



# Il principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale: le condizioni di ammissibilità dell'Ordine europeo di indagine penale

**Francesco Liguori\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La direttiva 2014/41/UE e la disciplina dell'OEI. – 3. Il rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin e le conclusioni dell'AG Ćapeta. – 3.1. Le prime due questioni pregiudiziali. – 3.2. L'operatività delle condizioni di proporzionalità ed equivalenza. – 4. Considerazioni finali.

## *1. Introduzione*

Il principio di mutuo riconoscimento è lo strumento cardine delle forme di cooperazione previste all'interno dell'ordinamento dell'Unione in quanto mezzo ideale per la realizzazione di una corretta e uniforme integrazione europea<sup>1</sup>.

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

<sup>1</sup> Principio elaborato dalla Corte di giustizia nella definizione della nozione di misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative all'importazione, a partire da *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Corte giust. 20 febbraio 1979, 120/78). Nell'ambito della cooperazione giudiziaria, tale principio è stato consacrato

La cooperazione tra gli Stati membri si fonda proprio su tale principio poiché esso è idoneo a regolare i numerosi settori eterogenei disciplinati dal diritto dell'Unione, tra cui, in particolare, il funzionamento del mercato interno e perciò la libera circolazione delle quattro libertà fondamentali.

Nell'ultimo ventennio, l'ambito di applicazione del principio di mutuo riconoscimento si è ulteriormente esteso fino a ricomprendere anche la cooperazione giudiziaria in materia penale e così interessare persino la circolazione dei soggetti sottoposti a misure restrittive della libertà personale<sup>2</sup>, nonché, più di recente, la circolazione degli esiti delle attività investigative condotte nei singoli Stati membri<sup>3</sup>.

Proprio con riferimento alla cooperazione nella gestione dei risultati probatori acquisiti, o da acquisire, nei singoli procedimenti nazionali, la direttiva 2014/41/UE (d'ora in avanti direttiva OEI) si è prefissata l'obiettivo di istituire un meccanismo, l'ordine europeo di indagine (d'ora in avanti OEI), volto a semplificare il previgente sistema di trasferimento delle prove rappresentato dal mandato europeo di ricerca della prova<sup>4</sup>.

---

a chiave di volta del funzionamento dell'Unione in materia di giustizia, nelle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, del 15 e 16 ottobre 1999, come si può evincere dal punto 33, secondo cui «il rafforzamento del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie e delle sentenze ed il necessario ravvicinamento delle legislazioni faciliterebbero la cooperazione fra le autorità, come pure la tutela giudiziaria dei diritti dei singoli. Il Consiglio europeo approva pertanto il principio del reciproco riconoscimento che, a suo parere, dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale».

<sup>2</sup> È il caso della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali; nonché alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

<sup>4</sup> Come si evince dai considerando nn. 4 e 5 della direttiva 2014/41/UE, cit. Sul punto, L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016, p. 10, secondo cui l'OEI è stato istituito proprio con l'intento di «superare la frammentarietà del quadro normativo esistente in materia probatoria e dare maggiore impulso alla prospettiva del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie». Peraltro, è bene ricordare che l'OEI nasce anche al fine di rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri nell'acquisizione delle

L'ordine europeo di indagine, che ha come base giuridica l'art. 82 TFUE, nasce perciò dall'esigenza di agevolare la cooperazione tra autorità giurisdizionali nazionali in fase di acquisizione e trasferimento dei risultati probatori appresi nei rispettivi ordinamenti, in conformità con il principio di mutuo riconoscimento. Difatti, l'OEI dà vita a un sistema investigativo unitario che coniuga in sé proprio il rispetto per tale principio e l'ordinario regime di assistenza giudiziaria<sup>5</sup>.

L'assetto normativo della direttiva conferma questa impostazione, così come si evince dai relativi considerando<sup>6</sup>, e dall'art. 1, par. 2, della stessa<sup>7</sup>. Infatti, il principio di mutuo riconoscimento guida la cooperazione tra Stati membri e più precisamente impone alle rispettive autorità giurisdizionali di collaborare fra loro accettando gli atti fondati da autorità di altri Paesi sulla base del proprio diritto nazionale. Di qui, l'istituzione di un meccanismo di poteri sovrani ed esclusivi che devono però dialogare e riconoscersi mutuamente: da un lato, il potere dell'autorità giurisdizionale di emissione di valutare e accertare le condizioni di ammissibilità e quindi di trasferimento di un OEI; dall'altro, il potere dell'autorità giurisdizionale di esecuzione di eseguire gli atti di indagine richiesti seguendo la disciplina prevista dal proprio ordinamento<sup>8</sup>.

---

prove e fornire così una valida alternativa al sistema di tipo rogatorio, così come correttamente sottolineato da R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, Padova, 2017.

<sup>5</sup> È la formulazione dello stesso art. 82, par. 1, TFUE che rivela la centralità del mutuo riconoscimento, posto che «La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie [...]», e l'OEI è, ai sensi dell'art. 1, della direttiva 2014/41/UE, proprio una «decisione giudiziaria».

<sup>6</sup> Il riferimento è ai considerando nn. 2, 3, 6, della direttiva 2014/41/UE, cit.

<sup>7</sup> Secondo cui: «Gli Stati membri eseguono un OEI in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alla presente direttiva».

<sup>8</sup> Sul principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, si segnalano, senza pretesa di esaustività, A. PASQUERO, *Mutuo riconoscimento delle decisioni penali: prove di federalismo. Modello europeo e statunitense a confronto*, Milano, 2007, p. 67; S. ALLEGREZZA, *Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della prova penale nello spazio giudiziario europeo*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 693; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in S. CARBONE, M. CHIAVARIO (a cura di), *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 1; E. APRILE, F. SPIEZIA, *Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione*

L'ordinario funzionamento del meccanismo appena descritto può tuttavia entrare in crisi laddove l'OEI venga adoperato al di là dei limiti previsti dalla normativa stabilita dalla direttiva. In questi casi, è compito delle singole autorità giurisdizionali nazionali prima, e della Corte di giustizia poi, rilevare le anomalie e tentare di porvi rimedio.

Il presente lavoro intende esaminare una fattispecie concreta di inesatta applicazione della disciplina prevista dalla direttiva, vale a dire il caso in cui l'autorità giurisdizionale di emissione non rispetti i criteri di proporzionalità ed equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, che la direttiva stessa stabilisce come limiti del principio di mutuo riconoscimento.

L'esame di una simile eventualità patologica deve essere condotto tenendo conto di quanto è di recente accaduto nella prassi, nell'ambito di un caso sottoposto in via pregiudiziale all'attenzione della Corte di giustizia e tuttora pendente dinanzi a essa<sup>9</sup>.

Lo scopo ultimo di questo studio è quello di esaminare uno dei nodi cruciali della procedura descritta dalla direttiva OEI, e cioè la valutazione delle condizioni di ammissibilità che ciascuna autorità di emissione deve verificare prima di trasmettere un OEI. In particolare, sia dal testo della direttiva che dalla successiva applicazione

---

*europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2009, p. 20; O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, *Processo penale e giustizia europea*. Omaggio a Giovanni Conso, Atti del Convegno, Torino, 26-27 settembre 2008, Milano 2010, p. 151; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, D. RINOLDI, A. SANTINI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 503; G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2012, p. 513; D. HELENIUS, *Mutual Recognition in Criminal Matters and the Principle of Proportionality. Effective Proportionality or Proportionate effectiveness?*, in *NJECL*, vol. 5, n. 3, 2014, p. 350; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Processo penale e giustizia*, n. 3, 2015, p. 6; J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R. E. KOSTORIS, *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 277; M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018; M. CASTELLANETA, *Ordine europeo di indagine, può essere emesso anche dalla procura di uno Stato membro*, in *Guida al diritto*, n. 3, 2021, p. 112 ss.

<sup>9</sup> Conclusioni dell'Avv. gen. Čapeta, del 26 ottobre 2023, C-670/22, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat).

giurisprudenziale della stessa, non è chiaro se l'accertamento che l'autorità di emissione deve compiere ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. a) e lett. b), della direttiva, vale a dire la verifica dei requisiti di proporzionalità ed equivalenza, debba riguardare solamente l'atto di indagine richiesto, in quanto tale, oppure debba tener conto anche delle specifiche modalità investigative che lo Stato di esecuzione ha già espletato o dovrà espletare a seguito della trasmissione dell'OEI.

A tal fine, è sembrato opportuno suddividere la trattazione in due parti: la prima sezione sarà dedicata all'analisi della disciplina stabilita dalla direttiva e delle problematiche che tale assetto normativo può causare in astratto; mentre la seconda sarà tesa a esaminare le questioni che un simile strumento solleva in concreto, avendo specifico riguardo a quelle risultanti dal rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin. Più in particolare, nel corso della seconda parte, il presente lavoro tenterà, da un lato, di evidenziare il limite della valutazione delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva, alla luce delle conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta<sup>10</sup>, e dall'altro, di individuare i possibili correttivi che verosimilmente la Corte di giustizia adotterà in sede pregiudiziale per perfezionare il funzionamento di tale strumento di cooperazione giudiziaria.

## *2. La direttiva 2014/41/UE e la disciplina dell'OEI*

Come suggerisce l'art. 1 della direttiva 2014/41/UE, «l'ordine europeo di indagine è una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno Stato membro (lo Stato di emissione) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo Stato d'esecuzione) ai fini di acquisire prove [...]» e «[...] per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione».

La direttiva distingue dunque due diverse fasi della cooperazione, una attiva, che vede partecipare l'autorità dello Stato di emissione, e una passiva<sup>11</sup>, in cui è coinvolta l'autorità giurisdizionale dello Stato di

---

<sup>10</sup> *Ibidem.*

<sup>11</sup> Per un approfondimento sulla fase passiva della procedura, P. SPAGNOLO, *I presupposti e i limiti dell'ordine di indagine europeo nella procedura passiva*, in M. R. MARCHETTI, E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*.

esecuzione. Ambedue le fasi sono disciplinate dal principio di mutuo riconoscimento.

In particolare, ai sensi dell'art. 2, par. 1, della direttiva, per individuare l'autorità giurisdizionale competente ad emettere l'OEI è necessario tenere conto della tipologia dell'atto investigativo richiesto: infatti, la competenza si fonda sulla base del diritto dello Stato di emissione. Ciò vuol dire che l'OEI può essere emesso a condizione che l'autorità giurisdizionale emittente possa, secondo il proprio ordinamento, compiere l'atto o gli atti di indagine richiesti nel caso interessato.

L'autorità di esecuzione, in questa fase, non può in alcun modo contestare la competenza dell'organo dello Stato di emissione e quindi non può astenersi dal riconoscere o dall'eseguire l'OEI<sup>12</sup>.

Lo stesso vale anche per la definizione di ciò che può essere richiesto tramite un OEI: l'autorità giurisdizionale di emissione può chiedere uno o più atti di indagine purché siano previsti dal proprio ordinamento, e non può in alcun modo contestare la legittimità delle modalità attraverso cui tali attività vengono effettuate dall'autorità di esecuzione. Quest'ultima, da parte sua, deve eseguire quanto richiesto nell'OEI senza poter eccepire la circostanza che gli atti investigativi ivi indicati non avrebbero potuto essere effettuati all'interno dello Stato di emissione. Tutt'al più, l'autorità di esecuzione può scegliere di non eseguire l'atto o gli atti di indagine richiesti, e ricorrere ad uno o più atti alternativi, se quanto richiesto non è previsto dal proprio ordinamento o se non è disponibile in un caso interno analogo<sup>13</sup>. In alternativa, lo Stato di esecuzione può anche addurre i motivi di non riconoscimento

---

*Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, Milano, 2019, p. 289.

<sup>12</sup> Viceversa, l'autorità dello Stato di emissione non può sindacare la competenza giurisdizionale dell'autorità dello Stato di esecuzione.

<sup>13</sup> Si tratta della disciplina stabilita dall'art. 10 della direttiva OEI. Sulla possibilità di ricorrere ad atti investigativi alternativi rispetto a quello richiesto nell'OEI, si veda I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *NJECL*, vol. 6, n. 1, 2015, p. 19, secondo cui «recourse to a different measure is [...] merely optional when the alternative method leads to the same result by less intrusive means»; F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Archivio penale*, n. 2, 2017, p. 675 ss.

e di non esecuzione di cui all'art. 11 della direttiva e non dar seguito all'OEI<sup>14</sup>.

Nel caso in cui sorgano questioni concernenti le ragioni di merito dell'emissione OEI, l'art. 14, par. 2, della direttiva 2014/41/UE precisa che spetta allo Stato di emissione prestare adeguata tutela, fatte salve le garanzie di diritti fondamentali che i soggetti indagati o imputati possono far valere nello Stato di esecuzione<sup>15</sup>.

Lo schema di cooperazione delineato dalla direttiva, per come finora illustrato, non sembra dar luogo a particolari incertezze applicative. In realtà, un possibile ostacolo al corretto funzionamento di tale meccanismo di cooperazione si manifesta se si considera la disciplina delle condizioni di emissione dell'OEI prevista all'art. 6, par. 1. Questa disposizione impone all'autorità dello Stato di emissione di compiere una valutazione in merito all'atto o agli atti investigativi contenuti nell'OEI prima di trasmetterlo. Segnatamente: a) deve

---

<sup>14</sup> Tra i motivi di non riconoscimento e di non esecuzione, si segnala, in particolare, quello previsto ai sensi dell'art. 11, par. 1, lett. f), in virtù del quale l'autorità di esecuzione può non dare attuazione all'OEI laddove sussistano «[...] seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Sul punto, si veda A. MANGIARACINA, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *op. cit.*, p. 118 ss.; R. E. KOSTORIS, *Ordine di investigazione europeo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Cassazione penale*, 2018, p. 1441 ss.

<sup>15</sup> Preme, tuttavia, segnalare che si danno casi in cui la disciplina processual-penalista di uno Stato membro potrebbe impedire a degli individui residenti in un diverso Paese dell'Unione di contestare in tale Stato membro la legittimità del procedimento di acquisizione di uno specifico esito probatorio. È quanto si verifica, ad esempio, nell'ordinamento francese, dal momento che solo degli individui direttamente coinvolti in un procedimento penale condotto in Francia possono adire il giudice competente e far valere i vizi relativi alla fase di raccolta della prova. Pertanto, laddove un'attività investigativa francese coinvolga solo indirettamente un cittadino di un diverso Stato membro, quest'ultimo non potrebbe ricorrere dinanzi alle autorità giurisdizionali francesi, in quanto il relativo ricorso verrebbe verosimilmente dichiarato inammissibile. Per un approfondimento sul tema delle impugnazioni, E. LORENZETTO, *L'assetto delle impugnazioni*, in M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *op. cit.*, p. 175 ss. Inoltre, è bene anche evidenziare che sono attualmente pendenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo due ricorsi contro l'utilizzo di dati di EncroChat provenienti dalla Francia presso organi giurisdizionali del Regno Unito. Il riferimento è alle cause Corte EDU, ric. n. 44715/20, *A.L./Francia*, e n. 47930/21, *E.J./Francia*. Oggetto dell'accertamento della Corte è, tra le varie questioni, anche comprendere se gli individui in questione abbiano avuto la possibilità di contestare le misure di intercettazione disposte nei loro confronti dinanzi ai giudici francesi competenti.

trattarsi di un'attività di indagine necessaria e proporzionata ai fini del procedimento, tenendo conto dei diritti delle persone indagate o imputate<sup>16</sup>, e b) è necessario che gli atti richiesti mediante l'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo<sup>17</sup>.

Il controllo del rispetto di tali due condizioni è rimesso, in primo luogo, all'autorità giurisdizionale di emissione che prima di trasmettere deve accertare che esse siano integrate<sup>18</sup>; in secondo luogo, all'autorità giurisdizionale di esecuzione, ai sensi dell'art. 6, par. 3, della direttiva, sebbene quest'ultima disponga di un mero potere di consultazione, potendosi limitare a segnalare all'autorità di emissione la sussistenza di ragioni a sostegno del mancato rispetto delle condizioni di cui al paragrafo primo; e in terzo luogo, ai sensi dell'art. 14, par. 2, della direttiva, al controllo giurisdizionale delle autorità del Paese di emissione.

Affinché il controllo del rispetto delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva OEI sia effettivo, sembrerebbe possibile ritenere

---

<sup>16</sup> Sul rispetto della condizione di proporzionalità di cui all'art. 6, par. 1, lett. a), della direttiva OEI, si veda, *ex multis*, C. HEARD, D. MANSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases*, in *NJECL*, vol. 2, n. 4, 2011, p. 359; F. ZIMMERMAN, S. GLASER, A. MOTZ, *Mutual Recognition and Its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal Proceedings: A Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *European Criminal Law Review*, vol. 1, n. 1, 2011, p. 79; L. BACHMAIER WINTER, *The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg-New York-Dordrecht-Londra, 2013, p. 91; D. HELENIUS, *op. cit.*; S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (ed.), *op. cit.*, pp. 61 e 62; M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in M. DANIELE, R. E. KOSTORIS (a cura di), *op. cit.*, p. 59; E. XANTHOPOULOU, *Fundamental Rights and Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: A Role for Proportionality?*, London, 2020; L. SCOMPARIN, A. CABIALE, *The Proportionality Test in Directive 2014/41/EU: Present and Future of a Fundamental Principle*, in *EJ*, n. 2, 2022, p. 72.

<sup>17</sup> Sul rispetto del principio di equivalenza, L. MARAFIOTI, *op. cit.*; M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 469.

<sup>18</sup> Infatti, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva OEI, l'accertamento preventivo del rispetto delle due condizioni ivi indicate spetta all'autorità giurisdizionale di emissione, la quale «[...] può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni [...]».

che la verifica della proporzionalità e della equivalenza (o analogia) debba interessare non solo lo specifico atto di indagine richiesto in sé considerato, ma anche e soprattutto le modalità attraverso cui tale strumento viene concretamente impiegato nello Stato di esecuzione. In altre parole, l'autorità di emissione non dovrebbe solo accertare che il mezzo di ricerca della prova richiesto, in quanto tale, sia proporzionato rispetto al procedimento interno e se questo avrebbe potuto essere utilizzato in un caso interno analogo, bensì dovrebbe chiedersi se le modalità acquisitive previste per quell'atto investigativo, nello Stato di esecuzione, siano proporzionate, e, soprattutto, se siano replicabili in un caso interno analogo.

Peraltro, è bene sottolineare che la valutazione di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva varia a seconda che l'autorità dello Stato di emissione richieda il compimento di uno o più atti di indagine da parte dell'autorità di esecuzione, oppure il trasferimento di prove già in possesso di quest'ultima<sup>19</sup>. Nel primo caso, infatti, il giudizio è ipotetico e prognostico, dal momento che l'autorità giurisdizionale di emissione deve tener conto della proporzionalità e dell'equivalenza rispetto ad un'attività investigativa che l'autorità giurisdizionale di esecuzione deve ancora eseguire.

Nel secondo caso, invece, il controllo delle due condizioni è di tipo ipotetico ma al contempo fondato sulla valutazione di indagini già compiute dall'autorità giurisdizionale di esecuzione. In questa seconda ipotesi, quindi, l'autorità di emissione è a conoscenza delle modalità attraverso cui una data prova si è formata nel diverso procedimento straniero. Questo perché, in una simile circostanza, l'oggetto dell'OEI non è il compimento di uno o più atti di indagine e il conseguente trasferimento degli esiti di tale attività, bensì l'ottenimento dei risultati probatori derivanti da atti investigativi che l'autorità giurisdizionale di esecuzione ha effettuato indipendentemente dalla richiesta postuma sopraggiunta dallo Stato di emissione. In questa ipotesi, perciò, l'autorità di emissione ha il potere di acquisire delle prove, da utilizzare successivamente nel proprio procedimento nazionale, che si sono

---

<sup>19</sup> Il paragrafo terzo dell'art. 6 della direttiva OEI non differenzia le due fattispecie, imponendo all'autorità di emissione di valutare la sussistenza delle due condizioni di ammissibilità dell'OEI in ambedue i casi.

formate secondo le disposizioni processuali di un altro Stato membro e alla luce delle garanzie individuate dall'ordinamento di quest'ultimo.

Il mutuo riconoscimento impone all'autorità di emissione di accettare tali esiti probatori senza la possibilità di rilevare il carattere illegittimo della procedura di acquisizione eseguita nello Stato di esecuzione. Tuttavia, in questa particolare fattispecie sorge un problema che la direttiva non sembra disciplinare direttamente: occorre cioè capire se l'autorità giurisdizionale di emissione possa richiedere il trasferimento di prove che siano state previamente ottenute nello Stato di esecuzione attraverso modalità investigative che, secondo il diritto dello Stato di emissione non sarebbero state validamente ammesse. Infatti, il principio di mutuo riconoscimento si limita a vietare all'autorità giurisdizionale di emissione di sindacare la legittimità del procedimento di formazione della prova nello Stato di esecuzione, il che tuttavia non equivale a conferirgli il potere di derogare a quelle garanzie processuali previste dal proprio ordinamento e poste a presidio della tutela dei diritti fondamentali dei soggetti indagati ovvero imputati<sup>20</sup>.

Pertanto, l'ordine europeo di indagine, unitamente al principio di mutuo riconoscimento, stabilisce una forma di cooperazione tra autorità giurisdizionali di diversi Stati membri senza però dar vita a uno strumento processuale "abusivo" che consenta all'autorità giurisdizionale di emissione di eludere i limiti dei propri poteri istruttori per come previsti dalla propria normativa nazionale<sup>21</sup>.

Il divieto di abuso del diritto sembra trovare conferma proprio nell'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41/UE che introduce le due condizioni di ammissibilità per l'emissione dell'OEI al fine di contenere tutti quei fenomeni di abuso processuale cui le autorità di emissione possono dar vita, e ciò vale tanto nei casi in cui l'oggetto dell'OEI siano uno o più atti di indagine che lo Stato di esecuzione deve ancora effettuare, quanto, specialmente, nei casi in cui viene richiesto il semplice trasferimento di prove già in possesso di quest'ultimo.

---

<sup>20</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni compiute da M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit., p. 469 ss., secondo cui l'OEI non può in ogni caso costituire lo strumento per eludere i limiti previsti dalla disciplina dello Stato di emissione.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

Come già anticipato, la valutazione deve essere comunque compiuta dall'autorità dello Stato di emissione in ambedue le ipotesi, ma ciò che cambia è il momento in cui tale verifica interviene rispetto allo svolgimento delle attività investigative nello Stato di esecuzione. In effetti, qualora vengano richieste delle prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, l'organo di emissione può condurre un accertamento ancora più specifico della proporzionalità rispetto ai fini del procedimento *a quo*, e dell'equivalenza rispetto ai casi interni in cui tale autorità di emissione avrebbe potuto effettuare i medesimi atti investigativi, essendo in grado, in tal modo, di verificare con maggiore accuratezza le modalità attraverso cui l'attività investigativa ha operato e come essa abbia concretamente inciso sui diritti delle persone sottoposte a indagini ovvero imputate.

Seguendo questo schema, l'autorità dello Stato di emissione potrebbe emettere un OEI a condizione che le prove oggetto del trasferimento: a) siano il risultato di un'attività investigativa eseguita nello Stato di esecuzione mediante modalità e tecniche di realizzazione che siano proporzionate rispetto ai fini del procedimento *a quo*; b) che siano il risultato di modalità e tecniche investigative previste dal proprio ordinamento in un caso analogo; e c) che siano il risultato di modalità e tecniche investigative che in un caso interno analogo una qualsiasi altra autorità nazionale avrebbe potuto applicare.

Questo tipo di valutazione farebbe in modo che, sebbene l'autorità di emissione non possa sindacare la legittimità delle modalità di acquisizione espletate in un diverso Stato membro, stante il principio di mutuo riconoscimento, allo stesso modo l'organo giurisdizionale di emissione sarebbe tenuto a conoscere *incidenter tantum* di tali tecniche investigative per potersi esprimere in concreto sull'esame dei requisiti di proporzionalità ed equivalenza. Di conseguenza, laddove questi ritenga che le prove richieste siano il risultato di un'attività di indagine che secondo la *lex fori* non sarebbe ammessa, tale autorità dovrebbe astenersi dal trasmettere l'OEI, perché altrimenti abuserebbe di tale strumento per ottenere da un'autorità di un diverso Paese membro ciò che non avrebbe potuto ottenere nell'ambito di un analogo procedimento nazionale.

È solo attraverso il compimento di una simile analisi che l'autorità di emissione sembrerebbe rispettare a pieno, da un lato, la *ratio* del

principio di mutuo riconoscimento, e dall'altro, l'obbligo di effettuare una corretta valutazione delle condizioni di ammissibilità di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva, e quindi evitare un utilizzo distorto e abusivo dell'ordine europeo di indagine.

Per comprendere se il ragionamento finora illustrato in termini astratti sia corretto, nel paragrafo che segue si tenterà di verificare se esso trovi una qualche conferma anche in concreto, nella prassi della Corte di giustizia dell'Unione europea (d'ora in poi Corte)<sup>22</sup>.

### 3. *Il rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin e le conclusioni dell'AG Ćapeta*

La rilevanza delle questioni illustrate nel paragrafo precedente appare ancora più evidente se si considera la prassi della Corte di giustizia, e più precisamente un recente caso attualmente pendente dinanzi ad essa. Il riferimento è alla causa *Staatsanwaltschaft Berlin* originatasi dal rinvio pregiudiziale del Tribunale di Berlino e vertente su alcune delle problematiche che sono state astrattamente descritte nel corso della sezione che ci ha preceduti<sup>23</sup>.

La questione trae origine da un procedimento penale scaturito da un'operazione investigativa congiunta tra Francia e Paesi Bassi che ha avuto come obiettivo la rete EncroChat. L'attività di indagine, che prevedeva l'intercettazione dei dati di utenti della rete di EncroChat relativi all'ubicazione, al traffico e alle comunicazioni, inclusi messaggi e immagini trasmessi in chat in corso, ha avuto un impatto sugli utenti a livello globale, interessando circa 4.600 soggetti in Germania. Più specificamente, nella primavera del 2020, era stato distribuito in Francia un software Trojan, autorizzato dal Tribunale di Lille. Eurojust aveva informato dell'operazione i diversi Stati membri coinvolti, tra cui

---

<sup>22</sup> La Corte di giustizia è infatti già stata chiamata a interpretare le disposizioni della direttiva OEI, come accaduto in: Corte giust. 2 marzo 2021, C-746/18, *Prokuratuur* (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche); 16 dicembre 2021, C-724/19, *Spetsializirana prokuratura*; e da ultimo conclusioni dell'Avv. gen. Ćapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat), sopra citate.

<sup>23</sup> Peraltro, è opportuno segnalare che risulta attualmente pendente anche un secondo rinvio disposto dal medesimo Tribunale di Berlino, ossia la causa C-675/23, *Staatsanwaltschaft Berlin II*.

la Germania<sup>24</sup>. Nel giugno 2020, la Procura di Francoforte ha chiesto alle autorità inquirenti francesi, tramite un OEI, il trasferimento dei dati di EncroChat nei procedimenti penali tedeschi<sup>25</sup>. L'OEI in questione è stato eseguito dalla Francia consentendo agli organi inquirenti di emissione di acquisire i dati relativi agli utenti situati in Germania<sup>26</sup>.

A questo punto, la Procura di Francoforte ha diviso le indagini contro gli utenti di EncroChat, assegnandole agli uffici locali, e la Staatsanwaltschaft Berlin (la Procura di Berlino) ha posto a carico dell'imputato – un utente di EncroChat – di cui alla causa pendente dinanzi alla Corte di giustizia diversi casi di traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti in Germania, sulla base delle prove ottenute tramite l'OEI.

Nell'ambito del procedimento penale attualmente in corso, il Tribunale di Berlino ha tuttavia rilevato un possibile contrasto tra l'OEI emesso dalla Procura di Francoforte e la normativa prevista dalla direttiva 2014/41/UE, e ha così scelto di sottoporre alla Corte di giustizia i quesiti pregiudiziali che di seguito sono stati riordinati e riassunti<sup>27</sup>: i) se una misura correlata con l'accesso clandestino ad apparecchiature terminali volta ad ottenere dati relativi al traffico, all'ubicazione e alle comunicazioni di un servizio di comunicazione via Internet costituisca un'intercettazione di telecomunicazioni ai sensi dell'art. 31 della direttiva 2014/41/UE, e se perciò le autorità francesi fossero tenute all'obbligo di notifica nei confronti della Germania, ai sensi del primo paragrafo della medesima disposizione; ii) se un OEI volto ad acquisire prove già in possesso dello Stato di esecuzione debba essere emesso da un giudice, e non da un organo inquirente, qualora tali prove siano state raccolte nello Stato di esecuzione attraverso attività di intercettazione di telecomunicazioni, e la normativa processuale dello

---

<sup>24</sup> Nel frattempo, la Procura di Francoforte aveva avviato un'indagine preliminare nei confronti di taluni degli utenti intercettati dopo aver visionato i dati raccolti dal gruppo congiunto a seguito della condivisione avvenuta tramite il server di Europol.

<sup>25</sup> Il sospetto riguardava un traffico di droga su larga scala da parte di individui legati a un gruppo organizzato in Germania che utilizzavano i telefoni EncroChat.

<sup>26</sup> Peraltro, ulteriori trasferimenti si erano poi perfezionati tramite OEI supplementari nel settembre 2020 e nel luglio 2021.

<sup>27</sup> In realtà, l'ordine originario dei quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte dal Tribunale di Berlino è differente. È stato modificato in questa sede al fine di proporre un'analisi che tenga conto anche della cronologia procedurale stabilita dalla direttiva OEI.

Stato di emissione preveda la competenza del giudice ad autorizzare una simile attività di indagine; iii) se la condizione di proporzionalità di cui all'art. 6, par. 1, lett. a), della direttiva risulti violata qualora l'OEI sia volto al trasferimento di una massa indistinta e indiscriminata di dati relativi al traffico e all'ubicazione, nonché registrazioni dei contenuti delle comunicazioni di tutti gli utenti della piattaforma EncroChat; iv) se la condizione di equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva risulti violata qualora l'OEI sia volto al trasferimento di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, ottenute da quest'ultima attraverso un'attività di intercettazione che, date le relative modalità di espletamento, sarebbe stata illegittima ai sensi del diritto dello Stato di emissione in un caso interno analogo; v) se il principio di equivalenza ed effettività impongano che le prove acquisite attraverso un OEI illegittimo, perché contrario all'art. 6, par. 1, della direttiva, siano inutilizzabili dallo Stato di emissione.

### 3.1. *Le prime due questioni pregiudiziali*

Per quanto concerne il primo quesito, l'Avvocato generale Čapeta ha sostenuto che l'attività di indagine in questione debba essere qualificata come intercettazioni di telecomunicazioni *ex art.* 31 della direttiva e che di conseguenza le autorità franco-olandesi avrebbero dovuto notificare l'avvio di una simile attività investigativa alle corrispettive autorità tedesche competenti. L'Avvocato generale, tuttavia, non ha precisato quale siano le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di notifica, non essendo queste stesse previste neppure dalla direttiva 2014/41/UE<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Infatti, con riferimento alle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di notifica delle intercettazioni sancito dall'art. 31, par. 1, la direttiva, scegliendo di non prevederle espressamente, ha rimesso ai singoli Stati membri, in sede di attuazione della stessa, il compito di stabilirle ciascuno secondo il proprio ordinamento. La mancata armonizzazione sotto questo profilo fa sì che, allo stato attuale, vi siano, da un lato, Paesi come la Francia, che, ai sensi dell'art. 100-8 del Code de procédure pénale, prevede una causa di nullità della procedura in caso di mancata notifica, e dall'altro, Paesi come l'Italia, che, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, non prevede alcuna conseguenza in caso di mancato adempimento dell'obbligo. Sul punto, si veda R. DEL COCO, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *op. cit.*, p. 176 ss.

Con riferimento alla seconda questione, l'Avvocato generale Čapeta, ha confermato l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte<sup>29</sup>, affermando che il principio di mutuo riconoscimento fa sì che nei casi in cui l'atto investigativo iniziale nello Stato di esecuzione abbia ricevuto un'autorizzazione da parte di un organo giudicante terzo e imparziale, non è necessario che anche l'OEI volto al trasferimento delle prove sia emesso da un giudice. Tale principio vale anche se, in base alla legislazione dello Stato di emissione, la raccolta delle prove alla base dell'OEI richiederebbe di regola l'autorizzazione da parte di un giudice<sup>30</sup>.

E così, l'ubicazione geografica dell'intercettazione in un altro Stato membro non influisce sulla determinazione dell'autorità emittente competente<sup>31</sup>. Peraltro, prosegue l'Avvocato generale, dal momento che il diritto nazionale consente a un pubblico ministero di ordinare un simile trasferimento in situazioni interne analoghe, allora la medesima logica deve applicarsi anche in caso di cooperazione tra diversi Stati membri. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non prevede che un OEI finalizzato al trasferimento di prove preesistenti ottenute tramite l'intercettazione di telecomunicazioni debba essere emesso da un giudice, se il diritto dello Stato di emissione consente a un pubblico ministero di richiedere tale trasferimento in situazioni interne analoghe<sup>32</sup>.

### 3.2. *L'operatività delle condizioni di proporzionalità ed equivalenza*

Se la trattazione delle prime due questioni può apparire di pronta soluzione, al contrario, la decisione delle rimanenti questioni pregiudiziali, e in particolare quelle riferite al rispetto da parte dell'autorità di emissione delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva OEI, appare più complessa.

In merito al presunto vizio di proporzionalità dell'OEI ordinato dalla Procura di Francoforte, l'Avvocato generale Čapeta si è limitato a

---

<sup>29</sup> *Prokuratuur*, sopra citata, punto 52; *Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 32.

<sup>30</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin (EncroChat)*, sopra citate, par. 74.

<sup>31</sup> *Ibidem*, par. 75.

<sup>32</sup> *Ibidem*, par. 132.

ribadire quanto previsto dalla direttiva stessa, e cioè che la valutazione della necessità e della proporzionalità dell'OEI spetta all'autorità giurisdizionale di emissione, e che tale giudizio deve tener conto (e quindi bilanciandoli) da un lato, della grave ingerenza nella vita privata dei soggetti sottoposti a indagine o imputati, e dall'altro, dell'interesse pubblico rilevante del singolo procedimento<sup>33</sup>.

Sebbene il giudizio in concreto sul rispetto del requisito di proporzionalità spetti al giudice del rinvio, l'auspicio è che la Corte di giustizia, a differenza dell'Avvocato generale, si pronunci, seppur sempre in termini astratti, sulla potenziale incompatibilità con il principio di proporzionalità di un'attività investigativa, come quella eseguita dalle autorità francesi, consistente nella intercettazione massiva, indistinta e indiscriminata di dati relativi al traffico e all'ubicazione, nonché di registrazioni dei contenuti delle comunicazioni di tutti gli utenti della piattaforma EncroChat<sup>34</sup>.

Quel che potrebbe verosimilmente indurre la Corte a sostenere che una simile attività investigativa sia contraria all'art. 6, par. 1, della direttiva 2014/41/UE è il fatto che nella sua giurisprudenza in materia di conservazione di dati personali relativi a comunicazioni elettroniche essa ha affermato che tali dati, se generalizzati e indiscriminati, non possono essere messi a disposizione delle autorità competenti ed essere poi utilizzati nell'ambito di indagini per condotte illecite<sup>35</sup>. Infatti, i principi di diritto formulati nell'atto europeo<sup>36</sup> sembrano deporre nel

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, par. 86.

<sup>34</sup> Sull'operatività del requisito di proporzionalità e sul necessario controllo dello stesso, S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union*, cit.; D. HELENIUS, *op. cit.*, p. 350 ss.; M. DANIELE, *Evidence Gathering in the Realm of the European Investigation Order*, in *NJECL*, vol. 6, n. 2, 2015, p. 190; M. D DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4, 2015, p. 86 ss.; A. ROSANÒ, *De Criminali Proportione: On Proportionality Standing between National Criminal Laws and the EU Fundamental Freedoms*, in *University of Bologna Law Review*, 2017, p. 51; M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, cit.

<sup>35</sup> Corte giust. 7 settembre 2023, C-162/22, *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, punti 30-44.

<sup>36</sup> Il riferimento è alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

senso che sia necessaria una delimitazione delle categorie di persone interessate, nonché un periodo di tempo limitato allo stretto necessario, essendo perciò vietata la captazione e la successiva utilizzazione generalizzata e indiscriminata<sup>37</sup>.

Per quanto concerne la possibile violazione dell'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE, la questione è senz'altro rilevante perché riguarda la definizione dell'oggetto della valutazione che l'autorità dello Stato di emissione deve compiere, prima di trasmettere l'OEI, per accertare il rispetto del requisito della equivalenza.

Nello specifico, il giudice del rinvio ha interrogato la Corte chiedendole se un OEI volto all'acquisizione di prove già detenute dallo Stato di esecuzione, e ottenute da quest'ultimo attraverso un'attività di intercettazione le cui modalità di svolgimento sarebbero state illegittime nello Stato di emissione, sia o meno contrario all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva.

Secondo l'Avvocato generale Čapeta, il requisito della analogia impone all'autorità di emissione di stabilire se e a quali condizioni il proprio diritto nazionale gli consenta di richiedere il trasferimento di prove raccolte mediante l'intercettazione di telecomunicazioni tra procedimenti penali a livello interno. Di conseguenza, ad avviso dell'Avvocato generale, il giudizio ipotetico che l'autorità di emissione deve effettuare dovrebbe risolversi nel seguente interrogativo: sulla base della *lex fori*, può un organo inquirente tedesco chiedere ad una diversa autorità nazionale il trasferimento di esiti probatori raccolti in un diverso procedimento interno a seguito di un'attività di intercettazione? Qualora l'autorità dello Stato di emissione risponda in modo affermativo a tale quesito, questi potrà allo stesso modo trasmettere un OEI volto all'acquisizione di prove risultanti da una attività di intercettazione che siano già in possesso dello Stato di esecuzione.

In una simile ipotesi, infatti, il principio di mutuo riconoscimento impedisce all'autorità giurisdizionale di emissione di valutare la

---

<sup>37</sup> In tal senso, si veda *Prokuratuur*, sopra citata, punto 29; *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, sopra citata, punto 30; Corte giust. 20 settembre 2022, C-793/19 e C-794/19, *SpaceNet e Telekom Deutschland*, punti 74-75 e 131.

legittimità della raccolta delle prove avvenuta nello Stato di esecuzione<sup>38</sup>.

Tuttavia, la risposta offerta dall'Avvocato generale Čapeta non sembra aver colto pienamente il punto della questione per due diverse ragioni.

In primo luogo, non sembra aver tenuto conto del fatto che, quand'anche l'autorità di emissione avesse potuto ordinare ad un'altra autorità tedesca il trasferimento delle prove acquisite tramite l'intercettazione di telecomunicazioni, il presupposto di questo trasferimento sarebbe stato comunque la necessaria validità del procedimento di formazione di tali esiti probatori. Il che significa che, qualora le prove in questione fossero state apprese nel procedimento interno *ad quem* attraverso modalità e tecniche di intercettazione non ammesse nell'ordinamento tedesco, l'organo inquirente *a quo* non avrebbe potuto chiederne il trasferimento in quanto si sarebbe trattato di prove viziate geneticamente e quindi non trasferibili in altro procedimento interno<sup>39</sup>.

Lo stesso discorso dovrebbe valere anche in caso di emanazione di un OEI, perché altrimenti questo strumento verrebbe utilizzato dagli organi inquirenti dello Stato di emissione per eludere i limiti che il suo

---

<sup>38</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat), sopra citate, par. 48.

<sup>39</sup> Basti pensare, ad esempio, a quanto si verifica nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 270 c.p.p. Il pubblico ministero può chiedere ad una diversa autorità inquirente italiana il trasferimento, nel procedimento *a quo*, degli esiti delle intercettazioni da questa effettuate nel procedimento *ad quem*, al fine di utilizzare tali prove nell'ambito della procedura *a quo*. Tuttavia, sebbene l'art. 270 c.p.p. attenga all'utilizzabilità di una data prova in un diverso procedimento rispetto a quello in cui si è formata, la legittimità della formazione di suddetta prova, tra cui ricomprendere anche le tecniche di intercettazione impiegate, è logicamente pregiudiziale rispetto all'utilizzabilità della stessa. Di conseguenza, essendo la legittima formazione dei risultati delle intercettazioni condizione ineluttabile che deve essere soddisfatta in un caso interno affinché possa essere disposta l'utilizzazione di tali esiti probatori in un diverso procedimento, il limite dell'equivalenza di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva 2014/41/UE dovrebbe imporre che la prova formata nello Stato di esecuzione si sia formata attraverso modalità e tecniche investigative riconosciute e ammesse, in un caso interno analogo, dalla legislazione dello Stato di emissione dell'OEI.

ordinamento pone in riferimento alle modalità e alle tecniche di intercettazione di telecomunicazioni<sup>40</sup>.

In secondo luogo, l'Avvocato generale Čapeta sembra aver equivocato il quesito proposto dal Tribunale di Berlino. Infatti, il giudice del rinvio non ha chiesto alla Corte se l'autorità giurisdizionale tedesca potesse sindacare la legittimità delle attività di intercettazione francesi (d'altronde non ne avrebbe gli strumenti), bensì se la Procura di Francoforte fosse legittimata a ordinare il trasferimento degli esiti probatori di indagini che, date le relative modalità di espletamento, sulla base della *lex fori* non sarebbero state validamente realizzabili in una situazione interna analoga.

La comprensione di tale questione è dirimente perché, ove risolta, consentirebbe di delimitare con certezza i confini della valutazione che l'autorità dello Stato di emissione deve compiere ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva OEI.

È ragionevole, perciò, domandarsi se tale accertamento debba coprire o meno anche le modalità di espletamento delle attività di indagine compiute dall'autorità giurisdizionale di esecuzione.

Qualora la Corte di giustizia optasse per un'applicazione *sic et simpliciter* del principio di mutuo riconoscimento, seguendo, così, le conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, allora essa dovrebbe rispondere al quesito pregiudiziale che l'autorità di emissione è tenuta a verificare il rispetto della analogia (o equivalenza) solo ed esclusivamente con riferimento all'atto o agli atti di indagine richiesti, con la conseguenza che, in caso di un OEI volto al trasferimento di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione, non dovrebbero rilevare le modalità di acquisizione di suddetti risultati probatori.

Una simile conclusione, tuttavia, sembrerebbe tradire la *ratio* del meccanismo di cooperazione prevista dalla direttiva che, sebbene ispirata al principio di mutuo riconoscimento, è volta a istituire una procedura semplificata di scambio degli esiti di attività investigative tra autorità giurisdizionali di diversi Stati membri, senza però al contempo dar vita a un meccanismo attraverso cui gli uffici inquirenti nazionali possono sistematicamente eludere i limiti e le condizioni previste

---

<sup>40</sup> Alla medesima conclusione sembra giungere anche M. DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, cit.

internamente per la disposizione di attività investigative consistenti nell'intercettazione di telecomunicazioni.

Pertanto, la Corte di giustizia potrebbe rispondere all'interrogativo sollevato dal giudice del rinvio sostenendo che la valutazione di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva deve interessare non solo l'atto investigativo in quanto tale ma anche le modalità e le tecniche di espletamento che esso comporta. In questo modo, l'autorità di emissione, prima di trasmettere un OEI volto a ottenere le prove già in possesso dall'autorità dello Stato di esecuzione, dovrebbe: i) in primo luogo, valutare l'ammissibilità, sulla base del proprio ordinamento e in un caso interno analogo, di uno strumento processuale che gli avrebbe consentito di richiedere ad un'altra autorità nazionale il trasferimento degli esiti probatori derivanti da un'attività di intercettazione da quest'ultima effettuata; ii) e in secondo luogo, qualora la prima verifica abbia dato esito positivo, dovrebbe accertare che in un caso interno analogo il proprio ordinamento gli riconosca il potere di ordinare il trasferimento degli esiti probatori provenienti da un'attività di intercettazione svolta seguendo determinate modalità e tecniche di espletamento, e, in particolare, attraverso la captazione massiva, indistinta, e indiscriminata di una intera piattaforma di messagistica via internet.

Solo qualora questi due esami diano esito positivo, l'autorità giurisdizionale di emissione sarebbe legittimata a trasmettere l'OEI all'autorità di esecuzione.

Infine, con riferimento all'ultima questione pregiudiziale concernente le conseguenze processuali derivanti dall'accertamento dell'illegittimità di un OEI per contrasto con la direttiva 2014/41/UE, come correttamente rilevato dall'Avvocato generale Čapeta<sup>41</sup>, il regime dell'ammissibilità delle prove rientra nell'ambito delle competenze del diritto processuale nazionale, fermi restando i limiti dell'equivalenza e della effettività. Questo vuol dire che, poiché la direttiva non specifica le conseguenze derivanti dall'illegittimità di un OEI, si applicano gli istituti processuali generali previsti da ciascun ordinamento nazionale.

---

<sup>41</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta, *Staatsanwaltschaft Berlin* (EncroChat), sopra citate, par. 131.

Tuttavia, in virtù del riparto di giurisdizione operato dall'art. 14, par. 2, della direttiva 2014/41/UE, secondo cui spetta allo Stato di emissione il sindacato delle regioni di merito riguardanti l'OEI, si potrebbe supporre che le autorità di quest'ultimo, dopo aver rilevato l'illegittimità di un OEI, in quanto contrario alla direttiva, ne deducano la relativa inefficacia nel procedimento *a quo*. In un simile scenario, quindi, la caducazione dell'ordine europeo di indagine, essendo esso l'atto presupposto attraverso cui si è verificato l'ingresso delle prove nello Stato di emissione, potrebbe determinare la rimozione degli effetti degli atti processuali a valle adottati sulla base degli esiti probatori confluiti nel procedimento *a quo* proprio mediante l'OEI.

#### 4. Considerazioni finali

In conclusione, premessa la necessaria rilevanza del principio di mutuo riconoscimento nel sistema di cooperazione previsto dalla direttiva 2014/41/UE, appare ragionevole sostenere che la relativa operatività vada ancora perfezionata. In particolare, se da un lato il meccanismo di individuazione dell'autorità giurisdizionale competente a emettere un OEI sembra essere di facile intuizione, anche in virtù della consolidata giurisprudenza della Corte sul tema<sup>42</sup>, dall'altro, restano da specificare i limiti che l'autorità giurisdizionale di emissione incontra nell'esercizio del potere di verifica delle condizioni di cui all'art. 6, par. 1, della direttiva.

A tal riguardo, il principio di mutuo riconoscimento appare esclusivamente idoneo a precludere alle autorità dello Stato di emissione la possibilità di sindacare, sulla base della *lex fori*, la legittimità delle attività investigative compiute sulla base della *lex loci*. Al contempo, suddetto principio incontra un importante limite rappresentato dalla assenza di una normativa europea di armonizzazione delle modalità di produzione e messa a disposizione delle prove. Volendo, come qualcuno ha osservato<sup>43</sup>, effettuare un parallelismo con la libera circolazione delle merci, se quest'ultima

---

<sup>42</sup> *Prokuratuur*, sopra citata, punto 52; *Spetsializirana prokuratura*, sopra citata, punto 32.

<sup>43</sup> O. MAZZA, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale*, cit., pp. 155-156.

libertà «è stata preceduta e accompagnata nel tempo dall'imposizione agli Stati membri di rigidi standard di qualità produttiva a tutela dei consumatori europei»<sup>44</sup>, lo stesso non può dirsi per la circolazione della “merce probatoria”<sup>45</sup>.

Infatti, la libera circolazione delle prove, a differenza di quella delle merci, è contraddista dal fatto che oggetto del trasferimento è l'esito di un complesso iter procedimentale che risponde a precisi criteri metodologici investigativi, peculiari di ogni ordinamento nazionale, che sono idonei a incidere sulla utilizzabilità del dato probatorio.

Di conseguenza, qualora operasse il reciproco riconoscimento dei criteri di ammissibilità, in assenza di una base normativa comune, ciò potrebbe esporre i singoli Stati membri all'obbligo di ammettere qualsiasi prova legalmente formata in base al diritto nazionale di un altro Paese europeo, anche laddove tale procedimento di acquisizione contrasti con l'ordinamento di emissione.

Così facendo, una prova illegittima, secondo la *lex fori*, diventerebbe utilizzabile solo in quanto frutto di una “indiretta sanatoria europea”<sup>46</sup>.

Per evitare che ciò accada, è fondamentale che la Corte chiarisca se nell'ambito del controllo operato dall'autorità giurisdizionale di emissione rientrano o meno anche le modalità e le tecniche investigative impiegate per l'espletamento delle attività di indagine che hanno dato, o daranno vita, nello Stato di esecuzione, alle prove richieste tramite un OEI.

Infatti, i requisiti di proporzionalità ed equivalenza, per come stabiliti dalla direttiva, oltre a essere i limiti di operatività del mutuo riconoscimento, sono anche la diretta espressione delle garanzie processuali poste a presidio dei diritti fondamentali dei soggetti sottoposti a indagini ovvero imputati. Per questo motivo, ferma l'impossibilità di sindacare la legittimità delle attività investigative condotte dall'autorità giurisdizionale di esecuzione, gli organi dello Stato di emissione dovrebbero essere tenuti a considerare

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Termine mutuato da L. MARAFIOTI, *op. cit.*

<sup>46</sup> A una simile conclusione è giunto E. AMODIO, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in A. LANZI, F. RUGGIERI, L. CAMALDO (a cura di), *Il difensore e il Pubblico Ministero europeo*, Padova, 2002, p. 107.

preventivamente le modalità e le tecniche investigative che hanno condotto all'acquisizione delle prove oggetto del trasferimento, e, qualora tali modalità non siano ammesse nel proprio ordinamento in un caso interno analogo, dovrebbero astenersi dall'emettere l'OEI. In caso contrario vale a dire qualora decidessero di trasmettere un OEI in contrasto con l'art. 6, par. 1, della direttiva, ai sensi dell'art. 14, par. 2, della stessa spetterebbe al giudice del Paese di emissione rilevare l'illegittimità dell'OEI per violazione della direttiva e farne conseguire gli effetti processuali previsti dal proprio ordinamento, in ossequio al principio di autonomia processuale nazionale.

### **ABSTRACT (ITA)**

Il presente lavoro intende esaminare una possibile ipotesi di inesatta applicazione della disciplina stabilita dalla direttiva OEI, concentrandosi, in particolare, sulla valutazione che l'organo giurisdizionale dello Stato di emissione deve effettuare per verificare il rispetto dei criteri di proporzionalità ed equivalenza. L'analisi è stata condotta alla luce dei recenti sviluppi accaduti nella prassi, e più nello specifico di una questione pregiudiziale attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia. In effetti, nell'ambito della procedura attiva dell'OEI, assume preminente rilevanza la valutazione delle condizioni di emissione che le autorità dello Stato di emissione deve effettuare ai sensi dell'art. 6, par. 1, della direttiva, prima di sottoporre l'OEI all'autorità dello Stato di esecuzione. In questo contesto appare necessario comprendere se una simile valutazione debba tenere conto solamente della tipologia di atto di indagine richiesto in quanto tale, oppure se vadano considerate anche le specifiche modalità investigative che le autorità dello Stato di esecuzione ha adottato o dovrà adottare. L'articolo è suddiviso in due parti: la prima sezione volta a esaminare la disciplina stabilita dalla direttiva e le problematiche che essa sembra sollevare in astratto; la seconda parte dedicata alle questioni che una simile procedura causa in concreto, alla luce delle recenti conclusioni dell'Avvocato generale Čapeta nel rinvio pregiudiziale disposto dal Staatsanwaltschaft Berlin.

### **ABSTRACT (ENG)**

The purpose of this paper is to examine a specific case of misapplication of the rules set out in the EIO Directive, focusing on situations where the issuing court fails to comply with the criteria of proportionality and equivalence. This analysis is carried out in the light of recent practical events, in particular in the context of a preliminary ruling pending before the Court of Justice. The study aims to investigate a key aspect of the European investigation order procedure – the assessment of the admissibility conditions by the issuing authorities – and to test whether such an assessment should consider only the requested investigative measure *ex se*, or also the specific investigation tools adopted or to be adopted by the executing State. The discussion is structured in two

parts: an analysis of the legal framework and theoretical challenges of the EIO Directive, and an overview of practical issues arising from the EIO Directive based on the Opinion of Advocate General Ćapeta delivered in case *Staatsanwaltschaft Berlin*.