



Intercettazioni all'estero: procedure ed efficacia dell'ordine europeo di indagine

L'ordine Europeo di Indagine penale, strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia di derivazione europea, riconosciuto nel nostro ordinamento dal luglio 2017, ha attuato in tutta la sua *vis* normativa il principio di *mutuo riconoscimento* tra ordinamenti giudiziari degli Stati membri dell'Unione Europea. In questa prospettiva, il *tool* di polizia delle intercettazioni telefoniche in territorio estero – qualora non necessitino di assistenza tecnica per le operazioni di *data roaming* – godono adesso di un'*ultra-territorialità* che consente loro di assicurare un'inedita continuità operativa agli organi delle indagini. Il risultato non è più una semplice *collaborazione* tra organi nazionali, ma una vera e propria cooperazione di crisma internazionale

1. L'Ordine europeo di indagine penale

Il Decreto Legislativo 21 giugno 2017, n. 108 (in avanti: "*Decreto*") ha attuato la Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 (di seguito: "*Direttiva*"), introducendo nel diritto italiano l'innovativo strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia dell'Ordine Europeo di Indagine penale.

Con la citata Direttiva, le Istituzioni europee, seguendo le indicazioni del Programma di Stoccolma dicembre 2009, hanno infatti elaborato un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria penale ispirato al *principio del mutuo riconoscimento*, con cui si è inteso realizzare un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi una dimensione transfrontaliera, tale da sostituire tendenzialmente tutti gli strumenti già esistenti nel settore e da potersi utilizzare per quasi tutti i tipi di prove (*cf.* considerando n. 6 della Direttiva n. 41 del 2014).

In particolare, l'art. 2, comma 1, lett. a) del Decreto, definisce l'*Ordine europeo di indagine penale* (di seguito: "OEI") come il provvedimento emesso dalla autorità giudiziaria o dalla autorità amministrativa e convalidato dall'Autorità Giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione europea, per compiere **atti di indagine o di assunzione probatoria** che hanno ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio dello Stato o di un altro Stato membro dell'Unione ovvero per acquisire **informazioni o prove che sono già disponibili**.

Si tratta di uno strumento alternativo a rituali canali rogatoriali previsti dall'art. 723 del codice di rito penale, che disciplina i poteri del Ministro della Giustizia, attivabile anche dalla difesa ed utilizzabile per un ampio arco di tipologie di atti investigativi, fra cui – per rilevanza operativa – si rammentano, in questa sede, il trasferimento temporaneo in altro Stato membro UE di persone detenute, l'acquisizione di informazioni e documenti presso banche e istituti finanziari; l'esecuzione di operazioni sotto copertura o il ritardo o omissione degli atti di arresto o di sequestro (cd. *consegne controllate*); l'effettuazione di provvedimenti di sequestro probatorio e, infine, le operazioni di intercettazione, oggetto del presente contributo.

Rispetto al campo di applicazione dell'OEI, residua, in sostanza, l'istituzione di *Squadre Investigative Comuni* (cd. SIC, di cui alla decisione quadro n. 2002/465/GAI, attuata con D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 34); le *osservazioni transfrontaliere* di cui all'art. 40 della Convenzione di Schengen del 19 giugno 1990; nonché i provvedimenti di cd. *asset freezing* (di cui alla Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, attuata in Italia con D. Lgs. 29 ottobre 2016, n. 202), per i quali rilevano ancora la Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000 (cd. Convenzione di *Bruxelles*) e il suo Protocollo del 16 ottobre 2001.

2. Intercettazioni all'estero: la legittimità del cd. *instradamento*

Un campo di osservazione privilegiato dell'efficacia dell'OEI nel campo delle investigazioni di polizia giudiziaria è senz'altro quello dell'espletamento di operazioni di intercettazioni di conversazioni o telecomunicazioni in territorio estero¹.

Al riguardo, giova evidenziare che la Direttiva, agli artt. 30 e 31, nel delineare il regime di collaborazione tra Stati membri in materia di intercettazioni disposte in ambito penale, riprende la distinzione già contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 2000, fondata sulla necessità o meno dell'assistenza tecnica di un altro Stato membro per l'esecuzione delle attività in parola, indipendentemente dal luogo in cui si tro-

vi la persona da intercettare. Tale distinzione trova una propria giustificazione nelle concrete modalità di espletamento delle intercettazioni in territorio straniero, basate sull'imprescindibile presenza di una "*stazione di ingresso*" nello Stato in cui si svolgono le particolari attività di polizia giudiziaria, salvo che l'utenza mobile oggetto dell'intercettazione sia riferibile ad un gestore telefonico che abbia stipulato accordi di *data roaming* tali da assicurare in automatico il servizio sul territorio dello Stato nel quale l'atto deve essere eseguito.

In pratica, nel caso di utenza di un gestore italiano utilizzata in un altro Stato, all'atto della chiamata il cellulare "*aggancia*" la stazione radio base più vicina sita nel territorio estero, che riconosce il numero telefonico (caratterizzato dal prefisso +39) ed i numeri IMSI e IMEI che caratterizzano la chiamata. La conversazione e/o comunicazione, quindi, potrà essere "*dirottata*" in Italia solo nel caso in cui sia stato siglato un accordo di attivazione dei meccanismi automatici di *data roaming* tra il gestore della scheda telefonica ed il gestore del sistema della stazione (cd. *instradamento*).

Sulle operazioni di *instradamento* la Suprema Corte ha chiarito come non sia "**necessario esperire una rogatoria internazionale se le operazioni di intercettazione di un'utenza mobile nazionale in uso all'estero possono essere svolte interamente nel territorio dello Stato**"², atteso che la procedura dell'*instradamento*, trattandosi di una "*tecnica legittima che comporta la destinazione a uno specifico "nodo" telefonico delle telefonate "estere" provenienti da una determinata zona, senza che sia promossa un'apposita rogatoria internazionale, posto che l'intera attività di captazione e registrazione si svolge sul territorio dello Stato*", **non richiede indicazioni formali del pubblico ministero**³.

Dunque, secondo la Cassazione, si renderà necessario il ricorso ai canali della cooperazione giudiziaria (nelle forme rituali previste dal codice di procedura penale) o allo strumento dell'OEI previsto dalla Direttiva, unicamente nel caso di intercettazioni all'estero tra utenze di gestori telefonici aventi sede in altri Stati⁴, verso i quali l'A.G. nazionale non potrà validamente emettere un decreto di intercettazione per difetto assoluto di giurisdizione.

3. Intercettazioni all'estero: versante attivo

Ciò posto, l'art. 43 del Decreto⁵ regola specificamente il caso in cui sia necessario procedere ad intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici in uno Stato estero che, tuttavia non abbia in essere un accordo di *data roaming* con il gestore nazionale della stazione di rete.

È un caso che, per quanto detto in premessa, implica la **necessaria assistenza tecnica** dello Stato estero



in cui si trova il *target* dell'investigazione, che dovrà essere richiesta dal Pubblico Ministero (PM) precedente, il quale emetterà apposito OEI contenente le circostanziate informazioni previste dal Decreto.

Dunque, nel caso in cui le operazioni di intercettazione dovessero necessitare di assistenza tecnica per l'istradamento, occorrerà che l'A.G. precedente emetta una precisa richiesta all'omologa controparte estera. In tale ambito, pertanto, l'avvento dell'OEI appare decisamente limitato rispetto al passato, non *bypassando* le regole procedurali già attuate prima della sua entrata in vigore.

Di altro tenore operativo è, al contrario, l'impatto dell'OEI qualora le attività di cui si discute **non richiedano l'assistenza tecnica** dello Stato in cui è localizzata l'utenza bersagliata. In tale ipotesi, difatti, l'art. 44 del Decreto⁶, pone sul PM precedente un *obbligo di informazione* (anziché un onere di formale richiesta) nei confronti dell'autorità giudiziaria dello Stato membro nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare, mediante trasmissione – avente valore di notifica – del modello che costituisce l'allegato C del Decreto in parola (cd. Modello C).

Qualora le operazioni di intercettazione siano *già in corso*, il PM, non appena ha notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trovi nel territorio di altro Stato membro, **provvede immediatamente** a dare informazione all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro interessato che le operazioni di intercettazione sono state avviate e sono in corso, mediante trasmissione del già richiamato Modello C.

Infine, il PM dispone l'**immediata cessazione** delle operazioni di intercettazione quando l'autorità giudiziaria dello Stato membro, ricevuto il Modello C, comunica che non possono essere eseguite o proseguite. In tal caso, l'ultimo comma dell'art. 44 del decreto, dispone significativamente che *"i risultati dell'intercettazione possono comunque essere utilizzati alle condizioni stabilite dall'autorità giudiziaria dello Stato membro"*.

L'impianto procedurale, preme evidenziare, è coerente con l'impostazione derivante dall'applicazione del principio del *mutuo riconoscimento* che permea l'*esprit* della Direttiva: il decreto del GIP "interno", che dispone le intercettazioni, **in assenza di impedimenti tecnici** (la sussistenza dei quali, come detto, richiede al contrario una specifica richiesta di assistenza) non ha infatti bisogno di essere "riemesso" dal collaterale estero nelle forme di un'assistenza giudiziaria, ma degrada nell'obbligo di una doverosa informazione che consenta all'A.G. notificata dell'attività in atto di vagliarne la compatibilità dello strumento di ricerca della prova con il proprio diritto interno.

4. Intercettazione di telecomunicazioni: versante passivo

Specularmente rispetto alla procedura di emissione di un OEI contenente la richiesta di effettuazione di intercettazioni in territorio di altro Stato membro UE, l'art. 23 del Decreto⁷ prevede che al riconoscimento dell'OEI emesso per le operazioni di intercettazione da un'autorità giudiziaria estera provveda, sempre che sussistano le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno, il Procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto nel quale devono essere compiuti gli atti richiesti.

In dettaglio, il Procuratore della Repubblica dovrà trasmettere al Giudice per le Indagini Preliminari (GIP) l'ordine di indagine con richiesta di esecuzione, dopo aver provveduto al riconoscimento e dopo aver specificamente verificato che siano indicati tutti gli elementi richiesti espressamente dalla normativa *de qua discimur*⁸. Il GIP, a sua volta, **rifiuta** l'esecuzione quando:

- a. l'atto richiesto per l'esecuzione dell'OEI non è previsto dalla legge italiana o non ricorrono i presupposti che la legge italiana impone per il suo compimento. In tal caso, il Procuratore della Repubblica provvede, previa comunicazione all'autorità di emissione, mediante *"il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo"* (cfr. art. 9, comma 1, D. Lgs. 108/2017);
- b. l'OEI integri una delle ipotesi disciplinate dall'art. 10 del Decreto (ad esempio, sia inammissibile, violi in principio del ne bis in idem o i diritti sanciti dalla Carta

dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e non rientri in uno dei casi tassativamente previsti dall'art. 11 del medesimo Decreto contenente le deroghe al principio di cd. "doppia incriminazione".

Il rifiuto del GIP è immediatamente comunicato all'autorità di emissione a cura del Procuratore della Repubblica⁹.

L'art. 24 del decreto (rubricato: "Notifica all'autorità giudiziaria italiana nel caso di persona soggetta a intercettazione nel territorio dello Stato"), infine, disciplina l'ipotesi della notifica da parte dell'A.G. estera (speculare a quella disciplinata dall'art. 44 del decreto, sul versante attivo) dell'intercettazione di un dispositivo, o anche di sistema informatico o telematico, in uso a persona che si trovi nel territorio dello Stato, per la quale si sta procedendo **senza necessità di assistenza tecnica**.

In tal caso, il Procuratore della Repubblica trasmette immediatamente al GIP la *notificazione* dell'avvio delle operazioni effettuata dall'autorità giudiziaria dello Stato membro che procede, che – a sua volta – 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 e ne dà contestuale comunicazione al Procuratore della Repubblica. Il Procuratore della Repubblica senza ritardo, e comunque **non oltre 96 ore** dalla ricezione della notifica, dà infine comunicazione all'autorità giudiziaria dello Stato membro del provvedimento di cessazione delle operazioni e della non utilizzabilità a fini di prova dei risultati delle intercettazioni eseguite.

5. OEI ed intercettazioni all'estero: i takeaway

In sintesi, quindi, la ricezione dell'OEI emesso dall'autorità giudiziaria estera pone sul GIP un vero e proprio "ordine di esecuzione" che potrà essere disatteso solo qualora tale ordine si traduca nell'emissione di un decreto di intercettazione che *ceteris paribus* non sarebbe potuto essere emesso in Italia: l'OEI, in questo caso, servirà difatti a dare attuazione alle forme di assistenza tecnica necessarie per l'instradamento della comunicazione *target*.

Caso diverso qualora si versi nel caso in cui l'espletamento dell'intercettazione non richieda l'assistenza tecnica delle autorità italiane: in tale ipotesi il GIP – entro 96 ore dalla ricezione dell'informazione che le operazioni di polizia sono in corso – potrà infatti disporre la cessazione solo nel caso in cui l'ipotesi illecita per cui si procede all'estero non rientri nel *numerus clausus* dei reati per i quali possono essere disposte le intercettazioni in Italia, in violazione del principio di diritto pubblico internazionale della *doppia incriminazione*.

***Capitano della Guardia di Finanza**

1 - Sul punto, diffusamente: PARODI C., *Il Modello C: vecchie criticità e nuovi problemi in caso di intercettazioni all'estero*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1° marzo 2019 (www.dirittopenalecontemporaneo.it); SALERNO G. – VIDONI M., *Criticità operative nel ricorso alle intercettazioni di telecomunicazioni dopo il recepimento dell'Ordine Europeo di Indagine penale*, in *Panorama Professionale e Tributario della Guardia di Finanza*, n. 12/2019, p. 249 e segg..

2 - Cass., Sez. I, 16 ottobre 2002 n. 37774.

3 - *Ex pluribus*: Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2007 n. 10051; Cass., Sez. IV, 14 maggio 2004, n. 32924.

4 - Così: Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2014 n. 7634.

5 - Rubricato: "Richiesta di intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro".

6 - Rubricato: "Obblighi di informazione in favore dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro".

7 - Rubricato: "Intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica della autorità giudiziaria italiana".

8 - Si tratta dell'indicazione de: a) l'autorità che procede; b) l'esistenza del titolo che dispone o autorizza lo svolgimento delle operazioni di intercettazione con l'indicazione del reato; c) i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni; d) la durata dell'intercettazione; e) i motivi che rendono necessaria l'attività di indagine richiesta.

9 - Tuttavia, il quarto comma del mentovato art. 23 del decreto, prevede che – qualora il GIP debba rifiutare l'esecuzione dell'OEI – allo stesso, previa consultazione con l'autorità di emissione, possa darsi esecuzione con la trasmissione immediata dei flussi comunicativi o, in alternativa, con l'intercettazione, la registrazione e la successiva trasmissione dei risultati delle operazioni.