

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**3/2024**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighi, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2023, p. 5 ss.

## SUI CONTROLLI GIURISDIZIONALI NELLE INDAGINI TRANSFRONTALIERE DELL'EPPO: UNA PRIMA LETTURA DELLA SENTENZA C-281/22 DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

di Nicolò Gibelli

*Il contributo intende analizzare l'attesa sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso C-281/22 con cui, in materia di autorizzazione delle indagini transfrontaliere dell'EPPO, il raggio del controllo nello Stato membro del procuratore europeo delegato che presta assistenza è stato limitato alle sole questioni procedurali relative all'esecuzione delle misure investigative. Ne consegue che la loro legalità e proporzionalità potranno essere verificate solo nello Stato del procuratore europeo delegato incaricato del caso. Dopo un generale inquadramento della domanda pregiudiziale, il contributo passa in rassegna i diversi argomenti proposti dalla Corte a sostegno della sua interpretazione dell'art. 31 del regolamento EPPO, soffermandosi in particolare sull'analogia tracciata tra le indagini transfrontaliere della Procura europea e gli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale. Infine, il contributo evidenzia i risvolti della decisione sui diritti fondamentali della persona, espone le numerose incertezze determinate dai silenzi della Corte e pronostica i possibili scenari futuri per una loro risoluzione.*

SOMMARIO: 1. L'EPPO supera la sua prima prova. – 2. Premesse. – 3. Il regolamento EPPO nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale. – 4. *More than mutual recognition?* Il complesso statuto delle indagini transnazionali dell'EPPO. – 5. Struttura della decisione. – 5.1. Prima parte: interpretazione del regolamento EPPO. – 5.1.1. Criterio letterale. – 5.1.2. Interpretazione sistematica: analogie senza lacune. – 5.1.3. Interpretazione teleologica, o gli obiettivi del regolamento. – 5.1.4. Assenza del criterio storico. – 5.2. Seconda parte. Ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali. – 5.2.1. La prescrizione di un controllo giurisdizionale preventivo per gli atti d'indagine gravemente ingerenti nei diritti fondamentali. – 5.2.2. Il rischio di vuoti di tutela: rinvio alla prova della prassi. – 6. Conclusioni.

### 1. L'EPPO supera la sua prima prova.

L'ufficio della Procura europea (*European Public Prosecutor's Office*, "EPPO") ha superato la prima, importante prova della sua giovane storia<sup>1</sup>: la Corte di Giustizia

---

<sup>1</sup>L'espressione è mutuata da A. VENEGONI, *Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante, prova*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12 dicembre 2022. Del caso hanno dato conto anche, tra gli altri: F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in *questa Rivista*, 22 settembre 2022; T. WAHL, *First EPPO case before CJEU*, in *Eu crim*, 2/2022, p. 96; A. HERNANDEZ WEISS, *Judicial review of investigative measures under the EPPO Regulation. More to it than it seems? A recap of the oral hearing in G.K & others*, in *European Law Blog*, 24 aprile 2023.

dell'Unione europea ha finalmente gettato luce sulla regolamentazione delle indagini che coinvolgono più Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata, restituendone una lettura che, negli auspici, ne faciliterà grandemente lo svolgimento. La decisione, intervenuta su una richiesta di pronuncia pregiudiziale del Tribunale superiore di Vienna, è la prima a riguardare il regolamento fondativo della Procura europea ed era quindi attesa con grande interesse.

Facendo largo ricorso all'analogia con altri strumenti di cooperazione in materia penale in nome dell'efficienza dell'EPPO, i giudici della *Grande Chambre* hanno superato un'interpretazione letterale che avrebbe rallentato le indagini transfrontaliere fino a renderle impraticabili e imposto di seguire una procedura simile a quella dettata per l'ordine europeo di indagine penale.

## 2. Premesse.

Con il regolamento 2017/1939 (d'ora in avanti "regolamento EPPO" o solo "regolamento") è stata istituita, al termine di un estenuante *iter* legislativo<sup>2</sup>, la Procura europea, cui è riservata la competenza sui reati che danneggiano gli interessi finanziari dell'Unione<sup>3</sup>. La struttura del nuovo ufficio prevede che le indagini siano condotte attivamente da procuratori inviati dall'EPPO negli Stati membri (i "procuratori europei delegati" o "p.e.d."), cui sono però sottratte le scelte fondamentali relative ai fascicoli, prima fra tutte la decisione se chiedere l'archiviazione o il rinvio a giudizio. Queste sono devolute al livello centrale dell'EPPO, con sede a Lussemburgo, e in particolare a collegi composti da tre "procuratori europei" (o "p.e."), che insieme compongono una "camera permanente". L'EPPO ha quindi natura di «ufficio unico» (art. 8 reg. EPPO)<sup>4</sup> strutturato su due livelli: centrale e decentrato. Comunque, i p.e.d. conducono indagini per conto dell'EPPO secondo le leggi dello Stato in cui operano (art. 5 reg. EPPO).

Essendo chiamati a perseguire forme di criminalità per natura transfrontaliere (si pensi per esempio alle frodi doganali), accade di frequente che i p.e.d. debbano compiere gli atti d'indagine a loro disponibili<sup>5</sup> in altri Stati membri partecipanti all'EPPO. Nel far ciò, al contrario dei procuratori nazionali che debbono interfacciarsi con un omologo

<sup>2</sup> Per il quale cfr., diffusamente, L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Archivio Penale*, 3/2017, pp. 13 e ss.

<sup>3</sup> Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»). La competenza materiale dell'EPPO è ritagliata sulla Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale. La letteratura sul regolamento istitutivo della Procura europea è troppo estesa per riportarla qui. Si rinvia generalmente a G. DI PAOLO, L. PRESSACCO, R. BELFIORE, T. RAFARACI (a cura di), *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Editoriale Scientifica, 2022.

<sup>4</sup> Sul punto cfr. anche H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury, 2020, pp. 285 e ss.

<sup>5</sup> Descritti dall'art. 30 regolamento EPPO con disposizioni invero scarse, cfr. F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 2.

inquadrate nei ranghi giudiziari di un altro Stato, i p.e.d. si rivolgono ad altri p.e.d., coi quali condividono uffici, superiori gerarchici e sistemi informativi. Sorge qui il problema della normativa applicabile a questo tipo di indagini.

### 3. Il regolamento EPPO nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Proprio la disciplina delle indagini transfrontaliere divenne uno dei punti nevralgici delle negoziazioni che portarono al regolamento<sup>6</sup>: molte delegazioni, facendo leva sulla natura di «ufficio unico» dell'EPPO, puntavano a un sistema di assegnazione interna degli atti investigativi da eseguire, che avrebbe rimarcato il distacco rispetto agli strumenti classici della cooperazione giudiziaria penale disponibili ai procuratori nazionali. Altre delegazioni invece premevano per affidarsi, anche se all'interno del medesimo ufficio, agli stessi mezzi attuabili dai procuratori non-EPPO, *in primis* l'ordine europeo di indagine penale ("o.e.i." o "euro-ordine"). Dalla discussione nacque una regolamentazione complessa, comprensibile solo facendo un passo indietro, ovvero definendo in cosa consistono quegli strumenti, nati nel segno del programma di Tampere, che l'EPPO si propone di superare.

Partiamo dai principi. La «pietra angolare»<sup>7</sup> della cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea è il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, frutto della crescente fiducia reciproca degli Stati facenti parte dell'area comune di libertà, sicurezza e giustizia<sup>8</sup>. Cristallizzato anche dagli artt. 82 TFUE e 696-*bis* c.p.p., il principio permette di attribuire a una decisione proveniente da un altro Stato membro lo stesso valore giuridico di una decisione interna, senza attraversare le peripezie dell'*exequatur* o altre forme di delibazione. I singoli mezzi di cooperazione giudiziaria penale – tra cui spiccano sicuramente il mandato d'arresto europeo ("m.a.e.")<sup>9</sup> e l'ordine europeo di indagine<sup>10</sup> – attuano nella pratica questo principio. Prenderemo qui ad esempio l'o.e.i., per le sue similitudini con le indagini transnazionali dell'EPPO.

---

<sup>6</sup> Per una disamina delle negoziazioni si rinvia a H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, cit., pp. 286 e ss.

<sup>7</sup> Così definita dalle Conclusioni della Presidenza al Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, considerando n. 33. Cfr. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, Giappichelli, 2016, p. 11, cui si rinvia per una rassegna degli eventi che hanno portato all'approvazione della direttiva; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Processo Penale e Giustizia*, 3/2015, pp. 1-11.

<sup>8</sup> Sulla storia del principio del reciproco riconoscimento cfr., diffusamente, L. KLIMEK, *Mutual recognition of judicial decisions in European criminal law*, Springer, 2017, pp. 43 e ss.

<sup>9</sup> Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri. Impossibile dare qui conto della vasta letteratura in materia. Si rinvia, quindi, per questo e altri strumenti della cooperazione giudiziaria, a V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Giappichelli, 2020.

<sup>10</sup> Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale. La direttiva è trasposta nell'ordinamento italiano dal d.lgs. 108/2017. Sul tema si rinvia

L'euro-ordine permette di ottenere qualsiasi tipo di prova da un altro Stato membro con una certa semplicità. In estrema sintesi, una volta ottenuta l'autorizzazione al compimento di un atto di indagine (ove richiesta: si pensi a un'intercettazione), l'«autorità di emissione» (p.m. o giudice) deve compilare un modulo e trasmetterlo, tradotto, all'autorità straniera che dovrà darvi seguito (l'«autorità di esecuzione»). Non è richiesto l'invio di nessun altro documento, poiché l'organo che riceve l'euro-ordine deve in via di principio riconoscerlo ed eseguirlo, senza formalità e senza sindacarne le ragioni di merito (art. 9 direttiva 2014/41). La regola dell'insindacabilità del merito è peraltro affermata (salvo eccezioni e comunque nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico) dall'art. 696-*quinquies* del codice di rito italiano.

Tuttavia, a temperamento dell'indubbio *favor* per il riconoscimento, è previsto che l'autorità di esecuzione verifichi il rispetto dei diritti fondamentali della persona interessata, nonché del principio di proporzionalità (artt. 14, par. 2 e 10 direttiva 2014/41)<sup>11</sup>. La stessa autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della misura qualora ricorrano i motivi predeterminati in via generale e astratta dal diritto dell'Unione (art. 11 direttiva 2014/41)<sup>12</sup>.

#### 4. *More than mutual recognition?* Il complesso statuto delle indagini transnazionali dell'EPPO.

Torniamo ora al regolamento EPPO, assoluta avanguardia nella creazione di uno spazio comune di giustizia penale nell'Unione europea<sup>13</sup>. Come anticipato, esso prevede specifiche disposizioni sull'assicurazione delle prove in uno Stato diverso da quello dove siede il procuratore europeo delegato «incaricato del caso». Ai sensi dell'art. 31, par. 2 reg. EPPO quest'ultimo può semplicemente «assegnare» una misura investigativa a un p.e.d. di un altro Stato membro, il quale diventa così procuratore «incaricato di prestare assistenza» (o, più brevemente, «assistente»). Diversamente dal sistema dell'o.e.i., qui la richiesta coinvolge due membri del medesimo ufficio. Di conseguenza, non v'è traccia, nel regolamento, di alcuna procedura di riconoscimento, se non per la regola che ammette il ricorso agli strumenti della cooperazione giudiziaria in caso di indisponibilità di misure di diritto interno (art. 31, par. 6 reg. EPPO). Parimenti, non si menzionano motivi di rifiuto opponibili dal p.e.d. assistente. Il regolamento EPPO

---

a M. DANIELE, R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, 2018.

<sup>11</sup> Per questi rilievi, relativamente all'implementazione italiana, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo probatorio*, in *Cassazione Penale*, 6/2018, pp. 2197-2221.

<sup>12</sup> È il modo usuale di concretizzare la reciproca fiducia tra gli Stati membri nell'ambito della cooperazione giudiziaria, cfr. A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, tesi dottorale, 2013, p. 56.

<sup>13</sup> Cfr. A. VENEGONI, *The new frontier of PFI investigations. The EPPO and its relationship with OLAF*, in *Eucrium*, 4/2017, pp. 193-196.

sarebbe, in questo senso, «qualcosa di più» («*something more*») rispetto al reciproco riconoscimento<sup>14</sup>.

L'EPPO opera, tuttavia, senza un codice di rito unico, per cui deve affidarsi alle disposizioni nazionali per la disciplina degli aspetti procedurali delle indagini. Il regolamento, quindi, procede a una *actio finium regundorum* degli spazi di applicabilità delle normative coinvolte da un'indagine transnazionale, e lo fa al modo del reciproco riconoscimento: la legge dello Stato del p.e.d. incaricato del caso (l'autorità di emissione nella terminologia dell'o.e.i., qui accuratamente evitata) ne regolerà la «giustificazione e l'adozione» (art. 31, par. 2 reg. EPPO); la legge dello Stato del p.e.d. incaricato di prestare assistenza (l'autorità di esecuzione, mantenendo impropriamente il parallelismo) governerà invece la sua «esecuzione» (art. 32 reg. EPPO).

Le difficoltà nascono nel tentativo di coordinamento delle disposizioni citate con quelle che si occupano dell'autorizzazione giudiziaria *ex ante* degli atti di indagine (si pensi, per esempio, a quella prevista in Italia per le intercettazioni). In particolare, l'art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo reg. EPPO dispone che ove la legge dello Stato del p.e.d. assistente contempra un'autorizzazione alla misura, sarà quel procuratore a doverla ottenere conformemente al diritto del suo Stato. È subito evidente come una interpretazione letterale di questa disposizione – isolatamente dagli artt. 31 e 32 – non offra spazi per limitare l'estensione dell'autorizzazione ai soli aspetti esecutivi, come usa invece nei sistemi di cooperazione giudiziaria in materia penale<sup>15</sup>. L'autorizzazione che il p.e.d. assistente deve richiedere sembrerebbe essere l'*unica*, comprensiva di merito e procedura. A sostegno di questa lettura militerebbe anche il considerando 72 del regolamento EPPO, per cui «in ogni caso dovrebbe esservene solo una», di autorizzazione.

Nella pratica, però, tale distribuzione dei ruoli costringerebbe il p.e.d. dello Stato A a inviare l'intero fascicolo delle indagini (migliaia di pagine nei casi più articolati) al collega nello Stato B per consentire al giudice il vaglio di tutti gli elementi dell'autorizzazione, secondo criteri magari del tutto diversi rispetto a quelli applicabili nello Stato A. Un *iter* così complesso marcherebbe un passo indietro nel cammino della cooperazione in materia penale<sup>16</sup>, dove il principio del reciproco riconoscimento permette (seppur tendenzialmente) la trasmissione di semplici moduli precompilati.

---

<sup>14</sup> *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta sul caso C-281/22 G.K., B.O.D. GmbH, S.L., con l'intervento di Österreichischer Delegierter Europäischer Staatsanwalt*, 22 giugno 2023, disponibile al seguente [link](#) (ultimo accesso: 8 marzo 2024). Per una critica, v. H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem? Remarks on the Advocate General's opinion delivered on 22 June 2023 in Case C-281/22 G.K. and Others (Parquet européen)*, in *Eucrim*, 2/2023, pp. 229 e ss.

<sup>15</sup> Cfr. art. 14, par. 2, Direttiva 2014/41; per il mandato d'arresto europeo il principio è stabilito da una giurisprudenza costante, v. F. MANFREDINI, *La giurisprudenza sul mandato d'arresto europeo*, in L. CAMALDO (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, Giuffrè, 2018, p. 48.

<sup>16</sup> Per una approfondita comparazione tra il sistema dell'o.e.i. e le indagini transnazionali dell'EPPO v. S. ALLEGREZZA, A. MOSNA, *Cross-border criminal evidence and the future European Prosecutor. One step back on mutual recognition?*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The challenges ahead*, Springer, 2018, pp. 141 e ss.

Di qui il dubbio che ha sollecitato il rinvio pregiudiziale del giudice *a quo*<sup>17</sup>. Un p.e.d. tedesco, incaricato di svolgere le indagini su una supposta frode fiscale ai danni dell'Unione, aveva assegnato a un collega austriaco l'esecuzione di una perquisizione nei locali riferibili agli imputati, siti in Austria. Nessuna autorizzazione veniva richiesta in Germania, nel rispetto della lettera dell'art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo e del considerando 72 del regolamento<sup>18</sup>, confidando che un'unica autorizzazione, comprensiva degli aspetti di merito, sarebbe stata richiesta in Austria. Come previsto, il p.e.d. austriaco otteneva la convalida dell'ordine di perquisizione. La stessa veniva però tempestivamente impugnata di fronte al Tribunale superiore (*Oberlandesgericht*) di Vienna dagli indagati, i quali contestavano la violazione dei requisiti di proporzionalità e necessità della perquisizione.

A questo punto, il tribunale dell'impugnazione si chiedeva se potesse avere accesso all'intero fascicolo dell'indagine per pronunciarsi su tali ultimi profili (come sostenuto, in Corte di Giustizia, dai governi di Austria e Germania<sup>19</sup>). In quel caso però, l'EPPO avrebbe dovuto rendere gli atti disponibili al giudice, qui eccezionalmente non tradotti perché trattasi di due paesi germanofoni.

Secondo un'opposta visione, sostenuta in udienza dalla Commissione europea e dall'EPPO<sup>20</sup>, la giurisdizione dello Stato del p.e.d. assistente avrebbe dovuto invece limitarsi soltanto agli aspetti relativi all'esecuzione della perquisizione (come se si trattasse di un o.e.i.), dato che la «giustificazione e l'adozione» delle misure sono regolate dalla legge tedesca a norma dell'art. 31, par. 2 reg. EPPO. Solo il giudice tedesco, a seguire la tesi in esame, avrebbe potuto esprimersi sulla necessità e proporzionalità della misura in fase di autorizzazione. Naturalmente, questa seconda soluzione si pone in contrasto con l'art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo del regolamento.

Da qui il dubbio ermeneutico, così sintetizzabile (con un certo livello di astrazione): può l'interpretazione più fedele al testo del regolamento immolarsi sull'altare dell'efficienza delle indagini transnazionali dell'EPPO?

---

<sup>17</sup> C. Giust. U.E., *Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale sul caso C-281/22*, disponibile al seguente [link](#) (ultimo accesso: 8 marzo 2024).

<sup>18</sup> Cui è stata data specifica implementazione dall'art. 3, c. 2 della *Gesetz zur Ausführung der EU-Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft* (legge federale sull'attuazione della Procura europea del 10 luglio 2020), che qui si riporta in traduzione non ufficiale: «Nella misura in cui le disposizioni del codice di procedura penale prevedono un'ordinanza o una convalida del tribunale in relazione a un atto investigativo, l'ordinanza o convalida del tribunale è ottenuta da un tribunale tedesco solo nel caso di misure transfrontaliere da eseguire in un altro Stato membro che partecipa all'istituzione della Procura europea ai sensi dell'articolo 31, par. 3, del regolamento (UE) 2017/1939, se tale ordinanza o convalida del tribunale non è richiesta dalla legge dell'altro Stato membro». La disposizione replica la regola prevista dall'art. 31, par. 3, terzo sottoparagrafo del regolamento EPPO.

<sup>19</sup> E dalla *European Criminal Bar Association*, cfr. *Open letter of the European Criminal Bar Association (ECBA) in respect of the preliminary ruling in Case C-281/22, GK and Others, lodged at 25 April 2022, by the Oberlandesgericht Wien, Austria*, rinvenibile sul [sito dell'ECBA](#) e [richiamato dall'Unione delle Camere Penali Italiane](#) (ultimo accesso: 8 marzo 2024).

<sup>20</sup> Nonché dai governi nazionali di Paesi Bassi e Romania e dall'EPPO. Fuori d'udienza, anche dal CSM italiano cfr. *Parere sulla domanda di pronuncia pregiudiziale C-281/22 proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Oberlandesgericht Wien – Austria*, in [www.csm.it](#), 13 luglio 2022.



## 5. Struttura della decisione.

La Corte di Lussemburgo ha dato seguito alla soluzione difforme dal tenore letterale del regolamento: la cognizione della corte nello Stato del p.e.d. assistente in sede di autorizzazione deve riguardare, in ogni caso, le sole questioni procedurali, come di regola previsto per gli strumenti di cooperazione giudiziaria penale.

A tale conclusione – suggerita, in termini simili ma diversi anche dall’Avvocato Generale Tamara Čapeta<sup>21</sup> – la Corte giunge attraverso un percorso argomentativo divisibile in due parti: la prima dedicata all’interpretazione, innanzitutto letterale (paragrafi 46-54), poi contestuale (parr. 55-64); e infine teleologica (parr. 65-72) del regolamento; la seconda, incentrata sulle precisazioni in materia di tutela dei diritti fondamentali, necessarie in ragione della posizione assunta dalla Corte (parr. 73-77). I due passaggi argomentativi saranno qui analizzati nell’ordine.

### 5.1. Prima parte: interpretazione del regolamento EPPO.

#### 5.1.1. Criterio letterale.

La Corte chiarisce subito l’intenzione – supportata dalla sua giurisprudenza, anche recente<sup>22</sup> – di non volersi limitare soltanto alla lettera delle disposizioni, ma di voler estendere la propria indagine al contesto in cui sono inserite e agli scopi perseguiti dalla normativa di cui fanno parte (par. 46). In verità, una reale analisi della *littera legis* semplicemente non si trova. La Grande sezione non ritiene, ad esempio, di doversi soffermare sul significato di «giustificazione» e «adozione» della misura investigativa, che solo secondo la posizione della Commissione e dell’EPPO includerebbero il controllo di legalità e proporzionalità in fase di autorizzazione. Per il governo tedesco, al contrario, siffatta lettura costituirebbe una violazione plateale della lettera dell’art. 31, par. 3 reg. EPPO, per cui l’autorizzazione pertiene allo Stato del p.e.d. assistente<sup>23</sup>.

Il Collegio conferma rapidamente che gli articoli 31 e 32 del regolamento non specificano l’estensione del controllo giurisdizionale da parte delle autorità degli Stati membri coinvolti nelle indagini transfrontaliere (par. 52), ma distinguono solamente le leggi applicabili alle diverse fasi d’indagine (par. 53). Nulla è detto sul valore dei termini usati dal regolamento. L’assenza di indicazioni sul significato proprio delle parole «secondo la connessione di esse»<sup>24</sup> farà sentire il suo peso quando si cercherà di

---

<sup>21</sup> *Opinione dell’Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit.

<sup>22</sup> Il riferimento della Corte è a C. Giust. U.E., 12 ottobre 2023, C-435/22 PPU, *Generalstaatsanwaltschaft Munchen (Extradition and ne bis in item)*, par. 67.

<sup>23</sup> Questa la posizione sposata anche dal governo austriaco e da H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., in particolare p. 232.

<sup>24</sup> Il riferimento è ovviamente all’art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (c.d. “preleggi”).

comprendere le conseguenze della sentenza in commento sulla prassi delle indagini transnazionali dell'EPPO.

### 5.1.2. Interpretazione sistematica: analogie senza lacune.

Ritenuti sufficienti tali scarse direttive preliminari, i giudici di Lussemburgo muovono verso l'interpretazione sistematica. A differenza dell'Avvocato Generale e delle parti in giudizio<sup>25</sup>, la Corte non si pone come obiettivo quello di restituire alle disposizioni del regolamento una lettura intrinsecamente coerente, in modo che di ognuna sia salvaguardato un *minimum* di significato evitando al contempo antinomie interne. Ad esempio, non si chiarisce il ruolo del principio dell'autorizzazione unica (considerando 72 reg. EPPO) in relazione agli articoli 31 e 32 del regolamento. Né si tenta di coordinare queste due ultime disposizioni. Piuttosto, il Collegio preferisce mettere il regolamento EPPO a sistema con gli altri strumenti della cooperazione giudiziaria in materia penale (in particolare del m.a.e. e dell'o.e.i., cfr. parr. 55-64), così da poterlo leggere in trasparenza, alla luce dei caratteri a essi comuni.

In breve, la Corte ricorre a un'analogia, basata su un sillogismo: premesso che agli artt. 31, par. 2 e 32 il regolamento EPPO effettua una distinzione netta tra «giustificazione e adozione», da un lato, ed «esecuzione», dall'altro, assegnando a leggi differenti la loro regolamentazione; premesso altresì che una simile ripartizione è comune agli strumenti che attuano la cooperazione giudiziaria in materia penale (come il m.a.e. e l'o.e.i.), i quali di norma non prevedono la possibilità per l'autorità di esecuzione di controllare il rispetto delle condizioni di emissione della decisione che essa deve eseguire; allora la regola deve valere anche nelle indagini transnazionali dell'EPPO<sup>26</sup>.

L'analogia della Corte mira però a riempire un vuoto normativo che non c'è: non mancano disposizioni che regolino il caso *de quo*, ma semplicemente una loro coerente interpretazione, giacché lettera e scopi del regolamento suggeriscono soluzioni diverse. Il ricorso all'analogia pur in mancanza di una effettiva lacuna normativa frustra inevitabilmente la sua natura di meccanismo integrativo dell'ordinamento<sup>27</sup>. Al tempo stesso, essa costituisce un primo avvicinamento dell'EPPO ai sistemi fondati sul reciproco riconoscimento.

Peraltro, su questo punto si deve notare la significativa distanza tra la posizione dell'Avvocato Generale Čapeta e la decisione della Corte. La prima, infatti, aveva

<sup>25</sup> *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., parr. 47-54.

<sup>26</sup> La giurisprudenza della Corte – cui la stessa si riferisce, con sole due eccezioni, solamente in questa sezione – supporterebbe la tesi prescelta: il riferimento è a C. Giust. U.E., Grande sez., 23 gennaio 2018, C-367/16, *Piotrowski*; C. Giust. U.E., Grande sez., 22 febbraio 2022, C-562/21 e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie (Tribunal established by law in the issuing Member State)*; C. Giust. U.E., Grande sez., 31 gennaio 2023, C-158/21, *Puig Gordi and Others*, per quanto riguarda il m.a.e.; a C. Giust. U.E., 16 dicembre 2021, C-724/19 *Spezializirana prokuratura (Traffic and location data)*, relativamente all'o.e.i.

<sup>27</sup> Per una importante digressione su tale carattere proprio dell'analogia cfr., nell'ordinamento nazionale, Cass. civ., Ss. uu., 6 dicembre 2021, n. 38596.

sostenuto che il concetto di reciproco riconoscimento fosse suscettibile di una “gradazione quantitativa” parametrata sul livello di fiducia reciproca tra gli Stati. In quella singolare scala, il sistema dell’o.e.i. – sul quale la Corte costruirà poi l’analogia sopra tratteggiata – veniva collocato dall’A.G. piuttosto in basso (modesto livello di fiducia reciproca), per via delle numerose eccezioni che permettono all’autorità di esecuzione di non dar seguito alle richieste provenienti da altri Stati dell’Unione<sup>28</sup>.

La Corte, dal canto suo, nemmeno nomina i motivi di rifiuto dell’o.e.i. (o del m.a.e.). Si ferma invece a un livello più generico: la non controllabilità delle ragioni di emissione delle misure nello Stato che deve eseguirle è *acquis communautaire* e come tale andrebbe sempre applicata nel campo della cooperazione giudiziaria. Solo da questo punto di vista, più sfuocato, il principio del reciproco riconoscimento appare tanto omogeneo da poter fondare l’analogia alla base dell’argomento sistematico della Corte.

Senonché la sfuocatura impedisce agli operatori di comprendere il dettaglio di come (e fino a dove) l’analogia vada portata avanti, ovvero quanto altro della normativa comune all’o.e.i., al m.a.e. e agli altri strumenti possa essere trapiantato nel sistema dell’EPPO. In particolare, non è chiaro se, e secondo quali criteri, potrà (o dovrà) esplicitarsi il diniego dell’esecuzione nello Stato del p.e.d. che presta assistenza<sup>29</sup>, e quindi se i motivi di rifiuto rientrano nel “pacchetto” che la Corte mutua dall’o.e.i. e consegna alle indagini dell’EPPO. Quello del diniego dell’esecuzione è uno snodo cruciale della cooperazione giudiziaria (almeno al pari della suddivisione dei ruoli delle corti, fulcro dell’analogia nella decisione in commento): solo se rassicurati dalla possibilità di rifiutare la collaborazione in caso, ad esempio, di gravi violazioni dei diritti fondamentali nello Stato dell’autorità di emissione, gli Stati si rendono disponibili al reciproco riconoscimento.

L’esigenza di una simile valvola respiratoria si fa particolarmente pressante nel momento in cui alla cooperazione giudiziaria partecipino Stati dai proteiformi atteggiamenti in materia di tutela delle garanzie procedurali fondamentali. Con l’ingresso sempre più vicino della Polonia nei paesi aderenti all’EPPO<sup>30</sup>, la rilevanza della questione è peraltro destinata a crescere. Ci si dovrà giocoforza chiedere, ad esempio, se (e su quale base) un g.i.p. italiano potrà negare l’autorizzazione all’esecuzione di una misura investigativa, ove legittimamente dubiti della imparzialità dell’organo che l’ha disposta<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> *Opinione dell’Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 95.

<sup>29</sup> Aveva sottolineato l’essenzialità di una specificazione sulla questione H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., p. 236.

<sup>30</sup> Cfr. la decisione 2024/807 della Commissione europea del 29 febbraio 2024, che conferma la partecipazione della Polonia alla cooperazione rafforzata sull’istituzione della Procura europea.

<sup>31</sup> Sull’imparzialità dell’organo giudicante, con riferimento a casi polacchi, cfr. la *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights* preparata dal Registry della Corte del 31 agosto 2022, pp. 24 e ss.

### 5.1.3. Interpretazione teleologica, o gli obiettivi del regolamento.

Con un ultimo argomento, di matrice teleologica, il Collegio fa delle domande sottopostegli una tema di efficienza. Limitare il controllo nello Stato del p.e.d. assistente alle questioni procedurali sarebbe l'unico modo di garantire l'effettività delle indagini transnazionali dell'EPPO, perché solo così possono evitarsi le lungaggini dovute alla trasmissione del fascicolo e i rischi di intoppi nella cooperazione. Tutte le parti in causa concordavano sul punto<sup>32</sup>. Tuttavia, per i governi di Austria e Germania, le inefficienze generate da un testo di compromesso non avrebbero potuto trovare una correzione giudiziaria, a meno di voler vedere la Corte di Giustizia dell'Unione europea come un'«officina di riparazione di prodotti difettosi»<sup>33</sup>.

Per la Corte, invece, l'interpretazione teleologica è in grado di superare gli argomenti letterali. Una tale *vis* scaturisce dall'art. 31, par. 6 del regolamento, ovvero dalla «clausola residuale» che abilita i p.e.d. a ricorrere agli usuali strumenti di cooperazione giudiziaria (in primo luogo all'o.e.i.), nel caso in cui la misura investigativa assegnata non esista in una situazione puramente interna. Se straordinariamente i p.e.d. possono valersi dell'euro-ordine, non è ammissibile, secondo la Corte, che di norma essi siano costretti a usare uno strumento di gran lunga meno agevole. In ultima analisi, quindi, l'o.e.i. segnerebbe lo standard minimo di efficienza delle indagini transnazionali dell'EPPO.

È vero che nel disegnare lo statuto delle indagini transfrontaliere la maggioranza delle delegazioni intese proprio superare il sistema di riconoscimento reciproco proprio dell'euro-ordine<sup>34</sup>. I negoziatori miravano infatti a creare qualcosa di più "avanzato" e a lasciare all'o.e.i. il compito di coprire alcuni casi residuali. Ma la soluzione raggiunta dal testo di compromesso risulta effettivamente troppo distante dall'ottimo paretiano. La Corte di Giustizia ne prende atto e, senza chiedersi se davvero il regolamento EPPO predisponga "qualcosa di più"<sup>35</sup> rispetto al reciproco riconoscimento, costruisce un'argomentazione per cui questo appronterebbe "qualcosa di simile". Si prende dunque la responsabilità di imporre una procedura affine a quella dell'o.e.i., lo strumento meno evoluto che il legislatore intendeva novare.

D'altronde, se la Corte avesse deciso all'opposto, imponendo un controllo esteso al merito della misura da parte del giudice dello Stato del p.e.d. assistente, difficilmente la prassi si sarebbe arresa a un ostacolo tanto oneroso. Più probabilmente, l'eccezione prevista dall'art. 31, par. 6 del regolamento sarebbe stata estesa in modo da far diventare l'euro-mandato il metodo ordinario di cooperazione interna all'EPPO. Un esito non troppo diverso da quello che ci consegna la Corte con la decisione in commento, quindi sostanzialmente inevitabile. Tuttavia, con il loro ermetismo, i giudici di Lussemburgo sembrano deliberatamente omettere argomentazioni più dettagliate per evitare di precludere diverse interpretazioni o sviluppi futuri. Rimangono perciò aperte questioni

<sup>32</sup> *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 56.

<sup>33</sup> *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 37.

<sup>34</sup> H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 286.

<sup>35</sup> Questa la domanda che assilla l'Avvocato Generale nella sua *Opinione*, cit., parr. 80 e ss.

non sempre di semplice valutazione da parte dei giudici nazionali, specie in materia di diritti fondamentali.

#### 5.1.4. Assenza del criterio storico.

Non facilita le cose la totale assenza, nella pronuncia, dell'ultimo canone ermeneutico classico, richiamato anche dall'Avvocato Generale<sup>36</sup> e dalle parti in giudizio: quello storico. Non si fa alcun riferimento, difatti, alla travagliata vicenda legislativa dello statuto delle indagini transfrontaliere dell'EPPO, la quale avrebbe potuto quanto meno suggerire alla Corte il livello di intesa dei negoziatori sui punti nodali della disciplina.

Eppure, nel ben noto caso *Melloni*, fu il «consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme», tra gli altri argomenti, a permettere alla Corte di applicare lo standard comunitario di garanzia dei diritti della persona a discapito di quello più elevato previsto dalla legge nazionale<sup>37</sup>. Sembra un punto qui accuratamente evitato, forse perché affrontarlo avrebbe significato riconoscere che i negoziatori respinsero esplicitamente una proposta molto simile allo stato di cose che risulta dalla sentenza in commento<sup>38</sup>.

#### 5.2. Seconda parte. Ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali.

##### 5.2.1. La prescrizione di un controllo giurisdizionale preventivo per gli atti d'indagine gravemente ingeneranti nei diritti fondamentali.

Nella seconda parte della pronuncia (parr. 73-77) si affrontano le ricadute delle statuizioni della Corte sui diritti fondamentali, il cui rispetto è fatto salvo, in generale, dall'art. 41, par. 1 del regolamento<sup>39</sup>.

Il punto di partenza è la decisione *Gavanzov II*, con la quale, in materia di o.e.i., la Corte ha imposto agli Stati membri di prevedere la possibilità di contestare (almeno) la necessità e la legalità dei provvedimenti di perquisizione nello Stato dell'autorità di

---

<sup>36</sup> *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., parr. 60-62.

<sup>37</sup> C. Giust. U.E., Grande sez., 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*, par. 62. Cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagini penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2015, p. 94.

<sup>38</sup> La delegazione tedesca, proponendo di utilizzare lo strumento dell'ordine europeo di indagine anche nei casi di competenza dell'EPPO, predisse le difficoltà pratiche di applicazione del fumoso testo dell'allora art. 26-bis, cfr. *Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea – Osservazioni scritte della delegazione tedesca, fascicolo interistituzionale*, 21 aprile 2015.

<sup>39</sup> Che qui si riporta per comodità: «Le attività dell'EPPO si svolgono nel pieno rispetto dei diritti degli imputati e degli indagati sanciti dalla Carta, in particolare il diritto a un giudice imparziale e i diritti della difesa».

emissione<sup>40</sup>. L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sul diritto a un ricorso effettivo impedisce, di conseguenza, l'emissione di un o.e.i. quando tale facoltà non sia concessa.

Parallelamente, secondo il Collegio, nelle indagini transnazionali dell'EPPO incombe sullo Stato del p.e.d. incaricato del caso l'onere di predisporre garanzie sufficienti e adeguate ad assicurare la legalità e la necessità delle misure investigative, «quali un controllo giurisdizionale preventivo»<sup>41</sup>, ove gli atti da compiere comportino una «grave ingerenza» nei diritti fondamentali enucleati nella Carta di Nizza (par. 75). Nel dispositivo, tuttavia, la sentenza qui commentata è più categorica: in caso di grave ingerenza nei diritti, gli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura *devono* essere soggetti a controllo giurisdizionale preventivo nello Stato del p.e.d. incaricato del caso, quasi a voler fugare il dubbio che l'autorizzazione giudiziaria *ex ante* sia efficacemente sostituibile da altre forme di tutela<sup>42</sup>.

Tre i profili dubbi. In primo luogo, la Corte enumera solo qualche esempio di misure gravemente ingerenti nei diritti fondamentali: le perquisizioni di abitazioni private, le misure cautelari relative a beni personali e il congelamento di beni. La natura di altri atti di indagine potrebbe non essere così ovvia: si pensi alla produzione di documenti<sup>43</sup>, la cui invadenza nella sfera della riservatezza dipende in larga misura dal tipo di documento ricercato e dal destinatario della richiesta.

In secondo luogo, sembra che al presentarsi di atti investigativi intrusivi debbano essere attivati controlli in fondo estranei al testo dell'art. 31, par. 3 del regolamento, indipendentemente dalle autorizzazioni richieste negli Stati coinvolti. Si profila dunque un "doppio binario", per il quale le facilitazioni di cui godono le indagini transnazionali dell'EPPO varrebbero solo in caso di moderate interferenze con i diritti di libertà. Al contrario, per gli atti d'indagine più marcatamente intrusivi dovrebbe attivarsi un sistema di controlli simile – solo il tempo dirà quanto – al sistema dell'o.e.i. Su questo secondo "binario", la decisione in commento potrebbe causare importanti rallentamenti a talune indagini dell'EPPO. Si tratta dei casi in cui, ad oggi, non è richiesta l'autorizzazione in alcuno degli Stati coinvolti dall'indagine<sup>44</sup> e di quelli in cui essa è

---

<sup>40</sup> C. Giust. U.E., 11 novembre 2021, C-852/19, *Gavanozov II*, par. 41 e ss.

<sup>41</sup> Il corsivo è aggiunto.

<sup>42</sup> Si noti incidentalmente che l'A.G. non aveva fatto riferimento a questo dovere, suggerendo che nello Stato del p.e.d. assistente si potesse controllare solo la procedura, *indipendentemente* dal fatto che, nello Stato del p.e.d. incaricato del caso, l'atto di indagine fosse stato oggetto di autorizzazione *ex ante*. Così, in un caso come quello in esame, in cui nello Stato del p.e.d. incaricato del caso non è prevista un'autorizzazione alla misura, il merito sarebbe impossibile da scrutinare. La diminuzione delle garanzie che deriva dalla sua interpretazione sarebbe, per l'A.G., il «prezzo da pagare per la costruzione di un futuro insieme» (*Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 114). Per la Corte, evidentemente, il prezzo è troppo alto.

<sup>43</sup> Cfr. art. 30, par. 1, lett. c) regolamento EPPO.

<sup>44</sup> Cioè i casi maggiormente snelliti dal regolamento EPPO, tanto da dare origine a quella che H. H. HERRNFELD chiama «mutual recognition *deluxe*», cfr. H. H. HERRNFELD, D. BRODOWSKI, C. BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office*, cit., p. 287.

prevista solo nello Stato del p.e.d. assistente. In tali ipotesi il controllo del merito nello Stato del p.e.d. incaricato del caso è una novità introdotta dalla Corte<sup>45</sup>.

Infine, non è stabilito con nettezza se l'obbligo di previo controllo giurisdizionale degli atti investigativi particolarmente intrusivi imponga agli Stati che a oggi non lo prevedono, di introdurlo. Si prendano ad esempio le perquisizioni (che sono certamente intrusive nei diritti fondamentali): l'unico modo per rispettare il dispositivo della sentenza in commento sembrerebbe far sì che in ciascuno degli Stati partecipanti alla cooperazione rafforzata si prescriva un'autorizzazione giudiziaria preventiva al loro svolgimento.

Da una simile evoluzione scaturirebbero inaspettate "esternalità positive" sul livello delle garanzie<sup>46</sup>, in assonanza con quella dottrina che ha auspicato l'assoggettamento ad autorizzazione giudiziale delle perquisizioni sempre e comunque<sup>47</sup>. Inoltre, in un tale (invero improbabile) scenario si assisterebbe alla sincronizzazione delle procedure nazionali che mancò di raggiungersi in fase di negoziazione del regolamento, per la mancanza di consenso tra le delegazioni, seppure l'art. 86 TFUE espressamente fornisca la base giuridica per regole processuali comuni nei procedimenti dell'EPPO. Questo auspicabile *side effect* riproporrebbe quanto osservato in materia di o.e.i., dove la rinuncia alle formalità non decisive all'utilizzo della prova, imposta dall'apertura a forme processuali eterologhe, dovrebbe portare, nel medio periodo, a un avvicinamento degli ordinamenti statali coinvolti nella cooperazione<sup>48</sup>.

Vedremo se il dispositivo sarà inteso nei termini descritti dalla platea di Stati chiamati a dare attuazione alla sentenza. Più realisticamente, si tenterà di far rientrare forzatamente l'ufficio del pubblico ministero nel novero dei soggetti legittimati ad autorizzare le misure investigative nello Stato del p.e.d. incaricato del caso, magari sfruttando proprio l'analogia con l'o.e.i. delineata dalla Corte<sup>49</sup>. Per ora, possiamo solo

<sup>45</sup> La quale ha deciso di discostarsi dalla lettera del regolamento, che impone al p.e.d. assistente di ottenere l'autorizzazione (se previsto dalla legge del suo Stato, cfr. art. 31, par. 3, primo sottoparagrafo). Il College dell'EPPO, tentando di fornire indicazioni pratiche ai p.e.d., giunse peraltro a conclusioni simili a quelle restituite dalla sentenza, cfr. *Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office no. 006/2022 of 26 January 2022 adopting guidelines of the College of the Eppo on the application of Article 31 of Regulation (EU) 2017/1939*. Sulla prescrittività delle linee guida del College quali strumenti di *soft-law* cfr. in particolare L. DE MATTEIS, *The EPPO's legislative framework: navigating through EU law, national law and soft law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1/2023, p. 16.

<sup>46</sup> L'attitudine del regolamento EPPO a irrobustire la tutela dei diritti negli ordinamenti nazionali è già stata notata da F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit., p. 4.

<sup>47</sup> Cfr. ad es.: K. KREMENS, *The authority to order search in a comparative perspective: a call for judicial oversight*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 3/2020, pp. 1585-1626, che chiosa: «the judicial oversight of searches does not guarantee lawful and reasonable behavior in all cases, but it undoubtedly increases the protection of an individual's rights».

<sup>48</sup> Aveva anticipato questa evenienza M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2215. Il ravvicinamento degli ordinamenti giuridici nazionali era peraltro un altro degli obiettivi del Consiglio europeo di Tampere.

<sup>49</sup> Cfr. C. Giust. U.E., Grande sez., 8 dicembre 2020, C-584/19, *Staatsanwaltschaft Wien*, con la quale la Corte ha stabilito che «rientra nelle nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione», ai sensi [degli articoli 1, paragrafo 1, e 2, lettera c), della direttiva 2014/41 relativa all'ordine europeo di indagine], il

essere certi che gli Stati (come la Germania) che avevano eliminato il controllo giurisdizionale *ex ante* nei casi in cui lo Stato del p.e.d. assistente prevede l'autorizzazione, saranno costretti a reinserirlo, abrogando le relative disposizioni delle leggi di implementazione del regolamento EPPO.

### 5.2.2. Il rischio di vuoti di tutela: rinvio alla prova della prassi.

La Corte segnala agli operatori due modalità per concretizzare il rispetto dei diritti fondamentali della persona nel corso delle indagini transnazionali dell'EPPO, sulla falsa riga di quanto aveva fatto l'Avvocato Generale<sup>50</sup>.

In primo luogo, vi sarebbero le direttive sui diritti di difesa<sup>51</sup>, cui fa riferimento l'art. 41, par. 2 del regolamento (par. 76). Ma ne è stata eccepita l'insufficienza, nonché la scarsa adattabilità alle caratteristiche delle indagini della Procura europea<sup>52</sup>. Una seconda garanzia (par. 77) sarebbe poi fornita dalla regola, ispirata al principio di proporzionalità, per cui nella disponibilità di una misura meno intrusiva e a parità di efficacia, il p.e.d. assistente deve consultarsi con il p.e.d. incaricato del caso, e, se la questione non è risolta entro 7 giorni, riferire alla Camera Permanente (art. 31, par. 5, lett. c) e par. 7 del regolamento).

La proporzionalità cui la Corte accenna dovrebbe irradiare invero tutte le attività dell'EPPO a norma dell'art. 5, par. 2 del regolamento. Si tratta di un principio essenziale: la sua vincolatività funge da cartina al tornasole della portata e dei limiti del reciproco riconoscimento<sup>53</sup>; le deviazioni da esso generano ineluttabilmente vuoti di tutela<sup>54</sup>. Nel nostro ambito, data l'intrinseca attitudine a «debordare anche sul merito della questione»<sup>55</sup>, il principio di proporzionalità potrebbe offrire spazi al p.e.d. assistente per contestare l'esecuzione delle misure investigative assegnate, qualora dubiti del rispetto dei diritti fondamentali degli interessati. Comunque, si tratta pur sempre di una mera

---

pubblico ministero di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di subordinazione legale che potrebbe esistere tra tale pubblico ministero o tale procura e il potere esecutivo di tale Stato membro, e dall'esposizione di detto pubblico ministero o di detta procura al rischio di essere soggetti, direttamente o indirettamente, ad ordini o istruzioni individuali da parte del predetto potere, nell'ambito dell'adozione di un ordine europeo di indagine».

<sup>50</sup> *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 102 e ss.

<sup>51</sup> Si tratta delle direttive U.E. nn. 2010/64, 2012/13, 2013/48, 2016/343, 2016/1919.

<sup>52</sup> H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., p. 235.

<sup>53</sup> A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 107.

<sup>54</sup> M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 94, con riferimento al caso *Melloni*. Più in generale, sui rischi per il giusto processo nella cooperazione giudiziaria internazionale cfr. S. GLESS, *Transnational cooperation in criminal matters and the guarantee of a fair trial: approaches to a general principle*, in *Utrecht Law Review*, 4/2013, pp. 90-108; sul principio di proporzionalità e la sua «espansione» attraverso le fonti europee, cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3-4/2014, pp. 143-163.

<sup>55</sup> M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2203.



consultazione interna e perciò le aspettative di tutela dei diritti per questa via debbono essere ridimensionate<sup>56</sup>.

Ad ogni modo, la proporzionalità intinge anche il sindacato giurisdizionale nello Stato del p.e.d. incaricato del caso<sup>57</sup>: l'imposizione da parte della Corte di Lussemburgo di un previo controllo in caso di interferenze con i diritti fondamentali potrebbe dunque espandere la portata del principio nelle indagini transfrontaliere anche oltre i confini imposti esplicitamente dal regolamento.

La realtà è che sarà fatalmente la prassi a indicare quale via gli Stati membri utilizzeranno per riaffermare la propria sovranità nei casi (straordinari) ove la richiesta di assistenza susciti forti sospetti quanto al rispetto dei diritti fondamentali (si pensi al caso della Polonia, v. *supra*). Questa esigenza si imporrà *a fortiori* se gli Stati membri non sosterranno la spinta all'aumento delle garanzie ricavabile dal dispositivo della sentenza prescrivendo un controllo *ex ante* delle misure particolarmente intrusive.

Di conseguenza, sembra possibile che i giudici nazionali riprendano l'analogia disegnata dalla Corte di Giustizia con gli strumenti di cooperazione giudiziaria, e si concedano così le digressioni nel merito della misura da eseguire consentite, in via eccezionale, all'autorità che debba dare seguito a un o.e.i. (art. 14, par. 2, direttiva 2014/41)<sup>58</sup>. Proseguendo nell'ipotesi, in casi dubbi, il giudice dello Stato membro del p.e.d. assistente potrebbe rifiutare l'autorizzazione, valorizzando il dato per cui l'art. 31, par. 3, secondo sottoparagrafo del regolamento EPPO concepisce esplicitamente il ritiro dell'assegnazione da parte del p.e.d. incaricato del caso per il fallimento della procedura autorizzativa<sup>59</sup>.

Nel nostro sistema, almeno nei casi in cui tali rischi si riflettessero sulla violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, un simile esito sarebbe peraltro sostenuto dall'art. 696-*quinquies* c.p.p. (v. *supra*, par. 3). Quest'ultimo figura nel catalogo dei principi (opportunamente<sup>60</sup>) inseriti dal legislatore nel c.p.p. quali fattori di «continuità e uniformazione» del sistema che, accedendo all'ipotesi dell'estensione dell'analogia con l'o.e.i., potrebbero guidare gli operatori nelle incertezze, fino a un auspicabile intervento di modifica del regolamento in materia di indagini transfrontaliere.

Sembra difficile invece che l'analogia possa essere estesa al punto da inserire ulteriori cause di rifiuto in un sistema, come quello dell'EPPO, nato con il preciso intento di escluderle. Ne consegue che per le violazioni procedurali di minore entità ci si affiderà verosimilmente al controllo giurisdizionale *ex post* della legalità degli atti d'indagine

---

<sup>56</sup> Lo sostiene ancora una volta H. H. HERRNFELD, *Efficiency contra legem?*, cit., p. 236.

<sup>57</sup> Nonché il momento dell'ammissione della prova di fronte al giudice del dibattimento. Per questi profili cfr. F. S. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo*, cit. pp. 10-11.

<sup>58</sup> Ammette esplicitamente questa possibilità, con riferimento alle misure coercitive, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7-8/2017, p. 212.

<sup>59</sup> Si riporta qui l'art. 31, par. 3, secondo sottoparagrafo del regolamento EPPO per comodità: «In caso di rifiuto dell'autorizzazione giudiziaria per la misura assegnata, il procuratore europeo delegato incaricato del caso ritira l'assegnazione».

<sup>60</sup> M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 2200.

garantito dall'art. 42, par. 1 reg. EPPO<sup>61</sup>, rassegnandosi a piccole deviazioni dagli schemi legali in nome del *fait accompli*.

## 6. Conclusioni.

Con la sentenza che si è cercato di analizzare, la Corte di Lussemburgo dà continuità alla propria giurisprudenza a difesa dell'effettività del diritto dell'Unione, correggendo un testo che avrebbe certamente arrecato inefficienze nelle indagini transnazionali dell'EPPO<sup>62</sup>. Una decisione, quindi, per certi versi inevitabile, cui avrebbe giovato però un'argomentazione più specifica, se non più convincente. L'attitudine epigrafica – talvolta forse eccessiva<sup>63</sup> – della Corte affida alle ipotesi le conseguenze delle sue statuizioni di principio. In particolare, si dovrà verificare se si darà vita a un doppio binario sulla base dell'intrusività delle misure investigative; e come gli ordinamenti nazionali interpreteranno l'analogia della Corte con gli altri strumenti di cooperazione giudiziaria penale. La "vittoria" dell'EPPO alla sua prima, importante, prova si accompagna dunque alla nascita di sfide nuove e più grandi, nonché alla consapevolezza che il livello di fiducia reciproca tra gli Stati che si auspicava raggiunto è ancora di là da venire.

---

<sup>61</sup> La Corte non riporta però la possibilità di ricorso giurisdizionale quale "terza via di concretizzazione" dei diritti fondamentali. La indica invece dall'A.G.: cfr. *Opinione dell'Avvocato Generale Tamara Čapeta*, cit., par. 112.

<sup>62</sup> Sulla quale v. ancora M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove*, cit., p. 93.

<sup>63</sup> Ma, si sa, la Corte di Giustizia, come l'oracolo di Delfi, «non afferma, non nega: suggerisce», per citare il paragone di V. MANES, *Some lessons from the Taricco saga*, in *New Journal of European Criminal Law*, 1/2018, p. 15.

Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**