

QUESTIONI APERTE

Ordine europeo di indagine penale

La decisione

Ordine europeo di indagine penale - indipendenza dell'autorità di emissione - pubblico ministero - mandato d'arresto europeo - circolazione transnazionale delle prove - cooperazione giudiziaria (C.D.F.U.E., artt. 6, 7 e 52 § 3; T.U.E., art. 6; T.F.U.E., art. 82; direttiva 2014/41/UE, artt. 1 § 1, 2 lett. *c* e *d*, 6 § 1 lett. *a* e *b*, 11 § 1 lett. *f* e 14 § 1; d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, art. 28; decisione quadro 2002/584/GAI, artt. 1 §§ 1 e 2 e 6 § 1)

«L'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale, devono essere interpretati nel senso che rientra nelle nozioni di «autorità giudiziaria» e di «autorità di emissione», ai sensi delle disposizioni sopra citate, il 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».

CORTE GIUST. UE, PRIMA SEZIONE, 8 dicembre 2020, *A. ed altri*, causa C-584/19.

Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a confronto: così simili (?), eppure così diversi

Sulla scia di alcune pronunce che hanno riguardato il mandato d'arresto europeo, con la decisione in commento la Corte di Lussemburgo affronta la questione dell'indipendenza dell'autorità di emissione dell'ordine europeo di indagine penale. Da qui, lo spunto per un confronto tra le discipline dei due strumenti eurounitari alla luce delle diverse prerogative fondamentali in gioco.

European Arrest Warrant and European Investigation Order: so similar and yet so different

In the wake of certain decisions taken in the field of the European Arrest Warrant, the Luxembourg Court address the issue of the European Investigation Order issuing authority's independence. Hence the opportunity to compare the two instruments, in the light of the different fundamental rights involved.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Un precedente "ingombrante". - 3. Le ragioni del rinvio pregiudiziale: aspetti di convergenza tra la disciplina dell'OEI e quella del MAE. - 4. Le divergenze nelle argomentazioni della Corte. - 5. Note di chiusura.

1. *Premessa.* L'eco dell'ormai nota giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di indipendenza dell'autorità di emissione del mandato d'arresto europeo (d'ora in avanti: "MAE")¹ non ha tardato ad investire il piano della cooperazione di carattere istruttorio: oggetto della decisione in commento² è, infatti, la disciplina del più recente congegno di acquisizione transnazionale delle prove di cui alla direttiva 2014/41/UE, che va sotto la denominazione di "ordine europeo di indagine penale" (da qui in poi: "OEI")³. C'era da aspettarselo, dal momento che le argomentazioni impiegate dal giudice dell'Unione nella sentenza cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG e PI*, per negare la legittimazione ad emettere un MAE da parte del pubblico ministero che, nel proprio sistema, ovvero quello tedesco, non sia assistito da garanzie statutarie ed ordinamentali idonee a scongiurare il rischio di un suo possibile condizionamento esterno⁴, sono apparse fin da subito suscettibili di operare anche su terreni diversi da quello che ne ha visto la genesi⁵.

¹ Sul tema v. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, IV ed., Torino, 2019, 359 ss.; CHIAVARIO, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino, 2013, 187 ss.; MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, II, vol. 1, 2008, 539 ss.; IZZOLINO, voce *Mandato d'arresto europeo (dir. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, 1 ss.; *Mandato d'arresto europeo. Dall'extradizione alle procedure di consegna*, a cura di Bargis e Selvaggi, Torino, 2005, *passim*.

² Per una prima lettura di Corte giust. UE, Prima Sezione, 8 dicembre 2020, *A. ed altri*, causa C-584/19, v. CASTELLANETA, *Ordine europeo di indagine, può essere emesso anche dalla procura di uno Stato membro*, in *Guida dir.*, 2021, f. 3, 112 ss.

³ Sui contenuti della direttiva v. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 2017, 675 ss.; M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, f. 4, 86 ss.; ARMADA, *The European Investigation Order and the lack of European standards for gathering evidence*, in *NJECL*, 2015, vol. 6(1), 8 ss.; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, f. 3, 1 ss.; BACHMAIER, *Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters*, in *Eucrim*, 2015, f. 2, 47 ss., nonché il volume a cura di Bene, Lupária e Marafioti, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016.

⁴ Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU. Per il commento di tale pronuncia v. MANDELLI, *Il concetto di «autorità giudiziaria emittente» nella disciplina del mandato d'arresto europeo alla luce di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Cass. pen.*, 2019, 4512 ss.; HEIMRICH, *European arrest warrants and the independence of issuing judicial authority – How much independence is required? (Case note on joined cases C-508/18 and C-82/19 PPU OG and PI)*, in *NJECL*, vol. 10(4), 389 ss.; AMBOS, *The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C-82/19 PPU)*, ivi, 399 ss. e, volendo, BORGIA, *De la orden europea de detención y entrega a la propuesta de reglamento sobre la e-evidence pasando por la orden europea de investigación. Breves reflexiones sobre el concepto de "autoridad de emisión" a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 27 de mayo de 2019, asuntos acumulados c-508/18 y c-82/19*, in *Nuevos postulados de la cooperación penal en la Unión Europea*

In particolare, la vicenda da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale trae origine dall'OEI emesso dalla procura di Amburgo, nell'ambito di un'indagine per frode, al fine di ottenere dalla procura di Vienna copia degli estratti del conto corrente di un indagato. A questo riguardo, si osserva anzitutto che, ai sensi del codice di rito penale austriaco, la produzione della documentazione in questione può essere ottenuta solo previa autorizzazione giurisdizionale⁶. Inoltre, l'art. 2 lett. d direttiva 2014/41/UE dispone che la procedura di riconoscimento ed esecuzione dell'OEI può comportare «l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, ove previsto dal diritto nazionale di quest'ultimo»⁷. Pertanto, della questione è stato investito il Tribunale del Land in materia penale di Vienna, il quale, memore evidentemente delle conclusioni raggiunte dalla Corte eurounitaria seppur nel diverso contesto del MAE, ha ritenuto necessario adire tale Corte per comprendere se la procura di Amburgo, in quanto passibile di ricevere istruzioni da altri poteri dello Stato⁸, debba essere esclusa (anche) dal novero delle autorità competenti a spiccare un OEI.

2. *Un precedente "ingombrante"*. Prima di appuntare l'attenzione sull'*iter* argomentativo della sentenza relativa all'OEI, è necessario intrattenersi sulle ragioni poste a fondamento della decisione resa nelle menzionate cause riunite *OG e PI*.

Nel solco tracciato da alcune pronunce con cui la Corte di giustizia era avvenuta ad una iniziale perimetrazione della nozione di «autorità giudiziaria emittente» di cui all'art. 6 § 1 decisione quadro 2002/584/GAI, nello specifi-

(*Libro homenaje a la Prof. Isabel González Cano*), a cura di Moreno Catena e Romero Pradas, Valencia, in corso di pubblicazione.

⁵ V. *infra*, § 3.

⁶ Cfr. artt. 109 § 4 e 116 StPO.

⁷ Tale disposizione, evidentemente volta a preservare il rispetto delle condizioni di ammissibilità previste dalla *lex loci actus*, si ricollega a quella contenuta nell'art. 10 § 5 direttiva 2014/41/UE, giusta la quale «[o]ve [...] l'atto di indagine richiesto nell'OEI non sia previsto dal diritto dello Stato di esecuzione o non sia disponibile in un caso interno analogo, e ove non vi siano altri atti di indagine che consentano di ottenere lo stesso risultato dell'atto di indagine richiesto, l'autorità di esecuzione informa l'autorità di emissione che non è stato possibile fornire l'assistenza richiesta». V. CAIANIELLO, *L'oei dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Daniele e Kostoris, Torino, 2018, 24-27; MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'oei e i margini nazionali di rifiuto*, ivi, 118 ss.; DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen cont.*, 2016, f. 3, 66 s.

⁸ In particolare, ai sensi degli artt. 146 e 147 della legge tedesca sull'ordinamento giudiziario, tale procura può ricevere istruzioni, anche in casi specifici, dal senatore per la giustizia di Amburgo.

co affermando che in essa non possono ricomprendersi né i servizi di polizia, né il Ministero di uno Stato membro⁹, si trattava di stabilire quale peso attribuire ai medesimi fini al potere riconosciuto al Ministro della Giustizia tedesco di influenzare l'operato delle procure di Lubeca (causa *OG*) e di Zwickau (causa *PI*).

Il giudice dell'Unione prende le mosse dalla constatazione che la decisione quadro 2002/584/GAI rappresenta la prima concretizzazione, nel settore del diritto penale, del principio del reciproco riconoscimento, che trova applicazione all'art. 1 § 2 della suddetta decisione, secondo cui, fatti salvi i motivi di rifiuto tassativamente previsti dagli artt. 3 e 4, le autorità giudiziarie incaricate dell'esecuzione sono tenute a dare seguito a ogni mandato d'arresto europeo. Nondimeno, siffatto obbligo di ottemperare alla richiesta di assistenza giudiziaria vale solo per quelle domande di collaborazione che, ai sensi dell'art. 1 § 1, assumono i connotati di un "mandato d'arresto europeo", vale a dire di una "decisione giudiziaria". Ciò «richiede» che tale provvedimento sia emesso «da un'«autorità giudiziaria»» ex art. 6 § 1 decisione quadro 2002/584/GAI¹⁰.

Se è vero che in ragione del c.d. "principio di autonomia processuale" spetta ai Paesi dell'Unione europea, sulla base del proprio diritto interno, designare l'"autorità giudiziaria" competente ad emettere il MAE – prosegue la Corte – è altresì vero che il senso e la portata di tale nozione non possono essere lasciati alla discrezionalità dei singoli Stati membri, essendo, viceversa, necessario individuarne un'interpretazione «autonoma e uniforme»¹¹.

In particolare, il diritto fondamentale alla libertà previsto dall'art. 6 C.D.F.U.E. impone che sia assicurata la tutela giurisdizionale effettiva non solo in sede di adozione della decisione giudiziaria "nazionale" su cui s'"innesta" il MAE, ma anche al momento dell'emissione dell'euromandato¹². È infatti in questo secondo frangente che trovano spazio il controllo in ordine

⁹ Cfr., rispettivamente, Corte giust. UE, Quarta Sezione, 10 novembre 2016, *Poltorak*, causa C-452/16 PPU e Corte giust. UE, Quarta Sezione, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, causa C-477/16 PPU. Nella sentenza Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *PI*, causa C-509/18, emessa lo stesso giorno di quella in esame, la Corte ha invece statuito che nella nozione di "autorità giudiziaria" emittente può essere ricompreso «il procuratore generale di uno Stato membro che, pur essendo strutturalmente indipendente dal potere giudiziario, è competente ad esercitare l'azione penale e il cui *status*, in tale Stato membro, gli riconosce una garanzia di indipendenza dal potere esecutivo nell'ambito dell'emissione di un mandato d'arresto europeo» (§ 58).

¹⁰ Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, cit., § 46.

¹¹ *Ibid.*, § 49.

¹² Per l'analisi di tale disposizione, il cui contenuto, ai sensi dell'art. 52 § 3 C.D.F.U.E., deve essere ricostruito anche alla luce dell'art. 5 C.E.D.U. e della relativa giurisprudenza convenzionale, v. ROSSI DAL POZZO e GIALUZ, sub *Art. 6*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di Mastroianni, Pollicino, Allegrezza, Pappalardo e Razzolini, Milano, 2017, 1062 ss.

alla sussistenza dei presupposti legittimanti il ricorso alla procedura transnazionale di consegna ed il vaglio circa la sua proporzionalità, «tenuto conto delle peculiarità di ciascun caso di specie»¹³. In effetti, si tratta di un duplice ordine di verifiche che devono essere condotte in maniera obiettiva, ovvero scevra da condizionamenti di sorta, anche solo ipotetici, e prima che la libertà personale subisca una limitazione. A quest'ultimo proposito, la Corte ha escluso che possa essere sufficiente la mera possibilità riconosciuta all'interessato, una volta che la misura sia stata eseguita, di proporre un ricorso giurisdizionale.

Ne deriva che non può essere qualificata come «autorità di emissione» del MAE quella che non sia in grado di agire «in modo indipendente» e, dunque, sulla base di «regole statutarie e organizzative» che la mettano al riparo da eventuali «istruzioni individuali» del potere esecutivo¹⁴. E poiché, ai sensi dei menzionati artt. 146 e 147 della legge sull'ordinamento giudiziario tedesco, fra le prerogative del Ministro della Giustizia vi è anche quella di impartire alle procure tali istruzioni, deve ritenersi che gli uffici requirenti tedeschi non possono essere ricompresi nella nozione di autorità di emissione di cui all'art. 6 § 1 decisione quadro 2002/584/GAI.

Ecco che, al ricorrere di una simile evenienza, l'autorità di emissione può legittimamente negare la consegna, nonostante non si rinvenga un motivo di rifiuto *ad hoc*.

Più volte sollecitato a pronunciarsi sull'argomento con riguardo ad altri sistemi processuali, il giudice eurolunitario ha poi ulteriormente chiarito i termini del rapporto tra posizione ordinamentale dell'autorità di emissione e salvaguardia delle prerogative individuali¹⁵.

Segnatamente, per ciò che rileva ai fini della presente trattazione, nella causa C-489/19, *NJ*, la Corte ha ritenuto compatibile con la decisione quadro

¹³ Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, cit., § 71. Sul significato del test di proporzionalità nella sistematica del MAE cfr. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, f. 2, 177 ss.; ROMANO, *Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, f. 1, 250 ss.; BÖSE, *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di Ruggeri, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, 143 ss.

¹⁴ Corte giust. UE, Grande Sezione, 27 maggio 2019, *OG e PI*, cit., § 74.

¹⁵ Per una panoramica su tali pronunce v. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *Leg. pen. (web)*, 9 marzo 2021, 1 ss.; MAZZURI, *L'indipendenza del pubblico ministero nello spettro del mandato di arresto europeo*, in *Quaderni cost.*, 2020, f. 2, 446 ss.

2002/584/GAI la disciplina di trasposizione austriaca che individua nelle procure le autorità deputate ad emettere il MAE, nonostante queste non risultino completamente indipendenti dal potere esecutivo¹⁶. L'esito opposto rispetto a quello raggiunto in relazione ai pubblici ministeri tedeschi si giustifica in ragione della circostanza che, a mente dell'art. 29 comma 1 della legge austriaca sulla cooperazione giudiziaria in materia penale, la decisione di spiccare un MAE deve essere obbligatoriamente oggetto di convalida da parte di un tribunale prima della sua trasmissione allo Stato membro di esecuzione; adempimento, questo, che è in grado di garantire il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, da un lato, eventuali istruzioni da parte del potere esecutivo devono essere formulate per iscritto e inserite nel fascicolo che deve poi essere trasmesso integralmente al giudice incaricato della convalida, dall'altro, lo stesso giudice è chiamato ad un controllo che non riguarda la proporzionalità del solo mandato d'arresto nazionale, ma si estende fino a considerare «gli effetti della procedura di consegna e del trasferimento dell'interessato residente in uno Stato membro diverso dalla Repubblica d'Austria sui suoi rapporti sociali e familiari». Inoltre, l'organo giurisdizionale non deve attenersi esclusivamente agli atti sulla cui base la procura è addivenuta ad emettere il MAE, ma può, in qualsiasi momento, «disporre indagini complementari o svolgerle direttamente»¹⁷.

3. *Le ragioni del rinvio pregiudiziale: aspetti di convergenza tra la disciplina dell'OEI e quella del MAE.* Nel volgere lo sguardo alla pronuncia che si annota, occorre anzitutto intrattenersi sui profili di comunanza tra la direttiva 2014/41/UE e la decisione quadro 2002/584/GAI. Ed invero, è su di essi che si regge il rinvio pregiudiziale promosso dal giudice austriaco, il quale ritiene che le motivazioni della sentenza cause riunite *OG e PI* siano applicabili all'ordine europeo di indagine¹⁸.

¹⁶ Corte giust. UE, Seconda Sezione, 9 ottobre 2019, *NJ*, causa C-489/19 PPU in *Cass. pen.*, 2020, 780 ss. con nota di CECCHETTI, *MAE e tutela giurisdizionale effettiva: alcune precisazioni in relazione al sistema austriaco*.

¹⁷ Corte giust. UE, Seconda Sezione, 9 ottobre 2019, *NJ*, cit., §§ 44 e 45.

¹⁸ Nello stesso senso v. il rinvio pregiudiziale attualmente pendente di fronte alla Corte di giustizia promosso dalla Procura distrettuale di Trento nella causa C-66/20-1 e, in dottrina, AMBOS, *The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C-82/19 PPU)*, cit., 404 s.; BORGIA, *De la orden europea de detención y entrega a la propuesta de reglamento sobre la e-evidence pasando por la orden europea de investigación. Breves reflexiones sobre el concepto de "autoridad de emisión" a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 27 de mayo de 2019, asuntos acumulados c-508/18 y c-82/19*, cit.

In primo luogo, è sufficiente leggere l'art. 1 direttiva 2014/41/UE per rendersi conto come pure l'OEI sia una "decisione giudiziaria". A dispetto di ciò, il successivo art. 2 lett. c ammette che siffatta decisione sia emessa o convalidata anche da un pubblico ministero, «benché non tutte le procure degli Stati membri soddisfino il criterio dell'indipendenza sul piano esterno»¹⁹.

Inoltre, non v'è dubbio che anche l'OEI sia uno strumento fondato sui principi di *confiance mutuelle* e riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie, con tutto ciò che ne deriva in termini di tassatività dei motivi di rifiuto²⁰: l'art. 82 T.F.U.E., che rappresenta la base legale del congegno in parola, afferma infatti *expressis verbis* che «la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione deve fondarsi sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie».

Ancora, non è infrequente che le attività istruttorie oggetto di un OEI incidano sui diritti fondamentali dell'interessato, determinandone una «grav[e] lesion[e]»²¹. È il caso, appunto, dell'attività di accesso alle informazioni su operazioni bancarie effettuate in un certo lasso temporale o, per rimanere in tema di indagini da compiersi presso gli istituti di credito e finanziari, del monitoraggio in tempo reale dei conti correnti. Ma lo stesso vale per gli atti di perquisizione e sequestro e per le intercettazioni di comunicazioni; tutte misure che intaccano sensibilmente il diritto alla riservatezza²².

¹⁹ CGUE, Prima Sezione, 8 dicembre 2020, *A. ed altri*, cit., § 24.

²⁰ Cfr. FIORELLI, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo, quando "fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio"*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di Bene, Lupária e Marafioti, cit., p. 82.

²¹ Corte giust. UE, Prima Sezione, 8 dicembre 2020, *A. ed altri*, cit., § 28.

²² Non è un caso, del resto, che proprio in relazione ad alcune di queste misure istruttorie la direttiva preveda una disciplina *ad hoc* in cui «la *lex loci* torna a prevalere sulla *lex fori*, in coerenza con il più tradizionale metodo della mutua assistenza giudiziaria (e derogandosi così al principio del riconoscimento reciproco)» (CAIANIELLO, *L'oei dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, cit., 29). Ad esempio, con riferimento all'acquisizione di informazioni relative a operazioni bancarie e finanziarie, si prevede un motivo «aggiuntivo rispetto ai motivi di non riconoscimento o di non esecuzione di applicazione generale di cui all'art. 11 direttiva OEI», escludendosi, in particolare, che, «quando l'atto richiesto sia autorizzato in un caso interno analogo, si possa fare riferimento a un atto alternativo ed equivalente, ai sensi dell'art. 10, § 1» (BELFIORE, *Le indagini bancarie*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di Marchetti e Selvaggi, Milano, 2019, 448).

Non stupisce, altresì, che in tema di intercettazioni (art. 31 § 3 lett. b direttiva 2014/41/UE) si rinviene «la sola ed unica figura sanzionatoria espressamente prevista non soltanto all'interno della direttiva sull'ordine investigativo europeo, ma anche nell'ambito delle altre, diverse [d]irettive approvate nel settore processuale, successivamente al Trattato di Lisbona, secondo le varie tappe indicate nel programma di Stoccolma» (DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di Bene, Lupária e Marafioti, cit., 176 s.).

Infine, con specifico riguardo ai principi di legalità e proporzionalità, viene in rilievo la disposizione contenuta nell'art. 6 § 1 direttiva 2014/41/UE, secondo cui l'emissione dell'ordine deve risultare «necessaria e proporzionata ai fini del procedimento», «tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata» (lett. *a*), e «l'atto o gli atti di indagine richiesti» devono poter essere emessi «alle stesse condizioni in un caso interno analogo» (lett. *b*)²³. Peraltro, non può essere trascurato come l'onere imposto all'autorità di emissione di valutare la proporzionalità sia frutto dell'esperienza maturata proprio nel contesto del MAE²⁴, dove l'assenza di un riferimento espresso nella decisione quadro 2002/584/GAI ha per lungo tempo favorito un «uso eccessivo» dello strumento²⁵.

C'è da chiedersi, dunque, perché nella decisione in commento la Corte sia addivenuta a conclusioni di segno opposto rispetto a quelle raggiunte nelle cause riunite *OG e PI*.

4. *Le divergenze nelle argomentazioni della Corte.* Per rispondere all'interrogativo conviene invertire l'ordine di trattazione delle argomentazioni sviluppate dal giudice dell'Unione, argomentazioni che ruotano attorno alle differenze di natura «testuale, contestuale e teleologic[a]» tra la disciplina del MAE e quella dell'OEI²⁶.

Per ciò che concerne, dunque, le diverse finalità dei due strumenti, la Corte sottolinea che mentre la decisione quadro 2002/584/GAI mira ad agevolare l'arresto e la consegna tra gli Stati membri di una persona ricercata in prospettiva dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, l'obiettivo della direttiva 2014/41/UE è di favorire il compimento transnazionale degli atti istruttori. Pertanto, se non v'è dubbio che l'OEI possa intaccare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel pro-

²³ Cfr. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Id. e Kostoris, cit., 182 ss.

²⁴ V. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di Marchetti e Selvaggi, cit., 290 s.

²⁵ BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., 184.

²⁶ Corte giust. UE, Prima Sezione, 8 dicembre 2020, *A. ed altri*, cit., § 74. Cfr. inoltre il § 40 dove si afferma che «[s]econdo una giurisprudenza costante della Corte, ai fini dell'interpretazione di una norma del diritto dell'Unione, si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (sentenza del 3 marzo 2020, X (Mandato d'arresto europeo - Doppia incriminazione), C-717/18, EU:C:2020:142, punto 21 e giurisprudenza ivi citata)».

cedimento, è altrettanto evidente che, fatta eccezione per la sola ipotesi del trasferimento di persone già detenute ai fini del compimento di un atto di indagine²⁷, non è idoneo a determinare una compressione del preminente diritto alla libertà personale.

Nonostante tale affermazione sia collocata appena prima del dispositivo della decisione, quasi come se si trattasse di un mero argomento *ad adiuvandum*, essa offre in realtà la chiave di lettura dell'intero impianto motivazionale.

Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, da cui è stata fatta discendere l'esigenza di assicurare l'indipendenza dell'autorità di emissione del MAE, assume una diversa fisionomia a seconda che venga in considerazione l'art. 6 o il successivo art. 7 C.D.F.U.E., che – come noto – assicura il rispetto della vita privata e familiare. In questo senso, per le misure in grado di limitare il diritto alla riservatezza, è infatti sufficiente un controllo giurisdizionale *ex post*, ovvero successivo rispetto al compimento dell'atto investigativo, sia sotto forma di convalida, sia di impugnazione²⁸. Da qui l'affermazione – per riprendere le conclusioni dell'Avvocato Generale – secondo cui «al fine di relazionarsi con l'autorità di esecuzione» «non è essenziale che l'autorità di emissione abbia lo stesso grado di indipendenza» che gli deve essere invece riconosciuto con riferimento al MAE²⁹.

Nell'ambito delle differenze che la Corte definisce “di contesto”, viene allora in rilievo la previsione contenuta nell'art. 14 della direttiva 2014/41/UE in tema di mezzi di impugnazione dell'OEI, che «colm[a], per così dire, la lacuna riscontrabile nella decisione quadro 2002/584, che ha generato le questioni pregiudiziali sollevate» in relazione al MAE³⁰.

Nello specifico, al § 1 si introduce una sorta di clausola di omologazione tra le impugnazioni esperibili nei confronti dell'OEI e quelle previste per le corrispondenti misure domestiche, del seguente tenore: «[g]li Stati membri assicurano che i mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso

²⁷ Cfr. art. 22 direttiva 2014/41/UE. In ordine al rapporto tra tale strumento e il MAE v. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen. - Supplemento al n. 1 del 2018 - La giustizia penale riformata*, 571.

²⁸ Cfr. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 97; ID. *Evidence Gathering in the Realm of the European Investigation Order. From National Rules to Global Principles*, in *NJECL*, 2015, vol. 6(2), 192 s.; e, più di recente, in termini critici NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, Milano, 2020, 132 ss. Ad entrambi gli Autori si rinvia anche per l'individuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo più rilevanti in materia.

²⁹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona presentate il 16 luglio 2020 nella causa C-584/19, § 61.

³⁰ *Ibid.*, § 83.

interno analogo siano applicabili agli atti di indagine richiesti nell'OEI». Del resto, è così che si spiega, dal punto di vista del nostro ordinamento, l'art. 28 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108 di attuazione della direttiva 2014/41/UE, a mente del quale nei confronti dell'ordine europeo di sequestro probatorio emesso dall'autorità italiana è esperibile richiesta di riesame *ex art.* 324 c.p.p.³¹, con la possibilità per la difesa e gli altri soggetti interessati di proporre, in tale sede, anche le eventuali doglianze relative ai presupposti di legalità e proporzionalità dell'OEI³².

Il giudice di Lussemburgo pone poi l'accento su quella che è apparsa sin da subito una "valvola di sicurezza" in tema di garanzie, introdotta nella versione finale della direttiva su impulso dell'Agenzia europea per i diritti fondamentali, proprio sulla scorta dell'esperienza maturata sul terreno del MAE³³. Il riferimento corre alla possibilità offerta dall'art. 11 § 1 lett. *f* direttiva 2014/41/UE di rifiutare un OEI quando sussistano seri motivi per ritenere che la sua esecuzione sia incompatibile con gli obblighi dello Stato richiesto di rispettare i principi giuridici e i diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 T.U.E. e dalla Carta di Nizza³⁴. Ne deriva che laddove l'OEI fosse emesso da un organo inquirente che non offre sufficienti garanzie di indipendenza e l'ordinamento dello Stato di emissione non garantisca un controllo giurisdizionale successivo, il Paese di esecuzione, per evitare di concorrere nella violazione convenzionale suscettibile di determinarsi in conseguenza del compi-

³¹ La disposizione deve essere salutata con favore in quanto l'esplicito riferimento all'"ordine" quale provvedimento oggetto della suddetta impugnazione, sgombera il campo dalla possibilità che con riferimento all'OEI si riproponga il contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con la nota sentenza 16 aprile 2003, *Monnier*, in *Cass. pen.*, 2003, 2992, le quali avevano statuito che, pur mancando nel sistema rogatorio una previsione del tenore di quella in esame, il meccanismo di cui all'art. 324 c.p.p. dovesse ritenersi comunque utilizzabile in ragione della circostanza che l'emissione di una rogatoria attiva per l'esecuzione di un sequestro probatorio presuppone un provvedimento - per l'appunto - di sequestro, seppur implicito, dell'autorità italiana.

³² Cfr. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Daniele e Kistoris, cit., 175 ss. (spec. 178).

³³ MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'oei e i margini nazionali di rifiuto*, cit., 128.

³⁴ Sulla portata di tale previsione, su cui si tornerà *infra*, § 5, v. PEITEADO MARISCAL, *¿Es acertado fundar la denegación de la ejecución de una OEI en la potencial vulneración de derechos fundamentales por parte del Estado emisor?*, in *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, a cura di González Cano, tirant lo blanch, Valencia, 2019, 703 ss.; KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2018, 1441 ss.; BACHMAIER, *Mutual recognition instruments and the role of the CJEU: the grounds for non-execution*, in *NJECL*, 2015, vol. 6(4), 524 ss.; ARMADA, *The European Investigation Order and the lack of European standards for gathering evidence*, cit., 22 ss.

mento dell'attività istruttoria richiesta, potrebbe (*rectius*: dovrebbe) legittimamente rifiutarsi di dare corso all'OEI invocando, appunto, l'art. 11 § 1 lett. *f*. Alla luce delle considerazioni svolte si spiega, infine, il diverso tenore letterale tra l'art. 6 § 1 decisione quadro 2002/584/GAI e l'art. 2 lett. *c* direttiva 2014/41/UE; disposizione, quest'ultima, che non si limita a richiamare il generico concetto di "autorità giudiziaria emittente", ma ne offre una declinazione precisa, riferendosi espressamente (anche) al pubblico ministero, a prescindere dalla posizione in cui questi si colloca rispetto agli altri poteri dello Stato.

5. *Note di chiusura*. Ricostruite così le argomentazioni della Corte e, nello specifico, assunte a punto di riferimento privilegiato le implicazioni derivanti dai (diversi) diritti fondamentali che vengono in considerazione in ambito probatorio, gli esiti raggiunti nella sentenza in commento appaiono condivisibili anche agli occhi di chi, in un primo momento, aveva auspicato che la filosofia sottesa alle cause riunite *OG e PI* potesse trovare spazio anche con riferimento all'OEI³⁵.

Ciò che tuttavia desta preoccupazione è la tendenza della Corte di giustizia a valorizzare le disposizioni poste a presidio delle garanzie individuali solo quando esse risultino funzionali non allo scopo cui sono ontologicamente dirette, bensì – come nel caso di specie – a quello dell'efficacia della cooperazione.

A proposito della previsione contenuta nel richiamato art. 11 § 1 lett. *f* direttiva 2014/41/UE, si è sottolineato il rischio che la disposizione potesse essere concepita come la cristallizzazione dell'approccio adottato dal giudice dell'Unione nella tristemente nota pronuncia *Melloni*, «con l'effetto di inibire agli Stati la possibilità di invocare standard nazionali dei diritti più elevati rispetto a quelli consacrati nella Carta»³⁶ di Nizza.

Si è anche rimarcato, però, che stando a quanto stabilito dall'art. 52 § 3 C.D.F.U.E.³⁷, l'art. 11 § 1 lett. *f* avrebbe almeno assicurato i livelli minimi di

³⁵ In questo senso si modifica parzialmente l'opinione espressa in *De la orden europea de detención y entrega a la propuesta de reglamento sobre la e-evidence pasando por la orden europea de investigación. Breves reflexiones sobre el concepto de "autoridad de emisión" a raíz de la sentencia del de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 27 de mayo de 2019, asuntos acumulados c-508/18 y c-82/19*, cit.

³⁶ MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, f. 2, 168. Nello stesso senso si esprime NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., p. 203.

³⁷ In ordine a tale aspetto v., per tutti, DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra Diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2016, f. 4, 48 ss.

tutela rinvenibili nella C.E.D.U. e nella relativa giurisprudenza. Da questo punto di vista, la clausola del rispetto dei diritti fondamentali avrebbe dovuto favorire gli indagati e imputati «in Paesi emittenti i cui ordinamenti siano scarsamente garantistici»: tali Paesi, infatti, avrebbero potuto essere indotti ad alzare lo *standard* di garanzia dei loro sistemi «per non vedersi opporre un rifiuto» «motivato da un'incompatibilità con l'art. 6 TUE»³⁸.

Senonché, pure questa prospettiva parrebbe essere stata tradita. Basti considerare l'atteggiamento tenuto dalla Corte di Lussemburgo in occasione della prima pronuncia resa in tema di OEI. Nella causa C-324/17, *Gavanozov* si trattava di stabilire se la disciplina bulgara di attuazione della direttiva 2014/41/UE fosse conforme alla sistematica dell'OEI nella misura in cui non contempla mezzi di impugnazione esperibili avverso un ordine europeo di perquisizione e sequestro³⁹.

In particolare, nel rinvio pregiudiziale si legge, per un verso, che anche nei confronti dei corrispondenti atti *purely domestic* non sono previsti meccanismi di censura, risultando così formalmente rispettata la clausola di equivalenza di cui all'art. 14 § 1 direttiva 2014/41/UE; per l'altro, che proprio in ragione di siffatto vuoto di tutela, l'ordinamento bulgaro è stato più volte condannato dalla Corte di Strasburgo per violazione del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva⁴⁰.

Ebbene, nell'attestare la legittimità della normativa bulgara, la Corte ha ommesso ogni riferimento alla possibilità per l'autorità dello Stato di esecuzione di

³⁸ KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, 109, il quale aggiunge che il «vincolo del rispetto dei diritti fondamentali non gioverà invece agli imputati che si trovino in Paesi che già presentino alti livelli di tutele».

³⁹ Corte giust. UE, 24 ottobre 2019, *Gavanozov*, causa C-324/17. Per il commento di tale decisione v. CASTELLANETA, *Oei: l'autorità di emissione deve solo indicare il mezzo di impugnazione utilizzato dal destinatario*, in *Guida dir.*, 2019, f. 47, 96 ss.; DE LUCA, *La prima pronuncia della Corte di Giustizia sull'ordine europeo di indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l'efficacia della cooperazione giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2020, 3854 ss.; nonché, volendo, BORGIA, *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *questa rivista*, 21 aprile 2020, 1 ss.

⁴⁰ Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot presentate l'11 aprile 2019 nella causa C-324/17, § 65, sub nota n. 19 dove si afferma che «[n]ella decisione di rinvio, dopo aver illustrato la normativa nazionale, viene precisato che, a seguito delle sentenze della Corte EDU del 26 luglio 2007, *Peev c. Bulgaria*» «e del 22 maggio 2008, *Iliya Stefanov c. Bulgaria*, la Repubblica di Bulgaria si è impegnata a modificare il diritto interno in modo da consentire un controllo giurisdizionale a posteriori dell'ordine giudiziario di perquisizione e di sequestro su richiesta delle persone interessate dalla perquisizione e dal sequestro. Da detta decisione emerge altresì che tali modifiche al diritto bulgaro non sono ancora state adottate».

avvalersi del motivo di rifiuto basato sulla prognosi di violazione dei diritti fondamentali dovuta all'esecuzione dell'OEI⁴¹.

Ecco che prende forma il paradosso per cui la medesima disposizione viene, al bisogno, elevata a garanzia di sistema o degradata a elemento del tutto trascurabile.

GIANLUCA BORGIA

⁴¹ In proposito, sia consentito rinviare a BORGIA, *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, cit., 3 ss. Nello stesso senso v. DE LUCA, *La prima pronuncia della Corte di Giustizia sull'ordine europeo di indagine penale: un approccio formale diretto a favorire l'efficacia della cooperazione giudiziaria*, cit., 3861.