

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2024

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A PASSI INCERTI NEL SOLCO DI CATEGORIE EVANESCENTI: RIFLESSIONI A PARTIRE DALLA QUERELLE GIURISPRUDENZIALE SULL'ACQUISIZIONE DI MESSAGGISTICA CRIPTATA DALL'ESTERO

di Fabio Nicolichia

Il contrasto deflagrato in seno alla Suprema Corte riguardo alle formalità da osservare per l'acquisizione di comunicazioni digitali criptate detenute dall'autorità investigativa estera offre lo spunto per riflettere ancora sulle questioni poste dall'impiego di nuove tecniche di ricerca della prova. L'approccio riservato al problema dalla giurisprudenza risulta difatti foriero di rilevanti criticità, in questo caso amplificate dalla provenienza estera del prodotto delle indagini.

SOMMARIO: 1. "Tirannia" delle categorie e tecniche investigative di ultima generazione. – 2. "A qualcuno piace freddo": i diritti alla mercé di *accidentalità*. – 3. Legalità e proporzionalità nella circolazione transfrontaliera dei prodotti delle ricerche digitali. – 4. L'inutilizzabilità "presa sul serio". – 5. Quale disciplina per le "nuove" indagini?

1. "Tirannia" delle categorie e tecniche investigative di ultima generazione.

Ha destato capillare interesse il contrasto deflagrato in seno alla Suprema Corte riguardo alle formalità da osservare per l'acquisizione di comunicazioni digitali criptate detenute dall'autorità investigativa estera¹. Dispute simili si sono parallelamente sviluppate anche in altri ordinamenti, sfociando tra l'altro nella proposizione di una domanda pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* alla Corte di giustizia dell'Unione europea da parte di un giudice tedesco e nella presentazione di ricorsi individuali alla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione ad analoghi trasferimenti di materiale investigativo².

¹ Per una sistematizzazione delle questioni poste dai provvedimenti che hanno provocato l'interessamento delle sezioni unite, DANIELE, [Ordine europeo di indagine e comunicazioni criptate: il caso SkyECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite](#), in questa *Rivista*, 11 dicembre 2023. Ancor più di recente è intervenuta un'ulteriore ordinanza di remissione inerente ad aspetti in larga sovrapposizione a quelli affrontati in precedenza, [Cass., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329](#), in questa *Rivista*, 23 gennaio 2024.

² Cfr. Corte giust. UE, causa C-670/22; nonché Corte eur. dir. uomo, ric. n. 44715/20, A. L. c. Francia; nonché n. 47930/21, E. J. c. Francia. Se ne dà conto anche in SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2024.

Un dibattito tanto vivace testimonia la rilevanza e la complessità delle questioni sul tappeto, tanto dal punto di vista tecnico-informativo che – si direbbe conseguentemente – sul versante prettamente giuridico, specie alla luce delle numerose varianti esecutive emerse nella prassi. Sarebbe dunque ambizione probabilmente vana quella di voler dar conto in questa sede di ogni possibile risvolto interpretativo riguardante l’acquisizione transfrontaliera delle *chat*.

Riteniamo perciò più proficuo privilegiare un’impostazione diversa, che prenda abbrivio dall’approccio teorico adottato dalla Cassazione, nel tentativo di stimolare alcune riflessioni capaci di trascendere le specifiche controversie che dovranno essere di qui a breve affrontate dalle sezioni unite. L’incedere argomentativo prescelto dai giudici di legittimità mette infatti a nudo la “tirannia” esercitata da categorie giuridiche desuete e dai contorni evanescenti, cui continua tuttavia ad essere affidato un ruolo cruciale nella modulazione del livello di tutela dei diritti delle persone coinvolte in acquisizioni investigative di ultima generazione. La scelta dà corpo ad esigenze di conservazione del risultato probatorio acquisito grazie alle misure *sub iudice*³, mentre sembra relegare sullo sfondo questioni d’importanza capitale fagocitate dalla disputa a tratti sofistica sulla qualificazione che meglio si attaglia all’ingerenza di volta in volta in questione.

2. “A qualcuno piace freddo”: i diritti alla mercé di *accidentalia*.

Il susseguirsi quasi frenetico di pronunce che lungo un arco temporale assai ristretto si sono occupate con esiti diversi del medesimo problema pare già di per sé difficilmente riconducibile ad una fisiologica oscillazione interpretativa, essendo piuttosto indicativo del disagio avvertito nel confrontarsi con operazioni non più certo pionieristiche ma ancora scarsamente disciplinate dalla legge, il tutto a detrimento dell’aspirazione ad un’affidabile delimitazione dei confini tra pratiche investigative lecite e attività non consentite⁴.

Pur a fronte delle esegesi divergenti esiste comunque un *pattern* ricorrente nelle decisioni sin qui intervenute in merito all’acquisizione delle *chat* criptate, così come più in generale in pressoché tutti i provvedimenti nel tempo chiamati a confrontarsi con l’impiego di nuovi mezzi di ricerca della prova: la partita si gioca infatti per lo più sul crinale dell’alternativa tra la sussunzione delle tecniche all’interno della categoria delle

³ In accordo a una logica “utilitaristica” in buona parte ascrivibile alla «coincidenza tra soggetti destinatari del precetto legale e titolari della facoltà, del potere o dell’obbligo di darne applicazione» tipica delle norme processuali penali già segnalata da NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 444, la quale logica finisce qui per frustrare la dimensione “ideologica” della sanzione processuale dell’inutilizzabilità efficacemente illustrata in DINACCI, *L’inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *Arch. pen.*, 2023 (rivista web), 1 ss. e già in precedenza in ID., *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008.

⁴ In senso conforme, soffermandosi in termini critici anche sulla metodologia interpretativa della Cassazione, DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail: verso letture rispettose dei principi*, in *Arch. pen.* (rivista web), 2024, 1 ss.

intercettazioni di conversazioni o comunicazioni da un lato, e la loro attrazione nel *genus* delle c.d. indagini atipiche o in quello della prova documentale dall'altro⁵. La preferenza in favore di una delle due opzioni influenza in misura determinante i presupposti di legittimità dell'atto e, con essi, l'intensità delle garanzie previste in favore dei singoli coinvolti nella raccolta: nel caso delle intercettazioni la ricerca si inquadra infatti in un sistema normativo ben strutturato, che si snoda a partire dalla fase precedente all'esecuzione del controllo sino a quella dell'utilizzo delle sue risultanze; per altro verso, tanto le indagini atipiche che la disciplina della prova documentale non contemplano almeno di norma limitazioni di sorta per l'accesso alla fonte probatoria.

Oltre alla ricordata incertezza rispetto agli esiti dell'inquadramento giuridico delle misure nel tempo venute all'attenzione della prassi, il portato più preoccupante di questa impostazione risiede proprio nelle marcate differenze di trattamento così riservate a fattispecie spesso contigue, differenze per lo più giustificate sulla scorta di connotati accessori dell'ingerenza, incapaci di mutare realmente l'entità del *vulnus* arrecato alle prerogative dell'individuo⁶.

Lo schema viene da ultimo riproposto, come si andava dicendo in apertura, anche nella *querelle* concernente l'acquisizione di corrispondenza elettronica criptata detenuta dall'autorità investigativa straniera, variazione sul tema di quella giurisprudenza che si era in passato già occupata dell'intercettazione di messaggistica cifrata transitante in entrata o in uscita su *server* esteri⁷.

L'inedito "parassitismo investigativo" spinge ad interrogarsi appunto sulla veste giuridica da attribuire alla circolazione delle risultanze dell'indagine effettuata al di fuori dei confini nazionali, questione su cui si sbizzarriscono i diversi indirizzi rispettivamente inclini ad assimilare l'eventualità al sequestro *ex art. 254-bis* c.p.p. o, più spesso, alla mera acquisizione documentale⁸. L'ultima opinione si dipana poi ulteriormente tra chi reclama l'applicabilità dell'art. 234-*bis* c.p.p. e coloro che sono invece più propensi a ricorrere al tipo generale dell'art. 234 c.p.p.⁹. Ai primi viene infatti

⁵ Basti pensare alla struttura argomentativa che contraddistingue il *leading case* in tema di c.d. videoriprese investigative, vale a dire Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 26795, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1537, con nota di CAMON, *Le sezioni unite sulla videoregistrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*. Volendo lo schema era stato analizzato anche in NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020, 9 ss.

⁶ Emblematico a tal proposito il trattamento riservato al c.d. agente attrezzato per il suono, alternativamente ricondotto al novero delle indagini atipiche ovvero all'intercettazione a seconda della possibilità di ravvisare o meno il coinvolgimento di appartenenti alla polizia giudiziaria nell'esecuzione della misura. Cfr. DEL COCO, *Registrazioni audio-video effettuate da un privato su impulso dell'investigatore*, in SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, 2^a ed., Torino, 2019, 3. Volendo, anche NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., 22, dove ci eravamo in particolare soffermati sulla difficoltà di far dipendere l'esistenza di una lesione dell'art. 15 Cost. dalla qualifica pubblica o privata dell'autore del controllo.

⁷ Si veda da ultimo, in maniera conforme all'indirizzo risalente e largamente maggioritario che esclude in quell'ipotesi la necessità di ricorrere al meccanismo rogatorio, Cass., sez. VI, 18 gennaio 2023, n. 8714, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 1134, con nota di VIRGA, *Lost in translation: le intercettazioni per instradamento di chat crittografate*.

⁸ Propende per la prima opzione [Cass., sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2023.

⁹ Si veda rispettivamente [Cass., sez. VI, 13 ottobre 2023, n. 6364](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2023 e Cass.,

obiettato che i contributi in oggetto andrebbero comunque qualificati alla stregua di una corrispondenza informatica, in quanto tale estranea alla sfera di operatività della previsione riguardante unicamente l'acquisizione di «dati e documenti informatici»¹⁰. Quel modulo si dimostrerebbe inoltre inadeguato nel momento in cui identifica il legittimo titolare del dato, il cui consenso basta da solo a permetterne la condivisione, nell'autorità pubblica che se lo era in precedenza clandestinamente procurato. Pure la seconda soluzione non viene però percepita come del tutto soddisfacente una volta considerato che essa oblitera ogni verifica giurisdizionale circa la legittimità del trasferimento, requisito oggi imprescindibile financo per attività meno invasive quali l'accesso a supporti che, a differenza di quelli in rilievo, non consentono neppure di prendere contezza del contenuto dello scambio comunicativo¹¹.

Si riscontra tuttavia un punto di convergenza tra le diverse posizioni, rappresentato dalla ritenuta estraneità delle operazioni controverse alla categoria delle intercettazioni, astrattamente rilevante solo al cospetto di una "compartecipazione" degli inquirenti domestici al controllo compiuto all'estero sin dalla fase della sua attivazione. Al di fuori di tale ipotesi la natura preconstituita delle informazioni inviate da oltreconfine basterebbe secondo i giudici a smentire ogni assimilazione tra il trasferimento delle *chat* e l'istituto regolato dagli artt. 266 ss. del codice di rito. Vengono in particolare richiamate a supporto di questa lettura alcune recenti statuizioni della Consulta, la quale ha autorevolmente ribadito che, per aversi intercettazione, è imprescindibile la contestualità tra il flusso comunicativo e la sua apprensione occulta ad opera di un soggetto estraneo allo scambio stesso¹².

L'equivoco della ricostruzione concordemente offerta dalla Cassazione risiede però nel fatto che la natura c.d. "fredda" dei dati viene desunta assumendo come termine esclusivo di riferimento la genesi e lo sviluppo dell'inchiesta domestica, in relazione alla quale è effettivamente riscontrabile un'asincronia tra la dinamica comunicativa preesistente all'indagine italiana e l'acquisizione della messaggistica. L'attributo andrebbe però più correttamente inquadrato considerando l'intera filiera acquisitiva, che si snoda a partire dalle captazioni realizzate dall'autorità straniera, frangente caratterizzato invece almeno in alcuni casi dalla contestualità tra il dipanarsi della comunicazione e la relativa captazione. Pur a fronte delle eterogenee tecniche adoperate

sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 46833, in *DeJure*.

¹⁰ Così appunto l'ultimo provvedimento citato, dove si ha altresì cura di evidenziare come la previsione di cui all'art. 234-bis c.p.p. abbia ad oggetto dati diversi rispetto a quelli acquisiti nel contesto di un'indagine penale. In effetti, funzione precipua della norma sarebbe quella di scongiurare in quel caso il ricorso alle procedure di assistenza giudiziaria, di tal che appare contraddittorio invocarla come base legale per un'attività posta in essere mediante il sistema dell'OEI. In tal senso anche DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate*, cit.

¹¹ Il riferimento è evidentemente alla nuova disciplina in materia di acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni di cui all'art. 132 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come modificato dal d.l. 30 settembre 2021, n. 132. Si veda al riguardo DINACCI, *L'acquisizione di tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 301 ss.; TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen.* (rivista web), 2022, 1 ss.

¹² Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170.

dagli inquirenti francesi è pacifico infatti che il controllo è stato materialmente effettuato mediante l'inoculazione di un *malware* che ha permesso l'acquisizione occulta e in tempo reale di dati informatici rappresentati talvolta direttamente dal contenuto dei messaggi e, in altre occasioni, dalle chiavi di decriptazione necessarie a rendere intellegibile la corrispondenza digitale sequestrata in massa in un momento antecedente¹³.

Per smentire la generica qualifica documentale delle *chat* acquisite dall'estero non sarebbe stato allora neppure necessario scomodare l'ennesimo *distinguo* introdotto dalla Corte costituzionale nella decisione rammentata poco sopra, in particolare allorquando ha attribuito appunto la natura di corrispondenza anche alla messaggistica già inviata o ricevuta conservata nella memoria dei dispositivi perquisiti. Il *genus* documentale non può venire in questione ancor prima e più semplicemente una volta correttamente ricostruita la genesi dei contributi, ottenuti a monte grazie ad attività almeno il più delle volte inquadrabili secondo le disposizioni domestiche nell'istituto delle intercettazioni¹⁴. Nessuno penserebbe del resto di poter privare di tale natura le comunicazioni già registrate nell'ambito di un'indagine diversa da quella di destinazione solo in ragione dell'assenza di contestualità tra il controllo e la loro trasmigrazione nel procedimento *ad quem*.

Il tortuoso percorso argomentativo delle ultime pronunce, caratterizzato da riferimenti ambivalenti alle affermazioni della Consulta, sfruttate alternativamente tanto per argomentare la necessità di approntare una qualche tutela per la condivisione di contributi comunque coperti dalla protezione assicurata dall'art. 15 Cost. quanto per negare per converso la riconducibilità dell'atto al concetto di intercettazione, conferma insomma la difficoltà ad affrancarsi da un certo un feticismo classificatorio che non può prescindere da schemi e categorie ormai a tal punto stratificati da risultare difficilmente governabili, distogliendo da considerazioni più saldamente ancorate ai connotati materiali dell'ingerenza e al suo impatto sulle pretese di riservatezza individuali.

¹³ Gli esatti connotati delle operazioni non sono del tutto noti trattandosi di attività investigativa per definizione segreta. L'impiego di un captatore informatico si evince comunque anche dalla decisione del *Conseil constitutionnel* francese che ha affermato la legittimità della misura disciplinata all'art. 706-102 del codice di rito d'oltralpe. V. anche NOCERINO, *Ancora in tema di criptofonini: nuovi arresti giurisprudenziali in attesa delle sezioni unite*, in *PenaleDP*, 29 novembre 2023. Da ultimo, in senso conforme a quanto sostenuto almeno con specifico riferimento alle attività riguardanti la piattaforma *SkyECC*, Cass., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329, cit.

¹⁴ Per vero, in relazione alla captazione delle chiavi di decriptazione dei messaggi si potrebbe dubitare del contenuto comunicativo dell'acquisizione e dunque della sua riconducibilità all'intercettazione. Si potrebbe d'altro canto intendere l'art. 266-bis c.p.p. come riferibile all'intercettazione di qualsiasi flusso di dati informatici, indipendentemente dalla natura comunicativa o meno degli stessi come è stato peraltro ritenuto in passato da Cass., sez. un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 329, con nota di ZACCHÈ, *Acquisizioni di dati esterni ai colloqui telefonici*. Più di recente si veda poi Cass., sez. I, 7 ottobre 2021, n. 3591, in *CED. Cass.*, rv282495. Critica rispetto a tale conclusione, PROCACCINO, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi telematici, perquisizioni e prove atipiche*, in *Cass. pen.*, 2022, 3120 ss. In argomento, da ultimo, O. BRUNO, *Intercettazioni di flussi telematici*, in MAGGIO (a cura di), *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Torino, 2023, 286 ss.

3. Legalità e proporzionalità nella circolazione transfrontaliera dei prodotti delle ricerche digitali.

Lo sforzo profuso per individuare la categoria di appartenenza dell'inoltro della messaggistica elettronica conservata all'estero è prodromico a dirimere l'interrogativo cruciale circa l'ammissibilità del trasferimento alla luce delle previsioni della direttiva 2014/41/UE in materia di ordine europeo di indagine penale e della relativa normativa di recepimento interna.

Ci si confronta dunque con uno dei temi più spinosi della cooperazione giudiziaria transnazionale, vale a dire quello della circolazione transfrontaliera della prova, tradizionalmente oggetto di "gelosie" e resistenze degli Stati in una costante tensione tra pretese di sovranità e logica del mutuo riconoscimento¹⁵. Il problema assume tinte affatto particolari nel caso della circolazione del prodotto di indagini compiute dalle autorità di un altro Stato membro: lo scambio di contributi preformati è infatti attività considerata per definizione poco invasiva, che non giustificherebbe pertanto l'istituzione di presidi particolarmente intensi¹⁶. Eppure la direttiva OEI contempla comunque un generale argine alla cooperazione giudiziaria applicabile anche alla condivisione di elementi già a disposizione dello Stato richiesto nel momento in cui all'art. 6 condiziona l'adozione dell'Ordine al fatto che «gli atti di indagine [...] avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo»¹⁷.

Il requisito rimane relegato nell'ombra dell'elaborazione della giurisprudenza domestica, intervenuta quando la richiesta di cooperazione avanzata dalle autorità italiane aveva ormai già ricevuto l'avallo spontaneo dei corrispondenti esteri. Al contrario, il profilo risulta ben più approfonditamente indagato nella causa scaturita dalla domanda pregiudiziale formulata dal giudice tedesco pendente innanzi alla Corte di giustizia menzionata in apertura di trattazione.

¹⁵ ALLEGREZZA - MOSNA - NICOLICCHIA, *L'acquisizione della prova all'estero e i profili transnazionali*, in CANZIO - LUPÁRIA DONATI (a cura di), *Diritto e procedura penale delle società*, Milano, 2022, 195 ss.; BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma, 2014, 11-12; MARAFIOTI, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in BENE - LUPÁRIA - MARAFIOTI (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Torino, 2016, 15 ss.

¹⁶ Sulla cooperazione mediante scambio di informazioni tra Stati cfr., tra gli altri, GIALUZ, *La cooperazione informativa quale motore del sistema europeo di sicurezza*, in PERONI - GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, 15 ss.; RUGGERI, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Comparative Law. Models of Gathering Overseas Evidence in Criminal Matters*, in RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Cham, 2013, 559 ss.

¹⁷ Pur con riferimento al testo della proposta di direttiva, ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014, 59-60. Sul principio di proporzionalità nel contesto dell'OEI, cfr. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in DANIELE - KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018, 55 ss. Proprio con riguardo alla presente vicenda, LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2024.

Similmente a quanto abbiamo sostenuto in precedenza¹⁸, nelle conclusioni presentate dall'avvocato generale si dà per presupposto che l'inoltro della messaggistica captata in Francia vada qualificato alla stregua di un trasferimento del prodotto di intercettazioni di comunicazioni, come tale meritevole di essere circondato da apposite cautele in grado di assicurare la legalità e la proporzionalità di quella che assurge a tutti gli effetti al rango di un'autonoma ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata, produttiva di una lesione ulteriore e distinta rispetto a quella che si verifica al momento del controllo vero e proprio¹⁹.

Nondimeno, le argomentazioni sottoposte alla Corte risultano meno convincenti allorché la clausola di disponibilità in un caso interno analogo prevista all'art. 6 della direttiva OEI viene intesa come riferibile solo al frangente della circolazione postuma degli esiti dell'intercettazione, e non anche a quello della ricerca attraverso cui ci si è procurati il materiale oggetto di trasmissione²⁰.

A supporto dell'opportunità di impegnarsi in una verifica che comprenda invece anche la fase del controllo effettuato a monte, la cui legittimità andrebbe vagliata alla luce della *lex fori*, si potrebbero richiamare i postulati alla base del c.d. principio di "autonoma acquisibilità" già in passato teorizzato dalla Corte costituzionale tedesca proprio con riferimento allo scambio transfrontaliero di informazioni ottenute mediante attività di sorveglianza segreta. Secondo quella lettura l'inoltro delle risultanze investigative frutto di misure tanto invasive potrebbe infatti dirsi legittimo e proporzionato solamente quando le esigenze da soddisfare mediante l'impiego dei dati avrebbero potuto in astratto giustificare la loro raccolta direttamente ad opera dell'autorità richiedente²¹. Almeno con riferimento alle operazioni più insidiose si reclama insomma in questa maniera una necessaria equivalenza tra le condizioni in grado di provocare l'attivazione del controllo e quelle da soddisfare perché si possa procedere alla condivisione successiva delle relative risultanze, tutto ciò con l'intento di assicurare la proporzionalità del pregiudizio derivante dall'utilizzo di informazioni acquisite per finalità diverse da quelle per cui verranno sfruttate.

Va detto che in verità lo stesso *Bundesverfassungsgericht* sembrerebbe collocare al di fuori del perimetro dello scrutinio di "autonoma acquisibilità" un *test* volto ad appurare l'esistenza di un concreto potere in capo all'autorità ricevente di procurarsi in autonomia i contributi oggetto di condivisione²². I giudici si accontentano infatti di una

¹⁸ *Supra*, § 2.

¹⁹ Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale presentate nella causa C-670/22, in particolare §§ 17 e 44, dove si afferma che «gli OEI di cui trattasi nella presente causa non miravano alla raccolta di dati in Francia mediante l'intercettazione di telecomunicazioni, ma si limitavano a richiedere il trasferimento delle prove già raccolte mediante le *intercettazioni* in Francia», e si individua l'oggetto della domanda nella «questione se sia possibile trasferire prove consistenti in dati di comunicazioni intercettate raccolti nell'ambito di un'indagine o di un procedimento penale».

²⁰ Così le stesse conclusioni citate alla nota precedente, § 48 ss.

²¹ *Bundesverfassungsgericht*, 20 aprile 2016, 1 BvR 966, 1140/09, § 287: «as far as data that results from particularly intrusive surveillance and investigative measures is concerned [...] it is necessary to determine whether it would be permissible, by constitutional standards, to also collect the relevant data for the changed purpose».

²² Così ancora il medesimo passaggio citato alla nota precedente, in cui si prosegue affermando che «data

mera ponderazione della sufficiente serietà dell'interesse perseguito in rapporto all'entità del sacrificio imposto attraverso la sorveglianza clandestina.

L'affermazione meriterebbe tuttavia di essere attentamente considerata alla luce della disponibilità di moderne tecniche investigative che permettono oggi di accedere a informazioni digitali "da remoto", vale a dire indipendentemente dalla collocazione fisica di chi è interessato a prenderne cognizione²³. Accantonare una verifica estesa ai presupposti di ammissibilità della ricerca probatoria originaria alla luce dei requisiti fissati dal diritto dello Stato di destinazione – per ciò che concerne *in primis* l'esistenza di una base legale per l'ingerenza – equivale infatti in questo scenario a legittimare un potenziale aggiramento dei limiti stabiliti dalla *lex fori*. Si permetterebbe così di sfruttare il prodotto di una misura investigativa che non sarebbe stata disponibile secondo le previsioni dell'ordinamento dello Stato richiedente in una fattispecie puramente nazionale. Basterebbe insomma "esternalizzare" la raccolta ad un'autorità straniera disponibile a porre in essere la misura confidando nella successiva condivisione degli esiti a questo punto svincolata dal rispetto delle condizioni per procurarsi in autonomia le informazioni d'interesse approfittando di un deprecabile "forum shopping investigativo"²⁴.

Risultano alquanto istruttive al fine di accorgersi delle distorsioni insite nell'eventualità appena paventata proprio le vicende venute all'attenzione della Cassazione. La disciplina domestica a tutt'oggi ammette infatti l'impiego del captatore informatico adoperato dalle autorità francesi unicamente per l'intercettazione di conversazioni tra presenti mediante la sua inoculazione in un dispositivo elettronico portatile o tutt'al più, secondo una lettura più permissiva ma tutt'altro che scontata, per l'intercettazione di *comunicazioni* anche nelle altre fattispecie considerate dagli artt. 266 ss. c.p.p.²⁵. Il ricorso allo strumento per finalità diverse, e nella specie onde entrare in possesso di informazioni non riconducibili al *genus* comunicativo quali le chiavi di decrittazione delle *chat* o comunque per il sequestro da remoto di tutta la corrispondenza archiviata nella memoria degli apparecchi infettati o nei *server* del gestore del servizio non risulta invece contemplato dalla disciplina nazionale, il che testimonia l'illegittimità dell'ordine italiano a fronte del *deficit* di legalità dell'acquisizione della messaggistica oggetto della richiesta di trasmissione²⁶.

sharing between authorities is not, in principle, ruled out simply because the authority receiving the data is – unlike the authority that permissibly collected the data and is now sharing it – not empowered to collect certain data itself as it has a different remit».

²³ SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, in particolare 161 ss.

²⁴ Denunciava già questo rischio SIRACUSANO., *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 178. Non è forse un caso allora che l'inciso trascritto alla nota n. 22 è contenuto nella porzione di analisi riservata dalla Corte federale allo scambio informativo tra autorità nazionali e non alla cooperazione giudiziaria transfrontaliera.

²⁵ CAPRIOLI, *Il "captatore informatico" come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. bras. dir. proc. pen.*, 2017, f. 2, 485 ss. Si dà esaurientemente conto del dibattito in NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Milano, 2021, 147 ss.

²⁶ La giurisprudenza di legittimità sembra per vero propensa a considerare possibile l'esecuzione di intercettazioni a norma dell'art. 266-bis c.p.p. anche tramite l'inoculazione del c.d. *trojan* sebbene l'impiego

4. L'inutilizzabilità "presa sul serio".

L'ultima notazione spinge a soffermarsi adesso sulle conseguenze patologiche discendenti dall'inosservanza delle previsioni stabilite per l'acquisizione probatoria dalla direttiva OEI e dalla relativa disciplina di recepimento²⁷. Questo rappresenta in effetti il fulcro della trama argomentativa delle recenti decisioni della Cassazione, con considerazioni che lasciano emergere un altro generale *trend* efficacemente rappresentato nel dibattito oggetto di attenzione. Viene infatti là esplicitata in maniera forse più diretta che in passato la compenetrazione tra il piano dei limiti all'uso dei prodotti delle ricerche investigative illegittime e quello delle strategie di tutela dei diritti individuali nel contesto dell'inchiesta penale, piani a tal punto confusi che l'ultimo profilo finisce per essere pressoché integralmente assorbito nel primo. La salvaguardia delle prerogative dei singoli viene cioè in misura preponderante perseguita mediante l'istituzione di preclusioni all'uso del materiale illegittimamente acquisito, come traspare appunto allorché nell'incedere argomentativo della Cassazione il tema dell'inutilizzabilità viene direttamente saldato a quello della violazione dei diritti²⁸.

In questo modo si finisce però per sovrapporre due aspetti concettualmente distinti posto che il *vulnus* arrecato dall'ingerenza investigativa preesiste ed è indipendente rispetto all'impiego processuale delle relative risultanze. Basti dire che la lesione può infatti ben sussistere anche qualora i contributi ottenuti non venissero poi riversati nel processo. Consapevoli di ciò, nulla vieta comunque di demandare anche alla predisposizione di stringenti inutilizzabilità una funzione di tutela e promozione delle prerogative minacciate dalle operazioni di raccolta, funzione da ricondurre all'attitudine deterrente della sanzione rispetto all'esecuzione di operazioni improduttive di materiale spendibile nell'accertamento, secondo una logica affine a quella che anima la teoria della *exclusionary rule* nordamericana²⁹. Le speculazioni teoriche volte a reclamare la perfetta autonomia tra il sistema delle sanzioni processuali e quello della lesione di situazioni giuridiche individuali dovrebbero tuttavia cedere allora il passo dinnanzi alla constatazione di sano realismo per cui simile autonomia può dirsi esistente solo in astratto.

Il compito di stabilire la portata delle limitazioni all'uso dei contributi irrivalentemente acquisiti mediante l'OEI è ad ogni modo reso particolarmente arduo nel

del mezzo non venga espressamente considerato dalla legge. Cfr. Cass., sez. VI, 8 marzo 2018, n. 45486, in *CED Cass.* rv274934.

²⁷ È per inciso opportuno precisare che l'eventuale inosservanza delle formalità acquisitive stabilite dalla *lex loci* andrebbero affrontate nell'ambito delle procedure di impugnazione che gli Stati devono assicurare a norma dell'art. 14 della direttiva 2014/41/UE.

²⁸ Cfr. in particolare Cass., sez. VI, 26 ottobre 2023, n. 44154, cit., secondo cui «laddove risulti che l'attività di indagine svolta all'estero sia stata eseguita sulla base di un ordine illegittimo [...] la genesi patologica della prova raccolta all'estero non può che riflettersi sul procedimento penale di destinazione, decretando la inutilizzabilità della prova» stessa.

²⁹ A patto di avere cura di riferire l'inutilizzabilità a qualsiasi impiego degli elementi ottenuti in maniera illegittima, come avevamo già avuto di argomentare in NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria*, cit., 165 ss.

nostro ordinamento dal silenzio serbato sul punto dalla disciplina di recepimento interna, che obbliga a dirimere l'interrogativo ricorrendo alle categorie generali. Ciò non osterebbe secondo un primo indirizzo a desumere almeno in alcuni casi l'esistenza di una patologia³⁰. Altre posizioni sembrano invece negare qualsivoglia rilevanza alle irregolarità nella raccolta transfrontaliera, sulla falsariga delle costruzioni propense a smentire ogni effetto invalidante conseguente a violazioni non espressamente sanzionate con il divieto d'uso³¹.

L'inutilizzabilità discenderebbe poi in questo caso dal mancato rispetto di prescrizioni dettate dalle *lex fori* a fronte di un Ordine di indagine cui è stato comunque dato corso e che costituisce il formale canale acquisitivo dei contributi raccolti all'estero³², e vi sarebbe perciò da superare la difficoltà connessa all'affermazione di una inutilizzabilità derivata verso cui la giurisprudenza continua a dimostrarsi marcatamente ostile³³. Nel caso del trasferimento di risultanze preformate si potrebbe poi addirittura argomentare per la sostanziale irrilevanza delle regole del sistema OEI una volta inquadrato l'incombente alla stregua di una mera trasmissione spontanea che, in quanto tale, prescinderebbe dall'osservanza di formalità di sorta³⁴.

Eppure, muovendo dal presupposto dell'apparente fattibilità di una derivazione invalidante, la Cassazione si è almeno in un caso interrogata circa eventuali conseguenze patologiche legate alla carenza di legittimazione in capo al pubblico ministero per l'emissione dell'Ordine riguardante l'acquisizione delle *chat*, profilo alla ribalta dopo gli ultimi sviluppi del *case-law* europeo³⁵. Il punto più controverso pare ancora una volta quello legato alla particolare fisionomia della dinamica acquisitiva in discussione,

³⁰ V. *supra* nota n. 28.

³¹ Per un esempio, tra i più autorevoli, CORDERO, *Prove illecite*, in ID., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 164 ss. Configura altresì l'inutilizzabilità quale conseguenza di una violazione della sola normativa processuale ordinaria GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 205. Per un inquadramento esaustivo delle problematiche sottese alla materia, con particolare riguardo al tema della prova incostituzionale, DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, cit., 75 ss.; nonché C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 150 ss.

³² E non, come pure talvolta sembra ritenere la giurisprudenza, da un'impropria ingerenza nella valutazione circa il rispetto delle formalità imposte dalla *lex loci*.

³³ Cfr., tra le altre, Corte cost., 9 dicembre 2022, n. 247.

³⁴ A meno di non ritenere tale possibilità preclusa in forza di un implicito divieto d'uso a seguito dell'adozione della direttiva 2014/41/UE per ogni acquisizione transfrontaliera perfezionata in maniera difforme dalle relative previsioni, come pure sostenuto da DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in DANIELE - KOSTORIS, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 184 ss.

³⁵ Il riferimento va evidentemente a Corte giust. UE, Grande Sezione, 2 marzo 2021, causa C-746/18. Si tratta in effetti di un aspetto in relazione al quale si registrano sensibili divergenze nelle scelte degli ordinamenti europei, come posto in evidenza da CAIANIELLO, *Conclusive remarks*, in CAIANIELLO - CAMON (a cura di), *Digital Forensic Evidence. Towards Common European Standards in Antifraud Administrative and Criminal Investigations*, Milano, 2021, 252. Diffusamente, sui contenuti del filone giurisprudenziale in esame e sulle ripercussioni con riferimento all'acquisizione della messaggistica criptata, DINACCI, *I modi acquisitivi della messaggistica chat o e-mail*, cit., 13 ss.

Al tema della necessaria competenza giurisdizionale se ne affianca per vero un altro pure potenzialmente dotato di conseguenze invalidanti inerente alla mancata condivisione da parte delle autorità estere delle tecniche materialmente impiegate per la decriptazione dei messaggi, il che impedirebbe a sua volta di controllare la correttezza del procedimento acquisitivo e la genuinità dei dati inoltrati.

relativa al trasferimento di elementi preformati per la cui condivisione non sarebbe imposto dal diritto interno in una fattispecie puramente nazionale il coinvolgimento dell'organo giurisdizionale, ma che riguarda pur sempre contributi ottenuti mediante invasive captazioni che avrebbero invece necessariamente richiesto l'interessamento di un giudice al momento della loro esecuzione.

La chiave di lettura più convincente per affrontare il problema presuppone di nuovo una delibazione doverosamente estesa all'intera dinamica acquisitiva in rilievo, che eviti cioè di scindere artificiosamente la fase della raccolta probatoria da quella della circolazione del prodotto della ricerca. Traducendo la considerazione alla luce degli istituti interni, e qualificando in accordo all'opinione sostenuta più sopra l'atto oggetto della richiesta di cooperazione alla stregua di un'acquisizione di intercettazioni in altro procedimento, rimarrebbe dunque vero che l'art. 270 c.p.p. non contempla la necessaria autorizzazione del giudice, di tal che anche l'Ordine inoltrato dal pubblico ministero potrebbe apparentemente dirsi legittimo³⁶. D'altro canto, è fondamentale evidenziare che lo stesso art. 270 c.p.p. non può che presupporre la legittima esecuzione delle captazioni nel rispetto dei requisiti previsti a pena di inutilizzabilità dal successivo art. 271 c.p.p., tra i quali figura l'esistenza di una rituale autorizzazione rilasciata dall'organo di massima garanzia³⁷.

In assenza di un simile provvedimento, pure qualora non si volesse far derivare l'inutilizzabilità dei messaggi intercettati dalla diretta applicazione delle regole nazionali ad un'attività materialmente realizzata al di fuori dei confini domestici, un analogo risultato conseguirebbe comunque alla violazione del diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 della Convenzione e.d.u. e dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza in forza del mancato coinvolgimento di un'autorità sufficientemente indipendente nel procedimento di autorizzazione del controllo. L'invalidità discenderebbe nella specie in questo caso dall'incostituzionalità affermata attraverso il parametro interposto di cui all'art. 117 Cost.³⁸. Del resto anche lo Stato che riceve il materiale intercettato è pur sempre tenuto al rispetto delle prerogative affermate dalla Convenzione quantunque l'ingerenza originaria non si sia materialmente verificata all'interno del suo territorio³⁹.

³⁶ In base all'art. 27 del d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, il quale alloca la competenza ad emettere l'ordine in capo a giudice e pubblico ministero a seconda delle rispettive attribuzioni.

³⁷ Requisito che parrebbe peraltro rispettato in occasione dell'attivazione delle ricerche mediante captatore eseguite dall'autorità francese. Rimane ovviamente fermo quanto si è già detto *supra* (§ 3) circa la carenza di una base legale per la misura originaria alla luce delle disposizioni del diritto nazionale.

³⁸ In base alla nota teoria della prova incostituzionale affermata per la prima volta in Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34.

³⁹ Cfr., con logica affine a quella che sorregge le argomentazioni sin qui sostenute anche se con precipuo riferimento ai rapporti tra Stati membri del Consiglio d'Europa e Stati terzi, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, Big brother watch e altri c. Regno Unito, 25 maggio 2021, § 497: «*the protection afforded by the Convention would be rendered nugatory if States could circumvent their Convention obligations by requesting either the interception of communications by, or the conveyance of intercepted communications from, non-Contracting States; or even, although not directly in issue in the cases at hand, by obtaining such communications through direct access to those States' databases. Therefore, in the Court's view, where a request is made to a non-contracting State for intercept material the request must have a basis in domestic law, and that law must be accessible to the person concerned*

5. Quale disciplina per le “nuove” indagini?

Posta la necessità di un coinvolgimento giurisdizionale, rimane a questo punto da chiedersi se possa ritenersi sufficiente lo scrutinio eventualmente condotto nello Stato di esecuzione o se sia al contrario pur sempre imprescindibile anche un vaglio del giudice dello Stato di destinazione, come almeno in un caso ritenuto dalla Cassazione nel momento in cui si è spinta ad affermare che «per l’acquisizione dei risultati di un’intercettazione già svolta all’estero, non è sufficiente che tale prova sia stata autorizzata da un giudice di uno Stato membro nel rispetto della legislazione di tale Stato, ma occorre il controllo – che non può essere affidato che al giudice nazionale dello Stato di emissione – sull’ammissibilità e sulla utilizzazione della prova stessa (l’intercettazione) secondo la legislazione italiana». Una simile verifica potrebbe essere in linea teorica assicurata anche nella fase dell’ammissione della prova nel procedimento interno, alla luce dei parametri forniti dall’art. 190 c.p.p., e in particolar modo di quello della necessaria conformità alla legge, a patto di estendere tale valutazione anche e soprattutto ai connotati dell’intercettazione originaria, senza dunque smentire l’autonoma attribuzione del pubblico ministero all’emissione dell’Ordine avente ad oggetto la mera trasmissione delle captazioni⁴⁰. D’altro canto, una delibazione da parte del giudice italiano operata alla luce dei parametri del diritto domestico già al momento della richiesta di trasmissione mediante OEI pare in effetti l’unica maniera per assicurare la proporzionalità di una misura – appunto la condivisione transnazionale delle captazioni – che assurge di per sé ad un’ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata ulteriore rispetto a quella che si è già prodotta al momento del controllo e del tutto autonoma dai risvolti legati al futuro ed eventuale impiego processuale di quelle stesse risultanze.

Le considerazioni sviluppate dimostrano dunque come la prospettiva della cooperazione giudiziaria europea tinga di ulteriori sfumature di complessità il tema già di per sé spinoso della regolamentazione delle moderne indagini digitali⁴¹, ed in particolar modo quello del ricorso al polifunzionale strumento del captatore informatico. Come se non bastasse, ed in ciò sta forse il principale elemento d’interesse della vicenda da ultimo venuta all’attenzione delle Corti, gli interpreti si trovano in questo caso ad avere a che fare con un modulo acquisitivo insidioso, caratterizzato dallo scambio transfrontaliero di elementi già a disposizione delle autorità dello Stato estero ma pur sempre ottenuti mediante operazioni ad alto tasso di intrusività. Come si è tentato di

and foreseeable as to its effects».

⁴⁰ Si sofferma sul controllo giurisdizionale successivo garantito nel procedimento *ad quem* in occasione dell’acquisizione delle intercettazioni, Cass., sez. VI, 15 gennaio 2024, n. 2329, cit., cui si rinvia anche per i pertinenti riferimenti giurisprudenziali relativi all’art. 270 c.p.p.

⁴¹ Su cui già in passato, tra gli altri, DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l’obsolescenza della legge*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 831 ss.; LUPÁRIA, *Computer crimes e procedimento penale*, in GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, t. I, Torino, 2011, 369 ss. Con più specifico riferimento alla “remotizzazione” ascrivibile all’impiego del captatore informatico e ai riflessi sugli istituti della cooperazione giudiziaria, si veda anche MAGGIO, *Intercettazioni no limits: il captatore informatico “per istradamento”*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, 459 ss.

sostenere, focalizzandosi esclusivamente sul problema della qualificazione del prodotto di quelle ricerche si rischia di perdere di vista la reale entità del *vulnus* inferto a monte alle prerogative dei singoli.

Proprio i connotati dell'ingerenza dovrebbero idealmente rappresentare il principale criterio da sfruttare per individuare il trattamento normativo da riservare alle più evolute misure di sorveglianza investigativa, abbandonando il procedimento logico che pretende invece di desumere il regime giuridico cui assoggettare le operazioni affidandosi a categorie difficilmente adattabili alla "fluidità" dei nuovi mezzi di ricerca della prova. Quest'ultimo approccio si presta oggi ad essere troppo facilmente strumentalizzato in forza degli inediti margini di discrezionalità operativa a disposizione degli inquirenti, che rendono difficile, per non dire impossibile, l'inquadramento dei controlli entro schemi rigidi e ben definiti, con l'effetto di rendere virtualmente sostenibile ogni esito interpretativo a patto di avere l'accortezza di privilegiare l'angolatura maggiormente funzionale a preservare l'efficacia probatoria delle risultanze acquisite.

Si avverte perciò l'esigenza di un mutamento piuttosto radicale nella filosofia che anima cadenze interpretative proprie di una realtà socio-culturale, prima ancora che giuridica, ormai superata. Un cambiamento tanto significativo non può prescindere da uno sforzo di tipizzazione legislativa, tanto più in relazione ad attività ormai entrate a far parte delle tecniche comunemente impiegate, come nel caso di specie testimoniato dalle numerose problematiche provocate dal vuoto normativo che interessa ancora l'apprensione di corrispondenza in epoca successiva all'esaurimento dello scambio comunicativo, eventualità ormai frequente nella prassi ma ancora immotivatamente destinataria di tutele deteriori rispetto ad altre misure dotate di paragonabile invasività.

La strategia verosimilmente dotata di maggiori prospettive di successo in una cornice tanto complessa e frastagliata sembra quella che passa dall'affermazione di pochi ma saldi e inderogabili principi, che si snodino dalle fasi precedenti alla raccolta a quella dell'impiego processuale dei dati, nella consapevolezza di fondo che, per preservare l'efficacia dissuasiva delle prescrizioni che si andranno ad introdurre ogni deviazione da quei canoni dovrebbe necessariamente tradursi in una preclusione assoluta all'uso del materiale illegittimamente ottenuto.

Un punto di partenza piuttosto solido è offerto dai principi nel tempo enucleati dalla giurisprudenza europea con riferimento al bilanciamento tra aspettative di riserbo e ingerenze investigative del potere pubblico⁴². Si tratta peraltro di assunti che dovranno essere tenuti attentamente in considerazione anche di qui a breve, allorquando risultati in buona parte analoghi a quelli procurati dalle misure oggetto del contrasto giurisprudenziale che attualmente imperversa potranno essere raggiunti persino senza la mediazione dell'autorità estera, attingendo direttamente alle informazioni a disposizione dei *provider* stranieri⁴³. Appare dunque quanto mai impellente l'esigenza di

⁴² Si pensi ai criteri analiticamente enumerati dalla Grande Camera della Corte di Strasburgo attraverso cui valutare la compatibilità con il diritto al rispetto della vita privata di un'ingerenza caratterizzata dall'esecuzione di intercettazioni di massa in *Big Brother Watch* e altri c. Regno Unito, cit., § 361.

⁴³ Come consentito dal recente regolamento 2023/1543/UE relativo agli ordini europei di produzione e agli

un accorto bilanciamento tra le contrapposte esigenze in gioco per scongiurare il predominio di un valore a scapito dell'altro.

ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**