

## UN MEZZO DI IMPUGNAZIONE PER OGNI ATTO DI INDAGINE? DA GAVANOZOV II UN ULTERIORE STIMOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA VERSO L'ARMONIZZAZIONE DEI SISTEMI PROCESSUALI PENALI EUROPEI

di

Oscar Calavita

(Dottorando di ricerca, Università di Torino)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. *Gavanozov I*: le aspettative deluse – 3. *Gavanozov II*: una decisione attesa? – 4. Prime riflessioni – 4.1. Il diritto a un rimedio effettivo: disallineamenti tra Corte di Giustizia e Corte Europea – 4.2. I diritti fondamentali come causa di non riconoscimento o non esecuzione – 4.3. Legittimati attivi, modalità e tempistiche del ricorso effettivo – 5. Le ricadute sull'ordinamento interno – 5.1. La sorte degli OEI attivi e passivi emessi e riconosciuti nonostante il dovere di disapplicazione – 6. Conclusioni

1. Con una decisione per certi versi rivoluzionaria e che si presta ad avere pesanti ricadute sulle legislazioni nazionali, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ("C.G.U.E" o "Corte di Giustizia"), nella decisione *Gavanozov II* dell'11.11.2021<sup>1</sup>, ha - in estrema sintesi - stabilito che ogni atto di indagine adottato in un procedimento penale deve essere impugnabile.

La sentenza prende le mosse da una domanda di pronuncia pregiudiziale del tribunale speciale per i procedimenti penali bulgaro (*Spetsializiran Nakazatelen Sad* – "SNS"), in qualità di autorità di emissione di un ordine europeo di indagine ("OEI") nell'ambito di un procedimento condotto nei confronti del signor Gavanozov per la partecipazione a un'organizzazione volta alla commissione di reati fiscali. Più nello specifico, il SNS doveva procedere a ordinare una perquisizione e un sequestro nei confronti di una società con sede in Repubblica Ceca, nonché un'audizione mediante videoconferenza del suo legale rappresentante in qualità di testimone; tuttavia, la legislazione bulgara non prevedeva (e non prevede) mezzi di impugnazione né avverso un OEI, né avverso i relativi atti di indagine nazionali.

Le due questioni poste all'attenzione della C.G.U.E, tra di loro intrinsecamente connesse, erano volte a sapere «se una normativa nazionale che non prevede alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo d'indagine ai fini della perquisizione di un'abitazione e di locali commerciali, del sequestro di determinati oggetti e dell'audizione di un testimone sia compatibile con l'articolo 14, paragrafi da 1 a 4, con l'articolo 1, paragrafo 4, e con i considerando 18 e 22 della direttiva 2014/41, nonché con gli articoli 47 e 7 della Carta in combinato disposto con gli articoli 13 e 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

---

<sup>1</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19.

fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950» e, di conseguenza, «se in tali circostanze sia possibile emettere un ordine europeo d'indagine»<sup>2</sup>.

2. La sentenza in commento è stata per alcuni versi annunciata da una precedente domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alla medesima fattispecie concreta e avente ad oggetto analoghe questioni.

Con la decisione *Gavanozov I*<sup>3</sup>, infatti, la C.G.U.E era già stata chiamata a dirimere la questione circa la compatibilità di una normativa nazionale al diritto dell'Unione nel caso in cui la prima non prevedesse rimedi contro gli atti di indagine. In quel caso, l'Avvocato Generale Yves Bot era stato *tranchant* nel concludere a favore dell'incompatibilità poi dichiarata in *Gavanozov II*, anche se con argomentazioni in parte diverse rispetto a quelle poi accolte in quest'ultima sentenza; egli, infatti, ricollegava l'obbligo di dotarsi di un rimedio interno all'art. 14 par. 1 direttiva OEI in relazione alla tutela dei diritti fondamentali. Secondo l'Avvocato Generale, il citato art. 14, «ost[a] all'emissione di una richiesta di ordine europeo di indagine»<sup>4</sup> in assenza di un rimedio effettivo. Infatti, secondo l'Avvocato Generale, «l'articolo 14 della direttiva 2014/41/UE [...] deve essere interpretato nel senso che, in mancanza di previsione da parte della normativa di uno Stato membro [...] di qualsiasi possibilità di contestare le ragioni di merito di un atto di indagine richiesto con un ordine europeo di indagine, esso osta a siffatta normativa e all'emissione, da parte di tale Stato membro, di un ordine europeo di indagine»<sup>5</sup>.

Nonostante le grandi aspettative riposte in *Gavanozov I*, la C.G.U.E aveva "scientemente"<sup>6</sup> deluso<sup>7</sup> chi si aspettava una risposta di tenore analogo a quella prospettata dall'Avvocato Generale. La Corte di Giustizia, invero, aveva riformulato le questioni pregiudiziali evitando di pronunciarsi sul tema fondamentale<sup>8</sup>, in quanto aveva ritenuto che «il giudice del rinvio si interroga[sse], nel contesto dell'emissione di un ordine europeo di indagine, sul modo in cui deve compilare la sezione J del modulo che figura nell'allegato A alla direttiva 2014/41»<sup>9</sup>. Sezione J che, così come interpretata dalla C.G.U.E<sup>10</sup>, prescrive di indicare nella medesima i mezzi di

<sup>2</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §23.

<sup>3</sup> C.G.U.E, Sez. I, 24.10.2019, *Gavanozov I*, C-324/17.

<sup>4</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11.04.2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §90.

<sup>5</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11.04.2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §108.

<sup>6</sup> Così J. Pérez Gil, *Orden Europea de investigacion: primeras respuestas del TJUE*, in *Revista Aranzadi Union Europea*, 2020, 12, 10.

<sup>7</sup> In tal senso J. Tricot, *Chronique de droit et de jurisprudence de l'Union européenne*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2020, 4, 1005; M. Simonato, *Mutual recognition in criminal matters and legal remedies: the first CJEU judgment on the European Investigation Order*, in [www.europeanlawblog.eu](http://www.europeanlawblog.eu), 1.4.2020.

<sup>8</sup> In dottrina si è sostenuto che tale atteggiamento della Corte di Giustizia non è una sorpresa, dal momento che la direttiva OEI era entrata in vigore da pochi anni e che mancavano dei precedenti sul punto a cui fare riferimento (I. Szijártó, *Considerations regarding the Gavanozov II case before the CJEU*, in [www.eio-lapd.eu](http://www.eio-lapd.eu), 29.3.2021).

<sup>9</sup> C.G.U.E, Sez. I, 24.10.2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §24.

<sup>10</sup> In dottrina si è evidenziato che il modulo J non può essere interpretato come garanzia per gli individui del diritto a un rimedio effettivo (W. De Bondt, *Cooperation in Criminal Matters through the Eyes of the Luxembourg Court: the Case Law of 2019*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 181).

impugnazione già esperiti nello Stato di emissione e non anche tutti i potenziali mezzi di gravame astrattamente azionabili.

In tal modo, la Corte, «nasconde[ndosi] dietro un dito»<sup>11</sup>, ha solo postergato una decisione che avrebbe dovuto comunque prendere<sup>12</sup>, anche attesa la rilevanza che i mezzi di impugnazione rivestivano nel caso concreto.

3. A distanza di poco più di due anni dal precedente arresto, la C.G.U.E risponde alle questioni pregiudiziali sottoposte seguendo un doppio percorso argomentativo. Il primo si basa sulla valutazione circa la (non) conformità al diritto dell'Unione della normativa di uno Stato membro che non è dotato di un mezzo di impugnazione contro un atto di indagine. Il secondo, invece, riguarda più da vicino la possibilità di adottare un OEI in assenza di un mezzo di gravame nello Stato di emissione.

Innanzitutto, la C.G.U.E ritiene che una normativa nazionale che non preveda la possibilità di contestare un atto di indagine richiesto con un OEI si ponga in contrasto con il diritto dell'UE.

Per giungere a tale conclusione, la Corte di Giustizia prende in considerazione l'art. 14 direttiva OEI relativo ai mezzi di impugnazione, escludendo che il tenore letterale di quest'ultimo imponga un obbligo di dotarsi di rimedi diversi e ulteriori rispetto a quelli già presenti nell'ordinamento interno, in quanto la norma si limita a prevedere che gli Stati membri adottino mezzi di impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo e che le ragioni di merito dell'emissione dell'ordine siano contestabili esclusivamente nello Stato di emissione dello stesso<sup>13</sup>.

La necessità di dotarsi di ricorsi effettivi contro ogni atto di indagine, al contrario, è rinvenuta dalla C.G.U.E nel dovere generale per gli Stati membri di assicurare il rispetto del diritto a un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 co. 1 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ("Carta di Nizza" o "la Carta") e dall'omologo art. 13 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali<sup>14</sup>. Pertanto, nello specifico «l'articolo 14 della direttiva 2014/41, letto in combinato disposto con l'articolo 24, paragrafo 7, della medesima direttiva e l'articolo 47 della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato membro di emissione di un ordine europeo di indagine la quale non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di un ordine europeo di indagine»<sup>15</sup> (nel caso oggetto di attenzione perquisizioni, sequestri e videoconferenze).

Diretto corollario di tale approdo è l'impossibilità di emettere un OEI in assenza di rimedi interni e, di conseguenza, dell'obbligo dello Stato di esecuzione di rifiutare un

<sup>11</sup> G. Borgia, *La prima volta dell'ordine europeo di indagine penale dinanzi alla Corte di giustizia UE: strumento nuovo, approccio di sempre*, in *AP* 2020, 3.

<sup>12</sup> J. Tricot, *Chronique de droit*, op. cit., 1006 aveva sostenuto che «les conclusions imaginatives d'Yves Bot inspireront peut-être – sans doute – d'autres recours». Analogamente D. Knytel, *Evidence Gathering in the European Union: The Transposition of Directive 2014/41/EU into French and German Legislation*, in *European Criminal Law Review*, 2020, 89; P. Spagnolo, *La nuova cooperazione giudiziaria penale: mutuo riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali*, in *CP* 2020, 1298.

<sup>13</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §26-27.

<sup>14</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §28.

<sup>15</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §50.

OEI. Divieto di emissione e obbligo di rifiuto sono infatti due lati della stessa medaglia che dovrebbero operare sinergicamente e, in particolare, il secondo dovrebbe sopperire alle mancanze del primo. In altre parole, l'obbligo di rifiuto scatta solo qualora lo Stato di emissione sia venuto meno al divieto di non emissione.

Una simile conclusione è giustificata dalla C.G.U.E richiamando i principi del mutuo riconoscimento<sup>16</sup> e di leale collaborazione<sup>17</sup>, nonché il motivo di non riconoscimento o non esecuzione previsto dall'art. 11 par. 1 lett. f direttiva OEI, qualora cioè sussistano seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TrUE e della Carta di Nizza, tra cui si annovera – ai sensi dell'art. 47 della Carta – il diritto a un ricorso effettivo. L'assenza di un mezzo di impugnazione interno causerebbe dunque una violazione sistematica della norma da ultimo citata e la lesione del principio di fiducia reciproca (art. 4 par. 3 TrUE).

Di conseguenza, siccome una normativa che non prevede rimedi interni contro un OEI si pone in contrasto con il diritto dell'Unione e poiché l'OEI emesso potrebbe (anzi dovrebbe, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte) essere rifiutato dallo Stato di esecuzione per violazione dei diritti fondamentali, «l'articolo 6 della direttiva 2014/41, letto in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, deve essere interpretato nel senso che esso osta all'emissione, da parte dell'autorità competente di uno Stato membro, di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto lo svolgimento di perquisizioni e di sequestri nonché l'organizzazione dell'audizione di testimoni mediante videoconferenza, qualora la normativa di tale Stato membro non preveda alcun mezzo d'impugnazione contro l'emissione di detto ordine europeo di indagine»<sup>18</sup>.

Per concludere l'iter argomentativo della Corte di Giustizia, con specifico riferimento ai mezzi di indagine che hanno condotto alla remissione della questione pregiudiziale, è stato osservato dai giudici del Lussemburgo che le perquisizioni sono potenzialmente lesive del diritto al rispetto della vita familiare sancito dall'art. 7 della Carta di Nizza; i sequestri incidono oltre che sul citato diritto anche su quello di proprietà protetto dall'art. 17 par. 1 della medesima Carta; le audizioni mediante videoconferenza possono invece arrecare pregiudizio alla persona esaminata in caso di ingerenza dei pubblici poteri nella sfera privata del cittadino. Pertanto, venendo in gioco diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione, non può non trovare applicazione l'art. 47 della Carta di Nizza.

4. La sentenza *Gavanozov II* supera l'approccio pragmatico<sup>19</sup> cristallizzato in *Gavanozov I*, secondo cui l'obiettivo della direttiva OEI consisterebbe «nel facilitare e nell'accelerare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri sulla base dei principi di fiducia reciproca e di riconoscimento reciproci». Un approccio pragmatico

<sup>16</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §54.

<sup>17</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §57.

<sup>18</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §62.

<sup>19</sup> M. Simonato, *Mutual recognition*, op. cit.

ulteriormente confermato, in *Gavanozov I*, dall'omissione di qualsiasi riferimento ai diritti fondamentali della persona a favore di una maggiore sensibilità verso l'obiettivo di consolidare, oltre al citato principio del mutuo riconoscimento, lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia ("SLSG")<sup>20</sup>.

La condivisibile decisione da ultimo adottata dalla Corte fornisce dunque alcuni spunti di riflessione.

4.1. Innanzitutto, la Corte di Giustizia ha ribadito il carattere di diritto fondamentale della tutela giurisdizionale effettiva consacrata all'art. 47 Carta di Nizza, che presuppone sempre «che la persona che lo invoca si avvalga di diritti o di libertà garantiti dal diritto dell'Unione»<sup>21</sup>. La Corte è infatti ormai costante nell'affermare che gli Stati membri, quando attuano il diritto dell'Unione, «sono tenuti ad assicurare il rispetto del diritto a un ricorso effettivo»<sup>22</sup>. Più nello specifico, in materia penale, tra le sentenze della Corte di Giustizia che legano a doppio filo le disposizioni del diritto comunitario che prevedono il diritto a un ricorso effettivo con l'art. 47 Carta di Nizza, vi sono i casi *DR-TS*<sup>23</sup> e *OM*<sup>24</sup> che, in tema di confisca, hanno ritenuto non conforme al diritto dell'Unione e all'art. 47 della Carta la normativa di uno Stato membro che non prevede che i terzi interessati dal provvedimento ablativo possano godere di un ricorso effettivo.

Vi è inoltre da osservare che la C.G.U.E richiama l'omologo art. 13 Cedu, alla cui giurisprudenza bisogna fare riferimento ai sensi dell'art. 52 Carta di Nizza<sup>25</sup>, e guarda ai diritti fondamentali – tra cui il diritto a un ricorso effettivo – come strumenti imprescindibili di democrazia. Supera inoltre l'idea di predominio quasi assoluto del rafforzamento del mutuo riconoscimento posto alla base della direttiva, a favore di un modello in cui i diritti giocano un ruolo primario: il riconoscimento reciproco, infatti, non può privare i cittadini delle loro garanzie irrinunciabili.

Nel fare ciò, la Corte di Giustizia fornisce una tutela ancora maggiore di quella prevista dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale è costante nell'affermare che l'articolo 13 Cedu richiede la previsione di un rimedio domestico effettivo, ma è altrettanto uniforme nel ritenere che «agli Stati contraenti

<sup>20</sup> D.S. Castilhos-F. Pacheco-M.S. Barata, *Comentário ao Processo C-324/17, Gavanozov, 24 de outubro 2019: o princípio do reconhecimento mutuo versus Direitos Fundamentais*, in *Revista Jurídica Portuguesa* 2020, 28, 54. Analogamente I. Materljan-G. Materljan, *Europski istražni nalog i nacionalni sustavi pravnih lijekova: pitanje primjerene razine zastite temeljnih prava u drzavi izdavanja naloga*, in *Croatian Annual of Criminal Sciences and Practice* 2020, 747.

<sup>21</sup> C.G.U.E, Grande Sezione, 20.4.2021, *Repubblica c. Prim Ministru*, C-896/19, §41.

<sup>22</sup> C.G.U.E, Grande Sezione, 15.4.2021, *H.A.*, C-194/19, §43; C.G.U.E, Sez. I, 19.12.2019, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, C-752/18, §34. In tema v. anche, *ex multis*, C.G.U.E, Sez. I, 19.3.2020, *PG c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, C-406/18, §21; C.G.U.E, Sez. I, 6.12.2018, *IK*, C-551/18, §67;

<sup>23</sup> C.G.U.E, Sez. III, 21.10.2021, *DR e TS*, C-845/19 e C-863/19.

<sup>24</sup> C.G.U.E, Sez. I, 14.1.2021, *OM*, C-393/19.

<sup>25</sup> L'art. 52 par. 3 della Carta di Nizza stabilisce che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Pertanto, se un diritto fondamentale è tutelato tanto dalla Cedu quanto dal diritto dell'Unione, l'interpretazione che ne deve essere fornita dalla C.G.U.E deve comportare una garanzia analoga o maggiore di quella data dalla Corte di Strasburgo.

sono concessi margini di discrezionalità nelle modalità con cui si adeguano alle previsioni» dello stesso art. 13 Cedu<sup>26</sup>. I citati margini di discrezionalità sono stati oggetto di alcune decisioni che hanno stabilito che il controllo delle misure contrarie ai diritti sanciti dalla Convenzione «effettuato dai giudici penali [nel corso del dibattimento] fornisce una riparazione adeguata per l'interessato, dal momento che il giudice procede a un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti»<sup>27</sup>. Pertanto, per la Cedu un ricorso può esser effettivo anche se nel sistema interno non è catalogabile come tale.

Tuttavia, come anticipato, la Corte di Giustizia pare andare oltre rispetto a quanto stabilito dalla Corte europea. La direttiva, infatti, non sembrerebbe accontentarsi di un vaglio dibattimentale dell'atto di indagine acquisito; al contrario, parrebbe richiedere un mezzo di impugnazione specifico sul punto.

A favore della tesi appena prospettata depone, innanzitutto, il dato letterale. L'art. 13 Cedu e il suo omologo art. 47 della Carta di Nizza prescrivono la necessità di un «ricorso effettivo» («*effective remedy*»), mentre l'art. 14 direttiva 2014/41/UE e la sentenza *Gavanozov II* fanno riferimento «mezzi di impugnazione» («*legal remedies*»). Il dato letterale però non è tutto, in quanto è necessario tenere in considerazione che la Corte di Giustizia si è pronunciata sul processo penale bulgaro che prevede che nella fase delle indagini le perquisizioni e i sequestri sono autorizzati da un giudice e nella fase dibattimentale dal giudice che procede (art. 161 codice di procedura penale bulgaro – “Cpbb”)<sup>28</sup>. I verbali delle operazioni degli atti di indagine in oggetto possono essere letti nel dibattimento (art. 283 Cpbb)<sup>29</sup>, le parti li possono utilizzare per la discussione (art. 292 Cpbb)<sup>30</sup> e, di conseguenza, il giudice è tenuto a valutarli. Il processo penale bulgaro prevede poi un grado di appello (artt. 313 ss. Cpbb) e un giudizio di cassazione (artt. 346 ss. Cpbb). Per come è strutturato, dunque, sembra che la C.G.U.E non si “accontenti” di una valutazione dello strumento investigativo in sede dibattimentale, ma richieda espressamente l'introduzione di un rimedio specifico, così discostandosi dalla giurisprudenza Cedu sopra citata e allineandosi ad altra giurisprudenza della stessa Corte europea che ha ritenuto che la Bulgaria fosse priva

<sup>26</sup> C. eur., 14.1.2020, *Beizaras and Levickas c. Lituania*, §149. Nello stesso senso, *ex multis*, C. eur GC, 23.2.2016, *Mozer c. Repubblica Moldava e Russia*, §207; C. eur. GC, 28.11.1997, *Mentes e altri c. Turchia*, §89.

<sup>27</sup> C. eur., 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, §45; conformi C. eur., 30.5.2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, §37; C. eur., 2.9.2010, *Uzun c. Germania*, §71 s.

<sup>28</sup> «*In pre-trial proceedings search and seizure shall be performed with a authorisation by a judge from the respective first instance court or a judge from the first-instance court in the area of which the action is taken, upon request of the prosecutor. 64 (2) In cases of urgency, where this is the only possible way to collect and keep evidence, the bodies of pre-trial proceedings may perform physical examination without authorisation under paragraph 1, the record of the investigative action being submitted for approval by the supervising prosecutor to the judge forthwith, but not later than 24 hours thereafter. (3) In court proceedings a search and seizure shall be performed following a decision of the court which is trying the case.*».

<sup>29</sup> «*The court shall read out the records of the observation on site and of physical examination, of search and seizure, of re-enactment of the crime, and of identification of persons and objects, as well as the other documents enclosed with the case-file, if they contain facts of significance for elucidating the circumstances in the case.*».

<sup>30</sup> «*The parties participating in court debates may refer only to evidence collected and verified in the course of judicial trial, pursuant to the procedure established in this Code.*».

di rimedi effettivi<sup>31</sup>. Il vaglio dibattimentale, infatti, non sembra – nell’ottica della Corte – una garanzia adeguata (anche se quantomeno per imputati e indagati potrebbe esserlo), in quanto si pone in una fase avanzata del procedimento e la lettura sistematica dell’art 14 e della sezione J, come visto, paiono richiederlo immediatamente dopo l’esecuzione dell’ordine (o comunque alla prima occasione disponibile). Al contrario, un ricorso specifico in sede pre-dibattimentale/investigativa, immaginato al solo fine di contestare la legittimità, proporzionalità e necessità dell’ordine, sarebbe idoneo a fornire una tutela effettiva ed immediata a tutti gli interessati, oltre a garantire indirettamente, come si vedrà (*infra* §5), la ragionevole durata del processo.

4.2. Un punto fondamentale della sentenza si rinvia poi nell’interpretazione dell’art. 11 par.1 lett. f direttiva 2014/41/UE che, secondo la Corte, consente allo Stato di esecuzione di non riconoscere o non eseguire un OEI proveniente da un Paese in cui non sono previsti mezzi di impugnazione contro gli atti di indagine.

Proprio la citata causa di rifiuto di un OEI legato al rispetto dei diritti fondamentali rappresenta una novità di assoluto rilievo nella direttiva 2014/41/UE, dal momento che in precedenza non era mai stata introdotta una previsione simile negli strumenti di cooperazione europea in materia penale.

Prima di approfondire nel dettaglio la citata causa di rifiuto e i precedenti di matrice giurisprudenziale in tema di mandato di arresto europeo, pare opportuno evidenziare come la Corte di Giustizia sembra aver sciolto un contrasto interpretativo interno alla direttiva sul tema. Invero, l’art. 11 direttiva 2014/41/UE – perciò nella parte precettiva – stabilisce che l’autorità di esecuzione *può* rifiutare di riconoscere o eseguire un OEI (*may be refused* nella versione inglese) in ipotesi tassativamente elencate, tra le quali rientra la violazione di un diritto fondamentale. Al contrario, il considerando n. 19, sullo specifico tema in esame, prevede che l’esecuzione dell’OEI *dovrebbe* essere rifiutata (*should be refused* nella versione inglese). La C.G.U.E, pur senza evidenziare espressamente la citata contraddizione interna, ha ritenuto che l’art. 11 par.1 lett. f direttiva 2014/41/UE sia una causa di rifiuto obbligatoria, in quanto la violazione dei diritti fondamentali «non è compatibile con i principi di fiducia reciproca e di leale cooperazione»<sup>32</sup>. Pertanto, lo Stato di esecuzione *dovrebbe* rifiutare (*should be refused* nella versione inglese) l’esecuzione di un OEI in contrasto con i diritti fondamentali.

La conclusione a cui è giunta la Corte, pur motivata in modo estremamente sintetico, pare essere confermata da un’interpretazione sistematica dei *consideranda* e dell’art. 11 della direttiva. Non tutti i motivi di rifiuto previsti da quest’ultima norma, infatti, sono espressamente richiamati dai *consideranda* da 17 a 20, i quali si limitano a fornire indicazioni sulla disciplina del principio del *ne bis in idem* (considerando 17), della tutela dei diritti fondamentali (considerando 18 e 19) e dell’eventuale violazione di immunità o privilegi (considerando 20). Più nello specifico, i primi due (*ne bis in idem* e diritti fondamentali) prevedono che un OEI *dovrebbe* essere rifiutato ricorrendone i presupposti, mentre in relazione al terzo (la violazione di immunità o privilegi) *dovrebbe essere possibile* rifiutare un ordine. Se, dunque, il legislatore

<sup>31</sup> C. eur., 19.1.2017, *Posevini c. Bulgaria*, §82 ss.

<sup>32</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §60.

europeo ha ritenuto di prevedere giustificazioni espresse relative a determinati motivi di rifiuto, non può che ritenersi che questi possano essere sottoposti a una disciplina diversa (obbligatorietà e non facoltatività del rifiuto), in ottemperanza al brocardo latino *ubi lex dixit volui, ubi nolui tacuit*. D'altro canto, le norme devono essere lette in modo da fornire loro un significato e, se si parificassero tutte le cause di rifiuto, si svuoterebbero di contenuto i *consideranda* in questione.

Come anticipato, la Corte di Giustizia aveva già avuto modo di pronunciarsi sulla causa di rifiuto in esame in relazione al tema di mandato di arresto europeo ("MAE"), il quale, come noto, non la prevede. Invero, pur in presenza della citata mancanza, è stato affermato che i diritti fondamentali previsti dalla Carta – in particolar modo il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti – non possono essere modificati per effetto di normative europee<sup>33</sup>, che «limitazioni ai principi del riconoscimento e della fiducia reciproci tra Stati membri possono essere apportate "in circostanze eccezionali"»<sup>34</sup> e che non si può porre in bilanciamento il rispetto dei diritti fondamentali con i principi di fiducia e riconoscimento reciproci<sup>35</sup>. Si è inoltre affermato, sempre in tema di MAE ma in una questione avente ad oggetto il diritto a un equo processo previsto dall'art. 47 Carta di Nizza, che la possibile violazione di quest'ultimo diritto nello Stato di emissione può essere posto alla base di un rifiuto alla consegna da parte dell'autorità di esecuzione<sup>36</sup>.

I citati precedenti hanno dunque in qualche modo influenzato – anche se non richiamati espressamente – la sentenza *Gavanozov II*, che per la prima volta ha avuto modo di pronunciarsi sul rispetto dei diritti fondamentali in tema di OEI<sup>37</sup>.

Sul punto vi è infine ancora da segnalare che il citato nuovo motivo di non riconoscimento basato sulla tutela dei diritti fondamentali, già prima della decisione della Corte, era stato oggetto di attenzione da parte della dottrina<sup>38</sup> e degli operatori del diritto.

---

<sup>33</sup> C.G.U.E, Grande Sezione, 5.4.2016, *Aranyosi e Caldaru*, C-404/15 e C-659/15, §83. Ritiene che possa trovare applicazione il metodo *Aranyosi e Caldaru* anche in relazione all'OEI M. Caianiello, *L'OEI dalla direttiva al decreto n. 108 del 2017*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto nella raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele e R. Kostoris, Torino 2018, 50 s.

<sup>34</sup> C.G.U.E, Grande Sezione, 15.10.2019, *Dorobantu*, C-128/18, §49.

<sup>35</sup> C.G.U.E, Grande Sezione, 15.10.2019, *Dorobantu*, C-128/18, §82.

<sup>36</sup> «Occorre, quindi, considerare che l'esistenza di un rischio reale che la persona oggetto di un mandato d'arresto europeo subisca, in caso di consegna all'autorità giudiziaria emittente, una violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, pertanto, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, garantito dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, autorizza l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ad astenersi, a titolo eccezionale, dal dare seguito a tale mandato d'arresto europeo, in base all'articolo 1, paragrafo 3, della decisione quadro 2002/584» (C.G.U.E, Grande Sezione, 25.7.2018, *LM*, C-216/18, §59).

<sup>37</sup> *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order November 2020*, 36.

<sup>38</sup> R. Kostoris, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto nella raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele e R. Kostoris, Torino 2018, 7; A. Mangiaracina, *Il procedimento di esecuzione dell'OEI e i margini nazionali di rifiuto*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto nella raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele e R. Kostoris, Torino 2018, 105 ss.; A. Mangiaracina, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *DPP 2018*, 166 ss.; G. Fiorelli, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Luparia e L. Marafioti, Torino 2016, 85; M.A. Ruiz Albert, *La orden europea de investigacion en Espana: armonias, acordes, disonancias*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L.

Con riferimento a questi ultimi, una ricerca condotta nell'ambito del progetto finanziato dalla Commissione europea EIO-LAPD (*European Investigation Order – Last Application and Practical Dilemmas*) ha evidenziato che, nei Paesi partecipanti al progetto (Slovenia, Germania, Austria, Portogallo, Italia, Croazia) i magistrati non hanno mai invocato tale motivo di non riconoscimento, mentre gli avvocati hanno affermato che sicuramente lo azionerebbero, ma in concreto nessuno aveva avuto modo di procedere in tal senso<sup>39</sup>.

4.3. La sentenza *Gavanozov II* lascia poi aperti alcuni interrogativi: chi può proporre ricorso? Quando si può proporre e quali requisiti deve avere l'impugnazione?

Con riferimento alla prima questione, si deve osservare che la Corte di Giustizia sembra fornire una risposta implicita che depone a favore della legittimazione attiva di chiunque sia interessato dall'atto investigativo, sia esso la persona indagata o un terzo (persona a cui i beni vengono sequestrati, testimone ecc.). Nel corpo della sentenza, infatti, sono diversi i passaggi in cui la Corte fa riferimento indistintamente alla «persona interessata»<sup>40</sup> dall'atto di indagine (quindi non solo all'indagato), ma, soprattutto, ritiene che «qualsiasi persona sottoposta all'obbligo di presentarsi a un'audizione al fine di essere sentita come testimone o di rispondere ai quesiti»<sup>41</sup> debba disporre un rimedio effettivo. Pertanto, da ciò si può far discendere che chiunque sia soggetto a un atto di indagine che lede un suo diritto fondamentale, in qualità di indagato o di terzo interessato, abbia il diritto a un ricorso effettivo.

Una simile conclusione è peraltro avvalorata anche dal tenore letterale dell'art. 47 Carta di Nizza e dell'art. 14 direttiva OEI, in quanto il primo fa riferimento a «ogni persona», mentre il secondo alle «persone interessate». La formulazione volutamente generica delle norme depone chiaramente a favore di rimedi non limitati al solo indagato. Inoltre, come evidenziato dall'Avvocato Generale Yves Bot nelle sue conclusioni in *Gavanozov I*, quando la direttiva 2014/41/UE ha voluto circoscrivere l'applicazione delle norme ai soli indagati, lo ha fatto con grande avvedutezza<sup>42</sup>. In

---

Luparia e L. Marafioti, Torino 2016, 148 ss.; P. Spagnolo, *La nuova cooperazione*, op. cit., 1290 ss.; M. Daniele, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *DPenCont* 2016, 67 s.; M. Daniele, *Evidence Gathering in the Realm of the European Investigation Order. From National Rules to Global Principles*, in *New Journal of European Criminal Law* 2015, 189 ss.; T. Cassuto, *La direttiva concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale*, in *AJ Pénal* 2014; I. Armada, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law* 2015, 8 ss.; D. Dediu, *The European Investigation Order in Criminal Matters Grounds for non-Recognition or non-Execution*, in *Lex ET Scientia International Journal* 2018, 202 ss.; D. Dediu, *Protection of Fundamental Rights in the Light of the Directive Regarding the European Investigation Order*, in *Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale* 2018, 298 ss.; Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order. November 2020*, in [Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order \(europa.eu\)](#).

<sup>39</sup> EIO-LAPD, *Comparative report*, 2021, 24-26, consultabile sul sito istituzionale del progetto al seguente link: [Comparative-report.pdf \(eio-lapd.eu\)](#)

<sup>40</sup> Senza pretesa di esaustività, si segnalano i §33, 34, 35, 41, 44, 47 e 53 di C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19.

<sup>41</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §49.

<sup>42</sup> «Orbene, a mio avviso, il ricorso a espressioni differenti è tutt'altro che insignificante, tanto più che, nell'ambito della direttiva 2014/41, gli atti di indagine oggetto di una richiesta di ordine europeo di indagine possono riguardare la "persona sottoposta a indagini", la "persona interessata" o soggetti terzi e arrecare, [La legislazione penale](#)

particolare, si pensi all'art. 1 che facoltizza l'indagato a richiedere l'emissione di un OEI, all'art. 6 che impone di tenere conto dei diritti della persona sottoposta a indagini per emettere un OEI e all'art. 24 che richiede il necessario consenso della stessa per la sua audizione in video conferenza. Ne consegue, dunque, che anche una lettura sistematica dell'intera direttiva depone a favore di rimedi azionabili da chiunque si è visto ledere un proprio diritto da un atto di indagine.

Per fornire una risposta al quesito relativo al *quando* e al *quomodo* dell'impugnazione, si deve distinguere innanzitutto tra i soggetti che la possono azionare: indagati e altre persone interessate. Queste ultime, infatti, non hanno (o comunque non dovrebbero avere) interesse in merito alla (in)utilizzabilità degli elementi di prova raccolti nel corso del processo e, pertanto, ogni rimedio pensato a tal fine non sarebbe effettivo. Inoltre, non essendo parti del procedimento penale, i terzi non possono opporsi preventivamente al compimento dell'atto. Ne consegue che gli interessi di questi soggetti non possono che essere di tipo risarcitorio-compensativo (si pensi al testimone che ha subito un intervento sproporzionato o arbitrario del potere pubblico<sup>43</sup>) o restitutorio (ad esempio il soggetto, non indagato, che ha subito una perquisizione o un sequestro illegittimi) e dovrebbero poter essere fatti valere – alternativamente o cumulativamente – tanto nel processo penale quanto in altro processo.

Se, dunque, per i terzi interessati pare che l'impugnazione non possa che essere successiva al compimento dell'atto, in quanto un rimedio risarcitorio o restitutorio necessariamente segue lo stesso, maggiori dubbi sorgono per quei mezzi di indagine che concernono la persona dell'indagato. Invero, non sempre un rimedio può essere esperito prima dell'emissione o dell'esecuzione di un provvedimento che autorizza un atto di indagine; al contrario, la maggior parte dei mezzi investigativi richiede che gli stessi siano svolti all'insaputa dell'indagato per non frustrare le esigenze attinenti alle indagini (si pensi alle perquisizioni, ai sequestri, alle intercettazioni telefoniche e a tutti quegli atti in cui l'“effetto sorpresa” gioca un ruolo determinante). Nel primo caso, l'eventuale accoglimento dell'impugnazione può impedire l'espletamento dell'atto; nel secondo, invece, un rimedio esperito con successo dopo il compimento dell'atto può portare alla sua inutilizzabilità processuale e/o alla sua cancellazione/distruzione e/o al risarcimento del danno.

Gli Stati membri sono dunque chiamati a bilanciare i diritti individuali con le esigenze investigative e, di conseguenza, a introdurre (ove non già presenti) impugnazioni effettive che possano garantire i primi senza frustrare le seconde, in una logica di pesi e contrappesi che potrà nuovamente essere vagliata dalla Corte di Giustizia in caso di dubbio.

Infine, alla luce di *Gavanozov II* vi è ancora da chiedersi quali saranno gli scenari futuribili, anche in considerazione del fatto che non sono pochi i Paesi che non prevedono rimedi contro ogni atto di indagine (tra gli altri Bulgaria, Italia, Francia<sup>44</sup> e

---

pertanto, pregiudizio ai loro diritti» (Conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot, 11.04.2019, *Gavanozov I*, C-324/17, §62).

<sup>43</sup> C.G.U.E, Sez. I, 11.11.2021, *Gavanozov II*, C-852/19, §46.

<sup>44</sup> D. Knytel, *Evidence Gathering*, op. cit., 88.

Spagna<sup>45</sup>). La sentenza della Corte, ove applicata letteralmente, infatti, subordina l'adozione e il riconoscimento di un OEI alla presenza di rimedi interni nello Stato di emissione, con conseguente possibile disapplicazione pratica dello strumento per la maggior parte degli atti di indagine, sino all'introduzione di una normativa che preveda mezzi di impugnazione contro gli stessi. La tutela dei diritti fondamentali, quindi, sembra comportare l'inserimento di un "freno a mano" nei meccanismi di riconoscimento e fiducia reciproci a livello unionale che, sebbene in contrasto con l'idea di fondo della direttiva 2014/41/UE, è coerente con il fine di creare uno SLSG in cui i cittadini sono tutelati anche da possibili interventi illegittimi o arbitrari del potere pubblico.

5. La sentenza *Gavanozov II*, oltre a fornire una tutela maggiore di quella prevista dall'art. 111 della nostra Costituzione che garantisce il diritto a ricorrere in Cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale, potrebbe determinare effetti dirompenti nell'ordinamento italiano. Il nostro sistema, infatti, non contempla una possibilità generalizzata di impugnazione contro gli atti di indagine e ciò potrebbe comportare il rischio che gli stessi non possano essere oggetto di un OEI o che, se un OEI fosse emesso, questo non venga successivamente riconosciuto o eseguito nello Stato di esecuzione ai sensi dell'art. 11 par. 1 lett. f) direttiva OEI.

Il nostro codice di rito e la legge di attuazione della direttiva 2014/41/UE (d. lgs. 21.6.2017 n. 108), ad oggi, prevedono che possa essere impugnato il solo sequestro probatorio<sup>46</sup>, mentre tutti gli altri atti di indagine sono garantiti esclusivamente da un controllo giudiziale in sede dibattimentale, con conseguente eventuale inutilizzabilità degli atti compiuti qualora questi vengano inseriti nel fascicolo per il dibattimento (in caso contrario, infatti, anche tale controllo giudiziale sarebbe precluso dalla collocazione degli atti nel fascicolo del pubblico ministero che non è valutabile dal giudice). Questo vaglio dibattimentale – come visto – è ritenuto, in casi specifici, dalla Cedu sufficiente per la tutela del diritto a un ricorso effettivo, ma di diverso avviso è la C.G.U.E, secondo la quale sembra che l'inutilizzabilità dell'atto di indagine non sia una garanzia adeguata.

Non si possono negare le ricadute pratiche di una simile impostazione, dal momento che vi è il concreto rischio che, qualora venisse introdotto nel nostro ordinamento un rimedio generalizzato contro tutti gli atti di indagine, il sistema giudiziario rischierebbe di collassare sotto i potenziali numerosissimi ricorsi che le difese degli interessati – nell'esercizio del loro diritto costituzionale di difesa – potrebbero presentare. Sarebbe allora necessario che un eventuale rimedio ad ampio spettro di tal fatta fosse controbilanciato da un effetto non sospensivo dell'atto e sanzionato, nel caso in cui fosse manifestamente infondato o chiaramente dilatorio, da una deterrente sanzione pecuniaria da versare alla Cassa delle Ammende (come

<sup>45</sup> J. Pérez Gil, *Orden Europea de investigacion*, op. cit., 10.

<sup>46</sup> La riforma Cartabia (l. 27.9.2021, n. 134) all'art. 1 co. 24 delega il Governo a «prevedere il diritto della persona sottoposta alle indagini e dei soggetti interessati di proporre opposizione innanzi al giudice per le indagini preliminari avverso il decreto di perquisizione cui non consegua un provvedimento di sequestro».

peraltro già previsto in tema di ricorso in Cassazione e di opposizione *ex art. 410 bis Cpp*). In ogni caso, un rimedio preventivo, inteso come rimedio pre-giudiziale, ossia che si incardina prima del giudizio, potrebbe garantire indirettamente il principio di ragionevole durata del processo. Invero, può accadere che la prova raccolta all'estero in fase investigativa – che in linea di massima rientra nel fascicolo del dibattimento – sia di centrale importanza nell'economia del processo. Espungere questa prova prima del dibattimento può far venire meno l'utilità dello stesso e può comportare di evitare la celebrazione di processi destinati a concludersi, verosimilmente, con un'assoluzione. E ciò a maggior ragione se si considera che, nel futuro molto prossimo, il criterio valutativo per la sentenza di non luogo a procedere e per l'archiviazione sarà la «ragionevole previsione di condanna» anziché la «sostenibilità dell'accusa in giudizio»<sup>47</sup>.

Tuttavia, è verosimile ritenere che l'interpretazione appena fornita – in linea con la *ratio* della decisione e con l'impianto normativo della direttiva 2014/41/UE – non sarà accolta dalla Corte di Cassazione. Nonostante il *self-restraint* degli ultimi anni sul tema dell'inutilizzabilità, la Cassazione non è nuova a interpretazioni di fatto “disapplicanti” il diritto dell'Unione. Si pensi, infatti, in tema di diritto alla traduzione degli atti, che nonostante la direttiva 2010/64/UE stabilisca «che gli Stati membri assicurano che gli indagati o gli imputati che non comprendono la lingua del procedimento penale ricevano [gratuitamente], entro un periodo di tempo ragionevole, una traduzione scritta di tutti i documenti che sono fondamentali per garantire che siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento» (art. 3 direttiva 2010/64/UE), e che nonostante l'art. 143 Cpp preveda il diritto alla traduzione di tutta una serie di atti processuali, il Supremo consesso ha sostenuto in taluni arresti che è onere dell'avvocato domiciliatario quello di tradurre gli atti al proprio cliente<sup>48</sup>. Peraltro, anche in tema di ricorso contro il decreto di riconoscimento di un OEI, parte della giurisprudenza ha ritenuto che la omessa comunicazione di quest'ultimo, dovuta *ex lege*, rappresenti una mera irregolarità e non una causa di nullità, così di fatto privando l'interessato di ogni tutela<sup>49</sup>. È pertanto plausibile che il giudice della

<sup>47</sup> Tale modifica è stata disposta dall'art. 1 co. 9 l. 134/2021, con l'obiettivo di garantire la ragionevole durata del processo ed evitare la celebrazione di processi destinati verosimilmente a concludersi con una sentenza di assoluzione.

<sup>48</sup> Così parte della giurisprudenza di legittimità. V. *ex multis*, Cass. Sez. V 6.11.2017 n. 57740, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it) e Cass. Sez. II 16. 3.2017 n. 31643, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), secondo cui «l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloggiato è escluso ove lo stesso abbia eletto domicilio presso il difensore di fiducia, non verificandosi in tale ipotesi alcuna lesione concreta dei suoi diritti». Più recentemente pare esservi stato un dovuto e opportuno *révirement*: «l'obbligo di traduzione degli atti in favore dell'imputato alloggiato, non irreperibile, né latitante, sussiste - a pena di nullità *ex art. 178, lett. c)*, cod. proc. pen. - anche nel caso in cui egli abbia eletto domicilio presso il difensore, avendo quest'ultimo solo l'obbligo di ricevere gli atti destinati al proprio assistito, ma non anche quello di procedere alla loro traduzione» (Cass. Sez. I 26.10.2021 n. 40584, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); in senso conforme Cass. Sez. VI 7.7.2021 n. 30143, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)).

<sup>49</sup> Cass. 24.9.2020 n. 30885, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). Di contrario avviso una giurisprudenza più risalente Cass. 31.1.2019 n. 8320, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), condivisa anche dalla dottrina (M. Daniele, *Il riconoscimento “di fatto” dell'ordine europeo di indagine: un'altra censura dalla Cassazione*, in [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org), 16.4.2019; S. Marcolini, *L'ordine europeo di indagine alla prova dei fatti: prime pronunce in materia*, in *CP* 2019, 3374; G. De Amicis, *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *CP* 2018, 33)

nomofilachia ritenga sufficiente, quale mezzo di impugnazione, la possibilità di far dichiarare inutilizzabile l'OEI emesso in assenza dei requisiti richiesti o eseguito in pregiudizio dei diritti fondamentali dell'individuo.

Questa soluzione, tuttavia, scontrerebbe un problema di fondo: l'inutilizzabilità si pone ad esclusivo appannaggio delle parti processuali, mentre si è visto che un mezzo di impugnazione deve poter essere azionato anche dai terzi interessati. Di conseguenza, anche a voler ritenere l'inutilizzabilità un rimedio adeguato (e certamente per gli indagati/imputati ciò potrebbe essere sufficiente in astratto, ma in concreto probabilmente non in linea con la sentenza della C.G.U.E), questa non sarebbe da sola sufficiente in assenza di un rimedio generalizzato che consenta anche a chi non è indagato/imputato, ma interessato dall'atto di indagine (SIT, perquisizioni ecc.), di potersi dolere delle modalità di esecuzione dello stesso. In altre parole, l'inutilizzabilità non sarebbe una panacea in grado di evitare la totale disapplicazione della normativa interna (in tema di OEI) per contrasto con il diritto dell'Unione; al contrario, consentirebbe esclusivamente di poter utilizzare l'OEI per tutti quei casi riguardanti la sola persona dell'indagato.

In definitiva, dunque, è altamente ipotizzabile (e auspicabile) che sia rimessa una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia volta a definire i contorni interpretativi della locuzione *mezzi di impugnazione*.

### 5.1. La sorte degli OEI attivi e passivi emessi e riconosciuti nonostante il dovere di disapplicazione

Ci si può poi domandare, nel caso in cui la prospettata interpretazione garantista della sentenza *Gavanozov II* fosse accolta, quale possa essere la sorte interna di un OEI, tanto dal lato passivo quanto da quello attivo.

Nel primo caso, il pubblico ministero distrettuale (o il giudice quando è necessario il suo intervento) dovrà riconoscere l'OEI in virtù dei principi di fiducia reciproca e mutuo riconoscimento, dal momento che l'appartenenza all'Unione presuppone (o meglio dovrebbe presupporre) il rispetto dei diritti garantiti dalla stessa. Non si può, infatti, imporre in capo al pubblico ministero un dovere di verificare la legislazione di ogni Stato membro per vagliare la sua conformità ai principi dettati dalla sentenza *Gavanozov II* (fatti salvi casi eccezionali di condanna della Cedu nei confronti del Paese in questione), a maggior ragione se si considera che, in seguito al citato arresto della Corte del Lussemburgo, l'autorità di emissione non dovrebbe adottare un OEI se il proprio ordinamento non prevede rimedi effettivi<sup>50</sup>; inoltre, uno stringente controllo sulla legislazione dell'altro Paese vanificherebbe la celerità che anima lo strumento in esame. Si può allora immaginare che sarà compito della difesa, in sede di opposizione al decreto di riconoscimento, quello di prospettare la violazione dell'art. 11 par. 1 lett. f direttiva 2014/41/UE, in quanto la stessa dovrebbe essere a conoscenza della

---

<sup>50</sup> A. Mangiaracina, *Il procedimento di esecuzione*, op. cit., 129, secondo cui «l'autorità di esecuzione dovrà anzitutto valutare – *ex officio*, stante la difficoltà che l'indagato possa dare il suo contributo ove si consideri la segretezza che caratterizza la procedura – se sussistano “elementi oggettivi, attendibili, precisi” sulla possibile violazione di un diritto umano».

legislazione dello Stato membro di emissione e se questa prevede o meno mezzi di impugnazione effettivi contro gli atti di indagine.

L'impossibilità pratica di porre in capo al pubblico ministero tale verifica pare confermata anche dal principio *iura novit curia* che, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, pare essere applicabile solo nei confronti dei giudici e non anche delle parti del processo, con la conseguenza che il pubblico ministero, essendo la parte pubblica, non sarebbe tenuto a conoscere nel dettaglio tutte le legislazioni straniere. Al contrario, invece, il principio *iura novit curia* torna ad operare compiutamente in tutti quei casi in cui è il giudice per le indagini preliminari (o quello del dibattimento) a dover riconoscere un OEI proveniente da un Paese terzo, dal momento che secondo il conforme parere della giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui, anche nel processo penale, trova applicazione l'art. 14 della l. 31.5.1995 n. 218 che prescrive che l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice e che, a tal fine, lo stesso può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero della Giustizia e può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate<sup>51</sup>.

Dal punto di vista attivo, invece, ad oggi l'Italia non dovrebbe emettere un OEI se non avente ad oggetto un sequestro probatorio, in quanto non sono previsti rimedi interni contro gli altri atti di indagine. Per dirla diversamente, l'Italia dovrebbe disapplicare la normativa interna di attuazione della direttiva OEI perché in violazione della normativa europea, fatta eccezione per gli ordini riguardanti i sequestri probatori. Tuttavia, nel caso in cui ciò succedesse, in primo luogo incomberebbe in capo allo Stato di esecuzione un dovere di non riconoscere o non eseguire l'OEI richiesto. Ma potrebbe accadere che lo Stato richiesto dia seguito all'OEI emesso dall'Italia e trasmetta a quest'ultima gli atti di indagine compiuti sul suo territorio. *Quid iuris*, dunque, circa la sorte degli atti trasmessi all'Italia in violazione della normativa europea?

In primo luogo, non pare possa farsi riferimento alla dottrina del *male captum bene retentum*, che ha ricevuto autorevole avalli tanto dalla Corte Costituzionale<sup>52</sup> quanto dalla Corte di Cassazione<sup>53</sup>, in quanto nelle occasioni in cui si sono pronunciate la questione verteva sulla possibilità di rinvenire nell'ordinamento l'istituto dell'inutilizzabilità derivata, la cui esistenza è negata tanto dal giudice delle leggi quanto da quello della nomofilachia. Nel caso di specie, al contrario, non siamo in presenza di una inutilizzabilità derivata, dal momento che gli atti compiuti all'estero non discendono da un atto investigativo precedente illegittimo (per esempio un sequestro preceduto da una perquisizione illegittima), bensì sono diretta applicazione

---

<sup>51</sup> Cass. 18.10.2018 n.4979, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it). In termini Cass. 5.11.2009 n.49532, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it) per la quale «va affermato l'ulteriore principio di diritto per cui il principio posto dalla L. n. 218 del 1995, art. 14, - secondo cui l'accertamento della legge straniera è compiuto anche d'ufficio dal giudice, eventualmente tramite il Ministero della giustizia o esperti o istituzioni specializzate (comma 1) ovvero con l'aiuto delle parti interessate (comma 2) - deve intendersi come principio generale del sistema, rilevante pure nel procedimento penale, in ogni caso in cui l'applicazione della legge penale presupponga l'accertamento di un dato normativo straniero».

<sup>52</sup> C. cost., 3.10.2019 n. 219, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), §5. Esclude l'esistenza dell'inutilizzabilità derivata anche C. cost., 26.11.2020 n. 252, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it), §3.1.; C. cost., 27.9.2001 n. 332, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>53</sup> Ancora recentemente v. Cass. 27.10.2021, n. 38605, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

di un ordine che non avrebbe dovuto essere emesso per effetto della disapplicazione della normativa interna in contrasto con quella comunitaria.

Ciononostante, non si può ritenere che la prova assunta in violazione del diritto dell'Unione europea possa fare ingresso ed essere utilmente valutata dal giudice ai fini della decisione finale. Per giungere a questa conclusione, si possono immaginare due scenari che poggiano entrambi sull'interpretazione dell'art. 191 Cpp, la cui «vaghezza linguistica presta il fianco a interpretazioni del tutto opposte». <sup>54</sup> Come noto, infatti, l'art. 191 Cpp prevede che non possono essere utilizzate le prove acquisite «in violazione dei divieti stabiliti dalla legge», ma è proprio l'ampiezza del termine *divieti* che può comportare divergenze esegetiche. Se non vi è dubbio che i divieti previsti espressamente dalla legge processuale comportino l'inutilizzabilità della prova; al contrario, in dottrina e in giurisprudenza si discute sull'esistenza di divieti impliciti o che discendono dal contrasto con norme costituzionali (c.d. prova incostituzionale).

I divieti impliciti derivano non da un divieto espressamente imposto dalla legge, ma possono essere ricavati *a contrario* da prescrizioni impositive di determinati obblighi che, se violate, comportano l'inutilizzabilità del risultato probatorio acquisito. Secondo parte della dottrina, inoltre, non esistendo un principio di tassatività <sup>55</sup> delle ipotesi di inutilizzabilità (a differenza di quanto previsto in tema di nullità), non si potrebbe circoscrivere quest'ultima ai soli casi di violazione di un divieto espresso e sanzionato con l'invalidità in questione <sup>56</sup>. È il caso, per esempio, delle dichiarazioni non verbalizzate né sottoscritte rese dall'indagato alla polizia giudiziaria e da questa riportate in una annotazione di PG redatta ai sensi dell'art. 357 Cpp, che sono, stante l'omessa verbalizzazione, inutilizzabili, sebbene la normativa non preveda espressamente questa causa di inutilizzabilità <sup>57</sup>. Si potrebbe dunque ritenere che l'interpretazione della Corte di Giustizia della direttiva 2014/41/UE abbia sancito un divieto di emissione dell'ordine, e perciò anche un divieto implicito di ammissione e di assunzione della relativa prova, con conseguente inutilizzabilità dei risultati probatori eventualmente acquisiti. Il divieto in questione è certamente inedito nel panorama nazionale, in quanto forse per la prima volta si assiste a un divieto probatorio previsto da una fonte sovranazionale e non dall'ordinamento interno. Un divieto, peraltro, che non riguarda le modalità di assunzione della prova (che generalmente caratterizzano i divieti impliciti), ma concerne proprio la violazione di un divieto indirettamente imposto dalla disciplina unionale.

Dal canto suo, anche la discussa teoria delle prove incostituzionali, ossia quelle prove che «vengono acquisite con modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive

---

<sup>54</sup> A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Cedam 2019, 323.

<sup>55</sup> Secondo C. Conti, *L'inutilizzabilità*, in A. Marandola (a cura di), *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Utet 2015, 111 «l'aspirazione verso la tassatività si è rivelata un'utopia».

<sup>56</sup> F.R. Dinacci, *Le regole generali delle prove, Procedura penale – Teoria e pratica del processo*, a cura di G. Spangher et al., Utet 2015, 795. Sullo specifico tema dell'OEI si è sostenuto che «non pare invocabile, in quest'ambito, la tesi in base alla quale i divieti probatori dovrebbero essere espressamente previsti attraverso formule normative tali da individuare chiaramente l'assenza di un potere istruttorio» (M. Daniele, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto nella raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele e R. Kostoris, Torino 2018, 182).

<sup>57</sup> Cass. 6.11.2017, n. 56995, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

dei diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente tutelati»<sup>58</sup>, talvolta ammessa dalla Suprema Corte<sup>59</sup> e dalla Corte costituzionale<sup>60</sup>, potrebbe essere applicabile al caso in questione. Se, dunque, si ritiene configurabile questo particolare tipo di inutilizzabilità, allora vi è da domandarsi quale sia il parametro costituzionale leso dall'emissione di un OEI per un atto di indagine che non possiede un rimedio effettivo interno. La risposta non può che essere calata nel caso concreto ed essere differente per ogni situazione: si può ipotizzare una possibile violazione del diritto di difesa sancito dall'art. 24 co. 2 Cost., così come una potenziale lesione del diritto alla segretezza delle comunicazioni di cui all'art. 15 Cost (è il caso, ad esempio, delle intercettazioni telefoniche) o all'inviolabilità del domicilio ex art. 14 Cost. (per esempio una perquisizione non seguita da sequestro).

In ogni caso, a prescindere da quale sarà l'interpretazione che si andrà affermando in dottrina e in giurisprudenza, non può non rilevarsi come sia il legislatore a doversi fare carico di un problema che rischia di condurre alla creazione di rilevanti problemi dal punto di vista pratico (oltre che dogmatico).

6. Le conclusioni a cui è giunta la sentenza *Gavanozov II* dimostrano come la Corte di Giustizia stia riponendo sempre più attenzione alla tutela dei diritti fondamentali, affiancando così il suo ruolo di giudice del diritto dell'Unione a giudice dei diritti della stessa, e come sia sempre più necessaria un'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali sui requisiti generali che un processo penale deve possedere.

La direttiva 2014/41/UE, infatti, è uno strumento di mutuo riconoscimento e di fiducia reciproca che presuppone il rispetto del diritto dell'Unione europea e dei suoi principi fondamentali da parte di tutti gli Stati membri, anche se di fatto – come visto nel caso in esame – non sempre ciò accade. Per ottenere un'efficace ed effettiva cooperazione giudiziaria penale europea, dunque, ed evitare che i meccanismi si inceppino a causa di difformità tra l'essere e il dover essere delle legislazioni nazionali, è necessaria un'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali che, senza dettare le regole di dettaglio, tratteggi quantomeno i requisiti minimi<sup>61</sup> che un processo penale degli Stati dell'UE deve possedere.

La sentenza *Gavanozov II*, in qualche modo, sembra deporre in favore di una sorta di implicita armonizzazione minima dei sistemi processuali penali europei in tema di rimedi, in quanto impone agli Stati di dotarsi di mezzi di impugnazione contro tutti gli atti di indagine<sup>62</sup>, in assenza dei quali è preclusa la possibilità di emettere un OEI.

<sup>58</sup> C. Conti, *L'inutilizzabilità*, op. cit., 118. Sul punto v. anche A. Cabiale, *I limiti alla prova*, op. cit., 35 ss.

<sup>59</sup> *Ex multis*, Cass. 29.11.2021, n. 43910, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. 22.5.2018 n. 22754, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. 13.6.2006, n. 20228, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass. S.U. 8.5.2000, n. 6, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>60</sup> *Ex multis*, C. cost., 6.4.1973, n. 34, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); C. cost., 11.3.1993, n. 81, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); C. cost., 9.7.1996, n. 238, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>61</sup> Così anche I. Szijártó, *Considerations regarding the Gavanozov II case before the CJEU*, in [www.eio-lapd.eu](http://www.eio-lapd.eu), 29.3.2021.

<sup>62</sup> In tal senso, anche se riferito alle conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot in *Gavanozov I* ma le considerazioni si possono estendere senza problemi a *Gavanozov II*, M. Simonato, *Mutual recognition*, op. cit.: «the AG seemed to hint towards a sort of implicit or de facto minimum harmonisation when suggesting that the lack of available remedies in the issuing State does not comply with Directive 2014/41».

Sarebbe allora stato preferibile che il legislatore europeo avesse imposto *expressis verbis* nella direttiva un obbligo in tal senso<sup>63</sup>, eventualmente indicando i requisiti minimi che i rimedi avrebbero dovuto possedere per essere considerati un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta, analogamente a quanto previsto nella proposta di regolamento relativa agli ordini europei di produzione e di conservazione di prove elettroniche in materia penale<sup>64</sup> o a quanto già disposto dall'art. 33 del regolamento 2018/1805/UE relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca (che all'art. 19 precisa altresì che la violazione del diritto a un ricorso effettivo può essere causa una di non riconoscimento del provvedimento).

Ciò, purtroppo, non è avvenuto. A distanza di otto anni dall'adozione della direttiva e con il progredire degli strumenti di cooperazione, i tempi potrebbero tuttavia essere finalmente maturi perché il legislatore europeo intervenga sul punto, eventualmente modellando la nuova norma sulla linea di quanto già previsto dal regolamento 2018/1805/UE.



---

<sup>63</sup> Dello stesso avviso D. Knytel, *Evidence Gathering*, op. cit., 89-90.

<sup>64</sup> La proposta in questione (2018/0108 (COD)), è attualmente in fase di negoziati interistituzionali tra Commissione, Consiglio e Parlamento ([Fiche de procédure: 2018/0108\(COD\) | Observatoire législatif | Parlement européen \(europa.eu\)](#)).