

MISURE INVESTIGATIVE DEL PUBBLICO MINISTERO EUROPEO E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

di Fabio Cassibba

SOMMARIO: 1. «Questa sera si recita a soggetto». – 2. Il principio di proporzionalità nel Regolamento EPPO. – 3. Proporzionalità e criteri di scelta delle misure investigative. – 4. Poteri del pubblico ministero europeo e ruolo della camera permanente. – 5. Proporzionalità e controllo giurisdizionale interno. – 6. Due opposti rischi da evitare.

1. «Questa sera si recita a soggetto».

A quasi un secolo dalla sua prima rappresentazione, il dramma pirandelliano raffigura plasticamente la paradossale condizione in cui versa lo *European Public Prosecutor's Office* sul terreno investigativo: investito di un sicuro ruolo di prim'attore sulla scena sovranazionale e interna, ma costretto a recitare sulla base di un debole canovaccio normativo.

L'istituzione della Procura europea presenta un duplice «valore aggiunto», misurabile sul piano strettamente tecnico-giuridico e su quello politico¹. Dopo una lunga e travagliata fase d'incertezza rispetto alla sua stessa istituzione, il giovanissimo organo europeo si è già accreditato² come potente fattore capace di propiziare una più stretta integrazione europea, che andrà ben oltre la, pur ineludibile, esigenza di armonizzazione fra gli ordinamenti.

Non a caso, taluni Paesi, che non avevano aderito alla cooperazione rafforzata promossa il 3 aprile 2017 per istituire la Procura europea, stanno ora riconsiderando quella scelta. La conformazione del pubblico ministero europeo come «*one single Office*» ai sensi dell'art. 8 Regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017³ - pur con le sue articolazioni decentrate a livello nazionale - rende preferibile per gli ordinamenti statali l'opzione di esserne parte piuttosto che quella di “defezionare”. Al di là della «*sincere cooperation*» cui dovrebbero essere improntati i rapporti con la Procura europea da parte

¹ Così, J.A.E VERVAELE, *The European Public Prosecutor's Office (EPPO): Introductory Remarks*, in W. Geelhoed-L. H. Erkelens – A.W.H. Meij (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public prosecutor's Office*, Springer, 2018, p. 16 ss.

² Il cui ruolo è ulteriormente enfatizzato da un'accorta strategia mediatica, rilanciata dalle piattaforme istituzionali e *social* dell'EPPO: cfr., ad esempio, il *Report* del 24 marzo 2022 consultabile sul sito istituzionale dell'EPPO (<https://www.eppo.europa.eu/en/news/eppo-investigates-eu54-billion-worth-loss-eu-budget-its-first-7-months-activity>).

³ D'ora in avanti «Reg. EPPO».

degli Stati non aderenti alla cooperazione rafforzata e degli Stati terzi⁴, perseguire una strada di perdurante isolamento porterebbe gli organi nazionali, almeno nei casi di *cross-border investigations*, a subire il condizionamento sprigionato da indagini “eterocondotte” dall’organo di Lussemburgo⁵.

Se, dunque, il pubblico ministero europeo rappresenta l’indiscusso futuro protagonista dello “spazio penale” di libertà, sicurezza e giustizia, resta arduo delineare la fisionomia dei suoi poteri investigativi. Il regolamento EPPO – acerbo frutto dei compromessi e della marcia a tappe forzate che ha condotto alla sua approvazione⁶ – è ben lungi dal costituire un complesso normativo autosufficiente, a dispetto della sua veste formale: la «desolante povertà» normativa⁷ che affligge la disciplina delle «misure investigative» (art. 30 Reg. EPPO) a disposizione dell’EPPO, la rende inidonea a governare le prerogative dell’organo europeo volte ad espletare il relativo compito istituzionale reclamato dall’art. 1 Reg. EPPO.

Le misure considerate dall’art. 30 § 1 Reg. EPPO⁸ appaiono appena tratteggiate: la previsione introduce un complesso di norme di scopo, di stampo efficientistico – per vero, tipiche della normativa “processuale penale” dell’UE –, tese ad assicurare un’effettiva repressione dei reati che offendono gli interessi finanziari dell’Unione Europea, più che a soddisfare la tradizionale finalità delle previsioni penalistiche di uno Stato liberale di costituire un argine al potere pubblico. Da qui, evidenti rischi per il rispetto della *Rule of Law* e per la tenuta dei diritti fondamentali compresi dall’esercizio del potere investigativo della Procura europea.

In questo contesto sfuggente, il principio di proporzionalità – già espressamente considerato dall’art. 5 § 3 e 4 T.U.E. e dall’art. 49 § 3 e 52 § 1 C.D.F.U.E. e così come declinato negli art. 5 § 1 e 2 e 30 § 5 Reg. EPPO – rappresenta il vero baluardo della tutela dei diritti fondamentali: limita la discrezionalità del pubblico ministero europeo nella scelta degli strumenti investigativi⁹, e concorre a individuare le condizioni di ammissibilità della prova dallo stesso raccolta¹⁰. Al contempo, però, è evidente il

⁴ Cfr., da ultimo, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, London, 2022, p. 462 ss.

⁵ È vero che, quando uno o più degli Stati dell’Unione Europea in cui occorre compiere indagini transfrontaliere non sono parte della cooperazione rafforzata, operano gli “ordinari” strumenti di cooperazione giudiziaria in ambito probatorio, come l’ordine europeo d’indagine, dal momento che i medesimi Stati non sono vincolati dal regolamento EPPO (considerando 110 Reg. EPPO). Tuttavia, il pubblico ministero europeo che esercita la competenza resta sempre legittimato ad attivare gli ordinari strumenti di cooperazione, trovando come proprio interlocutore a livello nazionale l’autorità individuata in forza dell’art. 105 § 3 Reg. EPPO.

⁶ Cfr. L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 19 ottobre 2017; ID., *La Procura Europea alla vigilia dell’entrata in funzione*, in *Quest. giust.*, 17 aprile 2021.

⁷ T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l’innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, in *Aa.Vv., I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, 2015, p. 323.

⁸ Sempre sospese fra atti a contenuto “probatorio” e atti a contenuto, in senso lato, “cautelare”: basti il riferimento all’atipicità normativa propria di ogni «misura cautelare necessaria a preservare l’integrità o a evitare la perdita o l’inquinamento di prove» (art. 30 § 1 lett. a ultimo periodo Reg. EPPO).

⁹ Evidenziata, in più occasioni dalla Corte costituzionale: cfr., in particolare, Corte cost., sent. 8 settembre 1995 n. 420.

¹⁰ In ragione del giudizio necessariamente tripartito imposto dal principio in parola implica che il mezzo investigativo o probatorio sia proporzionato solo se: a) astrattamente idoneo ad assicurare il raggiungimento

contrasto fra la generalizzata previsione del principio di proporzionalità nelle fonti europee e il suo carsico emergere nell'ordinamento processuale penale interno, che fatalmente amplifica il ruolo del formante giurisprudenziale.

Si sa che il principio di proporzionalità è destinato a operare sul terreno pragmatico, in rapporto alla concretezza della vicenda giudiziaria. Tuttavia, se «la proporzionalità 'legale' è soggetta alla fisiologica sottoposizione alla proporzionalità 'giudiziale'»¹¹, la prima resta comunque ineludibile. Da qui, l'impulso verso una profonda armonizzazione dei poteri investigativi all'interno degli Stati che partecipano alla cooperazione rafforzata, in vista della quale la proporzionalità riveste un ruolo catalizzatore, come già accaduto in materia di ordine europeo d'indagine penale sulla scorta del principio sancito dall'art. 10 § 3 dir. 2014/41/UE.

2. Il principio di proporzionalità nel Regolamento EPPO.

In linea generale, l'art. 5 § 1 e 2 Reg. EPPO eleva la proporzionalità al rango di principio fondamentale, alla cui osservanza è tenuto il pubblico ministero europeo nelle sue articolazioni centrali e decentrate: posta accanto al dovere di rispettare i diritti sanciti dalla Carta di Nizza e le regole proprie di uno Stato di diritto, la proporzionalità integra un'indefettibile implicazione del principio di legalità europea¹². Inoltre, la proporzionalità viene declinata anche nella speciale previsione dell'art. 30 § 5 Reg. EPPO, volta a condizionare la scelta e le modalità esecutive delle misure investigative a disposizione della Procura europea, sull'ovvia premessa che l'indagine costituisce la fase in cui è maggiore il pericolo per i diritti di libertà dell'accusato e dei terzi¹³.

dello scopo; b) a tal fine necessario, ossia capace di comprimere nella misura minore il diritto fondamentale di volta in volta in gioco; c) ispirato al canone della «proporzionalità in senso stretto tra sacrificio imposto e fine perseguito, ... non potendosi mai giungere fino a comprimere in maniera intollerabile il diritto coinvolto» (G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Giuffrè, 2017, p. 238).

¹¹ N. GALANTINI, ['Diritti cautelari' e restrizione della libertà personale nella logica della proporzionalità](#), in questa *Rivista*, 30 giugno 2022.

¹² Cfr., per tutti, M. CAIANIELLO, [Il principio di proporzionalità nel procedimento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, p. 148 ss.; M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, in *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano, 2017, p. 72 ss.; R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 85.

¹³ Sul tema, da diversi punti di vista, L. BACHMAIER WINTER, *Cross-Border Investigation under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, in L. Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor Office. The Challenges Ahead*, Springer, 2018, p. 122 ss.; G. ILLUMINATI, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, *ivi*, p. 184 ss.; V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor Office's and Human Rights*, in W. Geelhoed – L.H. Erkelens – A.W.H. Meij (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, cit., spec. p. 91 ss.; S. RUGGERI, *Criminal Investigations, Interference with Fundamental Rights and Fair Trial Safeguards in the Proceedings of the European Public Prosecutor's Office. A Human Rights Law Perspective*, in L. Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor Office. The Challenges Ahead*, cit., p. 215 ss.; R. SICURELLA, *A Blunt Weapon for the EPPO? Taking the Edge Off the proposed PIF Directive*, in W. Geelhoed – L.H. Erkelens – A.W.H. Meij (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 105 ss.

Nel sistema integrato imposto dalla normativa regolamentare, il generale riconoscimento del principio di proporzionalità da parte dell'art. 5 § 3 Reg. EPPO assegna al legislatore nazionale un ruolo centrale¹⁴, atteggiandosi a vincolo nella costruzione delle fattispecie processuali, ove si attua l'anelastico bilanciamento fra i contrapposti interessi costituzionali in gioco, «in modo tale da non consentire né la prevalenza assoluta di uno dei valori coinvolti, né il sacrificio totale di alcuno di loro»¹⁵.

La proporzionalità appare, così, espressione della legalità processuale e della *Rule of Law*, integrando la portata del principio di determinatezza, allo scopo di scongiurare l'arbitrio dell'autorità pubblica investita del procedimento penale. Più precisamente, la determinatezza esige che – almeno quando l'atto d'indagine implichi una «lesione grave» a uno dei diritti fondamentali coinvolti – la legge che ne regola il compimento sia dotata di «particolare precisione»¹⁶, con ciò concorrendo ad assicurare la sua prevedibilità¹⁷. La proporzionalità, dal canto suo, esige una graduazione della disciplina normativa delle misure investigative e delle relative modalità esecutive secondo una scala di progressiva, maggiore interferenza nel diritto fondamentale coinvolto, in ragione della gravità del reato per cui si procede e dell'intensità dell'esigenza processuale da soddisfare. Quando, poi, vengano in gioco atti garantiti o che realizzano un'interferenza nel diritto alla segretezza delle comunicazioni, il legislatore nazionale non può sottrarsi all'impegno d'introdurre condizioni e limiti di utilizzabilità speciali, coerenti con l'esigenza di assicurare la minima compressione dei diritti fondamentali di volta in volta coinvolti. Si minimizza, così, il rischio che gli organi procedenti facciano malgoverno del principio di proporzionalità.

In breve, il Regolamento EPPO imprime un impulso decisivo affinché l'ordinamento nazionale irrobustisca la tutela dei diritti fondamentali nel e del procedimento penale. È vero che l'impegno legislativo a modificare la disciplina concerne le (sole) misure investigative direttamente a disposizione del pubblico ministero europeo delegato; ma è altrettanto vero che, a parità di fattispecie incriminatrice contestata, contrasta con l'art. 3 Cost. prevedere un "doppio canone" di legalità, a seconda che la misura investigativa venga adottata dal pubblico ministero europeo oppure dall'organo inquirente nazionale.

¹⁴ Cfr. G. FIORELLI, *Il pubblico ministero europeo, tra poteri investigativi nazionali e regole probatorie "in bianco"*, in *Proc. pen. Giust.*, 2021, n. 6, p. 196 ss.; H. LEGAL, *The EPPO's Raison d'Être: the Challenge of the Insertions of an EU Body in Procedures Mainly Governed by National Law*, in W. Geelhoed – L.H. Erkelens – A.W.H. Meij (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 189 ss.; T. RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, cit., p. 323.

¹⁵ Corte cost., sent. 23 marzo 2018 n. 58.

¹⁶ Così, con riguardo alla protezione del «diritto alla privacy», garantito dagli art. 8 Cedu e 7 CDFUE, ma con argomenti di portata generale, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale, I, Principi generali*, cit., p. 254.

¹⁷ Sul versante convenzionale v., *ex multis*, C.EDU, sez. IV, sent. 11 gennaio 2022, Ekimdzhev e altri c. Bulgaria.

3. Proporzionalità e criteri di scelta delle misure investigative.

Al di là dell'attuazione legislativa interna, il principio di proporzionalità contemplato dal Regolamento EPPO appare comunque capace di dispiegare un'efficacia diretta nell'ordinamento, non solo per l'intrinseca portata della fonte regolamentare ma anche in forza dell'art. 49 § 3 CDFUE. In tal senso si è espressa, molto di recente, anche la grande sezione della Corte di Giustizia, allo scopo di scongiurare l'irrogazione di sanzioni penali sproporzionate¹⁸ ed è agevole preconizzare che gli argomenti messi in campo dal giudice di Lussemburgo in ambito penale sostanziale ben presto si estenderanno a quello processuale e, in particolare, alla materia probatoria, per impedire l'ingiustificata – perché, appunto, sproporzionata – lesione dei diritti fondamentali coinvolti dall'atto d'indagine. Emergono, così, le condizioni per realizzare un allineamento fra l'ordinamento euro-unitario e quello convenzionale, in ragione, da un lato, della consolidata giurisprudenza della Corte europea in tema di proporzionalità degli atti probatori¹⁹ e in forza, dall'altro, del principio della tutela equivalente²⁰.

Se il principio di proporzionalità è, dunque, «irrinunciabile», non va, però, sottaciuta l'esigenza che gli organi nazionali lo «maneggi[no] con cura», per l'«alto tasso di discrezionalità» implicato²¹. Si spiegano, così, i limiti contemplati dal Regolamento EPPO, volti a condizionare l'individuazione della misura investigativa e le relative modalità esecutive.

In primo luogo, il pubblico ministero europeo delegato è tenuto a compiere una positiva “prognosi di utilità” dell'atto d'indagine, che deve apparire capace – secondo un giudizio *ex ante* – di fornire «informazioni o prove utili alle indagini» (art. 30 § 5 Reg. EPPO). Benché semanticamente debole, l'utilità opera alla stessa stregua del criterio della rilevanza della prova *ex art.* 190 comma 1 c.p.p. Così inteso, l'art. 30 § 5 Reg. EPPO scongiura il rischio che l'utilità si trasformi in un limite fittizio al potere d'indagine. Anzi, la disciplina europea è tanto più significativa se si pensa che – a differenza della formalistica scelta codicistica, ove il criterio della rilevanza opera nell'ammissione delle prove in giudizio – nella fonte regolamentare l'utilità/rilevanza vale espressamente sin dalle indagini preliminari.

¹⁸ Cfr. CGUE, grande sezione, sent. 8 marzo 2022, C-205/2, NE, sulla quale cfr. F. VIGANÒ, [La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia](#), in questa *Rivista*, 26 aprile 2022.

¹⁹ In parallelo con il consolidato riconoscimento dei vincoli generati dal medesimo principio in materia probatoria da parte della Corte europea: cfr., per tutte, C.edu, grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 106-107; C.edu, grande camera, sent. 16 febbraio 2000, Amman c. Svizzera, § 61-62.

²⁰ Nei rapporti fra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno, il principio di equivalenza è volto a far sì che il rimedio avverso la violazione del diritto fondamentale leso dagli atti procedurali compiuti dal pubblico ministero europeo non risulti «meno favorevol[e]» rispetto a quello «previst[o] per casi analoghi di natura interna» (considerando 88 Reg. EPPO). Nei rapporti fra il diritto dell'Unione Europea e l'ordinamento del Consiglio d'Europa, implica che i diritti contemplati dalla Carta di Nizza devono trovare, nello spazio giuridico dell'Unione Europea, una tutela equivalente a quella assicurata – appunto – dalle fonti convenzionali e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo *ex art.* 52 § 3 CDFUE.

²¹ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine*, cit., p. 73-74.

In secondo luogo, la scelta della misura investigativa – fra quelle astrattamente disponibili e ugualmente capaci di sprigionare la medesima efficacia in chiave di contributo informativo – deve ricadere su quella «meno intrusiva» per il diritto fondamentale coinvolto (art. 30 § 5 Reg. EPPO).

Dal momento che la proporzionalità esprime un concetto di relazione, va delimitato il contesto “investigativo” e “probatorio” alla luce del quale vagliare la legittimità dell’atto in ragione del sacrificio imposto ai diritti fondamentali, tenendo conto che l’operato del pubblico ministero europeo è improntato al soddisfacimento dell’esigenza della completezza delle indagini (art. 5 § 4 Reg. EPPO, in cui è più che un’eco il tenore dell’art. 358 c.p.p.). Il giudizio circa il rispetto del principio di proporzionalità risulta condizionato dallo stato degli atti disponibile al momento di compiere o autorizzare la misura investigativa, implicando una «conoscenza dettagliata» dell’indagine in corso²². Nelle prime battute delle indagini, il canone della proporzionalità scongiura l’adozione di atti intrusivi poiché, in un simile, precoce contesto, la piattaforma probatoria dovrebbe risultare agevolmente completabile attraverso il compimento di atti non lesivi di diritti fondamentali, fatta salva solo l’ipotesi dell’indifferibilità dell’esperimento probatorio. Al contrario, più completa appare la piattaforma cognitiva in ragione dell’avanzamento delle indagini, più la limitazione del diritto fondamentale risulta proporzionata, sul presupposto che misure investigative meno intrusive sarebbero inidonee a conseguire ulteriori risultati utili. Detto altrimenti, il principio di proporzionalità esclude che il pubblico ministero europeo possa sempre orientare la propria scelta verso l’adozione di una misura investigativa lesiva di un diritto fondamentale sul solo presupposto della sua attitudine a generare un risultato utile o, comunque, della sua idoneità a superare una contingente difficoltà investigativa.

Quanto alla reazione apprestata dall’ordinamento rispetto alla violazione della proporzionalità, l’art. 30 § 5 Reg. EPPO non integra necessariamente una *lex minus quam perfecta*. Premesso che l’assenza nel diritto dell’Unione europea di espresse regole di esclusione non ha mai impedito alla Corte di Giustizia di ritenere non ammissibili gli elementi di prova raccolti o acquisiti in violazione di diritti fondamentali²³, dal tenore dell’art. 42 § 2 Reg. EPPO si può implicitamente desumere l’invalidità della misura investigativa quando questa realizzi un’interferenza sproporzionata nel diritto fondamentale coinvolto²⁴.

²² Così, pur in rapporto all’ordine europeo d’indagine penale e in ragione del considerando 10 Dir. 2014/41/UE, sulla quale, M. DANIELE, [Il controllo giurisdizionale sull’emissione dell’ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale dei casi analoghi](#), in questa *Rivista*, 31 marzo 2022, che ne sottolinea la sensibilità in materia di protezione effettiva dei diritti fondamentali.

²³ Cfr., di recente, fra le altre C. giust. UE, grande sezione, sent. 27 dicembre 2020, C-746/18, H.K., § 44, C. giust. UE, grande sezione, sent. 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18, C- 520/18, *La Quadrature du Net*.

²⁴ Così, L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell’azione penale del Pubblico ministero europeo*, cit., p. 1376-1377, sulla premessa che la previsione in parola assegna alla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, il potere di pronunciarsi sulla validità di atti procedurali del pubblico ministero europeo quando una simile questione di validità fosse stata sollevata dinanzi a un organo giurisdizionale di uno Stato membro direttamente sulla base del diritto dell’Unione.

Il criterio della proporzionalità, però, non si presta per scrutinare – *ex post* e in concreto – la violazione di ogni diritto fondamentale. Esemplificando, la perquisizione e le sue modalità esecutive, nonché il successivo sequestro, ben possono apparire sproporzionati in rapporto all’effettiva tutela dei diritti fondamentali coinvolti e allo scopo perseguito dal compimento dell’atto²⁵. Venendo in gioco un atto probatorio, la misura investigativa “sproporzionata” verrebbe travolta dall’inutilizzabilità²⁶, integrando il principio di proporzionalità un divieto probatorio implicito, posto direttamente dalla fonte sovranazionale e destinato a operare anche a prescindere dalla sua compiuta espressa regolamentazione nell’impianto codicistico. Un’analoga conclusione non vale per le violazioni del diritto di difesa²⁷: qui il principio di proporzionalità non ha cittadinanza per valutare se sussista una lesione del diritto fondamentale in parola²⁸, la cui effettiva tutela passa, piuttosto, attraverso un vaglio di tipo binario, circa la conformità/difformità dell’atto rispetto ai requisiti imposti dal modello legale²⁹.

4. Poteri del pubblico ministero europeo e ruolo della camera permanente.

Il pubblico ministero europeo, nelle sue articolazioni centrali e decentrate³⁰, costituisce il primo soggetto “garante” della legalità delle misure investigative e

²⁵ Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., sez. V, sent. 25 marzo 2019 n. 18316, in *Proc. pen. giust.*, parzialmente consultabile al [questo indirizzo](#); Cass., sez. VI, 19 gennaio 2018, Lillo e altri, *ivi*, n. 272539; Cass., sez. IV, 24 febbraio 2015 n. 24617, Rizzo, in *CED*, n. 264094.

²⁶ In tal senso, in rapporto alle implicazioni del principio di proporzionalità sul terreno, in generale, della legalità probatoria (cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 161) e, più in particolare, della disciplina dell’ordine europeo di indagine penale (F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall’ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 18 gennaio 2018, p. 30).

²⁷ Come invece affermato, in ambito convenzionale, dalla Corte di Strasburgo: v., emblematicamente, C.edu, grande camera, sent. 12 maggio 2017, Simeonovi c. Bulgaria e C.edu, grande camera, sent. 13 settembre 2016, Ibrahim e altri c. Regno Unito. Sul tema, in chiave fortemente critica, volendo, F. CASSIBBA, *Violazione della difesa tecnica ed equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1211 ss.

²⁸ Ogni tentativo di valutare la sussistenza della violazione in ragione dell’intensità dell’offesa in concreto arrecata alle prerogative difensive «costitui[sce] la più ingombrante delle complicazioni oltre che un’esca a non innocui fraintendimenti» (F. CORDERO, *Considerazioni sul principio d’identità del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 942), poiché apre la via a impropri bilanciamenti, ispirati a ragioni efficientistiche, volti a comprimere un diritto espressamente proclamato inviolabile dall’art. 24 comma 2 Cost.

²⁹ La stessa parabola evolutiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia – ben espressa da CGUE, grande sezione, sent. 5 aprile 2016, nelle cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, Pál Aranyosi e Robert Căldăraru – porta a escludere che siano compatibili con l’art. 47 CDFUE argomenti di tipo pragmatico, fondati sull’intensità della violazione del diritto di difesa e sul suo bilanciamento, caso per caso, con altri valori ritenuti sovraordinati, come, ad esempio, il principio della leale cooperazione e del mutuo riconoscimento.

³⁰ Che il pubblico ministero europeo non risulti legittimato a proporre un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia (argomentando dalla giurisprudenza elaborata dai giudici di Lussemburgo a proposito dei poteri del pubblico ministero nazionale: cfr. CGUE, sez. IV, sent. 2 settembre 2021, nella causa C-66/20, XK, su cui G. DE AMICIS, [Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un’esposizione in fieri](#), in questa *Rivista*, 13 dicembre 2021, p. 34; A. ROSANÒ, *La*

dell'esigenza che il diritto fondamentale coinvolto dal relativo espletamento sia sacrificato nella misura minore possibile³¹.

Sul piano pragmatico, è naturale che sia così, in ragione della piena conoscenza da parte dell'organo europeo circa il contenuto del fascicolo delle indagini. Che il principio di proporzionalità costituisca un vincolo effettivo in capo al pubblico ministero europeo già al momento della scelta sull'*an* e sul *quomodo* della misura investigativa è confermato *per tabulas* dall'art. 10 Reg. EPPO in materia di poteri espressamente assegnati alla camera permanente.

Per un verso, la camera permanente, fra l'altro, «monitor[a] e indirizz[a] le indagini ... condotte dai pubblici ministeri delegati» e «garantisc[e] ... il coordinamento delle indagini ... nei casi transfrontalieri» (art. 10 § 3 Reg. EPPO; art. 45-46 *Internal Rules*)³². Il potere d'indirizzare le indagini non può essere riduttivamente inteso come sola "bussola" affinché il pubblico ministero europeo delegato segua un determinato tema investigativo, ma coinvolge anche il terreno della scelta degli strumenti d'indagine da impiegare, in modo che la globale attività investigativa del pubblico ministero delegato sia improntata al principio di proporzionalità. Inoltre, la camera permanente, agendo tramite il procuratore europeo incaricato di supervisionare l'indagine, «può in un caso specifico fornire istruzioni conformemente al diritto nazionale applicabile al procuratore europeo delegato, ove sia necessario per l'efficiente svolgimento dell'indagine ..., nell'interesse della giustizia, o per assicurare il funzionamento coerente dell'EPPO» (art. 10 § 5 Reg. EPPO). Qui, il valore dell'«interesse della giustizia» non riveste un significato etico o metagiuridico ma, piuttosto, è espressione della "giustizia procedurale", secondo cui il rispetto dei diritti fondamentali e, più generale, della legalità processuale *concorre* a rendere giusti il procedimento e le relative decisioni, benché un simile risultato non possa dirsi assicurato necessariamente («giustizia procedura imperfetta»)³³. Si evita, così, che il rispetto della "proporzionalità investigativa" del pubblico ministero europeo ceda fatalmente il passo al soddisfacimento dell'"efficienza investigativa"³⁴.

Chimera e il pubblico ministero: considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di indipendenza del pm, in *Quest. giust. – Riv. trim.*, 2021, n. 2, p. 75 ss.), non esclude che l'organo d'accusa europeo possa operare un'interpretazione conforme del diritto nazionale, potendolo anche disapplicare per assicurare che il proprio atto risponda ai canoni di legalità e di proporzionalità imposti dal diritto dell'Unione Europea.

³¹ Che l'operato dell'EPPO sia vincolato dal principio di legalità discende non solo dalla generale previsione dell'art. 5 § 2 Reg. EPPO, ma anche, ad esempio, dall'art. 30 § 2 e 3, primo periodo, Reg. EPPO, in forza del quale l'adozione delle misure investigative può essere sottoposta a «condizioni conformemente al diritto nazionale applicabile, se [quest'ultimo] contiene restrizioni specifiche ... con riguardo a categorie specifiche di persone o di professionisti ... vincolati a un obbligo di riservatezza». D'altro canto, la legalità dell'agire del pubblico ministero europeo trova conferma, fra gli altri, negli art. 44 ss. delle *Internal Rules of Procedure of the European Public Prosecutor's Office (College decisions 003/2020)*, consultabili sul sito istituzionale della Procura europea (v. *supra*, nota 2).

³² A differenza del Collegio, che «non adotta decisioni operative in singoli casi» (art. 9 § 2 Reg. EPPO).

³³ Sul tema, P. FERRUA, *Prova e modelli di processo*, in ID., *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, 2017, p. 20 ss.

³⁴ Sia pure in materia di ordine europeo d'indagine penale, la Corte di Giustizia ha in più occasioni

Per l'altro verso, la camera permanente – risolvendo i conflitti, sorti fra il pubblico ministero europeo che esercita la competenza e quello richiesto di prestare assistenza, in ordine all'esecuzione di una misura investigativa nel caso di indagini transfrontaliere – può ordinare l'adozione di una «misura sostitutiva» (art. 31 § 8 Reg. EPPO), con un provvedimento vincolante per entrambi.

Ora, la necessità di sostituire la misura investigativa potrebbe essere integrata dall'indisponibilità della misura richiesta dal pubblico ministero europeo che esercita la competenza nell'ordinamento del pubblico ministero incaricato di prestare assistenza. L'eventualità è, però, più teorica che pratica: ove la misura investigativa non sia disponibile nell'ordinamento di esecuzione, sembra superfluo l'intervento della camera permanente, che postula – appunto – un conflitto fra i due pubblici ministeri europei delegati rispetto alla scelta e all'esecuzione della misura. Detto altrimenti, quando la scelta sia ricaduta su una misura investigativa indisponibile nell'ordinamento di esecuzione, il pubblico ministero europeo che esercita la competenza, all'uopo informato, si orienterà verso l'adozione di una misura diversa, fra quelle indicategli dal pubblico ministero incaricato di prestare assistenza.

Piuttosto, l'intervento sostitutivo della camera permanente riposa sul presupposto che il secondo, in forza dell'art. 32 Reg. EPPO, rifiuti di dare seguito all'esecuzione della misura investigativa richiesta dal primo, perché sproporzionata. In questo senso, il canone della proporzionalità opera come un "controlmite" al principio della leale collaborazione fra gli organi investigativi nell'esecuzione degli atti richiesti, come già previsto dall'art. 10 § 3 Dir. 2014/41/UE in materia di ordine europeo d'indagine.

5. Proporzionalità e controllo giurisdizionale interno.

A rendere effettivo il principio di proporzionalità da parte del pubblico ministero europeo sta, poi, l'indefettibile garanzia procedurale³⁵ rappresentata dai controlli giurisdizionali circa le misure investigative adottate dal primo.

Il principio di effettività della tutela (già previsto dall'art. 19 § 1 secondo periodo TUE) è volto a evitare che le procedure nazionali che regolano il controllo giurisdizionale rendano «praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico» (considerando 88 Reg. EPPO). In sostanza, per gli

evidenziato che l'efficienza investigativa è destinata a essere subvalente rispetto ai diritti fondamentali dell'accusato: cfr., da ultimo, CGUE, sez. IV, sent. 16 dicembre 2021, C-724/19, HP; CGUE, sez. I, sent. 11 novembre 2021, C-852/19, Ivan Gavanzov.

³⁵ Sul tema, fra gli altri, M. BÖSE, *Judicial Control of the European Public Prosecutor's Office*, in T. Rafaraci – R. Belfiore (a cura di), *EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, spec. p. 192 ss.; V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *Judicial Review of EPPO Acts and Decisions*, in K. Ligeti – M.J. Antunes – F. Giuffrida (eds.), *The European Public Prosecutor's Office at Launch*, Wolters Kluwer, 2020, spec. p. 123 ss.; T. RAFARACI, *Brief Notes on the European Public Prosecutor's Office: Ideas, Project and Fulfillment*, in T. Rafaraci – R. Belfiore (a cura di), *EU Criminal Justice: Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 160 ss.

Stati membri dell'Unione Europea la tutela effettiva dei diritti fondamentali lesi dall'esercizio di poteri pubblici costituisce l'oggetto di un dovere positivo analogo a quello imposto dall'art. 13 CEDU³⁶.

Ciò premesso, in ordine al rispetto della proporzionalità, il controllo giurisdizionale viene in gioco nel regolamento EPPO in un duplice contesto.

Nel contesto investigativo o, per meglio dire, in relazione al compimento di un atto d'indagine, l'art. 47 § 1 Reg. EPPO impone al giudice di controllare - «conformemente alle procedure e ai requisiti stabiliti dall'ordinamento nazionale» - gli «atti procedurali» compiuti dal pubblico ministero europeo verso «terzi», destinati a «produrre effetti giuridici nei [loro] confronti». Le misure investigative adottate sono oggetto di controllo in quanto capaci di arrecare «effetti pregiudizievoli» nella sfera giuridica dell'accusato, della vittima del reato e dei soggetti comunque interessati dal compimento dell'atto (considerando 87 Reg. EPPO). La formula rende palese che il controllo giurisdizionale investe anche il grado d'intrusione nei diritti fondamentali, avendo a oggetto, sia pure non esclusivo, la proporzionalità della misura investigativa. Più precisamente, il principio di proporzionalità orienta il sindacato giurisdizionale interno verso una duplice verifica: *a*) che il pubblico ministero europeo delegato abbia chiesto l'adozione della (o abbia disposto la) misura effettivamente meno invasiva fra quelle con pari potenzialità conoscitiva; *b*) che le relative modalità esecutive interferiscano nella misura minore possibile con il diritto fondamentale coinvolto.

In materia di indagini transfrontaliere, poi, il tenore dell'art. 31 § 3 Reg. EPPO esige che il rispetto del principio di proporzionalità della misura investigativa richiesta debba essere verificato anche da parte dell'«autorità giudiziaria» dello Stato in cui opera il pubblico ministero delegato incaricato di prestare assistenza³⁷. Dal momento che la previsione non pone distinguo di sorta, il controllo in parola opera indipendentemente dalla circostanza che il medesimo non sia stato svolto da parte del giudice della *lex fori*, perché non previsto da quel diritto interno, oppure lo sia stato in sede di autorizzazione all'esecuzione della misura.

Resta, poi, aperta la questione se il giudice, negata l'autorizzazione al compimento della misura investigativa chiesta dal pubblico ministero europeo, in quanto sproporzionata, abbia il potere di autorizzarne una meno invasiva o avente modalità di svolgimento meno invasive. La tutela dell'obbligatorietà dell'azione penale

³⁶ Cfr., fra le altre, CGUE, sez. I, sent. 11 novembre 2021, C-852/19, Ivan Gavanzov, § 34; CGUE, sez. III, sent. 17 dicembre 2015, C-419/14, WebMindLicence Kft., § 89).

³⁷ Va precisato che la portata della previsione in parola è oggi all'esame della Corte di Giustizia, investita della *Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Wien (Austria) il 25 aprile 2022* (Causa C-281/22), consultabile sul [sito istituzionale della Corte di giustizia](#). In proposito v. anche il *Parere su domanda di pronuncia pregiudiziale C-281/22 proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Oberlandesgericht Wien - Austria - regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)*, reso con delibera del C.S.M. in data 13 luglio 2022 (consultabile sul [sito istituzionale del Consiglio Superiore della Magistratura](#)), in cui si esprime una valutazione critica rispetto alla sussistenza di un simile, doppio controllo, sulla premessa che questo pregiudicherebbe l'efficienza dell'azione investigativa dell'EPPO e si esprime parere favorevole all'intervento del Governo italiano nella causa C-281/22. Per la critica a simili argomenti v. *supra*, in questo paragrafo e nel precedente.

e delle autonome prerogative del pubblico ministero suggerisce una risposta negativa; d'altro canto, la terzietà del giudice si realizza pienamente quando questi rigetta la domanda del pubblico ministero e non gli si sostituisce.

Nel contesto del giudizio, quanto alla «questione scottante» circa l'ammissione della prova raccolta dal pubblico ministero europeo, lasciata dalla fonte regolamentare «nelle mani di giudici nazionali»³⁸, il criterio della proporzionalità viene – implicitamente – in gioco in forza dell'art. 37 Reg. EPPO. La «clausola di non discriminazione» della prova raccolta *aliunde* lì contemplata³⁹ non esclude il dovere del giudice investito della richiesta di prova di svolgere un duplice ordine di controlli.

In rapporto alla conformità della legge nazionale rispetto al diritto dell'Unione europea, i margini dell'intervento del giudice interno sono esplicitati dal considerando 88 Reg. EPPO. L'organo giurisdizionale, in negativo, non è legittimato a proporre il rinvio pregiudiziale «per quanto riguarda il diritto processuale nazionale o le disposizioni di recepimento di direttive»; in positivo e al contempo, è tenuto a valutare l'opportunità di proporre un rinvio pregiudiziale quando nutra dubbi sulla validità di atti rispetto al diritto dell'Unione Europea, a condizione però che non riesca a effettuare un'interpretazione conforme del diritto nazionale e non vi sia spazio per la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione⁴⁰.

In rapporto al controllo sul rispetto dei divieti probatori, la proporzionalità implica che le modalità esecutive della misura investigativa integrino un fatto processuale rilevante *ex art.* 187 comma 2 c.p.p. al fine di vagliare se possa scattare l'inutilizzabilità dell'atto in quanto “sproporzionato”⁴¹. A tal fine, ha rilievo decisivo la motivazione del provvedimento che aveva autorizzato la misura investigativa⁴², come pure evidenziato dalla consolidata giurisprudenza della Corte europea, secondo la quale l'elusione dei limiti posti dal provvedimento autorizzativo all'organo inquirente

³⁸ V. MITSILEGAS – F. GIUFFRIDA, *The European Public Prosecutor Office's and Human Rights*, cit., p. 77. Sul tema, anche per ulteriori riferimenti, da vari punti di vista, R. BELFIORE, *Immediatezza e prova transnazionale*, in *Cass. pen.*, 2021, 2186 ss.; A. MANGIARACINA, *Dalle indagini all'ammissione della prova in giudizio*, in G. Di Paolo – T. Rafaraci – R. Belfiore – L. Pressacco (a cura di), *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezze e giustizia* in corso di pubblicazione; L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del Pubblico ministero europeo*, cit., p. 1383 ss.

³⁹ Cfr. S. ALLEGREZZA – A. MOSNA, *Cross Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition*, in L. Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor Office. The Challenges Ahead*, cit., p. 159.

⁴⁰ Sarebbe, invece, inammissibile, per difetto di rilevanza, un'eventuale questione di legittimità costituzionale della norma che il giudice nazionale è chiamato, invece, a disapplicare per contrasto con il diritto dell'Unione Europea: cfr. Corte cost., sent. 11 marzo 2022, n. 67).

⁴¹ La rilevabilità d'ufficio della violazione del divieto probatorio fa sì che l'onere di provare la violazione del canone della proporzionalità non possa essere addossato alla difesa.

⁴² La proporzionalità «pur lasciando all'interprete [un']ineliminabile libertà sul merito, impone tuttavia di seguire un percorso cadenzato e razionale, quanto alle modalità di giustificazione della scelta adottata» (M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 158). In giurisprudenza, Cass., sez. un., sent. 19 aprile 2018, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Nuoro, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2018, in materia di motivazione del provvedimento che dispone il sequestro probatorio e rispetto del principio di proporzionalità.

nell'esecuzione dell'atto integra una violazione del diritto fondamentale coinvolto, perché compreso in misura sproporzionata⁴³.

6. Due opposti rischi da evitare.

In conclusione, a livello decentrato è tutta da (ri-)costruire la disciplina delle prerogative investigative del procuratore europeo delegato che esercita la competenza e di quello incaricato di prestare assistenza nelle indagini transfrontaliere. È fuori discussione che occorra un certo esercizio di fantasia per immaginare dove condurrà il «terzo binario' investigativo»⁴⁴ sul quale corre il pubblico ministero europeo. Non appare, però, azzardato immaginare che la scarna disciplina sovranazionale potrebbe generare, nelle prassi della Procura europea, due opposti rischi, tanto più intensi nei primi anni di operatività del nuovo organo e in presenza di una perdurante inerzia del legislatore interno a conformare il diritto delle prove al principio di proporzionalità.

La vaghezza del testo regolamentare potrebbe marginalizzare la disciplina nazionale, perché il primo è maggiormente idoneo, sul piano pragmatico, a soddisfare sempre incombenti approcci efficientistici e a giustificare l'intrinseca attitudine del potere d'indagine a espandersi in ambiti non rigidamente regolati. All'opposto, lo scarno catalogo delle misure investigative contemplate dall'art. 30 Reg. EPPO potrebbe indurre a fondare i propri poteri d'indagine esclusivamente sulla legge nazionale, a tutto discapito di quella euro-unitaria⁴⁵. Quest'ultima sarebbe, così, riduttivamente percepita come esclusiva fonte di legittimazione affinché la Procura europea svolga il proprio compito istituzionale, senza valorizzare adeguatamente garanzie lì contemplate, come, appunto, il limite all'agire investigativo del pubblico ministero europeo costituito dal principio di proporzionalità.

Resterebbe sempre aggirata la *ratio* della proporzionalità: tanto più alta è la proclamazione di un principio, tanto più intenso è il rischio che la relativa portata garantistica ceda il passo ad altre, contrapposte esigenze. Nella prima eventualità prevarrebbe la repressione delle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione, nella seconda, il formale ossequio alla legge nazionale, anche là dove sia contrastante con garanzie previste dalla fonte euro-unitaria. Per altro, la condivisa matrice europea

⁴³ Cfr., in tema di proporzionalità di atti d'indagine lesivi del diritto alla privacy *ex art. 8 CEDU*, fra le molte, C.EDU, sez. II, sent. 22 aprile 2021, Avaz Zeynalov c. Azerbaijan; e già C.EDU, sez. IV, sent. 16 ottobre 2007, Wieser e Bicos Beteiligungen GmbH c. Austria.

⁴⁴ R. BELFIORE, [I procuratori 'superdistrettuali' per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea: un nuovo 'terzo binario' investigativo](#), in questa *Rivista*, 9 dicembre 2021.

⁴⁵ Sul presupposto che, in forza dell'art. 30 § 4 Reg. EPPO, i procuratori europei delegati sono autorizzati a chiedere o a disporre «qualsiasi altra misura» lo Stato metta a disposizione dell'organo inquirente «in casi analoghi».

del principio di proporzionalità⁴⁶ e la «sua evoluzione espansiva»⁴⁷ dovrebbero scongiurare il rischio che, rispetto all’operato del pubblico ministero europeo, si generino tensioni difficilmente governabili (e dagli esiti imprevedibili) fra l’ordinamento nazionale e l’ordinamento euro-unitario, analoghe a quelle manifestatesi nella “saga Taricco”⁴⁸.

A fronte di una Procura europea robustamente organizzata, in cui il ruolo della camera permanente favorisce il coordinamento investigativo ma pure la creazione di prassi comuni che indubbiamente rafforzano l’ufficio, occorre un giudice, a sua volta, robustamente attrezzato, capace di evitare una portata regressiva dei diritti fondamentali rispetto all’efficienza investigativa. Così, nella fucina del diritto dell’Unione Europea, il principio di proporzionalità costituisce una delle materie prime grazie alle quali il “giudice-Efesto” forgia nuovi strumenti per contenere, a monte, l’azione investigativa del pubblico ministero europeo e per neutralizzare, a valle, l’efficacia probatoria degli atti compiuti in spregio di diritti fondamentali.

⁴⁶ Anche in forza del ruolo esercitato dal diritto convenzionale, rilevante in vista del giudizio di equivalenza ex art. 52 § 2 CDFUE. In effetti, la «triangolazione delle garanzie processuali» (M. DANIELE, [La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione europea, Cedu e sistemi nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, n. 4, p. 8 ss.) ha costituito il volano per mettere la Corte di giustizia in condizione di realizzare un innalzamento degli *standard* di tutela per i diritti fondamentali destinati a subire interferenze da parte dei pubblici poteri in ambito penale, con un correlativo arretramento della tutela di esigenze di efficienza nella cooperazione penale: si pensi, da ultimo, a CGUE, sez. I, sent. 11 novembre 2021, nella causa C-852/19, Ivan Gavanozov; nonché, fra le altre, a CGUE, grande sezione, sent. 15 ottobre 2019, nella causa C-128/18, Dumitru-Tudor Dorobantu; CGUE, grande sezione, sent. 5 aprile 2016, nelle cause riunite Cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, Pál Aranyosi e Robert Căldăraru.

⁴⁷ M. PANZAVOLTA, sub art. 49 – parte II) *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 1014.

⁴⁸ Cfr., emblematicamente, Corte cost., ord. 26 gennaio 2017 n. 24.iu