

Cassazione penale

direttore scientifico
condirettore

Domenico Carcano
Mario D'Andria

LXIII - Novembre 2023, n. 11

II

20
23

| estratto

QUALI PROSPETTIVE PER L'AMMISSIBILITÀ
RECIPROCA DELLE PROVE TRA GLI STATI
MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA?

di Rosanna Belfiore

473 QUALI PROSPETTIVE PER L'AMMISSIBILITÀ RECIPROCA DELLE PROVE TRA GLI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA?

What future for the mutual admissibility of evidence between EU Member States?

Un gruppo di studiosi ha elaborato una proposta di direttiva UE nell'ambito di un progetto triennale condotto dallo *European Law Institute*, con il duplice obiettivo di fissare *standard* comuni di ammissibilità reciproca delle prove transnazionali affinché le prove raccolte in uno Stato membro non siano ritenute inammissibili solo perché non conformi alle regole e formalità applicabili nel diverso Stato membro del processo, e di stabilire regole minime per la raccolta delle prove elettroniche e per la loro ammissibilità. L'analisi di questa proposta accademica, che apre uno squarcio sulle più attuali prospettive *de iure condendo*, offre lo spunto per riflettere sui principali nodi dell'ammissibilità reciproca delle prove nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e sulle peculiarità che connotano la circolazione, in questo spazio, delle prove elettroniche.

A group of scholars has developed a proposal for a EU directive as part of a three-year project carried out by the European Law Institute, with a twofold objective: setting common standards on the mutual admissibility of cross-border evidence so that evidence obtained in a Member State is not rejected simply because it does not comply with the legal provisions or formalities applicable in the forum Member State; and establishing minimum rules for the gathering of electronic evidence and its admissibility. The analysis of this academic proposal, which offers a glimpse of the most current perspectives de iure condendo, is an opportunity to reflect on the main issues of mutual admissibility of evidence in the area of freedom, security and justice, and on the peculiarities that characterize the circulation of electronic evidence in this area.

di **Rosanna Belfiore**

Professore associato di Diritto processuale penale - Università di Catania

Sommario 1. L'ammissibilità reciproca delle prove nel quadro attuale dell'assistenza giudiziaria. — 2. Una proposta di direttiva di iniziativa accademica. — 3. I principi generali di ammissibilità della prova. — 3.1. Le regole di esclusione: l'inammissibilità assoluta e relativa. — 4. La prova elettronica: lo stato dell'arte. — 5. L'ammissibilità della prova elettronica. — 6. Le regole di acquisizione della prova elettronica e gli *standard* di informatica forense. — 7. I ricorsi giurisdizionali effettivi.

1. L'AMMISSIBILITÀ RECIPROCA DELLE PROVE NEL QUADRO ATTUALE DELL'ASSISTENZA GIUDIZIARIA

L'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri dell'Unione europea è forse uno dei più ambiziosi obiettivi della cooperazione giudiziaria in materia penale, fondata sull'ormai consolidato principio di mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie ⁽¹⁾. Da tempo e da più parti si discute, infatti, di una possibile azione legislativa su questo delicato

⁽¹⁾ Proclamato quale pietra miliare della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 1999, questo principio è stato codificato nell'art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ("TFUE").

aspetto del procedimento probatorio ⁽²⁾, senza che però si sia mai pervenuti a un risultato tangibile.

Finora il legislatore eurolunitario è intervenuto per assicurare «un sistema globale [di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera...] che contempra per quanto possibile tutti i tipi di prove, stabilisca i termini di esecuzione e limiti al minimo i motivi di rifiuto» ⁽³⁾. Com'è noto, questo sistema globale di approvvigionamento probatorio si è tradotto nella direttiva 2014/41/UE sull'ordine di indagine europeo ("OIE"), che prevede il riconoscimento di quelle decisioni giudiziarie emesse dall'autorità competente di uno Stato membro allo scopo di acquisire prove in un altro Stato membro ⁽⁴⁾. Il riconoscimento reciproco comporta che l'autorità di esecuzione riconosca un OIE senza imporre ulteriori formalità e ne assicuri l'esecuzione secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto fosse stato disposto da un'autorità del suo stesso Stato membro, a meno che non decida di addurre uno dei motivi di rifiuto tassativamente indicati nella direttiva ⁽⁵⁾.

Il legislatore eurolunitario non è invece intervenuto sull'ammissibilità – ivi inclusa l'utilizzabilità ⁽⁶⁾ – della prova transnazionale. Eppure, le notevoli differenze tra i sistemi processuali nazionali, e in particolare tra le regole di ammissione ed esclusione delle prove ⁽⁷⁾, rischiano di minare la praticabilità ovvero l'efficacia finale delle 'nuove' procedure di assistenza giudiziaria, nella misura in cui si frappongono alla raccolta del materiale probatorio all'estero ovvero alla sua utilizzabilità nel processo di destinazione ⁽⁸⁾. Da questo punto di vista, norme minime

⁽²⁾ Si pensi, prima di tutto, all'auspicio manifestato dai capi di Stato e di governo in occasione del Consiglio europeo tenutosi a Tampere il 15-16 ottobre 1999 (v. il § 36 delle conclusioni della presidenza). Si pensi, poi, alle iniziative assunte dalla Commissione, dapprima con la *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini*, Bruxelles, 10 giugno 2009, COM(2009) 262 def., e poco dopo con il *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati membri e sulla garanzia della loro ammissibilità*, Bruxelles, 11 novembre 2009, COM(2009) 624 def. Si pensi, ancora, ai diversi contributi della dottrina, tra i quali: M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen e giust.*, 3/2015, pp. 9 s.; C. CLAVERIE-ROUSSET, *The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union Member States*, in *European Criminal Law Review*, 2/2013, p. 152 s.; S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in G. Illuminati (a cura di), *'Prova penale e Unione europea'*, Bologna University Press, 2009, p. 141 ss.; K. LIGETI - B. GARAMVÖLGYI - A. ONDREJOVÁ - M. VON GALEN, *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU*, in *Eucrim*, 3/2020, pp. 201 ss.; M. KUSAK, *Common EU Minimum Standards for Enhancing Mutual Admissibility of Evidence Gathered in Criminal Matters*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2017, p. 337 ss.; e G. VERMEULEN - W. DE BONDT - Y. VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters*, Maklu, 2010.

⁽³⁾ In questi termini il *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in G.U.U.E., 4 maggio 2010, p. 12 (§ 3.1.1).

⁽⁴⁾ Art. 1.1 della direttiva OIE.

⁽⁵⁾ Art. 9.1 della direttiva OIE.

⁽⁶⁾ Sul concetto di ammissibilità nel contesto sovranazionale, e sulla sua ampia portata tale da includere la categoria dell'utilizzabilità della prova transnazionale, v. S. RUGGERI, *Horizontal Cooperation, Obtaining Evidence Overseas and the Respect for Fundamental Rights in the EU. From the European Commission's Proposals to the Proposal for a Directive on a European Investigation Order: Towards a Single Tool of Evidence Gathering in the EU?*, in AA.VV., *'Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings'*, a cura di S. Ruggeri, Springer, 2013, p. 287 s.

⁽⁷⁾ Sul punto si rinvia a S.C. THAMAN (a cura di), *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013.

⁽⁸⁾ Un rischio, questo, ben presente al legislatore eurolunitario. La direttiva OIE, infatti: per un verso, fa salvo l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE [v. gli artt. 1.4 e 11.1(f)], così ancorando il mutuo riconoscimento per la raccolta delle prove agli *standard* di garanzia già condivisi; e, per altro verso, contempla la regola – a nostro parere aurea, quanto meno per le prove 'costituenti' –, secondo cui l'autorità di esecuzione è di norma tenuta a conformarsi alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di

sull'ammissibilità reciproca delle prove potrebbero effettivamente facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, così come indicato dall'art. 82, par. 2, lett. a) TFUE, l'apposita base giuridica per un'eventuale azione comune in questo ambito.

D'altra parte – riteniamo –, le ragioni della cooperazione giudiziaria dovrebbero interferire il meno possibile con le regole di ammissione probatoria fissate a livello nazionale ⁽⁹⁾, costituendo queste ultime la massima garanzia per prevenire abusi, tanto da parte delle autorità di emissione, quanto da parte delle autorità di esecuzione, proprio in un contesto caratterizzato da una profonda eterogeneità tra sistemi processuali penali ⁽¹⁰⁾. Senza contare che l'introduzione di speciali regole di ammissione per le prove transnazionali, quand'anche entro l'area di operatività del principio del mutuo riconoscimento, determinerebbe la creazione di un doppio binario difficilmente giustificabile alla luce del principio di eguaglianza ⁽¹¹⁾.

2. UNA PROPOSTA DI DIRETTIVA DI INIZIATIVA ACCADEMICA

Nel solco tracciato dal menzionato art. 82, par. 2, lett. a) TFUE, si inserisce un'interessante proposta di direttiva elaborata da un gruppo di studiosi nell'ambito di un progetto triennale condotto dallo *European Law Institute* ⁽¹²⁾, con il duplice obiettivo di fissare *standard* comuni di ammissibilità reciproca delle prove transnazionali affinché le prove raccolte in uno Stato membro non siano ritenute inammissibili solo perché non conformi alle regole e formalità applicabili nel diverso Stato membro del processo ⁽¹³⁾, e di stabilire regole minime per la raccolta delle prove elettroniche e per la loro ammissibilità ⁽¹⁴⁾.

L'analisi di questa recentissima proposta accademica, che apre uno squarcio sulle più attuali prospettive *de iure condendo*, offre lo spunto per riflettere sui principali nodi dell'ammissibilità reciproca delle prove nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e sulle peculiarità che connotano la circolazione, in questo spazio, delle prove elettroniche.

3. I PRINCIPI GENERALI DI AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA

Innanzitutto, la proposta fissa alcune regole generali di ammissibilità delle prove, applicabili a tutti i tipi di prove, ivi incluse quelle elettroniche ⁽¹⁵⁾ e quelle eventualmente acquisite in procedimenti amministrativi ⁽¹⁶⁾.

emissione (v. l'art. 9.2 della direttiva OIE), qualora gli *standard* di garanzia dello Stato del processo dovessero essere più elevati di quelli condivisi.

⁽⁹⁾ In tal senso v. già J.R. SPENCER, *The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007, p. 473 ss.

⁽¹⁰⁾ Per simili considerazioni sia consentito rinviare a R. BELFIORE, *La prova penale 'raccolta' all'estero*, Aracne, 2014, p. 229 ss.

⁽¹¹⁾ Segnalano lo stesso rischio K. LIGETI - B. GARAMVÖLGYI - A. ONDREJOVÁ - M. VON GALEN, *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU*, cit., p. 206.

⁽¹²⁾ La proposta di direttiva sull'ammissibilità reciproca delle prove e delle prove elettroniche nei procedimenti penali, redatta in inglese, è consultabile all'indirizzo web: <https://www.europeanlawinstitute.eu/news-events/news-contd/news/eli-publishes-a-legislative-proposal-on-mutual-admissibility-of-evidence-and-electronic-evidence-in/>

⁽¹³⁾ Cfr. l'art. 1(a) della proposta di direttiva, unitamente all'*Explanatory Memorandum*, p. 8.

⁽¹⁴⁾ Cfr. l'art. 1(b) della proposta di direttiva, unitamente all'*Explanatory Memorandum*, p. 9.

⁽¹⁵⁾ Così l'*Explanatory Memorandum*, p. 19.

⁽¹⁶⁾ Così l'art. 4.6 della proposta di direttiva, in linea con l'art. 2.1 della stessa proposta. Rispetto alle prove di procedimenti amministrativi, la proposta dispone ulteriormente che, qualora siano state ottenute nel procedimento

La regola madre richiede agli Stati membri di assicurare che le prove ottenute in conformità alla *lex loci* ⁽¹⁷⁾ siano ammissibili nel procedimento penale dello Stato del processo, a meno che non violino principi fondamentali di rango costituzionale dello stesso Stato del processo (art. 4.1). Una volta affermata la centralità della legge dello Stato di raccolta della prova, è richiesto altresì di assicurare che le prove raccolte in violazione della *lex loci* non siano di norma trasferite a un altro Stato membro per la loro utilizzazione in procedimenti penali (art. 4.2). Le prove trasferite allo Stato del processo – quand’anche illegalmente raccolte ⁽¹⁸⁾ – sono comunque sottoposte a un vaglio di conformità a sufficienti garanzie, al fine di salvaguardare l’equità del procedimento nel suo complesso (art. 4.3). E, prevalentemente in funzione di questo vaglio, lo Stato del processo deve tenere in considerazione l’accoglimento di un’eventuale impugnazione contro l’acquisizione o la trasmissione della prova, nello Stato in cui è stata raccolta (art. 4.4).

Fin qui, dunque, l’idea sottesa alla proposta di direttiva si pone a metà strada tra quei sistemi che escludono le prove ottenute all’estero solo perché raccolte secondo leggi diverse dalla *lex fori*, e quelli che, invece, accolgono con generosità le prove allogene, affidandosi alla *lex loci* secondo il principio di *non-inquiry* ⁽¹⁹⁾. La proposta accademica si fonda, infatti, sulla generale ammissibilità della prova legalmente acquisita nello Stato di raccolta e, insieme, sul controllo, nello Stato del processo, del rispetto di garanzie almeno sufficienti in un’ottica di complessiva equità, evocando in parte la clausola di non discriminazione adottata nel Regolamento 2017/1939/UE sulla Procura europea ⁽²⁰⁾, ricalcando in buona sostanza il principio di *inquiry* nei limiti di cui alla direttiva OIE ⁽²¹⁾, e attingendo apertamente alla nota giurisprudenza di Strasburgo sulla *fairness* del procedimento *as a whole* ⁽²²⁾.

extra-penale nel rispetto delle garanzie procedurali domestiche, esse non possono essere dichiarate inammissibili nel procedimento penale di un altro Stato membro solo perché sono ivi applicabili garanzie diverse (art. 4.7).

⁽¹⁷⁾ Per le prove elettroniche, anche in caso di raccolta da remoto, per *lex loci* deve intendersi il luogo in cui esse sono collocate. Se, tuttavia, questo luogo non può essere individuato (come nel caso di dati in una *cloud*) per *lex loci* deve intendersi il luogo in cui è stato consentito l’accesso ai dati elettronici [cfr. l’art. 3(d) unitamente all’*Explanatory Memorandum*, p. 19].

⁽¹⁸⁾ Così come emerge più chiaramente dall’*Explanatory Memorandum*, p. 19.

⁽¹⁹⁾ Cfr. il *considerando* n. 11 della proposta di direttiva: «*In some Member States the collection of evidence obtained abroad is subject to strict checks on its compliance with evidence laws of the forum State while, in other countries, the evidence obtained abroad is subject to the principle of non-inquiry, which means that the adjudicating court will not consider whether the evidence was legally obtained.*». Sul punto v. *amplius*, v. K. LIGETI - B. GARAMVÖLGYI - A. ONDREJOVÁ - M. VON GALEN, *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU*, cit., pp. 203 s.

⁽²⁰⁾ Ci si riferisce alla disposizione di cui all’art. 37.1 del Regolamento 2017/1939/UE, che stabilisce 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». Sull’argomento v. *amplius*: S. ALLEGREZZA - A. MOSNA, *Cross-Border Criminal Evidence and the Future European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition?*, in AA.VV., ‘The European Public Prosecutor’s Office. The Challenges Ahead’, a cura di L. Bachmaier Winter, Springer, 2018, pp. 157 ss.; e A. MANGIARACINA, *Dalle indagini all’ammissione della prova in giudizio*, in AA.VV., ‘L’attuazione della Procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia’, a cura di G. Di Paolo - L. Pressacco - R. Belfiore - T. Rafaraci, Editoriale Scientifica, 2022, p. 217 ss.

⁽²¹⁾ L’art. 14(7), primo periodo, della direttiva OIE – richiamato esplicitamente nel considerando n. 13 della proposta di direttiva – stabilisce che: «Lo Stato di emissione tiene conto del fatto che il riconoscimento o l’esecuzione di un OEI sono stati impugnati con successo conformemente al proprio diritto nazionale. Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l’OEI.».

⁽²²⁾ Sulla dottrina della valutazione globale del procedimento elaborata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, v., a mero titolo esemplificativo: C. EDU, Grande Camera, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 50541/08, 50571/08.

Eppure, nonostante l'apprezzabile tentativo di contemperare il rispetto delle garanzie processuali e l'efficacia del procedimento penale quale strumento di accertamento della responsabilità, rimane irrisolto il nodo della doppia legalità della prova, tanto in base alla *lex loci* quanto in base alla *lex fori* – che poi rappresenta il vero problema nei rapporti di cooperazione giudiziaria aventi finalità probatoria –. La proposta non supera nemmeno le oggettive difficoltà del controllo, da parte delle autorità dello Stato del processo, sulle procedure acquisitive nello Stato di raccolta delle prove – salvo facilitare, come si vedrà, l'accesso a un difensore proprio in quest'ultimo Stato –. Infine, con il richiamo alla compatibilità della prova con garanzie solo sufficienti viene forse tradita la dottrina della valutazione globale di matrice giurisprudenziale, che – come autorevolmente affermato – «va dogmaticamente intesa come non un bilanciamento tra opposti valori o interessi, ma una doverosa indagine sulle conseguenze del vizio riscontrato»⁽²³⁾.

Dopodiché, la bozza di direttiva introduce un inedito canone di utilizzabilità probatoria: la proporzionalità. Il testo elaborato dagli studiosi incaricati dallo *European Law Institute* dispone appunto che gli Stati membri assicurino che la prova venga utilizzata nel procedimento penale solamente nella misura in cui la legittima interferenza con i diritti fondamentali durante la fase di raccolta di quella prova sia proporzionata, tenendo in considerazione, tra le altre cose, la gravità del reato oggetto del procedimento, come pure altri contrastanti interessi legittimi (art. 4.5). Come illustrato nell'*Explanatory Memorandum* che accompagna la proposta di direttiva: la gravità del reato va parametrata ai limiti di pena edittale previsti dalla norma incriminatrice; tra le altre cose di cui tenere conto rientra – ed esempio – la disponibilità di un'altra misura investigativa meno intrusiva; e i rilevanti interessi legittimi sono quelli dello Stato ovvero di terzi⁽²⁴⁾.

Orbene, con tutta evidenza, la proporzionalità assume il debito rilievo nella fase di richiesta e raccolta della prova oltreconfine, su cui anzi dovrebbe concentrarsi preliminarmente un apposito vaglio e a cui giustappunto sono dedicate talune importanti norme della direttiva OIE⁽²⁵⁾. La proporzionalità quale canone di utilizzabilità probatoria potrebbe allora rivelarsi superflua rispetto alla proporzionalità quale canone di richiesta/raccolta della prova all'estero.

3.1. Le regole di esclusione: l'inammissibilità assoluta e relativa

In linea con la regola madre di ammissibilità e i suoi corollari, la proposta di direttiva introduce alcune essenziali regole di esclusione probatoria, attingendo alla categoria dell'inammissibilità assoluta, con lo scopo di espungere da ogni procedimento penale e da qualsiasi circuito di

50573/08 e 40351/09, 13 settembre 2016; C. EDU, Grande Camera, *Schatschaschwili c. Germania*, ric. n. 9154/10, 15 dicembre 2015; e C. EDU, Grande Camera, *Jalloh c. Germania*, ric. n. 54810/00, 11 luglio 2006.

⁽²³⁾ G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 392.

⁽²⁴⁾ Cfr. l'*Explanatory Memorandum*, p. 20.

⁽²⁵⁾ Per un verso, l'art. 6.1(a) della direttiva OIE dispone che l'autorità dell'emissione può emettere un OIE solamente quando ritiene, tra le altre cose, che tale emissione sia necessaria e proporzionata ai fini del procedimento (e dunque ai fini dell'illecito penale in corso di accertamento), tenendo conto dei diritti della persona sottoposta alle indagini ovvero imputata. E l'art. 6.3 precisa ulteriormente che l'autorità dell'esecuzione, se ha motivo di ritenere che detta condizione di proporzionalità non sia rispettata, può consultare l'autorità dell'emissione, la quale può a sua volta eventualmente decidere di ritirare l'OIE. Per altro verso, l'art. 10.3 della direttiva OIE conferisce all'autorità dell'esecuzione la facoltà di ricorrere a un atto d'indagine diverso da quello richiesto con l'OIE quando questo altro atto assicuri lo stesso risultato dell'atto richiesto ma con mezzi meno intrusivi.

trasmissione la prova raccolta – anche nell’ambito di procedimenti amministrativi (art. 5.2) – in spregio a fondamentali diritti unanimemente tutelati. A tal fine, gli Stati membri assicurano che non vengano utilizzate né trasmesse le prove ottenute in violazione dei divieti: di tortura e trattamento inumano o degradante; di autoincriminazione; e di istigazione al reato ovvero di pregiudizio per la libertà morale della persona ⁽²⁶⁾(art. 5.1).

Lungi dall’introdurre regole di esclusione tali da interferire con la struttura dei sistemi processuali penali nazionali, questa disposizione, deliberatamente modellata sulla consolidata giurisprudenza di Strasburgo – come sottolineato dai suoi compilatori –, ha il merito di attirare nel diritto dell’Unione europea regole probatorie già condivise, rafforzandone la cogenza e promuovendone l’uniforme interpretazione, anche grazie all’ulteriore possibile apporto esegetico della Corte di giustizia ⁽²⁷⁾.

Alla categoria dell’inammissibilità assoluta, la proposta di direttiva affianca, poi, quella dell’inammissibilità relativa, in cui confluiscono regole di esclusione probatoria passibili di eccezioni ⁽²⁸⁾ – inammissibilità anche in questo caso applicabile pure quando dovesse trattarsi di prove raccolte in procedimenti amministrativi (art. 6.5) –.

È così che gli Stati membri assicurano che le dichiarazioni auto-incriminanti rese dall’indagato durante l’interrogatorio di polizia in assenza del difensore non siano ammesse come prove, salvo che l’imputato le confermi in dibattimento (art. 6.1). La *ratio* evidentemente è duplice: riaffermare il diritto di difesa sin dalla fase delle indagini preliminari, in linea con la direttiva 2013/48/UE ⁽²⁹⁾; e rafforzare la tutela del principio *nemo tenetur se detegere* attraverso l’esclusione probatoria della confessione resa senza la dovuta assistenza difensiva, secondo la dottrina *Salduz* elaborata dalla Corte EDU ⁽³⁰⁾.

E ancora, gli Stati membri assicurano che la prova ottenuta in violazione del diritto alla riservatezza delle comunicazioni con il difensore (art. 6.2), ovvero in violazione del patto di segretezza con un ministro di culto (art. 6.3), non sia ammissibile, salvo che il difensore ovvero il ministro di culto siano sospettati di essere coinvolti nel reato oggetto del procedimento penale (art. 6.4). In questo caso, quindi, l’inammissibilità cessa di trovare applicazione nel momento in cui lo *status* soggettivo che giustifica il vincolo di riservatezza/segretezza si muta in quello di indagato.

4. LA PROVA ELETTRONICA: LO STATO DELL’ARTE

La specificità delle prove elettroniche – definite nella proposta di direttiva come «ogni dato o informazione generati, conservati, trasmessi ovvero altrimenti processati in forma elettronica

⁽²⁶⁾ Come chiarito nell’*Explanatory Memorandum*, p. 21, si tratta di prove ottenute sotto mentite spoglie, attraverso mezzi coercitivi, ovvero eludendo la facoltà tanto di astenersi dal deporre, quanto di non rispondere.

⁽²⁷⁾ In questi termini, v. l’*Explanatory Memorandum*, p. 16.

⁽²⁸⁾ Così l’*Explanatory Memorandum*, p. 21. Sono regole di esclusione relative quelle che intervengono solo in rapporto a una determinata proposizione da provare o in una determinata fase, per dirla con P. FERRUA, *Ammissibilità della prova e divieti probatori*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 1/2021, p. 218.

⁽²⁹⁾ L’art. 3.2(a) della direttiva 2013/48/UE 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, prevede che «[...] gli indagati e gli imputati si avvalgono di un difensore a partire dal primo tra i momenti seguenti: a) prima che essi siano interrogati dalla polizia o da un’altra autorità di contrasto o giudiziaria [...]».

⁽³⁰⁾ C. EDU, Grande Camera, *Salduz c. Turchia*, ric. n. 36391/02, 27 novembre 2008.

che debbano essere utilizzati per provare un fatto in un procedimento penale»⁽³¹⁾ – ha indotto a delineare uno statuto speciale di ammissibilità delle c.d. *e-evidence*⁽³²⁾. In questo contesto, si rende necessario in particolare attuare *standard* comuni di informatica forense (*digital forensic*) per l'acquisizione della prova e assicurare l'accesso ai dati conservati da prestatori di servizi internet (*Internet Service Providers* – ISPs –) indipendentemente dal luogo in cui detti dati sono effettivamente collocati⁽³³⁾. Invero, il Regolamento sugli ordini europei di produzione e di conservazione delle prove elettroniche⁽³⁴⁾, bensì perseguendo l'obiettivo di assicurare alle autorità giudiziarie un rapido accesso ai dati conservati dagli ISPs, fa ancora grande affidamento sugli accordi internazionali con Stati terzi e sulle legislazioni nazionali che regolano l'acquisizione di prove elettroniche, e non disciplina compiutamente l'ammissibilità di questo particolare tipo di prove⁽³⁵⁾.

Attualmente sono numerosi gli ostacoli all'ammissibilità delle *e-evidence*, come accuratamente ricostruito nell'*Explanatory Memorandum*, in cui sono individuati tre fattori-limite.

Il primo riguarda immunità o privilegi: al di là dell'apposito meccanismo di produzione europeo introdotto con il menzionato Regolamento, il rilievo di immunità o privilegi previsti dal diritto straniero non è affatto chiaro. Per non dire che solo pochi Stati disciplinano l'accesso ai dati in modo da prevenire l'accesso a comunicazioni riservate, e tra questi solo pochissimi sono dotati di adeguate procedure volte comunque a filtrare i contenuti privilegiati. In ogni caso, poi, il rispetto delle garanzie procedurali domestiche non è da solo sufficiente in questo contesto spiccatamente transnazionale: soprattutto le prove elettroniche si prestano a essere utilizzate in molteplici giurisdizioni, diverse da quella di acquisizione dei dati⁽³⁶⁾.

Il secondo fattore-limite all'ammissibilità della prova elettronica riguarda la sua illegalità. Se è vero, infatti, che ci sono ormai numerose fonti sovranazionali che disciplinano la raccolta, la conservazione, il trattamento e la comunicazione di dati⁽³⁷⁾, non sussistono ancora regole

⁽³¹⁾ Così testualmente l'art. 3(b) della proposta di direttiva, che adotta, quindi, una definizione: autonoma rispetto alla rilevante legislazione eurounitaria, nella misura in cui non richiede il necessario coinvolgimento di un *service provider*; e ampia, tale da includere, ad esempio, le registrazioni di immagini, le intercettazioni di telecomunicazioni, o ancora il contenuto custodito elettronicamente su un *hard drive* privato. In questi termini, v. l'*Explanatory Memorandum*, p. 18-19.

⁽³²⁾ Sulla specificità delle prove digitali e delle relative indagini, si rinvia a S. SIGNORATO, *Types and Features of Cyber Investigations in a Globalized World*, in *Dir. pen. cont.*, 30 dicembre 2016, p. 1 ss.

⁽³³⁾ Cfr. l'*Explanatory Memorandum*, p. 13. La proposta volutamente non si occupa dell'accesso extraterritoriale a dati elettronici o documenti, ossia di quell'accesso a dati conservati all'estero possibile direttamente dal territorio dello Stato del processo. In questo caso, infatti, rilevano esclusivamente le regole di raccolta e ammissibilità probatoria dello Stato del processo (v., ancora, l'*Explanatory Memorandum*, p. 9).

⁽³⁴⁾ Si tratta del Regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del Consiglio – adottato il 12 luglio 2023, poco dopo la proposta accademica in esame – relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali, in G.U.U.E., L 191/118, 28 luglio 2023. In argomento v. *amplius*: M. GIALUZ - J. DELLA TORRE, *Lotta alla criminalità nel cyberspazio: la Commissione presenta due proposte per facilitare la circolazione delle prove elettroniche nei processi penali*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2018, pp. 277 ss.; e R. PEZZUTO, *Accesso transnazionale alla prova elettronica nel procedimento penale: la nuova iniziativa legislativa della Commissione europea al vaglio del Consiglio dell'Unione*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2019, p. 57 ss.

⁽³⁵⁾ In questi termini si esprimono i compilatori della proposta nell'*Explanatory Memorandum*, p. 13 s.

⁽³⁶⁾ Sono tutte osservazioni espresse nell'*Explanatory Memorandum*, p. 13.

⁽³⁷⁾ Si pensi: alla direttiva 2016/680/UE del 27 aprile 2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la

condivise quanto all'inutilizzabilità nei procedimenti penali di quei dati che violino la disciplina contenuta in tali fonti ⁽³⁸⁾.

Infine, il terzo fattore-limite all'ammissibilità della prova elettronica – rilevante peraltro rispetto all'ammissibilità della prova *tout court* – riguarda i diritti fondamentali, affermati nella Carta dell'Unione europea, nella CEDU e nelle costituzioni nazionali ⁽³⁹⁾: si pensi, ad esempio, alla prova ottenuta mediante un'ingerenza nella *privacy* sproporzionata rispetto alla gravità del reato, ovvero alla prova intrusiva la cui ammissione contravvenga al diritto a un giusto processo ⁽⁴⁰⁾.

A fronte di un quadro così complesso, i compilatori della proposta di direttiva sono andati oltre l'obiettivo di delineare *standard* comuni di ammissibilità probatoria, occupandosi altresì di fissare regole minime di raccolta delle prove elettroniche, in una più ampia ottica di armonizzazione ⁽⁴¹⁾. Secondo i compilatori, la ragione di questa diversa portata dell'intervento risiede nell'embrionale stato in cui versano le legislazioni nazionali in tema di raccolta di *e-evidence* nei procedimenti penali, il cui scarso e incerto sviluppo reclama un'azione legislativa sovranazionale 'chiarificatrice' che produca certezza. Non solo. Governare a livello eurounitario un'area per lo più ancora inesplorata a livello domestico rappresenta per gli Stati membri un'opportunità che consente loro di adottare con maggiore facilità regole uniformi *ex nihilo*, senza il rischio che queste confliggano con ben radicate tradizioni costituzionali ⁽⁴²⁾.

Senonché – preme sottolineare –, una volta adottata una definizione di prova elettronica la più ampia possibile, tale da includere, ad esempio, le intercettazioni di telecomunicazioni ⁽⁴³⁾ – e, chissà, forse anche le audizioni mediante videoconferenza ⁽⁴⁴⁾ –, risulta difficile sottoscrivere questa premessa di carattere generale. Se in alcuni settori si riscontrano in effetti legislazioni lacunose, in altri settori – quello delle intercettazioni su tutti – le legislazioni nazionali sono affatto sviluppate e anzi rivendicano il loro primato sulle altre. Lo dimostra bene il cauto approccio della direttiva OIE rispetto a determinati atti di indagine – molti dei quali riconducibili alla categoria della prova elettronica nella definizione adottata nella proposta in esame –, per i quali sono state predisposte 'condizioni di riconoscimento' specifiche per lo più impron-

decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio; al Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE; alla direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; e alla proposta di Regolamento COM/2017/010 final, relativa al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche e che abroga la direttiva 2002/58/CE.

⁽³⁸⁾ Cfr. l'*Explanatory Memorandum*, p. 14.

⁽³⁹⁾ Sulla base di una triangolazione delle garanzie, peraltro non sempre agevole, come sottolinea efficacemente M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 6 aprile 2016, p. 1 ss.

⁽⁴⁰⁾ Così l'*Explanatory Memorandum*, p. 14 s.

⁽⁴¹⁾ Sulla necessità di regole comuni europee per la raccolta, la conservazione e lo scambio delle prove elettroniche, v. M.A. BIASIOTTI, *Present and Future of the Exchange of Electronic Evidence in Europe*, in AA.VV., *Handling and Exchanging Electronic Evidence Across Europe*, a cura di M.A. Biasiotti - J.P. Mifsud Bonnici - J. Camataci - F. Turchi, Springer, 2018, p. 26 ss.

⁽⁴²⁾ In tal senso si esprimono i compilatori della proposta nell'*Explanatory Memorandum*, p. 17.

⁽⁴³⁾ V., *supra*, sub nota n. 31.

⁽⁴⁴⁾ Se per prova elettronica deve intendersi 'ogni prova che esiste in forma elettronica o trasmessa in forma elettronica al momento in cui è ottenuta' (così testualmente l'*Explanatory Memorandum*, p. 18), c'è da chiedersi se l'audizione che avviene mediante collegamento audio-video rientri o meno in questa definizione.

tate all'ammissibilità nel 'caso interno analogo', secondo una clausola fortemente ancorata al diritto nazionale ⁽⁴⁵⁾.

5. L'AMMISSIBILITÀ DELLA PROVA ELETTRONICA

Lo speciale statuto di ammissibilità della prova elettronica prevede, innanzitutto, che gli Stati membri utilizzino questo tipo di prova nei procedimenti penali solo se al momento del suo utilizzo essa corrisponde tanto allo stato in cui è stata ottenuta, quanto integralmente alla prova nel momento in cui è stata ottenuta, ed è stata sufficientemente protetta da falsificazioni e manipolazioni (art. 7.1) ⁽⁴⁶⁾ – mediante l'autorizzazione, la registrazione e la tracciabilità di ogni accesso al mezzo che la custodisce (art. 7.2) –.

La proposta intende, cioè, assicurare l'utilizzo della prova elettronica autentica, integra e adeguatamente custodita; proprietà a garanzie delle quali è sempre richiesto un previo controllo, dal quale risulti sufficientemente provato che la *e-evidence* non è il risultato di manipolazioni o contraffazioni precedenti alla fase della sua acquisizione (art. 7.3). A fronte dei *deepfake* e delle infinite potenzialità dell'intelligenza artificiale, non deve più essere consentito l'utilizzo incontrollato della prova elettronica ⁽⁴⁷⁾.

L'imputato è il primo controllore circa il rispetto di queste regole. Egli gode infatti del diritto di accesso tanto alla prova integra quanto alla relazione dei periti/consulenti informatici, e ha il diritto di impugnare la catena di custodia, il risultato dell'analisi ovvero la sua interpretazione, nonché le conclusioni nella relazione dei periti/consulenti. Proprio a tal fine, gli Stati membri sono tenuti ad assicurare, su richiesta dell'indagato o dell'imputato, il coinvolgimento di esperti informatici – non necessariamente a spese dello Stato ⁽⁴⁸⁾ – nella valutazione del rispetto degli *standard* di autenticità, integrità e adeguata custodia appositamente stabiliti (art. 7.4). Discrezionale è, invece, la scelta in capo agli Stati membri di concedere all'imputato il diritto di chiedere l'utilizzo di tecnologie di apprendimento automatico (*machine-learning technology*), o della codifica predittiva (*predictive coding*), qualora la revisione completa o la ricerca per parola chiave dei documenti non sia appropriata per un'accurata valutazione della prova (art. 7.5).

6. LE REGOLE DI ACQUISIZIONE DELLA PROVA ELETTRONICA E GLI STANDARD DI INFORMATICA FORENSE

Come anticipato, la proposta interviene anche sul fronte della raccolta delle *e-evidence*, al fine di dettare regole minime che informino l'estrazione e la protezione di dati elettronici, nonché le indagini su dispositivi elettronici ⁽⁴⁹⁾ (art. 8.1).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. gli artt. 22-31 della direttiva OIE, in particolare là dove è previsto – appunto – che un OIE può essere rifiutato qualora l'atto di indagine richiesto non sia ammesso o autorizzato in un caso interno analogo.

⁽⁴⁶⁾ Così il testo nella versione originale della proposta: «*Member States shall provide that electronic evidence is used in criminal proceedings only if it is ensured that: (a) the evidence at the time of its use corresponds to the state in which it was obtained; (b) the evidence at the time of its use corresponds to the full extent to the evidence at the time it was obtained; (c) the evidence was sufficiently protected against falsification and manipulation in the period between its obtention and its use.*».

⁽⁴⁷⁾ Così l'*Explanatory Memorandum*, p. 22.

⁽⁴⁸⁾ Sebbene ciò sarebbe auspicabile nella misura in cui contribuisca a garantire il giusto processo e la parità delle armi. Sul punto v. l'*Explanatory Memorandum*, p. 22.

⁽⁴⁹⁾ Sulla necessità di regole comuni per l'acquisizione e il trattamento della prova elettronica (oltre che per la sua ammissione), v. M. CAIANIELLO, *Conclusive remarks. Antifraud investigations and respect for fundamental rights faced*

È così che gli Stati membri dovrebbero assicurare – nei limiti del possibile – che un esperto informatico sia coinvolto nella fase acquisitiva ⁽⁵⁰⁾(art. 8.2) e che la procedura finalizzata a creare una copia di un dispositivo elettronico si svolga in presenza del difensore o dell'utilizzatore del dispositivo, ovvero con il consenso di quest'ultimo, o comunque in presenza di un terzo indipendente o designato dall'utilizzatore (art. 8.3). La proposta si fa perciò carico di regolamentare i diritti di difesa durante le perquisizioni e i sequestri informatici, mezzi di ricerca delle prove sempre più diffusi ma spesso non adeguatamente disciplinati, quando non assimilati del tutto ai mezzi di stampo tradizionale. Anzi, la proposta si impegna a tutelare anche i terzi estranei al procedimento penale, i cui diritti venissero incisi da una perquisizione e da un possibile sequestro di dati elettronici: a costoro è dovuta una notifica, salvo che questa si riveli eccessivamente onerosa, ovvero possa pregiudicare la prosecuzione delle indagini (art. 8.9).

In ogni caso – ossia rispetto a tutte le indagini elettroniche –, gli Stati membri si impegnano ad attuare adeguate tutele per assicurare che il principio di proporzionalità venga rispettato e che nessun dato irrilevante ai fini del procedimento penale nel quale ha avuto luogo una perquisizione o un'intercettazione sia sequestrato ovvero registrato (art. 8.6). La proporzionalità, unitamente a un'apposita ordinanza, è altresì richiesta per l'accesso coattivo agli archivi elettronici contenenti prove elettroniche (art. 9.1), quando ad esempio protetti da sistemi di sicurezza biometrici per superare i quali è richiesta l'impronta digitale, il riconoscimento facciale o la scansione dell'iride ⁽⁵¹⁾; accesso coattivo altrimenti non consentito – nemmeno nell'ambito di procedimenti amministrativi –, a pena di inutilizzabilità (art. 9.2).

In questo contesto, quindi, la proporzionalità viene ricondotta nell'alveo – che le è proprio – della raccolta della prova, assurgendo però a canone di ravvicinamento sebbene fortemente determinata da fattori eterogenei, tutti interni alle legislazioni nazionali, e spesso assorbita dal principio di legalità ⁽⁵²⁾. Da questo punto di vista, ai fini di un'azione armonizzatrice, ci sembra forse più efficace il canone della rilevanza, parametrabile ai fatti oggetto dell'imputazione, oltre che a tutti gli altri fatti oggetto di prova.

La proposta regolamenta, poi, la conservazione e la cancellazione dei dati acquisiti a fini probatori. Una volta concluso definitivamente il procedimento penale, i dati originali conser-

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'*, Wolters Kluwer/Cedam, 2021, p. 247 s. e 252 ss.

⁽⁵⁰⁾ La presenza di un esperto informatico non è quindi obbligatoria, come apertamente affermato nell'*Explanatory Memorandum*, p. 23. D'altra parte, renderla obbligatoria in tutte le operazioni investigative ricadenti su dati elettronici rischierebbe di determinare l'inammissibilità di quelle prove raccolte in assenza dell'esperto solo perché non prontamente disponibile.

⁽⁵¹⁾ Così l'*Explanatory Memorandum*, p. 24.

⁽⁵²⁾ Per alcune considerazioni sull'immanente essenza relativistica del principio di proporzionalità, in particolare nel contesto delle indagini tecnologiche, v. F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018, p. 1 ss. Sul pericolo che la proporzionalità quale mezzo di affinamento di un diritto comune di matrice giurisprudenziale mini la legalità processuale, v. G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, cit., p. 391 s. Diversamente, nel senso che il principio di proporzionalità costituisca l'unica reale opportunità per giungere, perlomeno dal basso, al ravvicinamento delle regole di ammissibilità reciproca delle prove, v.: M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., pp. 76 ss.; e C.E. GATTO, *Il principio di proporzionalità nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, p. 100 ss. Per simili considerazioni ma su un piano più generale v.: M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 148 ss.

vati nei *computer* o nei dispositivi utilizzati per la ricerca e l'analisi da parte degli investigatori devono essere cancellati con apposita ordinanza, così come devono essere cancellati i dati archiviati nei *computer* o nei dispositivi sequestrati, il cui possesso o utilizzo sia illegale – come ad esempio nel caso di immagini pedopornografiche – ovvero pericoloso – come ad esempio nel caso di informazioni concernenti segreti di Stato –. Una copia della relativa documentazione verrà comunque custodita dalle autorità competenti, per poi essere distrutta, salvo che il giudice ne ritenga necessaria la conservazione, dopo cinque anni dall'esecuzione della sentenza, o quando il reato è prescritto, o l'azione penale non può più essere esercitata, o l'archiviazione ovvero il proscioglimento sono divenuti definitivi (art. 8.8).

Infine, al preciso scopo di uniformare l'informatica forense così assicurando la catena di custodia dei dati elettronici acquisiti (art. 8.4) e l'affidabilità delle indagini elettroniche nei laboratori forensi (art. 8.5), la proposta esorta, quando non vincola, gli Stati membri al rispetto degli *standard* internazionali fissati nelle apposite linee guida, già ampiamente accettate nell'Unione europea⁽⁵³⁾. Mentre, a garanzia della trasmissione delle prove elettroniche, la proposta impegna gli Stati membri all'impiego del canale di comunicazione comune E-DES (*Electronic Digital Exchange System*) – non appena operativo –, rinunciabile solo in casi eccezionali ovvero a favore dell'impiego di sistemi alternativi purché altrettanto affidabili. Tuttavia, è soltanto a fronte della trasmissione attraverso il canale comune E-DES che eventualmente graverà sulla difesa l'onere di provare la manipolazione dei dati in fase trasmissiva (art. 8.7).

7. I RICORSI GIURISDIZIONALI EFFETTIVI

Gli studiosi incaricati dallo *European Law Institute* propongono, infine, alcune disposizioni di carattere generale – non sempre particolarmente perspicue –, finalizzate a preservare la direttiva da possibili sue violazioni.

Gli Stati membri sono tenuti ad assicurare, tanto agli imputati, quanto agli indagati – dunque sin dalla fase delle indagini – un ricorso giurisdizionale effettivo contro l'utilizzazione della prova in spregio a quanto previsto nella direttiva. A tal fine, gli Stati membri garantiscono una consulenza legale (*legal expertise* nella versione in lingua originale) per i sospettati e gli accusati secondo quanto previsto dalla *lex loci* (art. 10.1) – si presume, perciò, nello Stato di raccolta probatoria –, e sono incoraggiati a prevedere e facilitare l'accesso a un difensore nello Stato di raccolta probatoria (come sembra doversi intendere il riferimento al *production State* nella versione in lingua originale), il quale possa accertarsi che la prova sia stata raccolta in conformità alla legge di tale Stato (art. 10.2). Qui, evidentemente, la proposta evoca la logica della *dual defence* inaugurata con la menzionata direttiva 2013/48/UE⁽⁵⁴⁾.

A ulteriore salvaguardia della direttiva e del suo contenuto vincolante, i compilatori della proposta regolamentano cosa debba intendersi per ricorso giurisdizionale effettivo, *rectius* a quali condizioni un ricorso possa dirsi effettivo. Innanzitutto, l'indagato o l'imputato deve

⁽⁵³⁾ Si pensi, ad esempio, a: *The Global Guidelines for Digital Forensics Laboratories* (Interpol); *The Best Practice Manual for the Forensic Examination of Digital Technology* (ENFSI, European Network of Forensic Science Institutes); e *The ISO/IEC STANDARD 27037 Information technology – Security techniques – Guidelines for identification, collection, acquisition, and preservation of digital evidence*.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. l'art. 10 della direttiva 2013/48/UE. Sull'argomento, v. *amplius* M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2016, p. 42 ss.

essere in grado di assicurarsi ⁽⁵⁵⁾ che la prova inammissibile sia rimossa dal fascicolo delle indagini e che non sia utilizzata come prova in ulteriori fasi del procedimento penale (art. 11.a). L'indagato o l'imputato deve, poi, essere in grado di assicurarsi che il provvedimento giurisdizionale fondato anche solo parzialmente su una prova inammissibile sia impugnabile, a meno che sia altrimenti garantito che il procedimento penale nel suo complesso si sia conformato ai requisiti del giusto processo (art. 11.b) – ad esempio perché la prova inammissibile bensì utilizzata dal giudice non è la sola e decisiva a carico dell'imputato ⁽⁵⁶⁾ –.

A favore della massima flessibilità, dunque, ritorna la dottrina della *fairness* del procedimento *as a whole*, questa volta però nella sua accezione più autentica, quale «doverosa indagine sulle conseguenze del vizio riscontrato, reputando salvaguardata l'equità processuale qualora si rilevi che da questo non dipende la decisione finale o che lo stesso è stato sanato in virtù di ulteriori elementi, i quali contribuiscono a integrare una vera e propria fattispecie sussidiaria» ⁽⁵⁷⁾.

D'altra parte, secondo la nota clausola di non regressione, imposta dall'art. 82(2) TFUE e debitamente inserita a chiusura della proposta in esame, in nessun caso la direttiva può determinare un limite o una deroga ai diritti e alle garanzie processuali previsti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella CEDU, nelle rilevanti disposizioni di diritto internazionale – in particolare nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia –, ovvero nel diritto degli Stati membri che prevedano un più alto livello di protezione (art. 13).

⁽⁵⁵⁾ Così l'incerto dato testuale: «[...] *the suspect or the accused must be able to ensure* [...]». Nella quasi totalità delle disposizioni della proposta di direttiva, spetta agli Stati membri assicurare (*ensure*) qualcosa.

⁽⁵⁶⁾ L'esempio è tratto dall'*Explanatory Memorandum*, p. 24.

⁽⁵⁷⁾ Così G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, cit., p. 392.

