



Unione delle Camere Penali Italiane

Osservatorio Europa

ORDINE EUROPEO DI INDAGINE FINALIZZATO ALL'ACQUISIZIONE DI COMUNICAZIONI CRIPTATE SKYECC/ENCROCHAT: I PRINCIPI DI DIRITTO STABILITI DALLE SEZIONI UNITE IN ATTESA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE.

Il servizio novità della Corte di Cassazione ha pubblicato le informazioni provvisorie relativamente a quanto deciso dalle Sezioni Unite nella camera di consiglio del 29 febbraio 2024, circa le questioni sollevate con le ordinanze di rimessione n. 47798/2023 della Terza Sezione Penale in data 30/11/2023 e n. 2039/2024 della Sesta Sezione Penale in data 18/01/2024, sui temi della qualificazione giuridica del *trasferimento all'Autorità giudiziaria italiana, in esecuzione di ordine europeo di indagine (OEI), del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini e già acquisite e decrittate dall'Autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento penale, nonché della necessità di una verifica giurisdizionale nello Stato di emissione dell'OEI preventiva di legittimità e successiva volta al vaglio dell'utilizzabilità degli esiti investigativi trasferiti.*

Le due ordinanze di rimessione afferiscono alle comunicazioni acquisite all'esito dell'indagine "Argus" - avviata nel mese di marzo del 2021 dalle Autorità francesi, olandesi e belghe con un Joint Investigation Team (JIT), tramite un'operazione di hacking sulla piattaforma di messaggistica criptata SkyECC impiegata per attività criminali organizzate (al pari di Encrochat ed Exclu) i dettagli della quale non sono noti poiché coperti da segreto di Stato - trasmesse ad Europol che ha organizzato l'elaborazione e il trasferimento dei dati alle autorità di polizia competenti in tutta Europa attraverso i meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia UE, portando all'arresto e all'incriminazione di migliaia di persone.

Nei pertinenti procedimenti penali nazionali l'infiltrazione nelle suddette piattaforme di messaggistica criptata ha disvelato delle tendenze che incidono sui diritti fondamentali degli indagati ed imputati con particolare riferimento alla mancanza di trasparenza ed alle implicazioni per la privacy, con conseguente necessità di controllo giurisdizionale preventivo e successivo nello Stato di emissione e la violazione del diritto a un processo equo nella sua declinazione che prevede la garanzia per la difesa di avere l'opportunità di confrontarsi pienamente con le prove.

Unione Camere Penali Italiane

Via del Banco di S. Spirito, 42 00186 Roma
Tel +39 06 32500588 - segreteria@camerepenali.it - www.camerepenali.it
C.F. 05386821002 - P.I. 08989681005

Osservatorio Europa



Al riguardo si sono pronunciate le Giurisdizioni superiori di diversi Paesi europei e pendono, altresì, una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con 14 quesiti (sollevata dal Tribunale del Land di Berlino, Causa C-670/22) e due ricorsi alla Corte Europea dei Diritti Umani introdotti contro la Francia da cittadini inglesi nelle cause A.L. c. Francia (n. 44715/20) e E.J. c. Francia (n. 47930/21), ricorsi comunicati entrambi al governo francese in data 8 dicembre 2021, con domande alle parti in merito alle potenziali violazioni degli articoli 6 § 1 (diritto a un equo processo), 8 (diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza), 13 (diritto a un ricorso effettivo).

La Suprema Corte di Cassazione, a quanto emerge dalle informazioni provvisorie¹, risulta aver sostanzialmente condiviso le conclusioni dell'Avvocato Generale della CGUE, Tamara Čapeta, nella citata causa C-670/22², affermando i seguenti principi di diritto, così cumulabili:

¹ Si vedano, [Dettaglio questione penale decisa n. 33544/2023](#) e [Dettaglio questione penale decisa n. 41618/2023](#), in www.cortedicassazione.it;

² Questa la sintesi delle risposte suggerite alla Corte dall'Avvocato Generale sulle questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale del Land di Berlino, Germania:

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

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

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

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

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

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

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

4) In risposta al quarto gruppo di questioni pregiudiziali: uno Stato membro che, nel corso di un'indagine o di un procedimento penale unilaterali, intercetta telecomunicazioni sul territorio di un altro Stato membro è tenuto a notificare detta intercettazione a tale altro Stato membro.

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

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

5) In risposta al quinto gruppo di questioni pregiudiziali: il diritto dell'Unione non disciplina, nella fase attuale del suo sviluppo, l'ammissibilità di prove raccolte tramite un OEI emesso in violazione dei requisiti previsti dalla direttiva 2014/41. L'ammissibilità delle



1) il trasferimento all’Autorità giudiziaria italiana, in esecuzione di Ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini e già acquisite e decrittate dall’Autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento, rientra nell’acquisizione di atti di un procedimento penale che, a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli artt. 78 disp. att. cod. proc. pen., 238, 270 cod. proc. pen. e, in quanto tale, rispetta l’art. 6 della Direttiva 2014/41/UE; 2) un tale trasferimento non dev’essere oggetto di verifica giurisdizionale preventiva della sua legittimità nello Stato di emissione dell’Ordine europeo di indagine, rientrando nei poteri del pubblico ministero acquisire gli atti di altro procedimento penale; 3) l’utilizzabilità degli esiti investigativi acquisiti tramite Ordine europeo di indagine è soggetta al vaglio giurisdizionale nello Stato di emissione essendo necessario che la pertinente Autorità giurisdizionale verifichi il rispetto dei diritti fondamentali, comprensivi del diritto di difesa e della garanzia di un equo processo.

In attesa del deposito delle motivazioni e, conseguentemente, di ulteriormente approfondire le tematiche processuali coinvolte, rinviando alla lettura dell’articolo scritto dal Prof. Marcello Daniele, Ordinario di Diritto processuale penale nell’Università degli Studi di Padova, componente dell’Osservatorio Europa dell’Unione delle Camere Penali Italiane, all’indomani della prima ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, che bene mette in luce le varie problematiche attinte dalla fattispecie³.

Roma, 4 marzo 2024

Amedeo Barletta

Federico Cappelletti

Responsabili dell’Osservatorio Europa UCPI

prove è una materia che rientra nel diritto nazionale, il quale deve tuttavia essere conforme ai requisiti dei diritti della difesa di cui agli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.

³ Si veda, M. DANIELE, [Ordine europeo di indagine e comunicazioni criptate: il caso SkyECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite](#), in *Sistema Penale*, 11 dicembre 2023.