

IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE PREVENTIVO
NELLE INDAGINI TRANSFRONTALIERE
DELL' *EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S*
*OFFICE**



Violette Sirello **

SOMMARIO 1. Una cooperazione *sui generis* al servizio dell'efficienza investigativa. – 2. La portata degli art. 31 e 32 Reg. EPPO al vaglio della Corte di Giustizia. – 2.1. *Lo scenario di fondo*. – 2.2. *La questione pregiudiziale nel caso C-281/22*. – 2.3. *La decisione della Corte di Giustizia*. – 3. L'inarrestabile cammino dell'armonizzazione. – 4. La *never-ending story* del controllo effettivo sull'esecuzione degli atti particolarmente intrusivi. – 5. Nuove sfide in tema di ammissibilità della prova.

1. Una cooperazione *sui generis* al servizio dell'efficienza investigativa

Sembrava irrealizzabile, eppure eccola: la Procura europea, «organo dell'Unione indivisibile, che opera come un ufficio unico con struttura decentrata» (art. 8 par. 1 Reg. UE/2017/1939¹), in grado di perseguire «efficacemente»² i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea. Discusso sin dagli albori della cooperazione giudiziaria europea in materia penale³, l'ufficio inquirente sovranazionale ha

* Il contributo è destinato al volume *Prueba, tiempo y espacio*, a cura di S. Pereira Puigvert e G. Borgia (Aranzadi, collana «PROBATIUS – Estudios de Derecho Procesal y Derecho Probatorio»), di prossima pubblicazione.

** Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche – *curriculum* «Discipline penalistiche: diritto e procedura penale» - Università di Firenze

¹ Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, in GUUE 2017, L 283, p. 1 (d'ora in avanti, Reg. EPPO), attuato, nell'ordinamento italiano, con d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 9.

² Considerando 14 e considerando 66 Reg. EPPO.

³ Sui progetti che si sono susseguiti nel corso dei decenni, a partire dal *Corpus iuris*, relativi all'istituzione di un organo inquirente sovranazionale, anche per gli opportuni riferimenti storici v., in dottrina, *ex multis*, tra i più recenti, S. ALLEGREZZA, *Verso una Procura europea per tutelare gli interessi finanziari dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2013, p. 1 ss., consultabile all'indirizzo internet www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org; M. BARGIS, *Il pubblico ministero nella prospettiva di un ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 745 ss.; L. CAMALDO (a cura di), *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014; J. DELLA TORRE-L. LUPARIA DONATI, *Origini e "background" della Procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2022, p. 38 ss.; G. DI PAOLO-S. MARCOLINI, *Verso l'istituzione di una Procura europea a protezione degli interessi finanziari dell'Unione: la proposta di regolamento*

finalmente visto la luce, all'esito di lunghi e complessi negoziati, il 12 ottobre 2017⁴. Operativa dal 1° giugno 2021, seppur in un ambito territoriale circoscritto ai 22 Stati

COM(2013)534 "final", in *Cass. pen.*, 2014, p. 360 ss.; L.H. ERKELENS-A.W.H. MEIJ-M. PAWLIK, *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2015; P. FERRUA-R. GAMBINI-M. SALVADORI, *La nuova Procura europea. Indipendenza, coordinamento tra Stati e tutela dei diritti dell'uomo*, ESI, Napoli, 2016; G. GRASSO-G. ILLUMINATI-R. SICURELLA-S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Giuffrè, Milano, 2013; L. LOMBARDO, *L'istituzione del procuratore europeo: problemi e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 690 ss.; sull'evoluzione del diritto europeo e della fiducia reciproca alla base dell'istituzione della Procura europea, quale nuova concezione della sovranità, G.M. GIACOMINI, *Il diritto europeo e la sua rilevanza politico-sociale: la fiducia reciproca e l'evoluzione dei rapporti tra il diritto europeo e il diritto penale nazionale. Dalla sentenza della Corte di Giustizia 11/06/87, Pretore di Salò (C-14/86), al Regolamento (UE) 2017/1939 che ha istituito la Procura europea (EPPO)*, in *Pol. dir.*, 1/2022, p. 51 ss.; L. SALAZAR, *La lotta alla criminalità nell'Unione: passi in avanti verso uno spazio giudiziario comune prima e dopo la Costituzione per l'Europa ed il Programma dell'Aia*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3510 ss.

⁴ Cfr., senza pretesa di esaustività, L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018; L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Springer, Cham, 2018; G. BARROCU, *La Procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Wolters Kluwer, Milano, 2021; R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla Procura europea: il punto della situazione*, in *Sist. pen.*, 7/2020, p. 165 ss.; D. BRODOWSKI-H.H. HERNNFELD-C. BURCHARD (a cura di), *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, Hart, Oxford, 2020; L. CAMALDO, *L'istituzione della Procura europea: il nuovo organo investigativo affonda le proprie radici negli ordinamenti nazionali*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 958 ss.; A. CORRERA, *Prime osservazioni sul regolamento che istituisce la Procura europea*, in *Eurojus*, 21 ottobre 2017, p. 1 ss., consultabile all'indirizzo internet www.eurojus.it; P. CSONKA-A. JUSZCZAK-E. SASON, *The Establishment of the European Public Prosecutor's Office. The Road from Vision to Reality*, in *Eucrim*, 3/2017, p. 125 ss.; W. GEELHOED-L.H. ERKELENS-A.W.H. MEIJ (a cura di), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, Springer, Cham, 2018; M. GIALUZ, *L'attività di indagine della Procura europea tra ambiguità normative e tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1/2022, p. 3 ss.; G. GRASSO-R. SICURELLA-F. BIANCO-V. SCALIA (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Stato dell'arte e prospettive alla luce della creazione della Procura europea*, IUS Pisa University Press, Pisa, 2019; K. LIGETI-M.J. ANTUNES-F. GIUFFRIDA (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office At Launch. Adapting National Systems, Transforming EU Criminal Law*, Wolters Kluwer, Milano, 2020; B. PIATTOLI, *Procura europea e criminalità finanziaria nella UE: principi e modelli processuali*, IUS Pisa University Press, Pisa, 2022; L. SALAZAR, *La Procura europea è finalmente realtà: what's next...?*, in *Eurojus*, 20 novembre 2017, p. 1 ss., consultabile all'indirizzo internet www.eurojus.it; L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 328 ss.; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura europea*, in *Arch. pen.*, 3/2017, p. 19 ss.; A. SANDRU-M. MORAR-D. HERINEAN (a cura di), *European Public Prosecutor's Office : Regulations. Disputes. Explanations*, Universul Juridic, Bucarest, 2022; J.A.E. VERVAELE, *Outlook on the European Public Prosecutor's Office: A Giant with National Clay Feet?*, in M. LUCHTMANN-K. LIGETI-J.A.E. VERVAELE (a cura di), *EU Enforcement Authorities. Punitive Law Enforcement in a Composite Legal Order*, Hart, Oxford, 2023, p. 313 ss.

membri aderenti alla cooperazione rafforzata⁵, la neonata Procura europea ha già dimostrato il proprio valore aggiunto e le potenzialità⁶ nel contrasto ai reati per i quali il Reg. EPPO le assegna «competenza» investigativa⁷.

L'esigenza di armonizzazione – sottesa all'istituzione di un organo unico capace di svolgere la propria attività in tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza le limitazioni derivanti dalle frontiere interne e, dunque, senza la necessità di ricorrere agli strumenti tradizionali di *mutual legal assistance* o basati sul riconoscimento reciproco – si è tuttavia scontrata con forti resistenze degli Stati membri. Rigurgiti sovranisti emergono, in particolare, in relazione alle indagini transfrontaliere, autentico settore nevralgico per l'efficacia dell'attività dell'EPPO.

Com'è noto, la materia è regolata dagli art. 31 e 32 Reg. EPPO. Ove occorra compiere un atto investigativo in uno Stato membro diverso da quello in cui è incardinato il procuratore europeo delegato (d'ora in avanti, PED) titolare dell'indagine, scatta un meccanismo di «assegnazione» diretta al PED incardinato nello Stato membro in cui l'atto stesso va eseguito (art. 31 par. 1 Reg. EPPO). La disciplina, però, non si muove verso una piena armonizzazione: da un lato, la «giustificazione e l'adozione della misura» sono regolate dalla legge dello Stato in cui è incardinato il PED titolare dell'indagine (art. 31 par. 2 Reg. EPPO); dall'altro, la misura assegnata va eseguita in

⁵ A seguito dell'adesione della Polonia e della Svezia alla cooperazione rafforzata, rispettivamente dal 1° marzo 2024 e dal 19 luglio 2024, gli Stati membri in cui l'EPPO sarà legittimato a operare sono 24 (cfr. Decisione (UE) 2024/807 della Commissione, del 29 febbraio 2024, che conferma la partecipazione della Polonia alla cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, in GUUE L 2024/807, 29.2.2024; Decisione (UE) 2024/1952 della Commissione, del 16 luglio 2024, che conferma la partecipazione della Svezia alla cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, in GUUE L 2024/1952, 18.7.2024). Per entrambi gli Stati, va segnalato, tuttavia, che gli art. 24, 27-31 Reg. EPPO troveranno applicazione soltanto a partire dal ventesimo giorno successivo alla nomina dei rispettivi Procuratori europei, in forza dell'art. 16 Reg. EPPO.

⁶ Cfr., per un'analisi statistica delle indagini sinora condotte, EPPO, *Report annuale 2023*, pubblicato il 29 febbraio 2024 e consultabile all'indirizzo internet <https://www.eppo.europa.eu/>.

⁷ Il riferimento va, in generale, ai compiti stabiliti dall'art. 4 Reg. EPPO e, nello specifico, alla competenza materiale individuata dagli art. 22-23 Reg. EPPO. Cfr., *ex multis*, anche per un'analisi critica delle disposizioni della fonte euro-unitaria, G. DE AMICIS, "Competenza" e funzionamento della Procura europea nella cognizione del giudice, in *Legisl. pen. web*, 31 gennaio 2022, p. 1 ss.; S. MANACORDA, *Il p.m. europeo e le questioni aperte di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2017, p. 660 ss.; E. TRAVERSA, *Regolamento EPPO: le disposizioni che paralizzano l'esercizio delle competenze della Procura europea gridano vendetta al cospetto della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Pol. dir.*, 1/2022, p. 27 ss. Relativamente alla questione sulla compatibilità della normativa spagnola e il Reg. EPPO, L. BACHMAIER WINTER, *EPPO versus national prosecution office. A conflicting case of competence with broader dimensions*, in M. LUCHTMANN (a cura di), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization*. Liber amicorum prof. dr. J.A.E. Vervaele, 2023, Eleven, L'Aia, p. 515 ss.

conformità con il Reg. EPPO e con la legge dello Stato in cui opera il PED assistente (art. 32 Reg. EPPO)⁸.

Ciononostante, il “sistema EPPO” – vero *unicum* nel panorama della cooperazione giudiziaria in materia penale – assume una configurazione avanguardista rispetto agli strumenti sinora adottati dall’Unione europea in materia penale, come l’ordine europeo d’indagine o il mandato d’arresto europeo, basati sul riconoscimento reciproco. La cooperazione *sui generis*⁹ attivata fra i PED degli Stati membri coinvolti dall’attività investigativa si colloca, infatti, oltre il mutuo riconoscimento¹⁰, perché – in coerenza con la natura unitaria dell’ufficio europeo – non presuppone il previo, formale riconoscimento della decisione di assegnazione. A differenza della direttiva 2014/41/UE sull’ordine europeo d’indagine, il Reg. EPPO, del resto, non contempla motivi di rifiuto che il PED assistente possa opporre per l’esecuzione della misura assegnatagli. Al contempo, ciò non implica che quest’ultimo sia tenuto a procedere supinamente. Qualora sussistano le condizioni previste dall’art. 31 par. 5 lett. a)-d), infatti, il PED richiesto dell’assistenza deve avviare una «consultazione» con il PED titolare dell’indagine, previa comunicazione al Procuratore europeo del proprio Stato, incaricato della supervisione. Solo qualora i dubbi non possano essere sciolti a livello bilaterale, competente a decidere sull’assegnazione definitiva dell’atto da compiere è la Camera permanente (art. 31 par. 7-8 Reg. EPPO).

⁸ Per un’analisi sul significato dei termini «giustificazione», «adozione» ed «esecuzione» impiegati dal Reg. EPPO, cfr. L. PRESSACCO, *I controlli sulle indagini transfrontaliere della Procura europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione indotta*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 2403.

⁹ *Ex multis*, sull’impiego di tale locuzione e per espressioni affini, L. PRESSACCO, *Indagini e promozione dell’azione penale del pubblico ministero europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 1380; J.A.E. VERVAELE, *La Fiscalía europea: ¿una agencia europea sin espacio europeo común?*, in J. MUÑOZ SÁNCHEZ-O. GARCÍA PÉREZ-A.I. CEREZO DOMÍNGUEZ-E. GARCÍA ESPAÑA (a cura di), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Profesor José Luis Díez Ripollés*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023, p. 1966; nonché, già, rispetto al modello di EPPO che andava delineandosi durante i negoziati, A. WEYEMBERG-C. BRIÈRE, *Towards a European Public Prosecutor’s Office (EPPO), Study for the LIBE Committee*, 2016, p. 31-32, consultabile all’indirizzo internet www.cde.ulb.be.

¹⁰ Cfr. le conclusioni dell’Avvocato Generale, T. ČAPETA, rassegnate il 22 giugno 2023 nella causa C-281/22 (ECLI:EU:C:2023:510), consultabili all’indirizzo internet <https://curia.europa.eu>; secondo H.H. HERNNFELD, *Art. 31*, in D. BRODOWSKI-H.H. HERNNFELD-C. BURCHARD (a cura di), *European Public Prosecutor’s Office. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 287, nel caso di atti che non richiedono alcuna autorizzazione giudiziaria, viene a configurarsi una sorta di «mutual recognition *de luxe*», capace di rendere la cooperazione nel sistema EPPO decisamente più avanzata rispetto a quella realizzata mediante l’ordine europeo d’indagine. In generale, sul principio del mutuo riconoscimento e sulla fiducia reciproca, cfr., da ultimo, P. RONSFELD, *Mutual recognition and Mutual Trust*, in K. AMBOS-P. RACKOW (a cura di), *The Cambridge Companion to European Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, p. 131 ss.

Eppure, nonostante l'indubbia portata innovativa del sistema, emergono con prepotenza le inevitabili frizioni derivanti dal rinvio alle legislazioni nazionali per tutti i profili non espressamente disciplinati dal Reg. EPPO (art. 5 par. 3 Reg. EPPO). Fra queste spicca, ad esempio, proprio l'individuazione dei presupposti e delle modalità esecutive degli atti d'indagine¹¹, in relazione ai quali la soluzione di compromesso di un «“single Office”, without [a] “single legal area”»¹² sconta il significativo limite di rendere le investigazioni transfrontaliere prive di quella necessaria fluidità che pure rappresentava uno degli obiettivi centrali dell'attività del nuovo organo euro-unitario.

A complicare ulteriormente il quadro concorre poi l'art. 31 par. 3 Reg. EPPO, che introduce un regime differenziato a seconda che le leggi degli Stati membri coinvolti nell'indagine sottopongano, o no, la misura investigativa alla previa «autorizzazione giudiziaria».

Qui, l'idea iniziale – propugnata dalla Commissione nell'originaria proposta d'istituzione della Procura europea¹³ – d'introdurre una, seppur parziale, armonizzazione degli ordinamenti processuali nazionali mediante la previsione di un'unica autorizzazione giudiziaria, da ottenersi nello Stato membro in cui la misura avrebbe dovuto essere eseguita, non ha trovato seguito. Si è invece optato per una soluzione di retroguardia, che ha relegato nel considerando 72 Reg. EPPO il mero auspicio – trattandosi di una previsione priva di valore precettivo¹⁴ – che sia «specific[ato]

¹¹ In generale, in relazione all'attività investigativa, anche non transfrontaliera, condotta dall'EPPO, l'art. 30 par. 2 e 5 Reg. EPPO prevede che le «condizioni», le «procedure» e le «modalità per l'adozione» delle «misure investigative» che l'EPPO è legittimato a disporre siano «disciplinate dal diritto nazionale applicabile». Sulla «desolante povertà» delle disposizioni del Reg. EPPO in materia, 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, Milano, 2015, p. 323. Sulle problematiche, anche in punto di reciproca ammissibilità della prova, derivanti dalla mancata previsione di regole uniformi in ambito investigativo, cfr., per tutti, G. FIORELLI, *Il pubblico ministero europeo, tra poteri investigativi nazionali e regole probatorie “in bianco”*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2020, p. 190 ss.

¹² Cfr. H.H. HERNNFELD, *Art. 31*, cit., p. 285.

¹³ Cfr. Proposta di Regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea, COM(2013) 534final, del 17 luglio 2013 (consultabile all'indirizzo internet www.eur-lex.europa.eu), il cui art. 26 par. 4 prevedeva la necessità che alcuni atti investigativi, inclusi nel catalogo delle misure che gli Stati membri avrebbero dovuto mettere a disposizione della Procura europea, fossero sottoposti ad autorizzazione giudiziaria nello Stato membro in cui dovevano essere eseguiti. Ciò avrebbe scongiurato il rischio, che si è poi effettivamente concretizzato con l'art. 31 par. 3 Reg. EPPO oggi vigente, di interpretazioni fluide e di conseguenti vuoti di tutela.

¹⁴ Sulla funzione svolta dai considerando, cfr. la *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2015, p. 31-32, consultabile all'indirizzo internet <https://eur-lex.europa.eu>

chiaramente in quale Stato membro [l'autorizzazione] dovrebbe essere ottenuta» e che «in ogni caso dovrebbe esservene solo una».

Al riguardo, l'art. 31 par. 3 Reg. EPPO dispone che, se la legge dello Stato in cui opera il PED richiesto dell'assistenza impone un'«autorizzazione giudiziaria» per il compimento dell'atto assegnato, spetta a tale PED ottenerla in conformità alla normativa processuale del proprio Stato (comma 1). Nel caso in cui l'«autorizzazione» sia negata, il PED titolare dell'indagine deve «ritirare» l'assegnazione della misura (comma 2). Viceversa, se è la sola *lex fori* a richiedere l'«autorizzazione giudiziaria», il PED titolare dell'indagine dovrà ottenerla per poi trasmetterla al PED assistente insieme all'assegnazione della misura da eseguire (comma 3). Mentre tale ultima ipotesi non appare *prima facie* particolarmente problematica¹⁵, poiché espressione del principio generale in forza del quale la «giustificazione e l'adozione» delle misure investigative è regolata dalla *lex fori*, l'art. 31 par. 3 comma 1 Reg. EPPO presta il fianco a incertezze interpretative. Da un lato, non esclude che possano rientrare nel relativo perimetro applicativo anche i casi in cui gli ordinamenti di tutti gli Stati membri coinvolti nell'attività investigativa impongano un controllo preventivo sull'atto; dall'altro, non precisa la portata dell'«autorizzazione giudiziaria» emessa nello Stato del PED assistente.

«L'affar di cui si tratta è importante»¹⁶ perché presenta implicazioni di non poco conto. Ad esempio, se si ritenesse sufficiente l'«autorizzazione giudiziaria» emessa nello Stato del PED assistente, si pensi alle difficoltà cui andrebbe incontro il giudice del medesimo Stato a causa del coordinamento con l'art. 31 par. 2 Reg. EPPO che, relativamente ai presupposti e alle modalità di compimento dell'atto investigativo, impone di applicare la *lex fori* (e non già la *lex loci*)¹⁷. Soprattutto, però, l'opzione in

lex.europa.eu; nel senso di non attribuire rilevanza al considerando 72 Reg. EPPO, proprio in ragione della sua peculiare portata non precettiva, si era anche orientato l'EPPO, nella *Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 26 January 2022, adopting Guidelines of the College of the EPPO on the Application of Article 31 of Regulation (EU) 2017/1939*, 26 gennaio 2022, consultabile all'indirizzo internet <https://www.eppo.europa.eu/>.

¹⁵ Salvo quanto si dirà *infra* § 4, in relazione all'assenza di controllo nello Stato membro in cui l'atto deve essere eseguito.

¹⁶ L. DA PONTE, Testo al libretto d'opera *Don Giovanni. Dramma giocoso in due atti* (con musiche di W.A. MOZART, KV 527). *Atto I, scena IV, recitativo secco*, p. 8, consultabile all'indirizzo internet www.librettidopera.it.

¹⁷ Su tali profili, cfr. anche L. PRESSACCO, *I controlli sulle indagini transfrontaliere della Procura europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione indotta*, cit., p. 2407, che però evidenzia come simile difficoltà sia per vero apparente, facendo leva sull'analogo potere del giudice, chiamato a dirimere questioni di diritto internazionale privato, di applicare la disciplina vigente in un ordinamento straniero.

parola accresce particolarmente la percentuale di rischio di plurime decisioni contrastanti: spesso, le indagini transfrontaliere dell'EPPO coinvolgono una pluralità di Stati membri, con la necessità che il medesimo tipo di atto venga eseguito in ciascuno. Se i rispettivi organi giurisdizionali fossero, tutti, chiamati a pronunciarsi anche sui presupposti della misura, è evidente che sarebbe davvero concreto il rischio di decisioni in contrasto fra loro, con la conseguente, inaccettabile paralisi investigativa.

2. La portata degli art. 31 e 32 Reg. EPPO al vaglio della Corte di Giustizia

2.1. - *Lo scenario di fondo*

Il problematico rapporto fra *lex fori* e *lex loci* ove venga in gioco il meccanismo previsto dall'art. 31 par. 3 Reg. EPPO – e le conseguenti difficoltà nell'individuazione della legge e dell'autorità giurisdizionale competente ad autorizzare l'atto d'indagine – ha favorito il sorgere di due tesi dagli esiti contrastanti¹⁸. La diatriba rappresenta senz'altro lo sfondo sul quale è maturata la questione pregiudiziale, relativa all'interpretazione degli art. 31 e 32 Reg. EPPO, recentemente decisa dalla Corte di Giustizia¹⁹.

¹⁸ In relazione alla genesi dell'art. 31 Reg. EPPO e alle opzioni interpretative in campo, cfr. la ricostruzione offerta dall'Avvocato Generale, T. ČAPETA, nelle conclusioni rassegnate il 22 giugno 2023 nella causa C-281/22 (d'ora in avanti, *Conclusioni dell'Avvocato generale*), consultabili all'indirizzo internet <https://curia.europa.eu>. Per il relativo commento, H.H. HERNNFELD, *Efficiency contra legem? Remarks on the General Advocate Opinion Delivered on 22 June 2023 in Case C-281/22 G.K. and Others (Parquet européen)*, in *Eucrim*, 2/2023, p. 229 ss.

¹⁹ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, *G.K. e altri*, su cui cfr. T. BESSE, *Parquet européen : étendue du contrôle d'une mesure d'enquête transfrontière*, in *Dalloz actualité*, 16 gennaio 2024, consultabile all'indirizzo internet <https://www.dalloz-actualite.fr>; M. CAIANIELLO, *Sometimes The More is Less. Transnational Investigations in the EPPO System After the Judgment of the EU Court of Justice*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 32, n. 2, 2024, p. 87 ss.; D. G. CARBONARI, *Procura europea e misure investigative: la pronuncia della Corte di Giustizia e il suo impatto sul sistema*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 676 ss.; A. CASTALDO, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia, per la prima volta, sul regolamento istitutivo della Procura Europea, chiarendo limiti e integrazioni all'attività di indagini transfrontaliere tra Procuratori Europei delegati e Corti nazionali*, in *Giurisprudenza penale web*, 3/2024, p. 1 ss.; F. D'ARCANGELO, *La tutela dei diritti fondamentali nelle indagini transfrontaliere condotte dalla Procura europea*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 1358 ss.; N. FRANSSSEN, *The judgment in G.K. e. a. (parquet européen) brought the EPPO a pre-Christmas tidings of comfort and joy but will that feeling last?*, in *European Law Blog*, 2024, consultabile all'indirizzo internet <https://europeanlawblog.eu>; N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO: una prima lettura della sentenza C-281/22 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Sist. pen.*, 3/2024, p. 31 ss.; E. GRISONICH, *La prima decisione della Corte di Giustizia sul regolamento istitutivo della Procura europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 267-268; H.H. HERNNFELD, *Yes Indeed, Efficiency Prevails. A Commentary on the Remarkable Judgment of the European Court of Justice in Case C-281/22 G.K. and Others (Parquet européen)*, in *Eucrim*, 4/2023, p. 370 ss.; L.

Secondo un primo approccio²⁰, il controllo preventivo richiesto dall'art. 31 par. 3 comma 1 Reg. EPPO, svolto nello Stato in cui opera il PED assistente, dovrebbe coprire i presupposti («la giustificazione e l'adozione») e le modalità esecutive dell'atto assegnato: solo così si realizzerebbe una maggior tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti dall'attività investigativa dell'EPPO.

Dal momento che il PED titolare dell'indagine sarebbe tenuto a trasmettere al proprio omologo il fascicolo nella sua interezza, l'auspicato controllo unico e completo consentirebbe all'autorità giudiziaria²¹, investita della richiesta di autorizzare la misura, di godere della «cognizione piena», assicurando così un vaglio effettivo sulla legalità dell'atto.

Due gli argomenti addotti a sostegno della conclusione: a) l'intenzione, espressa dal legislatore euro-unitario nel considerando 72 Reg. EPPO, di circoscrivere il controllo preventivo del giudice a una sola «autorizzazione giudiziaria», anche qualora le leggi nazionali dei due (o più) Stati membri coinvolti richiedessero l'autorizzazione in parola; b) la chiarezza del tenore dell'art. 31 par. 3 Reg. EPPO. In particolare, la lettura congiunta del considerando 72 e dell'art. 31 par. 3 comma 1 Reg. EPPO – che introduce una deroga alla generale prevalenza della *lex fori* ove l'«autorizzazione giudiziaria» sia richiesta nello Stato del PED assistente – «può significare solo che è [la *lex loci*] a determinare la necessità e il contesto di un'autorizzazione giudiziaria»: ne deriva che

PRESSACCO, *I controlli sulle indagini transfrontaliere della Procura europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione indotta*, cit., p. 2400 ss.; E. SACCHETTO, *La Corte di giustizia si pronuncia sul primo rinvio pregiudiziale in materia di indagini transfrontaliere condotte dalla procura europea: un passo avanti per la cooperazione giudiziaria in materia penale*, in *Eurojus*, 2/2024, p. 156 ss.; A. VENEGONI, *Riflessioni a prima lettura di CGUE C- 281/22 sulle indagini transnazionali di EPPO*, in *Cass. pen.*, 2024, p. 2390 ss.; T. WAHL, *ECJ Ruling on the Exercise of Judicial Review in EPPO's Cross-Border Investigations*, in *Eu crim*, 27 febbraio 2024, consultabile all'indirizzo internet <https://eucrim.eu/news/>. V., anche, il comunicato di EPPO, *EU Court of Justice confirms EPPO's approach to faster and more efficient cross-border investigations*, 21 dicembre 2023, consultabile all'indirizzo internet <https://www.eppo.europa.eu>.

²⁰ L'esigenza di un controllo unico e completo nello Stato membro del PED assistente è stata sostenuta, in particolare, dai Governi tedesco e austriaco (*Conclusioni dell'Avvocato Generale*, cit., § 35-37), nonché dalla *European Criminal Bar Association* [V. ASSELINEAU- A. BARLETTA-V. COSTA RAMOS-H. MATT-M. MORAR-A. SANDRU-R. VAN ZIJL, *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*, 26 febbraio 2023, consultabile all'indirizzo internet <https://www.ecba.org>, su cui v., anche, T. WAHL, *ECBA: Courts in the Assisting Member State Must Have Full Review Powers*, in *Eu crim*, 1/2023, p. 17].

²¹ Sulla confusione relativa alla nozione di «autorità giudiziaria» nella giurisprudenza euro-unitaria e sulla conseguente ambiguità nell'impiego dell'espressione nel Reg. EPPO, come riferibile soltanto ad organi giurisdizionali o comprensiva anche del pubblico ministero, v. *infra*, § 3.

«la segmentazione ... tra gli organi giurisdizionali degli Stati membri del PED incaricato e del PED assistente non sarebbe conforme alla decisione di prevedere una sola autorizzazione giudiziaria»²². In breve, un'interpretazione diversa da quella strettamente letterale non sarebbe consentita poiché «creativa» e in violazione della «certezza del diritto»: se «il prodotto [è] difettoso», esso «dovrebbe essere restituito al fabbricante [ossia, al legislatore euro-unitario] per essere riparato»²³.

Secondo un diverso approccio²⁴, focalizzato su una “presunta” efficienza investigativa dell'EPPO dovuta al superamento delle regole tipiche del mutuo riconoscimento, il controllo degli atti investigativi dovrebbe invece essere ripartito fra le autorità giudiziarie competenti degli Stati membri coinvolti nell'indagine transfrontaliera. Dunque, nel caso previsto dall'art. 31 par. 3 comma 1 Reg. EPPO, l'autorità giudiziaria dello Stato del PED assistente dovrebbe limitarsi a controllare i profili esecutivi dell'atto, mentre all'autorità giudiziaria dello Stato in cui opera il PED titolare dell'indagine sarebbe riservato il vaglio sui relativi presupposti («la giustificazione e l'adozione della misura»), se e alle condizioni in cui questo sia previsto dal diritto nazionale. Ove, invece, venisse in gioco l'art. 31 par. 3 comma 3 Reg. EPPO – cioè l'eventualità in cui l'«autorizzazione giudiziaria» sia richiesta soltanto dallo Stato del PED titolare dell'indagine – tale autorizzazione dovrebbe coprire sia i presupposti sia i profili esecutivi dell'atto.

Un simile assetto appare del resto coerente con quello introdotto per l'ordine europeo d'indagine, la cui direttiva istitutiva assegna il vaglio sui presupposti dell'euro-ordine allo Stato di emissione (art. 6 par. 1 dir. 2014/41/UE), residuando in capo all'autorità dello Stato di esecuzione il potere di far valere i motivi di rifiuto ivi espressamente contemplati (art. 9 par. 1 dir. 2014/41/UE). L'interpretazione in parola scongiurerebbe, oltretutto, i rischi derivanti dalla concentrazione del controllo preventivo esclusivamente in capo all'autorità giudiziaria dello Stato del PED assistente, connessi *in primis* alle «difficoltà logistiche legate al trasferimento e alla traduzione [del] fascicolo», nonché a quelle derivanti da «decisioni confliggenti per quanto concerne la giustificazione della misura»²⁵.

²² *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., § 48, da cui è tratta anche la citazione precedente.

²³ Così il rappresentante del Governo tedesco, come riportato nelle *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., § 37.

²⁴ La ripartizione dei controlli è stata sostenuta dall'EPPO, dalla Commissione europea, nonché dai Governi francese, rumeno e nederlandese (*Conclusioni dell'Avvocato Generale*, cit., § 38-40).

²⁵ *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., § 58-59.

2.2. - La questione pregiudiziale nel caso C-281/22

Era, dunque, solo una questione di tempo affinché la Corte di Giustizia fosse chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione degli art. 31 e 32 Reg. EPPO.

La prassi non si è fatta attendere: con provvedimento dell'8 aprile 2022, il Giudice di Lussemburgo è stato investito della prima questione pregiudiziale in materia²⁶. Sollevata dall'*Oberlandesgericht* di Vienna, la domanda, articolata in tre quesiti, investe per l'appunto la portata del controllo assegnato all'autorità giudiziaria dello Stato in cui opera il PED assistente in forza degli art. 31 par. 3 comma 1 e 32 Reg. EPPO. Si chiede in particolare di chiarire: 1) se le disposizioni in parola debbano essere interpretate nel senso che, «qualora occorra l'autorizzazione giudiziaria di una misura da eseguire nello Stato membro del [PED] incaricato di prestare assistenza, sia necessario un esame di tutti gli elementi giuridici sostanziali, quali la responsabilità penale, gli indizi di reato, la necessità e la proporzionalità» in tale Stato; 2) se un simile esame debba tenere conto del previo controllo giurisdizionale di cui l'atto è stato oggetto nello Stato membro del PED incaricato del caso; 3) in caso di risposta negativa al primo quesito o di risposta positiva al secondo, «in che misura debba avvenire il controllo giurisdizionale nello Stato membro del [PED] incaricato di prestare assistenza»²⁷.

In breve, la vicenda da cui si prendono le mosse. Nel corso di un'indagine condotta in Germania da un PED tedesco, relativa ad asserite violazioni della normativa doganale nell'importazione di *biodiesel* finalizzate a commettere frodi fiscali lesive degli interessi finanziari dell'Unione europea, si era reso necessario compiere perquisizioni e sequestri presso i locali commerciali e i domicili degli indagati situati in Austria. Il PED tedesco aveva quindi attivato il meccanismo previsto dall'art. 31 Reg. EPPO, assegnando il compimento degli atti al suo omologo austriaco. Questi – in conformità alla legge del proprio Stato – aveva chiesto al giudice austriaco di autorizzare le misure. I provvedimenti autorizzativi erano poi stati impugnati dagli indagati, che lamentavano la violazione del dovere di motivazione del giudice, l'assenza dei requisiti di necessità e proporzionalità degli atti d'indagine, oltre che dei sufficienti indizi a carico, nonché la lesione del diritto all'assistenza difensiva.

²⁶ Cfr., *ex multis*, G. PIAZZOLLA, *Ultime novità in materia di Procura europea: la sentenza della Corte di Cassazione 16 dicembre 2021, n. 46140 e il rinvio pregiudiziale C-281/22 della Corte d'appello di Vienna*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 607 ss.; A. VENEGONI, *The EPPO Faces Its First Important Test*, in *Eucrim*, 4/2023, p. 282 ss.; 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*, 12/2022, p. 1 ss.; T. WAHL, *First EPPO case before CJEU*, in *Eucrim*, 2/2022, p. 96.

²⁷ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 36.

Così investito di un'impugnazione circa i presupposti e le modalità esecutive delle misure investigative, il giudice del rinvio pregiudiziale si interrogava sulla portata del vaglio richiesto. I dubbi scaturivano dalla circostanza che – nonostante il codice di rito tedesco prevedesse la necessità che, nelle vicende puramente interne, le perquisizioni fossero disposte soltanto da un giudice, salvo urgenza – nel caso in esame in Germania non si era svolto alcun controllo giurisdizionale sui presupposti degli atti da eseguire in Austria. In effetti, aderendo alla tesi del controllo unico e completo nello Stato in cui la misura va eseguita, il legislatore tedesco ha introdotto per le indagini transfrontaliere dell'EPPO una deroga rispetto alla regola generale prevista nel codice di rito per le «situazioni analoghe interne»: in forza dell'art. 3 par. 2 della legge tedesca di attuazione del Reg. EPPO, la competenza del giudice tedesco a pronunciarsi sui controlli (preventivi e successivi) delle misure investigative transfrontaliere scatta esclusivamente quando lo Stato membro del PED assistente non contempli un simile controllo. Siccome la legge austriaca dispone che, nell'ambito delle indagini transfrontaliere dell'EPPO, l'esecuzione di un atto sul territorio austriaco soggiace al controllo del giudice di tale Stato, in forza del combinato disposto della legge tedesca e austriaca l'«autorizzazione giudiziaria» nel caso di specie era pertanto chiesta al giudice austriaco.

Richiamate, dunque, le due interpretazioni possibili degli art. 31 par. 3 e 32 Reg. EPPO²⁸, l'organo giurisdizionale del rinvio pregiudiziale evidenziava come entrambe le opzioni ermeneutiche in campo sulla portata del controllo *ex art. 31 Reg. EPPO* prestassero il fianco a criticità: da un lato, l'«esame completo» della misura nello Stato del PED assistente avrebbe rischiato di rendere le indagini transfrontaliere dell'EPPO meno efficaci ed efficienti rispetto alla cooperazione perseguita mediante l'ordine europeo d'indagine, in ragione della necessità di trasmettere l'intero fascicolo (corredato, eventualmente, dalla relativa traduzione); dall'altro, un esame limitato ai soli «aspetti formali» – di sicuro, maggiormente in linea con l'obiettivo, espresso nella fonte euro-unitaria, di tutelare l'efficienza investigativa – sarebbe stato accettabile soltanto ove un previo controllo giurisdizionale sui presupposti dell'atto avesse già avuto luogo nello Stato del PED titolare dell'indagine.

2.3. - *La decisione della Corte di Giustizia*

Muovendo dalla propria giurisprudenza consolidata secondo la quale il diritto

²⁸ V. *supra*, § 2.1.

dell'Unione europea va interpretato alla luce di una pluralità di criteri (fra cui spiccano quello letterale, quello storico e quello teleologico)²⁹, la Corte evidenzia come la distinzione fra le leggi applicabili nelle indagini transfrontaliere ai sensi degli art. 31 e 32 Reg. EPPO si collochi nel solco della cooperazione giudiziaria in materia penale retta dalla fiducia e dal riconoscimento reciproco. L'assenza di qualsivoglia indicazione, nelle disposizioni in parola, circa la portata del controllo che è tenuta a effettuare l'autorità giudiziaria dello Stato in cui opera il PED richiesto dell'assistenza va, pertanto, colmata in via interpretativa alla luce del contesto e degli obiettivi perseguiti dal legislatore euro-unitario.

La Corte di Giustizia ribadisce la centralità, nell'evoluzione della cooperazione euro-unitaria, del principio del mutuo riconoscimento, che implica una fiducia reciproca nei sistemi giuridici da parte degli Stati membri: ciascuno accetta la normativa degli altri, «anche quando l'attuazione del proprio diritto nazionale porterebbe a una soluzione diversa»³⁰. Ciò si è tradotto – in particolare per quegli strumenti sorretti dal principio in parola, come il mandato d'arresto europeo e l'ordine europeo d'indagine – in una sorta di «ripartizione delle competenze» fra autorità giudiziarie, in forza della quale l'autorità di esecuzione non è «tenuta a controllare il rispetto, da parte dell'autorità di emissione, delle condizioni di emissione della decisione giudiziaria che ... deve eseguire»³¹.

In un simile contesto, è evidente che, introducendo un organo inquirente dell'Unione europea unico e indivisibile, il legislatore europeo ha inteso allestire un assetto che mira a garantire un «grado di efficacia delle indagini transfrontaliere ... almeno altrettanto elevato»³² rispetto a quello configurato dagli strumenti basati sul riconoscimento reciproco. Ne consegue che l'opzione interpretativa favorevole al controllo *ex art.* 31 par. 3 comma 1 Reg. EPPO unico e completo nello Stato membro del

²⁹ Cfr., *ex multis*, tra le ultime, CGUE, grande sezione, 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, Generalstaatsanwaltschaft München, § 67; CGUE, grande sezione, sent. 12 maggio 2021, causa C-505/19, WS contro Bundesrepublik Deutschland, § 77; CGUE, grande sezione, sent. 1 luglio 2015, causa C-461/13, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV, § 30, anche per gli ulteriori riferimenti ivi citati.

³⁰ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 57. Nel medesimo senso, sul principio della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento, CGUE, grande sezione, sent. 28 ottobre 2022, causa C-435/22 PPU, Generalstaatsanwaltschaft München; CGUE, sent. 23 gennaio 2018, causa C-367/16, Piotrowski; CGUE, sent. 10 gennaio 2019, causa C-97/18, ET.

³¹ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 64. Sulla ripartizione di competenze fra autorità di emissione e autorità di esecuzione nell'ordine europeo d'indagine, cfr., in giurisprudenza, fra le tante, CGUE, sent. 16 dicembre 2021, causa C-724/19, Spezializirana prokuratura, nonché, da ultimo, CGUE, grande sezione, sent. 30 aprile 2024, causa C-670/22, M.N., § 100.

³² CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 67.

PED assistente presenta inconvenienti tali da rendere le investigazioni transfrontaliere dell'EPPO meno efficienti rispetto a quelle condotte mediante l'ordine europeo d'indagine: oltre a presupporre l'esame dell'intero fascicolo da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la misura va eseguita, il controllo completo implica, soprattutto, che quest'ultima autorità sia vincolata all'applicazione della *lex fori* per quanto attiene ai presupposti («giustificazione e adozione») dell'atto, in forza dell'art. 31 par. 2 Reg. EPPO.

Proprio per scongiurare simili inconvenienti, il Reg. EPPO, al pari degli strumenti di cooperazione basati sul mutuo riconoscimento, dà vita a un sistema modellato sulla «suddivisione di responsabilità» tra PED: al titolare dell'indagine spettano quelle «connesse alla giustificazione e all'adozione della misura», all'assistente quelle «relative all'esecuzione»³³. Tale suddivisione non esclude comunque il potere del PED assistente di attivare il meccanismo di «consultazione» previsto dall'art. 31 par. 5 Reg. EPPO anche a prescindere dalla necessità di ottenere una «autorizzazione giudiziaria», nelle ipotesi in cui ritenga che la misura assegnata non possa essere eseguita. Va rammentato, in effetti, che simili consultazioni possono essere avviate anche per scongiurare esiti infausti: ad esempio, per segnalare al PED titolare dell'indagine che non vi sono *chances* per un provvedimento giurisdizionale favorevole oppure che l'atto non può essere eseguito perché confligge con i principi fondamentali dello Stato, non è previsto nell'ordinamento interno o non può essere impiegato in una situazione interna analoga oppure, infine, che una misura meno intrusiva consentirebbe di raggiungere il medesimo risultato, in ossequio al principio di proporzionalità³⁴.

Dall'evidenziata ripartizione delle responsabilità fra PED deriva, secondo la Corte di Giustizia, che il controllo dell'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui opera il PED assistente va limitato alle sole modalità esecutive dell'atto; viceversa, è demandata alla discrezionalità dello Stato membro in cui opera il PED titolare dell'indagine l'introduzione di un controllo giurisdizionale sulla «giustificazione e [sul]l'adozione d[ella] misura investigativa assegnata, tenendo conto dei requisiti risultanti dalla Carta, che gli Stati membri sono obbligati a rispettare nell'attuazione d[el] ... regolamento in forza dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta»³⁵.

La discrezionalità dello Stato nel prevedere un previo controllo giurisdizionale, però, è destinata a cedere quando venga in gioco la necessità di compiere un atto

³³ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 71.

³⁴ Sul punto, anche per i necessari riferimenti alla letteratura, v. *infra*, § 3, e nota 43.

³⁵ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 73.

investigativo capace di generare un'interferenza grave nei diritti fondamentali. La suddivisione di responsabilità nei controlli, infatti, non può implicare vuoti di tutela: nel momento in cui l'autorità dello Stato del PED assistente si limita a controllare le modalità esecutive dell'atto intrusivo, scatta l'obbligo per lo Stato del PED titolare dell'indagine d'introdurre, nel proprio ordinamento, il previo controllo giurisdizionale sulla giustificazione e adozione dell'atto medesimo.

Al riguardo, se il tessuto motivazionale della pronuncia di Lussemburgo poteva lasciar intendere che gli Stati membri fossero liberi di prevedere garanzie diverse dal controllo giurisdizionale preventivo, purché adeguate e sufficienti ad assicurare la legittimità e la necessità delle misure investigative particolarmente intrusive, il dispositivo non lascia margini per avallare una simile conclusione. La Corte è *tranchante*: «gli elementi relativi alla giustificazione e all'adozione della misura ... *devono* [corsivo nostro] essere sottoposti ad un previo controllo giurisdizionale effettuato nello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso in situazioni di grave ingerenza nei diritti della persona interessata garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

3. L'inarrestabile cammino dell'armonizzazione

L'introduzione, ormai necessitata, di un previo controllo giurisdizionale negli ordinamenti interni quando gli atti investigativi siano suscettibili di generare gravi ingerenze nei diritti fondamentali evidenzia il ruolo vieppiù preminente della giurisprudenza euro-unitaria nel dare un forte impulso all'armonizzazione in materia processuale penale. In breve, là dove è mancato il consenso (o il coraggio) degli Stati membri, l'opera della Corte di Giustizia supplisce.

Particolarmente significativo è l'approccio cauto con cui il Giudice di Lussemburgo tende apparentemente a porre limiti all'efficienza investigativa, intesa come rapidità e fluidità dell'attività d'indagine, quando siano in gioco i diritti fondamentali. Sotto questo profilo, seppur in maniera implicita, la pronuncia si pone nella scia di quel precedente orientamento che – inaugurato nel campo dell'euro-mandato proprio nell'ottica di una maggior tutela della libertà personale del consegnando³⁶ –

³⁶ CGUE, grande sezione, sent. 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, Pál Aranyosi e Robert Căldăraru e, successivamente, *ex multis*, CGUE, grande sezione, sent. 15 ottobre 2019, causa C-128/18, Dumitru-Tudor Dorobantu; CGUE, sez. I, sent. 25 luglio 2018, causa C-220/18, Generalstaatsanwaltschaft (Condizioni di detenzione in Ungheria); CGUE, grande sezione, sent. 25 luglio 2018,

aveva escluso che il principio di *mutual trust* dovesse necessariamente tradursi in una fiducia cieca nell'ordinamento straniero. Vero che la condivisione di valori tra gli Stati membri rappresenta il fondamento della fiducia reciproca e del mutuo riconoscimento delle decisioni e riveste un'importanza cruciale nello sviluppo della cooperazione. Tuttavia, la presunzione circa il rispetto, da parte di tutti gli Stati membri, del livello minimo di tutela imposto dalla CDFUE non può mai spingersi fino al punto di accettare un rischio concreto di violazione dei diritti fondamentali. In relazione agli strumenti basati sul mutuo riconoscimento, la Corte di Giustizia ha così riconosciuto che il principio della fiducia reciproca debba cedere ove l'autorità di esecuzione riscontri un «rischio reale» e concreto nello Stato membro di emissione circa la violazione di un diritto fondamentale, come il divieto di trattamento inumano e degradante sancito dall'art. 4 CDFUE³⁷.

Nella consapevolezza che la Procura europea rappresenta un significativo valore aggiunto nella cooperazione europea e che il successo del nuovo organo dipenderà, per larga parte, anche dalla “tenuta” nel processo degli elementi probatori raccolti all'estero, la Corte di Giustizia opportunamente impone il previo controllo giurisdizionale sulla legalità dei presupposti dell'atto particolarmente intrusivo nello Stato membro in cui opera il PED titolare dell'indagine.

Viene costruito, così, un peculiare concetto di «efficienza investigativa»: si esigono indagini, non solo rapide e fluide, ma soprattutto rispettose dei diritti e della legalità processuale³⁸.

Certo, sul piano strettamente operativo, potrebbe derivare un “sistema EPPO” più prossimo alle dinamiche degli strumenti basati sul mutuo riconoscimento che a quelle di un organo snello capace di svolgere la propria attività in maniera veloce e

causa C-216/18 PPU, LM (relativamente al requisito d'indipendenza del giudice); CGUE, grande sezione, sent. 31 gennaio 2023, causa C-158/21, Puig Gordi e a.; CGUE, grande sezione, sent. 18 aprile 2023, causa C-699/21, E.D.L.; CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, Causa C-261/22, G.N. (Motif de refus fondé sur l'intérêt supérieur de l'enfant).

³⁷ Così, CGUE, grande sezione, sent. 15 ottobre 2019, causa C-128/18, Dumitru-Tudor Dorobantu, secondo cui «*la constatazione [da parte dell'autorità di esecuzione] dell'esistenza di seri e comprovati motivi di ritenere che, a seguito della sua consegna allo Stato membro emittente, la persona interessata correrà un rischio siffatto [...] non può essere posta in bilanciamento, al fine di decidere su tale consegna, con considerazioni legate all'efficacia della cooperazione giudiziaria in materia penale nonché ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci*» (corsivo dell'A.).

³⁸ Nel senso che il concetto di efficienza va inteso quale ordinamento capace di assicurare le garanzie, cfr. O. MAZZA, *La Corte assediata e il garantismo efficiente (note a margine della carta di Napoli)*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, p. 93 ss.; sui rapporti tra efficienza e giustizia penale, J. DELLA TORRE, *Standard probatori, efficienza e giustizia penale*, in *Pol. dir.*, 3/2023, p. 327 ss.

sostanzialmente priva di limiti. Ma questo è il ragionevole «prezzo da pagare»³⁹ per rendere più facilmente metabolizzabile l'armonizzazione degli ordinamenti, specie da parte di quegli Stati membri in cui il livello di tutela dei diritti fondamentali è già elevato.

Resta, poi, ancora aperto il tema dell'individuazione degli atti investigativi che generano un'interferenza grave sui diritti fondamentali.

Qui, il Giudice di Lussemburgo si sofferma, esemplificando, sul «diritto al rispetto della vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni [nonché sul] diritto di proprietà»⁴⁰ ed elenca alcune fra le misure investigative previste dall'art. 30 Reg. EPPO⁴¹ che interferiscono sui diritti in parola. È evidente, però, che un simile catalogo non è esaustivo: occorrerà colmarlo in via interpretativa, anche alla luce del *case-law* della Corte di Strasburgo circa gli art. 8 e 1 prot. add. Cedu, la cui portata opera nel diritto euro-unitario in forza dell'art. 6 par. 3 TUE e della clausola di equivalenza *ex art. 52 par. 3 CDFUE*⁴². Altrettanto evidente è il ruolo centrale che il principio di proporzionalità – cui l'attività investigativa dell'EPPO deve conformarsi *ex art. 5 par. 2 Reg. EPPO* – sarà destinato a rivestire nella valutazione che il giudice è chiamato a compiere sulla gravità dell'ingerenza, con tutte le conseguenze che la violazione del principio in parola comporta in ordine alla validità degli atti⁴³.

³⁹ L'espressione è tratta dalle *Conclusioni dell'Avvocato generale*, cit., § 113-114, secondo la quale, però, «il prezzo da pagare per la costruzione di un futuro insieme» (§ 114) è l'«indebolimento della tutela dei diritti fondamentali negli Stati membri il cui livello di tutela è più elevato» (§113) cui «conduce inevitabilmente» l'armonizzazione.

⁴⁰ CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, causa C-281/22, § 74.

⁴¹ Si tratta, in particolare, delle «perquisizioni di abitazioni private, [del]le misure cautelari relative a beni personali e [del] congelamento dei beni» (§75).

⁴² Sulle interferenze fra procedimenti EPPO e diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea, cfr., per tutti, J. CALLEWAERT, *Which fundamental rights exactly apply to proceedings of the EPPO? Judgment of the CJEU in the case of G.K. and Others*, consultabile all'indirizzo internet www.johan-callewaert.eu, 2 gennaio 2024; M. KONFORTA, *The European Public Prosecutor's Office from the perspective of the European Court of Human Rights*, in *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, 2020, vol. 27, n. 1, p. 165 ss.

⁴³ Sul ruolo del principio di proporzionalità, anche quale criterio interpretativo per l'autorità giudiziaria chiamata ad autorizzare il compimento dell'atto investigativo o a controllarne il relativo provvedimento, cfr. L. PRESSACCO, *Indagini e promovimento dell'azione penale del pubblico ministero europeo*, cit., p. 1376; sulla proporzionalità che informa l'attività investigativa dell'EPPO, cfr., F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in *Sist. pen.*, 2022, p. 1 ss., consultabile all'indirizzo internet www.sistemapenale.it; sul ruolo della proporzionalità nelle indagini transfrontaliere, con particolare attenzione all'ordine europeo d'indagine, cfr. L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Springer-Verlag, Berlino, 2013, p. 85 ss. In generale, in relazione al ruolo svolto dalla proporzionalità nell'ambito investigativo interno, per tutti, cfr. L. BELVINI, *Principio*

L'indicazione di un controllo *giurisdizionale* elimina, inoltre, alla radice il problema relativo all'individuazione dell'autorità competente a effettuare siffatto controllo. Sul punto la Corte è inequivoca: deve trattarsi di un *giudice*, in quanto soggetto terzo e imparziale⁴⁴. Detto altrimenti, il controllo non può essere delegato al pubblico ministero né, tantomeno, allo stesso PED titolare dell'indagine, neanche valorizzando la natura di organo «indipendente» (art. 6 par. 1 Reg. EPPO) tenuto a «svolge[re] indagini in maniera imparziale» (art. 5 par. 4 Reg. EPPO), e a «garanti[re] che le sue attività rispettino i diritti sanciti dalla Carta ... nel pieno rispetto dei principi dello stato di diritto e della proporzionalità» (art. 5 par. 1-2 Reg. EPPO)⁴⁵. In breve, la circostanza che il PED sia il primo «'garante' della legalità»⁴⁶ del proprio agire non è sufficiente ad assicurare gli *standard* imposti dalla CDFUE.

D'altro canto, la lettura restrittiva del concetto di «autorizzazione giudiziaria» ex art. 31 par. 3 Reg. EPPO – nel senso di provvedimento emesso un organo giurisdizionale – comporta inevitabilmente un'interpretazione della nozione di «autorità giudiziaria», funzionalmente competente a esercitare il controllo preventivo, attestata sulle posizioni di quella rigorosa giurisprudenza elaborata a proposito della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti lesi da atti d'indagine intrusivi⁴⁷. La Corte di Giustizia opera

di proporzionalità e attività investigativa, ESI, Napoli, 2022; nonché, sul canone della proporzionalità quale «parametro generale di decisione», ormai capace di «erode[re]» la «“mineralogia” della fattispecie» interna, e sulla crisi del tradizionale assetto delle fonti per effetto del diritto europeo, cfr., da ultimo, R.E. KOSTORIS, *Dal penale nazionale al penale transnazionale: le dinamiche del processo nell'intreccio tra un diritto per regole e un diritto per principi*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2024, p. 3 ss. (e spec. p. 11).

⁴⁴ Sulla nozione autonoma di «organo giurisdizionale» nella giurisprudenza euro-unitaria (anche nella prospettiva della legittimazione di quest'ultimo a proporre questioni pregiudiziali ex art. 267 TFUE), cfr., *ex multis*, CGUE, grande sezione, sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, § 38; CGUE, sent. 22 dicembre 2010, causa C-517/09, RTL Belgium SA, spec. § 36-40.

⁴⁵ Nel senso, invece, che la prassi tenderà «più realisticamente» ad assegnare al pubblico ministero il controllo preventivo, N. GIBELLI, *Sui controlli giurisdizionali nelle indagini transfrontaliere dell'EPPO: una prima lettura della sentenza C-281/22 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit., p. 43; nel senso, addirittura, che il controllo preventivo imposto dalla Corte di Giustizia manchi di base legale e che, pertanto, ove la disposizione interna non preveda la necessità di un'autorizzazione del giudice, il solo pubblico ministero sia comunque legittimato a disporla senza dover richiedere al giudice di autorizzarla, diversamente incorrendo nel vizio di abnormità, D.G. CARBONARI, *Procura europea e misure investigative: la pronuncia della Corte di Giustizia e il suo impatto sul sistema*, cit., p. 690-691. Nel senso che il Reg. EPPO offre tutele sufficienti ai diritti fondamentali, a prescindere dalla necessità di un controllo giurisdizionale, *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, cit., § 102 ss.

⁴⁶ F. CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, cit., p. 7.

⁴⁷ CGUE, grande sezione, sent. 2 marzo 2021, causa C-746/18, Prokuratuur (H.K.), su cui v., *ex multis*, E. ANDOLINA, *La sentenza della Corte di giustizia UE nel caso “H.K. c. Prokuratuur”: un punto di non ritorno nella lunga “querelle” in materia di “data retention”*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 1204 ss.;

una chiara scelta di campo in materia di controlli preventivi sugli atti d'indagine condotti dalla Procura europea, evitando quella schizofrenia che ha connotato – e tutt'ora connota – la propria giurisprudenza circa l'interpretazione della nozione di «autorità giudiziaria» competente a emettere o eseguire il MAE e l'OEI⁴⁸.

Sotto questo profilo, è evidente che l'«armonizzazione indotta»⁴⁹ dalla pronuncia della Corte di Lussemburgo determinerà una serie di conseguenze di non poco conto in ordine ai doveri di adeguamento di cui sono gravati gli Stati membri.

Anzitutto, presupporrà inevitabili interventi correttivi delle leggi d'attuazione del Reg. EPPO in quegli Stati membri, come la Germania, l'Austria o la Spagna, che, aderendo alla tesi del controllo unico e pieno, avevano interpretato la lettera dell'art. 31 par. 3 Reg. EPPO nel senso di “delegare” il controllo preventivo dell'atto d'indagine transfrontaliero all'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui opera il PED assistente.

Ancor più significativamente, l'introduzione del previo controllo giurisdizionale nello Stato del PED titolare dell'indagine ove vengano in gioco atti particolarmente intrusivi comporterà la necessità che quest'ultimo si procuri il provvedimento

G. CASCONI, *La Corte di Giustizia dell'Unione europea definisce le condizioni per la legittimità delle normative nazionali in materia di acquisizione dei tabulati. Le ripercussioni sull'ordinamento italiano della sentenza del 2 marzo 2021 (C-746/18) nel caso H.K.*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 419 ss.; M. GIANGRECO, *Data retention, acquisizione e utilizzabilità dei tabulati telefonici e telematici: una riflessione incrociata*, in *Cass. pen.*, 2022, p. 1672 ss.; A. MALACARNE, *Corte di Giustizia e data retention: ultimo atto?*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 4105 ss. Cfr., altresì, nello stesso senso, CGUE, grande sezione, sent. 5 aprile 2022, causa C-140/20, Commissioner of An Garda Síochána e altri; CGUE, sez. IV, sent. 16 dicembre 2021, causa C-724/19, Spezializirana prokuratura (HP) [sulla quale v., per tutti, M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo d'indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sist. pen.*, 31 marzo 2022, consultabile all'indirizzo internet www.sistemapenale.it]; nonché, già, CGUE, grande sezione, sent. 6 ottobre 2020, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, La Quadrature du Net.

⁴⁸ *Ex multis*, nel senso di ricomprendere nel concetto di «autorità giudiziaria», competente ad avvalersi degli strumenti basati sul mutuo riconoscimento, anche il pubblico ministero, cfr., in materia di ordine europeo d'indagine, da ultimo CGUE, grande sezione, sent. 30 aprile 2024, causa C-670/22, M.N.; nonché CGUE, grande sezione, sent. 8 dicembre 2020, causa C-584/19, Staatsanwaltschaft Wien (A. e altri), successivamente smentita, però, dalla già citata CGUE, sez. IV, sent. 16 dicembre 2021, causa C-724/19, Spezializirana prokuratura (HP); in materia di mandato d'arresto europeo, CGUE, grande sezione, sent. 24 novembre 2020, causa C-510/19, Openbaar Ministerie (AZ); CGUE, sez. I, sent. 12 dicembre 2019, causa C-627/19, Openbaar Ministerie (ZB); CGUE, grande sezione, sent. 27 maggio 2019, causa C-509/18, PF; CGUE, grande sezione, sent. 27 maggio 2019, causa C-508/18, OG & PI. Sulla necessità che l'ordinamento preveda un controllo giurisdizionale effettivo, cfr., *ex multis*, CGUE, sez. I, sent. 12 dicembre 2019, causa C-625/19, Openbaar Ministerie (XD); CGUE, sez. II, sent. 9 ottobre 2019, causa C-489/19, NJ.

⁴⁹ L. PRESSACCO, *I controlli sulle indagini transfrontaliere della Procura europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione indotta*, cit., p. 2400.

autorizzativo anche quando un simile adempimento non sia previsto dalla legge interna per «casi nazionali analoghi» (art. 30 par. 4 Reg. EPPO). Ciò, però, sembra porre le premesse per un regime differenziato a seconda dell'autorità – EPPO o autorità nazionale – competente a svolgere le indagini. Da qui, un esito paradossale: l'indagato risulterebbe più «garantito» rispetto a un analogo procedimento interno quando l'atto intrusivo sia compiuto nell'ambito di un procedimento, avente natura transfrontaliera, per il quale l'EPPO ha esercitato la propria «competenza». Al fine di evitare l'irragionevole disparità di trattamento determinata da un simile «doppia legalità», incombe giocoforza sul legislatore nazionale il dovere positivo di introdurre il previo controllo giurisdizionale anche nei casi in cui, venendo in gioco atti investigativi intrusivi per i quali la legge nazionale attualmente non preveda un simile controllo, si versi in un procedimento puramente interno di «competenza» dell'EPPO o di esclusiva competenza delle autorità nazionali.

4. La *never-ending story* del controllo effettivo sull'esecuzione degli atti particolarmente intrusivi

Così interpretato l'art. 31 par. 3 comma 1 Reg. EPPO, viene fissato un primo punto fermo. Nelle indagini transfrontaliere che richiedano l'esecuzione di atti investigativi capaci di generare interferenze gravi nei diritti fondamentali, in linea di principio si renderanno necessarie due autorizzazioni giudiziarie, sia pure su profili diversi: l'una, sulle modalità esecutive, nello Stato membro del PED assistente, l'altra, sulla «giustificazione e l'adozione della misura» nello Stato membro del PED titolare dell'indagine. Simile assetto, varrà dunque tanto nel caso in cui l'«autorizzazione giudiziaria» sia richiesta dalla legge di entrambi (o di tutti) gli Stati membri coinvolti, quanto in quello in cui tale autorizzazione sia richiesta esclusivamente dalla legge dello Stato membro in cui l'atto dev'essere eseguito⁵⁰. In assenza di una emenda del Reg. EPPO da parte del legislatore euro-unitario, sembra al momento tramontato l'auspicio di un'unica «autorizzazione», espressa dal considerando 72 Reg. EPPO.

⁵⁰ Scattando, in simile ipotesi, il dovere di adeguamento del legislatore dello Stato membro in cui è incardinato il PED titolare dell'indagine, per le ragioni illustrate *supra*, § 2 - 3. Sotto questo profilo, la pronuncia della Corte di Giustizia va oltre la propria giurisprudenza in tema di controllo giurisdizionale effettivo, poiché implica che, in presenza di atti particolarmente intrusivi, il controllo *ex post* nello Stato membro in cui opera il PED titolare dell'indagine non sia più sufficiente. Per un raffronto, invece, con il controllo nell'ordine europeo d'indagine, cfr., *ex multis*, CGUE, sez. I, sent. 11 novembre 2021, causa C-852/19, Ivan Gavanov.

La pronuncia della Corte di Giustizia lascia, tuttavia, aperte alcune questioni.

Ove si versi nell'ipotesi prevista dall'art. 31 par. 3 comma 3 Reg. EPPO – ossia quando lo Stato del PED assistente non richieda alcun controllo preventivo sull'atto ma questo sia invece richiesto dalla legge dello Stato del PED titolare dell'indagine – spetta a quest'ultimo rivolgersi al giudice del proprio Stato per ottenere l'«autorizzazione», che verrà poi trasmessa unitamente all'assegnazione della misura.

Di per sé, la previsione suona anodina. Tuttavia, nell'ambito della «suddivisione di responsabilità» fra PED – e, conseguentemente, fra organi giurisdizionali – sorge l'interrogativo circa la portata dell'«autorizzazione giudiziaria» che il PED titolare dell'indagine è tenuto a ottenere.

Al riguardo, va rammentato come i fautori della tesi del controllo “ripartito” abbiano sostenuto che tale provvedimento debba coprire la «giustificazione» dell'atto e i profili attinenti all'esecuzione⁵¹. Un simile approdo è irragionevole, per una serie di motivi. In primo luogo, si porrebbero, specularmente, gli stessi problemi applicativi della tesi del controllo unico, essendo il giudice dello Stato membro in cui è avviata l'indagine obbligato ad applicare la *lex loci* (e non la *lex fori*) relativamente ai profili esecutivi dell'atto in forza dell'art. 32 Reg. EPPO. In secondo luogo e soprattutto, l'autorizzazione rilasciata dal giudice dello Stato in cui opera il PED titolare dell'indagine non può coprire anche i profili esecutivi dell'atto proprio perché è la legge medesima dello Stato in cui opera il PED assistente a non richiedere il controllo preventivo sulla misura. È evidente che il giudice di tale Stato non possa rendersi garante della conformità con la CDFUE dell'atto investigativo nel suo complesso, poiché l'autorizzazione sarebbe priva di base legale sul versante delle modalità esecutive. Infine, l'assunto qui criticato si fonda su quel presupposto della fiducia “cieca” che la Corte di Giustizia sembra smentire nella propria pronuncia.

La questione, però, acquista rilievo in un momento successivo, e cioè quando nello Stato in cui opera il PED assistente l'atto eseguito sia – o meno – sottoponibile a un controllo successivo circa la correttezza dell'operato. Qui viene in gioco l'esigenza, «intrinseca a uno Stato di diritto»⁵², di garantire il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva protetto dall'art. 47 CDFUE⁵³: trattandosi di atti compiuti da un organo euro-

⁵¹ *Conclusioni dell'Avvocato generale*, § 45.

⁵² CGUE, grande sezione, sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, § 36.

⁵³ Sul controllo giurisdizionale effettivo *ex post* in generale, nella dottrina, cfr. A. DE VRIES-R. WIDERSHOVEN, *Effective judicial protection in the EU - Towards an 'acquis' in transnational horizontal enforcement proceedings?*, in M. LUCHTMANN (a cura di), *Of swords and shields: due process and crime*

unitario, la previsione, espressiva di un principio generale del diritto euro-unitario⁵⁴, si applica anche nei confronti degli Stati membri che attuano il diritto dell'Unione europea. Una volta compiuto l'atto, va sottoposta al vaglio di un giudice la coerenza fra le modalità concrete di svolgimento dell'attività investigativa (così come cristallizzate nella relativa documentazione) e le modalità legali, anche alla luce della proporzionalità in senso stretto.

Ora, se un controllo *ex post* circa la correttezza dei profili "esecutivi" della misura – quali, ad esempio, la convalida o l'impugnabilità dell'atto – è previsto nello Stato membro in cui opera il PED assistente⁵⁵, *nulla quaestio*, con la doverosa precisazione che un siffatto controllo non esclude comunque l'autonomo vaglio sull'ammissibilità della prova in capo al giudice dello Stato membro in cui è celebrato il processo⁵⁶. Viceversa, se non sia previsto alcun rimedio *ex post* (o se questo, pur previsto, non sia conforme alla CDFUE) nello Stato in cui la misura è eseguita, pare integrata la violazione dell'art. 47 CDFUE, con il conseguente e significativo rischio che il giudice dello Stato del processo dichiari l'inutilizzabilità di prove raccolte in spregio ai diritti fondamentali, così vanificando l'attività d'indagine transfrontaliera svolta. Per scongiurare un simile, infausto epilogo, pare dunque imprescindibile che almeno tutti gli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata prevedano un controllo effettivo – sia pure in forma parcellizzata⁵⁷ – degli atti d'indagine compiuti sul rispettivo territorio.

control in times of globalization. Liber amicorum *prof. dr. J.A.E. Vervaele*, cit., p. 503 ss.; Z. DURDEVIC, *Judicial Control in Pre-Trial Criminal Procedure Conducted by the European Public Prosecutor's Office*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a prosecutor for the European Union: A comparative analysis*, vol. 1, Bloomsbury Publishing, New York, 2012, p. 986 ss.; G. GENTILE, *Autonomous but interdependent: Constitutional traditions on judicial protection and the general principle of effective judicial protection*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2022, vol. 29, n. 6, p. 685 ss.; M. PANZAVOLTA, *Judicial cooperation and the right to an effective remedy*, in M. LUCHTMANN (a cura di), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization*. Liber amicorum *prof. dr. J.A.E. Vervaele*, cit., p. 359 ss.

⁵⁴ Relativamente al riconoscimento del diritto in parola, quale espressione di un principio generale del diritto dell'Unione, già prima dell'approvazione della CDFUE, cfr. CGCE, sent. 13 maggio 1986, causa C-222/84, Johnston, nonché CGCE, sent. 15 ottobre 1987, causa C-222/86, Heylens e altri. Relativamente all'art. 47 CDFUE quale principio generale, *ex multis*, cfr. CGUE, sent. 8 dicembre 2011, causa C-386/10, Chalkor c. Commissione, § 51.

⁵⁵ A scanso di equivoci, si precisa che ci si colloca, qui, in un contesto diverso da quello, successivo, in cui viene effettuato il vaglio di ammissibilità della prova, su cui v. *infra*, § 5.

⁵⁶ Stato membro che può anche non coincidere con lo Stato in cui l'indagine è stata avviata e condotta dal PED titolare, in forza dell'art. 26 par. 5 Reg. EPPO.

⁵⁷ Sul rischio che avrebbe comportato una «parcellizzazione delle autorizzazioni e dei controlli [tale da] impedire al singolo giudice ... di avere una visione organica del caso», a discapito delle garanzie e dei diritti fondamentali, v. già, con riferimento alla proposta d'istituzione della Procura europea in fase

5. Nuove sfide in tema di ammissibilità della prova

Benché la pronuncia della Corte di Giustizia non investa il delicato tema dell'ammissibilità della prova raccolta all'estero, quest'ultimo viene inevitabilmente in gioco.

La materia è particolarmente sensibile, perché tocca le tradizioni costituzionali degli Stati membri, spiegandosi così la cautela sinora impiegata dal legislatore euro-unitario nel regolare, anche solo con norme minime, la "prova europea"⁵⁸.

La disciplina della Procura europea non fa eccezione. Alle prove è dedicato – almeno, in via espressa – il solo art. 37 Reg. EPPO, che peraltro ribadisce due concetti ovvi. Per un verso, il giudice non può escludere la prova estera sulla base del solo motivo che quest'ultima è stata raccolta secondo modalità diverse da quelle previste dall'ordinamento dello Stato membro in cui si celebra il processo (comma 1). La «clausola di non discriminazione della prova allogena»⁵⁹ rimarca che tale elemento

di negoziato, R.E. KOSTORIS, *Pubblico ministero europeo e indagini "nazionalizzate"*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4745. In generale, in tema di controlli giurisdizionali sugli atti dell'EPPO durante la gestazione del regolamento, per tutti, L. PRESSACCO, *La Corte di Giustizia tra Procura europea e giurisdizioni nazionali*, in *Ind. pen.*, 3/2015, p. 525 ss.

⁵⁸ In generale, sulla ricerca di un'armonizzazione delle prove in ambito europeo, per tutti, S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3882 ss.; G. ILLUMINATI, *L'armonizzazione della prova penale nell'Unione europea*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, p. 9 ss.; per un'analisi dei limiti derivanti dalle norme interne e sovranazionali, per tutti, A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Wolters Kluwer, Milano, 2019; sulle modalità di acquisizione della prova all'estero, per tutti, R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, Roma, 2014. Con riferimento ai rapporti tra l'allora istituita Procura europea e l'ordine europeo d'indagine, cfr. F. MANFREDINI, *L'acquisizione probatoria in ambito europeo: i rapporti tra l'attività investigativa della Procura europea e l'ordine europeo d'indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4211 ss. Sull'obiettivo d'istituire un sistema di acquisizione probatoria, basato sul riconoscimento reciproco, in grado di limitare la frammentarietà e la complessità della materia sino ad allora esistente, cfr. *Programma di Stoccolma*, adottato dal Consiglio europeo, 10-11 dicembre 2009, sulla cui base è poi stato varato l'ordine europeo d'indagine con dir. 2014/41/UE.

⁵⁹ S. ALLEGREZZA-A. MOSNA, *Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor: One Step Back on Mutual Recognition?*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., p. 159. In generale, sull'art. 37 Reg. EPPO, C. BURCHARD, *Art. 37*, in D. BRODOWSKI-H.H. HERRNFELD-C. BURCHARD (a cura di), *European Public Prosecutor's Office. Article-by-Article Commentary*, cit., p. 345 ss., nonché D. BRODOWSKI, *Admissibility of Evidence in EPPO Proceedings*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2023, vol. XIV, n. 1, p. 34 ss.; sulle criticità e gli eventuali correttivi alla disciplina prevista dal Reg. EPPO, per tutti, A. MANGIARACINA, *Dalle indagini all'ammissione della prova in giudizio*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO-R. BELFIORE-T. RAFARACI, *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, ESI, Napoli, 2022, p. 213 ss. In generale, anche per gli opportuni riferimenti

probatorio non può subire un trattamento deteriore rispetto a quello riservato a elementi raccolti in conformità con la *lex fori* per la sola ragione dell'essere stato raccolto in conformità con le regole imposte dalla *lex loci*. Per l'altro verso e in ogni caso, viene fatta salva l'autonoma valutazione del giudice ai fini del giudizio di conclusione probatoria (comma 2).

Il peso della previsione si apprezza, però, in chiave sistematica.

Anzitutto, è chiaro che l'art. 37 Reg. EPPO non incide sull'autonomo sindacato del giudice circa la conformità della prova di cui le parti chiedono l'ammissione con i principi fondamentali dell'ordinamento interno che governano il "diritto delle prove". Ne deriva che, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il giudice è tenuto a non ammettere gli elementi di prova raccolti all'estero se vietati secondo la *lex fori*, in forza della generale previsione dell'art. 191 c.p.p. o di speciali divieti probatori⁶⁰. E, nel contesto delle investigazioni transfrontaliere dell'EPPO, l'art. 32 Reg. EPPO conferma la conclusione, ove prevede che il PED titolare dell'indagine possa "istruire" il PED richiesto dell'assistenza, indicandogli espressamente le modalità cui deve attenersi nell'esecuzione dell'atto assegnatogli. Parimenti, e di converso, l'art. 37 Reg. EPPO non impedisce nemmeno al giudice di non ammettere la prova estera raccolta secondo modalità non conformi alla *lex loci*, ad esempio perché in violazione delle formalità esecutive ivi previste.

In breve, nel "sistema EPPO" non opera un «principio di non dispersione» della prova⁶¹ che ne implicherebbe la necessaria conservazione, ma vale, in generale, il principio di legalità probatoria, e con specifico riguardo alla fase dibattimentale, la "conoscenza selettiva" del giudice⁶².

al diverso regime probatorio nella proposta della Commissione, A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, cit., p. 283 ss.

⁶⁰ Di contrario avviso, sul punto, sembra attestarsi la giurisprudenza interna anche molto recente, che, in materia di utilizzabilità di elementi probatori ottenuti in forza di un ordine europeo d'indagine (ma già nella disponibilità dell'autorità straniera), ha statuito che il coordinamento fra la dir. 2014/41/UE e il d. lgs. 108/2017 non implica la necessaria «osservanza, da parte dello Stato di esecuzione, di tutte le disposizioni previste dall'ordinamento giuridico italiano in tema di formazione ed acquisizione di tali atti», fermo restando il rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e dalla CDFUE (da ultimo, nella nota vicenda "Sky-ECC", v. Cass. pen., sez. un., sent. 29 febbraio 2024, n. 23755, punto. 7.5, consultabile in *Sist. pen., Ordine europeo di indagine e trasmissione del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini: nello stesso giorno, due pronunce delle Sezioni Unite*, 18 giugno 2024).

⁶¹ L'espressione si deve a O. DOMINIONI, *Un nuovo idolum theatri: il principio di non dispersione probatoria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 736.

⁶² Cfr. G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in ID. (a cura di), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 3, secondo cui «il materiale fattuale utilizzato dal giudice per la decisione non è la conseguenza di una passiva recezione delle emergenze probatorie da parte sua».

Con riferimento alle investigazioni transfrontaliere dell'EPPO, la pronuncia della Corte di Giustizia rende inevitabile interrogarsi sulla sorte di quegli elementi probatori raccolti dal PED richiesto dell'assistenza mediante atti intrusivi, senza che il PED titolare dell'indagine abbia previamente ottenuto l'«autorizzazione» del giudice del proprio Stato membro.

Nell'ordinamento italiano, sulla falsariga di quanto accade, ad esempio, in materia di intercettazioni – dove il decreto autorizzativo rappresenta una condizione di validità della captazione – l'assenza dell'«autorizzazione» del giudice sul compimento di un atto investigativo particolarmente intrusivo integrerebbe una causa d'invalidità dell'atto medesimo, non potendo pertanto ritenersi utilizzabili elementi probatori raccolti in violazione di diritti fondamentali. Inoltre, un ulteriore divieto d'uso dovrebbe operare anche nell'ipotesi in cui manchi, non solo un'autorizzazione preventiva (art. 31 par. 3 comma 3 Reg. EPPO), ma anche un rimedio *ex post* durante la fase investigativa svolta nello Stato del PED assistente – perché non previsto dalla legge nazionale o perché, pur previsto, non sia conforme alla CDFUE – attraverso cui dolersi della violazione dei diritti fondamentali integrata dal compimento dell'atto probatorio.

In ogni caso, va ribadito che, quand'anche il controllo giurisdizionale sulla misura sia stato correttamente esercitato, resta fermo il potere del giudice di vagliare l'ammissibilità dell'elemento di prova raccolto in un altro Stato membro. Detto altrimenti, l'ammissione della prova allogena non deriva automaticamente dal controllo sulla validità dell'atto investigativo.

La sentenza della Corte di Giustizia sembra, così, porre le premesse per un deciso irrobustimento della legalità della prova, rendendo esplicito un divieto rimasto inespresso nel Reg. EPPO e innalzando lo *standard* minimo invece richiesto, in materia di atti che generano interferenze gravi nei diritti fondamentali, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶³. Qui, ad esempio, la violazione dell'art. 8 CEDU è integrata ove manchi un controllo, *ex ante* ed *ex post*, sulla legalità dell'atto investigativo intrusivo nel diritto al rispetto della vita privata. Per la Corte europea, tuttavia, l'assenza di un controllo *preventivo* non implica l'automatica violazione del parametro convenzionale quando sia compensata da un effettivo controllo *successivo*, idoneo a bilanciare l'interferenza arbitraria nella sfera privata della persona. A differenza di quanto si desume dalla più avanzata posizione della Corte di Giustizia, la Corte europea riconduce

⁶³ Sul *minimum standard* ricavabile dai criteri elaborati dalla Corte europea, cfr., per tutti, O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea* (2008), in ID., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 62.

nell'alveo del controllo successivo anche il vaglio circa l'ammissibilità della prova⁶⁴.

Nella perdurante assenza di regole di esclusione comuni e armonizzate – nonostante alcune timide aperture della recentissima giurisprudenza euro-unitaria⁶⁵ – è imprescindibile il doveroso rispetto della legalità processuale da parte dei PED⁶⁶. Capovolgendo la prospettiva accolta dall'Avvocato generale nella causa C-281/22, si tratta non già di un «prezzo da pagare per la costruzione di un futuro insieme»⁶⁷, bensì di un ragionevole e condivisibile valore da salvaguardare.

⁶⁴ Si rinvia all'ampia casistica elaborata dalla Corte europea in materia di *mass surveillance*, nonché di perquisizioni domiciliari, intercettazioni e sequestri di dispositivi informatici: cfr., *ex multis*, sull'esigenza che la mancanza di un controllo *ex ante* sia controbilanciata da un effettivo controllo giurisdizionale *ex post*, altrimenti integrandosi la violazione dell'art. 8 Cedu, C. eur. dir. uomo, sez. I, sent. 7 giugno 2007, Smirnov c. Russia, § 45 ss.; nonché, C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 21 dicembre 2010, Société Canal plus et autres c. Francia, § 36 ss. (relativamente alla configurabilità della violazione dell'art. 6 comma 1 Cedu in assenza di controllo giurisdizionale effettivo); C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 15 febbraio 2011, Heino c. Finlandia, § 45, C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 2 ottobre 2014, Delta Pekárny a.s. c. Repubblica Ceca, § 83 ss. Per tutti, e anche per ulteriori riferimenti, cfr. M. BONETTI, sub *Art. 8*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino, p. 346 ss.

⁶⁵ Cfr., in materia di prove raccolte mediante ordine europeo d'indagine in violazione dei diritti della difesa e del giusto processo: CGUE, grande sezione, sent. 30 aprile 2024, causa C-670/22, M.N., § 130-131.

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, F. CASSIBBA, *Misure investigative e controllo giurisdizionale fra Corti interne e Corte di Giustizia*, in G. DI PAOLO-L. PRESSACCO-R. BELFIORE-T. RAFARACI, *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, cit., p. 151-152. Per un parallelo in tema di ordine europeo d'indagine, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015, p. 86 ss., nonché ID., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2016, p. 63 ss. Sulle implicazioni del Reg. EPPO sulla *rule of law*, V. MITSILEGAS, *European prosecution between cooperation and integration: The European Public Prosecutor's Office and the rule of law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, vol. 28, n. 2, p. 245 ss. In generale, sull'esigenza che la legalità processuale sia rispettata, anche per rendere effettiva la cooperazione, G. UBERTIS, *Riflessioni conclusive*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 277 ss. Sulla crisi della concezione tradizionale della legalità processuale a seguito dell'avvento del mutuo riconoscimento, R.M. GERACI, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Cacucci editore, Bari, 2020, p. 298 ss.

⁶⁷ *Conclusioni dell'Avvocato Generale*, cit. § 114.

ABSTRACT

Muovendo dalla recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di investigazioni transfrontaliere della Procura europea (CGUE, grande sezione, sent. 21 dicembre 2023, G.K. e a., C-281/22), l'analisi si sofferma sull'effettività dei controlli giurisdizionali preventivi sugli atti d'indagine compiuti dal nuovo organo inquirente sovranazionale.

Il meccanismo di cooperazione sui generis - attivabile ai sensi degli art. 31-32 del regolamento (UE) 2017/1939 istitutivo della Procura europea qualora si renda necessario compiere un'attività investigativa in uno Stato membro diverso da quello in cui è incardinato il Procuratore europeo delegato (PED) titolare dell'indagine - è potenzialmente in grado di arrecare un significativo vulnus ai diritti fondamentali dell'indagato.

Nell'ottica di una sempre maggiore armonizzazione degli ordinamenti processuali, l'opera ermeneutica della Corte di Lussemburgo mira così a contemperare l'efficienza investigativa con la necessità di evitare una compressione indebita dei diritti fondamentali. Nel ripartire i controlli sugli atti fra le autorità giurisdizionali degli Stati coinvolti, la recente pronuncia impone allo Stato membro in cui è incardinato il PED titolare dell'indagine d'introdurre un previo controllo giurisdizionale sulla legalità dell'atto d'indagine intrusivo.

Alle ricadute dirompenti, anche sul versante interno, di un simile assetto il contributo dedica, dunque, ampio spazio.

PAROLE CHIAVE

EPPO – cooperazione giudiziaria – indagini transfrontaliere – controllo giurisdizionale effettivo – armonizzazione – diritti fondamentali – ammissibilità della prova

* * *

THE PRIOR JUDICIAL REVIEW OF INVESTIGATION MEASURES IN EPPO CROSS-BORDER CASES

ABSTRACT

By moving from the recent ruling of the Court of Justice of the European Union on cross-border investigations of the European Public Prosecutor's Office (CJEU, Grand Chamber, judgment of 21 December 2023, G.K. and Others, C-281/22), the analysis focuses on the effectiveness of prior judicial review of investigative acts carried out by the new supranational investigative body.

The sui generis cooperation mechanism - which can be activated pursuant to Articles 31-32 of Regulation (EU) 2017/1939 establishing the European Public Prosecutor's Office if it becomes necessary to carry out an investigative activity in a Member State other than the one in which the European Delegated Prosecutor (EDP) in charge of the investigation is based - could significantly undermine the fundamental rights of the suspect.

With a view to increasing harmonization of procedural systems, the hermeneutic work of the Court of Luxembourg thus aims to reconcile investigative efficiency with the need to avoid undue compression of fundamental rights. In dividing the checks on the acts

between the jurisdictional authorities of the Member States involved, the recent pronouncement requires the Member State in which the investigating EDP is lodged to introduce a prior judicial review of the legality of the intrusive investigative act. The paper therefore devotes ample space to the disruptive effects, also on the domestic side, of such an arrangement.

KEYWORDS

EPPO – judicial cooperation – cross-border investigations - effective judicial review
– harmonization – fundamental rights – admissibility of evidence