibilità del modello di pre-investigazione
di fronte ad eccezionali esigenze
di cooperazione giudiziaria.
La funzione proattiva di Eurojust.**

Il disposto degli artt. 2, § 3, incipit, 4§ 1, 8, Reg. 2018/1727/UE; 5, co. 2, lett. b), L. 41/2005; 330, 335, co. 1, c.p.p. autorizza l'autorità nazionale ad affidare all'Agenzia di Eurojust l'approfondimento di uno specifico filone di indagine, legittimando, seppure nell'ambito della competenza stabilita dall'art. 3 Reg., la selezione preventiva delle notizie di reato da verificare in vista dell'iniziativa penale. Il modello della pre-investigazione è di facile intelligibilità; la sua flessibilità dipende dal distinguo tra il "valore" dei singoli comportamenti. La condotta ammessa dall'art. 330 c.p.p. è "situazione disponibile"; si manifesta in termini di onere, poichè l'iniziativa d'ufficio coincide con il potere del pubblico ministero di disporre del modus di avviare il procedimento, essendogli riconosciuto uno spazio di discrezionalità nella scelta delle "forme", ovvero, della "metodologia procedimentale" di acquisizione della notizia. Diversamente, l'art. 335 c.p.p. che, investendo l'"an" delle indagini preliminari, è "situazione costitutiva indisponibile", ponendo la regola di condotta in capo all'accusa in termini di doverosità ed escludendo scelte di opportunità.

Flexibility of the pre-investigation model in the face of exceptional judicial cooperation needs. The proactive function of Eurojust.

The articles 2, § 3, incipit, 4§ 1, 8, Reg. 2018/1727 / UE; 5, co. 2, lett. b), Law 41/2005; 330, 335, co. 1, c.p.p. authorize the national authority to entrust the Eurojust Agency with the investigation of a specific line of investigation, legitimizing, within the scope of the competence established by art. 3 Reg., The prior selection of the crime reports to be verified in view of the criminal initiative. The pre-investigation model is evident; its flexibility depends on the distinction between the "value" of individual behaviors. The behavior permitted by art. 330 c.p.p. it is "available situation"; it manifests itself in terms of burden, as the office initiative coincides with the power of the public prosecutor to dispose of the modus to initiate the procedure, being recognized a space of discretion in the choice of the "forms", that is, of the "procedural methodology" of acquisition of the news.

Otherwise, art. 335 c.p.p. which, investing the "an" of the preliminary investigations, is "unavailable constitutive situation", placing the rule of conduct against the prosecution in terms of duty and excluding choices of opportunity.

SOMMARIO: 1. L'approccio politico, il metodo comparativo, le inegabili criticità. - 2. Punti fermi sulle linee evolutive dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale. - 3. Per un'idea "dinamica" dei poteri pro-attivi di Eurojust. La validazione delle scelte ermeneutiche alla luce del Trattato di Lisbona, del Regolamento e della normativa interna. - 4. (segue) L'attualità della sentenza 136/2011 della Corte costituzionale. - 5. L'esercizio delle prerogative pre-investigative. - 6. (segue) Patologie "sovranazionali" e potenziali rimedi "interni".

1. L'approccio politico, il metodo comparativo, le non negabili criticità. Per poter affrontare la sfida della criminalità transfrontaliera, l'Unione europea prevede misure ed organismi diretti a favorire la collaborazione internazionale, ossia, i rapporti di cooperazione tra gli Stati membri nelle materie attinenti

il settore penale e, operativamente, tra i loro rispettivi organi competenti, fondati sui principi del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie¹ e della armonizzazione delle legislazioni penali e finalizzati al consolidamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia².

Tra gli organismi è compresa l'Unità di cooperazione giudiziaria, Eurojust istituita con la decisione-quadro 2002/187/GAI del Consiglio³ con l'obiettivo di stimolare e migliorare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri dell'Unione al fine di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità transnazionale. La decisione, recepita nell'ordinamento nazionale con legge 14 marzo 2005, n. 41⁴, recentemente è stata innovata a partire dallo "status" (oggi, Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale) dal Regolamento UE 2018/1727/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, entrato in vigore il 12 dicembre 2019.

Non diversamente da quanto sia accaduto per la Procura europea⁵, seppure con una intensità minore, il provvedimento del legislatore europeo si cala nell'assetto della giustizia penale contemporanea, integrandola, benché spesso la alteri. La flessibilità del modello processuale risulta esaltata rispetto ai bisogni dettati da un generale abbassamento della tensione legalitaria; mentre si rivitalizza il dibattito sulla necessaria coniugazione tra garantismo e difesa sociale, poste le evidenti criticità dei poteri riconosciuti all'Agenzia europea rispetto alla obbligata coerenza sistemica con i principi dettati a tutela delle garanzie procedurali nazionali. In punto di metodo, infine, il Regolamento offre elementi di confronto per valutare l'attualità di remote ricostruzioni rispetto al "codice" contemporaneo, *rectius*, cosa sia utilizzabile degli orientamenti pre-

¹ In generale, SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, Milano, 2019, 341-358.

Da ultima, Corte di giust., 14 novembre 2013, C-60/12.

² In tema, tra i più recenti, BARROCU, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, Padova, 2017; CARINGELLA-FALATO (a cura di), *Scritti di Cooperazione giudiziaria penale*, Roma, 2018; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, VIII ed., Torino, 2019, 1129-1150; KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit.; FALATO, *Appunti di Cooperazione giudiziaria penale*, II ed., Napoli, 2019; GIUNCHEDI, (a cura di) *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018; MARANDOLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, Milano, 2018.

³ In *G.U.C.E.*, L 295/138 del 21 novembre 2011.

⁴ Legge 14 marzo 2005, n. 41 "Disposizioni per l'attuazione della decisione 2002/187/GAI del Consiglio dell'Unione europea del 28 febbraio 2002, che istituisce l'Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità", in *G.U.*, n. 72 del 29 marzo 2005.

⁵ Da ultime, le voci contrapposte di DI MARCO, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale. (Criticità di una integrazione obbligata)*, in *Giust. pen.*, 2019, parte III, 424-439 e SALAZAR, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, *ivi*, 439-448.

cedenti, soprattutto di quelli giurisprudenziali, per stimare la coerenza costituzionale degli istituti europei.

Una prima ragione di resistenza al *nuovo* modello ha natura ideologica e nasce in ragione dell'affidamento al Ministro della giustizia, sentito il Consiglio Superiore della Magistratura (art. 2, L. 41/2005), della scelta del magistrato da designare per l'incarico di membro nazionale di Eurojust: è evidente la discrasia in un ordinamento in cui "le forze occulte" e l'invasione della politica hanno reclamato per la magistratura, fin dal lontano 1948, una soggettività politica quale fattore di stabilizzazione istituzionale e di equilibrio strutturale dello Stato. Autonomia ed indipendenza si pongono come momenti essenziali di una realtà ordinamentale liberale, in cui l'autonomia dell'ordine si pone come strumentale rispetto all'indipendenza del giudice, garanzia funzionale rispetto al corretto esercizio della giurisdizione e condizione di efficacia del processo. In quest'ottica⁶ - nel profilo che qui interessa - la Corte costituzionale pose il collegamento tra l'art. 107, 4° co. e l'art. 112 Cost.: partendo dal presupposto che l'art. 112 Cost. sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale, per far sì che anche in ossequio ai principi di legalità e di uguaglianza, la instaurazione del processo sia sottratta ad apprezzamenti discrezionali, il Giudice dichiarò che sarebbe stata gravemente compromessa dalla eventuale sotmissione dell'attività del pubblico ministero alla direzione od al controllo di organi politici⁷. Di qui, l'affermazione dell'obbligo come «punto di convergenza di un complesso di principi del sistema costituzionale» che «costituisce la fonte essenziale della garanzia dell'indipendenza del pubblico ministero» nell'esercizio della propria funzione⁸; e che, al pari del giudice lo sottopone soltanto alla legge⁹.

Il significato eminentemente ideale di quei principi è messo in crisi dalle trasformazioni dell'assetto istituzionale, che finiscono per modificare, nel profondo, la concezione dei diritti e, soprattutto, le relazioni tra poteri, non avendo la sicurezza che ai primi sia assicurata una tutela rafforzata e verso i secondi siano fissati limiti più stringenti. Anzi, nel caso di specie (si vedrà), la tendenza sembra addirittura opposta: programmaticamente "elastica" la protezione delle situazioni giuridiche soggettive (artt. 85, 86, TFUE), irresistibilmente cedevoli i limiti alle competenze (art. 82, § 2; 83, TFUE).

⁶ Approfondita da RICCIO, *Indipendenza e imparzialità del giudice*, in RICCIO-DE CARO-MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale*, Napoli, 1991, 15 ss.

⁷ Corte cost., 29 maggio 1974, n. 155.

⁸ Corte cost., 26 luglio 1979, n. 84; Id., 8 settembre 1995, n. 420.

⁹ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88.

La seconda criticità è sistemica, alimentata dall'intromissione dell'organismo nel tessuto dell'azione: la specifica attribuzione in materia di «avvio di indagini preliminari» conferitagli, in via programmatica¹⁰, dall'art. 85, § 1, lett. a), TFUE; il compito riconosciutogli dall'art. 2, § 1, Reg.¹¹ di sostenere e potenziare «il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale»; la legittimazione alle pre-investigazioni rivelata dalla linea normativa degli artt. 4, § 2, lett. a); 8, § 1, lett. b); 21, § 3; 33, § 1, Reg.; e, non da ultima, seppure in una prospettiva futuribile¹², la ripartizione dei ruoli e delle funzioni con l'Ufficio della Procura europea¹³, introduce la figura di un magistrato, tra l'altro sfornito di funzioni aventi natura giudiziaria¹⁴ assolutamente inedito nella esperienza del modello processuale penale nazionale. Il “nostro” rito, infatti, non è indifferente al tipo di gestione delle iniziative relative alla instaurazione del processo, al tipo ed al modo della delimitazione dell'oggetto del contendere e delle attività di formazione della prova. Anzi, tali discipline qualificano il sistema processuale penale pure in epoca contemporanea¹⁵.

Anche in questa direzione, l'attuale dimensione assunta dalle categorie giuri-

¹⁰ Il regolamento Reg. UE, 2018/1727 non ha recepito la portata espansiva dell'art. 85, § 1, lett. a), TFUE. Si approfondirà nel testo.

¹¹ Cfr., art. 3, §§ 1 e 3, Reg. UE, 2018/1727 (spec. Considerando 8: «Alla luce dell'istituzione di EPPO mediante una cooperazione rafforzata, dovrebbe essere stabilita chiaramente la ripartizione delle competenze tra EPPO ed Eurojust in relazione ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Dalla data in cui EPPO assume i suoi compiti Eurojust dovrebbe essere in grado di esercitare la sua competenza nei casi riguardanti reati per i quali EPPO è competente qualora tali reati riguardano sia gli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di EPPO sia gli Stati membri che non vi prendono parte. In tali casi, Eurojust dovrebbe agire su richiesta di tali Stati membri non partecipanti o di EPPO. In ogni caso, Eurojust dovrebbe rimanere competente per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ogni qualvolta EPPO non è competente o qualora, pur essendolo, non esercita la propria competenza in tale ambito. Gli Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di EPPO possono continuare a chiedere il sostegno di Eurojust in tutti i casi riguardanti i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. EPPO ed Eurojust dovrebbero sviluppare una stretta collaborazione operativa conformemente ai loro rispettivi mandati»); art. 120, § 2, Reg. UE, 2017/1939.

¹² Art. 120, § 2, alinea 3, Reg. UE 2017/1939, Relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), entrato in vigore il 20 novembre 2017, in *G.U.C.E.*, L 283/1 del 31 ottobre 2017.

Per l'approfondimento, si rinvia a SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2017, 327 ss.

¹³ Prevista dai Consideranda nn. 10 e 102, Reg. UE 2017/1939 e disciplinata negli artt. 3, 14, § 3 e 100, Reg. UE 2017/1939; 50 Reg.

¹⁴ Riteniamo ontologicamente attuali le conclusioni raggiunte da Corte cost., 6 aprile 2011, n. 136. Si approfondirà.

¹⁵ Lo svela la linea normativa degli artt. 112; 24, 2° co.; 27, 2° co.; 111, 1° co., Cost.; 47-50 CDFUE [11, 117, 1° co., Cost.], 6 CEDU [117, 1° co., Cost.].

diche palesa la palingenesi del paradigma classico della scienza giuridica e, in modo particolare, dell'azione penale, subita a causa dell'apertura dell'ordinamento statale a quello della comunità internazionale; mentre, la Costituzione ed il codice non sempre mostrano capacità ordinante, nonostante il combinato disposto degli artt. 11, 117, 1° co., Cost. assuma un ruolo centrale nel regolamentare la relazione tra diritti.

L'unità, infatti, è posizione giuridica soggettiva che si innesta nell'esperienza contemporanea del processo penale, i cui connotati essenziali non sono più stabiliti da un sistema unitario di fonti, permeato da una logica coerente con l'ottica esclusivistica dell'ordinamento statale, essendo influenzati dalla convivenza di diversi livelli normativi (l'art. 82, §§1 e 2, TFUE letto in combinazione con gli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. è esemplificativo), che quando non sono in compresenza ed integrazione, entrano tra loro in concorrenza, generando sovrapposizioni e conflitti¹⁶. In questa situazione, quel giunto è particolarmente pregnante, dal momento che le regole di condotta sono dettate con regolamento.

Invero, il passaggio (dalla decisione-quadro al regolamento) e l'opzione pre-scelta (il regolamento, piuttosto che la direttiva) non sono marginali: solo la direttiva, vincolando lo Stato membro nelle finalità da perseguire, consente adeguamenti alla normativa unionale; viceversa, il regolamento, direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale (art. 288 TFUE), comporta l'obbligo di adattarvi la legislazione, fino alla non applicazione della norma interna che vi contrasti¹⁷.

¹⁶ Sulla concorrenza tra ordinamenti, la letteratura costituzionalista è ampia. Per tutti, le voci critiche di CASSESE, *L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale*, Napoli, 2008; SENESE, *La risposta dei giudici italiani al conflitto tra gli ordinamenti*, Napoli, 2008 e quelle più concilianti di ZAGREBELSKY-CHENAL-TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2019, ss.

In generale, da ultima, ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2019.

¹⁷ «Il legislatore italiano potrà, pertanto, intervenire per i soli aspetti che, nel Regolamento 2018/1727, lasciano un margine di discrezionalità ai singoli Paesi membri nella definizione di singole parti (...) In particolare, dovranno essere definiti la procedura di nomina del Membro nazionale - con particolare riguardo all'eventuale diversa incidenza dell'intervento del Consiglio Superiore della Magistratura rispetto ai poteri di scelta ministeriali - come conseguenza del suo mutato status per effetto delle prerogative giudiziarie riconosciutegli. Andrà definito anche l'accesso ai registri nazionali ed a quelli delle indagini, prevedendo forme di consultazione in forma automatizzata, e la costituzione del sistema di coordinamento nazionale, nel quale poter ricondurre ad unità tutti gli attori nazionali della cooperazione giudiziaria penale, onde assicurare il corretto e costante flusso di informazioni al Membro nazionale e le necessarie sinergie operative con la Rete Giudiziaria dei Punti di Contatto e con il Corrispondente Nazionale in materia di terrorismo»: SPIEZIA, *Eurojust: l'Agenzia europea per la cooperazione giudiziaria internazionale*, in FALATO, *Appunti di Cooperazione giudiziaria*, cit., 192-193.

Metodologicamente, il tema va affrontato prendendo le mosse dalla ricostruzione storico-istituzionale dell'unità europea di cooperazione giudiziaria: partendo dalla sua normatizzazione, che la rivela come posizione giuridica soggettiva dalla natura "anfibia", si delinea la mappa delle situazioni che vi si riferiscono.

Punti fermi sulle linee evolutive dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale.

La istituzione di Eurojust rappresenta l'ultima tappa di un articolato percorso procedurale avviato in attuazione della conclusione n. 46 del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999¹⁸, che pose le basi per costituire una Unità di cooperazione giudiziaria permanente con il compito di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata e di assicurare il coordinamento delle attività svolte dalle autorità nazionali competenti in materia penale.

Nel corso della Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000, i Capi di Stato e di Governo modificarono l'articolo 31 del Trattato UE, inserendovi la menzione e la descrizione delle attività dell'organismo. In seguito, il Consiglio dei Ministri della Giustizia e degli Affari interni dell'Unione europea adottò una decisione (14 dicembre 2000) con la quale diede vita all'Unità di provvisoria di cooperazione giudiziaria ("Pro-Eurojust"), destinata ad operare fino alla definitiva istituzione dell'organismo, che si concretizzò il 28 febbraio 2002, quando il Consiglio GAI adottò la "Decisione che istituisce Eurojust per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità" (n. 2002/187/GAI).

Il 14 novembre 2018 il Parlamento europeo ed il Consiglio approvano nuove norme per una unità più efficiente ed efficace. Rispetto alla decisione quadro

¹⁸ Nel punto 46 delle Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999 si delinea l'esigenza di agevolare, stimolare e migliorare il coordinamento tra le autorità nazionali responsabili dell'azione penale e quindi di prestare loro assistenza nelle indagini relative alle gravi forme di criminalità internazionale ed organizzata che coinvolgano almeno due Stati membri. Già il Trattato di Maastricht, agli articoli 29 e 31, prevedeva la costituzione di un organismo siffatto indicandolo tra gli strumenti per rafforzare l'azione comune europea nella cooperazione giudiziaria in materia penale al fine di fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza, in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Un esplicito riferimento al concetto di coordinamento si può rinvenire, peraltro, anche nel nuovo "Piano d'azione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam, concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia" presentato in occasione del Consiglio europeo di Vienna, nel quale si evidenzia l'esigenza di adottare «misure per il coordinamento delle indagini e dei procedimenti penali negli Stati membri per evitare duplicazioni e conflitti».

2002/187/GAI del Consiglio¹⁹, il legislatore del 2018 istituisce un nuovo modello di *governance* allo scopo di migliorarne l'efficacia operativa, tenuto conto della creazione della Procura europea e delle nuove norme sulla protezione dei dati personali nelle istituzioni e negli organismi dell'Unione.

Sui tratti caratterizzanti la nuova disciplina; sulle scelte normative funzionali ad incrementarne l'efficienza gestionale, a migliorarne l'efficacia operativa, a riconoscere un ruolo rilevante al Parlamento europeo ed a quelli nazionali nella valutazione delle relative attività compiute in conformità con quanto disposto dal Trattato di Lisbona. Ancora. Sulle opzioni legislative dirette ad allineare il quadro normativo di Eurojust con la dichiarazione comune sullo statuto delle Agenzie europee, tenendo in considerazione la peculiarità delle sue funzioni ed a prevedere forme di raccordo con la Procura europea; nonché, sulla individuazione delle ricadute, in termini di implementazione, nell'ordinamento italiano del riferito Regolamento, si praticano gli approdi della migliore dottrina²⁰, in virtù della capacità (non sempre esente da critiche) di coniugare la continuità e la discontinuità con la tradizione.

A schema. Il capo I (artt. 1-5) definisce la istituzione, gli obiettivi ed i compiti dell'agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale; la quale «sostituisce e succede all'unità Eurojust istituita con decisione 2002/187/GAI» (art. 1)²¹.

L'art. 2, al paragrafo 1, riafferma²² «le funzioni già riconosciute in materia di supporto e rafforzamento del coordinamento e della cooperazione giudiziaria», adeguandosi compiutamente «nella sua formulazione, a quella del Trattato, sia nella definizione delle funzioni, (Eurojust *sostiene e potenzia il coor-*

¹⁹ Che lo istituiva quale organo dell'Unione dotato di personalità giuridica, con l'obiettivo di stimolare e migliorare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri, in relazione alle forme gravi di criminalità sovranazionale ed al successivo quadro giuridico, rappresentato dalle decisioni 2003/659/GAI e 2009/426/GAI del Consiglio, tese a rafforzarne i poteri

Per l'approfondimento, si rinvia a ZANETTI, *Nasce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale*, in *Dir. pen. giust.*, 2019, 302-303.

²⁰ In particolare, si riportano le recenti ricostruzioni di DE AMICIS, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: Eurojust*, in KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, cit., 261 ss.; SALAZAR, *La riforma di Eurojust e i riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 25 gennaio 2019, 43 ss. e di SPIZIA, *Eurojust*, cit., 173 ss.; ZANETTI, *Nasce l'Agenzia dell'Unione europea*, cit., 304 ss.

²¹ «Dal punto di vista ordinamentale, la prima rilevante novità è consistita nel conferire ad Eurojust, sino ad oggi semplice "Unità" di cooperazione giudiziaria, titolo e rango di "Agenzia" dell'Unione europea, analogamente a quanto già avvenuto per Europol con il regolamento 2016/794 (anche se, nella prassi, con tale titolo usava già da tempo riferirsi ad entrambe)»: SALAZAR, *La riforma di Eurojust*, cit., 47.

In argomento, DE AMICIS, *Gli organismi centralizzati*, cit., 263; ZANETTI, *Nasce l'Agenzia dell'Unione europea*, cit., 303.

²² Cfr. art. 86, § 1, TFUE.

dinamento in luogo della mera agevolazione), sia ampliando il relativo raggio di azione che può riguardare, in aggiunta alle indagini per gravi reati riguardanti due o più Stati membri, anche *i casi di indagini su basi comuni*, sulla base delle informazioni fornite da questi ultimi ovvero da Europol²³. Il paragrafo 2 detta altrettante regole di comportamento, stabilendo che «nello svolgimento dei propri compiti Eurojust: a) tiene conto di qualsiasi richiesta formulata dall'autorità competente di uno Stato membro e di qualsiasi informazione fornita da autorità, istituzioni, organi e organismi dell'Unione competenti in virtù di disposizioni adottate nell'ambito dei trattati o di ogni informazione raccolta da Eurojust; b) agevola l'esecuzione delle richieste e decisioni di cooperazione giudiziaria, anche con riferimento a richieste e decisioni basate sugli strumenti che danno effetto il principio del riconoscimento reciproco»; mentre il paragrafo 3 - innovativo - annovera tra le situazioni attributive di competenza, accanto alla richiesta delle autorità competenti degli Stati membri, l'iniziativa ufficiosa della stessa Agenzia.

Sulla portata della disposizione si farà chiarezza.

Qui basterà anticipare che vorremmo aderire, cogliendone l'importanza, alla tesi che rileva in tale «elemento significativo di innovazione», in uno con le previsioni complessive del provvedimento, il sintomo evidente del definitivo superamento delle stringenti maglie della Corte costituzionale, che «non dovrebbe lasciare più residui dubbi sulla natura giudiziaria delle attività svolte dal suddetto Membro»²⁴. Tuttavia, ne siamo impediti dalla forza probante opposta del combinato disposto degli artt. 85, § 1, 2° alinea, lett. a), TFUE; 4, 8, § 3, lett. b), Reg.; che, se pure in via programmatica lo preveda (art. 85, § 1, 2° alinea, lett. a), TFUE), poi, di fatto, sconfessa la convinzione secondo cui le «attività investigative» non debbano essere più appannaggio delle sole autorità giudiziarie nazionali o del Procuratore europeo, potendo essere dirette anche dal componente nazionale interessato. Anzi, a voler essere precisi, il paragrafo 3 dell'art. 85 TFUE, nella situazione in cui egli eserciti il potere di avviare l'indagine, stabilisce la competenza esclusiva dell'autorità nazionale a compiere gli atti formali della relativa procedura.

La competenza materiale, le sue funzioni operative ed i *modi* di esercitarle sono chiarite, rispettivamente, dagli artt. 3-5 Reg., alle quali si rinvia, non essendovi profili significativi ulteriori rispetto a quelli accennati.

Con specifico riguardo alle attribuzioni, vale la pena riportare l'inquadramento della dottrina, la quale ha ampiamente spiegato che «risulta-

²³ SPIEZIA, *Eurojust*, cit., 185.

²⁴ SPIEZIA, *Eurojust*, cit., rispettivamente, 185 e 178.

no, come già previsto dalla previgente normativa, corrispondenti a quelle di Europol. Infatti, l'elenco delle 30 forme gravi di criminalità di sua competenza, contenuto nell'allegato 1 al Regolamento, riproduce alla lettera la lista di quelle contenute nell'allegato 1 al nuovo Regolamento istitutivo dell'Agenzia di polizia. Il centro dell'attività rimane, dunque, costituito dal contrasto di tutte le ormai note forme di reati transnazionali, cioè gli "Eurocrimes", tra cui il terrorismo, la criminalità organizzata, il traffico di stupefacenti, gli stessi che hanno dato già vita all'armonizzazione normativa, facendo venir meno il controllo della doppia incriminazione in virtù del principio del reciproco riconoscimento. Sono esclusi dal novero delle competenze i reati per cui «EPPO esercita le sue competenze, tranne nei casi in cui sono coinvolti anche gli Stati membri che non partecipano alla cooperazione rafforzata sull'istituzione di EPPO e su richiesta di quegli stessi Stati membri o su richiesta di EPPO. Ovviamente ciò avverrà solo dal momento in cui effettivamente quest'ultimo assumerà concretamente le proprie funzioni di indagine e di azione penale a norma dell'art. 120, par. 2, del regolamento (UE) 2017/1939, verosimilmente dal 2021. In ogni caso, l'unità potrà fornire il proprio contributo in ambito di cooperazione alla protezione degli interessi finanziari dell'Unione, in relazione ai quali l'art.85 TFUE, lett. a) le riconosce specifiche competenze investigative»²⁵.

Il Capo II (artt. 6-18) regola struttura ed organizzazione, delimitando,

²⁵ SALAZAR, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 443-444.

Ampiamente, DE AMICIS, *Gli organismi centralizzati*, cit., 264-265, DE LEO, *Da Eurojust al pubblico ministero europeo*, in *Cass. pen.* 2003, 1433 e MOSCARINI, *Eurojust e il pubblico ministero europeo: dal coordinamento investigativo alle investigazioni coordinate*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 641; SPIEZIA, *Il pubblico ministero europeo e i suoi rapporti con Eurojust*, in *Dir. pen. cont.*, 28 maggio 2018.

Clr., LUCHTMAN-VERVAELE, *European Agencies for Criminal Justice and Shared Enforcement (Eurojust and the European Public Prosecutor's Office)*, in *Utrecht Law Review*, 2014, 5, 136-138.

Sui tratti differenziali tra le due unità, è esemplificativa la Conclusione n. 6 delle "Conclusioni del Consiglio su Eurojust: l'unità europea di cooperazione giudiziaria nell'era digitale (2019/C412/04)" (in *G.U.C.E.*, C 412/17, del 9 dicembre 2019: «Mentre l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) è incaricata di fornire sostegno alle autorità di contrasto degli Stati membri per prevenire e combattere le forme gravi di criminalità transfrontaliera, Eurojust ha il compito di sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale nel corso sia delle indagini che del perseguimento di tali forme di criminalità. Eurojust ed Europol sono complementari tra loro e dovrebbero proseguire gli sforzi per operare a stretto contatto e integrando le rispettive attività. Il Consiglio è fermamente convinto che sia Europol che Eurojust abbiano interesse a che entrambe le agenzie funzionino in modo adeguato ed efficiente, dal momento che entrambe hanno, nell'ambito dei rispettivi mandati, lo stesso obiettivo, vale a dire combattere più efficacemente le forme gravi di criminalità transfrontaliera nell'UE e creare così un'Europa più sicura».

dopo aver definito lo status dei membri nazionali²⁶ (art.7), le loro prerogative, che individua specificamente nell'art. 8 Reg.²⁷

Gli Stati membri possono attribuire loro ulteriori poteri in conformità con il diritto nazionale, dopo averne preventivamente informato la Commissione e il collegio.

Ai fini della funzione di assistenza all'autorità giudiziaria nazionale in rapporto alle esigenze dell'investigazione, il componente può avere accesso alle informazioni contenute nel casellario giudiziario; nei registri delle persone arrestate; in quelli relativi alle indagini e della DNA, e negli «altri registri di autorità pubbliche del proprio Stato membro contenenti informazioni necessarie all'assolvimento dei propri compiti» (art.9 Reg.). A partire da settembre 2019 è diventato operativo il registro giudiziario antiterrorismo presso Eurojust, che raccoglie informazioni giudiziarie sui procedimenti di tutti gli Stati membri dell'UE²⁸.

²⁶ «Ogni Stato firmatario del Regolamento di Eurojust ha un Membro nazionale quale rappresentante che ha la sua regolare sede di lavoro stabilita all'Aia. Egli è assistito almeno da un aggiunto e un assistente che svolgono il loro incarico per cinque anni, rinnovabile una sola volta (art. 7). Il nuovo Regolamento *supera la distinzione contenuta nella precedente Decisione* tra prerogative spettanti al Membro nazionale, quale componente dell'Organismo e quelle derivanti dal suo status di autorità nazionale»: SPIEZIA, *Eurojust*, cit., 188.

²⁷ Ovvero: «a) agevolare o altrimenti sostenere l'emissione o l'esecuzione delle richieste di assistenza giudiziaria o riconoscimento reciproco; b) contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità nazionali competenti del proprio Stato membro o con qualsiasi altro organo, ufficio o agenzia competente dell'Unione, inclusa EPPO; c) contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità internazionali competenti, in conformità degli impegni internazionali del proprio Stato membro; d) partecipare alle squadre investigative comuni, anche alla loro costituzione». Ancora: «di concerto con l'autorità nazionale competente i membri nazionali possono, in conformità del diritto nazionale: a) emettere o eseguire ogni richiesta di assistenza giuridica reciproca o di riconoscimento reciproco; b) disporre, chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio»; nei casi urgenti e qualora non sia possibile individuare o contattare tempestivamente l'autorità nazionale competente, possono «adottare le misure di cui al paragrafo 3 in conformità del loro diritto nazionale, a condizione che ne informino quanto prima l'autorità nazionale competente», nonché «presentare una proposta all'autorità competente nazionale l'attuazione delle misure di cui ai paragrafi 3 e 4 se l'esercizio dei poteri di cui ai paragrafi 3 e 4 da parte del membro nazionale confligge con a) le norme costituzionali di uno Stato membro; oppure b) gli aspetti fondamentali del sistema giudiziario penale di uno Stato membro riguardanti: i) la suddivisione dei poteri tra polizia, magistrati del pubblico ministero e giudici; ii) la divisione funzionale dei compiti tra procure; oppure iii) la struttura federale dello Stato membro interessato».

²⁸ Il registro comprende informazioni trasmesse dagli Stati membri conformemente alla decisione 2005/671/GAI del Consiglio (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 del 29.9.2005). La trasmissione di informazioni da parte delle autorità competenti degli Stati membri ad Eurojust è una precondizione affinché il registro giudiziario antiterrorismo funzioni in modo efficiente e apporti un valore aggiunto alle indagini delle autorità degli Stati membri; per questo motivo, il Consi-

Le Sezioni III, IV e V del Capo II concernono il nuovo profilo strutturale, distinguendo il Collegio (artt. 10-15 Reg.), il Comitato esecutivo (art. 16 Reg.), il Direttore amministrativo (art. 17-18 Reg.).

Il capo III (artt. 19-25) esamina agli aspetti operativi interni, mantenendo i meccanismi esistenti finalizzati a garantirne l'efficacia operativa, fra cui il coordinamento permanente (art. 19 Reg.), il sistema di coordinamento nazionale (art. 20) e lo scambio di informazioni con gli Stati membri e tra membri nazionali (art. 21 Reg.).

Al trattamento delle informazioni ed alla protezione dei dati personali provvedono il Capo IV (artt. 26-46), l'art. 3 ed il Capo IX del Regolamento UE 2018/1725²⁹; mentre alle relazioni con i partner è dedicato il Capo V (artt. 47-64), che evidenzia «l'importanza della cooperazione tra Eurojust e le altre istituzioni, organi e agenzie europee nella lotta contro la criminalità transnazionale»³⁰.

I successivi Capi VI (artt. 60-64 Reg.) e VII (artt. 65-66 Reg.) contengono le disposizioni finanziarie e quelle relative al personale dell'unità; mentre il capo VIII (artt. 67-69 Reg.) prevede il potere del Parlamento europeo, del Consiglio e dei Parlamenti nazionali di formulare osservazioni e conclusioni sulla relazione annuale che l'organismo trasmette loro annualmente, insieme ai «risultati di studi e progetti strategici elaborati o commissionati da Eurojust; [al] documento di programmazione di cui all'articolo 15; [agli] accordi di lavoro conclusi con terzi» (art. 67 Reg.).

Per un'idea “dinamica” dei poteri pro-attivi di Eurojust. La validazione delle scelte ermeneutiche alla luce del Trattato di Lisbona, del Regolamento e della normativa interna.

A questo punto bisogna verificare se la pretesa razionalizzazione dei “poteri investigativi” dell'Agenzia – che si praticano soprattutto attraverso l'attività di informazione – si mostri effettiva alla luce della legge n. 41 del 2005 che, insieme al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ed al Regolamen-

glio, in occasione delle “Conclusioni del Consiglio su Eurojust, : l'unità europea di cooperazione giudiziaria nell'era digitale (2019/C412/04)”, cit. ne ha ribadito l'obbligo per le autorità giudiziarie nazionali.

²⁹ Regolamento (UE) 2018/1725 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2018 sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE, in *G.U.C.E.*, L 295/39 del 21 novembre 2018.

³⁰ «Il nuovo Regolamento con riguardo ai rapporti con i Paesi terzi si adegua al Trattato di Lisbona: le agenzie dell'Unione non possono così più negoziare accordi internazionali, che devono, invece, essere istituiti a norma dell'articolo 218 TFUE. Nonostante ciò, Eurojust può concludere accordi bilaterali con il fondamentale fine di rafforzare la cooperazione con le autorità competenti di Stati terzi, in particolare attraverso lo scambio di informazioni (art. 52)»: SPIEZIA, *Eurojust*, cit., 190.

to, disciplina la materia nell'ordinamento interno. Per farlo, necessita dimostrare la sostenibilità dell'opzione dottrinale sulla natura giudiziaria dell'unità europea nel confronto con il sistema integrato di giustizia penale.

Gli autori che se ne sono occupati prediligono una linea ermeneutica efficientista, che sostengono, ponendosi in linea di continuità con la disciplina dell'art. 85, § 1, 2° alinea, lett. a), TFUE; la quale, elevando l'organismo dal mero ruolo di mediazione tra le autorità giudiziarie nazionali, a quello di vero e proprio «centro europeo di coordinamento»³¹, in grado di dare inizio alle investigazioni – oltre che di sollecitarne l'avvio –, soprattutto quando si tratti di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, gli attribuisce chiaramente poteri giudiziari.

Sul punto v'è condivisione. Non può negarsi che il Trattato di Lisbona, confermando la centralità dell'organismo nell'ambito della funzione di coordinamento giudiziario investigativo, proponga un modello su base tendenzialmente verticale, che prevede la possibilità di conferire al membro nazionale un potere dispositivo e non più solo coordinativo, rispetto all'inizio delle indagini preliminari, riconoscendolo quale titolare di prerogative vincolanti esercitabili nei confronti delle autorità giudiziarie nazionali³². Tuttavia, contestualmente, si ha altrettanta consapevolezza che il ragionamento muove sui binari della razionalità astratta, dal momento che la logica concreta avrebbe preteso (e pretende) la comparazione con le soluzioni funzionalmente diverse dei legislatori, concentrate, in maniera prevalente (ma non esclusiva), sulla linea normativa degli artt. 85, § 1, 2° alinea, lett. a), TFUE; 4, 8, §§ 1, 3, lett. b), 5, Reg; 5 (7) L. 41/2005; 3, 14, § 3, 100, Reg. UE 2017/1939, 50 Reg.

In questa direzione, il ragionamento della dottrina si mostra orfano di rimedi, rispetto alle discrasie tra legislazione interna e disposizioni unionali, pur rinvenibili nel binomio degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost., non essendo sufficiente affermare, per dirimere la questione, che «non sembrano esservi ostacoli di principio per opporsi all'esercizio di funzioni di natura giudiziaria da parte di un magistrato in ruolo che eserciti le stesse all'estero presso la sede di un organo dell'Unione ed in virtù di uno strumento giuridico immediatamente vincolante per il nostro legislatore»³³. Allo stesso tempo, soprattutto, esso si espone a critiche, relegando la dimensione sistemica dell'applicazione

³¹ L'espressione è di DE AMICIS, *Organismi europei di cooperazione*, cit., 47.

³² F. SPIEZIA, in CANZIO-LIOTTA-SPIEZIA, *La Direzione Nazionale Antimafia e il coordinamento delle indagini di mafia dopo 20 anni: bilancio e prospettive*, in *Criminalia*, 2012, 480.

³³ SALAZAR, *La riforma di Eurojust*, cit., 51; ID., *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 445.

dell'art. 85, § 1, 2° alinea, lett. a), TFUE ad un ruolo secondario rispetto alla sua portata meramente programmatica. Invero, ragionare per linee normative, piuttosto che con atteggiamento solipsistico, è metodo per svelare la volontà del legislatore, considerato che il processo e le norme che lo disciplinano manifestano una progressione di situazioni giuridiche soggettive, non anche una realtà a compartimenti stagni.

Gli "ostacoli" che si negano, invece, ci sono; tanto nel contesto interno, che su quello sovranazionale.

Il fronte nazionale "integrato". L'art. 5 L. 41/2005, trasponendo le forme ed i contenuti utilizzati dal legislatore europeo nell'art. 6 della decisione istitutiva, oggi abrogata ma sostanzialmente riprodotta nel paragrafo 2 dell'art. 4 Reg. (che, perciò, si ritiene implicitamente recepito nella disposizione interna), attribuisce al componente dell'unità la funzione di coordinamento delle misure investigative, lasciando, viceversa, al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale³⁴.

La validità del precetto, come fattore di orientamento delle relative attribuzioni di competenza funzionale, non è messa in discussione dall'entrata in vigore del Regolamento, ponendosi, tutt'al più, questioni di coordinamento tra fonti, in situazioni di conflitto tra disposizioni; fenomeno, tuttavia, estraneo al caso in esame.

Non sarebbe potuto essere diversamente, dal momento che la linea degli artt. 112 Cost., 50, 326, 408, co. 1 (125 disp. att.), c.p.p. preclude spazi discrezionali influenti sulla titolarità del potere di azione da parte di soggetti altri dal pubblico ministero³⁵. Situazione, che non appare smentita neppure dalle influenze del nuovo assetto regolamentare dei rapporti dell'Agenzia con EPPO nei profili istituzionali e funzionali dell'ufficio nazionale. Insomma, anche quando sarà concreta l'ingerenza del Procuratore europeo nell'azione, la logica della equivalenza tra esercizio delle autorità giudiziarie ed iniziativa

³⁴ Già nella relazione illustrativa di accompagnamento del disegno di legge governativo poi approvato dal Parlamento il legislatore mostrava l'intenzione di non conferire poteri giudiziari al membro nazionale italiano - sia con riferimento ai poteri esercitabili sul territorio italiano, sia con riferimento a quelli esercitabili nei confronti di autorità giudiziarie straniere - precisandosi in tal senso che 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».

³⁵ Fanno eccezione soltanto le ipotesi contemplate dalla Costituzione: i procedimenti per i reati commessi dal Presidente della Repubblica, di cui all'art. 90, 2° co., Cost.; ed i procedimenti per i reati commessi dal Presidente del Consiglio e dai Ministri, di cui all'art. 96 Cost. ed alla legge costituzionale 1/1989.

dell'unità è sconfessata "in nuce". Anche allora, l'area di operatività riservata al magistrato europeo muoverà entro spazi di coordinamento (art. 3 Reg. UE 2017/1939: «L'EPPO coopera con Eurojust e si avvale del suo sostegno»), non anche di autosufficienza, in linea con l'art. 112 Cost. (chiamato a coprire, sul fronte interno, tutta l'area dell'esercizio dell'azione penale che comprende anche la disposizione speciale dell'art. 5 L. 41/2005) e con la linea normativa degli artt. 3, 14, § 3, 100, Reg. UE 2017/1939, 50 Reg.: l'atto promotivo, ovvero, il potere autonomo e distinto di investire l'autorità giudiziaria nazionale e/o europea del relativo esercizio, è riconosciuta al magistrato europeo, mentre il potere (art. 50 [405, co. 1] c.p.p.) rimane nella titolarità esclusiva del pubblico ministero.

Nemmeno il fronte sovranazionale consente posizioni di critica moderate rispetto alla tesi proposta dalla dottrina, conformandosi alle soluzioni, opposte, appena offerte. Dalle scelte politiche *in* intervenute e dagli effetti di queste si scopre, infatti, la volontà del legislatore di risolvere la questione della natura giudiziaria in termini positivi.

La prima qualificazione - che fa leva sull'art. 85, § 1, 2° alinea, TFUE -, attribuendo al Parlamento europeo ed al Consiglio di deliberare tramite regolamento sui compiti di Eurojust, tra i quali è possibile («Tali compiti possono comprendere») - non anche imposto - includere «l'avvio di indagini penali», ne legittima l'inerzia istituzionale, assicurando alla materia, sul fronte squisitamente politico, un assetto rispondente (anche) alla ideologia costituzionale.

La visione della dottrina lascia interdetti pure se la riserva «nei limiti delle sue competenze» contenuta nel paragrafo 3 dell'art. 2 Reg. si relazioni con l'art. 8, § 3, lett. b), Reg. e con gli artt. 4 e 27 d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108³⁶.

Sul piano funzionale, l'associazione di norme, infatti, affidando al pubblico ministero, da solo (art. 4) o insieme al giudice nell'ambito delle relative attribuzioni (art. 27), rispettivamente, il compito di riconoscere e di dare esecuzione all'ordine europeo di indagine penale ricevuto dall'estero e quello di emettere un ordine di indagine da trasmettere direttamente all'autorità di esecuzione; e, di conseguenza, precludendo, attesa la difformità con la normativa nazionale, la possibilità per il membro nazionale di «disporre, chiedere o eseguire misure investigative a norma della direttiva 2014/41/UE», ordina i ruoli dei soggetti processuali e conferma la struttura rigida del sistema investigativo transfrontaliero, dal momento che il membro nazionale non perde il suo connotato di coadiutore per agire, in via autonoma, sul piano dell'«avvio di

³⁶ Norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, in *G.U.*, n. 62 del 13 luglio 2017.

indagini penali». A sua volta, la divergenza dalla normativa nazionale priva di genetica effettività la deroga, contenuta nel paragrafo 5 dell'art. 8 Reg., del potere ufficio di eseguire richieste di assistenza giudiziaria o di OEI (Ordine europeo d'indagine), residuando, di conseguenza, una mera facoltà di richiesta alle competenti autorità nazionali, qualora ciò confligga con i principi costituzionali o altri aspetti dell'ordinamento processuale penale nazionale³⁷.

Del resto, lo conferma l'art. 4, § 2, lett. a), Reg. che, attribuendo al magistrato dell'unità europea la facoltà di chiedere - non anche di disporre -, specificandone i motivi, alle autorità nazionali competenti di «avviare indagini o un'azione penale per fatti precisi», ne palesa la inoperosità investigativa, affievolendo ulteriormente la convinzione che si tratti di una disposizione che «valorizzi le corrispondenti previsione del Trattato di Lisbona»³⁸.

Non è dirimente, in senso contrario, il paragrafo 3 dell'art. 2 Reg., quando stabilisce che «Eurojust assolve i suoi compiti (...) di propria iniziativa». Invero, il richiamo implicito al paragrafo 1 risolve il dubbio che l'ufficiosità vada riferita al potere-dovere di «sostenere e potenziare il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale». Dunque, se v'è autonomia, quella si manifesta soltanto rispetto alle funzioni di cooperazione, non ad altre.

Sotto il profilo politico, invece, il segmento normativo dimostra che non v'è sovrapposizione di compiti in capo allo stesso soggetto. Anzi, avvalorando, anche per questa via, la volontà del legislatore di attuare l'art. 85, § 1, 2° linea, lett. a), TFUE, esclude la possibilità di ricondurre l'ambito dei poteri e dei ruoli dell'organismo sovranazionale a quelli giudiziari propri del pubblico ministero³⁹, non comprendendovi, appunto, quegli elementi che nell'ordinamento nazionale consentono di qualificare come giudiziaria, e non amministrativa, i compiti esercitati dall'autorità giudiziaria, ossia «l'esercizio dell'azione penale e le attività ad esse preordinate»⁴⁰. Ciò, tuttavia, non vale a negarne l'attitudine. Si approfondirà.

Una ulteriore e conclusiva via percorribile, che avvalorata la tesi proposta, è

³⁷ In senso opposto, SALAZAR, *La riforma di Eurojust*, cit., 51.

³⁸ Come, al contrario, ritiene SPIEZIA, *Eurojust*, cit., 185 e 192 (a cui appartiene il virgolettato nel testo), secondo il quale «si può dire che esce rinvigorita la dimensione europea dell'Agenzia, non solo sul piano formale, per la sua espressa definizione contenuta all'art.1 del Regolamento, ma anche per la riconosciuta capacità di intraprendere iniziative operative a prescindere da richieste nazionali (...) È quindi da attendersi un aumento della complessiva operatività dell'organismo, con particolare riguardo alle richieste di avviare un'indagine in relazione a crimini transnazionali».

³⁹ In senso contrario, SALAZAR, *La riforma di Eurojust*, cit., 51.

⁴⁰ Corte cost., 6 aprile 2011, n. 136, cit.

quella tracciata dall'art. 7, § 4, ult. parte, Reg.

Si è consapevoli, quanto agli incarichi del magistrato europeo, quale autorità titolare di potestà nel territorio dello Stato, della attuale inefficacia dell'art. 9, § 3, della decisione quadro 2002/187/GAI che riconosceva agli Stati membri la prerogativa di precisare l'*an* ed il *quantum* dell'attribuzione dei «poteri giudiziari»; e, di conseguenza, non si trascura che, sul punto, non siano più attuali le considerazioni della Corte costituzionale, secondo cui la decisione - vincolante, ma priva di effetti diretti - lasciava ai singoli Stati la scelta, in sede di attuazione, se attribuirli o meno ai membri nazionali. Tuttavia, si è convinti che la discontinuità, sul punto, del regolamento rispetto alla decisione non modifichi l'ontologia del risultato raggiunto dalla Corte; anzi, lo rafforza.

Invero, mentre l'art. 9, § 3, dec. 2002/187/GAI, con quella esplicitazione, dettava a ciascun Stato dell'UE un itinerario ermeneutico ontologicamente definito; l'art. 7, § 4, ult. parte, Reg., sottraendosi a qualsiasi tipo di enunciazione, si limita ad obbligare il legislatore, nell'innesto delle disposizioni europee nel tessuto normativo interno, ad omologare le situazioni soggettive "nazionali" di Eurojust con «i poteri previsti dal presente Regolamento».

Ebbene, se è quest'ultimo il modello per la regolamentazione del sistema delle attribuzioni, abbiamo dimostrato che il sistema unionale - diversamente da quanto sostenuto dalla dottrina - non riconosce alcun "attivismo" tipicamente giudiziario all'organo sovranazionale, né impone ai singoli Stati di attribuire ai loro membri nazionali poteri "legali" da esercitare nei rispettivi territori. Quando lo fa, ed hanno natura dispositiva in ragione dell'"avvio" dell'azione penale (art. 8, §3, lett. b), Reg.), il legislatore pone la condizione della conformità al diritto nazionale.

Insomma, se «nel caso della legge attuativa, è stato il legislatore a preferire di attuare la decisione del Consiglio nel senso di non conferire a detta autorità alcun potere giudiziario nel territorio dello Stato; nella situazione attuale è lo stesso Regolamento che, non prevedendolo, automaticamente lo esclude»⁴¹.

Volendo riprendere le fila del discorso della dottrina: se si ritenesse supportata la teoria secondo cui l'esercizio delle prerogative attribuite all'organismo⁴² «non si limita soltanto ad un'attività di supporto alle autorità statali, ma si concretizza in una prerogativa innovativa potendo questi *emettere ed eseguire*

⁴¹ DI MARCO, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 439.

⁴² «quali: facilitare o sostenere l'emissione o l'esecuzione di qualsiasi richiesta di assistenza giudiziaria o riconoscimento reciproci; contattare direttamente e scambiare informazioni con le autorità nazionali competenti nello Stato membro o qualsiasi altro organismo, ufficio o agenzia competente dell'Unione, compresa l'EPPO; partecipare a squadre investigative comuni, anche alla loro costituzione (art. 8, par. 1)»: SPIEZIA, *Eurojust*, cit., 178.

ogni richiesta di assistenza fondata sul mutuo riconoscimento e disporre o chiedere atti di indagine ai sensi della direttiva 2014/41/UE», assicurando, in tal modo, «sulla natura giudiziaria delle attività svolte dal suddetto Membro»⁴³, allora sarebbe manifesto il contrasto dell'art. 5 L. 41/2005 con l'art. 8 (spec. §§ 3-5) Reg. La normativa interna, invero, nega all'organismo quella dimensione che, al contrario, secondo la dottrina, gli riconosce(rebbe) il legislatore unionale. Il conflitto derivatone andrebbe riparato già in sede giurisdizionale⁴⁴, pur essendo preferibile la via legislativa⁴⁵. L'itinerario è offerto dagli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. e dalla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale⁴⁶ e della Corte di giustizia⁴⁷; e prevede la non applicazione della disposizione interna (artt. 11 e 117, 1° co., Cost.), essendo impraticabile la via della interpretazione di carattere conformativo, trattandosi di norme attributive di poteri.

L'estremizzazione delle due posizioni ed i corrispondenti esiti immunizzanti hanno un corollario comune: il “dubbio di compatibilità”.

Nonostante il supporto normativo tranquillizzi sulla fondatezza della teoria proposta e sulle ragioni negazioniste della tesi contraria, non può escludersi il “dubbio” - in luogo della persuasione, nel senso proposto o in quello opposto - sulla compatibilità dell'art. 5 L. 41/2005 con l'art. 8 Reg. e, di conseguenza, la necessità, avvertita dal giudice, che gli venga precisata la portata del

⁴³ SPIEZIA, *Eurojust*, cit., 188.

Allo stesso modo, DE AMICIS, *Gli organismi centralizzati*, cit., 274.

⁴⁴ Ad esempio, nel corso di un giudizio riguardante una questione di competenza all'emanazione del provvedimento di designazione del membro nazionale. Si pensi, esemplificando, all'impugnazione del provvedimento del Ministro della giustizia con il quale è stato designato il membro nazionale presso l'Eurojust.

⁴⁵ «Infatti, fino a quando era certa la natura amministrativa di Eurojust, non era rinvenibile alcun contrasto con l'art. 105 della Costituzione, essendo qualificato, appunto, non giudiziario ma amministrativo il membro nazionale e, quindi, risultandone legittima la nomina ministeriale. Ma, a seguito dell'adozione della nuova fonte, la cui peculiarità è costituita proprio dalla natura regolamentare, occorre necessariamente introdurre delle modifiche normative idonee a riconoscere natura giudiziaria e funzione giudiziaria rispettivamente ad Eurojust ed al suo membro, alla luce dell'art. 85 TFUE nonché delle successive riforme intervenute, attribuendone il potere di nomina al Consiglio Superiore della Magistratura. Tra l'altro, all'Italia non deriverebbe alcun vantaggio dal persistere a considerare amministrativo lo *status* del proprio membro nazionale e, di conseguenza, a vederlo inferiore nei suoi poteri giudiziari rispetto a quelli di cui dispongono i colleghi degli Stati membri. La conseguenza pratica di tale anacronistica concezione si identifica, senza dubbio, nella impossibilità

per lo stesso di cooperare con analoga efficacia e immediatezza nei confronti di forme di criminalità che ledono, più di altri, proprio il nostro Paese»: SALAZAR, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 445.

⁴⁶ Da Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14 a Id., 10 maggio 2019, n. 117.

⁴⁷ Da Corte giust., 15 luglio 1964, C-6/64 e Id., 9 marzo 1978, C-106/77 a Id., GC, 24 giugno 2019, C-573/17.

modello di comportamento previsto dalla norma sovranazionale, per poterne stabilire il perimetro di azione nell'ordinamento interno.

Questa volta è il diritto europeo ad offrire la soluzione: per la verifica della conformità al diritto dell'Unione europea, il giudice può rivolgersi alla Corte di giustizia, tramite il rinvio *ex art. 267 TFUE*, funzionale ad acquisire l'esatta interpretazione della disposizione europea, eventualmente, anche in ordine all'effetto, diretto o derivato, della stessa (indagine superflua nel nostro caso, posta la portata chiarificatrice dell'*art. 288, 2° alinea, TFUE*). La declaratoria di incompatibilità, a sua volta, obbliga il giudice nostrano alla non applicazione (non anche, alla disapplicazione) della disposizione nazionale nel processo in corso; nonostante ne resti inalterata la efficacia nell'ordinamento interno (è noto).

4. *(segue) l'attualità della sentenza 136/2011 della Corte costituzionale.*

Lo scetticismo dell'opzione ermeneutica prescelta fonda su giustificazioni ulteriori, trovando supporto pure nella sentenza n. 136 del 2011⁴⁸ della Corte costituzionale; il cui valore ontologico, s'è detto, non ha mai perso attualità.

Appare opportuno evidenziarne i punti maggiormente esemplificativi.

Ebbene, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'*art. 2 L. 41/2005*, sollevata dal TAR per il Lazio, in riferimento agli *artt. 105 e 110 Cost.*, il Giudice osserva, sul fronte normativo europeo, che «la decisione istitutiva, agli *artt. 6, 7 e 9*, attribuisce ad esso, per quel che qui interessa: a) il potere di richiedere provvedimenti alle autorità competenti degli Stati membri interessati, senza che tali richieste abbiano effetto vincolante per dette autorità; b) funzioni di assistenza alle autorità nazionali (informative; di coordinamento delle indagini e delle azioni penali, su richiesta delle suddette autorità); c) funzioni di “sostegno”, nei casi espressamente previsti, a indagini o azioni penali riguardanti le autorità competenti di un solo Stato membro; d) il potere di “accesso alle informazioni contenute nel casellario giudiziale nazionale o in qualsiasi altro registro del proprio Stato membro come previsto dall'ordinamento interno del suo Stato per un magistrato del pubblico ministero, un giudice o un funzionario di polizia con pari prerogative” (*art. 9, paragrafo 4*)». Evidenzia che poteri e funzioni «non sono riconducibili a quelli giudiziari propri dei magistrati del pubblico ministero», in quanto, specificamente, «con riferimento alle richieste indirizzate alle competenti autorità nazionali, la loro natura non vincolante impedisce di riscontrare in esse i connotati propri dell'autonomo esercizio di funzioni giudiziarie

⁴⁸ Corte cost., 6 aprile 2011, n. 136, cit.

requirenti, costituendo, invece, espressione di poteri strumentali all'esercizio di dette funzioni, che restano riservate, in via esclusiva, alle autorità giudiziarie nazionali; mentre, «con riferimento alle indicate attività di “assistenza”, “collaborazione”, “sostegno” o “coordinamento” svolte dall'Eurojust nei confronti delle autorità nazionali in ordine alle indagini ed alle azioni penali, la genericità di tali formule linguistiche, nonché la carenza dei suddetti connotati delle funzioni giudiziarie requirenti inducono a qualificare tali attività come amministrative»⁴⁹. Specifica che «con riferimento alle informazioni giudiziarie desumibili da pubblici registri, si è già osservato che, in base alla decisione istitutiva, il membro nazionale dell'Eurojust può accedere ad esse “come previsto dall'ordinamento interno del suo Stato per un magistrato del pubblico ministero, un giudice o un funzionario di polizia con pari prerogative” (art. 9, paragrafo 4)». Rileva che «la possibilità di accesso diretto a tali informazioni – opportunamente limitata a soggetti qualificati, allo scopo di ostacolare una incontrollata diffusione di dati – non integra, di per sé, esercizio di funzioni giudiziarie e non le caratterizza, ma costituisce solo un ausilio utile all'autorità procedente, amministrativa o giudiziaria che sia». Sicché, conclude la Corte, «resta pertanto dimostrato che la decisione istitutiva – diversamente da quanto sostenuto dal giudice rimettente – non attribuisce alcun potere tipicamente giudiziario all'organo sovranazionale, né impone ai singoli Stati di attribuire ai loro membri nazionali “poteri giudiziari” da esercitare nei rispettivi territori»⁵⁰. Scrutinando le fonti normative interne, la stessa Corte chiarisce che «la legge n. 41 del 2005, nell'attuare la decisione del Consiglio 2002/187/GAI, non ha attribuito funzioni giudiziarie né all'organismo né al suo componente quale autorità esercitante poteri nel territorio nazionale». Infatti, secondo quanto dichiarato nella relazione illustrativa al disegno di legge governativo, il legisla-

⁴⁹ «In particolare, quanto alla funzione di «coordinamento», essa – contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente nel giudizio principale – è qualitativamente diversa da quella, di natura giudiziaria, affidata in Italia al Procuratore nazionale antimafia in base all'art. 371-bis del codice di procedura penale. È sufficiente al riguardo sottolineare che, nell'esercizio dell'attività di «coordinamento», l'Eurojust non dispone di poteri analoghi a quelli – ben più incisivi – propri del Procuratore nazionale, il quale può: a) applicare temporaneamente magistrati della Direzione nazionale e delle direzioni distrettuali antimafia; b) impartire ai procuratori distrettuali «specifiche direttive alle quali attenersi per prevenire o risolvere contrasti riguardanti le modalità secondo le quali realizzare il coordinamento nell'attività di indagine»; c) riunire «i procuratori distrettuali interessati al fine di risolvere i contrasti che, malgrado le direttive specifiche impartite, sono insorti e hanno impedito di promuovere o di rendere effettivo il coordinamento»; d) disporre «con decreto motivato [...] l'avocazione delle indagini relative a taluno dei delitti indicati nell'art. 51 co. 3-bis quando non hanno dato esito le riunioni disposte al fine di promuovere o rendere effettivo il coordinamento e questo non è stato possibile» (lettere b, f, g, h del co. 3 dell'art. 371-bis cod. proc. pen.)».

⁵⁰ Corte cost., 6 aprile 2011, n. 136, cit.

tore, per un verso, ha riconosciuto che i poteri dell'unità europea quale organo sovranazionale «differiscono profondamente ed ontologicamente da quelli di direttiva e di intervento diretto [...] attribuiti, nell'ambito dell'ordinamento nostrano, alla Direzione nazionale antimafia»; per altro verso, ha inteso confinare in una dimensione meramente amministrativa i poteri del membro italiano dell'Eurojust («non ha ritenuto di conferire [...] poteri giudiziari») che corrispondono sostanzialmente a quelli previsti dalla decisione istitutiva e che, per le ragioni sopra dette, non sono riconducibili a quelli propri del pubblico ministero. In particolare, «quanto alle informazioni giudiziarie, va rilevato che: a) innanzitutto, l'accesso ad esse da parte del membro nazionale dell'Eurojust avviene non in via diretta, ma solo per il tramite di una decisione dell'autorità giudiziaria competente, la quale può rigettare la relativa richiesta con decreto ricorribile per cassazione (art. 7, commi 1 e 2, della legge n. 41 del 2005); b) in secondo luogo, come visto, nell'ordinamento italiano (al pari dell'ordinamento dell'Unione europea), il potere di accesso alle informazioni giudiziarie, anche nell'ipotesi in cui sia riservato al pubblico ministero (come per il registro degli indagati), non costituisce un elemento caratterizzante della funzione giudiziaria; c) in terzo luogo, come pure già accennato, il medesimo potere non sempre è riservato all'autorità giudiziaria, con la conseguenza che la sua attribuzione al membro nazionale presso l'Eurojust non sarebbe sufficiente, da sola, a qualificare come giudiziarie le funzioni svolte da tale membro [51]»⁵².

Stando così le cose, se non è discutibile che le principali modifiche apportate dal Regolamento alla disciplina precedente riguardino: la distinzione tra le funzioni operative e le funzioni di gestione del collegio dei membri nazionali; un nuovo regime sulle norme in materia di protezione dei dati adeguato al recente quadro giuridico sulla protezione dei dati nelle istituzioni dell'UE; l'istituzione di un comitato esecutivo che assista il collegio nelle funzioni di gestione e consenta di snellire il processo decisionale per le questioni non operative e strategiche; nuove disposizioni sulla programmazione annuale e pluriennale; la rappresentanza della Commissione in sede di collegio e di comitato esecutivo; le funzioni del direttore amministrativo; maggiore trasparenza e controllo democratico delle attività di attraverso un meccanismo di

⁵¹ «Il co. 1 dell'art. 118 cod. proc. pen. consente, invero, anche al Ministro dell'interno - cioè ad un'autorità che, senza alcun dubbio, non può essere qualificata come giudiziaria - di ottenere, «anche in deroga al divieto stabilito dall'art. 329, copie di atti di procedimenti penali e informazioni scritte sul loro contenuto, ritenute indispensabili per la prevenzione dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza», nonché l'autorizzazione «all'accesso diretto al registro previsto dall'art. 335».

⁵² Corte cost., 6 aprile 2011, n. 136, cit.

valutazione congiunta da parte del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali. Allo stesso modo, è parimenti certo che esse non modificano la valenza dell'assetto organizzativo dei poteri attribuiti al componente dell'agenzia europea, come dimostra la identità, se non semantica, ma sicuramente ontologica, degli artt. 6, 7 e 9 dec. 2002/187/GAI, rispettivamente con gli artt. 4 e 8 Reg. Di conseguenza, rispetto a quelle disposizioni, lo scrutinio valoriale della Corte costituzionale si rivela tutt'ora effettivo⁵³. Chi volesse rintracciarne concetti antitetici, forzerebbe il significato del dialogo tra legislazioni (in cui si inserisce anche la Corte costituzionale) dal punto di vista giuridico, oltretutto da quello sistemico.

L'esercizio delle prerogative pre-investigative.

Se per un verso, i legislatori non hanno attribuito al magistrato europeo gli stessi poteri esercitabili dal pubblico ministero, per altro verso, è evidente che l'ambito di operatività delle funzioni contemplate dagli artt. 5, 6, 7, L. 41/2005 e 2, §§ 1 e 3, 4, 8, 9, Reg. incide, significativamente, sulle modalità di conduzione, sugli sviluppi procedurali e sugli esiti delle attività giudiziarie interne. Si aggiunga la Conclusione n. 5 delle "Conclusioni del Consiglio su Eurojust: l'unità europea di cooperazione giudiziaria nell'era digitale", quando chiarisce che «il Consiglio sottolinea che Eurojust è un attore fondamentale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Essa svolge un ruolo speciale e proattivo nel coordinamento dei casi nel settore della cooperazione giudiziaria nell'Unione. Eurojust è l'unica agenzia dell'UE che coordina le autorità giudiziarie in ogni segmento della catena di sicurezza. Assolve un ruolo unico ed essenziale nel coordinamento delle indagini e del perseguimento delle forme gravi di criminalità transfrontaliera tra le autorità nazionali responsabili delle indagini e dell'azione penale in ogni fase del processo di giustizia penale, dall'inizio delle indagini su un reato fino alla sentenza definitiva»⁵⁴.

Dalle combinazioni normative emergono chiaramente il ruolo di impulso al coordinamento (spec. dall'art. 4, § 1, Reg.; 5 (6) L. 41/2005) e quello investi-

⁵³ Così, DI MARCO, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 436 ss.

In senso contrario, SALAZAR, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 443, secondo cui «Questa interpretazione, che chiaramente rinviene la sua *ratio* nella decisione istitutiva del 2002, deve ritenersi allo stato

dell'arte superata dal nuovo Regolamento che la sostituisce integralmente».

Hanno espresso, fin dall'origine, considerazioni critiche, DE AMICIS, *La Corte costituzionale nega la natura giudiziaria di Eurojust: una pronuncia discutibile*, in *Forum Quad. Cost.*, 5 maggio 2011; PROTA, *La Corte costituzionale esclude la natura giudiziaria di Eurojust*, in *Cass. pen.*, 2011, 4278 ss.; SPIEZIA, in CANZIO-LIOTTA-SPIEZIA, *La Direzione Nazionale Antimafia*, cit., 482-483.

⁵⁴Conclusioni del Consiglio su Eurojust: l'unità europea di cooperazione giudiziaria nell'era digitale (2019/C412/04), cit.

gativo (spec. artt. 2, § 3 e 4, § 2, Reg.; 5 (6), L. 41/2005) dell'unità europea nell'ambito degli "Eurocrimes". Entrambi assicurano la "circolazione" delle notizie rilevanti attraverso il circuito tra componente nazionale (eventualmente: istituzioni, organi ed organismi dell'Unione⁵⁵, nonché reti istituite nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁵⁶) e pubblici ministeri dei singoli Paesi (artt. 19-22, Capo V, Reg.), agevolato dal sistema automatico di gestione dei fascicoli (artt. 23-25 Reg.) - che, a sua volta, garantisce una rete di flussi informativi con i membri nazionali di altri Stati membri - nonché dallo scambio di prove tra agenzie ed organismi⁵⁷. Allo stesso modo, quegli uffici legittimano Eurojust a "ricercare" informazioni (anche) attraverso l'accesso ai dati inseriti nel casellario giudiziario, nei registri delle persone arrestate, in quelli relativi alle indagini, nei registri della Direzione Nazionale Antimafia ed in altri registri di autorità pubbliche dello Stato di afferenza (art. 9 Reg.; 7 L. 41/2005).

Appare evidente il compito svolto dall'unità europea nell'assicurare che i dati nazionali possano essere oggetto di riferimento incrociato, stabilendosi connessioni tra diverse indagini penali. Specularmente, non può negarsi che tale funzione, svolta su richiesta delle autorità competenti o di propria iniziativa, con diverse modulazioni, abbia ricadute nel sistema delle indagini e dell'azione, in particolare, nell'impianto delle pre-investigazioni.

Questa opera di sintetica ricostruzione, a sua volta, svela la spiccata "idoneità giudiziaria" di quelle attività⁵⁸, rivelandosi capaci di diventare parte integrante, quando non determinante, del procedimento, ovvero, di costituire altrettanti presupposti dell'obbligo (art. 112 Cost.).

Invero, la pre-investigazione del pubblico ministero, lungi dal connotarsi in chiave amministrativa⁵⁹, insieme con gli atti tipici di indagine preliminare, è predisposta per le determinazioni inerenti all'azione penale. Lo dimostra la linea normativa degli artt. 335; 349; 350, commi 5 e 6, 326 c.p.p., presentan-

⁵⁵ Il riferimento è, tra gli altri, agli organismi di OLAF e di Frontex.

⁵⁶ Ci si riferisce, in particolare, alla Rete giudiziaria europea (RGE), alla Rete sul genocidio, alla rete delle Squadre investigative comuni (SIC) ed alla Rete giudiziaria europea per la criminalità informatica (EJCN).

⁵⁷ «quali Europol, OLAF, Frontex, EPPO»: Conclusione n. 10 delle "Conclusioni del Consiglio su Eurojust: l'unità europea di cooperazione giudiziaria nell'era digitale (2019/C412/04)", cit.

⁵⁸ Nonostante il Regolamento non attribuisca all'organismo alcuna funzione giudiziaria, ma solo di favorire la direzione delle indagini e delle azioni penali, avanzare istanze non vincolanti e proporsi come ausilio per la cooperazione e, dunque, di operare in via strumentale rispetto alle competenze delle autorità giudiziarie degli Stati.

⁵⁹ MAZZA, *La fase delle indagini preliminari nel "progetto Alfano" e il suo impatto sul sistema processuale vigente*, in *Cass. pen.*, 2009, 3265.

do la ricerca della notizia di reato e l'investigazione come fasi omogenee dello stesso procedimento; cosicché, unico si mostra il segmento degli artt. 326; 405; 125 disp. att.; 408, c.p.p., letto nel contesto dell'art. 112 Cost. indipendentemente dal momento formale della iscrizione della notizia di reato. In questi termini, anche la "ricerca" rientra in quella funzione e, di conseguenza, seppure solo in via di principio, nella sfera di controllo del giudice.

Sia nelle occasioni di mera direzione, che di impulso, è garantita l'indipendenza del pubblico ministero (artt. 101, 2° co. e 104, 1° co., Cost.), posto l'effetto non vincolante delle richieste provenienti da Eurojust e dirette alle competenti autorità nazionali. Allo stesso modo, nonostante le apparenti similitudini, detto coordinamento si mostra qualitativamente diverso dalle attribuzioni assegnate dall'art. 371 bis c.p.p. al Procuratore Nazionale antimafia e antiterrorismo, come, da tempo, ha chiarito la Corte costituzionale⁶⁰.

Di conseguenza, non sembrano proponibili nemmeno commistioni strutturali⁶¹.

In questo quadro, si propone la ricerca dell'ambito funzionale del ruolo di

⁶⁰ «In particolare, quanto alla funzione di «coordinamento», essa – contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente nel giudizio principale – è qualitativamente diversa da quella, di natura giudiziaria, affidata in Italia al Procuratore nazionale antimafia in base all'art. 371-bis del codice di procedura penale. È sufficiente al riguardo sottolineare che, nell'esercizio dell'attività di «coordinamento», l'Eurojust non dispone di poteri analoghi a quelli – ben più incisivi – propri del Procuratore nazionale, il quale può: a) applicare temporaneamente magistrati della Direzione nazionale e delle direzioni distrettuali antimafia; b) impartire ai procuratori distrettuali «specifiche direttive alle quali attenersi per prevenire o risolvere contrasti riguardanti le modalità secondo le quali realizzare il coordinamento nell'attività di indagine»; c) riunire «i procuratori distrettuali interessati al fine di risolvere i contrasti che, malgrado le direttive specifiche impartite, sono insorti e hanno impedito di promuovere o di rendere effettivo il coordinamento»; d) disporre «con decreto motivato [...] l'avocazione delle indagini relative a taluno dei delitti indicati nell'art. 51 co. 3-bis quando non hanno dato esito le riunioni disposte al fine di promuovere o rendere effettivo il coordinamento e questo non è stato possibile» (lettere b, f, g, h del co. 3 dell'art. 371-bis cod. proc. pen.): Corte cost., 6 aprile 2011, n. 136, cit.

⁶¹ In senso contrario, SALAZAR, *La risposta dell'Europa al crimine transnazionale*, cit., 445: «Qualora si consideri, finalmente, l'attività svolta dal membro nazionale e dal suo assistente rientrando nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, tale riconoscimento potrebbe attuarsi nel nostro ordinamento giuridico mediante la creazione, con apposita disposizione normativa, di due posti dell'organico giudiziario presso la sede dell'agenzia. In sostanza ciò accadrebbe collocando il membro nazionale di Eurojust e il suo assistente presso un già esistente ufficio requirente, per esempio presso la Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo, anche se con specifica e permanente destinazione allo svolgimento delle funzioni presso la sede di Eurojust all'Aia. Oppure lo si potrebbe collocare presso la Procura Generale della Corte di Cassazione,

in cui, tra l'altro, è inserita la DNA. Considerando, inoltre, la recente evoluzione delle competenze di quest'ultima, e la vicinanza del suo *modus operandi* a quello di Eurojust, appare preferibile la prima soluzione (che consentirebbe un interscambio diretto tra i due organismi), magari ampliando l'organico della Direzione e prevedendo bandi *ad hoc*, soprattutto per quanto riguarda le competenze tecniche e linguistiche».

Eurojust nel cono della pre-investigazione, posto che la dimensione europea del fenomeno produce un insieme di indirizzi e regole che potrebbero sembrare incompatibili con gli assetti normativi interni.

A questi fini, il primo profilo per iniziare a ragionare è il disposto degli artt. 2, § 3, incipit, 4§ 1, 8, Reg. 5, co. 2, lett. b) L. 41/2005 che, letto in combinazione con l'art. 330 c.p.p., legittima il pubblico ministero ad affidare all'autorità europea il compito di ricercare la notizia di reato, al quale essa ottempera attivando i poteri di cui all'art. 8 Reg., soprattutto quelli di natura informativa.

Il secondo fronte è rappresentato dagli artt. 2, § 3, ultima parte e 4, § 2, lett. a) Reg.; 5, co. 1 («obiettivi di impulso...delle medesime indagini e azioni penali») che autorizzano l'Agenzia ad attivarsi e ad esercitare le competenze di propria iniziativa. Nel primo caso, il pubblico ministero può disporre dei magistrati dell'unità europea per svolgere pre-investigazioni; nel secondo, è lo stesso membro nazionale ad esserne titolare. Messi insieme sul piano effettuale, i due corollari influenzano il contenuto del potere dell'accusatore e le ragioni dell'azione e, di questa, il concetto ed i limiti delle determinazioni del pubblico ministero

Si aggiunga una terza direzione ricavabile dal segmento degli artt. 4, § 2, lett. a), Reg. [«avviino...un'azione penale»]; 5, commi 1 e 2, lett. a), n. 1 [«valutare se...esercitare un'azione penale»], L. 41/2005, che, tuttavia, riguarda il diverso (seppure collegato) tema della «investigazione formale», tipica.

Specificamente, la richiesta di «esercitare un'azione penale», supponendo l'esistenza di una notizia di reato iscritta (artt. 330; 335, 326, 405, c.p.p.), si inserisce perfettamente nella logica delle indagini preliminari; che, tipizzando le situazioni in cui il comportamento è vincolato a condizioni autorizzative, riconosce al pubblico ministero ampi spazi di discrezionalità (*rectius*: libertà) rispetto al «tipo» ed al «modo» dell'indagine; e garantisce l'indagato ogniqualvolta la scelta dei «modi» incida sul diritto di difesa.

Ebbene, tra le fattispecie a forma libera rientrano l'assistenza, la collaborazione, il sostegno ed il coordinamento svolte dall'organismo nei confronti delle autorità giudiziarie nazionali in ordine alle indagini ed alle azioni penali; le quali concretizzano un «tipo di potere» che «promuove» (dal latino «promovere», che significa «provocare», «stimolare») l'azione penale. La domanda del magistrato europeo ne «produce» l'esercizio e, nello stesso tempo, la affida al pubblico ministero, che può rifiutarsi di eseguirla. Insomma, essa si atteggiava come un'atipica «condizione dell'azione», non anche come un «modus» per «istruirla», giammai sotto forma di azione sussidiaria o concorrente con quella spettante all'accusa.

Le stesse ragioni rendono compatibili con il sistema nazionale le pre-investigazioni rientranti nelle funzioni operative dell'organismo. Lo dimostra il combinato disposto degli artt. 112 Cost., 2, § 3, ultima parte; 4, § 2, lett. a), Reg. [«avviino...un'indagine»]); 5, commi 1 e 2, lett. a), n. 1 [«valutare se...avviare un'indagine»]), L. 41/2005; 330, 335, c.p.p.: l'istanza rivolta dal componente dell'unità europea all'autorità giudiziaria nazionale è di impulso - questa volta - all'iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. Le informative, rispondendo ai bisogni di assistenza giudiziaria⁶², diventano strumenti di acquisizione di specifiche notizie di reato⁶³, ovvero, di quei «fatti precisi» (art. 4, § 2, lett. a), Reg. o «fatti determinati» (art. 5, co. 2, lett. a), n. 1, L. 41/2005), aventi ad oggetto gli «Eurocrimes», che legittimano il primo magistrato a far sorgere, in capo al secondo, la opportunità (non l'obbligo) di adempiere alla regola di comportamento prescritta nell'art. 335 c.p.p.

In questi termini, il pubblico ministero riveste il ruolo di collettore dei risultati della ricerca della notizia di reato svolta dal magistrato europeo nell'ambito delle proprie prerogative «ufficiose»; ovvero (di collettore) della prospettazione del «fatto preciso» o del «fatto determinato» sviluppata attraverso l'analisi circolare di dati e di informazioni. Nella qualità, l'attività informativa diventa la fonte sovranazionale della notizia di reato, rappresentando il punto di partenza dell'investigazione «formale», dal quale il pubblico ministero, ricevuta la richiesta, acquisita la «notitia»⁶⁴ (art. 330 c.p.p.) comincia a ragionare dell'azione, fino a raggiungere (eventualmente) il punto di arrivo, rappresentato dall'«avvio» delle indagini. Sicché, in siffatto sistema, per i reati di cui all'allegato 1 del Regolamento, l'avvio della fase delle indagini preliminari potrebbe collocarsi nell'ambito della progressione delle situazioni facenti capo all'uno o all'altro magistrato: pre-investigazione «d'ufficio» del membro nazionale, richiesta di avviare le indagini, conoscenza del fatto reato da parte dell'autorità giudiziaria nazionale, eventuale iscrizione della notizia di reato nel registro ex art. 335 c.p.p., obbligo di dare avvio alle indagini preliminari.

Il fronte problematico inerisce alla situazione, del tutto diversa, in cui l'organo inquirente riveste un ruolo propulsivo nella ricerca dei fatti di reato, utilizzando le forme di assistenza giudiziaria in qualità di pre-investigazioni. Il disposto

⁶² Artt. 2, § 1, Reg. e 5, co. 1, L. 41/2005

⁶³ Legittimate dal paragrafo 3 dell'art. 2, dal paragrafo 2, lett. a) dell'art. 4, Reg.; dal co. 1 dell'art. 5 L. 41/2005.

⁶⁴ La cui idoneità fenomenica a prospettare la possibilità che sia stato commesso un «Eurocrimes» si evince dalla motivazione postavi a corredo.

degli artt. 2, § 3, incipit, 4§ 1, 8, Reg.; 5, co. 2, lett. b) L. 41/2005; 330, 335, co. 1, c.p.p., infatti, autorizza a ritenere legittimo il comportamento dell'autorità nazionale che affidi all'Agenzia l'approfondimento di uno specifico filone di indagine; e, dunque, ad autorizzare, seppure nell'ambito della competenza *ex art. 3 Reg.*, la selezione preventiva delle notizie di reato da verificare in vista dell'iniziativa penale. I risultati dell'attività informativa richiesta rappresentano altrettanti mezzi che il membro nazionale può legittimamente utilizzare per ricercare le notizie di reato, soddisfacendo la richiesta di assistenza dell'autorità nazionale.

Epperò - si chiarisce subito - le criticità non riguardano la legittimità del potere, dal momento che i riferimenti normativi sembrano dimostrare che il pubblico ministero abbia a disposizione strumenti che gli consentono di muoversi "secundum ius", sul piano interno e sovranazionale, alla ricerca di notizie di reato. Nemmeno investono la conseguenziale liceità delle attività investigative compiute prima dell'accesso al registro, sempre che una volta strutturata la notizia di reato, sia regolarmente iscritta, poiché il riconoscimento del potere di "ricercare" non autorizza comportamenti dispositivi dell'obbligo di cui all'art. 335, co. 1, c.p.p.

Il distinguo tra il "valore" dei singoli comportamenti è di facile intelligibilità. La condotta autorizzata dall'art. 330 c.p.p. è situazione disponibile, si manifesta in termini di onere, in quanto l'iniziativa d'ufficio coincide con il potere del pubblico ministero di disporre del "modus" di avviare il procedimento, riconoscendogli uno spazio di discrezionalità nella scelta delle "forme", ovvero, della "metodologia procedimentale" di acquisizione della notizia. Diversamente, l'art. 335 c.p.p. che, investendo l'"an" delle indagini preliminari, è situazione costitutiva⁶⁵ indisponibile, ponendo la regola di condotta in capo all'accusa in termini di doverosità ed escludendo scelte di opportunità. Tale obbligatorietà è tanto più avvertita se si consideri la prospettiva procedimentale della condotta: il combinato disposto dell'art. 112 Cost. e 335, co. 1, c.p.p. esclude la possibilità di affidare al pubblico ministero una valutazione circa la convenienza di iscrivere la notizia di reato acquisita nel registro dedicato⁶⁶. Un

⁶⁵ In senso contrario la Corte costituzionale, secondo cui l'iscrizione ha natura ricognitiva di un dato procedimentale potenzialmente preesistente e non costitutiva dello *status* di persona sottoposta alle indagini; che, quando non emerge direttamente dalla notizia di reato, si acquisisce prima e a prescindere dall'iscrizione, in virtù della direzione soggettiva assunta dall'attività investigativa.

Ex multis, Corte cost., 22 luglio 2005, n. 307; Id., 22 luglio 2005, n. 306; Id., 1o aprile 1998, n. 94; Id., 18 ottobre 1996, n. 350; Id., 8 ottobre 1996, n. 337; Id., 10 giugno 1994, n. 239; Id., 30 dicembre 1993, n. 485; Id., 10 febbraio 1993, n. 48; Id., 15 aprile 1992, n. 174; Id., 27 novembre 1991, n. 436.

⁶⁶ Fa eccezione - ma si tratta pur sempre di una discrezionalità normativamente guidata dagli artt. 335;

ragionamento differente, posto che l'atto è il prodromo del procedimento e delle conseguenti determinazioni in ordine all'azione (artt. 326; 50, co. 1 [125 disp. att.], c.p.p.), eluderebbe indirettamente il canone della obbligatorietà che, pur non postulando una automatica consequenzialità tra notizia e processo, nega al legislatore di riconoscere all'accusa un potere decisionale "libero" sulla "res iudicanda".

L'ultima situazione può generare patologie, non la prima. Si vedrà.

Con questo approccio si legge la giurisprudenza consolidata. Quando la Corte di cassazione stabilisce che «gli eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se abnormi, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'articolo 407, co. 3, c.p.p.»⁶⁷, sembra voglia ammettere, seppure implicitamente, che le pre-investigazioni, riguardo alla legittimazione all'atto, non determinano frizioni tra lo schema legale dell'art. 330 c.p.p. ed il comportamento processuale del pubblico ministero. Anzi, dichiarando quelle attività utilizzabili, escluderebbe che esse siano viziate nel modo di produzione.

Si aggiunga che, nel caso di specie, la ricerca della notizia di reato deve ritenersi ulteriormente ammessa, in quanto, al riconoscimento normativo (di valenza generale), si associa la circostanza che le "indagini" non incidono su valori costituzionalmente protetti, quali, ad esempio, il diritto di difesa. Anzi, l'art. 31, § 1, Reg. garantisce all'indagato («interessato») il diritto di accesso ai dati personali operativi che lo riguardano trattati da Eurojust nell'esercizio dei suoi compiti⁶⁸.

In questi termini, appare chiaro che nel contesto sovranazionale, la norma processuale interna (l'art. 330 c.p.p.) previsiva della pre-investigazione perde la connotazione di "eccezionalità", o, comunque, di situazione strettamente collegata e condizionata alla immediatezza della iscrizione, a favore del carattere della ordinarietà.

Senonché, se non si discute la plausibilità dell'"alterazione" del sistema del pre-procedimento - che l'ordinamento interno ha costruito, indirizzandolo ad eliminare condotte, sì dispositive (art. 330 c.p.p.), ma altrettanto condizio-

347; 408; 109 disp. att., c.p.p. - il potere-dovere del pubblico ministero di cestinazione delle informazioni che non costituiscono notizie di reato; le quali non devono essere iscritte nel "modello 21", essendo destinate al "registro delle notizie non costituenti notizia di reato" o modello 45.

In generale, MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero*. Tra notizia di reato ed effetti procedimentali, Padova, 2001, 382 ss.

⁶⁷ A partire da Cass., SS. UU., 24 settembre 2009, n. 40538, in *CED Cass.*, n. 244376, fino a Cass., III, 9 maggio 2019, n. 36381.

⁶⁸ Cfr., art. 80 Reg. UE 2018/1725.

nate dai bisogni della legalità nelle strategie investigative del pubblico ministero - occasionata dalle esigenze di risposta "condivisa" al fenomeno della criminalità sovranazionale che, perciò, si inserisce nelle linee politiche privilegiate dalla cooperazione giudiziaria penale tra autorità interne ed europee. Se non si mette in discussione la validità normativa della "rimodulazione" di alcune categorie giuridiche, non appare di marginale risalto il rischio di arretramento delle garanzie poste a presidio delle situazioni giuridiche soggettive dell'indagato. Autorizzare il pubblico ministero interno ad affidare di fatto la ricerca della notizia di reato all'autorità europea, senza poter escludere (anzi, autorizzandolo) a servirsene, quale effetto di ritorno, per l'inizio delle indagini interne, lascia sopravvivere dubbi circa il concreto allineamento delle scelte legislative europee con le linee espressive del rapporto, obbligato, di immediatezza con la relativa iscrizione nel registro dedicato. Perplessità di non poco momento, posto che l'attività del membro Eurojust si inserisce, in questo caso determinandola, nella progressione degli eventi procedurali interni.

6 (segue). Patologie "sovranazionali" e potenziali rimedi "interni".

Ebbene, il difetto riguarda, (anche) sul versante sovranazionale, il vizio nell'uso dell'obbligo di iscrizione della notizia di reato, che ferisce la immenza della relazione con la ricerca della notizia stessa.

Specificamente, la patologia - che ha non negabili ricadute interne - origina nel versante unionale, derivando da condotte "anomale" del membro nazionale. Fenomeno che potrebbe accadere tutte le volte che egli spinga le attività "informative" indefinitamente nel tempo, pur in presenza di una notizia di reato acquisita, posto che solo quando l'autorità nazionale sottoponga l'invio delle informazioni al rispetto di un determinato termine, questi è tenuto a rispettarlo. Pertanto, è concreto il rischio di una iscrizione tardiva quale effetto di altra irregolarità, indipendente dalla discrezionalità del magistrato nazionale rispetto alla tassatività della regola di comportamento; anche se, soltanto quella afferente alla relazione acquisizione-iscrizione rappresenta un'aporìa del sistema, in quanto solo essa è regola tecnica per il procedimento che, riconnettendosi direttamente alla tenuta della legalità delle indagini preliminari, comporta un arretramento delle garanzie procedurali.

Si ragiona sul combinato disposto degli artt. 335, co. 3, 335, co. 1, 109 disp. att., 407, co. 3 c.p.p. che, imponendo al pubblico ministero l'obbligo di comunicazione delle iscrizioni previste dai commi 1 e 2 dell'art. 335 c.p.p. - sia pure a condizione che non si proceda per uno dei delitti di cui all'art. 407.2, lett. a), c.p. e che vi sia la richiesta dell'interessato - riconosce all'indagato (ed alla persona offesa) il diritto alla conoscenza del fatto reato fin dal momento

in cui nasce l'onere della iscrizione in capo all'accusa, ovvero, immediatamente al pervenire o all'acquisizione del fatto reato. A sua volta, l'art. 407, co. 3, c.p.p. stabilisce una relazione tra termini (finali) delle indagini preliminari ed inutilizzabilità degli atti compiuti dopo la loro scadenza, che garantisce l'indagato da comportamenti "viziati" del pubblico ministero. Di conseguenza, l'impossibilità di estendere le regole in via interpretativa a situazione diversa da quelle descritte nella linea normativa – nello specifico, ai rapporti tra termini iniziali ed inutilizzabilità degli atti a monte della iscrizione – lascia l'indagato privo di tutela nel caso di iscrizione tardiva, nonostante la violazione del diritto procedurale si determini negli stessi confini in entrambe le ipotesi⁶⁹.

Si ripropone così la questione della possibilità di individuare, per via interpretativa – difettando una esplicita previsione normativa –, eventuali itinerari correttivi del segmento viziato, capaci di recuperare la liceità del procedimento. Non sono stati risolutivi gli interventi della Corte costituzionale sul punto, nonostante, in più occasioni, diverse autorità giudiziarie avessero sospettato di illegittimità costituzionale la disciplina dei termini delle indagini, nella parte in cui non è prevista la possibilità di farne retroagirne la decorrenza. Difatti, malgrado talune puntualizzazioni circa la natura ricognitiva degli atti compiuti prima della formale iscrizione⁷⁰, il Giudice non ha offerto risposte nel merito,

⁶⁹ La Cassazione ha precisato che l'omessa annotazione della "notitia criminis" nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p., con l'indicazione del nome della persona raggiunta da indizi di colpevolezza e sottoposta ad indagini contestualmente ovvero dal momento in cui esso risulta, non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento dell'effettiva iscrizione nel registro, poiché, in tal caso, il termine di durata massima delle indagini preliminari, previsto dall'art. 407 c.p.p., al cui scadere consegue l'inutilizzabilità degli atti di indagine successivi, decorre per l'indagato dalla data in cui il nome è effettivamente iscritto nel registro delle notizie di reato, e non dalla presunta data nella quale il pubblico ministero avrebbe dovuto iscriverla. L'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indiziari e non di meri sospetti, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del pubblico ministero ed è sottratto, in ordine all'"an" e al "quando", al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del pubblico ministero negligente: Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, in *Mass. Ull.*, n. 216248.

⁷⁰ Corte cost., 22 luglio 2005, n. 307 ha chiarito, in una prospettiva condivisibile, che l'iscrizione ha natura ricognitiva di un dato procedimentale potenzialmente preesistente e non costitutiva dello *status* di persona sottoposta alle indagini; che, quando non emerge direttamente dalla notizia di reato, si acquisisce prima ed a prescindere dall'iscrizione, in virtù della direzione soggettiva assunta dall'attività investigativa. Pertanto, nell'ipotesi in cui il pubblico ministero procrastini indebitamente l'iscrizione nel registro, il problema attiene unicamente all'artificiosa dilazione del termine di durata massima delle indagini preliminari, vale a dire alla possibile elusione della sanzione di inutilizzabilità che colpirebbe, ai sensi dell'art. 407, co. 3, c.p.p., gli atti di indagine collocati temporalmente a valle della scadenza del predetto termine computato a partire dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata, non anche quelli a monte della iscrizione.

avendo, nelle varie occasioni, reputato inammissibili le questioni⁷¹, nonostante apparisse (ed appaia) palese l'offesa del diritto di difesa dell'indagato e, dunque, scorretto l'uso del potere discrezionale del legislatore. Tanto, inoltre, si è verificato quantunque il modello da adoperare per rimediare si presentasse come una sentenza additiva, che avrebbe ripristinato immediatamente la legalità costituzionale senza produrre vuoti e, soprattutto, senza attendere un intervento del legislatore. Provvedimento, peraltro, che non v'è stato nel 2017⁷², nonostante l'intervento sugli artt. 1, co. 2 e 6 D.lgs. 106/2006, limitandosi ad inserire tra i compiti del pubblico ministero quello di assicurare l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato e, tra quelli del procuratore generale, la verifica di tale adempimento; né v'era stato nel 2014⁷³ in occasione dell'attuazione della direttiva europea 2012/13/UE⁷⁴. Eppure, allora, colmare il vuoto di tutela offrendo una garanzia rafforzata, ma soprattutto effettiva, del diritto all'informazione sull'accusa in tutto il corso del processo, soprattutto nelle sue fasi iniziali, sarebbe stato opportuno (*rectius*: imposto dall'art. 117, 1° co., Cost.) anche alla luce degli obblighi assunti dal legislatore sul piano internazionale rispetto all'art. 6, § 3, lett. a), CEDU⁷⁵, oltre

⁷¹ Corte Cost., 22 luglio 2005, n. 306; Id., 1 aprile 1998, n. 94; Id., 18 ottobre 1996, n. 350; Id., 8 ottobre 1996, n. 337; Id., 10 giugno 1994, n. 239; Id., 30 dicembre 1993, n. 485; Id., 10 febbraio 1993, n. 48; Id., 15 aprile 1992, n. 174; Id., 27 novembre 1991, n. 436.

⁷² Legge 23 giugno 2017, n. 103, in *G.U., serie generale*, 4 luglio 2017, n. 154.

⁷³ D. lgs. 1 luglio 2014, n. 101, in *G.U.*, n. 164 del 17 luglio 2014.

⁷⁴ Direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *G.U.C.E.*, L. 142/1 del 1 giugno 2012.

«La disciplina è completata dall'art. 6 della Direttiva n. 2012/13/UE, che declina il "diritto all'informazione nei procedimenti penali", prevedendo tre accezioni: il diritto all'informazione sui diritti, quello sull'accusa ed il diritto di accesso alla documentazione relativa all'indagine. Sicché, nella prospettiva europea, l'indagato e l'imputato godono, rispettivamente, di un doppio livello di informazione relativamente all'accusa: una prima ed immediata informazione riguarda il fatto di reato, la "notitia criminis" (6.1 dir.: "Tali informazioni sono fornite tempestivamente") - e qui rientra il diritto *ex art.* 335.3 c.p.p. -; la seconda attiene l'accusa, da comunicare al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione (art. 6.3 dir.: "al più tardi al momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria"): DI MARCO, *Sistema processuale e garanzie europee*, cit., 459.

⁷⁵ Tra le molte, a partire da Corte eur., 19 dicembre 1989, Brozicek c. Italia; Id., 12 ottobre 1992, T. c. Italia; Id., 5 maggio 1995, Air Canada c. Regno Unito; Id., 25 marzo 1999, Pelissier e Sassi c. Francia; Id., 1 marzo 2001, Dallos c. Ungheria; Id., 26 settembre 2006, Miraux c. Francia; Id., 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia; Id., 25 settembre 2008, Seliverstov c. Russia; Id., 9 ottobre 2008, Abramyan c. Russia; Id., 7 gennaio 2010, Penev c. Bulgaria; Id., 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria; Id., 5 marzo 2013, Geis c. Spagna.

In dottrina, DI MARCO, *Sistema processuale e garanzie europee. Legislatori e giurisdizione a proposito di iscrizione tardiva delle notizie di reato nel registro ex art. 335 c.p.p.*, in *Giust. Pen.*, 2018, 455.: «La collocazione a monte del catalogo dei diritti attribuiti all'indagato denota il rilievo primario dell'interesse alla conoscenza dell'accusa, il cui soddisfacimento condiziona in maniera determinante l'effettivo ed efficace svolgimento di qualsiasi attività difensiva, rappresentandone il *prius* logicamente necessario».

che su quello europeo.

Allo stato dell'arte, perciò, conservano potenzialità persuasive i riferiti approdi giurisprudenziali⁷⁶, che, a più riprese, ribadendo come il combinato disposto degli artt. 335 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p. escluda il sindacato del giudice per le indagini preliminari, precludendogli di retrodatare l'iscrizione della notizia nel registro dedicato, hanno espresso la necessità di individuare «un giudice e un procedimento che consentisse l'adozione di un qualche provvedimento surrogatorio»; operazione consentita «soltanto per legge, risultando indispensabili sia la precisa indicazione di attribuzioni processuali di tale giudice, sia una disciplina del rito secondo il quale inscenare un simile accertamento incidentale»⁷⁷.

L'unico rimedio ipotizzabile la Corte di cassazione lo individua nella possibilità di eccepire eventuali profili di responsabilità disciplinare e penale in capo all'accusa⁷⁸. Si tratta, tuttavia, di una soluzione riduttiva, non soltanto dovendosi tener conto del circoscritto perimetro della lett. q), dell'art. 2 del D.lgs. 109 del 2006⁷⁹, quanto della circostanza, non negabile, che «in ogni caso, la declaratoria di responsabilità inciderebbe sulla sfera personale del pubblico ministero, ma non ripristinerebbe le situazioni giuridiche dell'indagato violate

⁷⁶ Cass., SS. UU., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.; Id., SS. UU., 21 giugno 2000, n. 16, *ivi*, n. 216248. Conformative, da ultime, Cass., I, 7 novembre 2019, n. 5445; Id., I, 16 maggio 2019, n. 40122; Id., III, 16 aprile 2019, n. 39952; Id., VI, 14 novembre 2018, n. 4844; Id., V, 4 ottobre 2018, n. 10285; Id., IV, 25 settembre 2018, n. 48548; Id., II, 19 luglio 2018, n. 44209; Id., V, 26 giugno 2018, n. 31692; Id., V, 13 giugno 2018, n. 51743.

È isolata, in senso contrario, Cass. II, 31 gennaio 2008, n. 4974, in *Cass. pen.*, 2008, 3244.

⁷⁷ Cass., SS. UU., Cass., SS. UU., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.; Id., II, 7 giugno 2016, n. 38348; Id., VI, 4 dicembre 2009, n. 2261, in *CED Cass.*, n. 245850; Id., VI, 29 gennaio 2015, n. 14040, *ivi*, n. 17632.

⁷⁸ In tema di responsabilità disciplinare dei magistrati, le Sezioni unite civili della Corte di Cassazione (21 settembre 2006, Chiuri c. ministero della Giustizia) hanno stabilito che costituisce violazione dei compiti-doveri del PM, la mancata iscrizione immediata nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. del nome della persona alla quale il reato è attribuito: «si tratta infatti di un adempimento che, pur presupponendo, per gli effetti che ne derivano, la completa identificazione della persona, ai fini della quale non è sufficiente la semplice indicazione del nome e del cognome, non ha carattere meramente formale, e non è quindi surrogabile dall'iscrizione nel registro relativo a «persone note da identificare» (cd. mod. 21). Costituisce poi apprezzamento di merito, insindacabile in sede di legittimità ove sorretto da motivazione congrua, la valutazione dell'idoneità di tale violazione ad integrare un illecito disciplinare, non risultando credibili le giustificazioni addotte dal magistrato, e prospettandosi l'omissione o il ritardo dell'adempimento in questione come la conseguenza di comportamenti connotati da scarso impegno e insufficiente ponderazione o da approssimazione e limitata diligenza».

⁷⁹ Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, co., lett. f), L. 25 luglio 2005, n. 150", in G.U. n. 67 del 21 marzo 2006.

dal comportamento dell'accusa»⁸⁰.

In un isolato arresto, il giudice della legalità ha riconosciuto al giudice del merito il potere di sindacare la determinazione del "dies a quo" delle indagini preliminari, limitandolo, tuttavia, al caso in cui il pubblico ministero abbia proceduto ad una nuova iscrizione di uno stesso fatto di reato già iscritto⁸¹.

La dottrina, al contrario, parte da una prospettiva ermeneutica opposta, collocando la garanzia dalle "patologie" derivanti da ritardi del pubblico ministero rispetto all'obbligo di procedere immediatamente alle iscrizioni delle notizie di reato, nell'area del controllo giurisdizionale e, di conseguenza, riconoscendo al giudice la possibilità di individuare autonomamente il momento in cui il pubblico ministero avrebbe dovuto procedere all'iscrizione, imponendogli la retrodatazione⁸².

Rispetto a queste esperienze (giurisprudenziale e dottrinale), di cui si sono delineati i tratti salienti ed i principi-guida, ci si muove su logiche differenti.

Si censurano le soluzioni dottrinali (e quelle sovrapponibili del disegno di legge sulla riforma del processo penale⁸³), prevedendo accostamenti analogici non consentiti dalla natura costitutiva delle norme attributive della competenza giurisdizionale e dalla struttura rigida dell'art. 407, co. 3, c.p.p.; e, non da ultimo, offrendo soluzioni che non mostrano effettività sul piano delle garanzie.

Il meccanismo di controllo da affidare al giudice per le indagini preliminari, infatti, se elimina il rischio di rimettere alle scelte discrezionali del pubblico ministero la concreta determinazione dei tempi processuali, non chiarisce il

⁸⁰ DI MARCO, *Sistema processuale e garanzie europee*, cit., 453.

⁸¹ Cass., VI, 9 maggio 2017, n. 29151.

⁸² È propositivo, da ultimo, INSOLERA, *Sul controllo della tempestiva iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2018, 1364.

Nella direzione opposta, GALANTINI, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 23 settembre 2019.

Sul dibattito "antico" tra le correnti, CAPRIOLI, INSOLERA, ORLANDI, *La ricerca della notizia di reato da parte dell'accusatore*, in *Criminalia*, 2012, 437 ss.

Nel vigore del codice abrogato, si rinvia al dibattito a tre voci tra FERRUA, *L'iniziativa del pubblico ministero nella ricerca della notizia criminis*; NOBILI, *Il magistrato in funzione di polizia tributaria: una ulteriore "supplenza" conforme alle norme vigenti?*; TRANCHINA, *Il pubblico ministero "ricercatore" di notizie di reato: una figura poco rassicurante per il nostro sistema*, in *Leg. pen.*, 1986, 313 ss.

⁸³ Nel Consiglio dei Ministri n. 29 del 13 febbraio 2020, il Governo ha approvato un disegno di legge recante "Deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso la Corte d'appello".

Nel comunicato stampa del Governo, si legge: «(...) Tra gli elementi più significativi: (...) l'introduzione della valutazione del giudice in merito alla eventuale retrodatazione dell'iscrizione dell'indagato nell'apposito registro e la conseguente sanzione di inutilizzabilità degli atti di indagine effettuata a termini già scaduti».

problema della validità degli atti compiuti precedentemente alla iscrizione ai sensi dell'art. 335 c.p.p., i cui effetti continuerebbero a riverberarsi sull'imputato, in quanto la sanzione invaliderebbe soltanto quelli collocati temporalmente dopo la scadenza del termine prevista dal co. 2 dell'art. 405 c.p.p., computato a partire dal momento in cui la registrazione avrebbe dovuto essere effettuata e non anche quelli precedenti. In tal modo, il provvedimento giudiziale volto a superare la inerzia del pubblico ministero costituirebbe un rimedio alla illiceità degli atti compiuti a monte dell'annotazione, mentre andrebbe ad invalidare soltanto quelli il cui compimento, pur avendo rispettato i parametri normativi previsti per gli atti di indagine, abbia superato il limite temporale previsto dalla norma.

Viceversa, si condividono parzialmente le soluzioni del diritto giurisprudenziale.

Intanto, va ribadito che l'inosservanza dell'obbligo di iscrizione è vizio funzionale con ricadute strutturali; ferisce il sistema di situazioni giuridiche soggettive protette dal combinato disposto degli artt. 335, co. 3; 335, co. 1; 407, co. 3 c.p.p. che riconosce all'indagato il diritto alla conoscenza del fatto reato fin dal momento in cui nasce l'onere in capo all'accusa, ovvero, immediatamente al pervenire o all'acquisizione della notizia di reato ed al Procuratore generale il dovere di vigilanza sulla «osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato da parte del suo ufficio» (art. 1, co. 2, d. lgs., n. 106 del 2006). Il "vulnus" non può essere riparato dal "rimedio interno", in quanto la natura prescrittiva dell'art. 407, co. 3, c.p.p. e la espressa predisposizione della inutilizzabilità nella fattispecie normativa riferita soltanto agli atti compiuti a valle della scadenza del termine di durata delle indagini preliminari (non prorogato) ne impediscono la estensione in situazioni in cui non v'è esplicita previsione. Invero, nell'ipotesi in cui il pubblico ministero procrastini indebitamente l'iscrizione nel registro, il problema attiene unicamente all'artificiosa dilazione del termine di durata massima delle indagini preliminari, vale a dire alla possibile elusione della sanzione di inutilizzabilità che colpirebbe, ai sensi dell'art. 407, co. 3, c.p.p., gli atti di indagine collocati temporalmente a valle della scadenza del predetto termine computato a partire dal momento in cui l'iscrizione avrebbe dovuto essere effettuata, non anche quelli posti a monte.

La distanza rispetto alla "filosofia" della Cassazione si svela soprattutto in punto di metodo: quando si ragiona per principi, i rimedi sono nel sistema e la *quaestio* si risolve per via interpretativa; viceversa, l'approccio si rivela impraticabile, qualora ai principi devono seguire le regole per renderli effettivi.

Le criticità del profilo di merito, invece, si sono evidenziate altrove⁸⁴; oggi, quegli itinerari argomentativi si alimentano di nuove riflessioni, che definiscono ulteriormente le scelte operate allora per stigmatizzare le offerte ermeneutiche di una giurisprudenza che si ripropone pedissequamente in quella attuale, rendendo l'approccio metodologico non una mera ripetizione di cose già dette, quanto la contestualizzazione di osservazioni critiche ancora corroborate nel sistema.

Bisogna fare ordine nel sistema. Innanzitutto, è necessario stabilire se il controllo sulla iscrizione rientri nella competenza funzionale del giudice, avendo già chiarito la natura "procedimentale" dell'attività pre-investigativa, e, dunque, la possibilità, in via di principio, di estendersi i parametri normativi propri delle indagini preliminari; infine, bisogna decidere se il legislatore abbia previsto altrettanti poteri giurisdizionali di intervento per assicurarne la effettività. Ci si deve domandare, cioè, se appare normativamente supportata la teoria secondo cui il giudice possa ordinare al pubblico ministero la retrodatazione coattiva della notizia di reato, qualora riscontri una anomalia rispetto alla regola dell'immediatezza stabilita dall'art. 335, co. 1, c.p.p., sussistendone il presupposto ontologico.

S'è detto, la giurisprudenza esclude entrambe, avvertendo il bisogno della legislazione; il legislatore, inavvertitamente, non se ne occupa; la dottrina ammette *tout court* la seconda.

La nostra ottica è diversa: se la "ricerca" della notizia partecipa della natura investigativa delle indagini preliminari e, nella qualità, è presupposto dell'obbligo previsto dall'art. 112 Cost., essa rientra nella naturale funzione di garanzia del giudice, risentendo degli effetti del principio che affida alla giurisdizione la salvaguardia della legalità delle indagini preliminari nel suo complesso.

La questione è semantica e trova soluzione nella linea normativa degli artt. 335, 349, 350, commi 5 e 6, c.p.p., dalla quale appare chiaro che la iscrizione nel registro delle notizie di reato, pur determinando l'operatività di una serie di norme altrimenti inapplicabili, non può impedire di considerare entrambe le fasi - quella della "pre-iscrizione" e quella della "post-iscrizione" - come omogenee, avendo le stesse contenuto investigativo e perseguendo la medesima finalità. Specificamente, la loro unitarietà strutturale - e, dunque, la possibilità di estendere alla prima le garanzie previste per la seconda - dipende dalla finalità che entrambe perseguono, dimostrata dal combinato disposto

⁸⁴ FALATO, *Gli effetti dell'inosservanza dell'obbligo di iscrizione*, in *Giur. it.*, 2010, 1407 ss.

degli artt. 112 Cost., 326, 405, 125 disp. att., 408, c.p.p. e dalla collocazione dell'art. 112 Cost. tra le «norme sulla giurisdizione». L'una e l'altra, configurano l'azione come onere dell'accusa e, quindi, nella funzione, quale situazione comprendente tutte le attività ordinate al fine dell'esercizio della giurisdizione. Sicché, tutti gli atti compiuti dal pubblico ministero, indipendentemente dal momento formale della iscrizione della notizia, costituiscono il presupposto dell'obbligo e si proiettano in funzione delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale. Non sfugge la pre-investigazione che, in questi termini, costituisce "indagine preliminare" vera e propria, nonché presupposto dell'obbligo previsto dall'art. 112 Cost., atteso l'innegabile collegamento funzionale tra comportamenti. Quel legame, a sua volta, riflettendo sull'azione, determina il controllo giurisdizionale anche sulle prime. Di qui, la possibilità di estendervi, tra gli altri, gli effetti garantisti scaturenti soprattutto dalle interazioni tra legalità del procedimento e sistema sanzionatorio.

Epperò, la tassativa tipizzazione dei compiti di istituto⁸⁵ affidati al giudice dall'art. 328 c.p.p. nega all'interprete la libertà di attribuire alla disposizione prerogative per comportamenti non specificamente *ivi* previsti, nonostante, in via di principio, essi siano desumibili dal sistema e sebbene lo stesso sistema preveda occasioni per realizzarle.

Si ragioni sugli artt. 335, co. 3, c.p.p.; 110 e 110 bis disp. att.; 406, co. 3, c.p.p.; sull'art. 415 bis, co. 2, c.p.p.; sul combinato disposto degli artt. 419, co. 2, 416, co. 2, c.p.p.; 131 disp. att.; 420 c.p.p.⁸⁶. Il meccanismo di comunicabilità delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato (artt. 335, co. 3, c.p.p.; 110 e 110 *bis* disp. att.; 406, co. 3, c.p.p.), come pure l'avvertimento della facoltà dell'indagato (e del suo difensore) di prendere visione degli atti di indagine che segue all'avviso della conclusione delle indagini preliminari (art. 415 *bis*, co. 2, c.p.p.) offrono al soggetto interessato altrettante possibilità di compulsare il giudice a controllare il momento di insorgenza dell'obbligo di iscrizione prima della chiusura delle indagini preliminari ed evitano che il pubblico ministero si determini in ordine all'esercizio dell'azione penale sulla base di atti - o di alcuni di questi - potenzialmente dichiarabili inutilizzabili. Il compimento per la prima volta delle formalità di accertamento della regolare costituzione delle parti nell'udienza preliminare rappresenta il segmento procedurale che fornisce alla parte interessata l'occasione per chiedere al giudice

⁸⁵ Ovvero, «le situazioni normative che attribuiscono specifica ed esclusiva competenza ad un singolo giudice per atti determinati»: RICCIO, voce *Competenza funzionale* (dir. proc. pen.), in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XI, 2003, 2.

⁸⁶ FALATO, *Gli effetti dell'inosservanza*, cit., 1408.

la richiesta di verifica della corretta iscrizione della notizia di reato. La difesa, inoltre, avendo potuto prendere visione del fascicolo del pubblico ministero, nel momento processuale indicato, avrà a disposizione tutti gli elementi per sollevare a ragion veduta l'eccezione di inutilizzabilità degli atti compiuti dopo lo scadere del termine computato a seguito della corretta datazione della iscrizione (artt. 419, co. 2, 416, co. 2, c.p.p.; 131 disp. att.; 420 c.p.p.).

Pertanto, non è corretto sostenere, come fa la giurisprudenza, che «non esiste nel sistema nè un principio di sindacabilità degli atti preliminari del pubblico ministero, nè un altrettanto generalizzato compito di garanzia affidato al giudice per le indagini preliminari»; laddove, al contrario, è condivisibile – ma la ragione della preclusione non è consequenziale – che «si tratta di un giudice “per” le indagini e non “delle” indagini, il quale non governa l’attività investigativa nè è chiamato a controllarla, svolgendo funzioni “intermittenti”, che sono soltanto quelle previste dall’ordinamento»⁸⁷.

Qui, non altrove, viene in rilievo il bisogno della legislazione.

Insomma, deve essere il legislatore a disciplinare il “modus” in cui il potere di controllo sulla validità della iscrizione – già fisiologicamente rientrante nelle attribuzioni del giudice per le indagini preliminari – debba trovare estrinsecazione, in quanto, per dare concretezza al principio di durata limitata delle indagini non è essenziale codificare l’intervento del giudice in forma di verifica – peraltro, s’è visto, già presente nella struttura del modello –, ma serve individuare il sistema di impulso dell’iscrizione riservata al pubblico ministero per il caso in cui esista un “disaccordo” sul momento di iscrizione della notizia di reato. In altri termini, bisognerebbe prevedere una norma che specificamente riconoscesse al giudice il potere di ordinare al pubblico ministero di retrodatare, ove necessario, la iscrizione medesima al momento nel quale doveva essere effettuata, rendendo così applicabile, anche a questa ipotesi, la garanzia espressa nel co. 3 dell’art. 407 c.p.p.

Tanto, soprattutto alla luce del recentissimo arresto della Corte di cassazione che ha riconosciuto – sulla base di un parere tecnico redatto da un professionista appartenente al medesimo ambito professionale del difensore dell’imputato⁸⁸ (art. 121 c.p.p.) – «il diritto dell’imputato di conoscere la do-

⁸⁷ Cass., SS. UU., 24 settembre 2009, n. 40538, cit.; Id., V, 4 luglio 2017, n. 44909.

⁸⁸ Cass., II, 13 febbraio 2020, n. 17214: «All’esito di tale complessa ricostruzione il prof. Gaito evidenzia come l’indirizzo esegetico cui si è rifatto il Tribunale per motivare il rigetto – secondo il quale “il termine di durata delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il Pubblico Ministero ha iscritto nel registro delle notizie di reato il nome della persona cui il reato è attribuito, senza che al GIP sia consentito di stabilire una diversa decorrenza, sicché gli eventuali ritardi indebiti nella iscrizione tanto della notizia di reato quanto del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se abnormi, sono privi di conseguenze

cumentazione relativa alle iscrizioni a suo carico», la quale, seppure non è stata ritenuta funzionale a sindacare l'operato del pubblico ministero, quantomeno è stata dichiarata necessaria all'esercizio del diritto di difesa, poiché – si scrive – «solo conoscendo il *dies a quo* dell'iscrizione, indipendentemente dalla sua determinazione che rimane prerogativa del P.M., è possibile individuare la scadenza del termine delle indagini preliminari ed eccepire l'inutilizzabilità ex art. 407 co. 3 c.p.p.»⁸⁹.

agli effetti di quanto previsto dall'art. 407 terzo co. c.p.p., fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M. che abbia ritardato l'iscrizione" (S.U. 40538/2009, rv. 2443789) - non è condivisibile non potendosi ritenere sussistente in capo all'indagato, a fronte dell'esercizio da parte del P.M. di un potere attribuitogli dalla legge, una situazione soggettiva che si risolve nella "timida pretesa" che tale potere sia esercitato correttamente, senza alcuna possibilità di tutela; sottolinea che tale orientamento è scalfito dalla recente modifica dell'art. 1 c. 2 d. lgs. 106/2006 (ex art. 1 co. 75 L. 103/2017) che prevede tra le funzioni di vigilanza del Procuratore della Repubblica quella di assicurare l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato" da parte del suo ufficio, ammettendosi così un sindacato in ordine alle scelte del P.M., e da un recente approdo giurisprudenziale secondo il quale al Giudice è riconosciuto il potere di sindacare la determinazione del *dies a quo* delle indagini nel caso in cui l'inquirente abbia proceduto ad una nuova iscrizione di uno stesso fatto di reato già iscritto (Sez. 6, n. 29151/2017, rv. 270573). Anche la Corte Costituzionale (sentenza n. 198/1994) ha chiarito che "la qualità di persona sottoposta alle indagini non deve discendere dalle valutazioni soggettive dell'organo inquirente, dipendendo essa da dati oggettivi, spesso agevolmente riscontrabili sulla base degli atti ... qualsiasi comportamento omissivo addebitabile al pubblico ministero quanto al momento della individuazione della qualità di indagato potrà dar luogo a conseguenze di ordine processuale, ivi inclusa la possibilità di sindacare la concreta utilizzabilità della prova assunta senza la presenza del difensore". Aggiunge il prof. Gaito che nel caso di specie la questione non investe sic et simpliciter il ritardo nell'iscrizione della notizia di reato di associazione a delinquere (art. 416 bis c.p.) ma, ancor prima, il diritto dell'indagato di conoscere la documentazione relativa alle iscrizioni a proprio carico nel registro ex art. 335 c.p.p., posto che (...) come affermato da Sez. 6 n. 29151/2017, rv. 270573, "sono inutilizzabili le prove acquisite oltre il termine di durata delle indagini preliminari decorrente dalla data della prima iscrizione". Date queste premesse sarebbe erroneo ritenere, come ha fatto il Tribunale (e poi la Corte d'appello), che non sia possibile procedere alla verifica del corretto svolgimento dell'intera procedura di iscrizione, aggiornamento e proroghe, addossando alla difesa un onere di specificità della domanda che non poteva essere assolto, non essendo stata soddisfatta la preliminare richiesta difensiva di documentare la data e le modalità di iscrizione al registro generale dei singoli reati e l'attribuzione all'imputato nella cronologia delle singole iscrizioni».

⁸⁹ Cass., Sez. II, 13 febbraio 2020, n. 17214, cit.