

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**11/2023**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Viganò, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Tommaso Trincherà

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2023, p. 5 ss.

**MUTUA AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA TRA GLI STATI MEMBRI  
DELL'UNIONE EUROPEA ED E-EVIDENCE:  
RIFLESSIONI A MARGINE DELLA PROPOSTA DI DIRETTIVA DELLO  
EUROPEAN LAW INSTITUTE**

di Claudio Orlando

*Il contributo mira ad analizzare le principali caratteristiche della Proposta di Direttiva elaborata in data 5 maggio 2023 dallo European Law Institute. La Proposta rappresenta il frutto di un intenso lavoro portato avanti dal 2020 al 2023 dall'Istituto e delinea la strada da percorrere per una futura iniziativa legislativa dell'Unione Europea nel quadro degli obiettivi fissati dall'art. 82 TFUE, individuando delle norme comuni che agevolino la mutua ammissibilità delle prove tra gli Stati membri e valorizzando a un tempo la necessità di riconoscere un'adeguata tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte nei procedimenti penali transnazionali.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto giuridico di riferimento della Proposta di Direttiva dello *European Law Institute*. – 3. Il contenuto della Proposta. – 3.1. Principi generali di ammissibilità della prova nei procedimenti penali transnazionali. – 3.2. Norme specifiche in materia di *e-evidence* e rimedi legali effettivi. – 4. Considerazioni conclusive.

## **1. Introduzione.**

Nello scenario giuridico europeo ormai da decenni si dibatte sulla necessità di rafforzare la cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione, consolidando il canone del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nel quadro degli obiettivi fissati dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. L'articolo 82 del TFUE, infatti, ai paragrafi 1(a) e 2(a) sancisce la competenza dell'Unione a stabilire norme e procedure per rendere effettiva l'applicazione di tale principio e, laddove sia necessario per facilitare la cooperazione in materie penali aventi carattere transnazionale, ad adottare direttive che stabiliscano norme minime per l'ammissibilità reciproca delle prove in procedimenti che vedano il coinvolgimento di autorità giudiziarie di Paesi differenti.

In questo contesto assume rilevanza centrale la recentissima Proposta di Direttiva adottata in data 5 maggio 2023 dallo *European Law Institute*<sup>1</sup>, la quale si prefigge lo scopo di predisporre delle norme comuni intese ad agevolare la mutua ammissibilità della prova tra gli Stati membri dell'Unione e di identificare delle regole specifiche in materia di *electronic evidence* che contribuiscano allo sviluppo di modelli giuridici nazionali ispirati ad una maggiore armonizzazione legislativa nell'area UE<sup>2</sup>. La Proposta rappresenta il frutto di un intenso lavoro portato avanti dal 2020 al 2023 dall'Istituto e delinea la strada da percorrere per una futura iniziativa legislativa dell'Unione volta a definire degli *standard* condivisi che consentano di affrontare talune tra le delicatissime problematiche che si stagliano nell'ambito della giustizia penale transnazionale.

In questa prospettiva il presente contributo, una volta inquadrato il contesto giuridico di riferimento al quale il documento si ascrive, mira ad analizzare le principali caratteristiche della Proposta di Direttiva, valorizzandone la portata innovativa per un corretto sviluppo di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'area UE.

## 2. Il contesto giuridico di riferimento della Proposta di Direttiva dello *European Law Institute*.

La previsione di *standard* comuni che definiscano se e in che modo le prove possano essere acquisite in uno Stato membro e successivamente trasferite e ammesse in un altro costituisce, come è noto, un'operazione decisamente complessa data la diversità che caratterizza la tradizione dei sistemi giuridici dei vari Paesi UE. Eppure, si tratta di una sfida ineludibile e che richiede nell'attuale contesto storico il massimo sforzo da parte del legislatore dell'Unione, specie in considerazione del fatto che le nuove tipologie di prove destinate a fare ingresso sempre più spesso nei procedimenti penali – prime fra tutte le prove elettroniche – assumono nella stragrande maggioranza dei casi una connotazione *cross-border*, essendo i relativi dati e informazioni sovente acquisiti, processati o conservati al di fuori del Paese nel quale devono essere utilizzati<sup>3</sup>. D'altronde, anche a fronte del carattere transnazionale, se non addirittura a-frontaliero, assunto dalle nuove forme di criminalità, le strategie e gli strumenti di contrasto non

---

<sup>1</sup> Lo *European Law Institute* è un'organizzazione indipendente senza scopo di lucro con sede a Vienna, il cui obiettivo è contribuire allo sviluppo del diritto europeo. Basandosi sulla ricchezza delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri dell'Unione, la sua missione è la ricerca di una maggiore uniformità e integrazione giuridica a livello europeo. Per maggiori informazioni sulle attività dell'Istituto v. <https://www.europeanlawinstitute.eu>.

<sup>2</sup> La Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* del 5 maggio 2023 su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*" è accessibile al seguente link: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Proposal\\_for\\_a\\_Directive\\_on\\_Mutual\\_Admissibility\\_of\\_Evidence\\_and\\_Electronic\\_Evidence\\_in\\_Criminal\\_Proceedings\\_in\\_the\\_EU.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Proposal_for_a_Directive_on_Mutual_Admissibility_of_Evidence_and_Electronic_Evidence_in_Criminal_Proceedings_in_the_EU.pdf).

<sup>3</sup> Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Criminal Investigation, Technological Development, and Digital Tools: Where Are We Heading?*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 3 ss.

possono essere più pensati seguendo una prospettiva esclusivamente nazionale, bensì secondo un'impostazione di respiro più ampio che consenta ai soggetti coinvolti di lavorare in stretta sinergia<sup>4</sup>.

Si tratta di una sfida che è resa ancora più ardua dal fatto che l'esigenza di facilitare la cooperazione giudiziaria nell'area UE non deve comunque alterare gli equilibri faticosamente raggiunti per garantire un adeguato livello di tutela alle persone a vario titolo coinvolte nelle procedure di cooperazione investigativo-istruttorie, le cui istanze di protezione certamente aumentano in procedimenti aventi dimensione transnazionale, nell'ambito dei quali la prova di regola viene ottenuta all'estero al di fuori di un contesto che potremmo definire propriamente dialettico<sup>5</sup>. Occorre tenere sempre a mente, infatti, che la creazione e lo sviluppo di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia dovrebbe fondarsi su un corretto bilanciamento tra il bisogno di salvaguardare i diritti della difesa e la necessità di garantire ai cittadini dell'Unione un elevato livello di protezione attraverso l'adozione di un impegno congiunto nella prevenzione e nel contrasto al crimine.

Eppure, ad oggi, a livello UE non è stata ancora adottata alcuna proposta legislativa che preveda criteri generali di ammissibilità della c.d. *cross-border evidence*. Questo però non significa che non sia stato fatto alcuno sforzo per progredire in questo specifico ambito. Come è noto, il Consiglio Europeo di Tampere del 1999, nell'affrontare le problematiche relative alla "libera circolazione delle prove" nel territorio dell'Unione, ha specificato che per rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento «le prove legalmente raccolte dalle autorità di uno Stato membro dovrebbero essere ammissibili dinanzi ai tribunali degli altri Stati membri, tenuto conto delle norme ivi applicabili»<sup>6</sup>. Ciononostante, pur essendo la questione stata oggetto di discussione anche in occasione della pubblicazione da parte della Commissione del Libro Verde del 2009 – nel quale si ribadì la necessità di predisporre delle regole comuni dirette ad assicurare l'ammissibilità delle prove acquisite in un altro Stato membro<sup>7</sup> –, le istituzioni europee

---

<sup>4</sup> Sul punto v. ampiamente S. RUGGERI, *Conflitti transnazionali di giurisdizione e garanzie della persona*, in A. MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino, 2021, p. 281.

<sup>5</sup> Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, n. 4, 2013, p. 128; A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, n. 2, 2005, p. 19; M. BÖSE, M. BRÖCKER, A. SCHNEIDER, *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Cham, 2020; R. VOGLER, *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, p. 28 ss.

<sup>6</sup> Consiglio Europeo di Tampere, 15 e 16 ottobre 1999, Conclusioni della Presidenza, in [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_it.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.htm), par. 36. Sul tema v. J. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, pp. 139-166.

<sup>7</sup> Commissione delle Comunità Europee, 11 novembre 2009, Bruxelles, *Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, COM (2009) 624. Sul punto v. anche Commissione delle Comunità Europee, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An area of freedom, security and justice serving the citizens*, COM (2009) 262. In dottrina v. S. ALLEGREZZA, *Critical remarks on the Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and*

hanno seguito un percorso diverso. Nel 2014 è stata introdotta la Direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine che, sebbene contenga delle norme volte a facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale rendendo più agevole il processo di raccolta transfrontaliera delle prove, non stabilisce alcuno *standard* comune quanto alla mutua ammissibilità delle stesse ovvero delle regole di esclusione probatoria<sup>8</sup>. Peraltro, la Direttiva fa salvo il rispetto delle norme nazionali che regolano l'ammissibilità delle prove, ma allo stesso tempo non esige che il diritto interno in materia di raccolta delle stesse sia rigorosamente osservato, prevedendo così a seconda dei casi un flessibile meccanismo di combinazione tra la *lex fori* e la *lex loci*<sup>9</sup>. Questo approccio si rivela problematico se si considera la logica sottesa alle regole di esclusione, le quali mirano a bilanciare l'esigenza di accertamento processuale con la protezione dei diritti fondamentali della persona accusata, soprattutto alla luce del fatto che i poteri della difesa vengono decisamente trascurati dalla Direttiva<sup>10</sup>. Nemmeno il Regolamento

*securing its admissibility*, in *Zeitschrift für die international Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 569 ss.; J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the reaction of one British Lawyer*, in *Zeitschrift für die international Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 602 ss.

<sup>8</sup> Cfr. Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale. Per un'analisi critica della proposta di Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale v. S. RUGGERI, *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposal to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU?*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, p. 279 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal of a European directive*, in *Zeitschrift für die international Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 580 ss. Sul d. lgs. del 21 giugno 2017 n. 108 che ha recepito in Italia la Direttiva in questione si veda M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8, 2017, p. 208 ss.; R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2018, p. 400 ss.; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2018, p. 2197 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2017, p. 158 ss.

<sup>9</sup> L'articolo 9, paragrafo 2, della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, infatti, stabilisce espressamente che «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente Direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione». In dottrina v. L. MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino 2016, p. 22 ss.; T. RAFARACI, *General considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Heidelberg, 2014, p. 42 ss.; M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3, 2015, p. 3 ss. M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost in reality*, in *ERA Forum*, 2019, p. 398 ss.; K. KARSAL, *Locus/Forum Regit Actum – A Dual Principle in Transnational Criminal Matters*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, vol. 60, n. 2, 2019, p. 161.

<sup>10</sup> Sul punto M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3, 2016, p. 64; S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 4, 2015, p. 130 ss.; F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in R. BELFIORE, T. RAFARACI (a cura di), *EU Criminal Justice*.

istitutivo della Procura Europea del 2017, pur introducendo delle norme volte a favorire la circolazione di prove raccolte all'estero<sup>11</sup>, prevede alcuno strumento che regoli l'ammissibilità reciproca della *cross-border evidence* né stabilisce specifiche *exclusionary rules* in materia.

Nell'attuale quadro normativo, pertanto, la decisione finale in ordine all'ammissibilità o meno della prova resta appannaggio dell'autorità giudiziaria di ciascuno Stato membro nel quale la prova dovrà essere utilizzata. E si tratta di un quadro certamente non idilliaco dato che la maggior parte dei sistemi giuridici dei Paesi UE non prevede a livello interno una coerente ed esaustiva regolamentazione delle dinamiche relative ai procedimenti penali che presentano elementi di transnazionalità. La diversità di regole, principi e prassi esistenti accresce, infatti, la complessità della materia ed è foriera di situazioni di incertezza che incidono negativamente non solo sulla tutela dei diritti fondamentali delle persone a vario titolo coinvolte in siffatti procedimenti ma anche sull'efficienza del sistema di cooperazione giudiziaria delineato nell'area UE<sup>12</sup>.

Da questa breve panoramica si evince che il problema di rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento rimane al momento irrisolto. E ciò è dovuto essenzialmente alla mancanza di modelli giuridici in grado di garantire la reciproca ammissibilità delle prove e, soprattutto, di un sistema unitario e condiviso di valori in grado di fornire alle garanzie partecipative della persona accusata un'adeguata protezione. Vi è dunque la necessità di stabilire delle linee guida più chiare.

### 3. Il contenuto della Proposta.

In questa prospettiva, è decisamente da valorizzare il prezioso contributo offerto dallo *European Law Institute* che ha sviluppato una Proposta di Direttiva volta ad identificare, nel quadro delle future iniziative legislative dell'Unione sulla base dell'art. 82 par. 2(a) TFUE, dei principi comuni sulla mutua ammissibilità della *cross-border evidence* tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Il documento, preso atto dei numerosi

---

*Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Cham, 2019, p. 101; T. BENE, *L'ordine europeo di indagine: criticità e prospettive*, in T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino 2016, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Regolamento (UE) 2017/1939 del 12 ottobre 2017 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO). L'articolo 37, paragrafo 1, in particolare, evidenzia che «le 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». In dottrina v. L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, Cham, 2018; S. RUGGERI, *Indagini e azione penale nei procedimenti di competenza della nuova Procura Europea*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 603 ss.; L. SALAZAR, [L'adeguamento interno da parte italiana al Regolamento EPPO alla vigilia dell'avvio delle prime indagini](#), in questa *Rivista.*, n. 4, 2021, p. 53 ss.; R. BELFIORE, [L'adeguamento della normativa nazionale al Regolamento sulla Procura Europea: il punto della situazione](#), in questa *Rivista*, n. 7, 2020, p. 165 ss.

<sup>12</sup> Sul punto v. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 14.

studi che sono stati condotti nel corso degli anni sulla tematica in oggetto<sup>13</sup>, si propone l'obiettivo di garantire che uno spazio comune di giustizia rispetti pienamente le garanzie procedurali dell'accusato e l'esigenza di fornire una protezione efficace contro il crimine, assicurando che le prove raccolte in un altro Stato membro non vengano respinte semplicemente perché non conformi alle regole applicabili nello Stato emittente<sup>14</sup>. Per raggiungere tale scopo, la Proposta si muove su tre linee direttrici:

a) la prima parte del documento (capitolo 2) mira a chiarire quali regole debbano essere rispettate a livello nazionale ai fini dell'ammissibilità della prova nelle ipotesi in cui la *cross-border evidence* sia stata acquisita in forza di norme differenti rispetto a quelle applicabili nel *forum State*;

b) la seconda parte della Proposta (capitolo 3), invece, è interamente dedicata alla *electronic evidence* e mette in luce la necessità di stabilire a livello europeo delle norme precise che ne regolino la raccolta e la trasmissione per assicurarne l'integrità e l'autenticità ed agevolare a un tempo la mutua ammissibilità tra gli Stati membri<sup>15</sup>;

c) l'ultima parte (capitolo 4), infine, ha ad oggetto la predisposizione di rimedi legali effettivi che consentano alla difesa di contestare i provvedimenti e le sentenze emesse sulla base di prove ammesse in violazione delle disposizioni previste dalla Proposta Direttiva.

La Proposta, dunque, ha il pregio di ricercare delle soluzioni che perseguano il raggiungimento di un delicato equilibrio tra gli interessi in gioco, evitando che la transnazionalità del procedimento penale implichi un affievolimento dei diritti della difesa<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. G. VERMEULEN, W. DE BONDT, Y. VAN DAMME, *Eu cross- border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Antwerpen, Apeldoorn, Portland, 2010; L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, cit., p. 128 ss.; K. KARSAL, *Locus/Forum Regit Actum – A Dual Principle in Transnational Criminal Matters*, cit., p. 155 ss.; A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, cit., p. 1 ss.; S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, cit.

<sup>14</sup> Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 8.

<sup>15</sup> È importante sottolineare che la Proposta di Direttiva si è astenuta dall'adottare norme sulla raccolta delle prove, tranne nel caso delle prove elettroniche. Le ragioni di tale scelta sono evidenziate nelle motivazioni sottese alla Proposta e sono essenzialmente due: (1) le norme sulla raccolta delle prove elettroniche nei procedimenti penali sono ancora ad uno stato incipiente; (2) tali norme non sono sempre sufficientemente sviluppate nei quadri giuridici nazionali. Cfr. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 17.

<sup>16</sup> Sul punto v. le riflessioni di A. MARTÍNEZ SANTOS, *Admisibilidad mutua de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea: la propuesta de Directiva del European Law Institute*, in *Revista General de Derecho Procesal*, n. 61, 2023, p. 6.

### 3.1. Principi generali di ammissibilità della prova nei procedimenti penali transnazionali.

Al fine di facilitare la cooperazione giudiziaria in materia penale sulla base del principio del mutuo riconoscimento, il capitolo 2 della Proposta stabilisce delle regole generali che gli Stati membri sono chiamati a rispettare nelle ipotesi in cui la prova venga acquisita in uno Stato diverso da quello nel quale dovrà poi essere utilizzata. In particolare, per agevolare l'ammissibilità della prova in ipotesi siffatte il documento sancisce il principio del *locus regit actum*, ai sensi del quale si richiede che le prove acquisite legalmente secondo le norme dello Stato di esecuzione (*lex loci*) possano essere ammesse e utilizzate nei procedimenti penali dello Stato del foro, così da garantire che la diversità dei sistemi giuridici di riferimento non rappresenti uno scoglio insormontabile alla mutua ammissibilità della *cross-border evidence*.

Un approccio di tal tipo presenta degli innegabili vantaggi dal punto di vista della cooperazione giudiziaria. Si pensi all'ipotesi in cui si debbano acquisire nell'ambito di un ordine europeo di indagine penale informazioni contenute in banche dati della polizia o delle autorità giudiziarie cui l'autorità di esecuzione può accedere secondo la *lex loci*<sup>17</sup>: la circostanza che tali informazioni siano direttamente accessibili dalle autorità dello Stato di esecuzione ma non da quelle dello Stato richiedente non dovrebbe determinare l'inammissibilità della prova nel *forum State* in ragione della diversa configurazione a livello normativo dei poteri di accesso tra gli Stati membri dell'Unione<sup>18</sup>.

Ciò, tuttavia, non deve indurre nell'erronea convinzione di ritenere che lo *European Law Institute* abbia accolto il c.d. *principle of non-inquiry* che, non richiedendo un controllo di legalità sul processo di acquisizione della prova all'estero, si risolve nell'ammissibilità automatica della stessa nel *forum State*<sup>19</sup>. L'articolo 4, paragrafo 1, della Proposta, infatti, fa salva l'eventualità che la prova sia stata acquisita in violazione dei "principi costituzionali fondamentali" dello Stato nel quale dovrà essere ammessa. Peraltro, il medesimo articolo al paragrafo 2 stabilisce espressamente che, nei casi in cui la prova sia stata raccolta non rispettando le norme previste dalla *lex loci*, la stessa non

<sup>17</sup> Cfr. Articolo 10, paragrafo 2(b), della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

<sup>18</sup> Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 19.

<sup>19</sup> Sul tema v. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, cit., pp. 139-140; A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, cit., p. 3 ss.; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014, p. 15; S. RUGGERI, *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, in M.M.G. VALENTE, A. WUNDERLICH (a cura di), *Direito e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*, Almedina, 2021, p. 803 ss.; J.T. PARRY, *International extradition, the rule of non-inquiry, and the problem of sovereignty*, in *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, p. 1973 ss.

potrà essere trasferita in un altro Stato membro.<sup>20</sup> L'obiettivo della Proposta, pertanto, è certamente quello di rafforzare e rendere effettivo il principio del mutuo riconoscimento nel territorio dell'Unione, ma solo qualora la *cross-border evidence* sia stata acquisita in conformità alle regole previste dalla *lex loci* e non contrasti con i principi cardine che delineano l'assetto costituzionale dello Stato del foro.

Rispetto a questi specifici profili, è poi interessante notare che la Proposta ha inteso delineare un quadro coerente che disciplini anche i complessi rapporti intercorrenti tra i procedimenti penali e i procedimenti di natura amministrativa che presentino elementi di transnazionalità. In questa prospettiva, le regole anzidette si estendono inoltre ai casi in cui la prova sia stata acquisita nell'ambito di questi ultimi. Agli Stati membri, perciò, non dovrebbe essere consentito rifiutare l'ammissibilità di una prova ottenuta all'estero in un procedimento amministrativo nazionale o tramite indagini amministrative svolte dallo *European Anti-Fraud Office* (c.d. OLAF) semplicemente perché non in linea rispetto alle norme di legge dello Stato richiedente. Si tratta di un approccio certamente virtuoso specie se si considerano le peculiarità dell'attività di contrasto ai reati di carattere finanziario, le quali, come sottolineato da attenta dottrina, richiedono nell'attuale contesto storico forme di "cooperazione diagonale" tra le autorità dei Paesi coinvolti e gli organismi dell'Unione, dato che una determinata condotta può facilmente integrare sia una fattispecie incriminatrice che un illecito amministrativo rispetto al quale ha giurisdizione un organo diverso rispetto all'autorità giudiziaria<sup>21</sup>. La natura dell'indagine o del procedimento, insomma, non dovrebbe inficiare la libera circolazione delle prove tra gli Stati membri, a patto che ai diritti e alle garanzie della persona accusata sia riconosciuta un'adeguata protezione.

In quest'ottica il documento ha giustamente valorizzato una corretta applicazione del principio di proporzionalità<sup>22</sup>. L'articolo 4, paragrafo 5, infatti, specifica che gli Stati membri devono garantire che l'uso delle prove sia generalmente consentito solo se e nella misura in cui l'incidenza sulla sfera dei diritti fondamentali della persona interessata sia legittima e proporzionata. In questo contesto si deve tenere conto, in

---

<sup>20</sup> Questa regola ammette un'eccezione nell'ipotesi in cui lo Stato nel quale la prova deve essere utilizzata preveda delle idonee garanzie volte ad assicurare l'equità complessiva del procedimento e delle regole meno restrittive rispetto a quelle dello Stato nel quale la prova viene acquisita. Cfr. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 19.

<sup>21</sup> Sul punto v. ampiamente M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks. Antifraud investigations and respect for fundamental rights faced with the challenge of e-evidence and digital devices*, in M. CAIANIELLO, A. CAMON (a cura di), *Digital forensic evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*, Milano, 2021, p. 239 ss.; S. TESORIERO, *La cooperazione transnazionale nelle indagini in materia di frodi IVA e doganali: strumenti tradizionali e nuove opportunità*, in M. CAIANIELLO, A. DI PIETRO (a cura di), *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali. L'impatto dell'European Investigation Order sulla cooperazione transnazionale*, Bari, 2016, p. 44 ss.

<sup>22</sup> Sul punto v. E. BILLIS, N. KNUST, J.P. RUI (a cura di), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021; M. TORRE, *Indagini informatiche e principio di proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2019, p. 1433 ss.; M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, p. 143 ss.; C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, n. 2, 2019, p. 69 ss.

prima battuta, della gravità del reato oggetto di accertamento. È opportuno osservare che tale parametro viene, di regola, valutato prendendo in considerazione le cornici edittali previste a livello nazionale per ciascuna fattispecie incriminatrice, e non di rado accade che a fronte della medesima configurazione del tipo penale corrisponda una risposta sanzionatoria differente in base al diverso disvalore del fatto percepito a livello interno da ciascun Stato membro. Pertanto, per verificare la proporzionalità della misura investigativa da adottare, la Proposta sottolinea che vi sono altri elementi da tenere in considerazione, quali le specifiche esigenze investigative dettate dalla peculiare natura del reato in questione (es. crimini informatici) e la disponibilità di strumenti d'indagine dal carattere meno invasivo<sup>23</sup>. Un aspetto, questo, essenziale se si considera che, alla luce dall'ormai inesorabile processo di digitalizzazione in atto, la prova viene sempre più spesso ricercata mediante attività investigative atipiche<sup>24</sup> e perfino acquisita *inaudita altera parte* al di fuori del procedimento penale.

Una volta inquadrati i principi generali che tendono ad agevolare la mutua ammissibilità tra gli Stati membri delle prove raccolte all'estero, la Proposta di Direttiva si sofferma sulla delicatissima problematica concernente la predisposizione di comuni regole di esclusione probatoria<sup>25</sup>. È d'obbligo evidenziare che, rispetto a questo specifico profilo, gli Stati membri hanno tradizionalmente mostrato una certa riluttanza all'adozione di un modello condiviso, sostenendo che è compito dell'autorità giudiziaria nazionale accertare in quali ipotesi e al ricorrere di quali presupposti la prova non debba essere ammessa<sup>26</sup>.

Alla luce di ciò, la Proposta non prevede un sistema di esclusione rigido, limitandosi a recepire le indicazioni che a più riprese ha fornito la Corte europea dei diritti dell'uomo in materia<sup>27</sup>. In particolare, l'articolo 5 sottolinea espressamente che non possono in alcun caso essere trasmesse e utilizzate: a) prove ottenute con l'utilizzo di strumenti di tortura; b) prove acquisite in violazione del diritto a non autoincriminarsi (c.d. principio del *nemo tenetur se detegere*); c) prove ottenute mediante attività volte a incitare la commissione di un reato (c.d. *entrapment*). In tal modo, lo *European Law Institute* evita di interferire nella struttura normativa dei sistemi giuridici nazionali degli Stati membri, ma non rinuncia ad esigere che venga assicurata un'adeguata protezione

<sup>23</sup> Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su "*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*", cit., p. 20.

<sup>24</sup> Sul tema v. ampiamente L. BACHMAIER WINTER, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother*, in E. BILLIS, N. KNUST, J.P. RUI (a cura di), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, 2021, p. 317 ss.; S. RUGGERI, *Azione e inazione*, in D. CASTRONUOVO, M. DONINI, E.M. MANCUSO, G. VARRASO (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Milano, 2023, p. 629 ss.

<sup>25</sup> Per un'analisi dettagliata delle regole di esclusione probatoria nel sistema italiano cfr. M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009.

<sup>26</sup> Si veda M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 64.

<sup>27</sup> Sul punto v. Corte eur., 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*, ricorso n. 4378/02, par. 92; Corte eur., 29 giugno 2007, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, par. 45; Corte eur., 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, ricorso n. 10828/84; Corte eur., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, ricorso n. 19187/91, par. 68; Corte eur. 26 gennaio 2007, *Khudobin c. Russia*, ricorso n. 59696/00, par. 128; Corte eur., 5 febbraio 2008, *Ramanauskas c. Lituania*, ricorso n. 74420/01, par. 51.

ai diritti fondamentali della persona accusata, così come identificati nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta di Nizza<sup>28</sup>.

Accanto alla previsione di siffatte ipotesi la Proposta prevede, infine, dei casi di inammissibilità relativa dai quali residua un certo margine di apprezzamento da parte dell'autorità giudiziaria degli Stati membri al ricorrere di determinati presupposti. Un chiaro esempio è rappresentato dalle dichiarazioni autoincriminanti rese da un indagato durante il fermo di polizia in assenza del difensore, le quali potranno essere ammesse e utilizzate solo qualora la persona accusata confermi quanto detto in precedenza nel contraddittorio dibattimentale (articolo 6, paragrafo 1). Si intende così riconoscere un'effettiva tutela al diritto della persona accusata a che il suo legale sia presente e possa partecipare attivamente a tutte le attività poste in essere nel corso del procedimento, aspetto questo essenziale perché il diritto di difesa possa dirsi pienamente rispettato<sup>29</sup>.

### 3.2. Norme specifiche in materia di e-evidence e rimedi legali effettivi.

Il Capitolo 3 della Proposta è, come abbiamo anticipato, interamente dedicato alla predisposizione di norme che regolino la raccolta e il trasferimento della prova elettronica<sup>30</sup>. Lo *European Law Institute* ha adottato, rispetto a questa peculiare tematica, un approccio più dettagliato e rigoroso volto a promuovere una maggiore uniformità e armonizzazione legislativa tra gli Stati membri dell'Unione.

Ciò è dovuto essenzialmente al fatto che a livello nazionale la legislazione in materia di prove elettroniche è ancora ad uno stato incipiente<sup>31</sup>. Se è vero che alcuni Paesi

<sup>28</sup> Cfr. A. MARTÍNEZ SANTOS, *Admisibilidad mutua de prueba penal transfronteriza en la Unión Europea: la propuesta de Directiva del European Law Institute*, cit., p. 8.

<sup>29</sup> In tema cfr. Corte eur., 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02. Si vedano anche le specifiche disposizioni previste nell'ambito della Direttiva 2013/48/EU relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. Il considerando 25, in particolare, sottolinea che «gli Stati membri dovrebbero assicurare che indagati e imputati abbiano il diritto alla presenza e alla partecipazione effettiva del loro difensore in occasione di interrogatori da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria, comprese le udienze dinanzi al giudice». In dottrina v. L. BACHMAIER WINTER, *“Lawyer-client privilege” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in L. BACHMAIER WINTER (a cura di), *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa, y nuevas tecnologías: Retos y soluciones jurisprudenciales*, Cizur Menor, 2022, p. 21 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The right to lawyer-client confidentiality: a plea for common standards in EU cross-border criminal proceedings*, in *Galileu. Revista de direito e economia*, in corso di pubblicazione.; A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019, p. 93 ss.; M. CAIANIELLO, *You can't always counterbalance what you want*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, p. 283 ss.; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, p. 66 ss.

<sup>30</sup> L'art. 3 della Proposta di Direttiva specifica che per “prova elettronica” deve intendersi «any data or information generated, stored, transmitted or otherwise processed in electronic form to be used to prove a fact in criminal proceedings». Sul punto v. M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2018, p. 7 ss.

<sup>31</sup> Sul punto v. Proposta di Direttiva dello *European Law Institute* su “*Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings*”, cit., p. 17.

dell'area UE hanno adattato la propria normativa alle specifiche caratteristiche della *e-evidence*, è altrettanto vero che la maggior parte degli ordinamenti nazionali tratta questo tipo di prove sulla base delle regole probatorie tradizionali elaborate in un contesto storico antecedente allo sviluppo e alla diffusione delle più moderne tecnologie che possono in potenza dare origine a informazioni e dati processati in forma elettronica, richiedendo al contempo una costante opera di eterointegrazione da parte della giurisprudenza<sup>32</sup>. Nondimeno, la legislazione degli Stati membri non sembra sempre tenere in debito conto le sfide che pone la natura intrinsecamente *cross-border* della prova elettronica, la quale deriva non solo dal carattere transnazionale, se non addirittura afrontaliero, assunto dalla criminalità (in specie quella informatica) ma anche dal fatto che i dati elettronici possono essere processati e archiviati pressoché ovunque e perfino presso fonti private quali gli *Internet Service Providers*<sup>33</sup>.

Per far fronte a queste problematiche, lo *European Law Institute* ha progettato un testo normativo che si basa principalmente sugli *standard* forensi già riconosciuti a livello internazionale<sup>34</sup>. Lo scopo di tale intervento è di stabilire delle regole comuni volte ad agevolare la mutua ammissibilità tra gli Stati membri delle prove elettroniche che considerino non solo le peculiarità delle stesse ma anche gli specifici rischi che concorrono durante il processo di raccolta e trasmissione della *e-evidence*.

Per tali ragioni, la Proposta incoraggia gli Stati membri a prevedere delle norme dettagliate che disciplinino innanzitutto le modalità di ricerca e di acquisizione delle prove elettroniche, valorizzando le garanzie partecipative delle persone a vario titolo coinvolte in tali operazioni. Si tratta di un aspetto decisivo, soprattutto alla luce della costante giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che a più riprese ha sottolineato l'inadeguatezza dei sistemi giuridici nazionali a soddisfare i parametri sanciti a livello europeo<sup>35</sup>. È d'obbligo rilevare, infatti, che le tecniche investigative più

<sup>32</sup> Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 64; F.R. DINACCI, *Interpretazione "europeisticamente" orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in A. GAITO (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma, 2016, p. 57 ss.

<sup>33</sup> In tema v. J.P. BONNICI, M. TUDORICA, J.A. CANNATA, *La regolamentazione delle prove elettroniche nei processi penali in "situazioni transnazionali": problemi in attesa di soluzioni*, in *Inf. e dir.*, n. 1-2, 2015, p. 204 ss.; R.E. KOSTORIS, *Ricerca e formazione della prova elettronica: qualche considerazione introduttiva*, in F. RUGGERI, L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze di giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, p. 179 ss.

<sup>34</sup> Interpol, *Global guidelines for digital forensic laboratories*, 2019, [https://www.interpol.int/en/content/download/13501/file/INTERPOL\\_DFL\\_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf](https://www.interpol.int/en/content/download/13501/file/INTERPOL_DFL_GlobalGuidelinesDigitalForensicsLaboratory.pdf); European Network of Forensic Science Institutes, *The Best Practice Manual for the Forensic Examination of Digital Technology*, 2015, [https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/1\\_forensic\\_examination\\_of\\_digital\\_technology\\_0.pdf](https://enfsi.eu/wp-content/uploads/2016/09/1_forensic_examination_of_digital_technology_0.pdf); International Organization for Standardization (ISO), *ISO/IEC 27037 Information technology — Security techniques — Guidelines for identification, collection, acquisition, and preservation of digital evidence*, 2012, <https://www.iso.org/standard/44381.html>. Per una disamina dettagliata v. R. BRIGHI, M. FERRAZZANO, *Digital Forensics: Best Practices and Perspective*, in M. CAIANIELLO, A. CAMON (a cura di), *Digital forensic evidence. Towards common European standards in antifraud administrative and criminal investigations*, cit., p. 16 ss.

<sup>35</sup> Sul punto, a titolo esemplificativo, si veda la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di *data retention*. Cfr. CGUE, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net and Others*, C-511/18, C-512/18, e C-520/18, EU:C:2020:791; CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, C-746/18, EU:C:2021:152; CGUE, 5 aprile 2022, *G.D. c.*

avanzate di ricerca della prova pongono delicatissimi problemi di tutela dei diritti fondamentali della persona in virtù del loro intrinseco carattere invasivo che le rende idonee ad incidere su libertà apicali, quali il diritto al rispetto della vita familiare e privata, nonché il diritto alla segretezza e alla libertà delle comunicazioni<sup>36</sup>; senza dimenticare quei diritti di nuovo conio che, al giorno d'oggi, costituiscono parte integrante del patrimonio dei diritti fondamentali riconosciuti alla persona, quali il diritto alla riservatezza informatica e al rispetto del domicilio digitale<sup>37</sup>.

La Proposta di Direttiva, in ogni caso, non si limita ad esigere l'introduzione di una normativa di dettaglio da parte delle legislazioni nazionali, ma fissa anche alcuni *standard* qualitativi di grande rilevanza assiologica, richiedendo che la perquisizione e il sequestro di un dispositivo informatico ovvero l'accesso a dati elettronici<sup>38</sup> debbano essere effettuati preferibilmente in presenza dell'accusato o dell'utente del dispositivo. E nell'eventualità in cui tale presenza non possa essere garantita, il paragrafo 3 dell'articolo 8 sottolinea l'importanza che tali attività vengano poste in essere con la partecipazione di una terza persona indipendente che si ponga come garante della legalità dell'operazione<sup>39</sup>. Peraltro, la Proposta sottolinea la necessità che gli Stati membri adottino adeguate garanzie procedurali volte ad assicurare che il principio di proporzionalità sia rispettato. Alla luce di ciò, l'utilizzo da parte degli organi inquirenti delle moderne tecnologie di indagine elettronica dovrebbe essere inevitabilmente preceduto da un accertamento dell'autorità giudiziaria perimetrato sulla valutazione di effettiva indispensabilità dell'impiego di strumenti così invasivi sul

---

*Commissioner of An Garda Síochána*, C-140/20, ECLI:EU:C:2022:258.

<sup>36</sup> Sul punto M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 288 ss.; R. FLOR, voce *Riservatezza informatica*, in [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia), 2017.

<sup>37</sup> In tema v. R. FLOR, *Intercettazioni mediante trojan: fra accertamento dei reati e tutela di nuovi beni giuridici nella società tecnologica*, in P. MAGGIO (a cura di), *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Torino, 2023, p. 334 ss.; D. Foti, *Digital Privacy and Cyber-Interception of Communications. A New Scenario Needs New Concept*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 151 ss.; D. FOTI, *La nuova disciplina del captatore informatico. Un disfunzionale equilibrio?*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 202 ss.; C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1210 ss.; J. CZERNIAWSKI, C. BOYACK, *Reviewing the privacy implications of law enforcement access to and use of digital data*, in *Utah J Criminal Law*, 2021, p. 73 ss.; F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 3/4, 2014, p. 330 ss.; S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020.

<sup>38</sup> Per quanto concerne l'accesso ai dati elettronici si consideri la disciplina prevista dall'articolo 9 della Proposta di Direttiva.

<sup>39</sup> Come sottolineato nella redazione dei motivi che accompagnano la Proposta dello *European Law Institute*, alcuni Stati membri prevedono già la presenza di un "judicial notary" nel corso di siffatte attività. In Spagna, ad esempio, è prevista la presenza del difensore e, possibilmente, di una terza persona – identificata solitamente nella figura del Presidente dell'Ordine degli Avvocati o in una persona da lui delegata – per tutelare il rapporto di segretezza e riservatezza tra avvocato e cliente. Sul punto v. ampiamente L. BACHMAIER WINTER, "Lawyer-client privilege" en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cit., p. 21 ss.; L. BACHMAIER WINTER, *The right to lawyer-client confidentiality: a plea for common standards in EU cross-border criminal proceedings*, cit.

piano dei diritti che assumono rilevanza in tali contesti<sup>40</sup>: un accertamento, questo, che data la complessità e l'elevato tecnicismo che connota tali strumenti di indagine, dovrebbe prevedere l'intervento di *IT experts* che sappiano compiutamente valutare l'impatto dell'atto investigativo.

Una volta chiariti questi aspetti, per favorire la libera circolazione dei dati elettronici nel territorio dell'Unione, l'articolo 7, paragrafo 1, contiene delle norme volte a garantire l'integrità, l'autenticità e la completezza della *e-evidence* raccolta all'estero. In particolare, è previsto che le prove elettroniche possano essere ammesse e utilizzate in un altro Stato membro solo se e nella misura in cui corrispondano allo stato in cui sono state acquisite. Peraltro, è necessario che le informazioni e i dati restino immutati nella loro portata e siano stati sufficientemente protetti da processi di falsificazione e manipolazione tra il momento della loro produzione e l'uso nel giudizio, preservando così la c.d. *chain of custody*. In tal modo si vuole evitare che durante il processo di formazione, acquisizione e trasferimento del dato il relativo valore probatorio venga alterato.

Nondimeno, trattandosi di operazioni che richiedono competenze tecniche altamente specialistiche, è essenziale che, per salvaguardare il principio di parità delle armi, alla difesa sia riconosciuto il potere di richiedere e ottenere il coinvolgimento di esperti informatici che siano in grado di garantire il rispetto dei requisiti appena menzionati, così come il diritto di poter impugnare nelle varie fasi del procedimento i provvedimenti che consentano l'uso di prove ottenute in violazione della proposta Direttiva, nonché le sentenze che accertino la responsabilità penale dell'imputato sulla base di prove che ai sensi della presente normativa avrebbero dovuto essere dichiarate inammissibili<sup>41</sup>.

Rispetto a quest'ultimo profilo è opportuno evidenziare che il documento – al di fuori delle ipotesi di inammissibilità assoluta previste dall'articolo 5 – non delinea un sistema di esclusione rigido, ammettendo all'articolo 11 che la decisione possa basarsi anche parzialmente su prove a rigore inammissibili qualora gli ordinamenti giuridici nazionali offrano all'accusato delle idonee garanzie procedurali volte ad assicurare l'equità complessiva del procedimento, in linea con l'ormai consolidato orientamento

---

<sup>40</sup> Sulla necessità di una *judicial oversight* sull'impiego di strumenti di indagine dal carattere ampiamente invasivo si veda L. BACHMAIER WINTER, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother*, cit., p. 331 ss.; V. DI NUZZO, *Search and Seizure of Digital Evidence: Human Rights Concerns and New Safeguards*, in L. BACHMAIER WINTER, S. RUGGERI (a cura di), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Cham, 2022, p. 119 ss. Cfr. CGUE, 5 aprile 2022, G.D. c. *Commissioner of An Garda Síochána*, cit., par. 106: «it is essential that access by the competent national authorities to retained data be subject to a prior review carried out either by a court or by an independent administrative body, and that the decision of that court or body be made following a reasoned request by those authorities submitted, inter alia, within the framework of procedures for the prevention, detection or prosecution of crime»; CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, cit., par. 51; Corte eur., 4 dicembre 2008, ricorsi n. 30562/04 e 30566/04, *S. e Marper c. Regno Unito*, par. 112.

<sup>41</sup> È opportuno sottolineare che la previsione di rimedi legali effettivi da esperire qualora vengano violate le norme stabilite nella proposta di Direttiva non è riservata alle sole ipotesi che concernono le prove elettroniche. Gli articoli 10 e 11 della Proposta, infatti, sono inseriti nel Capitolo 4 del documento e fanno riferimento a tutte le tipologie di prove acquisite all'estero.

della Corte europea dei diritti dell'uomo che richiede una valutazione della *fairness* procedimentale di carattere flessibile<sup>42</sup>. La previsione di siffatte alternative ha il pregio di tener conto delle diverse tradizioni giuridiche che connotano i sistemi dei vari Paesi UE e mira a conferire agli stessi un discreto margine di manovra nella progettazione a livello interno di rimedi efficaci volti a garantire alla persona accusata una tutela adeguata contro l'uso di prove inammissibili. È opportuno, in ogni caso, che questo approccio non incoraggi gli Stati membri ad ammettere ed utilizzare prove acquisite all'estero in violazione delle norme stabilite nella Proposta facendo affidamento sulla possibilità di compensare successivamente una situazione patologica occorsa in sede istruttoria<sup>43</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive.

Indubbiamente significativo appare, pertanto, il contributo offerto dallo *European Law Institute* per il futuro della cooperazione giudiziaria in materie penali connotate da una dimensione transnazionale. Si tratta, come abbiamo visto, di un intervento che affianca alla previsione di *standard* comuni sulla mutua ammissibilità delle prove tra gli Stati membri dell'Unione una disciplina volta a salvaguardare i diritti fondamentali e le garanzie partecipative delle persone che si trovino coinvolte in siffatti procedimenti, così

---

<sup>42</sup> Il compito della Corte europea dei diritti dell'uomo non è quello di verificare l'utilizzabilità o meno della prova. I giudici di Strasburgo hanno più volte evidenziato che il potere di compiere un simile accertamento spetta esclusivamente alle corti nazionali. Ciò che, invece, viene sottoposto al vaglio della Corte è l'equità del procedimento considerato nel suo complesso. Si tratta, pertanto, di una valutazione decisamente flessibile, che costituisce la diretta manifestazione della logica *floue* della Corte di Strasburgo, per cui la verifica della *fairness* globale del procedimento mal si concilia con l'affermazione di regole inderogabili. Pertanto, nell'eventualità in cui si verifichi una patologia in sede istruttoria la Corte non si determinerà necessariamente nel senso di riconoscere una violazione dell'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Sul punto v. Corte eur., 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, ricorso n. 9154/10; Corte eur., 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ricorsi n. 26766/05 e 22228/06; Corte eur., 27 maggio 2001, *Lucà c. Italia*, ricorso n. 33354/96; Corte eur., 1° giugno 2010, *Gafgen c. Germania*, ricorso n. 22978/05; Corte eur., 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, ricorsi n. 21363/93, 21364/93, 21427/93 e 22056/93. In tema v. M. VOGLIOTTI, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.*, 1998, p. 851 ss.; G. CANESCHI, S. LONATI, *Il diritto alla prova e il principio del contraddittorio*, in M. CERESA-GASTALDO, S. LONATI (a cura di), *Profili di procedura penale europea*, Milano, 2021, p. 204.; R. CASIRAGHI, *I nuovi approdi "europei" del diritto al confronto*, in *Cass. pen.*, n. 3, 2019, p. 1363 ss.; R.E. KOSTORIS, *Per una "grammatica" minima del giudizio di equità processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 2020, p. 1676 ss.; R.E. KOSTORIS, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino, 2018, p. 206 ss.; V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 68; M. POLLERA, *Mutamenti giurisprudenziali e defettibilità delle rationes decidendi nella Corte di Strasburgo: il caso dei testimoni assenti*, in *Cass. pen.*, n. 4, 2018, p. 1372 ss.

<sup>43</sup> Sull'applicazione del *counterbalance test* elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in procedimenti penali transnazionali cfr. Corte eur., 29 marzo 2016, *Paic c. Croazia*, ricorso n. 47082/12, par. 17; Corte eur., 18 dicembre 2014, *Scholer c. Germania*, ricorso n. 1412/10, par. 60; Corte eur., 25 aprile 2013, *Yevgeniy Ivanov c. Russia*, ricorso n. 27100/03, par. 49; Corte eur., 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, ricorso n. 59632/09, par. 65.

da evitare che il carattere *cross-border* delle specifiche attività processuali abbia un impatto ancor più considerevole nei confronti della persona accusata.

Un sicuro merito della Proposta è stato quello di avere valorizzato l'importanza di coinvolgere maggiormente la difesa nei processi di acquisizione della prova transnazionale – e in specie della prova elettronica –, evidenziando al contempo la necessità di predisporre a livello interno dei rimedi effettivi che consentano di fronteggiare eventuali situazioni patologiche verificatesi in sede di ammissione e utilizzo delle prove raccolte all'estero. La Proposta, infatti, offre delle soluzioni interessanti che non possono far altro che accrescere il dibattito in ordine all'esigenza di predisporre un sistema condiviso di valori che contribuisca allo sviluppo di un comune spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Si auspica, pertanto, che a questa Proposta segua un'iniziativa legislativa da parte della Commissione Europea che appronti un modello giuridico unitario da adottare nelle singole esperienze giuridiche dei Paesi dell'Unione Europea.

Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**