

IL SINDACATO GIURISDIZIONALE INTERNO IN TEMA DI ORDINE EUROPEO DI INTERCETTAZIONE

di Andrea Nocera

Abstract. *Con circolare della D.A.G. del Ministero della Giustizia del 26.10.2017 sono state fornite agli Uffici giudiziari le prime indicazioni operative (“manuale operativo”) sulle prassi da seguire nell’ambito delle procedure connesse all’OEI, in attuazione della direttiva 2014/41/UE, nelle more dell’entrata in vigore del d.lgs. 3 ottobre 2017 n. 149.*

Le dettagliate indicazioni agli Uffici giudiziari delle prassi nelle procedure (passive) di riconoscimento e di esecuzione dell’ordine europeo in tema di captazione di flussi comunicativi telefonici e telematici costituisce occasione per un approfondimento del discusso tema dei poteri di sindacato del giudice delle indagini preliminari cui sia trasmessa la richiesta di assistenza passiva ovvero la notifica dell’esecuzione dell’attività di captazione, già in corso o da svolgersi disposta dall’autorità giudiziaria di un altro Stato membro.

SOMMARIO: 1. Il “manuale operativo” sulle procedure connesse all’OEI. – 2 L’ordine di intercettazione. La richiesta di assistenza tecnica e l’esecuzione diretta delle operazioni. – 3. La verifica delle condizioni di ammissibilità: elementi contenutistici. – 4. Le “istruzioni” dettate dalla circolare ministeriale del 26.10.2017 in tema di sindacato giurisdizionale sull’ordine di intercettazione. – 5. Le ragioni ostative all’estensione del sindacato di ammissibilità dell’ordine di intercettazione. – 6. La verifica degli “elementi evocativi”. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Il “manuale operativo” sulle procedure connesse all’OEI.

In attuazione della delega conferita dal Parlamento con l’art. 1 della legge di delegazione europea (n. 114 del 2015), il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108¹ ha recepito la

¹ Per un esame dell’impianto normativo del d.lgs. n. 108 del 2017, L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell’ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all’estero* (The Implementing Regulation on the European Investigation Order: How the New Mechanism on Taking Evidence Abroad Operates), in *Cassazione Penale*, fasc. 11, 1 novembre 2017, pag. 4196B; G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali* (General considerations on transnational investigations and evidence), in *Cassazione Penale*, fasc. 1, 2017, pag. 0049B, per il quale la strada tracciata dall’OEI è «costituita dal principio (contenuto altresì negli art. 67 § 3 e 82 § 1 Trattato funz. UE) del mutuo

direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo d'indagine (OEI)², ispirato al principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti in materia di prova, dedicando una espressa disciplina all'assistenza giudiziaria in materia di intercettazione di flussi di comunicazioni o di dati, secondo le linee di principio tracciate dagli artt. 30 e 31 della direttiva 2014/41/UE.

Nei rapporti di collaborazione con gli altri Stati membri dell'Unione europea, il nuovo modello di assistenza giudiziaria dell'OEI ha determinato di fatto l'inefficacia delle disposizioni della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, meglio indicata con l'acronimo MAP (*mutual legal assistance*)³, adottata a Bruxelles il 29 maggio del 2000, oggetto di recente attuazione con il decreto legislativo 5 aprile 2017 n. 52⁴. Tuttavia la nuova disciplina sull'OEI conferma la scelta di fondo della Convenzione MAP (in tema di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni, il Titolo III, artt. 17-22), individuando nel procuratore della Repubblica l'autorità incaricata della esecuzione delle misure investigative adottate da autorità giudiziarie di Stati appartenenti all'Unione europea.

La direttiva 2014/41/UE risponde all'esigenza ricomporre ad unità la disorganicità e la frammentazione del quadro normativo in materia cooperazione investigativa con l'obiettivo di migliorare e semplificare le operazioni di ricerca, raccolta ed acquisizione transnazionale della prova attraverso uno strumento sistematico unitario e flessibile di investigazione, proiettato verso il reciproco riconoscimento delle disposizioni in materia di prova assunte dalle autorità giudiziarie di ciascuno Stato parte⁵.

Secondo la definizione dell'art. 1 della direttiva 41/2014/UE – riprodotto nell'art. 2 lett. a) del d.lgs. n. 108 del 2017 – è un provvedimento giudiziario, emesso o convalidato (l'OEI può essere emesso anche da una autorità amministrativa) da un'autorità giudiziaria competente di uno Stato membro (individuato come "Stato di emissione"), affinché siano compiuti uno o più atti di indagine specifici in un altro

riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari senza filtro politico-amministrativo, seguendosi quindi il diverso meccanismo dell'ordine».

² Per una compiuta analisi dei principi informatori della direttiva 2014/41/UE, si rinvia ai primi commenti di R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (Remarks on the Directive Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters)*, in *Cassazione Penale*, 2015, pag. 3288C, fasc. 9; L. CAMALDO - F. CERQUA, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale: Le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove (The Directive on European Investigation Order: the New Prospectives on the Free Circulation of Evidence)*, in *Cassazione Penale*, 2014, pag. 3511B, fasc. 10.

³ Sull'attuazione della Convenzione di Bruxelles 2000, L. CAMALDO, [L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"](#), in questa Rivista, fasc. 7-8/2017, p. 202 ss. Per una compiuta ricostruzione dell'evoluzione degli strumenti di cooperazione investigativa, M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione; analisi e prospettive*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 4, 914.

⁴ Prima della MAP la copertura dell'assistenza giudiziaria in materia di intercettazioni era garantita dalla generale previsione dell'art. 3 della Convenzione di Strasburgo, in materia di "atti istruttori"

⁵ G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 6, 705 (commento alla normativa), che evidenzia come il nuovo strumento dell'OEI non è limitato «alla sola acquisizione di prove già esistenti, ma esteso al compimento di un ampio ventaglio di atti investigativi nell'ambito di procedimenti penali avviati da un'autorità giudiziaria o amministrativa».

Stato membro ("Stato di esecuzione") volti alla ricerca ed acquisizione di prove nell'ambito di un procedimento penale, che abbiano ad oggetto persone o cose che si trovano nel territorio di tale ultimo Stato.

In materia di intercettazioni, l'esigenza di rendere più snella ed efficiente la cooperazione giudiziaria approntando strumenti adeguati per combattere le varie forme di criminalità, che hanno assunto una dimensione sempre più di frequente transfrontaliera⁶, deve essere contemperata con le misure a tutela del diritto alla riservatezza dell'individuo, posto in pericolo dal ricorso a tecnologie sempre più sofisticate ed invasive di captazione delle comunicazioni o dei flussi di dati. La speciale disciplina di settore dettata dal decreto legislativo è volta, da un lato, alla razionalizzazione dei procedimenti e al loro snellimento senza trascurare il potenziamento della tutela dei soggetti che vi sono coinvolti⁷.

Con circolare della D.A.G. del 26-30.10.2017⁸ il Ministero della giustizia ha diramato le prime indicazioni agli Uffici giudiziari ("manuale operativo") sulle prassi da seguire nell'ambito delle procedure connesse all'OEI, nelle more della compiuta omogeneizzazione delle differenti procedure rogatorie di *mutual legal assistance* o MAP⁹.

Nella fase intertemporale, la circolare invita le autorità giudiziarie a dar comunque corso alla procedura passiva di esecuzione dell'OEI trasmesso sulla base di normative previgenti, quando le difformità siano solo formali, in ossequio al canone interpretativo di conservazione degli atti giuridici, salva la valutazione di una possibile ricaduta sulla inutilizzabilità dell'atto probatorio secondo l'ordinamento dello Stato emittente, ed in ogni caso ad utilizzare il "metodo della consultazione" che ispira l'art. 6 del d.lgs. n. 108 del 2017 in caso di c.d. "OEI critico". Ad esempio, l'omesso rispetto del requisito linguistico andrà interpretato con flessibilità, non potendo costituire *ex se* motivo espresso di rifiuto.

In tema di intercettazioni la circolare ministeriale fornisce le istruzioni applicative sia per le procedure passive (Parte II) sia per quelle attive (Parte IV).

Le procedure di esecuzione passiva, cui è dedicato il Capo III del titolo II del decreto legislativo sull'OEI, che ha "per oggetto la captazione di flussi comunicativi telefonici e telematici", possono essere attuate nelle forme delle intercettazioni di

⁶ Sul tema della legittimità delle operazioni di intercettazione nell'ambito della cooperazione giudiziaria, cfr. T. BENE, *Transnazionalità dei crimini nella società confessionale: i pericoli della tecnologia e del diritto*, in *Giur. It.*, 2016, 3, 717 (nota a sentenza); A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Mobile Electronic Surveillance and International Judicial Cooperation: Indications Found in the Judgments of the Court of Strasbourg)*, in *Cassazione Penale*, 2016, pag. 4236, fasc. 11.

⁷ M. R. MARCHETTI "Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate ed occasioni perdute", in *Dir. Pen. Proc.*, 12/2017, 1546.

⁸ Per una prima analisi della circolare, E. SELVAGGI, [La Circolare del Ministero della Giustizia sull'ordine europeo di indagine](#), in *questa Rivista*, fasc. 11/2017, p. 287 ss.

⁹ Le procedure rogatorie sono quelle oggetto della direttiva 2014/41/UE, quelle previste dalla MAP, attuate con decreto legislativo 5 aprile 2017 n. 52, e del d.lgs. 3 ottobre 2017 n. 149, recante "Disposizioni di modifica del Libro XI del codice di procedura penale".

telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità italiana (art. 23) ovvero mediante notifica dell'inizio o dello svolgimento in corso dell'operazione di captazione (art. 24).

Entrambe necessitano di un intervento di verifica del giudice, che, nel caso delle intercettazioni oggetto di mera notifica, non investe tutte le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno, ma la sola corrispondenza del titolo di reato per il quale procede l'autorità giudiziaria dello Stato di intercettazione con uno di quelli elencati dall'art. 266 c.p.p.¹⁰

Per le procedure attive (artt. 43 e 44), in cui l'ordine di intercettazione è emesso dall'autorità giudiziaria italiana, la circolare detta le raccomandazioni per la compilazione, la traduzione e la trasmissione dell'ordine, con particolare riferimento al tema della tutela dei diritti della difesa e della utilizzabilità degli atti di captazione compiuti e delle relative prove assunte all'estero.

Le indicazioni ministeriali sulle prassi in tema di esecuzione dell'ordine europeo di intercettazione rappresentano un'occasione di approfondimento del tema dei poteri di sindacato del giudice delle indagini preliminari cui sia trasmessa, dal procuratore della Repubblica, la richiesta di assistenza passiva ovvero la notifica dell'esecuzione dell'attività di captazione, già in corso o da svolgersi sul territorio di un altro Stato.

2. L'ordine di intercettazione. La richiesta di assistenza tecnica e l'esecuzione diretta delle operazioni.

Presupposto comune alle due distinte ipotesi di procedura passiva di cooperazione unionale in tema di intercettazione – con assistenza o mediante notifica dell'inizio o dello svolgimento delle operazioni di captazione – è la sussistenza di una autorizzazione all'attività di intercettazione disposta, anche solo in sede di convalida, dall'autorità giudiziaria competente dello Stato membro che procede.

L'art. 23 del d.lgs. n. 108 del 2017 detta la disciplina dell'esecuzione delle attività di intercettazione, disposta da autorità di altro Stato membro, nel caso in cui sia necessaria l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria italiana, secondo quanto previsto dall'art. 30 della direttiva.

Al riconoscimento dell'ordine di intercettazione emesso dall'autorità giudiziaria competente di un altro Stato membro provvede il procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto "sempre che sussistano le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno" (comma 1). Il procuratore è tenuto a trasmettere al giudice per le indagini preliminari l'ordine

¹⁰ La circolare ministeriale definisce come "ipotesi leggera" le intercettazioni ex art. 24, per le quali è previsto il mero obbligo di notifica allo Stato nel quale si trovi l'utenza, l'apparecchio mobile o il soggetto da captare, in quanto la verifica richiesta al g.i.p. investe il semplice profilo del "se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, ...non sono consentite".

d'intercettazione con richiesta di assistenza per l'esecuzione, dopo aver provveduto al riconoscimento e verificato che siano indicati l'autorità che procede, l'esistenza del titolo che autorizza lo svolgimento delle operazioni con l'indicazione del reato, i dati tecnici necessari al loro svolgimento, la durata dell'intercettazione e i motivi che rendono necessaria l'attività di indagine richiesta (comma 2).

L'ipotesi "semplificata" di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 108 del 2017 opera, invece, nel caso in cui lo Stato di emissione disponga un ordine di intercettazione di un dispositivo, anche di sistema informatico o telematico, in uso a persona che si trovi nel territorio dello Stato (italiano), senza che per la sua esecuzione necessiti di assistenza tecnica. In tali casi il procuratore della Repubblica trasmetta immediatamente al giudice per le indagini preliminari la notifica dell'avvio delle operazioni proveniente dall'autorità giudiziaria dello Stato parte che procede.

La notifica costituisce adempimento di un onere formale di trasmissione per l'autorizzazione alla esecuzione o alla prosecuzione delle operazioni (nel caso in cui l'utenza o il soggetto monitorato sfrutti il meccanismo del "roaming internazionale") nei confronti di un soggetto o dispositivo di conversazione vocale o trasmissione dati che si trovi sul territorio dello Stato di esecuzione.

Lo strumento procedurale consente, da un lato, di dare continuità all'attività di intercettazione dei *devices* mobili, consentendo che l'intercettazione dei flussi e delle comunicazioni delle utenze telefoniche possa essere effettuata anche nel territorio di un altro Stato, dall'altro di garantire forme di assistenza tecnica reciproca tra Stati membri.

La direttiva individua i casi in cui deve provvedersi alla notificazione dell'ordine di indagine: nella specie, 1. prima dell'intercettazione, quando l'autorità dello Stato richiedente, all'atto della emissione dell'ordine, abbia la certezza che "il bersaglio" sia (o sarà) presente sul territorio dello Stato (italiano); 2. nel corso delle operazioni di intercettazione – o anche dopo la loro conclusione – quando tale presenza sul territorio dello Stato (italiano) emerga nel corso delle operazioni di captazione o dal loro esame. Il d.lgs. n. 108 del 2017 non riproduce nel dettaglio le analitiche disposizioni della direttiva. Tuttavia, deve ritenersi pacifico che l'obbligo si attivi nel momento in cui l'autorità procedente sia venuta a conoscenza (o ne abbia avuto la possibilità) della presenza, anche futura, sul territorio italiano del soggetto da intercettare.

Come sopra accennato, al di là dell'adempimento della notificazione dell'ordine europeo di intercettazione nessuna particolare formalità viene prevista dalla norma. L'art. 24 prescrive semplicemente che il giudice ordina l'immediata cessazione delle operazioni se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, non sono consentite (comma 2). Il provvedimento è comunicato al procuratore della Repubblica, il quale *"senza ritardo, e comunque non oltre novantasei ore dalla ricezione della notifica"*, deve dare 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 (comma 3). In tali limiti sembra, dunque, confinato il vaglio di ammissibilità del giudice¹¹.

3. La verifica delle condizioni di ammissibilità: elementi contenutistici.

L'art. 6 del d.lgs. n. 108 del 2017 detta una disciplina generale per i casi in cui siano ravvisate condizioni formali e sostanziali che potrebbero condurre all'opposizione del rifiuto di riconoscimento/esecuzione dell'OEI da parte dell'autorità giudiziaria richiesta dell'esecuzione (c.d. OEI "critico").

Prima di emettere un provvedimento di tenore negativo, il procuratore della Repubblica è tenuto a dare tempestiva comunicazione del rilievo all'Autorità di emissione al fine di rimuovere, ove possibile, il motivo ostativo alla esecuzione. La decisione di rifiuto interviene solo qualora il motivo di rifiuto oggetto di comunicazione non venga rimosso ovvero non si provveda alla integrazione, documentale o esplicativa, dell'ordine.

In merito, la circolare ministeriale richiama la necessità che l'incompletezza ed inesattezza delle informazioni debbano essere "essenziali" e non superabili – o non superate – con l'attivazione della interlocuzione informale.

Parimenti, l'art. 9, per i casi in cui si verta in modalità particolari di esecuzione, come nel caso delle intercettazioni, prescrive che l'ordine europeo di indagine debba essere rifiutato nei casi in cui non ricorrono i presupposti per il compimento dell'atto investigativo richiesto e non sia possibile "il compimento di uno o più atti diversi e comunque idonei al raggiungimento del medesimo scopo", cui può provvedervi direttamente il procuratore della Repubblica, previa comunicazione all'autorità emittente (comma 1).

In ogni caso, anche all'esito della interlocuzione con l'autorità emittente – che può ritirare l'ordine di indagine quando il contenuto dello stesso appare non proporzionato (art. 7) – "l'impossibilità di eseguire l'ordine di indagine, secondo quanto disposto dal comma 1, è motivo di rifiuto del riconoscimento" (comma 3).

L'art. 23 riproduce la disposizione generale con riferimento alle intercettazioni richieste dalle autorità straniere per le quali necessita l'assistenza dell'autorità italiana in fase di esecuzione.

Le prassi applicative di elaborazione ministeriale (par. 17.2) tracciano nello specifico la ripartizione delle competenze (di ambito distrettuale) del procuratore della Repubblica e del giudice per le indagini preliminari.

¹¹ Secondo le istruzioni diramate agli Uffici con la (par. 17.3) la "minore pregnanza" dello scrutinio del giudice nell'ipotesi "leggera" di cooperazione in tema di intercettazioni si sostanzia nel limite di utilizzazione delle intercettazioni nei soli casi di non corrispondenza del titolo di reato configurato in astratto con quelli per i quali, secondo l'ordinamento interno, tale mezzo istruttorio è consentito, non essendo richiesto il rispetto delle ulteriori condizioni di ammissibilità legittimanti il rifiuto e la restituzione dell'ordine previste dall'art. 10 del decreto legislativo (e dall'art. 11 della direttiva).

Il procuratore della Repubblica procede ad una prima valutazione di ammissibilità della richiesta che si sostanzia nel “riconoscimento” dell’ordine investigativo. L’esecuzione della richiesta di assistenza all’esecuzione dell’ordine di intercettazione, da attuarsi mediante trasmissione al giudice per le indagini preliminari, è subordinata, infatti, alla verifica della sussistenza delle “condizioni di ammissibilità previste dall’ordinamento interno”.

L’utilizzo della locuzione “condizioni di ammissibilità” presenta una chiara assonanza con i “limiti di ammissibilità” previsti dall’art. 266 cod. proc. pen. e, dunque, impone una verifica *prima facie* circa la riconducibilità del fatto-reato, come astrattamente qualificato o qualificabile alla luce degli indizi descrittivi contenuti nell’ordine (o “elementi evocativi”), nell’elenco delle fattispecie contemplate dalla predetta disposizione processuale (profilo, come visto, comune a quello indicato dal successivo art. 24 del d.lgs. n. 108 del 2017).

Tra le verifiche preliminari cui deve procedere il procuratore della Repubblica vi è, poi, il rispetto dei principi dell’ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo”, secondo l’indicazione di principio espressa dall’art. 1 del d.lgs. n. 108 del 2017.

La verifica deve essere operata attraverso la consultazione della modulistica standardizzata predisposta dall’autorità giudiziaria procedente ed allegata all’OEI in sede di trasmissione con richiesta di assistenza per l’esecuzione.

Il controllo preliminare investe anche la legittimazione attiva dell’autorità che ha emesso l’ordine. Lo Stato italiano (come la Francia, l’Estonia, la Lituania e i Paesi Bassi) non ha inteso estendere la portata dell’OEI agli accertamenti disposti o facenti capo ad Autorità amministrative. Ne discende che la verifica richiede l’analisi delle informazioni sul tipo di procedimento (penale) per il quale l’OEI è emesso, i dati delle autorità emittenti, e dell’autorità giudiziaria che lo ha convalidato. Tali elementi devono essere confrontati, ai fini di un positivo riscontro, con le informazioni sull’ordine notificate ai sensi dell’art. 33, lett. a) della direttiva dagli Stati richiedenti assistenza per l’esecuzione.

Un ulteriore momento di verifica investe la completezza formale della documentazione allegata all’OEI e la sufficienza ed idoneità, ai fini del giudizio, dei dati ed elementi indicati dal secondo comma dell’art. 23 (“l’indicazione dell’autorità che procede; l’esistenza del titolo che dispone o autorizza lo svolgimento delle operazioni di intercettazione con l’indicazione del reato; i dati tecnici necessari allo svolgimento delle operazioni; la durata dell’intercettazione; i motivi che rendono necessaria l’attività di indagine richiesta”).

Infine, il procuratore procede alla verifica della sussistenza dei necessari elementi formali e tecnici per lo svolgimento delle operazioni, tra i quali assumono rilevanza la durata prevista delle operazioni e i motivi che hanno reso utile l’attività di captazione.

Su tale ultimo punto, la norma si è limitata a riprodurre il testo della direttiva circa il contenuto della richiesta. L’art. 30 impone, infatti, all’autorità di emissione solo obbligo di indicare “i motivi per cui considera l’atto di indagine richiesto utile al

procedimento penale interessato". Si tratta di una indicazione generica e, soprattutto, incompleta rispetto ai presupposti richiesti dall'ordinamento interno sia in ordine alla indicazione del quadro indiziario che può fondare l'attività di captazione dei flussi comunicativi o di dati, sia alla effettiva necessità della stessa rispetto ad altri strumenti di indagine meno invasivi della sfera privata.

Al giudice per le indagini preliminari spetta, invece, il compito di verificare la sussistenza dei motivi generali di rifiuto previsti dall'art. 10 del d.lgs. n. 108 del 2017 (tra questi, l'emissione dell'OEI per un fatto che non è punito dalla legge italiana come reato, "indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualificazione giuridica individuati dalla legge dello Stato di emissione") e del motivo specifico collegato all'assenza delle "condizioni di ammissibilità" previste dall'ordinamento interno. Ove ricorrano tali condizioni, ai sensi dell'art. 23, comma 3, il giudice per le indagini preliminari, anche in dissonanza con la delibazione preliminare del procuratore della Repubblica, "rifiuta" l'esecuzione dell'ordine di intercettazione, del quale il procuratore curerà l'immediata comunicazione all'Autorità di emissione.

In un sistema di cooperazione investigativa semplificata, che individua nel procuratore della Repubblica, l'autorità competente interlocuzione, la previsione di garanzia del controllo giurisdizionale del g.i.p., che dispone il rifiuto di assistenza ove ritenga che non sussistano le condizioni di ammissibilità previste dal nostro ordinamento, costituisce argine per la tutela da abusi nella attuazione delle intercettazioni. Tuttavia, la regola applicativa individuata dalla norma, nel circoscrivere la verifica di ammissibilità dell'ordine di intercettazione ai soli presupposti di cui agli artt. 266 e 266 bis cod. proc. pen., sembra muoversi in una logica di completo affidamento alle condizioni attestate dall'autorità giudiziaria dello Stato parte procedente circa la sussistenza degli ulteriori requisiti previsti dall'art. 267 cod. proc. pen.

Tale limitazione deve, peraltro, tener conto del doppio binario di garanzie procedurali per le intercettazioni disposte per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso o terroristico¹², in cui i presupposti di cui agli artt. 266 e ss. si presentano meno restrittivi rispetto ai parametri ordinari.

Nel diverso caso di esecuzione diretta dell'ordine europeo di intercettazione di un dispositivo, ovvero di sistema informatico o telematico, in uso ad un soggetto che si trovi nel territorio dello Stato, l'esecuzione è eseguita mediante la notificazione dell'avvio (o della prosecuzione) delle operazioni di captazione.

L'art. 24, comma 2, opera un riferimento indiretto alla verifica delle condizioni di ammissibilità per l'esecuzione delle intercettazioni, prevedendo che, "se le intercettazioni sono state disposte in riferimento a un reato per il quale, secondo l'ordinamento interno, queste non sono consentite", "il giudice per le indagini

¹² Nel quadro della cooperazione investigativa in tema di reati di terrorismo deve segnalarsi la direttiva 2017/541/UE del 15 marzo 2017, concernente la lotta contro il terrorismo, che prevede specifiche disposizioni procedurali in tema di strumenti investigativi e misure di prevenzione. Per una prima analisi, cfr. F. MANFREDINI, *Con la direttiva 2017/541/UE le istituzioni rafforzano la lotta contro il terrorismo internazionale*, in *Cass. Pen.*, fasc. 9, 1 settembre 2017, pag. 338.

preliminari ordina l'immediata cessazione delle operazioni" e ne dà contestuale comunicazione al procuratore della Repubblica.

Secondo le istruzioni diramate dal Ministero della Giustizia, la "diversa sfumatura del testo normativo" dell'art. 23 e dell'art. 24 del d.lgs. n. 108 del 2017, "segnala la minore pregnanza" del controllo istruttorio del giudice nei casi in cui l'esecuzione dell'intercettazione non richieda l'assistenza dello Stato sul quale si trova il soggetto captato. Nell'esecuzione dell'ordine di intercettazione mediante notifica la verifica del giudice, a differenza dei casi di richiesta di assistenza, non investe tutte le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno, ma la sola corrispondenza del titolo di reato per il quale procede l'autorità giudiziaria dello Stato di intercettazione con uno di quelli elencati dall'art. 266 c.p.p.

Al provvedimento di rifiuto si applica la disciplina generale degli obblighi di comunicazione all'autorità di emissione. La comunicazione del rifiuto, che segue le formalità di trasmissione diretta e deve essere immediata, secondo le disposizioni di cui agli artt. 10 e 11 del d.lgs. n. 108 del 2017, ha una funzione tendenzialmente propositiva e deve contenere l'indicazione dei motivi su cui si fonda il provvedimento negativo del riconoscimento dell'ordine. Essa, infatti, è finalizzata a concedere all'autorità richiedente la possibilità di concordare eventuali modalità alternative di esecuzione della attività investigativa, piuttosto che il ritiro dell'ordine di indagine.

Non è previsto, per evidenti ragioni di preservare la funzionalità del mezzo investigativo, la comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore della persona sottoposta ad indagini¹³. Deve ritenersi escluso, inoltre, anche il mezzo impugnatorio dell'opposizione al g.i.p. ex art. 13 del d.lgs. n. 108 del 2017.

4. Le "istruzioni" dettate dalla circolare ministeriale del 26.10.2017 in tema di sindacato giurisdizionale sull'ordine di intercettazione.

Come detto, tra i motivi che legittimano il rifiuto di riconoscimento dell'ordine di intercettazione certamente vi è la verifica da parte del g.i.p. che il reato per il quale è stata disposta l'intercettazione rientri effettivamente nell'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. pen.

Il "manuale operativo", dettato con la richiamata circolare del D.A.G. del Ministero della Giustizia in tema di intercettazioni di telecomunicazioni con l'assistenza dell'autorità giudiziaria italiana, evidenzia quale esplicito motivo di rifiuto il fatto che l'atto di captazione disposto non sia previsto in un caso interno analogo.

Tale condizione è prevista anche nel caso in cui l'intercettazione sia stata disposta direttamente dall'autorità di altro Stato, senza l'assistenza tecnica italiana, che si limita a disporre che il giudice di ordinare l'immediata cessazione delle operazioni

¹³ L'art. 4, comma 4 impone l'obbligo di comunicazione solo per gli atti che necessitano dell'assistenza del difensore o di preventivo avviso allo stesso, condizioni che non ricorrono nel caso in esame.

se, per il reato per cui sono compiute, tale mezzo di ricerca della prova non è consentito nell'ordinamento interno (art. 24, comma 2).

Il pubblico ministero, in sede di riconoscimento dell'ordine, e il g.i.p., in sede di controllo autorizzativo, sono chiamati a verificare se il reato per il quale si procede sia compreso nell'elenco di quelli indicati dall'art. 266 c.p.p., come espressamente richiesto dagli artt. 23 e 24 del d.lgs. n. 108 del 2017.

Il vaglio di ammissibilità richiesto all'autorità giudiziaria di esecuzione si presenta, di contro, non conforme al criterio teleologico previsto dall'art. 267 cod. proc. pen. circa il quadro indiziario che deve fondare la richiesta, che finisce per incidere sul merito della scelta della misura investigativa. Del resto, lo Stato richiedente è tenuto alla sola indicazione del "titolo del reato" e dei "motivi che rendono necessaria l'attività di intercettazione".

Al di là dei requisiti di ammissibilità richiamati sub par. 2, nessun riferimento vi è al quadro dei gravi "indizi di reato" ed alla "indispensabilità del ricorso" allo strumento investigativo per la prosecuzione delle indagini, condizioni previste dal nostro ordinamento ex art. 267 c.p.p.

La circolare individua la *ratio* del mancato richiamo a tali condizioni di ammissibilità nelle esigenze di integrazione tra i vari ordinamenti statali e di garanzia di efficienza del sistema di cooperazione investigativa. Si richiama espressamente quanto riportato nella Relazione illustrativa al decreto legislativo, in cui si fa riferimento esclusivamente ad *"un vaglio solo formale di riscontro della ricorrenza di un titolo di reato che, nell'ordinamento interno, consente l'accesso al mezzo di ricerca della prova"*, evidenziando che *"Il sistema della direttiva non può che fondarsi infatti su un atto di reciproca fiducia da parte degli Stati, il che consente al giudice italiano di fondare il proprio giudizio su di un quadro attestato dall'autorità richiedente"*.

La medesima *ratio* orientativa è sottesa alla direttiva 2014/41/UE, che pone come unico limite esplicito di ammissibilità che l'intercettazione non possa essere effettuata se *"non sia ammessa in un caso interno analogo"* (art. 31).

Ancor più nel caso di esecuzione diretta dell'ordine di intercettazione, dove la norma ha limitato la verifica del g.i.p. alla sola *"corrispondenza del titolo di reato ipotizzato dalle autorità dello Stato di intercettazione a uno di quelli previsti dall'art. 266 c.p.p."*, senza alcun riferimento alle *"condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno"*.

La relazione illustrativa al decreto puntualizza che la formula prescelta nelle ipotesi di esecuzione mediante notifica è *"ben più pregnante e sintonica al sistema nazionale dei generici "motivi di utilità" indicati dalla direttiva e nondimeno non rapportata espressamente ai parametri di cui all'art. 267 c.p.p."*. Inoltre, *"chiedendo al contrario di precisare "i motivi che rendono necessaria l'attività richiesta", si pone il giudice nazionale nella sostanziale condizione di riproporre schemi di valutazione molto vicini a quelli che normalmente applica nei casi interni analoghi, senza tuttavia essere vincolato alle formule di rito"*.

Del resto, secondo le disposizioni generali del Titolo II del d.lgs. n. 108 del 2017, l'attività probatoria da svolgersi in attuazione degli obblighi di cooperazione deve essere eseguita nei termini in cui è stata disposta dall'autorità giudiziaria di emissione

ed è soggetta al solo limite della conformità ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano.

Il riconoscimento e l'esecuzione dell'OEI avvengono senza alcuna ulteriore formalità, attraverso l'adozione diretta ed immediata di tutte le misure necessarie. Le esigenze di linearità e rapidità della procedura ha portato il legislatore ad evitare, nella trasmissione e ricezione dell'OEI, qualsiasi passaggio attraverso autorità centrali, il cui ausilio è solo residuale, optando per la trasmissione diretta tra le autorità giudiziarie interessate, secondo quanto disposto dall'art. 7 della direttiva 2014/41/UE.

Il controllo del giudice sulle condizioni di ammissibilità in base al diritto interno, analogamente alla prima deliberazione richiesta al procuratore della Repubblica, non implica, dunque, che questo possa essere esteso ai presupposti previsti dalla disciplina del codice di rito (artt. 266 e ss. cod. proc. pen.) che non siano espressamente richiamati e, nella specie, la sussistenza dei gravi indizi di reato e l'assoluta indispensabilità delle intercettazioni per lo svolgimento delle indagini¹⁴. Né è espressamente prevista una possibilità di verifica della correttezza delle operazioni di intercettazione da parte delle persone captate, in funzione delle garanzie dei diritti della difesa.

La connaturata esigenza di tempestività del riconoscimento, del resto, non consente in concreto che il g.i.p. abbia la possibilità di "svolgere un esame compiuto degli elementi di fatto posti a fondamento della richiesta di intercettazione".

La richiesta "indicazione" degli elementi probatori od "evocativi" si risolve allora in una sorta di attestazione dell'esistenza del quadro indiziario, come valutato dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione. Di tali elementi l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, in sede di valutazione preliminare di ammissibilità, deve presupporre l'esistenza, senza che sia richiesto un successivo vaglio di merito.

Nel dettaglio, la circolare, nel richiamare la Relazione illustrativa (pag. 15 e ss.), indica che la verifica in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di reato ed alla indispensabilità del ricorso alle intercettazioni andrà indirizzata – ed a ciò limitata – alla constatazione dell'avvenuta rappresentazione di "elementi evocativi di detti presupposti", riportati "nel modulo (sezioni G e H, punto 1), ovvero nel corredo informativo integrato su sollecitazione dell'autorità di esecuzione".

Il controllo al merito del provvedimento, secondo le richiamate "istruzioni", si risolve nella verifica della accurata compilazione e coerenza delle informazioni riportare nelle pertinenti sezioni dell'ordine di intercettazione, senza possibilità di interlocuzione o replica sulle valutazioni di merito sottese all'ordine di indagine, rimesse all'autorità di emissione. Tale vaglio non può involgere la sussistenza del quadro di gravità indiziaria e di indispensabilità alla prosecuzione delle indagini della misura investigativa disposta.

Resta salva comunque la possibilità di ricorrere allo strumento della richiesta di "integrazioni" – che segue la medesima procedura semplificata di trasmissione diretta

¹⁴ C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *Legisl. Pen.*, 2017, 30.

tra autorità giudiziarie – ove risulti incompleta o non sufficientemente chiara l'indicazione degli elementi che accompagna l'OEI o questi siano di scarsa credibilità¹⁵.

Le descritte linee applicative, che muovono dalla interpretazione letterale del dato normativo, trovano un indiretto riscontro nelle disposizioni del Titolo I-bis del Libro XI del codice di rito, come modificato dal d.lgs. n. 149 del 2017 (“Principi generali del mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari degli Stati membri”). Nella specie, l'art. 696-*quinqies*, che detta i limiti al sindacato delle decisioni giudiziarie degli altri Stati membri, esclude la possibilità che questo verta sulle ragioni di merito in sede di esecuzione¹⁶.

Pur non essendo dettata alcuna disposizione di dettaglio in tema di intercettazioni, deve infatti ritenersi applicabile anche *in subiecta materia* l'invito alle autorità giudiziarie, espresso in via generale nella circolare, ad utilizzare il “metodo della consultazione”, che ispira l'art. 6 del d.lgs. n. 108 del 2017, in caso di c.d. “OEI critico” e a dar corso comunque alle procedure passive di recepimento ed esecuzione in presenza di difformità solo formali, salvo che ridondino nella inutilizzabilità dell'atto probatorio.

Le medesime indicazioni in senso limitativo del sindacato del g.i.p. sono fornite dalla circolare ministeriale (par. 17.3) con riferimento ai richiamati casi di OEI di intercettazione senza richiesta di assistenza, disciplinati dall'art. 24 del decreto legislativo.

Non è richiesto, diversamente da quanto previsto per i casi di intercettazione con assistenza, un preliminare vaglio di ammissibilità del procuratore distrettuale, che agisce come mera autorità di trasmissione della notifica dell'ordine di intercettazione, nonché dell'eventuale provvedimento motivato di cessazione delle attività adottato dal g.i.p. ove sia verificato che le operazioni siano state disposte per una ipotesi di reato per la quale, secondo l'ordinamento interno, queste non sono consentite.

Una corrispondente forma semplificata di cooperazione investigativa in tema di intercettazione è parallelamente prevista per le ipotesi di rogatoria attiva (artt. 43 e 44), cui giova fare un rapido cenno.

In particolare, l'art. 44, comma 1, del d.lgs. n. 108 del 2017, nel disciplinare le ipotesi di intercettazione delle comunicazioni di un dispositivo o di un sistema che si trova in altro Stato europeo, prevede in capo al procuratore della Repubblica un obbligo di immediata informazione delle operazioni da eseguirsi o già in corso

¹⁵ Nel testo della circolare si effettua un richiamo alla disciplina simile dello strumento della acquisizione di informazioni in tempo reale presso istituti di credito o finanziari (art. 20), caratterizzate dalla medesima esigenza di semplificazione procedurale, per le quali la verifica per l'esecuzione è limitata alla constatazione dell'avvenuta rappresentazione dei suindicati “elementi evocativi” nel modulo di trasmissione.

¹⁶ Cfr. M. R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate ed occasioni perdute*, in *Dir. Pen. Proc.*, 12/2017, 1546, secondo cui l'innovata disposizione dell'art. 696-*quinqies* c.p.p. esprime il principio cardine del mutuo riconoscimento. L'autore osserva, tuttavia, che, per la dichiarata prevalenza del diritto dell'Unione europea, oltre che delle convenzioni internazionali, ex art. 696 c.p.p. sulle disposizioni procedurali interne, la concreta utilità di tali norme è di carattere residuale, potendo costituire una chiave interpretativa di quelle sovranazionali.

all'autorità giudiziaria competente dello Stato membro nel cui territorio si trova il dispositivo o il sistema da controllare. Il successivo comma 2 dispone che il pubblico ministero, *“non appena ha notizia che il dispositivo o il sistema controllato si trova 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.

Le istruzioni ministeriali richiedono la compilazione di un modello standardizzato (allegato C), da trasmettersi *“immediatamente”* al g.i.p. a cura del procuratore della Repubblica. Le autorità giudiziarie sono invitate al rispetto della competenza territoriale e dei tempi in ragione del momento in cui si assume la conoscenza della presenza o lo spostamento dell'utenza *“bersaglio”*, a seconda se ciò avvenga prima della intercettazione, nei casi di conoscenza della presenza attuale o futura sul territorio dello Stato membro notificato al momento dell'emissione dell'OEI, ovvero nel corso della stessa o ad intercettazione effettuata.

La previsione di obblighi di informazione – pedissequamente riproduttivi delle indicazioni fornite dalla direttiva – così stringenti sul piano della tempistica (*“non appena appresa la notizia”*, *“immediatamente”*) si rivela di considerevole impatto sulle procedure di intercettazione e sulle prassi operative, rendendo illegittima la prassi, accreditata da un consolidato orientamento della giurisprudenza¹⁷, che esclude il ricorso allo strumento della rogatoria o di comunicazione allo Stato di origine dell'utenza o l'indirizzo IP del soggetto intercettato, quando il flusso comunicativo o di dati viene istradato attraverso punti di connessione situati sul territorio nazionale, in ragione della formale assenza di extraterritorialità della captazione¹⁸.

L'orientamento che legittima la procedura dell'intercettazione mediante istradamento dovrà necessariamente essere rivisitato alla luce dell'art. 31 della direttiva, ove si conferisce rilievo al *“territorio nel quale è utilizzato l'indirizzo di comunicazione della persona soggetta a intercettazione”* – anziché al luogo di esecuzione delle operazioni – per obbligare lo Stato procedente alla notifica dell'ordine investigativo allo Stato membro nel quale si trova il soggetto intercettato¹⁹.

La disposizione ha un evidente fine di consentire il prescritto vaglio di ammissibilità dell'attività di intercettazione, seppur, sull'ambito applicativo della nuova disposizione, si segnala la prassi operativa in uso ad alcuni Uffici giudiziari di

¹⁷ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., n. 16670/2016; n. 39925/2015; n. 5818/2015, che escludono la necessità di esperire una rogatoria internazionale allorquando l'attività di captazione del flusso comunicativo avviene in Italia, perché i telefoni sono localizzati nella nostra nazione o almeno uno di essi impiega un nodo interno per le comunicazioni, a nulla rilevando, sul piano della giurisdizione, il fatto che sia eventualmente necessario ricorrere alla collaborazione del produttore del sistema operativo avente sede all'estero (ad esempio, per decrittare i dati identificativi associati ai codici identificativi di un particolare apparecchio).

¹⁸ Per una compiuta disamina delle posizioni della giurisprudenza di legittimità e della necessaria rivisitazione delle stesse alla luce dell'art. 31 della direttiva 2014/41/UE, cfr. L. GIORDANO, *Il recepimento della direttiva OEI e la disciplina delle intercettazioni “transfrontaliere”: è alla fine la stagione dell'istradamento?*, in *La Magistratura*, n. 3/2017, 93 e ss.

¹⁹ Sul punto, L. GIORDANO, *Intercettazioni: è al tramonto la stagione dell'istradamento?*, in *Il penalista*, 12 giugno 2017, Milano.

ritenere ancora percorribile la tecnica dell'istradamento, in sede di procedura di esecuzione attiva, nei casi di operazioni di intercettazione che coinvolgono utenze di Stati membri che non abbiano dato ancora formale attuazione alla direttiva 2014/41/UE.

5. Le ragioni contrarie all'estensione del sindacato di ammissibilità dell'ordine di intercettazione.

Le prassi contemplate dal "manuale operativo" negano la possibilità di una verifica estesa alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 267 cod. proc. pen., ritenendo insormontabile il dato del testo normativo.

Tale opzione interpretativa è stata espressa nei primi commenti alla direttiva 2014/41/UE e ai primi commenti al testo del decreto legislativo n. 108 del 2017.

Si osserva che l'art. 23 del d.lgs. n. 108 del 2017, nel richiamare il presupposto dei "motivi" non ha ritenuto di vincolare l'autorità emittente all'adozione di formule quali la "assoluta indispensabilità" ovvero la "necessità"²⁰ della misura investigativa.

L'attività del giudice italiano non può spingersi oltre la verifica della formale correttezza sul piano logico della prospettazione contenuta nei "motivi" che rendono necessario lo svolgimento dell'attività richiesta, tenuto conto del titolo di reato e del quadro indiziario descritto, ferma restando la possibilità per l'autorità giudiziaria di richiedere specifiche "integrazioni" in caso, ad esempio, di scarsa verosimiglianza della prova come rappresentata nella richiesta.

Si fa leva, in particolare, sul carattere speciale del regime dettato per le intercettazioni di telecomunicazioni, cui il decreto legislativo dedica l'intero Capo III.

Sul punto, il "manuale operativo", pur richiamando il principio generale di proporzionalità della misura investigativa, formula come caso esemplificativo di motivo autosufficiente di rifiuto di esecuzione dell'intercettazione, il difetto del presupposto della qualificazione del reato in termini di *serious crimes*, ai sensi dell'art. 266 cod. proc. pen.

La verifica del g.i.p. ha ad oggetto l'attestazione della esistenza di "elementi evocativi" dei presupposti per l'intercettazione (grave quadro indiziario ed indispensabilità del ricorso all'intercettazione per la prosecuzione delle indagini), come rappresentati nel modulo di trasmissione ovvero nelle informazioni integrative, senza

²⁰ C. PARODI, *Decreto legislativo recante norme di attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale*, Focus, Il penalista, Milano, 2017; L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero* (The Implementing Regulation on the European Investigation Order: How the New Mechanism on Taking Evidence Abroad Operates), cit., pag. 4196B. In tale ultimo contributo si critica «la soluzione di consentire che l'esecuzione dell'attività probatoria avvenga secondo le forme espressamente richieste dall'autorità di emissione dell'ordine di indagine, poiché si rimette all'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione il delicato compito di stabilire, con assoluta discrezionalità, se queste forme siano in contrasto con i principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, con il rischio che, in numerosi casi, sarà destinata a prevalere, ancora una volta, la *lex loci* e i risultati probatori ottenuti con il nuovo strumento sovente non potranno essere utilizzati».

possibilità di sindacato sul merito delle valutazioni già svolte dall'autorità procedente, in essi condensate.

Il sistema di cooperazione disegnato dalla direttiva si fonda, infatti, su un atto di reciproca fiducia da parte degli Stati parte e il giudice non può che fondare il proprio giudizio di ammissibilità sul dato formale della compiuta indicazione di presupposti giustificativi della intercettazione, come esposti dall'autorità giudiziaria dello Stato di emissione.

Del resto, se i tratti fondamentali della riforma evidenziano uno sforzo del nostro legislatore volto ad attenuare il peso che ricopre il principio della sovranità statale nell'ambito dell'accertamento e della repressione dei reati, tuttavia, principio generale è che per l'esecuzione dell'OEI debba aversi riguardo alle modalità prescelte dallo Stato di emissione, su cui si fondano i modelli alternativi di collaborazione tra autorità giudiziarie oggetto di specifici accordi informali. Tale principio trova una deroga solo nel caso in cui l'ordine abbia ad oggetto attività investigative che, per le concrete modalità di esecuzione disposte dalla autorità di emissione, non consentano di assicurare la riservatezza sui fatti e sul contenuto dell'ordine di indagine (atti soggetti all'obbligo di comunicazione all'indagato o che richiedono la necessaria assistenza del difensore).

La previsione di residui spazi operativi per l'applicazione della *lex loci*, in proiezione del principio di sovranità territoriale, trova giustificazione, in virtù di apposite clausole di salvaguardia consentite dalla direttiva sull'OEI, solo ove vengano in rilievo i principi fondamentali del nostro ordinamento, che non sono messi in pericolo dalla limitazione del potere di verifica attribuito al g.i.p.²¹

Inoltre, in tema di intercettazioni, in sede di adattamento alla direttiva sull'OEI, il legislatore delegato non ha ritenuto di prevedere uno standard più elevato di tutela dei diritti umani²², limitando la possibilità di intervento del giudice ad una verifica formale di ammissibilità della richiesta di intercettazione in relazione alla tipologia del reato per il quale si procede e alla coerenza logica con la misura richiesta dei "motivi" indicati dall'autorità di emissione.

Infine, appare intuitivo il parallelismo con lo strumento del MAE, per il quale l'autorità giudiziaria italiana, ai fini della riconoscibilità del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, deve limitarsi a verificare che il mandato sia, per il suo contenuto intrinseco o per gli elementi raccolti in sede investigativa, fondato su un compendio indiziario che l'autorità giudiziaria emittente abbia ritenuto seriamente riferibile ad un fatto-reato attribuibile alla persona di cui si chiede la consegna, e che di ciò abbia fornito ragioni nel provvedimento adottato²³.

²¹ G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, cit.

²² Lo spinoso tema del rapporto tra tutela dei diritti individuali ed intercettazioni è trattato da A. BALSAMO, *Intercettazioni ambientali mobili e cooperazione giudiziaria internazionale: le indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit.

²³ Il principio è affermato da Cass. pen., Sez. 6, Sentenza n. 28281 del 06/06/2017 (dep. 07/06/2017), Mazza, in *CED Cassazione* n. 270415; in senso conforme, Sez. U, Sentenza n. 4614 del 30/01/2007 (dep. 05/02/2007), Ramoci, in *CED Cassazione* n. 235348.

6. La verifica degli “elementi evocativi”.

L’interpretazione letterale del dato normativo esplicitata nella circolare espone il nostro ordinamento al rischio di consentire il ricorso alle intercettazioni, mezzo istruttorio estremamente invasivo, sulla base di condizioni legittimanti previste da disposizioni processuali proprie dall’ordinamento di un altro Stato membro, senza alcuna possibilità di verificarne preliminarmente la effettiva sussistenza delle ragioni giustificative del mezzo istruttorio.

Si è, dunque, ipotizzata la possibilità di un sindacato che investa la sussistenza dei presupposti di cui all’art. 267 c.p.p., sia pure condotto sulla base dei richiamati “elementi evocativi” e della loro coerenza logico-fattuale.

In particolare, il riferimento ai “motivi” che giustificano la necessità dell’attività di indagine apre un possibile spiraglio per una valutazione più incisiva dell’autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione²⁴. Seppur non sia richiesta una specifica indicazione nell’OEI della indispensabilità dell’attività di intercettazione, in sede di giudizio sulla coerenza logica tra i motivi esposti e la dichiarata necessità dell’attività di intercettazione – alla luce del titolo del reato per il quale si procede e degli elementi indiziari attestati – non può escludersi il ricorso a criteri comparativi che involga l’esame di tutti i presupposti di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p.

Il dato letterale non osta a tale opzione applicativa e, soprattutto, non appare di univoca interpretazione.

Se è vero, infatti, che nell’elenco dei motivi espressi di rifiuto di esecuzione non sono contemplate le suddette ragioni di merito dell’OEI, deve rilevarsi che nel decreto legislativo di recepimento non è riprodotto il contenuto dell’art. 14, comma 2, della direttiva 2014/41/UE, che affida esclusivamente alle prerogative dello Stato di emissione dell’OEI il controllo in sede di impugnazione delle “ragioni di merito” dell’ordine, facendo “salve le garanzie dei diritti fondamentali nello Stato di esecuzione”.

La laconicità del dato normativo e, soprattutto, l’apparente distonia tra le condizioni di ammissibilità della misura investigativa oggetto di OEI e le garanzie previste dall’ordinamento interno, non consente, dunque, di escludere l’esercizio di un potere più penetrante del giudice, fino ad investire la verifica in concreto dei presupposti di cui all’art. 267 cod. proc. pen., non limitandosi alla mera presa dell’attestazione della loro esistenza proveniente dall’autorità di emissione.

La norma di recepimento richiede che nell’atto dispositivo del mezzo investigativo debbano essere indicati, a corredo dell’ordine di intercettazione, elementi quali “la durata dell’intercettazione” e “i motivi che rendono necessaria l’attività di indagine richiesta”, certamente soggetti al sindacato giurisdizionale.

²⁴ L. GIORDANO, *Intercettazioni: è al tramonto la stagione dell’instradamento?*, in *Il penalista*, 12 giugno 2017, Milano. L’autore pone in chiave dubitativa la possibilità di una verifica dei presupposti di ammissibilità previsti dall’art. 267 cod. proc. pen.

Nella valutazione di ammissibilità il giudice è tenuto ad un implicito vaglio di coerenza logica tra la gravità indiziaria del reato per il quale si richiede l'intercettazione e le ragioni giustificative, in termini di indispensabilità, del mezzo richiesto, che non può che essere condotto sulla base dell'analisi critica degli elementi evocativi.

L'art. 30, comma 4, della direttiva 2014/41/UE, che costituisce criterio interpretativo della norma di recepimento, prevede che *"l'autorità di emissione indica nell'OEI i motivi per cui considera l'atto di indagine richiesto utile al procedimento penale interessato"* e, al successivo comma 5, che l'esecuzione dell'OEI possa essere rifiutata *"anche qualora l'atto d'indagine interessato non sia ammesso in un caso interno analogo"*.

Se è vero, infatti, che la direttiva considera prevalente la valutazione dell'autorità di emissione nella scelta del mezzo investigativo (Considerando §10), in quanto è nella migliore posizione per decidere, in base alla sua conoscenza dei dettagli dell'indagine, a quali atti di indagine ricorrere, rimette comunque all'autorità di esecuzione la possibilità di far ricorso ad una diversa tipologia di atto di indagine, che abbia la medesima efficacia di quello richiesto, se esso non è previsto dal proprio diritto nazionale o non è disponibile (*rectius*, ammissibile) in un caso interno analogo²⁵. Tale criterio è suscettibile di operare in caso di intercettazioni, il cui utilizzo è legittimo solo in presenza di determinate condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento processuale dello Stato di esecuzione. Resta, in ogni caso, ferma la possibilità per l'autorità di esecuzione di ricorrere ad un altro tipo di atto di indagine, laddove essa ottenga lo stesso risultato di quello richiesto nell'OEI, *"con mezzi di minor interferenza con i diritti fondamentali della persona interessata"*.

L'ulteriore argomento che fonda la tesi della estensione del sindacato di ammissibilità ai presupposti dell'art. 267 cod. proc. pen. è l'introduzione nel nostro ordinamento processuale del principio di proporzionalità della misura investigativa (art. 7 del d.lgs. n. 108 del 2017), la cui violazione costituisce esplicito motivo per il rigetto dell'OEI trasmesso.

Tale principio deve ritenersi operante anche per il caso delle intercettazioni telefoniche ed alla sua applicazione non osta la riconosciuta specificità delle norme che disciplinano il mezzo investigativo in esame.

La verifica da parte dell'organo giudiziario dei caratteri di proporzionalità della misura investigativa presuppone una valutazione comparativa tra l'utilità dell'attività di indagine e l'interesse dei soggetti coinvolti nella captazione, i cui diritti e libertà personali non possono essere soggette ad un sacrificio ingiustificato. Solo la sussistenza della indispensabilità della misura investigativa in relazione alle esigenze probatorie del caso concreto realizza le medesime condizioni legittimanti un atto di indagine analogo nell'ordinamento dello Stato richiesto.

Inoltre, il principio di conservazione in tema di OEI "critico", per il quale all'autorità di esecuzione è consentito il compimento di un atto diverso, comunque

²⁵ Al fine di limitare la compressione di diritti e facoltà degli interessati e dell'indagato, l'art. 6 della direttiva affida all'autorità di esecuzione la valutazione circa la funzionalità della richiesta e la sua eventuale ridondanza rispetto agli effetti perseguiti.

idoneo al raggiungimento del medesimo scopo, quando non ricorrono i presupposti per l'esecuzione dell'atto investigativo richiesto (art. 9 del d.lgs. n. 108 del 2017), presuppone, sul piano logico, la verifica delle condizioni di ammissibilità dell'ordine di investigazione secondo le norme dell'ordinamento processuale interno.

In caso di ordine europeo di intercettazione che non soddisfi i requisiti di ammissibilità di cui all'art. 267 cod. proc. pen., l'autorità giudiziaria italiana sarà autorizzata a dare comunicazione tempestiva della rilevata sproporzione con l'invito a concordare mezzi alternativi meno invasivi (art. 9, comma 2).

Il combinato disposto dell'art. 9, comma 2, e dell'art. 6, comma 3 – norma che elegge la comunicazione quale strumento principale per la promozione di un ritiro o di emissione di un nuovo ordine conforme alle indicazioni dello Stato di esecuzione – consente di affermare che l'esito negativo della consultazione non legittimi *tout court* al rifiuto, operando tale strumento solo nel caso di impraticabilità di mezzi alternativi, che investano i profili di indisponibilità del mezzo richiesto secondo l'ordinamento interno, ed il difetto dei presupposti per esso previsti.

Non può, infatti, escludersi che l'autorità giudiziaria di esecuzione debba accertare la sussistenza della gravità dei sospetti nei confronti della persona intercettata e l'indispensabilità del mezzo che incide sui diritti individuali. Anzi, il suddetto principio di proporzionalità e di adeguatezza della misura investigativa conferma la necessità che siano rispettate le regole di ammissibilità delle prove dello Stato di emissione ed anche di quello di esecuzione²⁶.

Il principio di proporzione, pertanto, sembra permettere il recupero dell'indispensabilità dell'intercettazione prevista dall'art. 267 cod. proc. pen.²⁷

La lettura delle disposizioni normative "orientata" ai principi ispiratori della direttiva 2014/41/UE consente, dunque, di trarre validi argomenti che legittimano un sindacato del giudice, in vista dell'esecuzione dell'ordine di intercettazioni, che non sia limitato a una verifica formale dell'atto proveniente dallo Stato di emissione.

Anche per l'ipotesi di esecuzione dell'OEI senza necessità di assistenza, la "diversa sfumatura" del testo normativo dell'art. 24²⁸, evidenziata dalla circolare, non osta ad una interpretazione che ritenga percorribile un pari vaglio di ammissibilità che involga la verifica della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 267 cod. proc. pen.

Il comma 2 dell'art. 24, nella parte in cui richiama i soli presupposti di cui agli artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen. (secondo la logica del mutuo riconoscimento), non opera "in deroga" alla regola generale dell'art. 9 commi 1 e 3, per la quale devono trovare applicazione tutti i requisiti di ammissibilità previsti dall'ordinamento dello Stato in cui si svolge l'attività investigativa. Né l'indicazione del solo presupposto di

²⁶ Cfr., per una prima disamina del tema, M. DANIELE, [L'ordine europeo d'indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 208 ss.

²⁷ Il principio di proporzione opera per i casi di intercettazione attesa la natura di mezzo investigativo che incide sulla libertà di comunicare e sulla riservatezza dell'individuo.

²⁸ Nella Relazione illustrativa sul punto si evidenzia che "ai fini della cooperazione non si richiede il rispetto delle ulteriori condizioni legittimanti l'ascolto (gravità indiziaria, indispensabilità dello strumento invasivo ecc.)".

ammissibilità del titolo di reato assume una valenza esclusiva di ulteriori profili di verifica²⁹.

Si individua, di contro, in capo all'autorità procedente, che deve provvedere alla notifica dell'OEI, un vero e proprio obbligo di allegazione dei dati fattuali su cui si fonda l'operazione di intercettazione da svolgersi o in corso di svolgimento, in modo da consentire la verifica degli elementi indiziari e della indispensabilità della misura per le indagini.

Tale adempimento, oltre che logicamente implicato dalla verifica di ammissibilità ex art. 24, comma 2, non incide sull'immediata efficacia e tempestività dell'esecuzione dell'intercettazione oggetto di OEI. Le operazioni di captazione già in atto possono proseguire in pendenza del giudizio di ammissibilità, restando soggette alla dichiarazione di inutilizzabilità conseguente al sopravvenuto ordine di immediata cessazione ai sensi del successivo comma 3.

7. Considerazioni conclusive.

Al di là delle divergenti proposte interpretative del dato normativo, appare opportuno evidenziare che in tema di intercettazioni la spinta verso un meccanismo automatico – e non calibrato, rispetto alla peculiare invadenza dell'atto – di mutuo riconoscimento delle decisioni e dei provvedimenti giudiziari oggetto di cooperazione investigativa, pur nella semplificazione operativa voluta con l'introduzione dell'OEI, non può avere assoluto fondamento nella presupposizione di affidabilità degli ordinamenti giuridici nazionali, pur se collocati in un ambito culturale comune e impegnati al rispetto dei principi contenuti in alcuni strumenti internazionali concernenti i diritti fondamentali³⁰.

La naturale disomogeneità delle norme processuali interne che disciplinano la materia delle intercettazioni, frutto anche di diverse sensibilità dei singoli legislatori nazionali, non esclude che i provvedimenti emessi da un'autorità giudiziaria estera di cui si chiede o si notifica l'esecuzione possano essere potenzialmente non conformi a quelle dell'ordinamento interno³¹.

²⁹ M. DANIELE, [L'ordine europeo d'indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d.lgs. n. 108 del 2017](#), cit.; M. DANIELE, [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 63 ss. L'Autore attribuisce alla regola speciale di cui all'art. 24, comma 2, "un valore meramente ricognitivo, rendendola di fatto superflua. Il suo unico effetto è quello di ribadire un requisito che risulta già dalle regole generali previste dal decreto in merito al rifiuto degli OEI provenienti dall'estero".

³⁰ Cfr. le riflessioni svolte sul tema da G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, in *Cass. Pen.*, fasc. 1, 2017, pag. 49, secondo cui "la suddetta presunzione di affidabilità renderebbe certo agevolmente praticabile e teoricamente efficace la soluzione ipotizzata, che tuttavia correrebbe il rischio di essere concretamente non applicata perché fittizia e tacciabile d'ipocrisia, quando ignorasse l'intima contraddizione di un mutuo riconoscimento che non si basasse realmente su legislazioni nazionali con caratteri sufficientemente omogenei".

³¹ G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, cit.

Nella cooperazione giudiziaria che intercorre tra ordinamenti non adeguatamente simili una applicazione indiscriminata del principio del mutuo riconoscimento – che traccia un itinerario verso l'automatica ottemperanza alla richiesta istruttoria, limitando i casi di rifiuto dall'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, e non è temperato da quello di proporzionalità della misura investigativa – sarebbe comunque destinato a scontrarsi con le istanze garantistiche al cui presidio è posto il vaglio di ammissibilità affidato delle autorità giurisdizionali domestiche, deputate alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo (nella specie, quello all'inviolabilità della sfera della riservatezza)³².

In attesa della realizzazione di una piena convergenza tra gli ordinamenti nazionali³³, può essere giustificata una interpretazione della norma rispettosa dei principi dell'ordinamento processuale interno.

³² L. CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero* (*The Implementing Regulation on the European Investigation Order: How the New Mechanism on Taking Evidence Abroad Operates*), cit. L'Autore denuncia la inadeguatezza dell'ordine europeo di indagine, che «non risolve completamente il problema di fondo inerente alla raccolta transazionale della prova», in quanto non è idoneo ad «evitare una “reazione di rigetto”, conseguente al “trapianto” di prove “allogene” in un procedimento penale pendente in un Paese dove vigono regole differenti in materia probatoria».

³³ G. UBERTIS, *Considerazioni generali su investigazioni e prove transnazionali*, cit., che ipotizza “due concorrenti modalità di soluzione: a) previsione di una serie di reati per i quali fossero contemplate regole comuni in tutta l'Unione europea per le fasi sia delle investigazioni che del giudizio, secondo un'impostazione di tipo federale; b) armonizzazione dei sistemi processuali dei diversi Paesi, come esplicitamente statuito in particolare dall'art. 82 § 1 comma 1 Trattato funz. UE, laddove opera una sorta di endiadi tra, da un lato, il fondamento della «cooperazione giudiziaria in materia penale» nel «riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie»”.