



# Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE  
TAMARA ČAPETA  
presentate il 26 ottobre 2023<sup>1</sup>

**Causa C-670/22**

**Staatsanwaltschaft Berlin**  
**contro**  
**M.N.**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino, Germania)]

«Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia penale – Direttiva 2014/41/UE – Ordine europeo di indagine – Articolo 6, paragrafo 1 – Condizioni per l'emissione di un ordine europeo di indagine – Trasferimento di prove già in possesso di un altro Stato membro – Nozione di autorità di emissione – Articolo 2, lettera c), punto i) – Ammissibilità delle prove»

## I. Introduzione

1. Un ordine europeo di indagine (in prosieguo: «OEI») è uno strumento dell'Unione che permette la cooperazione transfrontaliera nelle indagini penali. Esso è disciplinato dalla direttiva OEI<sup>2</sup>. Il rinvio pregiudiziale in esame invita la Corte, per la prima volta, a interpretare tale direttiva in una situazione in cui è stato emesso un OEI diretto al trasferimento di prove già in possesso di un altro Stato.

2. Ai fini di un'indagine penale in Germania, la Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (Procura di Francoforte sul Meno, Germania) ha emesso diversi OEI, chiedendo il trasferimento di prove raccolte nel corso di un'indagine penale congiunta condotta in Francia e nei Paesi Bassi su utenti di EncroChat. EncroChat era una rete di telecomunicazioni criptata che offriva ai suoi utenti un anonimato quasi totale<sup>3</sup>.

3. Il rinvio pregiudiziale in esame trae origine da uno dei procedimenti penali instaurati nei confronti di M.N. dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino, Germania), sulla base di dati relativi a telecomunicazioni intercettate trasferiti sulla base dei summenzionati OEI.

<sup>1</sup> Lingua originale: l'inglese.

<sup>2</sup> Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (GU 2014, L 130, pag. 1) (in prosieguo: la «direttiva OEI»).

<sup>3</sup> Si trattava di un sistema operativo duale (con un'interfaccia criptata non rilevabile) con dispositivi privi di telecamera, microfono, GPS e porta USB. I messaggi potevano essere eliminati automaticamente e gli utenti erano in grado di cancellare immediatamente tutti i dati del dispositivo utilizzando un codice PIN speciale o inserendo consecutivamente una password errata. Infine, anche un helpdesk remoto o un rivenditore erano in grado di cancellare, se necessario, tutti i dati contenuti nel dispositivo. Per maggiori informazioni, v. <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe>.

La questione sorta dinanzi al giudice del rinvio è se gli OEI siano stati emessi in violazione della direttiva OEI e, in caso affermativo, quali conseguenze ne derivino per quanto attiene all'uso di siffatte prove nel procedimento penale.

## **II. Fatti, questioni pregiudiziali e procedimento dinanzi alla Corte**

4. All'origine del procedimento penale nella causa principale vi è un'indagine penale avviata in Francia e poi proseguita come operazione congiunta fra la Francia e i Paesi Bassi, nell'ambito della quale sono stati intercettati i dati di utenti della rete di EncroChat relativi all'ubicazione, al traffico e alle comunicazioni, inclusi messaggi e immagini trasmessi in chat in corso.

5. Nell'ambito di detta operazione congiunta è stato sviluppato un software Trojan che è stato caricato sul server di Roubaix (Francia) nella primavera del 2020 e successivamente installato sulle apparecchiature terminali mediante un aggiornamento simulato. Il Tribunal correctionnel de Lille (Tribunale penale di Lille, Francia) ha autorizzato l'operazione di raccolta dei dati delle comunicazioni. Le intercettazioni in questione hanno interessato utenti di EncroChat in 122 paesi, tra i quali circa 4 600 utenti in Germania.

6. Nel corso di una videoconferenza tenutasi il 9 marzo 2020, l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) ha fornito ai paesi informazioni sulle misure di intercettazione programmate dalla polizia francese e sul previsto trasferimento dei dati. I rappresentanti del Bundeskriminalamt (Ufficio federale di polizia giudiziaria, Germania) e della Procura di Francoforte hanno manifestato il loro interesse nella raccolta dei dati degli utenti tedeschi.

7. La Procura di Francoforte ha avviato un'indagine preliminare nei confronti di ignoti il 20 marzo 2020. I dati raccolti dal gruppo investigativo di Francia e Paesi Bassi sono stati messi a disposizione, in particolare, delle autorità tedesche, attraverso un server dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol), a partire dal 3 aprile 2020.

8. Il 2 giugno 2020, nell'ambito delle indagini preliminari tedesche nei confronti di ignoti, la Procura di Francoforte ha richiesto, tramite un OEI, l'autorizzazione delle autorità francesi a utilizzare i dati di EncroChat in procedimenti penali. Alla base della richiesta vi era il sospetto di traffico illecito di sostanze stupefacenti in grandi quantità da parte di persone non ancora identificate. Vi era tuttavia il sospetto che dette persone appartenessero a un gruppo criminale organizzato in Germania, che utilizzava telefoni di EncroChat. Il Tribunale penale di Lille ha autorizzato l'OEI con il quale si chiedeva il trasferimento e l'utilizzo in sede giudiziaria dei dati di EncroChat degli utenti tedeschi. Successivamente venivano trasferiti ulteriori dati sulla base di due OEI integrativi rispettivamente del 9 settembre 2020 e del 2 luglio 2021.

9. Sulla base delle prove ricevute, la Procura di Francoforte ha separato le indagini da condurre nei confronti di singoli utenti di EncroChat, assegnandole a procure locali. La Staatsanwaltschaft Berlin (Procura di Berlino, Germania) ha posto a carico dell'imputato di cui alla presente causa diversi casi di traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti in grandi quantità in Germania.

10. Il suddetto procedimento penale è attualmente pendente dinanzi al giudice del rinvio. Sebbene ciò non sia chiaramente spiegato nella decisione di rinvio, sembra che, nell'ambito di tale procedimento, si sia posta la questione se gli OEI emessi dalla Procura di Francoforte siano stati emessi in violazione della direttiva OEI e, in caso affermativo, se debbano essere esclusi come prove nell'ambito del procedimento penale a carico dell'imputato.

11. Alla luce di tali elementi, il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Sull'interpretazione dell'espressione "autorità di emissione" di cui all'articolo 6, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera c), della [direttiva OEI]

a) Se un [OEI] volto all'acquisizione di prove già in possesso dello Stato di esecuzione (nel caso di specie: la Francia) debba essere emesso da un giudice, se, in base alla normativa dello Stato di emissione (nel caso di specie: la Germania), la raccolta delle prove che ne costituisce la base avrebbe dovuto essere ordinata dal giudice in un caso interno analogo.

b) In subordine, se ciò trovi applicazione quantomeno nel caso in cui lo Stato di esecuzione abbia eseguito la misura di cui trattasi nel territorio dello Stato di emissione con l'obiettivo di mettere successivamente i dati ottenuti a disposizione delle autorità inquirenti dello Stato di emissione interessate ai dati ai fini dell'esercizio dell'azione penale.

c) Se un OEI mirante all'acquisizione di prove debba sempre essere emesso da un giudice (o da un organismo indipendente non coinvolto nelle indagini penali), senza tener conto delle norme nazionali in materia di competenza dello Stato di emissione, qualora la misura riguardi gravi ingerenze in diritti fondamentali di rango elevato.

2) Sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della [direttiva OEI]

a) Se l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della [direttiva OEI] osti a un OEI volto al trasferimento di dati già disponibili nello Stato di esecuzione ([*in casu*:] la Francia) derivanti da un'intercettazione di telecomunicazioni – in particolare, dati relativi al traffico e all'ubicazione, nonché registrazioni dei contenuti delle comunicazioni – qualora, in primo luogo, l'intercettazione effettuata dallo Stato di esecuzione riguardi tutti gli utenti di un determinato indirizzo di comunicazione, in secondo luogo, venga richiesto, tramite l'OEI, il trasferimento dei dati relativi a tutti gli indirizzi utilizzati sul territorio dello Stato di emissione e, in terzo luogo, non vi fossero indizi concreti della commissione di gravi reati da parte di detti singoli utenti al momento in cui è stata disposta ed eseguita la misura di intercettazione né al momento dell'emissione dell'OEI.

b) Se l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della [direttiva OEI] osti a tale OEI qualora l'integrità dei dati ottenuti grazie alla misura di intercettazione non possa essere verificata dalle autorità dello Stato di esecuzione a causa dell'assoluta riservatezza dei dati.

3) Sull'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della [direttiva OEI]

- a) Se l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della [direttiva OEI] osti a un OEI volto al trasferimento di dati di telecomunicazione già in possesso dello Stato di esecuzione (*in casu:* la Francia), qualora la misura di intercettazione di detto Stato alla base della raccolta dei dati sarebbe stata illegittima ai sensi del diritto dello Stato di emissione (*in casu:* la Germania) in un caso interno analogo.
  - b) In subordine: se ciò valga almeno allorché lo Stato di esecuzione abbia effettuato l'intercettazione sul territorio dello Stato di emissione e nell'interesse di quest'ultimo.
- 4) Sull'interpretazione dell'articolo 31, paragrafi 1 e 3, della [direttiva OEI]
- a) 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'articolo 31 della [direttiva OEI].
  - b) Se la notifica di cui all'articolo 31, paragrafo 1, della [direttiva OEI] debba essere sempre trasmessa a un giudice o se ciò valga quantomeno quando, in base al diritto dello Stato notificato (*in casu:* la Germania), la misura prevista dallo Stato di intercettazione (*in casu:* la Francia) potrebbe, in un caso interno analogo, essere ordinata solo da un giudice.
  - c) Ove l'articolo 31 della [direttiva OEI] miri anche alla protezione dei diritti dei singoli utenti dei servizi di telecomunicazioni interessati, se detta protezione si estenda anche all'utilizzo dei dati ai fini dell'esercizio dell'azione penale nello Stato notificato (*in casu:* la Germania) e se, in caso affermativo, detta finalità sia equiparata alla finalità ulteriore di proteggere la sovranità dello Stato membro notificato.
- 5) Conseguenze giuridiche di un'acquisizione di prove in violazione del diritto dell'Unione
- a) Se il divieto di utilizzo degli elementi di prova possa derivare direttamente dal principio di effettività sancito dal diritto dell'Unione nel caso di prove ottenute tramite un OEI contrario a detto diritto.
  - b) Nel caso di prove ottenute tramite un OEI contrario al diritto dell'Unione, se il principio di equivalenza sancito da detto diritto comporti un divieto di utilizzo degli elementi di prova qualora il provvedimento su cui si basa l'acquisizione delle prove nello Stato di esecuzione non avrebbe potuto essere disposto nello Stato di emissione in un caso interno analogo e le prove acquisite mediante tale misura nazionale illegittima non sarebbero utilizzabili secondo il diritto dello Stato di emissione.
  - c) Se sia in contrasto con il diritto dell'Unione, in particolare con il principio di effettività, il fatto che l'utilizzo in un procedimento penale degli elementi di prova, la cui acquisizione era contraria al diritto dell'Unione proprio in ragione dell'assenza di un sospetto di reato, sia giustificato, nell'ambito di un bilanciamento degli interessi, dalla gravità dei reati di cui si è venuti a conoscenza per la prima volta a seguito della valutazione delle prove.

d) In subordine: se dal diritto dell'Unione europea, in particolare dal principio di effettività, discenda che le violazioni di tale diritto verificatesi nell'ambito dell'acquisizione delle prove in un procedimento penale nazionale non possono rimanere del tutto prive di conseguenze anche nel caso di reati gravi e devono quindi essere prese in considerazione a favore dell'imputato quantomeno sul piano della valutazione delle prove o della determinazione della pena».

12. La Procura di Berlino, i governi tedesco, estone, francese, dei Paesi Bassi, polacco e svedese, l'Irlanda e la Commissione europea hanno presentato osservazioni scritte.

13. Il 4 luglio 2023 si è tenuta un'udienza nel corso della quale M.N., la Procura di Berlino, i governi ceco, tedesco, spagnolo, francese, ungherese, dei Paesi Bassi e svedese, l'Irlanda e la Commissione hanno svolto le loro difese orali.

### III. Analisi

#### A. Osservazioni preliminari

14. Ricorsi avverso condanne penali risultanti dalle intercettazioni di dati di EncroChat stanno suscitando scalpore in tutte le corti supreme d'Europa<sup>4</sup>, Corte di giustizia compresa.

15. La maggior parte dei suddetti ricorsi è diretta contro misure di intercettazione eseguite dalla Francia. Sebbene tale aspetto sia manifestamente rilevante in procedimenti penali instaurati sulla base di prove raccolte mediante dette misure, occorre precisare che il rinvio pregiudiziale in esame non verte sulla validità delle misure di intercettazione francesi.

16. La presente causa verte, invece, sull'eventuale incompatibilità con la direttiva OEI degli OEI emessi dalla Procura di Francoforte e sulle conseguenze di una constatazione di tal genere. Gli OEI di cui trattasi non sono all'origine delle misure francesi di intercettazione di telecomunicazioni tra gli utenti di EncroChat. Le intercettazioni sono state eseguite indipendentemente dagli OEI in questione. Spetta ai giudici francesi competenti conoscere dei ricorsi giurisdizionali avverso tali misure di intercettazione.

17. Gli OEI di cui trattasi nella presente causa non miravano alla raccolta di dati in Francia mediante l'intercettazione di telecomunicazioni, ma si limitavano a richiedere il trasferimento delle prove già raccolte mediante le intercettazioni in Francia.

<sup>4</sup> Ad esempio, nell'aprile 2022 il Conseil constitutionnel (Consiglio costituzionale, Francia), con la decisione n. 2022-987 QPC dell'8 aprile 2022, ha statuito che la normativa francese, sulla cui base è stata disposta la misura di intercettazione delle comunicazioni di cui alla presente causa, è conforme alla Costituzione francese; nella sentenza 5 StR 457/21, del 2 marzo 2022, il Bundesgerichtshof (Corte federale di giustizia, Germania) ha ritenuto che l'intercettazione fosse legittima ai sensi del diritto tedesco; infine, un ricorso contro l'utilizzo di dati di EncroChat provenienti dalla Francia presso organi giurisdizionali del Regno Unito è attualmente pendente dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Corte EDU») nelle cause n. 44715/20 (A.L c. Francia) e n. 47930/21 (E.J. c. Francia). Il 3 gennaio 2022 la Corte EDU ha sottoposto quesiti alle parti chiedendo, in particolare, se esse avessero avuto la possibilità di contestare le misure di intercettazione dinanzi ai giudici francesi competenti (ma non ne avessero fatto uso).

18. Tale insieme di fatti deve essere correttamente qualificato ai sensi della direttiva OEI. Segnatamente, l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva OEI stabilisce che un OEI può essere emesso, da un lato, «per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro» e, dall'altro lato, «per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione»<sup>5</sup>.

19. In breve, un OEI può essere emesso sia per raccogliere prove nuove, sia per trasferire prove esistenti. Utilizzerò tale terminologia in riferimento ai due diversi tipi di OEI.

20. Nel procedimento principale, gli OEI sono stati emessi per la seconda di tali finalità: la Procura di Berlino chiedeva il trasferimento di prove già in possesso della Francia.

21. Tuttavia, dalla decisione di rinvio emerge chiaramente che il giudice del rinvio ritiene, in primo luogo che, nonostante la distinzione tra i due tipi di OEI di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva OEI, un OEI finalizzato al trasferimento di prove esistenti non può essere emesso senza tener conto del modo in cui dette prove sono state raccolte. In secondo luogo, il giudice del rinvio pone in dubbio la proporzionalità, e quindi la legittimità, delle misure iniziali di raccolta, in Francia, delle prove successivamente trasferite in Germania. Infine, il giudice del rinvio non concorda con la Corte federale di giustizia tedesca<sup>6</sup>, la quale ha statuito che i dati di EncroChat oggetto di intercettazione potevano essere utilizzati come prove in Germania<sup>7</sup>.

22. Tenuto conto di ciò, la Corte è chiamata a precisare se le condizioni per l'emissione di un OEI ai fini del trasferimento di prove esistenti esiga la valutazione delle misure alla base della raccolta delle prove nello Stato di esecuzione. Desidero chiarire, anzitutto, e approfondirò questo aspetto nel prosieguo, che, in un caso del genere, l'autorità di emissione non può rimettere in discussione la legittimità delle misure mediante le quali lo Stato di esecuzione ha raccolto le prove. La proporzionalità della misura francese che dispone l'intercettazione dei telefoni di EncroChat non è quindi oggetto della presente causa.

## ***B. Riorganizzazione delle questioni del giudice del rinvio e struttura delle conclusioni***

23. Il giudice del rinvio ritiene che gli OEI siano stati emessi in violazione della direttiva OEI, poiché i) non rispettano le condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva e ii) sono stati emessi da un pubblico ministero, e non da un giudice. Inoltre, le autorità francesi avrebbero dovuto, conformemente all'articolo 31 della direttiva OEI, notificare le misure di intercettazione al giudice tedesco competente. Infine, tale giudice ritiene che il diritto dell'Unione, e in particolare i principi di equivalenza e di effettività, dovrebbero essere interpretati nel senso che vietano l'utilizzo in procedimenti penali di prove raccolte in violazione della direttiva OEI.

<sup>5</sup> Prima della direttiva OEI, il trasferimento di prove già in possesso di un altro Stato membro era disciplinato dalla 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 (GU 2008, L 350, pag. 72). Ai sensi dei considerando da 4 a 7 della direttiva OEI, il sistema precedente era troppo frammentario e complesso, ragion per cui è stato concepito l'OEI quale unico strumento finalizzato all'acquisizione di prove nuove e di prove già esistenti.

<sup>6</sup> V. decisione di tale giudice citata alla nota 4.

<sup>7</sup> Il rinvio in esame costituisce, quindi, un esempio della tesi classica secondo cui il procedimento di rinvio pregiudiziale ha condotto a un aumento dei poteri dei giudici nazionali ordinari rispetto agli organi giurisdizionali di grado superiore, che ha trovato la sua più nota espressione in Alter, K.J., «The European Court's Political Power» *West European Politics*, vol. 19(3), 1996, pag. 452. Per la dimostrazione empirica della dinamica inversa, quella per cui giudici nazionali di grado superiore sottopongono questioni alla Corte di giustizia per impedire ai giudici inferiori di farlo, v. Pavone, T. e Kelemen, D.R., «The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited» *European Law Journal*, vol. 25(4), 2019, pag. 352.

24. Pertanto, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la sua interpretazione della direttiva OEI e le conseguenze che ne derivano siano corrette. Esso ha organizzato le sue questioni in cinque gruppi, che ho provveduto a riorganizzare ai fini della mia analisi nel modo esposto nel prosieguo.

25. I primi tre gruppi di questioni si concentrano sull'interpretazione della nozione di autorità competente ai fini dell'emissione di un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti e delle condizioni che disciplinano l'emissione di siffatto OEI. Le questioni relative alle condizioni di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva OEI sono connesse a quelle concernenti l'autorità di emissione competente. Le tratterò quindi congiuntamente nella sezione C.

26. Il quarto gruppo di questioni, con le quali si chiede l'interpretazione dell'articolo 31, paragrafi 1 e 3, della direttiva OEI, possono essere trattate separatamente. Lo farò nella sezione D.

27. Infine, analizzerò l'ultimo gruppo di questioni, relativo alle conseguenze di un'eventuale violazione della direttiva OEI, nella sezione E. Le questioni in parola potrebbero essere qualificate come ipotetiche qualora, dalle risposte fornite alle questioni precedenti, non emerga una violazione della direttiva OEI. Tuttavia, dato che tale conclusione dipende dall'interpretazione del diritto nazionale pertinente, operazione che spetta al giudice del rinvio, suggerisco alla Corte di rispondere anche a tali questioni.

### ***C. Condizioni per l'emissione di un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti e autorità di emissione competente***

28. Le condizioni che l'autorità di emissione deve valutare ai fini dell'emissione di un OEI<sup>8</sup> sono stabilite all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva OEI. Tale disposizione enuncia quanto segue:

«L'autorità di emissione può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni:

- a) l'emissione dell'OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; e
- b) l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

29. La direttiva OEI impone pertanto due condizioni ai fini dell'emissione di un OEI. Tali condizioni mirano a garantire che l'OEI non sia emesso in violazione del diritto dello Stato di emissione<sup>9</sup>. Poiché l'indagine penale o il procedimento penale che ne scaturisce si svolgono nello Stato di emissione, dette condizioni mirano, in ultima istanza, a tutelare i diritti degli imputati o degli indagati. Ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva OEI, il mancato rispetto di tali condizioni può essere contestato esclusivamente nello Stato di emissione.

30. Al fine di realizzare tali obiettivi, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva OEI impone all'autorità di emissione una valutazione astratta e una valutazione concreta.

<sup>8</sup> V. articolo 6, paragrafo 2, della direttiva OEI.

<sup>9</sup> V., a tal riguardo, sentenza del 16 dicembre 2021, Spetsializirana prokuratura (Dati relativi al traffico e all'ubicazione) (C-724/19, EU:C:2021:1020, punto 44). V. anche Csúri, A., «Towards an Inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order», in Geelhoed, W., e a., *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, T.M.C. Asser Press, L'Aia, 2018, pag. 146.

31. La valutazione astratta è prevista all'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI e impone all'autorità di emissione di stabilire se l'atto di indagine che sarà oggetto di un OEI sia previsto dalla sua legislazione nazionale e a quali condizioni possa essere disposto.

32. La valutazione concreta di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della direttiva OEI pone in capo all'autorità di emissione l'obbligo di stabilire se un determinato OEI sia necessario e proporzionato ai fini di uno specifico procedimento penale.

33. Soltanto dopo aver accertato, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI, che il diritto nazionale permette, in linea di principio, un determinato atto di indagine, l'autorità di emissione può occuparsi del caso concreto di cui è investita e procedere alla valutazione della necessità e della proporzionalità ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della direttiva OEI. Mi sembra quindi più logico trattare queste due condizioni nell'ordine inverso.

34. Sia la condizione astratta, sia la condizione concreta sono connesse alla questione relativa alle modalità di individuazione dell'autorità competente a emettere un OEI in un caso concreto. Il giudice del rinvio ritiene che, nelle circostanze del caso di specie, il pubblico ministero non fosse l'autorità competente a emettere gli OEI diretti al trasferimento, dalla Francia, di prove consistenti in dati di telecomunicazioni oggetto di intercettazione.

35. L'articolo 2, lettera c), della direttiva OEI individua le autorità che possono emettere un OEI. Tale disposizione prevede quanto segue:

«“autorità di emissione”

i) un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato;»<sup>10</sup>.

36. L'articolo 2, lettera c), punto i), della direttiva OEI elenca quindi le autorità che possono emettere autonomamente un OEI, senza ulteriori autorizzazioni. A differenza della decisione quadro relativa al MAE<sup>11</sup>, la direttiva OEI elenca espressamente i pubblici ministeri tra tali autorità<sup>12</sup>. Così, a differenza di quanto deciso in riferimento alla decisione quadro relativa al MAE, nella causa Staatsanwaltschaft Wien (Ordini di bonifico falsificati), la Corte ha statuito che un pubblico ministero può essere annoverato fra le autorità di emissione di un OEI, anche qualora non sia totalmente indipendente dal potere esecutivo<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> A norma dell'articolo 2, lettera c), punto ii), della direttiva OEI, altre autorità competenti ai sensi del diritto nazionale possono emettere un OEI, purché detto OEI sia successivamente convalidato da una delle autorità elencate all'articolo 2, lettera c), punto i), della stessa direttiva.

<sup>11</sup> 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 (GU 2002, L 190, pag. 1), come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo (GU 2009, L 81, pag. 24) (in prosieguo: la «decisione quadro relativa al MAE»).

<sup>12</sup> Nella sentenza del 2 marzo 2023, Staatsanwaltschaft Graz (Ufficio finanziario per le cause penali tributarie di Düsseldorf) (C-16/22, EU:C:2023:148, punti da 33 a 36), la Corte ha statuito che i punti i) e ii) dell'articolo 2, lettera c), della direttiva OEI sono mutualmente esclusivi.

<sup>13</sup> Sentenza dell'8 dicembre 2020, Staatsanwaltschaft Wien (Ordini di bonifico falsificati) (C-84/19, EU:C:2020:1002, punti da 57 a 63). Di converso, nella sentenza del 27 maggio 2019, OG e PI (Procure di Lubeca e di Zwickau) (C-508/18 e C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, punti da 88 a 90), la Corte ha constatato che, in tale caso, il pubblico ministero tedesco non soddisfaceva il requisito di indipendenza necessario ai fini dell'emissione di un mandato di arresto europeo (in prosieguo: «MAE»). Ne conseguirebbe che un pubblico ministero che non sia totalmente indipendente dal potere esecutivo non può emettere un MAE, ma può, ciò nonostante, emettere un OEI. È opportuno sottolineare che, nelle due sentenze in parola, un ricorso giurisdizionale avverso la misura disposta dal pubblico ministero è stato ritenuto sufficiente ai fini della tutela dei diritti fondamentali nel contesto dell'emissione di un OEI, ma insufficiente nel contesto dell'emissione di un MAE.

37. Tuttavia, siffatta legittimazione di principio del pubblico ministero non significa che quest'ultimo sia, in ogni caso, l'autorità di emissione competente. Tale circostanza dipende, invece, dalle circostanze del caso ed è legata alle condizioni imposte dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva OEI. Di conseguenza, valuterò non soltanto *che cosa* esigano tali condizioni a un'autorità di emissione, ma anche il modo in cui dette condizioni influiscono sulla questione relativa a *quali* autorità possano essere autorità di emissione.

*1. Articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI e caso interno analogo*

38. L'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI richiede, ai fini dell'emissione di un OEI, che l'atto di indagine sia disponibile *alle stesse condizioni in un caso interno analogo*.

39. È pertanto necessario interpretare la nozione di caso interno analogo nell'ipotesi in cui un OEI sia emesso ai fini del trasferimento di prove esistenti.

40. Prima di interpretare l'espressione «caso interno analogo» s'impone un'osservazione preliminare. La questione in oggetto è sorta ed è stata dibattuta dai partecipanti al presente procedimento in ragione della posizione della Corte federale di giustizia tedesca<sup>14</sup>, secondo la quale l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI non si applica affatto a un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti. Secondo tale giudice, il trasferimento di prove non costituisce, di per sé, un atto investigativo ed esula quindi dall'ambito di applicazione di tale disposizione.

41. Non condivido tale posizione. L'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI definisce le condizioni per l'emissione di un OEI senza distinguere tra i due tipi di atti menzionati all'articolo 1 della direttiva OEI. La sua formulazione non esclude dal suo ambito di applicazione gli atti investigativi con i quali è richiesto il trasferimento di prove già esistenti. Pertanto, l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI si applica anche a un OEI emesso ai fini del trasferimento di prove esistenti, come nel caso di specie<sup>15</sup>.

42. Il caso interno analogo rilevante ai fini di valutare se un OEI possa essere emesso differisce a seconda che l'OEI sia emesso per raccogliere prove nuove o per trasferire prove già esistenti. Pertanto, come suggerito dalla Commissione, dalla Procura di Berlino e dal governo tedesco, un caso interno analogo è un caso in cui le prove sono trasferite da un procedimento penale a un altro in Germania (ad esempio, dalla procura di Monaco di Baviera alla Procura di Berlino).

43. Siffatta interpretazione è confermata dalla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI, ai sensi del quale «l'atto o gli atti di indagine *richiesti nell'OEI*»<sup>16</sup> sono quelli che l'autorità deve poter disporre a livello interno. Nel caso di specie, l'atto richiesto negli OEI è il trasferimento di prove già in possesso delle autorità francesi.

<sup>14</sup> V. la decisione della Corte federale di giustizia citata alla nota 4.

<sup>15</sup> Occorre aggiungere che, in udienza, è sorta la questione se la circostanza che alla Germania sia stato concesso, tramite Europol, un accesso in tempo reale alle comunicazioni intercettate (almeno a partire dal 3 aprile 2020) significhi che la Germania dovesse effettivamente emettere un OEI finalizzato alla raccolta di tali dati. Come spiegato dalla Procura di Berlino e dal governo tedesco, tale accesso diretto non è stato reso possibile ai fini dell'azione penale, bensì unicamente a fini di polizia preventiva. Essi hanno sostenuto che gli OEI si sono resi necessari in un secondo momento, ai fini dell'utilizzo di tali prove nell'ambito di procedimenti penali in Germania. Di converso, un OEI diretto alla raccolta dei dati resi disponibili in tempo reale tramite Europol non era necessario (né, di fatto, possibile), poiché l'accesso ai dati non ha avuto luogo in riferimento a procedimenti elencati all'articolo 4, della direttiva OEI. La suddetta direttiva, quindi, non trovava applicazione per quanto concerne l'accesso, da parte della polizia, a dati in tempo reale.

<sup>16</sup> Il corsivo è mio.

44. La questione se sia possibile trasferire prove consistenti in dati di comunicazioni intercettate raccolti nell'ambito di un'indagine o di un procedimento penale è disciplinata dal diritto tedesco. Non si tratta di una questione di cui si occupa la direttiva OEI. Tale direttiva rinvia, invece, al diritto dello Stato di emissione.

45. Sorge la questione se gli atti sulla base dei quali le prove sono state raccolte in Francia abbiano un ruolo in questa valutazione.

46. Nella misura in cui il diritto nazionale stabilisce condizioni per il trasferimento di prove tra procedimenti penali, l'atto sottostante può diventare rilevante. Ad esempio, se il diritto tedesco vietasse, a livello nazionale, il trasferimento di dati di telecomunicazioni intercettate da un procedimento penale a un altro, l'autorità di emissione sarebbe parimenti impossibilitata a disporre un trasferimento di tal genere a livello transfrontaliero.

47. Non sembra, tuttavia, che ciò si verifichi nel caso di specie. In udienza, il governo tedesco ha confermato che, ai sensi del diritto tedesco, il trasferimento di prove tra due procedimenti penali è possibile, anche per quanto concerne prove raccolte mediante l'intercettazione di comunicazioni. Le condizioni di tale trasferimento sono previste dalla Strafprozessordnung (codice di procedura penale; in prosieguo: l'«StPO»). Spetta al giudice del rinvio interpretare il diritto tedesco al fine di stabilire se sia effettivamente così<sup>17</sup>.

48. Tuttavia, la direttiva OEI non obbliga, bensì addirittura impedisce all'autorità di emissione di valutare la legittimità degli atti sulla base dei quali sono state raccolte le prove nello Stato membro di esecuzione. Quando emette un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti, l'autorità di emissione è vincolata al principio del riconoscimento reciproco, che è sotteso alla cooperazione in materia penale nell'Unione europea. Salvo che sia accertata l'illegittimità dell'atto sottostante in un procedimento giudiziario in Francia, procedimento che la persona interessata deve poter instaurare<sup>18</sup>, l'autorità di emissione non può sindacarne la legittimità.

49. M.N. ha sostenuto che una distinzione tra il trasferimento di prove e gli atti mediante i quali esse sono state raccolte consente di eludere la tutela degli indagati o degli imputati prevista dal diritto dello Stato di emissione. A suo avviso, le autorità tedesche si sono rivolte alle loro omologhe francesi per ottenere prove in violazione del diritto tedesco.

50. Le circostanze della presente causa non inducono a sospettare dell'esistenza di un abuso nelle procedure di indagine transfrontaliere. La Francia è entrata in possesso delle prove in questione nell'ambito delle proprie indagini penali. Sebbene anche la Germania fosse interessata a dette prove, la Francia non ha iniziato a raccogliere ai fini dell'indagine penale tedesca. Pertanto,

<sup>17</sup> Sulla base della mia personale analisi, inevitabilmente sommaria, dell'StPO, l'articolo 477, paragrafo 2, prevede un'ipotesi di trasmissione d'ufficio di dati personali da un procedimento penale a un altro, mentre l'articolo 480, paragrafo 1, prevede che detta trasmissione è disposta dal pubblico ministero nella fase preparatoria e dopo la conclusione definitiva del procedimento; in ogni altra situazione, spetta al presidente dell'organo giurisdizionale investito della causa disporla. L'obbligo di trasmissione delle prove può essere ricavato dal principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'articolo 152, paragrafo 2. In linea di principio, la trasmissione è possibile soltanto se le prove pertinenti riguardano un reato per il perseguimento del quale una misura di tal genere avrebbe potuto essere disposta; diversamente, è necessario il consenso della persona interessata. Vogel, B., Köppen, P., e Wahl, T., «Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: Germany» in Sieber, U., and von zur Mühlen, N., (a cura di), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlino 2016, pag. 518; Gieg, G., in Barthe, C. e Gericke, J., (a cura di), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, articolo 477, paragrafo 1; articolo 479, paragrafo 3, C.H. Beck, Monaco di Baviera, 2023.

<sup>18</sup> La questione se le persone interessate dalle intercettazioni di EncroChat abbiano potuto contestare tale misura in Francia è una questione pendente dinanzi alla Corte EDU. V. supra, nota 4.

anche se fosse vero che un giudice tedesco non autorizzerebbe l'esecuzione in Germania di intercettazioni di tal genere, le autorità francesi hanno eseguito tali misure in conformità con il diritto francese e previa autorizzazione di un giudice francese competente.

51. Sebbene i sistemi di diritto penale degli Stati membri differiscano notevolmente<sup>19</sup>, ciò non significa che un sistema tuteli i diritti fondamentali degli indagati e degli imputati e che gli altri li violino. Piuttosto, la cooperazione giudiziaria dell'Unione europea in materia penale si fonda sul presupposto che tutti gli Stati membri rispettino i diritti fondamentali. Sebbene tale presupposto possa essere confutato in un caso specifico dinanzi a un giudice competente, ciò non può rimettere in discussione il principio della fiducia reciproca sotteso all'OEI e ad altri strumenti di cooperazione in materia penale.

52. Di conseguenza, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI, l'autorità di emissione deve verificare se, in Germania, i dati raccolti mediante l'intercettazione di telecomunicazioni ai fini di un procedimento penale possano essere trasferiti a un altro procedimento penale. In caso affermativo, detta autorità può emettere un OEI diretto al trasferimento di prove raccolte mediante l'intercettazione di telecomunicazioni in un altro Stato membro dell'Unione. Al momento dell'emissione di siffatto OEI, l'autorità di emissione non può rimettere in discussione la legittimità degli atti mediante i quali sono state raccolte le prove nello Stato membro di esecuzione.

53. Infine, nella sua terza questione subordinata, lettera b), il giudice del rinvio chiede se rilevi il fatto che l'intercettazione eseguita dallo Stato di esecuzione includesse dati sui telefoni cellulari di utenti in Germania o il fatto che detta intercettazione fosse di interesse ai fini dell'esercizio di azioni penali in Germania. Ritengo che tali circostanze, anche qualora accertate, non siano rilevanti ai fini dell'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI.

54. In primo luogo, il fatto che le intercettazioni siano state eseguite su telefoni cellulari di utenti in territorio tedesco non rileva ai fini dell'applicabilità dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI: indipendentemente dal luogo in cui le prove sono state raccolte, affinché esse possano essere trasferite dalla Francia alla Germania per effetto di un OEI, è necessario che siano conformi alle norme tedesche applicabili in un caso interno analogo.

55. In secondo luogo, l'ipotesi che le autorità francesi abbiano intercettato le comunicazioni nell'interesse della Germania è una congettura di fatto non motivata nella decisione di rinvio e in merito alla quale la Corte non è in grado di trarre conclusioni; soprattutto, nulla nell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI induce a ritenere che l'interesse dello Stato di emissione sia rilevante ai fini dell'interpretazione di tale disposizione.

<sup>19</sup> Le procedure penali nazionali variano notevolmente negli Stati membri, non soltanto in termini di misure investigative disponibili (Armada, I., «The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?», *New Journal of European Criminal Law*, vol. 6(1), 2015, pag. 9), ma anche per quanto concerne le condizioni legate alla possibilità di ricorrervi [Bachmaier, L., «Mutual Recognition and Cross-Border Interception of Communications The Way Ahead for the European Investigation Order» in Brière, C., e Weyembergh, A., (a cura di), *The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2018, pag. 317]. Ad esempio, per quanto riguarda l'intercettazione di comunicazioni, alcuni Stati membri prevedono un elenco di reati per i quali tale misura può essere disposta (ad esempio, la Germania); altri si concentrano sul limite minimo di pena (ad esempio, la Francia); altri ancora ricorrono a una combinazione dei due approcci. Inoltre, diverse legislazioni nazionali permettono siffatti atti investigativi a condizione che vi siano sufficienti indizi, oppure sulla base di una valutazione obbligatoria della necessità (ossia della questione se una misura meno invasiva permetta di ottenere lo stesso risultato). Infine, il diritto degli Stati membri differisce in termini di durata massima dell'ordine di intercettazione e possibilità di sua proroga [V. Tropina, T., «Comparative Analysis» in Sieber, U., e von zur Mühlen, N., (a cura di), *Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders*, Duncker & Humblot, Berlino, 2016, pagg. da 67 a 72 e da 77 a 79].

### *Conclusione provvisoria*

56. Quando è emesso un OEI ai fini del trasferimento di prove già in possesso di un altro Stato, il riferimento a un caso interno analogo di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI impone all'autorità di emissione di stabilire se e a quali condizioni il diritto nazionale in questione consenta il trasferimento di prove raccolte mediante l'intercettazione di comunicazioni tra procedimenti penali a livello interno.

57. Allorché decide sulla possibilità di emettere un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti, l'autorità di emissione non può valutare la legittimità della raccolta, nello Stato di esecuzione, delle prove delle quali richiede il trasferimento mediante un OEI.

58. Il fatto che gli atti sottostanti siano stati eseguiti nel territorio dello Stato di emissione o nell'interesse di tale Stato non influisce sulla risposta che precede.

### *2. Articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI e autorità di emissione competente*

59. Il giudice del rinvio ritiene che gli OEI di cui alla presente causa avrebbero dovuto essere emessi da un giudice, e non da un pubblico ministero. A tal riguardo, il giudice del rinvio chiede, in primo luogo, se una conclusione del genere discenda dal combinato disposto dell'articolo 2, lettera c), punto i), e dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI e, in secondo luogo, se la circostanza che le autorità francesi abbiano intercettato telefoni cellulari sul territorio tedesco influisca sulla risposta a tale questione.

60. La Corte ha già chiarito che l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI è, di fatto, pertinente ai fini di individuare l'autorità di emissione competente in un caso specifico. Nella causa *Spetsializirana prokuratura (Dati relativi al traffico e all'ubicazione)*, la Corte ha collegato l'articolo 2, lettera c), punto i), della direttiva OEI all'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), di quest'ultima<sup>20</sup>. Essa ha precisato che un OEI deve essere emesso da un giudice qualora ciò sia richiesto dal diritto dello Stato membro di emissione in riferimento allo stesso atto in un contesto interno<sup>21</sup>. In tal caso, il giudice è l'autorità di emissione *competente*, nonostante il pubblico ministero sia menzionato all'articolo 2, lettera c), punto i), della direttiva in parola<sup>22</sup>.

61. In sintesi, un pubblico ministero può essere, in linea di principio, un'autorità di emissione, ma il diritto nazionale applicabile in un caso interno analogo determina l'autorità di emissione competente in un caso concreto.

62. Tenuto conto della mia precedente analisi di ciò che si deve intendere per caso interno analogo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI allorché è emesso un OEI ai fini del trasferimento di prove esistenti, l'OEI avrebbe dovuto essere emesso da un giudice nel caso in cui il diritto tedesco lo esiga nell'ipotesi di trasferimento a livello interno di dati di telecomunicazioni intercettate.

<sup>20</sup> Sentenza del 16 dicembre 2021, *Spetsializirana prokuratura (Dati relativi al traffico e all'ubicazione)* (C-724/19, EU:C:2021:1020, punti 35 e 44). V. anche sentenza dell'8 dicembre 2020, *Staatsanwaltschaft Wien (Ordini di bonifico falsificati)* (C-584/19, EU:C:2020:1002, punto 52).

<sup>21</sup> Sentenza del 16 dicembre 2021, *Spetsializirana prokuratura (Dati relativi al traffico e all'ubicazione)* (C-724/19, EU:C:2021:1020, punti 35 e 45).

<sup>22</sup> Ciò ha senso anche nella prospettiva della prevenzione del forum shopping: se il diritto nazionale esige l'intervento di un giudice in un contesto interno, il ricorso a un OEI non dovrebbe poter prescindere da tale requisito. Mangiaracina, A., «A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order», *Utrecht Law Review*, vol. 10(1), 2014, pag. 126.

63. Pertanto, per determinare l'autorità di emissione competente, è irrilevante che, ai sensi del diritto tedesco, le misure di intercettazione dovessero autorizzate da un giudice. Occorre chiedersi soltanto se è necessario che un giudice autorizzi un trasferimento analogo a livello interno. Non sembra che sia così nel diritto tedesco.

64. Ciò detto, permane una questione importante. Se il trasferimento di prove esistenti fosse avvenuto a livello interno, da un pubblico ministero a un altro (ad esempio, da Monaco di Baviera a Berlino), la misura di intercettazione di telecomunicazioni sottostante sarebbe stata disposta, nel diritto tedesco, da un giudice. Pertanto, la proporzionalità dell'ingerenza nei diritti fondamentali sarebbe stata controllata da un giudice. Ciò rende accettabile, dal punto di vista della protezione dei diritti degli indagati e degli imputati, consentire l'utilizzo di tali prove in un altro procedimento penale senza un ulteriore intervento di un giudice.

65. Tuttavia, quando la misura sottostante è disciplinata da un sistema giuridico diverso, una norma che non richiede il controllo giurisdizionale del trasferimento di prove esistenti opera in un contesto diverso, non familiare<sup>23</sup>.

66. Ciò nonostante, nel caso di specie, l'intercettazione delle telecomunicazioni è stata autorizzata dai giudici francesi<sup>24</sup>. Il principio del riconoscimento reciproco, sul quale si fonda il sistema dell'OEI, esige che le autorità tedesche attribuiscono a tale fase procedurale lo stesso valore che esse attribuirebbero ad essa a livello interno. Ciò anche quando, in un caso concreto, un giudice tedesco deciderebbe in modo diverso.

67. Cosa accade però qualora il diritto francese non richieda un'autorizzazione giudiziaria delle misure di intercettazione? In udienza, la Commissione ha affermato che, in un caso del genere, la situazione sarebbe diversa, e ha sostenuto che, se i giudici francesi non avessero autorizzato la misura sottostante, l'OEI diretto al trasferimento di prove esistenti potrebbe essere considerato contrario al diritto dell'Unione. Ciò suggerirebbe che l'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI non sia del tutto indifferente alla misura sottostante nel caso di un OEI emesso ai fini del trasferimento di prove esistenti.

68. Quando il diritto nazionale legittima un pubblico ministero a chiedere il trasferimento di prove poiché l'acquisizione iniziale di tali prove è stata autorizzata da un giudice, detta norma nazionale diventa, a mio avviso, rilevante ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI. Ciò significa che l'autorità di emissione è tenuta a verificare se la misura sottostante abbia ricevuto l'autorizzazione giudiziaria richiesta dal diritto nazionale. Tuttavia, l'autorità di emissione non sarebbe in grado di mettere in discussione la qualità di siffatta autorizzazione, essendo invece tenuta ad accettare l'autorizzazione giudiziaria nello Stato di esecuzione, analogamente a quanto farebbe se si trattasse di un'autorizzazione nazionale.

<sup>23</sup> Occorre tuttavia precisare che gli sforzi compiuti per garantire un'armonizzazione minima nel settore del diritto processuale penale svolgono un ruolo importante nella «familiarizzazione» dei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri. Penso a strumenti quali la direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (GU 2016, L 65, pag. 1); o la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali (GU 2012, L 142, pag. 1).

<sup>24</sup> In tale contesto, ho già rilevato che il Conseil constitutionnel francese ha statuito, nell'aprile 2022, che la normativa francese in forza della quale sono state disposte le intercettazioni di EncroChat è conforme alla Costituzione francese. V. nota 4.

69. Tuttavia, se lo Stato di esecuzione non richiede che la misura sottostante sia autorizzata da un giudice, mentre lo Stato di emissione richiederebbe siffatto intervento in un caso interno analogo, quest'ultimo Stato può richiedere un'autorizzazione giudiziaria ai fini dell'emissione di un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti. Ciò si verifica anche qualora detto Stato non esiga un'autorizzazione del genere ai fini del trasferimento interno di prove.

70. Nel caso di specie, tutti i passi compiuti al fine di raccogliere dati tramite il server di EncroChat in Francia sono stati autorizzati dai giudici francesi competenti<sup>25</sup>. Non vedo quindi alcun motivo per cui un pubblico ministero tedesco non possa emettere un OEI diretto al trasferimento di dette prove.

71. Il giudice del rinvio ha proposto una questione subordinata, la prima questione, lettera b), basata sul presupposto che le autorità tedesche abbiano innescato la raccolta dei dati da parte della Francia nell'interesse della Germania, raccolta che è avvenuta in territorio tedesco<sup>26</sup>.

72. Tale questione è in parte ipotetica, poiché la raccolta di prove costituiva un'iniziativa francese posta in essere al fine della conduzione di indagini nazionali. L'individuazione di utenti tedeschi di EncroChat è stata una conseguenza, e non la causa, dell'intercettazione di telecomunicazioni.

73. La circostanza che alcuni utenti di EncroChat si trovassero in territorio tedesco non incide in alcun modo, a mio avviso, sulla nozione di autorità di emissione. Poiché un OEI può essere emesso soltanto per atti disponibili in un caso interno analogo, si applicano le stesse norme nazionali in materia di autorità di emissione, indipendentemente dal luogo in cui l'atto di indagine è stato eseguito e ad opera di quali soggetti. L'unica differenza è se sarà utilizzato un OEI o un ordine di indagine interno<sup>27</sup>.

### *Conclusione provvisoria*

74. Quando l'atto di indagine nello Stato di esecuzione è stato autorizzato da un giudice, non è necessario che l'OEI diretto al trasferimento di tali prove sia emesso da un giudice, anche nel caso in cui, ai sensi del diritto dello Stato di emissione, la raccolta delle prove alla base dell'OEI avrebbe dovuto essere disposta da un giudice.

75. Il fatto che le intercettazioni siano state effettuate nel territorio di un altro Stato membro non ha alcuna incidenza sulla determinazione dell'autorità di emissione.

### *3. Articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva OEI e proporzionalità*

76. A norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della direttiva OEI, un OEI deve essere necessario e proporzionato ai fini del procedimento penale, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Dalla decisione di rinvio risulta che l'autorizzazione è stata emessa dal Tribunale penale di Lille.

<sup>26</sup> Dato che i telefoni cellulari degli utenti tedeschi sui quali erano conservati i dati si trovavano in Germania.

<sup>27</sup> La rilevanza delle intercettazioni effettuate nel territorio dello Stato di emissione sarà trattata nel contesto del quarto gruppo di questioni, relative all'interpretazione dell'articolo 31 della direttiva OEI.V. infra, sezione D.

<sup>28</sup> Il considerando 11 della direttiva OEI precisa ulteriormente tale disposizione dichiarando che «[l']autorità di emissione dovrebbe pertanto accertare se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove, e se è opportuno emettere un OEI affinché un altro Stato membro partecipi all'acquisizione di tali prove». Come risulta dalla sua formulazione, tale considerando si concentra principalmente sul primo tipo di OEI, ossia quello diretto alla raccolta di prove nuove.

77. Tale valutazione della proporzionalità è guidata sia dal diritto dell'Unione sia dal diritto dello Stato di emissione<sup>29</sup>.

78. L'autorità di emissione deve verificare che l'OEI sia necessario e proporzionato alla luce delle circostanze esistenti al momento dell'emissione dell'OEI. A tal riguardo, M.N. sostiene, correttamente, che, ai fini della valutazione della proporzionalità di un OEI, è indubbiamente irrilevante la questione se l'indagine penale si sia conclusa con esito positivo e abbia contribuito a numerose condanne per reati gravi.

79. La questione pertinente è, piuttosto, se il livello di ingerenza nella vita privata, determinato dall'accesso del pubblico ministero alle prove oggetto di trasferimento, possa essere giustificato dall'importanza dell'interesse pubblico connesso all'indagine o al procedimento penale in questione, tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

80. A tal riguardo, nella sua giurisprudenza concernente la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche<sup>30</sup>, la Corte ha statuito che l'accesso delle autorità pubbliche ai dati relativi al traffico e all'ubicazione costituisce sempre una grave ingerenza nella vita privata delle persone interessate<sup>31</sup>.

81. Sebbene la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche non si applichi in quanto tale al caso di specie<sup>32</sup>, le conclusioni relative alla grave ingerenza nei diritti fondamentali causata dall'accesso ai dati relativi al traffico e all'ubicazione sono pertinenti anche nella presente causa: l'accesso delle autorità pubbliche tedesche ai dati delle comunicazioni trasferiti dalla Francia può essere qualificato come una grave ingerenza nei diritti fondamentali. Tuttavia, anche una grave ingerenza può essere giustificata da un interesse pubblico egualmente importante<sup>33</sup>.

82. Detto interesse può essere valutato soltanto dall'autorità di emissione (o dal giudice nazionale competente per l'impugnazione ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 2, della direttiva OEI) alla luce di tutte le circostanze del caso, che è disciplinato principalmente dal diritto nazionale<sup>34</sup>. Come ho già spiegato, il diritto nazionale applicabile è quello che disciplina il trasferimento delle prove da un procedimento penale a un altro.

83. La Corte non può sostituirsi all'autorità di emissione o al giudice nazionale dell'impugnazione nella valutazione della proporzionalità di un determinato OEI. Oltre a non essere competente a farlo, la Corte non possiede una piena conoscenza di tutti gli elementi di diritto e di fatto

<sup>29</sup> Il modulo con il quale viene emesso un OEI contiene uno spazio nel quale l'autorità di emissione spiega dettagliatamente il motivo per cui l'OEI è necessario nelle circostanze di un caso specifico (allegato A della direttiva OEI, sezione G). Sulla rilevanza di tale modulo ai fini della valutazione della proporzionalità, v. Bachmaier Winter, L., «The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights» in Ruggeri S. (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlino, 2013, pag. 318.

<sup>30</sup> 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) (GU 2002, L 201, pag. 37) (in prosieguo: la «direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche»).

<sup>31</sup> V., ad esempio, sentenze del 2 marzo 2021, Prokuratuur (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche) (C-746/18, EU:C:2021:152, punto 39), e del 5 aprile 2022, Commissioner of An Garda Síochána e a. (C-140/20, EU:C:2022:258, punto 44).

<sup>32</sup> Tale direttiva si applica soltanto a situazioni in cui le autorità di uno Stato accedono ai dati relativi al traffico e all'ubicazione conservati dagli operatori di telecomunicazioni. Di converso, essa non trova applicazione quando dette autorità intercettano direttamente dati di telecomunicazioni. V., a tal riguardo, sentenza del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a. (C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 103).

<sup>33</sup> V., per analogia, sentenza del 21 giugno 2022, Ligue des droits humains (C-817/19, EU:C:2022:491, punto 122).

<sup>34</sup> Ad esempio, per quanto concerne gli indizi necessari al fine di disporre un determinato atto di indagine.

pertinenti relativi a una determinata indagine penale. Di conseguenza, non spetta alla Corte decidere se sia sproporzionato disporre il trasferimento dei dati di tutti gli utenti di EncroChat in Germania in assenza di prove concrete dei reati commessi.

84. Con la sua seconda questione, lettera b), il giudice del rinvio chiede se la riservatezza del metodo di intercettazione dei dati debba essere tenuta in considerazione in sede di valutazione della proporzionalità, qualora l'integrità dei dati ottenuti non possa essere verificata dalle autorità dello Stato di emissione.

85. A mio avviso, la riservatezza potrebbe effettivamente influire sulla possibilità di garantire la difesa degli indagati o degli imputati. Si tratta, tuttavia, di un elemento rilevante ai fini dell'ammissibilità delle prove, affrontato nell'ambito del quinto gruppo delle questioni proposte dal giudice del rinvio.

#### *Conclusiones provvisoria*

86. La valutazione della necessità e della proporzionalità di un OEI diretto al trasferimento delle prove esistenti è di competenza dell'autorità di emissione, con la possibilità di un controllo da parte del giudice nazionale competente. Siffatta valutazione deve prendere in considerazione il fatto che l'accesso dell'autorità nazionale ai dati delle comunicazioni intercettate costituisce una grave ingerenza nella vita privata delle persone interessate. Tale ingerenza deve essere controbilanciata da un interesse pubblico importante connesso all'indagine e al perseguimento di reati.

#### *4. Se il diritto dell'Unione esiga che un giudice valuti la proporzionalità in caso di grave ingerenza nei diritti fondamentali*

87. Con la sua prima questione, lettera c), il giudice del rinvio chiede se, indipendentemente dal diritto nazionale applicabile, il diritto dell'Unione imponga che l'accesso di un pubblico ministero alle prove acquisite mediante l'intercettazione di comunicazioni sia autorizzato da un giudice.

88. Il giudice del rinvio ha suggerito che l'emissione di un OEI diretto al trasferimento di prove consistenti in dati di telecomunicazioni intercettate richieda sempre un'autorizzazione giudiziaria. Tale giudice ha richiamato la sentenza Prokuratuur.

89. Nella suddetta sentenza, la Corte ha statuito che permettere l'accesso di autorità pubbliche ai dati conservati dai fornitori di servizi di telecomunicazione richiede la previa autorizzazione di un giudice o di un altro organo imparziale<sup>35</sup>. La Corte si è basata sull'argomento persuasivo del suo avvocato generale<sup>36</sup>, secondo cui la Procura, che è parte del procedimento penale, non può essere considerata imparziale. Per questo motivo, è dubbio che un organo di tal genere possa effettuare l'analisi di proporzionalità senza collocare gli interessi dell'accusa davanti agli interessi alla vita privata e alla protezione dei dati degli indagati e degli imputati.

<sup>35</sup> Sentenza del 2 marzo 2021, Prokuratuur (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche) (C-746/18, EU:C:2021:152, punti 51, 53 e 54).

<sup>36</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella nella causa Prokuratuur (Condizioni di accesso ai dati relativi alle comunicazioni elettroniche) (C-746/18, EU:C:2020:18, paragrafi da 103 a 123).

90. Poiché l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), della direttiva OEI esige inoltre che l'OEI sia proporzionato, ci si può chiedere, seguendo la logica della sentenza Prokuratuur, se si possa affidare a un pubblico ministero l'effettuazione di siffatta analisi della proporzionalità.

91. La direttiva OEI ha demandato agli ordinamenti giuridici nazionali l'apprezzamento della questione se un pubblico ministero possa emettere un OEI. Si tratta di un approccio sensato, tenuto conto delle differenze nell'organizzazione dei sistemi di giustizia penale negli Stati membri. Tale apprezzamento da parte degli ordinamenti giuridici nazionali sottende la questione se il pubblico ministero sia in grado di effettuare una valutazione imparziale della proporzionalità. Se la circostanza di essere parte del procedimento penale rendesse inopportuna l'emissione di un OEI da parte di un pubblico ministero, l'articolo 2, lettera c), punto i) della direttiva OEI sarebbe privato del suo significato.

92. Il giudice del rinvio intendeva tuttavia suggerire che il diritto dell'Unione dovrebbe intervenire ed esigere un'autorizzazione giudiziaria soltanto qualora le misure comportino una grave ingerenza nei diritti fondamentali. Ciò era precisamente quanto avveniva nella causa Prokuratuur e in altre cause concernenti la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche.

93. La risposta sintetica è che la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche e la pertinente giurisprudenza non trovano applicazione nel caso di specie. Esse sono pertinenti soltanto allorché i fornitori di servizi di telecomunicazione sono tenuti, in forza del diritto nazionale, a conservare dati relativi al traffico e all'ubicazione connessi alle telecomunicazioni e quando le autorità pubbliche chiedono l'accesso ai dati così conservati. Qualora l'intercettazione sia effettuata direttamente dagli Stati membri, senza che sia imposto alcun obbligo ai fornitori di servizi di telecomunicazione, la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche non trova applicazione, mentre si applica il diritto nazionale<sup>37</sup>.

94. Tuttavia, esaminando più nel dettaglio la logica di cui alla sentenza Prokuratuur, come suggerito dal giudice del rinvio, ci si potrebbe comunque chiedere quale sia il motivo per cui la Corte ha statuito che, a causa della natura delle sue funzioni, un pubblico ministero non è in condizione di procedere a una valutazione imparziale della proporzionalità quando richiede l'accesso ai dati conservati da fornitori di servizi di rete.

95. Nel contesto della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche, i dati ai quali accede un pubblico ministero sono sempre quelli in possesso degli operatori di telecomunicazioni che, in forza del diritto nazionale, sono tenuti a conservare i dati relativi al traffico e all'ubicazione della popolazione in generale. I dati così conservati non hanno a oggetto un caso specifico, bensì, piuttosto, una sorveglianza di massa. La richiesta di accesso di un pubblico ministero ai fini di un'indagine penale concreta è la prima occasione in cui possono essere prese in considerazione circostanze individuali. Pertanto, era giustificato esigere che un giudice valutasse la proporzionalità di tale accesso, poiché l'intervento di un giudice è necessario al fine di evitare l'abuso legato a un accesso in forma massiccia e generale ai dati conservati.

<sup>37</sup> Sentenza del 6 ottobre 2020, La Quadrature du Net e a. (C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 103).

96. Ciò distingue le statuizioni nella sentenza *Prokuratuur* dalla situazione di cui alla presente causa. Nel caso di specie, i dati da trasferire non sono stati raccolti in modo indiscriminato presso l'intera popolazione, bensì ai fini di un'indagine penale concreta in Francia. Nell'ambito di questa prima fase, che ha reso disponibili i dati in questione, la raccolta dei dati è avvenuta sotto il controllo di un giudice.

97. Pertanto, il livello di ingerenza nei diritti fondamentali alla vita privata e alla protezione dei dati che ha dato origine alla sentenza *Prokuratuur*, non equivale al livello di ingerenza di cui alla presente causa. I dati il cui trasferimento è stato richiesto mediante i tre OEI emessi dalla procura di Francoforte erano limitati ai soli utenti di EncroChat in Germania, in un contesto caratterizzato dall'esistenza di sospetti che tale servizio fosse utilizzato principalmente ai fini della commissione di reati.

98. Ciò non significa che l'ingerenza nella vita privata di tali persone non sia importante. Tuttavia, essa non è comunque paragonabile alla sorveglianza di massa della popolazione in generale.

99. Oltre a porre in capo all'autorità di emissione l'obbligo di effettuare e motivare la sua valutazione della proporzionalità, la direttiva OEI prevede ulteriori garanzie. Qualora un pubblico ministero violi diritti fondamentali, l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva OEI impone agli Stati membri di garantire mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo. Pertanto, l'indagato o l'imputato dovrebbero poter contestare la valutazione della proporzionalità effettuata dal pubblico ministero al momento dell'emissione di un OEI diretto al trasferimento di prove<sup>38</sup>. Ciò non avviene nel contesto della direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche.

100. Infine, vorrei occuparmi brevemente della rilevanza della direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie<sup>39</sup> ai fini della determinazione dell'autorità di emissione. Tale questione è sorta poiché la Corte, nella sua sentenza *La Quadrature du Net*, ha precisato che la direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche non si applica all'intercettazione diretta di dati; si applica, invece, il diritto nazionale, «fatta salva l'applicazione della direttiva [sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie]»<sup>40</sup>. La questione, quindi, è se dalla direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie discenda l'obbligo che sia un giudice a emettere un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti, nel caso in cui le prove consistano in dati oggetto di intercettazione.

101. La direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie, che tutela i dati personali nel settore delle indagini penali, può effettivamente trovare applicazione nelle circostanze del caso di specie<sup>41</sup>. Tuttavia, a mio avviso, tale direttiva non contiene alcuna norma

<sup>38</sup> Nella giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «CEDU»), che garantisce il diritto al rispetto della vita privata, è stata constatata l'esistenza di violazioni nei casi in cui la legge non esigeva una valutazione della proporzionalità e non prevedeva un controllo giurisdizionale. V., ad esempio, Corte EDU, 12 gennaio 2016, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, § 89.

<sup>39</sup> Direttiva (UE) 2016/680 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio (GU 2016, L 119, pag. 89) (in prosieguo: la «direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie»).

<sup>40</sup> Sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a. (C-511/18, C-512/18 e C-520/18, EU:C:2020:791, punto 103)*.

<sup>41</sup> Se valutata alla luce della direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie, la presente causa può essere descritta come un duplice caso di trattamento di dati personali: da un lato, le autorità francesi competenti hanno agito in qualità di titolari del trattamento allorché hanno intercettato e raccolto dati di comunicazioni elettroniche a fini di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati; dall'altro lato, in seguito al trasferimento di tali dati alla Procura di Berlino, che li ha richiesti ai fini di un'indagine penale in Germania sulla base degli OEI, tale Procura è divenuta il titolare del trattamento.

che consenta alla Corte di concludere che il diritto dell'Unione impone agli Stati membri l'obbligo di garantire una previa autorizzazione giudiziaria ai fini dell'accesso diretto da parte del pubblico ministero ai dati ottenuti mediante l'intercettazione di comunicazioni.

102. La direttiva in parola disciplina gli obblighi delle autorità pubbliche che agiscono in qualità di titolari del trattamento dei dati, le quali sono tenute, in particolare, a effettuare una valutazione della proporzionalità<sup>42</sup>, ma non determina di quali autorità si tratti.

#### *Conclusione provvisoria*

103. Il diritto dell'Unione non richiede che un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti, raccolte mediante l'intercettazione di telecomunicazioni, sia emesso da un giudice qualora il diritto nazionale preveda che il pubblico ministero possa disporre un trasferimento di tal genere in un caso interno analogo.

#### ***D. Articolo 31 della direttiva OEI e obbligo di notifica***

104. Con il suo quarto gruppo di questioni, il giudice del rinvio chiede se l'intercettazione di comunicazioni eseguita dalle autorità francesi fosse soggetta all'obbligo di notifica ai sensi dell'articolo 31 della direttiva OEI. In caso affermativo, il giudice del rinvio chiede altresì se siffatta notifica dovesse essere trasmessa a un giudice, dato che soltanto un giudice avrebbe potuto autorizzare l'intercettazione di comunicazioni ai sensi del diritto tedesco.

105. Le disposizioni pertinenti dell'articolo 31 della direttiva OEI sono così formulate:

«1. Se, ai fini del compimento di un atto di indagine, l'intercettazione di telecomunicazioni è autorizzata dall'autorità competente di uno Stato membro (lo “Stato membro di intercettazione”) e l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione indicata nell'ordine di intercettazione è utilizzato sul territorio di un altro Stato membro (lo “Stato membro notificato”) la cui assistenza tecnica non è necessaria per effettuare l'intercettazione, lo Stato membro di intercettazione ne dà notifica all'autorità competente dello Stato membro notificato dell'intercettazione:

- a) prima dell'intercettazione, qualora l'autorità competente dello Stato membro di intercettazione sappia, al momento di ordinare l'intercettazione, che la persona soggetta a intercettazione e si trova o si troverà sul territorio dello Stato membro notificato;
- b) durante l'intercettazione o ad intercettazione effettuata, non appena venga a conoscenza del fatto che la persona soggetta a intercettazione si trova, o si trovava durante l'intercettazione, sul territorio dello Stato membro notificato.

2. La notifica di cui al paragrafo 1 è effettuata utilizzando il modulo di cui all'allegato C.

(...).».

<sup>42</sup> La Corte ha affermato che, nel contesto del riutilizzo ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva sulla protezione dei dati nelle attività di polizia e giudiziarie, la valutazione dell'osservanza dei principi che disciplinano il trattamento dei dati rientranti nell'ambito di applicazione di tale direttiva deve essere condotta in riferimento a ciascuna specifica e distinta finalità (v. sentenza dell'8 dicembre 2022, *Inspektor v Inspektorata kam Visshia sadeben savet (Finalità del trattamento di dati personali – Indagine penale)* (C-180/21, EU:C:2022:967, punto 56).

106. L'articolo 31 della direttiva OEI riguarda le situazioni in cui uno Stato membro esegue intercettazioni di telecomunicazioni nel territorio di un altro Stato membro, senza che sia necessaria alcuna assistenza tecnica da parte di quest'ultimo<sup>43</sup>.

107. Tale disposizione persegue una duplice finalità. In primo luogo, quale prosecuzione della cortesia internazionale prevista dai preventivi accordi di assistenza giudiziaria<sup>44</sup>, la funzione dell'obbligo di notifica è quella di rafforzare la fiducia reciproca tra i partecipanti allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>45</sup>. In secondo luogo, la funzione della notifica è consentire allo Stato membro notificato di tutelare i diritti fondamentali dei singoli sul suo territorio<sup>46</sup>.

108. L'articolo 31 della direttiva OEI si applica a una situazione in cui una misura transfrontaliera è in corso di esecuzione, anche se in assenza di un OEI, in quanto è eseguita unilateralmente da uno Stato membro<sup>47</sup>.

109. Tale interpretazione discende dalla formulazione dell'articolo 31 della direttiva OEI, che non menziona affatto l'emissione di un OEI, a differenza dell'articolo 30 della medesima direttiva. Parimenti, l'articolo 31 non utilizza le espressioni «di emissione» e «di esecuzione», bensì le espressioni Stato membro «di intercettazione» e «notificato»<sup>48</sup>.

110. A mio avviso, tale disposizione concerne precisamente situazioni quali l'intercettazione, da parte della Francia, di dati di telecomunicazioni su telefoni cellulari in Germania nel contesto di un'indagine penale francese. Di conseguenza, la Francia avrebbe dovuto informare le autorità tedesche non appena venuta a conoscenza del fatto che una parte dei dati intercettati proveniva da telefoni cellulari in Germania<sup>49</sup>.

111. Qual è l'autorità tedesca alla quale la Francia avrebbe dovuto trasmettere la notifica? La direttiva OEI non impone agli Stati membri l'obbligo di designare l'autorità nazionale competente a ricevere tali notifiche, come avviene invece in alcune altre situazioni<sup>50</sup>. Di conseguenza, lo Stato di intercettazione non può sapere quale organo sia competente a ricevere una notifica di tal genere nello Stato membro notificato.

112. Pertanto, la Francia non era tenuta a trasmettere la notifica a un giudice tedesco competente, potendo trasmetterla anche, ad esempio, a un pubblico ministero. Spetta agli Stati membri notificati ricevere la notifica e trasmetterla all'autorità competente a norma del diritto nazionale.

<sup>43</sup> Nei casi in cui è richiesta l'assistenza tecnica dello Stato membro sul cui territorio è eseguita l'intercettazione, trova applicazione l'articolo 30 della direttiva OEI.

<sup>44</sup> Il testo dell'articolo 31 della direttiva OEI corrisponde ampiamente all'articolo 20 della convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (GU 2000, C 197, pag. 3).

<sup>45</sup> Bachmaier, L., nota 19, pag. 330.

<sup>46</sup> In particolare, l'articolo 31, paragrafo 3, della direttiva OEI consente all'autorità competente dello Stato notificato di verificare se un'intercettazione di tal genere possa essere ammessa in un caso interno analogo e di notificare allo Stato membro di intercettazione, al più tardi entro 96 ore dalla ricezione della notifica, che l'intercettazione non può essere effettuata, che ad essa deve essere posto fine, o che i dati ottenuti non possono essere utilizzati o possono essere utilizzati soltanto a determinate condizioni.

<sup>47</sup> Pertanto, non concordo con il governo francese, il quale ha sostenuto che l'articolo 31 della direttiva OEI non si applica alla presente causa poiché l'intercettazione di comunicazioni non è stata eseguita ai fini dell'esecuzione di un OEI, ma ha avuto luogo prima dell'emissione di un OEI.

<sup>48</sup> Bachmaier, L., nota 19, pag. 331.

<sup>49</sup> Per conformarsi all'obbligo di notifica imposto dall'articolo 31 della direttiva OEI, la Francia avrebbe dovuto utilizzare il modulo di cui all'allegato C di tale direttiva.

<sup>50</sup> V. articolo 33, paragrafo 1, della direttiva OEI.

### *Conclusione provvisoria*

113. Uno Stato membro che, nel corso di un'indagine o di un procedimento penale unilaterali, intercetta telecomunicazioni sul territorio di un altro Stato membro è tenuto a notificare detta intercettazione a tale altro Stato membro.

114. La notifica può essere trasmessa a qualsiasi autorità che lo Stato membro di intercettazione ritenga adeguata, dato che tale Stato non può sapere quale autorità sia competente in un caso interno analogo.

115. L'articolo 31 della direttiva OEI persegue l'obiettivo di tutelare sia i singoli utenti di telecomunicazioni interessati, sia la sovranità dello Stato membro notificato.

### *E. Ammissibilità delle prove*

116. Con il suo quinto gruppo di questioni, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'accertamento che un OEI è stato emesso in violazione dei requisiti previsti dalla direttiva OEI comporti l'inammissibilità delle relative prove nel procedimento penale nello Stato membro di emissione. Tale giudice si basa sui principi di equivalenza e di effettività. Quest'ultimo è invocato sostenendo che, qualora le prove ottenute in violazione della direttiva OEI siano comunque utilizzate nello Stato di emissione, ciò nuocerebbe all'effetto utile di tale direttiva.

117. La risposta a questo gruppo di questioni può essere breve: il diritto dell'Unione non disciplina l'ammissibilità delle prove nei procedimenti penali.

118. Sebbene l'Unione europea sia legittimata, ai sensi dell'articolo 82, paragrafo 2, lettera a), TFUE, a introdurre misure di armonizzazione minima in materia di ammissibilità reciproca delle prove, ciò non è ancora avvenuto<sup>51</sup>.

119. L'unica menzione della valutazione delle prove ottenute mediante un OEI è contenuta nell'articolo 14, paragrafo 7, seconda frase, della direttiva OEI: «[f]atte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI»<sup>52</sup>.

120. In udienza, quando interpellata sull'eventuale incidenza di detta disposizione sulle norme in materia di ammissibilità delle prove negli Stati membri, la Commissione ha indicato che formulare una conclusione del genere sarebbe eccessivo. Essa ha spiegato che la frase in questione si limita a ricordare che i diritti tutelati dagli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») devono essere rispettati. Sono incline a condividere siffatta interpretazione, la quale riconosce che, attualmente, il processo politico dell'Unione non sta compiendo progressi per quanto concerne la disciplina dell'ammissibilità delle prove.

<sup>51</sup> Ligeti, K., e a. affermano che gli Stati membri rifiutano di intraprendere questo cammino a causa di preoccupazioni relative alla sussidiarietà e alla proporzionalità, e che ciò influirebbe sui sistemi di controlli ed equilibri a livello nazionale (Ligeti, K., Garamvölgy, B., Ondrejová, A., e von Galen, M., «Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU», *eu crim*, vol. 3, 2020, pag. 202 e nota 14.

<sup>52</sup> Il considerando 34 della direttiva OEI dichiara altresì quanto segue: «[i]noltre, per lo stesso motivo, l'autorità di emissione dovrebbe avere la facoltà di valutare se un elemento debba essere usato nelle prove e pertanto formare oggetto di un OEI».

121. Per quanto a mia conoscenza, il punto più lontano raggiunto dall'Unione per quanto concerne la disciplina dell'ammissibilità delle prove è l'articolo 37, paragrafo 1, del regolamento EPPO<sup>53</sup>: «[l]e prove presentate a un organo giurisdizionale dai procuratori dell'EPPO o dall'imputato non sono escluse per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato membro o conformemente al diritto di un altro Stato membro».

122. Tuttavia, tale disposizione si limita a indicare che le prove non possono essere escluse *a motivo del fatto che* sono state raccolte all'estero o in base al diritto di un altro Stato membro; essa non pone ulteriori vincoli in capo al giudice nazionale quanto al modo in cui esso è tenuto a valutare l'ammissibilità delle prove.

123. Lo stesso approccio è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte EDU. Detta Corte ha chiaramente affermato che l'ammissibilità delle prove è una questione demandata al diritto nazionale<sup>54</sup>, mentre nella valutazione di un'eventuale violazione dell'articolo 6 della CEDU, «la Corte (...) esaminerà il procedimento nel suo complesso, tenendo conto dei diritti della difesa ma anche degli interessi del pubblico e delle vittime a che il reato sia adeguatamente perseguito e, se del caso, dei diritti dei testimoni»<sup>55</sup>.

124. Sebbene la dottrina critichi l'insufficienza di siffatta norma, in particolare alla luce delle differenze nei diritti processuali degli Stati membri<sup>56</sup>, ciò non cambia il fatto che, al momento, l'ammissibilità delle prove non è disciplinata a livello dell'Unione.

125. In sintesi, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, la questione se le prove ottenute in violazione del diritto interno o del diritto dell'Unione siano ammissibili è disciplinata dal diritto degli Stati membri.

126. Le conseguenze dell'eventuale mancato rispetto delle condizioni per l'emissione di un OEI di cui alla direttiva OEI sono rare: l'articolo 6, paragrafo 3, della direttiva OEI prevede che se l'autorità di esecuzione ha motivo di ritenere che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva non sia stato rispettato, può consultare l'autorità di emissione in merito all'importanza di eseguire l'OEI e, dopo tale consultazione, l'autorità di emissione può decidere di ritirarlo.

127. In conclusione, la questione dell'ammissibilità delle prove è una questione rimessa, per il momento, al diritto nazionale. Tuttavia, nelle materie in cui si applica il diritto dell'Unione, le disposizioni nazionali pertinenti devono essere conformi agli articoli 47 e 48 della Carta<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (GU 2017, L 283, pag. 1) (in prosieguo: il «regolamento EPPO»).

<sup>54</sup> Sentenze della Corte EDU, 12 luglio 1988, Schenk c. Svizzera, CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, §§ 45 e 46; Corte EDU, 11 luglio 2017, Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2), CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, § 83; e 1° marzo 2007, Heglas c. Repubblica Ceca, CE:ECHR:2007:0301JUD000593502, § 84.

<sup>55</sup> Sentenza della Corte EDU, 17 gennaio 2017, Habran e Dalem c. Belgio, CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, § 96.

<sup>56</sup> Hecker, B., «Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant» in Ruggeri, S., (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Berlino, 2013, pag. 277; Armada, I., nota 19, pag. 30.

<sup>57</sup> Sentenza del 7 settembre 2023, Rayonna prokuratura (Perquisizione personale) (C-209/22, EU:C:2023:634, punti 58 e 61).

128. I principi processuali di equivalenza e di effettività si applicano alle situazioni in cui il diritto dell'Unione conferisce diritti ai singoli senza prevedere strumenti di ricorso. Gli Stati membri devono garantire che un diritto dell'Unione possa essere fatto valere alle stesse condizioni di un diritto interno analogo, e le modalità procedurali non possono rendere l'esercizio di tali diritti praticamente impossibile<sup>58</sup>.

129. Tuttavia, il diritto dell'Unione non attribuisce ai singoli alcun diritto in riferimento all'(in) ammissibilità delle prove. I principi di equivalenza e di effettività non trovano applicazione.

130. Infine, anche se l'inammissibilità delle prove in conseguenza di una violazione della direttiva OEI potrebbe (presumibilmente) rafforzare il suo effetto utile, ciò non legittima la Corte a creare siffatta regola.

#### *Conclusiones provvisoria*

131. Il diritto dell'Unione non disciplina, nella fase attuale del suo sviluppo, l'ammissibilità di prove raccolte tramite un OEI emesso in violazione dei requisiti previsti dalla direttiva OEI. L'ammissibilità delle prove è una materia che rientra nel diritto nazionale, il quale deve tuttavia essere conforme ai requisiti dei diritti della difesa di cui agli articoli 47 e 48 della Carta.

#### **IV. Conclusione**

132. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di rispondere alle questioni pregiudiziali proposte dal Landgericht Berlin (Tribunale del Land, Berlino, Germania) nei seguenti termini:

##### 1) In risposta al primo gruppo di questioni pregiudiziali:

Quando l'atto di indagine iniziale nello Stato di esecuzione è stato autorizzato da un giudice, non è necessario che l'ordine europeo di indagine (OEI) diretto al trasferimento delle prove sia parimenti emesso da un giudice, anche qualora, ai sensi del diritto dello Stato di emissione, la raccolta delle prove alla base dell'OEI avrebbe dovuto essere disposta da un giudice.

Il fatto che le intercettazioni siano state effettuate nel territorio di un altro Stato membro non ha alcuna incidenza sulla determinazione dell'autorità di emissione.

Il diritto dell'Unione non richiede che un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti, raccolte mediante l'intercettazione di telecomunicazioni, sia emesso da un giudice qualora il diritto nazionale preveda che il pubblico ministero possa disporre un trasferimento di tal genere in un caso interno analogo.

##### 2) In risposta al secondo gruppo di questioni pregiudiziali:

La valutazione della necessità e della proporzionalità di un OEI diretto al trasferimento delle prove esistenti è di competenza dell'autorità di emissione, con la possibilità di un controllo da parte del giudice nazionale competente. Siffatta valutazione deve prendere in considerazione il fatto che l'accesso dell'autorità nazionale ai dati delle comunicazioni intercettate costituisce

<sup>58</sup> Ciò è stato stabilito nella sentenza del 16 dicembre 1976, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, punto 5) e nella sentenza del 16 dicembre 1976, Comet (45/76, EU:C:1976:191, punto 13). Più recentemente, v., ad esempio, sentenza del 13 luglio 2023, CAJASUR Banco (C-35/22, EU:C:2023:569, punto 23).

una grave ingerenza nella vita privata delle persone interessate. Tale ingerenza deve essere controbilanciata da un interesse pubblico importante connesso all'indagine e al perseguimento di reati.

3) In risposta al terzo gruppo di questioni pregiudiziali:

Quando è emesso un OEI ai fini del trasferimento di prove già in possesso di un altro Stato, il riferimento a un caso interno analogo di cui all'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale impone all'autorità di emissione di stabilire se e a quali condizioni il diritto nazionale in questione consenta il trasferimento di prove raccolte mediante l'intercettazione di comunicazioni tra procedimenti penali a livello interno.

Allorché decide sulla possibilità di emettere un OEI diretto al trasferimento di prove esistenti, l'autorità di emissione non può valutare la legittimità della raccolta, nello Stato di esecuzione, delle prove delle quali richiede il trasferimento mediante un OEI.

Il fatto che gli atti iniziali siano stati eseguiti nel territorio dello Stato di emissione o nell'interesse di tale Stato non influisce sulla risposta che precede.

4) In risposta al quarto gruppo di questioni pregiudiziali:

Uno Stato membro che, nel corso di un'indagine o di un procedimento penale unilaterali, intercetta telecomunicazioni sul territorio di un altro Stato membro è tenuto a notificare detta intercettazione a tale altro Stato membro.

La notifica può essere trasmessa a qualsiasi autorità che lo Stato membro di intercettazione ritenga adeguata, dato che tale Stato non può sapere quale autorità sia competente in un caso interno analogo.

L'articolo 31 della direttiva 2014/41 persegue l'obiettivo di tutelare sia i singoli utenti di telecomunicazioni interessati, sia la sovranità dello Stato membro notificato.

5) In risposta al quinto gruppo di questioni pregiudiziali:

Il diritto dell'Unione non disciplina, nella fase attuale del suo sviluppo, l'ammissibilità di prove raccolte tramite un OEI emesso in violazione dei requisiti previsti dalla direttiva 2014/41. L'ammissibilità delle prove è una materia che rientra nel diritto nazionale, il quale deve tuttavia essere conforme ai requisiti dei diritti della difesa di cui agli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.