

Il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia (caso C-281/22): l'EPPO alla sua prima, importante, prova.

di **Andrea Venegoni**

Sommario. 1. La questione – 2. Alcune riflessioni – 3. L'impugnazione della misura.

1. La questione.

Dopo poco più di un anno di operatività dell'EPPO, iniziano a delinarsi alcuni aspetti rilevanti della sua azione e le questioni giuridiche più importanti che la determinano¹.

Uno degli aspetti più interessanti, ma anche più critici, delle indagini EPPO, come era noto fin da prima che esso iniziasse ad operare concretamente, era certamente quello delle indagini transnazionali, regolato dall'art. 31 del regolamento UE 2017/1939.

La realtà sta dimostrando che questa considerazione era corretta, ed oggi dobbiamo, infatti, registrare proprio sull'interpretazione di questa norma il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Si tratta dell'esercizio da parte della Corte di una delle funzioni che il suddetto regolamento EPPO le assegna, all'art. 42, comma 2, ed è fondamentale per l'interpretazione di singoli aspetti sulla normativa europea per il funzionamento dell'Ufficio.

Nella specie, il rinvio pregiudiziale è stato disposto dall'Oberlandesgericht di Vienna, riguarda il suddetto art. 31, ed è attualmente pendente presso la Corte con il numero C-281/22².

In cosa consiste la questione in poche parole.

¹ Per un'analisi complessiva, oltre a SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura Europea*, in Arch. Pen., 2017, n. 3, J.A.E VERVAELE, *The European Public Prosecutor's Office (EPPO): Introductory Remarks*, in W. GeelhoedL. H. Erkelens – A.W.H. Meij (eds.), *Shifting Perspectives on the European Public prosecutor's Office*, Springer, 2018, DE AMICIS, "Competenza" e funzionamento della procura europea nella cognizione del giudice, in La legislazione penale, 31.1.2022, SICURELLA, *Spazio europeo e giustizia penale*, in DirPenProc 2018, si veda anche GUAGLIARDI, *Procura Europea. Siamo davvero pronti in assenza di un codice di procedura penale europeo? Una nuova sfida per l'avvocatura e la magistratura*, in Giur. Pen. Web, 2021, 2.

² Le questioni proposte sono visibili in <https://curia.europa.eu/juris/fiche>, caso C-281/22.



Il Procuratore europeo delegato (PED) di uno Stato Membro (Germania), in un caso dove si indaga per violazione dei diritti doganali, ha necessità di eseguire delle perquisizioni in Austria.

In base a quanto emerge dalla documentazione relativa al rinvio pregiudiziale, secondo la legge tedesca la perquisizione deve essere disposta dal giudice su richiesta del pubblico ministero, e così avviene. Il suddetto procuratore europeo delegato, quindi, ottenuta l'autorizzazione alla perquisizione del giudice secondo la legge tedesca, come prevede il regolamento, attiva il meccanismo dell'art. 31 del regolamento.

È noto che nelle indagini transnazionali EPPO supera i tradizionali meccanismi di cooperazione giudiziaria; EPPO non usa l'ordine europeo di indagine per acquisire le prove nel territorio di un altro Stato, ma utilizza il sistema delineato dalla suddetta norma, secondo cui è sufficiente associare al fascicolo elettronico il Procuratore europeo delegato dello Stato dove l'atto deve essere compiuto, per l'esecuzione dello stesso, una volta che la misura è stata disposta in base alla legge nazionale dello Stato nel cui territorio opera il PED che sta conducendo l'indagine.

Nel presente caso, quindi, il PED che si trova in Austria viene associato al fascicolo.

Secondo la legge austriaca, una perquisizione disposta dal pubblico ministero deve essere convalidata dal giudice.

Sebbene la perquisizione fosse già stata autorizzata da un giudice nello Stato del PED che conduceva l'indagine principale in Germania, comunque, anche il PED austriaco procede secondo la legge nazionale del proprio Paese e chiede la convalida della perquisizione al giudice austriaco.

Il giudice di primo grado convalida la misura.

I soggetti sotto indagine ricorrono al giudice superiore affermando che la convalida non doveva essere disposta per mancanza di seri indizi della commissione del reato, e quindi per una questione di merito e non una questione che attiene strettamente all'esecuzione della misura.

A questo punto, il giudice di secondo grado di Vienna solleva la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Nel rinvio pregiudiziale, il giudice austriaco afferma in sostanza:

EPPO è un ufficio unitario e una misura, da eseguire in uno Stato diverso da quella del PED che procede, deve essere eseguita normalmente secondo la legge dello Stato dove opera il PED che assiste per l'esecuzione; se quest'ultima legge prevede, allora, che la misura sia esaminata da un giudice, sia per una autorizzazione preventiva o una convalida successiva, il giudice di questo Stato deve poter esaminare l'intero file.

Questo, però, sarebbe un sistema ancora più complicato di quanto oggi in uso in indagini transnazionali non EPPO dove si utilizza l'ordine di indagine europeo (l'EIO), perché nel "sistema EIO" il giudice dello Stato richiedente

non ha accesso all'intero file, ma esamina solo il certificato inviato dal procuratore richiedente la misura.

Si dovrebbe allora pensare che anche nelle indagini transnazionali EPPO il controllo del giudice dello Stato del PED richiesto della misura sia limitato ad un controllo formale, o comunque non ai presupposti della stessa, come nel meccanismo dell'EIO, ma la Corte di Vienna si chiede se questo sia in linea con il regolamento europeo che, all'art. 31 paragrafo 6, afferma espressamente che i sistemi basati sul mutuo riconoscimento, come quello dell'EIO, sono residuali nelle indagini EPPO, e quindi sembrerebbe volere marcare una differenza tra i due sistemi.

2. Alcune riflessioni.

La prima riflessione, immediata, che viene alla mente analizzando il quesito è che una eventuale risposta positiva al quesito della Corte viennese realizzerebbe una vera e propria eterogenesi dei fini.

Una norma nata per marcare, è vero, una differenza tra il sistema EPPO e quello dell'EIO, ma nel senso di facilitare le indagini transnazionali EPPO e renderle più agevoli, finirebbe per diventare il perno di un sistema, in realtà, molto più ingombrante in cui si troverebbe ad operare il nuovo ufficio.

Al di là di questa primissima analisi, questa vicenda, apparentemente semplice, porta, in realtà, nel suo antefatto una serie di questioni di grandissima importanza.

Proviamo a esaminarle in breve.

Alla base di tutto, vi è il principio per cui EPPO è un "single office", un ufficio unitario, ma non opera in un "single legal system", in un sistema giuridico e giudiziario unitario³.

La questione della legge applicabile a EPPO è già stata oggetto di numerosissimi studi ed è noto che il regolamento non ha previsto un'unica legislazione europea di cui EPPO possa disporre nelle proprie indagini⁴.

Anzi, il regolamento non ha realizzato neppure un elevato livello di armonizzazione delle normative.

³ Mette in luce questo aspetto anche HERRNFELD, in HERRNFELD, BRODOWSKI, BURCHARD, *European Public Prosecutor's Office, Article-by-Article Commentary*, London, Oxford, 2020, commento all'art. 31; si veda anche BACHMAIER WINTER, *Cross-Border Investigation under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance*, in L. Bachmaier Winter (ed.), *The European Public Prosecutor Office. The Challenges Ahead*, Springer, 2018.

⁴ Per una panoramica anche in relazione alla proposta originaria del regolamento EPPO, ci si permette di rinviare a VENEGONI, *Considerazioni sulla normativa applicabile alle misure investigative intraprese dal pubblico ministero europeo nella proposta di regolamento COM(2013)534*, n. Dir. Pen. cont., 2013.

Esso ha, invece, stabilito il principio per cui ogni PED applica la legge nazionale dello Stato nel quale opera. Non tutte le indagini EPPO sono, infatti, casi transnazionali (cross border cases).

Molte di esse sono indagini puramente nazionali, e in tal caso non vi è problema su quale sia la legge applicabile: quella dello Stato dove opera il PED che sta conducendo l'indagine.

Questo sistema, però, deve confrontarsi appunto con le indagini transnazionali.

In questo caso opera il sistema previsto dall'art. 31 del regolamento sopra citato.

Tale sistema, però, non risolve il tradizionale e grande problema della legge applicabile in tutti i casi di cooperazione giudiziaria: il rapporto tra *lex fori* (quella dell'handling EDP) e *lex loci* (quella dell'assisting EDP).

È un tema di cui si discute da lungo tempo, che il regolamento EPPO cerca di risolvere con un equilibrio tra le due legislazioni: nella sostanza, si applica la *lex loci*, ma con possibile applicazione della *lex fori* dove possibile e dove essa non contrasti con principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato dove opera il PED richiesto, e l'esecuzione di una misura secondo modalità previste dalla *lex loci*, seppure diverse da quelle previste dalla *lex fori*, non possono essere motivo di inutilizzabilità della prova nel processo che si svolgerà nello Stato di quest'ultima (art. 37 regolamento EPPO).

Lo *standard* che il regolamento EPPO prevede, comunque, è sempre quello del livello più alto di tutela dei diritti della difesa, e questo si manifesta nella norma sulla necessità delle autorizzazioni del giudice negli atti investigativi⁵. Il principio è quello di applicare sempre, o nello Stato del procuratore che procede o in quello che si occupa dell'esecuzione della misura, il più alto *standard* di tutela giudiziale, e in concreto l'autorizzazione o la convalida del giudice.

L'art. 31, paragrafo 3, del regolamento afferma, infatti, che "Se per la misura è richiesta un'autorizzazione giudiziaria ai sensi del diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, quest'ultimo ottiene tale autorizzazione conformemente al diritto di detto Stato membro", e poi aggiunge "Tuttavia, se tale autorizzazione giudiziaria non è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato di prestare assistenza, ma è richiesta dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso, quest'ultimo ottiene l'autorizzazione e la trasmette congiuntamente all'assegnazione".

Ciò configura, quindi, le seguenti situazioni:

⁵ Oltre che nel necessario rispetto del principio di proporzionalità, su cui CASSIBBA, *Misure investigative del pubblico ministero europeo e principio di proporzionalità*, in Sist. Pen., 22.9.2022.

- se l'autorizzazione del giudice è prevista nella legislazione dello Stato del PED richiedente, quest'ultimo se ne dovrà munire perché, come si vedrà anche sotto, i presupposti della misura ed i modi con cui essa deve essere adottata sono disciplinati dalla legge dello Stato dove opera il procuratore che conduce l'indagine e, in questa situazione, chiede la misura (*lex fori*);
- se l'autorizzazione è necessaria secondo la legge dello Stato dell'EDP richiesto di prestare assistenza per l'esecuzione (*lex loci*), in base alla norma sopra ricordata quest'ultimo si dovrà munire di tale autorizzazione nel proprio Stato, senza che il primo EDP "richiedente" si possa dolere di ciò sotto il profilo della diminuzione delle garanzie difensive, dato che certamente questo non comporta tale rischio;
- se l'autorizzazione è richiesta in entrambi gli Stati (ipotesi che il regolamento non prende espressamente in considerazione), si può concludere che entrambi gli EDP se ne dovranno munire, procedendo ognuno secondo la legge dello Stato in cui operano, e non comportando questo certamente una diminuzione di garanzie difensive, ma anzi semmai un aumento delle stesse, per cui anche la persona sottoposta all'indagine non si potrà certamente dolere di tale interpretazione.

3. L'impugnazione della misura.

La questione affrontata dalla Corte di Vienna, però, a ben vedere, non riguarda tanto il problema dell'autorizzazione del giudice per la misura, ma un tema ugualmente rilevante e, comunque, ad esso connesso: quello delle impugnazioni contro la misura⁶.

In particolare, una delle domande che deriva dall'analisi del quesito è davanti a quale giudice si può fare valere la mancanza di elementi di prova o di indizi del reato che attiene ai presupposti della misura: solo davanti al giudice dello Stato del PED che conduce l'indagine, dove la misura è stata ordinata, o anche davanti al giudice dello Stato del PED richiesto di assistenza dove la misura è stata eseguita?

Il regolamento, all'art. 42, comma 1, ha infatti previsto che, in linea generale, gli atti di EPPO sono impugnabili davanti alle Corti nazionali, naturalmente secondo la rispettiva legge.

Non esiste, quindi, un giudice europeo per la revisione degli atti dell'Ufficio, se si eccettua un caso specifico, quello relativo all'impugnazione dell'archiviazione, su cui ha giurisdizione la Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 42, comma 3.

Posto, quindi, che l'impugnazione degli atti di indagine va compiuta davanti al giudice nazionale, se, nelle indagini transnazionali, si ammette che il giudice dello Stato del PED di esecuzione debba esaminare l'intero file per

⁶ Sul punto DURDEVIC, *Controllo giudiziario, ammissibilità delle prove e dei diritti procedurali nei procedimenti dinanzi all'EPPO*, in <http://www.europeanrights.eu/>.

autorizzare o convalidare la misura, secondo il sistema dell'art. 31, comma 2 e 3, sopra indicato, o per decidere sul ricorso contro di essa anche relativamente ai requisiti per la misura, il sistema EPPO si rivelerebbe addirittura più complesso del meccanismo delle indagini transnazionali nei "normali" casi di cooperazione giudiziaria dove, con l'uso dell'EIO, oggi le autorità dello Stato richiesto non esaminano l'intero fascicolo dell'indagine, ma verificano solo le informazioni contenute nel certificato.

Infatti, la direttiva 2014/41/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale, all'art. 14, comma 2, prevede espressamente che "le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI possono essere impugnate soltanto mediante un'azione introdotta nello Stato di emissione, fatte salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione".

Il regolamento EPPO, all'art. 31, paragrafo, 2, per parte sua, afferma che "La giustificazione e l'adozione di tali misure sono disciplinate dal diritto dello Stato membro del procuratore europeo delegato incaricato del caso".

Questa non può essere unicamente una disposizione che disciplina la ripartizione tra *lex loci* e *lex fori* nell'esecuzione della misura, ma riguarda appunto i presupposti della stessa e, si potrebbe allora ritenere, anche l'esercizio dell'impugnazione di fronte alla misura.

Per contro, è vero che essendo l'EPPO un ufficio unico ed essendo, per di più, il *file* elettronico, il PED che conduce l'indagine ed il PED che si occupa dell'esecuzione della misura non sono autorità giudiziarie di Stati diversi, ma appartengono allo stesso ufficio ed hanno accesso entrambi al fascicolo e, quindi, teoricamente, anche per il secondo non dovrebbe essere difficile metterlo a disposizione del giudice.

Resta però il fatto che, qualora si ritenesse che anche il giudice dello Stato di esecuzione debba avere accesso all'intero fascicolo per valutare nel merito l'impugnazione sui presupposti della misura, due giudici di Stati diversi valuterebbero i gravi indizi di reato, con rischio di decisioni contrastanti, e questo potrebbe certamente complicare il percorso dell'indagine.

La questione è molto seria e si può certamente dire che dalla sua soluzione dipenderà in buona parte il futuro delle indagini transnazionali di EPPO.

Per questo, la decisione della Corte di Giustizia va attesa con grande interesse, considerando il ruolo che spesso, in passato, questa Istituzione ha giocato nel processo di creazione del diritto penale europeo e di un'area comune di giustizia anche penale, e questa è certamente un'ulteriore occasione fondamentale in tal senso.