



02329-24

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SESTA SEZIONE PENALE

Composta da

Gaetano De Amicis	- Presidente -	ord. n. sez. <u>44</u> /2024
Angelo Costanzo		C.C. – 15/01/2024
Enrico Gallucci	- Relatore -	R.G.N. 41618/23
Maria Sabina Vigna		
Paola Di Nicola Travaglini		

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sui ricorsi proposti da:

1. [REDACTED]
2. [REDACTED]

avverso l'ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria del 21/07/2023

visti gli atti, l'ordinanza impugnata e i ricorsi;
udita la relazione svolta dal Consigliere Enrico Gallucci;
sentite le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Giuseppe Riccardi, che ha, in via principale, chiesto la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, non ritenendosi fondato il motivo, pregiudiziale, in ordine alla dedotta violazione dell'art. 407 cod. proc. pen.; in subordine, il rigetto del ricorso, precisando che, in relazione alla richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, è preferibile attendere la decisione delle Sezioni Unite;
sentiti i difensori degli indagati, Avvocati [REDACTED] per entrambi nonché [REDACTED] per [REDACTED] per [REDACTED]
che hanno chiesto la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, insistendo,

nell'interesse di [REDACTED] sull'accoglimento del motivo relativo alla nullità dell'interrogatorio di garanzia.

RITENUTO IN FATTO

1. Il Tribunale del riesame di Reggio Calabria, con ordinanza del 21 luglio 2023 (motivazione depositata il successivo 29 agosto), ha rigettato le richieste formulate da [REDACTED] per la revoca dell'ordinanza, emessa dal Giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Reggio Calabria in data 13 marzo 2023, con la quale è stata applicata ai predetti indagati la misura della custodia cautelare in carcere in relazione agli addebiti provvisori di cui al Capo C (violazione dell'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), a carico di entrambi, e a numerosi episodi rubricati ex art. 73 d.P.R. cit. (Capi C1, C4, C5, C7, C 23, C26, C27, C35, C55, C61, per [REDACTED]; Capi C24, C25, C26, C27, C28, C29, C31, C32, C33, C38, C39, C40, C42 C43, C47, C48, C54, C565, C57, C61, per [REDACTED]).

2. Avverso la richiamata ordinanza i predetti indagati, a mezzo dei propri difensori, hanno presentato ricorso.

2.1. Nell'interesse del solo [REDACTED] in particolare, si deducono violazione di legge e vizio di motivazione in ordine all'art. 294 cod. proc. pen., con riguardo alla mancata produzione, da parte del Pubblico Ministero procedente, di una serie di provvedimenti emessi all'interno del procedimento base francese (in particolare: provvedimento del 14 giugno 2019 del Giudice istruttore presso il Tribunale di Lille, con cui era stata disposta la intercettazione del flusso telematico che fosse transitato per i server di Roubaix, noleggiato dall'impresa canadese *Sky Global*, proprietaria della applicazione di messaggistica cifrata *Sky ECC*; decreti di proroga delle operazioni di intercettazioni parimenti emessi dall'Autorità giudiziaria di Lille; ordinanza D 207/1 del 17 dicembre 2020 con cui il Giudice Istruttore presso il Tribunale di Parigi aveva autorizzato la installazione di un primo *trojan* sul server di Roubaix, contrassegnato con il nome di *host "server 2 o server di back-up"*; provvedimento D 212/1, che era stato adottato in data 24 febbraio 2021 dal Giudice Istruttore presso il Tribunale di Parigi per acconsentire la installazione di un secondo captatore informatico sul server di Roubaix contrassegnato con il nome di *host "server 1"*).

Per effetto di tale mancata produzione – eccepisce il ricorrente [REDACTED] – è scaturita la impossibilità per la difesa di comprendere le modalità di acquisizione e decrittazione dei messaggi scambiati su *Sky ECC* e transitati, dapprima, nel procedimento penale n. 1589/2019 DNA Reggio Calabria e,

successivamente, nel procedimento penale n. 3886/2022 della medesima Autorità giudiziaria, relativo ad un'inchiesta denominata "Eureka".

Nel corso dell'interrogatorio di garanzia, secondo quanto prospettato nel ricorso, i difensori avevano eccepito la nullità a regime intermedio per violazione del diritto di difesa derivante da detta omissione, ma il Giudice delle indagini preliminari non si era pronunciato sul punto. L'eccezione è stata ritualmente dedotta in sede di riesame, ma disattesa dal Tribunale di Reggio Calabria che, in modo apodittico e in violazione di legge, ha ritenuto idonea la produzione del solo provvedimento del Tribunale di Lille del 14 giugno 2019 in un diverso procedimento cautelare, sostenendo che comunque tutti gli atti adottati nell'ambito del procedimento penale francese erano assistiti da "presunzione di legittimità" assoluta.

2.2. Nell'interesse di entrambi gli indagati vengono altresì dedotti i seguenti motivi.

2.2.1. Violazione di legge e vizio di motivazione in relazione al superamento dei termini delle indagini preliminari di cui all'art. 407 cod. proc. pen.

A tale riguardo, si evidenzia che, rappresentando il procedimento penale originario (n. 1589/2019) una "gemmazione" del procedimento n. 7078/2018, mod. 44, nel momento in cui sono state acquisite dalla piattaforma *Sky ECC* le *chat* incriminate il termine di durata massima delle indagini a carico di [REDACTED] e, soprattutto, di [REDACTED] era ormai decorso.

Inoltre, la motivazione dell'ordinanza impugnata – nella parte in cui sostiene che non è possibile operare la "retrodatazione" dell'iscrizione (apoditticamente collocata nel mese di marzo del 2022) in quanto il procedimento non soggiace alla nuova disciplina dell'art. 335-*quater* cod. proc. pen., introdotta con la cd. "riforma Cartabia" – non risulta conforme all'orientamento della Corte di cassazione, secondo il quale la verifica della sussistenza della qualità di indagato deve rispondere a criteri di natura sostanziale e non formale.

Parimenti censurabile si ritiene, inoltre, l'affermazione dell'ordinanza impugnata secondo la quale, non disponendo il Tribunale del riesame di "poteri istruttori", non sarebbe possibile verificare le deduzioni dei ricorrenti in ordine al momento di effettiva acquisizione della qualità di indagati, poiché tale situazione emerge con evidenza dagli atti di indagine nella disponibilità del medesimo Tribunale.

2.2.2. Violazione di legge e vizio di motivazione con riferimento alla procedura seguita dall'Autorità giudiziaria francese per l'acquisizione degli atti di indagine poi trasferiti nel procedimento in oggetto a seguito di Ordine europeo di indagine penale (da ora in avanti OEI), nonché in relazione alla ritenuta utilizzabilità degli stessi da parte del Tribunale del riesame.

Al riguardo, attesa la omogeneità delle diverse, e numerose, questioni enucleate nel ricorso, tra loro strettamente connesse, si procede, ai sensi dell'art. 173 disp att. cod. proc. pen., ad un'illustrazione sintetica del loro contenuto, nei limiti necessari a dar conto della decisione adottata dal Collegio.

In primo luogo, rilevano i ricorrenti che erroneamente l'ordinanza del riesame ha ritenuto – incorrendo in un evidente travisamento dei fatti – che i captatori informatici installati a seguito dei provvedimenti autorizzativi emessi dal Tribunale di Parigi “sarebbero serviti esclusivamente ad acquisire le chiavi di cifratura inerenti a ciascuno dei criptofonini nella disponibilità del singolo utente, abbonato alla piattaforma *Sky ECC*”, mentre dai provvedimenti dell'Autorità giudiziaria francese emerge con chiarezza che si è trattato di una vera e propria attività complessa di intercettazione, eseguita attraverso un doppio passaggio, consistito nell'intercettazione di tutte le comunicazioni transitate sulla piattaforma *Sky ECC* e veicolate dal server di Roubaix, quindi nell'acquisizione (tramite l'inoculazione di appositi *trojan* all'interno dei server) delle chiavi di cifratura (due delle quali presenti nel server e due nel singolo cellulare dell'utilizzatore) idonee a consentire di decrittare tutte le conversazioni intercettate.

Pertanto, si assume erroneo l'inquadramento giuridico effettuato dal Tribunale del riesame, là dove ha ritenuto (richiamando pronunce della Corte di legittimità che si basavano però su una situazione nella quale non erano emerse le effettive modalità del procedimento seguito dall'Autorità giudiziaria straniera) che l'acquisizione delle *chat* rientra nell'ambito dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen.

Di contro, l'attività svolta all'estero deve essere qualificata come “intercettazione massiva, generalizzata e indiscriminata” di tutte le conversazioni effettuate tramite la piattaforma *Sky ECC*, in quanto tale non permessa nel nostro ordinamento.

Ne consegue che l'acquisizione non può essere consentita tramite OEI a mente dell'art. 6, par. 1, lett. b) della Direttiva 2014/41/UE (principio di equivalenza) e in ogni caso deve ritenersi preclusa da specifiche disposizioni euro-unitarie (artt. 47, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, 6, par. 1 e 8, par. 2, Conv.EDU), come riconosciuto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (da ultimo, sent. 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, C-746/18, punto 42; sent. 6 ottobre 2020, *Le Quadrature du Net e a.*, C-511/19, C-512/18, C/520/18, punto 223).

Per altro verso, si afferma che, non conoscendo l'ordinamento francese una disposizione analoga al nostro art. 270 cod. proc. pen., il “transito” di dette intercettazioni nel procedimento penale italiano risulta violativo sia della *lex loci* che delle previsioni dell'art. 10, par. 5, della Direttiva 2014/41/UE e dell'art. 8, par. 2, CEDU (come ritenuto dalla Corte Edu nella pronuncia *Matheron c. Francia*) con ricadute nell'ordinamento interno ex artt. 117 Cost. e 191 cod. proc. pen.

Non sussistono, ad avviso dei ricorrenti, i presupposti di utilizzabilità previsti dall'art. 270 cod. proc. pen. e, non risultando rispettate le previsioni di cui all'art. 268, commi 6, 7 e 8, cod. proc. pen., che in relazione ai risultati delle intercettazioni prevedono l'instaurazione di un contraddittorio adeguato tra le parti dinanzi ad un organo giudicante terzo e imparziale, le indicate *chat* non possono ritenersi utilizzabili.

Si deduce, altresì, che le risultanze delle indagini espletate in Francia, in realtà, risultano configurare – per l'ordinamento italiano – una sorta di "prova atipica" (categoria, come è noto, regolata nel nostro ordinamento dall'art. 189 cod. proc.) la cui acquisizione, tuttavia, è in contrasto con i principi costituzionali e convenzionali sulla tutela del "domicilio informatico", difettando i presupposti indicati negli artt. 14 Cost. e 8, par. 2, CEDU, il che rende, anche sotto tale aspetto, inutilizzabili le *chat* e i relativi algoritmi di decodifica acquisiti a mezzo *trojan* in Francia, per come refluiti in Italia tramite gli OEI.

Sempre a tale proposito, si evidenzia, infine, che il Tribunale del *Land* di Berlino, nell'ambito di un procedimento in cui si è posta la questione relativa alla utilizzabilità delle *chat* scambiate sulla piattaforma *Encrochat*, che erano refluite dalla Francia alla Germania in esecuzione di una pluralità di differenti OEI, ha recentemente formulato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE chiedendo "se gli OEI tratti dagli inquirenti tedeschi fossero o meno compatibili con le garanzie di cui all'art. 6 paragrafo 1 lettere a) e b) della Direttiva 2014/41/UE".

2.2.3. I ricorrenti invocano quindi l'annullamento dell'ordinanza impugnata ovvero la proposizione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di un rinvio pregiudiziale in riferimento alla compatibilità con i principi sopra indicati dell'interpretazione della disciplina processuale avallata nell'impugnato provvedimento cautelare.

3. Con istanza depositata in data 19 dicembre 2023, l'Avvocato [REDACTED] [REDACTED] anche per conto degli altri co-difensori degli indagati, ha chiesto che l'udienza per la trattazione del ricorso – originariamente fissata per il 29 febbraio 2024 – fosse anticipata onde consentirne l'esame in data precedente all'udienza delle Sezioni Unite, fissata per il medesimo 29 febbraio 2024, nella quale verrà trattata l'ordinanza di remissione adottata dalla Terza Sezione penale, con riferimento ad un ricorso nel quale si sollevavano questioni affini in tema di acquisizione e utilizzo di *chat* su piattaforma *Sky ECC* oggetto di OEI inviati dall'Italia alla Francia.

Nella memoria che accompagna l'istanza si ricostruiscono, alla luce della ampia documentazione prodotta, i termini della vicenda processuale avvenuta in Francia, dandosi conto degli elementi di novità rispetto a quanto emerso in

precedenti pronunce di questa Corte (compresa l'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite).

Pertanto, si chiede alla Corte di valutare l'opportunità di investire le Sezioni Unite, con riferimento ad ulteriori profili problematici, che vengono così indicati:

a) "se, alla luce dell'art. 6, paragrafo 1, lettere a) e b), della Direttiva 2014/41/UE, la *lex fori* avrebbe consentito di porre sotto intercettazione in maniera massiva e indiscriminata una intera piattaforma messaggistica, senza che la stragrande maggioranza degli abbonati fosse stata raggiunta dal men che minimo indizio di reità";

b) "se, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, lettere a) e b), della Direttiva 2014/41/UE, l'ordinamento italiano avrebbe consentito l'acquisizione delle chiavi di cifratura memorizzate nei criptofonini, con la messa in funzione di un mezzo di ricerca della prova atipico che ha violato il domicilio informatico di ogni abbonato alla piattaforma Sky ECC";

c) "se l'AG francese, trasmettendo gli esiti dell'attività captativa autonomamente svolta nel quadro del procedimento base transalpino, abbia o meno violato l'art. 10, paragrafo 5, della Direttiva 2014/41/UE e, nell'un tempo, l'art. 8, paragrafo 2, della CEDU, considerato che la *lex loci* non conosce un atto d'indagine analogo a quello disciplinato dall'art. 270 c.p.p.";

d) "se l'AG francese, dando esecuzione agli OEI, e dunque trasmettendo i risultati delle intercettazioni disposte ed eseguite nella inchiesta base transalpina, con la violazione dell'art. 8 paragrafo e della CEDU, abbia trasgredito l'art. 11 paragrafo 1 lettera f) della Direttiva 2014/41/UE";

e) "se, dopo l'esecuzione di un OEI, la osservanza delle condizioni stabilite dall'art. 6 paragrafo 1 lettere a) e b) possa formare oggetto di vaglio, ad opera del giudice del Paese d'emissione";

f) "se, dopo l'esecuzione di un OEI, sia possibile denunciare dinanzi all'autorità giudiziaria del Paese di emissione la violazione dell'art. 10 paragrafo 5 e dell'art. 11 paragrafo 1 lettera f) della Direttiva 2014/41/UE da parte dell'autorità giudiziaria del Paese d'esecuzione";

g) "se debbano considerarsi inutilizzabili le prove che siano state acquisite in spregio dell'art. 6 paragrafo 1, lettere a) e b), della Direttiva 2014/41 UE";

h) "se debbano ritenersi inutilizzabili le emergenze istruttorie che l'AG del Paese d'esecuzione abbia trasmesso, in violazione dell'art. 10 paragrafo 5 della Direttiva 2014/41/UE o dell'art. 11 paragrafo 1 lettera f) della Direttiva 2014/41/UE";

i) "se la prova captativa, assunta illegittimamente in un procedimento base e trasmigrata in un procedimento derivato, debba limitarsi ad essere considerata una "notitia criminis", utile a legittimare un nuovo procedimento penale o a



convergere con tale limitatissimo valore dimostrativo in un eventuale procedimento penale già preesistente”.

4. In data 10 gennaio 2024 i difensori dei ricorrenti hanno depositato una ulteriore “memoria di discussione ex art. 611 cod. proc. pen.”, nella quale vengono ripresi e approfonditi i temi oggetto del ricorso, con riferimento alla natura della piattaforma *Sky ECC* (che non può considerarsi uno strumento in sé illecito o utilizzato per soli scopi illeciti), sottolineandosi altresì i profili relativi, rispettivamente: a) al rapporto tra la regolamentazione OEI e la disciplina rogatoria di cui agli artt. 696 ss. cod. proc. pen.; b) alla eccepita violazione dell’art 31 della Direttiva 2014/41/UE ad opera dell’Autorità giudiziaria francese; c) all’impossibilità per la Francia di “*hackerare*” i dispositivi criptati fuori del proprio territorio nazionale, con il conseguente difetto di giurisdizione per le operazioni ivi avvenute.

Si insiste, dunque, in via principale per la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite e per l’annullamento dell’ordinanza con riferimento alla posizione di [REDACTED] riguardo al profilo della dedotta nullità dell’interrogatorio di garanzia; in subordine si invoca l’accoglimento del ricorso.

5. All’udienza dell’11 gennaio 2024, fissata a seguito di provvedimento di anticipazione della trattazione del ricorso adottato dal Presidente Titolare della Sesta Sezione con decreto del 27 dicembre 2023, le Parti rassegnavano le proprie conclusioni nei termini in epigrafe riportati e il Collegio disponeva, ai sensi dell’art. 615, comma 1, cod. proc. pen., il differimento della deliberazione all’odierna udienza camerale.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ritiene il Collegio di rimettere al vaglio delle Sezioni Unite due questioni relative ai motivi di ricorso – comuni ad entrambi gli indagati – riportati nei parr. 2.2. ss. e 3 del *Ritenuto in fatto*, mentre gli ulteriori motivi, attesa la loro pregiudizialità logico-giuridica, devono essere preliminarmente esaminati e rigettati sulla base delle seguenti considerazioni.

2. Infondato appare, in primo luogo, il motivo di ricorso, dedotto in favore del solo [REDACTED] nel quale si prospetta la violazione dell’art. 294 cod. proc. pen. per non essere stata posta a disposizione della difesa dell’indagato tutta la documentazione relativa al procedimento francese di acquisizione delle “*chat*”



intercorse attraverso "Sky ECC" (riportato al par. 2.1. del *Ritenuto in fatto* e per il cui accoglimento ha insistito all'odierna udienza la difesa degli indagati).

Invero, come affermato da questa Sezione in tema di intercettazioni di comunicazioni, «Il diritto di accesso alle registrazioni delle conversazioni intercettate, che potrebbe condizionare la validità dell'interrogatorio ed indirettamente determinare l'inefficacia della misura cautelare per l'omesso espletamento di un valido interrogatorio di garanzia ai sensi dell'art. 302 cod. proc. pen., riconosciuto alla difesa dopo la sentenza n.336/2008 della Corte Cost. che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 268 del codice di procedura penale, non ha alcuna attinenza con la questione dedotta nel caso di specie. Ed il principio è stato più volte ribadito (Sez. 6, 13 dicembre 2002, n. 1304/2003; Sez.4, 1° dicembre 2004, n. 4631; Sez.4, 8 novembre 2005, n. 4207; Sez. 4, 1 marzo 2005, n.15426; Sez. 3, 12 ottobre 2007, n.42371). In particolare si è più volte affermato il principio secondo cui in tema di misure cautelari, se i decreti autorizzativi delle intercettazioni telefoniche non siano allegati alla richiesta del P.M., la successiva omessa trasmissione degli stessi al Tribunale del riesame a seguito di impugnazione del provvedimento coercitivo non determina l'inutilizzabilità, né la nullità assoluta ed insanabile delle intercettazioni, salvo che la difesa dell'indagato abbia presentato specifica e tempestiva richiesta di acquisizione, e la stessa o il giudice non siano stati in condizione di effettuare un efficace controllo di legittimità (Sez. 6., n. 7521 del 24/01/2013, Cerbasio, Rv. 254586). Quindi, la doglianza del ricorrente confonde il diritto riconosciuto alla difesa di accedere alla base probatoria del titolo cautelare, che deve essere assicurato anche prima dell'espletamento dell'interrogatorio, con il diverso diritto di verifica della legittimità degli atti procedurali attraverso i quali sono state acquisite le fonti di prova, che, non afferendo la tematica della conoscenza del materiale probatorio utilizzato per l'emissione del titolo cautelare, esula dall'ambito della cd. *discovery* e del diritto di affrontare l'interrogatorio avendo cognizione piena degli elementi di prova posti a fondamento della misura cautelare» (così, Sez. 6, n. 21872 del 02/07/2020, Cateno, Rv. 279558 – 01). D'altro canto – e il profilo sembra dirimente – è pacifico che agli atti del procedimento vi fossero le trascrizioni delle comunicazioni nonché gli OEI tramite i quali esse erano state richieste ed acquisite dall'Autorità giudiziaria francese, sicchè, ferme restando le ulteriori questioni in tema di legittimità delle modalità di acquisizione e di utilizzabilità delle comunicazioni intercorse sulla predetta piattaforma informatica, di cui si è dato conto in precedenza, non è ravvisabile alcuna nullità della fase relativa all'interrogatorio di garanzia.

2.1. Infondato è altresì il motivo, comune ad entrambi i ricorrenti, nel quale si denuncia la violazione dell'art. 407 cod. proc. pen.

E' incontroverso che al procedimento in esame non si applica la disciplina introdotta dalla c.d. "Riforma Cartabia" che, con l'art. 335- *quater* cod. proc. pen., ha stabilito che "La persona sottoposta alle indagini può chiedere al giudice di accertare la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 della notizia di reato che la riguarda e del suo nome, con richiesta di retrodatazione che indichi, a pena di inammissibilità, le ragioni che la sorreggono e gli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo (comma 1) e che "La retrodatazione è disposta dal giudice quando il ritardo è inequivocabile e non è giustificato" (comma 2).

Pertanto, *ratione temporis* va applicato il difforme – e pacifico – principio, secondo cui «Il termine di durata delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il pubblico ministero ha iscritto, nel registro delle notizie di reato, il nome della persona cui il reato è attribuito, senza che al giudice per le indagini preliminari sia consentito stabilire una diversa decorrenza, sicché gli eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato è attribuito, pur se abnormi, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3, cod. proc. pen., fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del magistrato del pubblico ministero che abbia ritardato l'iscrizione» (così, Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 – 01; nonché, da ultimo, Sez. 6, n. 4844 del 14/11/2018 - dep. 2019, Lattanzi, Rv. 275046 - 01).

D'altronde, la giurisprudenza di legittimità invocata dai ricorrenti riguarda il fenomeno processuale – tutt'affatto diverso da quello in esame – relativo alle modalità di assunzione delle dichiarazioni di soggetto che, ancorchè non formalmente iscritto nel registro ex art. 335 cod. proc. pen., si trovi in una situazione nella quale a suo carico siano già emersi elementi idonei a fargli acquisire lo *status* sostanziale di "persona sottoposta alle indagini".

3. Ciò premesso, rileva il Collegio che emerge un rilevante contrasto interpretativo, sia in ordine alla individuazione dello strumento processuale "interno" da porre a parametro per l'importazione delle "chat" decrittate e richieste con gli OEI che al tipo e all'ambito del controllo giurisdizionale da svolgere nel nostro ordinamento in merito alla utilizzabilità dei dati probatori raccolti all'estero.

3.1. Sulla base dei motivi del ricorso e delle successive memorie, nonché dell'ampio corredo documentale allegato a loro supporto, risulta che l'Autorità giudiziaria francese ha proceduto ad una complessa e ramificata attività di intercettazione, eseguita attraverso un doppio passaggio e consistita, dapprima, nell'intercettare le comunicazioni intercorse sulla piattaforma *Sky ECC*, quindi nell'acquisire (tramite l'inoculazione nei *server* di appositi *trojan*) le chiavi di

cifratura (due delle quali presenti nel *server* e due nel singolo cellulare dell'utilizzatore) idonee a consentire la decrittazione di tutte le conversazioni intercettate. (necessarie per trasformare la comunicazione criptata in espressioni comprensibili).

Tale attività di indagine, effettuata con riferimento ad ipotesi di reato relative, oltre che alla fattispecie di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, alla violazione della legge sui mezzi di crittografia, è stata autorizzata dalla competente Autorità giudiziaria francese (Giudice istruttore), nè risulta che gli odierni ricorrenti ne abbiano contestato, dinanzi alle competenti sede di merito estere, l'illegittimo espletamento rispetto alla disciplina processuale ivi applicabile secondo il canone della *lex loci*.

Pertanto, in relazione alle doglianze oggetto del presente ricorso, deve rilevarsi come la procedura francese appaia, nell'ambito di tale ordinamento, legittimamente eseguita, considerato, da un lato, il principio di diritto, già affermato in tema di rogatorie, secondo il quale gli atti probatori trasmessi dall'Autorità giudiziaria straniera si presumono (*iuris tantum*) legittimi, riservando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e la risoluzione delle relative questioni (da ultimo, Sez. 3, n. 1396 del 12/10/2021 - dep. 2022, Torzi, Rv. 282886 - 01); dall'altro lato, il fatto che le procedure di indagine compiute in Francia sono state riconosciute legittime dai supremi organi giurisdizionali di quel Paese (*Cour de Cassation*, sentenza del 2 aprile 2022; *Conseil Constitutionnel*, decisione n. 2022-987 QPC dell'8 aprile 2022).

Tale conclusione è stata affermata anche da una recente sentenza di questa Corte (Sez. 6, n. 48838 del 11/10/2023, dep. 07/12/2023, Brunello, n.m.), la cui motivazione è stata depositata successivamente al deposito dell'ordinanza di rimessione n. 47798 del 3/11/2023. Si osserva in tale decisione, infatti, che «nel sistema delineato dalla direttiva 2014/41/UE, l'autorità di emissione dell'ordine europeo di esecuzione non può sindacare la legittimità delle misure mediante le quali lo Stato di esecuzione ha raccolto le prove, in quanto spetta ai giudici dello Stato di esecuzione conoscere dei ricorsi giurisdizionali avverso tali atti e che all'autorità giudiziaria italiana spetta, dunque, solo verificare se l'ordine europeo di indagine sia stato legittimamente emesso secondo le previsioni della direttiva 2014/41/UE e della disciplina interna di recepimento, il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, e se le prove acquisite mediante la cooperazione internazionale siano utilizzabili nel procedimento penale interno» (nello stesso senso, in merito alla legittimità del procedimento svolto in Francia, v. Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, n.m. che ha evidenziato come la Corte costituzionale di quel Paese ha statuito che le norme processuali interne applicate nel caso in esame sono «costituzionalmente legittime e non lesive né del diritto ad un giusto processo, né

del rispetto della vita privata e di ogni altro diritto e libertà garantite dalla Costituzione»).

D'altro canto, non appare pertinente neppure il richiamo – operato dai ricorrenti – alla disciplina dell'art. 696 cod. proc. pen. Detta disposizione stabilisce, al comma 1, che «Nei rapporti con gli Stati membri dell'Unione europea le estradizioni, le domande di assistenza giudiziaria internazionali, gli effetti delle sentenze penali straniere, l'esecuzione all'estero delle sentenze penali italiane e gli altri rapporti con le autorità straniere, relativi all'amministrazione della giustizia in materia penale, sono disciplinati dalle norme del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché dagli atti normativi adottati in attuazione dei medesimi. Se tali norme mancano o non dispongono diversamente, si applicano le norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale».

Una regola, quella ora indicata, che concerne, ovviamente, l'ambito processuale interno (e quindi, eventualmente, le correlate valutazioni in termini di utilizzabilità degli atti acquisiti da altro Stato membro), senza imporre una verifica in merito alla legittimità dell'attività processuale operata dalla relativa Autorità giudiziaria estera, le cui decisioni non possono essere sindacate per "ragioni di merito", salvo, in ogni caso, "il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (*ex art. 696-quinquies*, cod. proc. pen.).

3.2. Un ulteriore profilo dedotto dai ricorrenti – in particolare nella memoria depositata il 10 gennaio 2024 – concerne la ipotizzata violazione, da parte della Autorità francese, dell'art. 31 della richiamata direttiva, e della conseguente disciplina interna, contenuta nell'art. 100/8 del codice di procedura penale francese, dal momento che l'attività di intercettazione aveva riguardato anche numerosi (secondo i ricorrenti 12.000) utenti di *Sky ECC* che non si trovavano in territorio francese (in specie, quelli, come gli indagati, residenti in Italia), senza che, né in via anticipata né successivamente all'acquisizione delle relative comunicazioni, fosse stata inviata la prescritta notifica alle Autorità dello Stato – l'Italia, appunto - ove si trovavano i "bersagli" intercettati (denominato nell'art. cit. "Stato membro notificato").

Al riguardo va rilevato – in disparte della considerazione che l'obbligo della "notificazione" non risulta, nella direttiva 2014/41/UE, assistito dalla previsione espressa di una qualche forma di invalidità per la sua assenza – che la disposizione di cui all'art. 31, par. 3, detta limitazioni, peraltro eventuali, alla utilizzabilità delle telecomunicazioni nell'ambito dell'ordinamento la cui Autorità ne ha disposto l'intercettazione (e tale profilo avrebbe dovuto essere, se del caso, denunciato dagli interessati dinanzi a quella stessa Autorità, anche alla luce del cit. art. 100/8), mentre appare dubbio che il medesimo effetto possa riguardare i

successivi atti posti in essere dalle Autorità giudiziarie dello "Stato notificato": Autorità che, nel caso in esame, hanno emesso l'OEI avente ad oggetto proprio l'acquisizione di dette comunicazioni.

In ogni caso, la nostra disciplina interna (art. 24, comma 2, d.lgs. cit.) stabilisce, nell'ambito della procedura "passiva" (che sarebbe quella in ipotesi realizzata dalla Autorità francese e nella quale si sarebbe verificata la dedotta violazione dell'art. 31 della direttiva), che a seguito della notificazione delle attività di intercettazione disposte senza richiesta di assistenza tecnica «il giudice per le indagini preliminari ordina l'immediata cessazione delle operazioni se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, le intercettazioni non sono consentite».

Giova osservare, al riguardo, come l'espressione utilizzata dal legislatore evidenzia che, nella fattispecie processuale in esame, al giudice non sembra essere devoluto il vaglio di tutte le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno, ma la sola verifica della corrispondenza del titolo di reato ipotizzato dalle autorità dello Stato di intercettazione a uno di quelli previsti dall'art. 266 cod. proc. pen. (corrispondenza nel caso di specie esistente). Una tale interpretazione sembra trovare conferma anche nella *Relazione illustrativa* del decreto legislativo n. 108 (pag. 17), ove si precisa come "Un simile limite di utilizzazione è destinato a operare quando l'intercettazione sia stata disposta per reati per i quali l'ordinamento interno non lo prevede (...) ai fini della cooperazione non si richiede il rispetto delle ulteriori condizioni legittimanti l'ascolto (gravità indiziaria, indispensabilità dello strumento invasivo ecc.)".

Pertanto, non risultano accoglibili le censure dai ricorrenti formulate relativamente alle dedotte illegittimità del procedimento seguito dalla Autorità giudiziaria francese, sì come prospettate nel ricorso e nelle memorie sopra indicate.

4. Ciò premesso, deve essere tuttavia esaminato il diverso, ma connesso, profilo relativo agli effetti della "importazione" nel nostro ordinamento delle comunicazioni (già decrittate) nel procedimento estero e acquisite a seguito di OEI.

L'art. 1, par. 1, della Direttiva 2014/41 UE consente il ricorso a tale strumento anche per l'acquisizione di prove che già sono in possesso delle competenti Autorità dello Stato di esecuzione.

Nel settimo considerando della direttiva ora menzionata si chiarisce, infatti, che «L'OEI deve essere emesso affinché nello Stato che lo esegue (lo «Stato di esecuzione») siano compiuti uno o più atti di indagine specifici ai fini



dell'acquisizione di prove. Ciò include anche l'acquisizione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione».

L'art. 6, par. 1, della citata Direttiva stabilisce, inoltre, che «L'autorità di emissione può emettere un OEI solamente quando ritiene soddisfatte le seguenti condizioni: a) l'emissione dell'OEI è necessaria e proporzionata ai fini del procedimento di cui all'articolo 4, tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o imputata; e b) l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

Nel secondo paragrafo della disposizione ora citata si stabilisce che «Le condizioni di cui al paragrafo 1 sono valutate dall'autorità di emissione per ogni caso».

Ne consegue: a) che l'ambito di applicazione della direttiva si estende anche agli atti investigativi con i quali si richiede il trasferimento di prove già esistenti; b) che l'art. 6, par. 1, lett. b), della direttiva può applicarsi anche a un ordine investigativo europeo emesso ai fini del trasferimento di prove già esistenti nell'ordinamento richiesto, come verificatosi nel caso di specie; c) che il riferimento ad "un caso interno analogo" di cui all'art. 6, par. 1, lett. b), della citata direttiva impone all'autorità di emissione, anche nell'ipotesi che un ordine di indagine europeo sia finalizzato al trasferimento di prove già in possesso dello Stato di esecuzione, di valutare se e a quali condizioni il proprio ordinamento consenta l'importazione di prove raccolte mediante l'intercettazione di comunicazioni tra procedimenti penali a livello interno.

La connessa disposizione di cui all'art. 14, par. 2, della direttiva consente di contestare e vagliare il mancato rispetto di tali presupposti e condizioni esclusivamente dinanzi alle autorità dello Stato di emissione.

Nell'ordinamento italiano l'assetto normativo delineato dal legislatore europeo ha ricevuto la sua conforme attuazione attraverso le correlate disposizioni di cui agli artt. 2, comma 1, lett. a), 9, comma 5, lett. a), 10, comma 1, 12, comma 1, d.lgs. cit.

Il "principio di proporzione" è declinato a livello interno dall'art. 7 d.lgs. cit., che stabilisce nel comma 1 che "L'ordine di indagine non è proporzionato se dalla sua esecuzione può derivare un sacrificio ai diritti e alle libertà dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini o di altre persone coinvolte dal compimento degli atti richiesti, non giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto, tenuto conto della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista".

Sia in sede di esecuzione ("procedura passiva") che in sede di emissione ("procedura attiva") dell'OEI l'autorità giudiziaria, come emerge anche dalla relazione illustrativa, non è chiamata a svolgere un ruolo meramente passivo, ma

deve esercitare il suo sindacato sull'atto richiesto anche attraverso il *test* di proporzionalità (ex artt. 7 d.lgs. cit. e 6, comma 1, lett. a), direttiva cit.), ad eccezione delle specifiche ipotesi previste dall'art. 9, comma 5, d.lgs. cit., ove, ferme le condizioni ostative in linea generale contemplate nell'art. 10, comma 1, d. lgs. cit. (tra le quali figura anche il necessario vaglio di compatibilità dell'atto richiesto con gli obblighi previsti dall'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), il legislatore ha stabilito che "si provvede in ogni caso all'esecuzione" per determinate categorie di atti d'indagine o di assunzione della prova (acquisizione dei verbali di prove di altro procedimento e di informazioni contenute in banche dati accessibili all'autorità giudiziaria, atti d'indagine privi di incidenza sulla libertà personale, audizioni di testimoni o consulenti, dell'imputato o dell'indagato ecc.) [cfr. Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, Creo, Rv. 275732].

Il principio di proporzionalità impone che l'attività da compiere debba essere adeguata e funzionale sia rispetto al suo presupposto (il reato), sia rispetto all'obiettivo che intende perseguire («le esigenze investigative o probatorie»), in modo che la sua esecuzione comporti il minor sacrificio possibile per i diritti e le libertà dell'imputato o dell'indagato (Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, Creo, cit.).

Nel caso di specie, il "trasferimento" in Italia delle comunicazioni relative agli indagati sembra doversi ritenere "proporzionato" in riferimento al titolo di reato e al grado della risposta sanzionatoria (art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990), apparendo dunque rispettata, sotto tale profilo, la lett. a) dell'art. 6, par. 1, della direttiva, ma è comunque necessario interrogarsi, all'interno dell'ordinamento dello Stato emittente, sia in relazione al grado di interferenza e compressione nell'esercizio dei diritti fondamentali coinvolti, sia in ordine al profilo, strettamente connesso, delle specifiche modalità processuali con le quali sarebbe stato possibile acquisire in Italia i contenuti delle predette conversazioni (lett. b: profilo di equivalenza).

5. Per quanto concerne la richiesta formulata tramite l'ordine di indagine europeo dal P.M. italiano e avente ad oggetto la trasmissione delle "chat" decrittate, ritiene il Collegio che non possa applicarsi il meccanismo di cui all'art. 234-*bis* cod. pen. (profilo, questo, che è compreso in una delle questioni che la Terza Sezione ha rimesso alle Sezioni Unite).

Sul punto, risultano condivisibili le considerazioni svolte dai ricorrenti, secondo i quali tale disposizione – che stabilisce che "È sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare" – si pone in rapporto di alternatività rispetto all'utilizzo dell'ordine di indagine europeo, sicché ove sia possibile ricorrere alla disposizione del codice di



procedura penale non vi è spazio per l'attivazione dello strumento di cooperazione giudiziaria (e viceversa).

Peraltro, questa Sezione – in alcune pronunce relative all'acquisizione dalla Francia delle "chat" transitate sulla piattaforma "Sky ECC" – ha già escluso che possa ritenersi applicabile l'art. 234-*bis* cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 46482 del 27/09/2023, Bruzzaniti, Rv. 285363 – 03, secondo la quale: «in tema di prove informatiche, l'art. 234-*bis* cod. proc. pen. - che, a fini di contrasto al terrorismo, ha trasposto la regola di cui all'art. 32 della Convenzione sul "cybercrime", ratificata con legge 18 marzo 2008, n. 48 - non è applicabile nel caso di prove documentali acquisite mediante ordine europeo di indagine - nella specie, messaggistica tratta dalla piattaforma criptata "Sky Ecc" - in quanto tale norma consente di acquisire documentazione digitale reperibile in rete da fonti aperte, salva la necessità di consenso del titolare del documento in caso di accesso protetto, senza il ricorso a procedure di collaborazione con lo Stato ove i documenti geograficamente si trovano»; Sez. 6, n. 48838 del 11/10/2023, Brunello, cit., nella quale si è evidenziato come la sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 2023 ha statuito che le *chat* costituiscono forme di corrispondenza e non già meramente «documenti di dati informatici»; nonché, Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, n. m., che nell'escludere la configurabilità dell'art. 234-*bis* ha affermato che tale articolo «introdotto nel 2015, invece, specifica ulteriormente l'art. 32 della Convenzione di Budapest sul cybercrime, già vigente nell'ordinamento in forza della legge di ratifica n. 48 del 2008 sopra menzionata, e consente in ogni caso l'acquisizione all'estero di documentazione digitale accessibile al pubblico (o con il consenso del titolare del documento se non in libera disponibilità) senza ricorso alle procedure di collaborazione con lo Stato in cui i documenti sono collocati. Tale disposizione, che mira a rendere agevole l'acquisizione della documentazione reperibile via internet, quindi, non è rilevante allorché le prove documentali digitali siano state formalmente consegnate dall'Autorità giudiziaria straniera, come nel caso in esame», concludendo per la sussistenza nella specie di una «acquisizione di documenti ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen.»).

A tali considerazioni deve aggiungersi che l'art. 27, par. 1, della citata Convenzione di Budapest, concernente le procedure relative alle richieste di mutua assistenza giudiziaria in assenza di accordi internazionali applicabili, esclude la possibilità di applicare, tra la Parte richiedente e quella richiesta, le norme pattizie (ivi comprese quelle dettate dall'art. 34 della Convenzione, relativo alle intercettazioni di dati relativi al contenuto delle comunicazioni), "*qualora vi sia un trattato, un accordo o legislazione in vigore*" (nel caso in esame, evidentemente, la *lex specialis* è rinvenibile nella direttiva 2014/41/UE e nelle correlate norme di recepimento in Italia e in Francia), a meno che le Parti interessate siano d'accordo

nell'applicare al loro posto in tutto o in parte le norme convenzionali previste dalla suddetta disposizione.

6. Secondo un orientamento giurisprudenziale, anche da ultimo ribadito (Sez. 6, n. 48838 del 11/10/2023, cit.), nel caso di specie non potrebbe farsi riferimento alla disciplina delle intercettazioni, poiché la stessa presuppone l'esistenza di flussi di comunicazioni in atto (in senso conforme, Sez. 6, n. 46482 del 27/09/2023, Bruzzaniti, cit., che ha precisato "trattarsi di registrazioni di conversazioni già avvenute e, quindi, di dati "statici" assimilabili a corrispondenza, e non invece di intercettazioni; analogamente v. Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, cit.).

In effetti, tale ultima tipologia di atto di indagine – nell'ambito della procedura "attiva" - è contemplata espressamente nell'art. 43 d.lgs. cit., che ha dato attuazione all'art. 30 della citata Direttiva, ove si prevede al comma 1 che "Il pubblico ministero emette ordine di indagine, secondo il modello di cui all'allegato A, sezione H 7, del presente decreto, per la necessaria assistenza tecnica all'esecuzione delle operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, quando nel territorio di altro Stato membro si trova il dispositivo o il sistema da controllare" (e, dunque, non potrebbe che riferirsi alle intercettazioni da effettuare e non all'acquisizione dei risultati di quelle precedentemente e autonomamente svolte dalla Autorità giudiziaria straniera).

La fattispecie processuale potrebbe rientrare, dunque, nella acquisizione di "corrispondenza informatica" (le "*chat*", già disponibili, appunto, nello Stato di esecuzione attraverso il precedente ricorso a mezzi di intercettazione).

D'altronde, si aggiunge, l'art. 1, par. 1, della direttiva 2014/41 UE consente il ricorso all'OEI anche per l'acquisizione di prove che già sono in possesso delle competenti Autorità dello Stato di esecuzione e il successivo art. 13 della direttiva disciplina il "trasferimento delle prove" (comprese quelle "già in possesso dello Stato di esecuzione").

Secondo questa tesi, si tratterebbe, dunque, di atti probatori già nella disponibilità dell'Autorità giudiziaria francese, che li ha acquisiti con procedura conforme al proprio ordinamento.

In questa ottica, si è affermato che, a tal fine, «il pubblico ministero può emettere l'ordine europeo di indagine con cui si richiede il trasferimento di dati documentali, in particolare di corrispondenza già acquisita in un procedimento penale nel paese membro di esecuzione, per il cui sequestro è sufficiente, ai sensi dell'art. 15 Cost. e secondo le disposizioni interne, il provvedimento motivato del



pubblico ministero, senza necessità di intervento del giudice per le indagini preliminari» (Sez. 6, n. 46482 del 27/09/2023, Bruzzaniti, Rv. 285363 - 01).

Ove si ritenesse fondata tale opzione ermeneutica, la norma di riferimento dovrebbe dunque essere individuata in quella prevista dall'art. 254-*bis* cod. proc. pen., che consente appunto il sequestro di corrispondenza informatica.

Peraltro, anche in questo caso potrebbe porsi (sempre ai fini del rispetto del principio di "equivalenza") il problema di valutare la legittimità – secondo il nostro ordinamento – dell'attività di sequestro "massivo" del contenuto dei "server" operato dalla Autorità giudiziaria francese. Al riguardo, infatti, si è ritenuto (v. Sez. 6, n. 6623 del 09/12/2020 – dep. 2021, Pessotto, Rv. 280838 - 01) che «È illegittimo, per violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza, il sequestro a fini probatori di un dispositivo elettronico che conduca, in difetto di specifiche ragioni, alla indiscriminata apprensione di una massa di dati informatici, senza alcuna previa selezione di essi e comunque senza l'indicazione degli eventuali criteri di selezione», essendosi peraltro precisato che «in tema di sequestro di dispositivi informatici o telematici, l'estrazione di copia integrale dei dati in essi contenuti realizza solo una copia-mezzo, che consente la restituzione del dispositivo, ma non legittima il trattenimento della totalità delle informazioni apprese oltre il tempo necessario a selezionare quelle pertinenti al reato per cui si procede» (Sez. 6, n. 34265 del 22/9/2020, Aleotti, Rv. 279949; per riferimenti alle modalità operative si rinvia anche a Sez. 6, n. 13165 del 4/3/2020, Scagliarini, Rv. 279143)».

Pertanto, ove dovesse ritenersi accoglibile tale ricostruzione normativa, si renderebbe comunque necessaria una valutazione del Giudice cautelare in merito alla sussistenza, nel caso concreto, dei requisiti di necessaria proporzionalità e adeguatezza nel nostro sistema processuale (profili, di contro, ritenuti chiaramente esistenti nell'ordinamento francese, attesa la natura illecita *in re ipsa* dell'attivazione e utilizzo della piattaforma Sky ECC).

7. In alternativa, potrebbe ritenersi – come sostenuto dai ricorrenti (in particolare, nella memoria del 19 dicembre 2023) – che nel caso di specie si sia trattato di "acquisizione dei risultati di intercettazioni effettuate dall'AG francese" (come si evince, peraltro, dai provvedimenti di detta Autorità).

7.1. L'inquadramento nella fattispecie processuale *sub specie* dei "risultati di intercettazioni" potrebbe fondarsi sulla considerazione che il d.lgs. n. 108 del 2017 espressamente contempla, nell'art. 43, commi 3 e 4, la possibilità che all'ordine di indagine avente ad oggetto tale attività possa darsi esecuzione, alternativamente, non solo con la trasmissione immediata delle telecomunicazioni, ovvero con l'intercettazione, la registrazione e la successiva trasmissione dei risultati delle

operazioni, ma anche attraverso l'attività di trascrizione, decodificazione o decrittazione delle comunicazioni intercettate (evidentemente già in possesso dell'Autorità giudiziaria destinataria dell'ordine di indagine). Tale disposizione è dettata in riferimento alla procedura "attiva" dell'OEI, ma essa può esser considerata una regola generale, valevole anche per l'ordine di indagine europeo ricevuto in materia dall'Autorità giudiziaria italiana (artt. 23 e 24 d.lgs. cit.).

V'è tuttavia da osservare che la richiesta di trascrizione, decodificazione o decrittazione delle comunicazioni intercettate, cui fa riferimento la richiamata disposizione dell'art. 43, comma 4, dovrebbe essere più correttamente interpretata come formulazione di un'istanza collegata ed accessoria a quella, principale, contenuta nell'ordine di indagine richiesto ad altro Stato membro, al fine di intercettare una delle diverse forme di telecomunicazioni descritte nel primo comma dell'art. 43, come tali non già precedentemente acquisite nell'ordinamento richiesto, ma ancora da espletare e trasmettere, in via immediata (art. 43, comma 3, lett. a) o successiva (art. 43, comma 3, lett. b), in conseguenza della richiesta emessa in fase attiva dalle autorità italiane.

7.2. Sotto altro, ma connesso profilo, una diversa prospettiva esegetica potrebbe essere più fondatamente seguita valorizzando il contenuto di ulteriori disposizioni del complesso micro-sistema normativo dell'ordine di indagine europeo.

Una diversa conclusione, infatti, sembra possa trarsi, in forma più appropriata, dall'esame dei richiamati artt. 1, par. 1, 10, par. 2, lett. a), 13, par. 1, della direttiva, e dalle correlate disposizioni attuative di cui agli artt. 2, comma 1, lett. a), 9, comma 5, lett. a), 10, comma 1, 12, comma 1, d.lgs. cit., che fanno univocamente riferimento, come si è detto, alla acquisizione di verbali di prove di altro procedimento e, dunque, anche di dati probatori già raccolti mediante la intercettazione di telecomunicazioni in altro Stato membro dell'UE, perché in precedenza autonomamente effettuate ed ivi già disponibili.

In questo caso, la norma di riferimento interna potrebbe, dunque, essere individuata in quella di cui all'art. 270 cod. proc. pen., che regola la "importazione" dei risultati delle intercettazioni effettuate in diverso procedimento.

7.3. A tale riguardo, va anzitutto osservato che, al fine qui evidenziato, non sembra rilevante la circostanza che, come invece dedotto dagli indagati, l'ordinamento processuale francese non contempli una disposizione analoga al modello delineato nel nostro art. 270 cod. proc. pen. (anche se gli stessi ricorrenti ammettono che, in "via pretoria", il meccanismo di trasferimento dei risultati dell'attività di intercettazione disposta in un diverso procedimento è lì ritenuta ammissibile). Infatti, come già precisato, si tratta di un aspetto che, se del caso,

avrebbe dovuto essere eccepito dinanzi all'Autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione.

7.4. Dovrebbe però sempre valutarsi la legittimità della "trasposizione" dei risultati delle intercettazioni "aliene" alla luce della nostra disciplina processuale (ex art. 270 cod. proc. pen. appunto) e, conseguentemente, l'utilizzabilità delle relative comunicazioni.

Al riguardo, sussistono certamente i presupposti rappresentati dal fatto di essere dette *chat* "rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza" (tra di essi rientrando i delitti di cui agli artt. 73 e 74 d.P.R. n. 309 del 1990). Peraltro, si è anche evidenziato, sul punto, che «in fase di indagini preliminari, non è necessario che nel provvedimento che utilizza, ai sensi dell'art. 270 cod. proc. pen., i risultati di intercettazioni effettuate in procedimento diverso sia espressamente motivata l'indispensabilità di tali risultati ai fini dell'accertamento dei delitti per cui si procede e per i quali è previsto l'arresto in flagranza, potendo la valutazione di indispensabilità essere compiuta anche implicitamente, mediante l'attribuzione agli elementi utilizzati di specifica rilevanza ai fini della decisione adottata» (Sez. 3, n. 5821 del 18/01/2022, Napolitano, Rv. 282804 - 01).

7.5. Nella medesima prospettiva deve inoltre essere affrontata la questione relativa alla utilizzabilità di dette prove.

Al riguardo, è stato affermato che «possono essere utilizzate in un procedimento italiano le intercettazioni disposte in procedimenti penali svoltisi all'estero, acquisite per rogatoria dall'autorità giudiziaria italiana, purché siano rispettate le condizioni eventualmente poste dall'autorità estera all'utilizzabilità degli atti richiesti e sempre che le intercettazioni stesse siano avvenute nel rispetto delle regole formali e sostanziali che le disciplinano e altresì nel rispetto dei fondamentali principi di garanzia, aventi rilievo di ordine costituzionale, propri del nostro ordinamento (Sez. 1, n. 4048 del 06/07/1998, Bonelli, Rv. 211301, in una fattispecie in tema di intercettazioni disposte dall'autorità giudiziaria tedesca)» (Sez. 5, n. 2640 del 23/09/2021 – dep. 2022, Aquino, n.m. sul punto, p. 62).

Seguendo tale percorso ricostruttivo, deve rilevarsi come la richiamata disposizione di cui all'art. 10, comma 2, lett. a), della Direttiva consenta "l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI" e il successivo art. 13, comma 1, stabilisca che "L'autorità di esecuzione trasferisce senza indebito ritardo allo Stato di emissione le prove acquisite o già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione in esito all'esecuzione dell'OEI".

Va richiamato, inoltre, l'art. 9, comma 5, lett. a), d.lgs. cit., che a sua volta stabilisce che si provvede "in ogni caso" all'esecuzione dell'OEI avente ad oggetto "l'acquisizione di prove di altro procedimento", mentre l'art. 12, comma 1, d.lgs. cit. prevede espressamente che "Il procuratore della Repubblica trasmette senza ritardo all'autorità di emissione i verbali degli atti compiuti, i documenti e le cose oggetto della richiesta, nonché i verbali di prove o gli atti acquisiti in altro procedimento".

Tali ultime disposizioni – sebbene dettate nell'ordinamento interno per la procedura "passiva" – appaiono espressione di principi che trovano fondamento nelle suindicate previsioni generali della Direttiva, sicché ben possono costituire, unitamente ad esse, canoni di orientamento alla cui stregua valutare la legittimità della predetta acquisizione, a mezzo OEI, degli esiti delle intercettazioni.

7.6. Ciò, tuttavia, fatta salva l'esigenza di un controllo giurisdizionale attivabile dall'interessato nello Stato di esecuzione, non sembra risolvere ancora il problema, atteso che occorrerebbe verificare, in ossequio al "principio di equivalenza", se l'attività di utilizzo del *trojan* da parte dell'Autorità giudiziaria francese non contrasti con i principi generali del nostro codice processuale che disciplinano l'ambito di utilizzo di detto strumento di captazione delle comunicazioni.

In riferimento alla situazione oggetto del presente ricorso, potrebbe sostenersi, secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, che l'esigenza di valutare la utilizzabilità degli esiti dell'attività di intercettazione condotta dalla Autorità francese derivi dalla previsione, contenuta nell'art. 14, par. 7, della Direttiva, in base al quale "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".

Sul punto, sempre in riferimento alla acquisizione delle *chat*, si è affermato che, mentre la questione relativa alla illegittima emissione dell'OEI da parte del pubblico ministero italiano non può essere dedotta dinanzi al giudice italiano, nel caso in cui tale ordine sia stato emesso per acquisire una prova già disponibile nello Stato di esecuzione e la stessa sia stata definitivamente trasmessa da detto Stato, la difesa può invece far valere la mancanza delle condizioni di ammissibilità della prova secondo l'ordinamento processuale italiano (Sez. 6, n. 44155 del 26/10/2023, Kolgjokaj Indrit, Rv. 285362 – 02).

Ove si condivida tale conclusione, la correlata valutazione andrebbe condotta alla luce della previsione di cui all'art. 271, comma 1, cod. proc. pen. (valutazione

che, su eccezione di parte, compete anche al Giudice del procedimento nel quale vengono acquisite le intercettazioni eseguite in diverso procedimento: arg. ex Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito, Rv. 229245 - 01).

Sulla base di tale orientamento si è affermato, nell'ipotesi di utilizzo di intercettazioni disposte in altro procedimento, che «In tema di misure cautelari personali, nel caso in cui l'ordinanza che dispone la misura cautelare sia fondata anche sulle risultanze di intercettazioni disposte nell'ambito di un procedimento dal quale siano stati separati taluni reati per ragioni di competenza territoriale, il tribunale del riesame, nel giudizio "*ad quem*", è tenuto a procedere ad una autonoma valutazione circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di legittimità delle operazioni di intercettazione disposte nel procedimento originario prima della separazione, sempreché la consistenza delle stesse intercettazioni sulla quale si fonda il provvedimento impugnato sia stata radicalmente posta in discussione con la formulazione di eccezioni non pretestuose e seriamente prospettate» (Sez. 6, n. 36874 del 13/06/2017, Romeo, Rv. 270812 - 01). In detta pronuncia si è evidenziato che «Deve altresì rilevarsi, alla luce dei principii stabiliti da questa Corte (Sez. 1, in particolare, n. 42006 del 28/10/2010, Tavelli, Rv. 249109), che le valutazioni circa l'utilizzabilità del materiale proveniente da intercettazioni effettuate nel procedimento in cui sono state disposte le relative operazioni non vincolano il Giudice del diverso procedimento, che conserva, dunque, piena autonomia decisoria e in tal senso deve procedere ad autonomo apprezzamento. Non è possibile, dunque, ritenerne la tralascia utilizzabilità solo per il fatto che l'intercettazione disposta nell'uno sia stata utilizzata nell'altro in presenza delle condizioni di cui all'art. 270 cod. proc. pen., poiché nel secondo procedimento il Giudice, quand'anche venga sollecitato ad operare il suo vaglio deliberativo in sede incidentale, deve rivendicare la propria autonomia di valutazione, essendo diversa la *res iudicanda* caratterizzata dal diverso fatto di reato, anche se contestato a carico degli stessi soggetti comuni ai due procedimenti».

7.7. In definitiva, muovendo da tale opzione ermeneutica, e ferma restando la legittimità della emissione dell'OEI da parte della competente Autorità giudiziaria italiana e della conseguente trasmissione dei relativi atti di indagine da parte dell'Autorità estera, vi è da chiedersi se, sulla base del su indicato assetto normativo - che specificamente governa le modalità di funzionamento dell'OEI (necessità, proporzionalità ed equivalenza dell'atto di indagine specificamente oggetto di richiesta) - e, più in generale, dei pertinenti principî costituzionali (artt. 15, 24 e 111) e convenzionali (art. 8 Conv. EDU), debba essere assicurata la possibilità di attivare un effettivo controllo giurisdizionale, quantomeno successivo, sul contenuto delle acquisizioni probatorie da altro Stato UE.

In tema di utilizzo di dati probatori derivanti da intercettazioni effettuate in altro procedimento, le Sezioni Unite (sent. n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo, Rv. 277395 – 01) hanno precisato come l'art. 15 Cost. tuteli due distinti interessi, «quello inerente alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale (Corte cost., sent. n. 34 del 1973)», aggiungendo che ««il diritto a una comunicazione libera e segreta è inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente», mentre, in base all'art. 15 Cost., «lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991). Peraltro la sentenza ha riconosciuto come «L'esigenza di repressione dei reati corrisponde «a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile», interesse che giustifica «anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica»; d'altra parte, «le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose, commisurate alla natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni» (Corte cost., sent. n. 366 del 1991).».

Sempre in relazione alla necessità di bilanciare la tutela della riservatezza delle comunicazioni e la salvaguardia dei dati personali con le esigenze di repressione dei reati si è pronunciata, inoltre, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella nota decisione "Prokuratuur" (Grande Sezione, sentenza del 2 marzo 2021, nella causa C-746/18, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema dell'Estonia con decisione del 12 novembre 2018).

Al riguardo (punto 35) la Corte UE - che si è espressa in merito all'interpretazione dell'art. 15, par. 1, della direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, sul trattamento dei dati personali e

alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche -, pur pronunciandosi in riferimento a un diverso genere di prove elettroniche e non riferibile, direttamente o indirettamente, all'acquisizione dei dati presso la piattaforma *Sky-ECC* per delitti di criminalità organizzata, traffico internazionale di stupefacenti o riciclaggio (sul punto, v. Sez. 6, n. 46833 del 26/10/2023, Bruzzaniti, cit.), ha stabilito, in linea generale, che «soltanto gli obiettivi della lotta contro le forme gravi di criminalità o della prevenzione di gravi minacce per la sicurezza pubblica sono atti a giustificare l'accesso delle autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, suscettibili di fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali utilizzate da quest'ultimo e tali da permettere di trarre precise conclusioni sulla vita privata delle persone interessate (v., in tal senso, sentenza del 2 ottobre 2018, Ministerio Fiscal, C-207/16, EU:C:2018:788, punto 54)».

La sentenza in oggetto ha precisato, però (punto 45), che «l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale consenta l'accesso di autorità pubbliche ad un insieme di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, idonei a fornire informazioni sulle comunicazioni effettuate da un utente di un mezzo di comunicazione elettronica o sull'ubicazione delle apparecchiature terminali da costui utilizzate e a permettere di trarre precise conclusioni sulla sua vita privata, per finalità di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di reati, senza che tale accesso sia circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica, e ciò indipendentemente dalla durata del periodo per il quale l'accesso ai dati suddetti viene richiesto, nonché dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili per tale periodo».

Va altresì evidenziato che l'esigenza di una particolare protezione della riservatezza dei dati personali emerge finanche dalle previsioni contenute nell'art. 3 d.lgs. cit., che, dando attuazione a quanto contenuto nell'art. 20 della direttiva 2014/41/UE, stabilisce quanto segue: «Nel compimento delle attività relative all'emissione, alla trasmissione, al riconoscimento ed all'esecuzione dell'ordine di indagine, i dati personali sono trattati secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari e in conformità agli atti normativi dell'Unione europea e alle Convenzioni del Consiglio d'Europa». Tema, questo, che si correla anche alla tutela del "domicilio informatico", la cui protezione da abusive ingerenze esterne può trovare, secondo parte della dottrina, un solido riferimento costituzionale nell'art. 14 Cost.

E sempre la Corte di Giustizia, con la recente sentenza emessa il 21 dicembre 2023 nella causa C-281/22 - G. K. e altri (Procura europea), ha avuto modo di delimitare, in relazione alle indagini svolte dalla Procura Europea in più Stati membri, ma con un espresso riferimento anche alla disciplina che regola l'OEI, gli ambiti di verifica rispettivamente spettanti alle diverse Autorità coinvolte nel procedimento di raccolta transnazionale delle prove.

In particolare, al punto 63 si è precisato che «Dal combinato disposto degli articoli 6 e 9 di tale direttiva [n. 2014/41] risulta che il sistema di cooperazione giudiziaria ivi previsto si basa, come quello istituito dalla decisione quadro 2002/584, su una ripartizione delle competenze tra l'autorità giudiziaria emittente e l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nel cui contesto spetta all'autorità giudiziaria emittente verificare il rispetto delle condizioni sostanziali richieste per l'emissione di un ordine di indagine europeo, senza che tale valutazione possa, secondo il principio del mutuo riconoscimento, essere successivamente riesaminata dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione», aggiungendo, al punto 74, che «La suddivisione di responsabilità descritta ai punti 71 e 72 della presente sentenza lascia quindi impregiudicati gli obblighi discendenti dal rispetto dei diritti fondamentali nell'adozione di misure investigative assegnate che, come quelle oggetto del procedimento principale, costituiscono ingerenze nel diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni, sancito all'articolo 7 della Carta, nonché nel diritto di proprietà consacrato all'articolo 17 della stessa». La predetta sentenza ha altresì chiarito, nelle conclusioni, che il controllo giurisdizionale sulle misure investigative in altri Stati membri può vertere solo sugli elementi relativi all'esecuzione di tali misure; tuttavia, «nel caso di misure investigative che comportino ingerenze gravi nei diritti fondamentali, quali le perquisizioni, lo Stato membro cui appartiene il PED incaricato del caso deve prevedere nel diritto nazionale garanzie adeguate e sufficienti, quali un controllo giurisdizionale preventivo, per assicurare la legittimità e la necessità di tali misure».

7.8. Muovendo da una diversa prospettiva ermeneutica si è affermato, di contro, che la necessità per il Giudice nazionale di dovere effettuare una verifica giudiziale di utilizzabilità degli atti probatori "importati" – sempre con riferimento alla vicenda delle comunicazioni acquisite sulla piattaforma "Sky ECC" – «è in tal caso ultronea, perché non prevista dall'art. 270 cod. proc. pen. neppure per il trasferimento di intercettazioni nei procedimenti interni» (così, Sez. 6, n. 46482 del 27/09/2023, Bruzzaniti, Rv. 285363 – 02).

8. Ciò posto, deve rilevarsi come, in caso di "importazione" a seguito di OEI degli esiti delle intercettazioni eseguite dall'Autorità giudiziaria francese, ove si

ritenesse applicabile l'orientamento secondo cui in tale ipotesi è comunque necessario un controllo da parte della Autorità giudiziaria italiana (v. parr. 7.6 e 7.7.), sarebbe necessario anche valutare, nei limiti di quanto stabilito dalla richiamata Direttiva, se nell'ordinamento interno sia legittimo disporre ed effettuare il suindicato complesso sistema di acquisizione delle chiavi di decrittaggio nell'ambito della intercettazione effettuata su un *server* di una piattaforma informatica.

In tale ottica, ferma restando la legittimità dell'attività di intercettazione delle comunicazioni svolta all'estero, ci si dovrebbe interrogare circa la possibilità, nel nostro ordinamento, di utilizzare il *trojan*, non solo per disporre un'intercettazione, ma anche per acquisire – attraverso il sistema sopra descritto – le chiavi di decrittaggio. Attività, quest'ultima, che secondo i ricorrenti integrerebbe una "prova atipica" ex art. 189 cod. proc. pen., non consentita in quanto non rispondente ai canoni costituzionali di cui all'art. 15 della Carta fondamentale.

L'aspetto relativo all'utilizzo del *trojan* per acquisire le chiavi di decrittaggio non risulta essere stato affrontato dalla giurisprudenza (i precedenti relativi ad intercettazioni effettuate su cellulari "*blackberry*", di cui si darà conto *infra*, differiscono dalla situazione in esame perché per essi la società gestrice forniva, su richiesta della Autorità giudiziaria, le comunicazioni decrittate).

Questa Suprema Corte ha affermato il principio secondo cui le prove "atipiche" acquisite in violazione di un divieto derivante da principi costituzionali sono illecite e quindi inutilizzabili (Sez. U, n. 26795 del 28/03/2006, Prisco, Rv. 234270 – 01).

Peraltro, ove si ritenesse che l'utilizzo del captatore informatico sia consentito, nel nostro ordinamento processuale, per effettuare "l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi" (art. 266 *bis* cod. proc. pen.), si potrebbe sostenere che l'attività di inoculazione del virus informatico, anche funzionale ad acquisire le chiavi di decrittaggio (trasmesse dai "criptofonini" a ciò indotti dal "*malware*"), si collochi comunque all'interno di una attività "intercettativa" di un flusso di comunicazioni informatiche.

Va peraltro rilevato, al contempo, che tale conclusione non è affatto certa, atteso che l'utilizzo del captatore informatico è, nelle diverse disposizioni processuali previste dal codice di rito (artt. 266, commi 2 e 2-*bis*, 267, commi 1 e 2-*bis*, 89 disp. att. cod. proc. pen.), autorizzato soltanto per l'inserimento su un "dispositivo elettronico portatile" (in argomento, v. anche Sez. U., n. 26889 del 28/04/2016, Scurato, Rv. 266905 – 01).

V'è altresì da considerare che, ai fini dell'impiego del captatore informatico, il nostro ordinamento, a seguito della recente interpolazione del testo dell'art. 267, comma 1, cod. proc. pen. (intervenuta per effetto dell'art. 1, comma 2-*bis*, d.l. 10

agosto 2023, n. 105, convertito nella legge 9 ottobre 2023, n. 137), impone all'autorità giudiziaria l'assolvimento di un rigoroso onere motivazionale non solo nella indicazione delle specifiche ragioni che ne giustificano l'attivazione, ma anche nella esposizione di una autonoma valutazione della necessità, "in concreto", del ricorso a tale peculiare modalità tecnica di espletamento del relativo mezzo di ricerca della prova. Una motivazione, dunque, "rafforzata", attraverso la quale il Giudice è chiamato, nel rispetto del canone di proporzionalità, a spiegare le ragioni poste a fondamento dell'utilizzo di uno strumento di indagine particolarmente invasivo della riservatezza delle persone, dando conto, in concreto, del bilanciamento da lui operato tra i diversi beni di rilievo costituzionale confliggenti nel caso di specie.

Nella relazione illustrativa del decreto legislativo n. 108 del 2017, del resto, si afferma espressamente, in ordine al necessario rispetto del principio di proporzionalità alla base sia dell'emissione che dell'esecuzione dell'OEI (v., al riguardo, Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, Creo, cit.), che all'autorità giudiziaria è affidato il vaglio circa *"....la capacità del mezzo richiesto di raggiungere l'obiettivo prefissato, secondo il criterio per il quale, a parità di efficacia, è da preferire sempre il mezzo che abbia conseguenze meno gravose. La proporzionalità-adequatezza impone di porre in bilanciamento, da un lato, la restrizione imposta al singolo e, dall'altro, il valore del fine perseguito dal pubblico potere nell'esercizio della funzione. In questa valutazione, l'interprete sarà necessariamente guidato dalla natura del fatto per cui si procede."*

Ove la tesi sopra indicata – secondo la quale è legittimo l'utilizzo del captatore informatico nel caso di specie – sia ritenuta condivisibile, deve poi rilevarsi come, nella medesima prospettiva, sia stata ritenuta «legittima, ove ricorrono i presupposti di legge per l'autorizzazione, la disposizione di un successivo decreto di intercettazione sul medesimo bersaglio o dispositivo elettronico già colpito da attività investigativa, giustificata dalla necessità di far ricorso, per ragioni d'indagine, allo strumento più pervasivo del "captatore informatico", configurandosi in tal caso un nuovo ed autonomo mezzo di ricerca della prova che non presenta interferenze con le intercettazioni telefoniche e/o ambientali già disposte con i mezzi ordinari di captazione» (Sez. 5, n. 32426 del 24/09/2020, Guadadiello, Rv. 279779 – 01).

I suindicati profili problematici si correlano, infine, anche al tema dell'utilizzabilità a fini probatori degli atti compiuti dall'Autorità estera e importati nel nostro ordinamento a mezzo di OEI. Infatti, l'art. 36 d.lgs. cit. stabilisce al comma 1 che "Sono raccolti nel fascicolo per il dibattimento di cui all'articolo 431 del codice di procedura penale: a) i documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; b) i

verbal dei atti, diversi da quelli previsti dalla lettera a), assunti all'estero a seguito di ordine di indagine ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana".

Sulla base di detta disciplina (del tutto analoga a quella contenuta nell'art. 431 cit.) potrebbe comunque ritenersi che il mancato inserimento negli atti del procedimento dei diversi provvedimenti autorizzatori adottati dall'Autorità francese non rilevi atteso che «In tema di intercettazioni, i decreti autorizzativi non rientrano tra gli atti che devono essere inseriti nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431, primo comma, cod. proc. pen., sicché il loro mancato inserimento nello stesso non determina alcuna inutilizzabilità degli esiti delle attività di captazione, salvo che non sia prospettata l'inesistenza o la nullità degli stessi» (Sez. 1, n. 7485 del 21/01/2015, PG in proc. Gentile, Rv. 262533 - 01).

9. Si ritiene opportuno precisare, inoltre, che, a giudizio del Collegio, in relazione ad entrambi i casi potenzialmente prospettabili (applicazione dell'art. 254-bis cod. proc. pen. ovvero dell'art. 270 cod. proc. pen.) si deve ritenere comunque legittima l'adozione dell'OEI da parte del P.M.

Invero, l'acquisizione tanto della "corrispondenza informatica" quanto delle risultanze di intercettazioni disposte in altro procedimento deve ritenersi certamente consentita nel nostro ordinamento al P.M.

Per altro verso, appare condivisibile l'osservazione formulata nelle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale presso la Corte di Giustizia il 26 ottobre 2023 nell'ambito del procedimento relativo al rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Berlino, secondo il quale ove lo Stato di esecuzione ha disposto l'atto probatorio con provvedimento di un giudice, non è necessario che l'ordine di indagine europeo diretto al trasferimento di tali prove sia emesso da un giudice, anche nel caso in cui, ai sensi del diritto dello Stato di emissione, la raccolta delle prove alla base dell'OEI avrebbe dovuto essere disposta da un giudice.

Al riguardo, come già indicato, deve comunque rilevarsi che le prove richieste e trasferite nel nostro ordinamento sono state acquisite dallo Stato di esecuzione sulla base di una complessa e prolungata attività di intercettazione in precedenza svolta dalla Autorità francese e non a seguito di un sequestro di corrispondenza dalla stessa operata.

10. Un secondo nucleo di profili problematici - avente anch'esso un significativo rilievo e correlato al tema della utilizzabilità delle prove "aliene" acquisite nel nostro ordinamento - concerne in particolare la necessità che la difesa possa disporre, ove lo richieda, dell'algoritmo per la decrittazione delle "chat" (algoritmo che, a quanto consta, nel caso in esame non è stato comunicato

all'Autorità giudiziaria italiana che ha ricevuto solo le conversazioni già tradotte "in chiaro").

10.1. Sul punto, in riferimento alle intercettazioni effettuate su un dispositivo cellulare "*Blackberry*" (che pare presentare caratteristiche per certi versi assimilabili ai "criptofonini", con la particolarità che, a differenza di "*Sky Global*", la società produttrice e gestrice del sistema "*Blackberry*" forniva alla Autorità giudiziaria le *chat* decrittate) è ravvisabile un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, che è anche "rifiuto" in alcune delle pronunce relative alle *chat* intercorse su "*Sky ECC*".

10.2. Secondo un orientamento, ove l'attività di messa in chiaro di messaggi critpati scambiati mediante sistema "*Blackberry*" sia svolta dal fornitore del servizio fuori dal contraddittorio, la difesa ha diritto di ottenere, oltre alla versione originale e criptata dei messaggi, anche le chiavi di sicurezza necessarie alla decriptazione, a pena di nullità ex art. 178, lett. c), cod. proc. pen., sanabile dall'istanza di giudizio di abbreviato (Sez. 4, n. 49896 del 5/10/2019, P.G. c. Brandimarte, Rv. 277949 – 03); in particolare, sul punto si è rilevato che «laddove alla difesa - non solo in sede cautelare, ma anche nel corso del giudizio di merito - fosse precluso di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, nella loro versione originale ed integrale, e fosse conseguentemente impedito l'esercizio di ogni potere di controllo, sussisterebbe una nullità di ordine generale a regime intermedio, derivante dalla violazione della disciplina diretta ad assicurare l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato in una ipotesi in cui, tuttavia, non è obbligatoria la presenza del suo difensore».

Nello stesso senso si è più di recente pronunciata – sempre con riferimento all'acquisizione, tramite ordine europeo di indagine, e all'utilizzo in fase cautelare delle comunicazioni intercorse su "*Sky ECC*" - Sez. 4, n. 32915 del 15/07/2022, Lori, n.m., secondo cui «Le modalità di acquisizione del materiale probatorio rilevano, inoltre, nell'ottica della valutazione della valenza epistemica di quest'ultimo, sotto il profilo, per quanto inerisce alla specifica problematica *sub iudice*, della corrispondenza della testualità di tale messaggistica al tenore letterale dei messaggi originariamente inviati e ricevuti nonché delle utenze dei mittenti e dei destinatari individuati con quelli effettivi, ragion per cui la problematica in disamina dispiega la propria rilevanza anche relativamente alla fase della captazione e della decrittazione dei flussi telematici. Tutto ciò comporta imprescindibilmente la possibilità di conoscere le modalità di svolgimento dell'attività investigativa svolta e il procedimento di acquisizione di tale messaggistica, onde consentire la piena esplicazione del diritto di difesa, attraverso l'instaurazione di una proficua dialettica procedimentale in ordine ad ogni profilo di ritualità, rilevanza, attendibilità e valenza dimostrativa che possa

venire in rilievo, nell'ottica dell'imputazione. Ciò che nel caso in esame non è stato consentito ai difensori».

Tale interpretazione potrebbe trovare un supporto ove si riconoscesse sussistente il diritto di accesso della difesa alla versione originale dei messaggi oggetto di decrittazione, diritto che potrebbe risultare ancorato alle particolari garanzie riconosciute, anche in ambito processuale, dall'art. 8 del d.lgs. 51 del 2018 (di recepimento della direttiva 2016/680) rispetto ai processi decisionali algoritmici (qual è quello sotteso alla decrittazione, appunto algoritmica, dei messaggi). In particolare, la citata disposizione stabilisce che "Sono vietate le decisioni basate unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che producono effetti negativi nei confronti dell'interessato, salvo che siano autorizzate dal diritto dell'Unione europea o da specifiche disposizioni di legge (comma 1). Le disposizioni di legge devono prevedere garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato. In ogni caso è garantito il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento (comma 2)".

D'altro canto, la fondamentale esigenza di garantire la genuinità e la corretta conservazione dei dati acquisiti è ribadita anche dalla previsione del decreto interministeriale del 6 ottobre 2022, in tema di individuazione delle prestazioni funzionali alle operazioni di intercettazione e per la determinazione delle relative tariffe, adottato ai sensi della legge n. 103 del 2017, che, all'art. 3, comma 2, lett. c), impone ai fornitori delle prestazioni «la tempestiva trasmissione e consegna, mediante canali cifrati che ne assicurano la segretezza, dei contenuti eventualmente acquisiti anche diversi da quelli conseguenti all'esecuzione delle prestazioni obbligatorie, secondo procedure informatiche approvate dal Ministero della Giustizia, in grado di assicurare all'Autorità giudiziaria l'originalità, l'integrità e la fruibilità dei dati trasmessi e/o ricevuti dall'identità di rete».

Sul punto, andrebbero anche verificati gli effetti della "asimmetria" rilevabile tra le previsioni del d.lgs. n. 108 del 2017, che sembrano consentire l'intercettazione, anche a mezzo di *trojan*, non solo di un dispositivo, ma anche di interi "sistemi informatici o telematici" (v. artt. 24 e 43) e la disciplina interna, ove tale ultima modalità di indagine non sembra invece trovare una espressa disciplina (gli artt. 266, commi 2 e 2-*bis*, cod. proc. pen. e 89, comma 2, disp. att. cod. proc. pen. si riferiscono all'inserimento del captatore informatico su un "dispositivo elettronico portatile"). Né, peraltro, può omettersi di rilevare che nel caso in esame l'utilizzo del *trojan* non sembrerebbe esser stato finalizzato solo ad effettuare l'intercettazione dei dati comunicativi, quanto piuttosto a consentire, attraverso il meccanismo precedentemente descritto, l'acquisizione delle loro chiavi di decrittaggio (in tal senso, v. i provvedimenti adottati dal Giudice istruttore del

Tribunale di Parigi il 21 dicembre 2020 e il 25 febbraio 2021, riportati all'*allegato 1* della memoria difensiva depositata il 19 dicembre 2023).

Infine, sul tema va anche richiamata, per i profili di carattere generale che investe nella sua motivazione, la recente sentenza della Corte EDU (Grande Camera), 26 settembre 2023, *Yuksel Yalçinkaya c. Turchia*, n. 15669/20, che ha affermato che «Sussiste la violazione degli artt. 6, par. 1, 7 e 11 della CEDU in relazione ad una condanna per appartenenza ad una organizzazione terroristica che sia stata emessa all'esito di un processo nel quale non sono state assicurate all'imputato adeguate garanzie procedurali volte a controbilanciare la limitazione del diritto della difesa all'ostensione dei dati "grezzi" delle comunicazioni crittografate scambiate sulla piattaforma "Bylock"».

Al riguardo si è osservato (Sez. 6, n. 44154 del 26/10/2023, *Iaria*, Rv. 285284 – 01) che, in base a detta pronuncia, «il diritto ad un processo in contraddittorio presuppone quindi che l'autorità inquirente riveli alla difesa tutte le prove, anche quelle "elettroniche" e non solo quelle che l'accusa ritiene rilevanti. Tale diritto non è, tuttavia, assoluto potendo rendersi necessario un suo bilanciamento con interessi concorrenti, quali la sicurezza nazionale o la necessità di mantenere segreti i metodi di indagine dei reati da parte della polizia».

Secondo una diversa lettura delle implicazioni sottese alla richiamata decisione della Corte EDU (Sez. 6, 26/10/2023, n. 46833, *Bruzzaniti*, cit.), «detta pronuncia, pur affrontando il tema del rispetto del diritto di difesa in indagini basate sull'utilizzazione di piattaforme di messaggia criptate, riguarda un caso del tutto eccentrico rispetto a quello francese, perché descrive la violazione dei basilari fondamenti dello Stato di diritto e dell'equo processo da parte dell'Autorità giudiziaria turca, già condannata dalla stessa Corte EDU per gli arresti anche di magistrati e avvocati avvenuti in base ai soli messaggi scambiati tra terzi sull'applicativo *ByLock* ... in nessun modo prospettabili con riferimento allo Stato francese».

Ove si dovesse ritenere sussistente il diritto della difesa di poter contraddire in merito alla correttezza del decrittaggio delle *chat*, il Giudice, nell'ottica di attuare la cooperazione cui, tra l'altro, fa riferimento il trentesimo considerando della Direttiva, potrebbe, al fine di disporre eventuale perizia su detto aspetto, chiedere all'Autorità giudiziaria estera di fornire il relativo algoritmo; ciò ai sensi dell'art. 34, comma 1, d.lgs. n. 108 del 2017, che, replicando la previsione dell'art. 8 della direttiva, contempla espressamente la possibilità che un ordine di indagine venga emesso, "nello stesso o in altro procedimento, ad integrazione o completamento di uno precedente."

10.3. In senso contrario, un diverso orientamento ha invece ritenuto che, «in tema di intercettazione di comunicazioni telematiche, l'uso dell'algoritmo per la

decriptazione della messaggistica con sistema "Blackberry" esclude la possibilità di alterazioni o manipolazioni dei testi captati, in quanto, secondo la scienza informatica, ne consente la fedele riproduzione, salvo l'allegazione di specifici e concreti elementi di segno contrario» (tra le altre, Sez. 3, n. 30395 del 21/04/2022, Chiancano, Rv. 283454 – 01) e che «il difensore delle parti ha diritto di accesso al dato trasmesso in via digitale costituito dalle sequenze alfanumeriche o simboliche rappresentative della comunicazione oggetto di captazione (c.d. stringhe) e dal risultato della decodificazione intellegibile di tali sequenze, in quanto elementi integranti "informazione" o "registrazione" delle conversazioni o comunicazioni ai sensi dell'art. 268, comma 7, cod. proc. pen.» (Sez. 3, n. 38009 del 10/05/2019, Assisi, Rv. 278166 – 02).

In tale ultima pronuncia si è in particolare precisato (pag. 44) che la indisponibilità del programma di decrittazione dei "files" originari non è lesivo del diritto di difesa: «Innanzitutto, infatti, tale questione non riguarda l'utilizzabilità del dato, bensì l'affidabilità dello stesso (cfr., per questo rilievo, Sez. 6, n. 1342 del 04/11/2015, dep. 2016, Brandimarte, Rv. 267184-01). D'altra parte, poi, per quanto riguarda l'attendibilità della decodificazione, non solo, significativamente, l'operazione di decriptazione per l'autorità giudiziaria è effettuata dalla stessa azienda che garantisce l'ordinario e regolare svolgimento delle comunicazioni, e, quindi, la crittazione e decriptazione delle stesse, tra gli utenti dei dispositivi oggetto di intercettazione. Va infatti rilevato che, come puntualmente osservato in una recente decisione, «in assenza dell'algoritmo necessario alla decriptazione, risulta - secondo la scienza informatica - impossibile avere a disposizione un testo intellegibile in lingua italiana difforme dal reale, potendosi, al più avere, se del caso, una sequenza alfanumerica o simbolica ("stringa") priva di alcun senso», sicché, salvo l'allegazione di specifici e concreti elementi di segno contrario, deve escludersi l'avvenuta «manipolazione» delle captazioni (Sez. 6, n. 14395 del 27/11/2019, Testa, Rv. 275534-01)».

Nello stesso senso, con riferimento alle *chat* intercorse su piattaforma "Sky ECC", si è espressa di recente Sez. 6, n. 48838 del 2023, cit., secondo cui «Il diritto di difesa non può, inoltre, essere ritenuto leso per effetto della mancata conoscenza (e, dunque, dell'indisponibilità per la difesa) dell'algoritmo utilizzato per la decriptazione della messaggistica acquisita, qualificato come «segreto di sicurezza nazionale» dall'autorità francese, come risulta nella sentenza *Conseil constitutionnel* francese, con la decisione n. 2022-987 QPC dell'8 aprile 2022. Il difensore dell'indagato, nell'ordinamento italiano, può, infatti, avere conoscenza solo del verbale delle operazioni di cui all'art. 268 cod. proc. pen. e delle registrazioni, ma non anche dei mezzi tecnici, hardware e software, utilizzati per l'intrusione nelle conversazioni intercettate, o per decodificare il contenuto».

Nella medesima prospettiva può altresì essere richiamata, da ultimo, Sez. 6, n. 46390 del 26/10/2023, Rosaci, Rv. 285494 – 01, che in un *obiter dictum* ha confermato tale indirizzo ermeneutico, sostenendo che «In tema di mezzi di prova digitale, il sistema di diritto interno non garantisce alla difesa l'accesso agli algoritmi per la decodifica dei dati criptati, ma si limita a dettare garanzie procedurali a protezione della cd. "catena di custodia" nell'ottica dell'integrità probatoria, quali la necessità di un atto autorizzativo da parte di attori giudiziari qualificati, l'individuazione dei soggetti che possono acquisire e ritenere i dati e la disciplina della conservazione e consultazione degli stessi (Fattispecie relativa a dedotta inutilizzabilità, per mancata ostensione del metodo di decifrazione, delle "chat" criptate intercorse sulla piattaforma "Sky-Ecc" consegnate, tramite ordine europeo di indagine, dall'autorità giudiziaria francese a quella italiana con l'apposizione del segreto di Stato)».

In detta pronuncia si è altresì rilevato che la conclusione cui è pervenuta, in senso contrario, la sentenza "Lori" non sarebbe pertinente atteso che essa è «relativa ad indagini acquisite tramite Europol, e non già tramite l'autorità giudiziaria e per mezzo di o.e.i., come invece nel caso in esame»: circostanza, questa, che tuttavia sembra contraddetta da quanto riportato a pag. 5 della stessa sentenza "Lori", ove si precisa che «Le chat sono state formalmente acquisite al fascicolo tramite ordine europeo di indagine».

11. Sulla base delle ragioni sopra evidenziate emerge, dunque, un rilevante contrasto interpretativo, in relazione al quale si ritiene, ai sensi dell'art. 618, comma 1, cod. proc. pen., e in considerazione della speciale importanza delle questioni implicate, di disporre la remissione alle Sezioni Unite sia in ordine alla individuazione dello strumento processuale "interno" da porre a parametro per l'importazione delle "chat" decrittate e richieste con gli OEI (sequestro di corrispondenza informatica o risultanze delle intercettazioni acquisite ex art. 270 cod. proc. pen., ritenendo il Collegio, per le ragioni precedentemente indicate, di dovere escludere invece la configurabilità della fattispecie processuale di cui all'art. 234-bis cod. proc. pen.), che al tipo e all'ambito del controllo giurisdizionale da svolgere nel nostro ordinamento in merito alla utilizzabilità dei dati probatori raccolti all'estero.

Conclusivamente, le questioni rimesse alle Sezioni Unite vengono così formulate:

1) Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria estera su una piattaforma informatica criptata integri, o meno, l'ipotesi disciplinata nell'ordinamento interno dall'art. 270 cod. proc. pen.;

2) Se l'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine, dei risultati di intercettazioni disposte dall'Autorità giudiziaria estera attraverso l'inserimento di un captatore informatico sul "server" di una piattaforma criptata sia soggetta nell'ordinamento interno ad un controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, in ordine alla utilizzabilità dei dati raccolti.

P.Q.M.

Rimette il ricorso alle Sezioni Unite.

Così deciso il 15 gennaio 2024

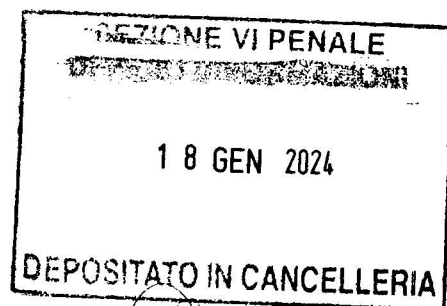
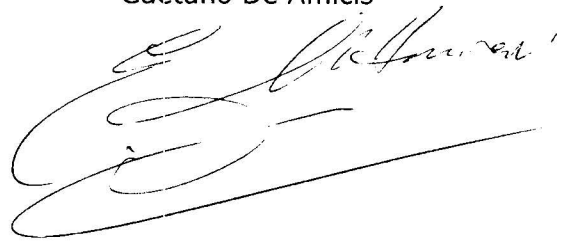
Il Consigliere estensore

Enrico Gallucci



Il Presidente

Gaetano De Amicis



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Giuseppina Cirimele

