



Unione delle Camere Penali Italiane

Osservatorio Europa

Il caso EncroChat: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia sulle condizioni per la trasmissione e l'utilizzo di prove nei procedimenti penali a carattere transfrontaliero.

In data 30 aprile 2024, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Grande Sezione, (CGUE) si è pronunciata con sentenza a seguito di rinvio pregiudiziale disposto dal Landgericht Berlin (Tribunale del Land di Berlino), precisando le condizioni per la trasmissione e l'utilizzo legittimo di prove nei procedimenti penali a carattere transfrontaliero attraverso lo strumento dell'ordine europeo di indagine (OEI).

La sentenza risponde a cinque serie di questioni pregiudiziali poste dal Giudice del rinvio concernenti l'interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 2 lett. C), 6 paragrafo 1) e 31 della direttiva 2014/41/UE sull'Ordine Europeo di Indagine.

1. Il caso.

La vicenda trae origine dallo sviluppo di un'indagine condotta principalmente dalle Autorità francesi in merito ad un sospetto traffico di sostanze stupefacenti nel territorio di alcuni Stati membri. L'Autorità francese riusciva ad infiltrarsi nel sistema di comunicazione crittografato EncroChat, attraverso l'utilizzo di un "trojan", sviluppato da una squadra investigativa comune (coinvolgente anche i Paesi Bassi) e caricato sul server di detto sistema di scambio, sospettato di essere utilizzato per gestire un traffico di stupefacenti tra utenti di telefoni/numeri cellulari criptati. Una volta caricato sul server, il trojan riusciva ad infiltrare un numero considerevole di dispositivi telefonici di utenti coinvolti nelle comunicazioni, tra cui alcuni individui localizzabili in Germania. A seguito della conferenza di Eurojust nel corso della quale la Francia e i Paesi Bassi provvedevano ad aggiornare gli altri Stati Membri sugli sviluppi dell'indagine, le Autorità tedesche, mostrando interesse per i movimenti relativi alle utenze tedesche, decidevano di avviare tre OEI verso la Francia (Stato di esecuzione) - un primo OEI e due successivi ad integrazione - per ottenere dalle Autorità francesi la trasmissione dei dati EncroChat e l'autorizzazione ad utilizzare detti dati senza restrizione alcuna. Il Tribunale francese adito autorizzava l'esecuzione dell'OEI emesso dalla Procura di Francoforte, la trasmissione e l'utilizzo dei dati. A seguito dell'esecuzione dell'OEI, prendevano avvio procedimenti in fase di indagine condotti da Procure territoriali tedesche a carico di singoli individui: nella pendenza di uno dei procedimenti al cospetto del Landgericht Berlin (Tribunale del Land di Berlino – Giudice del rinvio) l'Autorità giurisdizionale tedesca si interrogava sulla legittimità degli OEI emessi dalla Procura tedesca ed eseguiti dal Tribunale francese alla luce della Direttiva 2014/41/UE. Provvedeva, quindi, ad adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, tramite il deposito di una richiesta di pronuncia pregiudiziale in data 24 ottobre 2022. Il Giudice del rinvio investiva i

Unione Camere Penali Italiane

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

Osservatorio Europa



giudici di Lussemburgo della decisione in merito a cinque serie di questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto unionale.

Successivamente, il 26 ottobre 2023, l'Avvocato Generale Tamara Čapeta presentava nell'ambito del giudizio di rinvio le proprie conclusioni motivate, preliminari rispetto alla pubblicazione della sentenza.

2.La decisione della Corte.

In data 30.04.2024, la CGUE ha pubblicato la sentenza nella causa C-670/22, avente ad oggetto «*Rinvio pregiudiziale – Cooperazione giudiziaria in materia penale – Direttiva 2014/41/UE – Ordine europeo di indagine penale – Acquisizione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione – Condizioni di emissione – Servizio di telecomunicazioni cifrate – EncroChat – Necessità della decisione di un giudice – Utilizzo di prove acquisite in violazione del diritto dell'Unione*», in parte confermando la linea interpretativa illustrata nelle conclusioni dell'Avvocato Generale.

Sinteticamente, la Corte ha ritenuto che un OEI volto ad ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti del paese di esecuzione (Francia, nel caso di specie) possa, a determinate condizioni, essere adottato anche da un pubblico ministero in qualità di autorità di emissione (questione 1). La sua emissione non richiede inoltre che siano rispettate necessariamente le medesime condizioni applicabili alla raccolta di prove nello Stato di emissione. Tuttavia, deve esistere la possibilità di un controllo giurisdizionale successivo sul rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate (questioni 2 e 3). Inoltre, una misura di intercettazione eseguita da uno Stato membro sul territorio di un altro Stato membro deve essere tempestivamente notificata a tale Stato, non solo per garantire il rispetto della sovranità, ma anche per tutelare i diritti delle parti interessate (questione n. 4). Infine, il giudice penale deve, a determinate condizioni, escludere gli elementi di prova raccolti mediante OEI se la persona interessata non è in grado di svolgere le proprie osservazioni su di essi (questione n. 5).

Analizzando brevemente i singoli quesiti, occorre rilevare quanto segue.

Sul primo quesito, secondo la CGUE (p. 73), il Pubblico Ministero figura tra le autorità che, al pari del giudice, dell'organo giurisdizionale o del magistrato inquirente, sono intese come Autorità di Emissione. Qualora, in base al diritto dello Stato di Emissione (la Germania), il PM sia competente ad ordinare un atto di indagine diretto alla trasmissione di prove che sono già in possesso delle autorità nazionali in casi analoghi nel contesto processuale di diritto interno, quest'ultimo rientrerà nella nozione di autorità di emissione. Di contro, se in base al diritto dello Stato di Emissione l'organo inquirente fosse privo della competenza ad emettere un tale atto nel contesto di un procedimento nazionale, dovendo necessariamente passare dal Giudice, [perché atto necessariamente



giurisdizionale in quanto comportante ingerenze nei diritti fondamentali delle persone interessate] il PM non potrebbe dunque essere considerato autorità di emissione ai sensi della Direttiva.

Pertanto, l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2014/41/UE deve essere interpretato nel senso che un OEI teso ad ottenere la trasmissione di prove già in possesso delle autorità nazionali competenti non deve essere adottato necessariamente da un giudice, purché ciò sia conforme alle disposizioni di legge dello Stato di emissione.

La CGUE ha ritenuto di trattare congiuntamente il secondo e il terzo quesito, precisando se, ed eventualmente a quali condizioni, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2014/41/UE osti a che un pubblico ministero adotti un ordine europeo di indagine inteso alla trasmissione di prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione, qualora tali prove siano state acquisite a seguito dell'intercettazione, da parte di tali autorità, nel territorio dello Stato di emissione, di telecomunicazioni che, grazie a un software speciale e ad un hardware modificato, consentono una comunicazione cifrata da punto a punto.

Preliminarmente, la CGUE rammenta che l'emissione dell'OEI è subordinato a due condizioni cumulative: a) che l'emissione sia necessaria e proporzionata, tenendo conto dei diritti della persona indagata; b) che l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo.

La proporzionalità e la necessità dell'OEI vanno valutate alla luce del diritto dello Stato di emissione, anche in relazione all'esistenza di una presunzione di reato grave fondata su fatti concreti; di conseguenza, se il diritto dello Stato di emissione subordina tale trasmissione all'esistenza di indizi concreti di commissione di reati gravi da parte dell'imputato, l'adozione di un ordine europeo di indagine sarà soggetto a tutte le medesime condizioni. Ancora, la disposizione non osta all'emissione di un OEI neppure quando l'integrità dei dati ottenuti tramite la misura di intercettazione non possa essere verificata a causa della riservatezza delle basi tecniche che hanno permesso l'attuazione di tale misura, purché il diritto a un processo equo venga garantito nel corso del successivo procedimento penale.

In conclusione, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2014/41/UE, va interpretato nel senso che non osta a che il pubblico ministero possa emettere un ordine europeo di indagine per la trasmissione di prove già in possesso delle autorità del paese esecutore, se tali prove sono state ottenute tramite l'intercettazione di telecomunicazioni cifrate da parte delle autorità del paese emittente, purché un tale ordine di indagine rispetti tutte le condizioni eventualmente previste dal diritto dello Stato di emissione per la trasmissione di tali prove in un caso puramente interno a detto Stato.

In relazione alle lettere a) e b) del quarto quesito, la CGUE osserva preliminarmente che per “telecomunicazioni” si intende l'insieme dei procedimenti di trasmissione di informazioni a distanza (accezione ampia). Pertanto,



l'infiltrazione in apparecchiature terminali volta ad estrarre dati di comunicazione ma anche dati relativi al traffico all'ubicazione a partire da un servizio di comunicazione basato su Internet costituisce un'intercettazione di comunicazioni ai sensi dell'articolo 31 paragrafo uno della direttiva 2014/41/UE (v. p. 114). Spetta dunque a ciascuno Stato membro designare l'autorità competente a ricevere la notifica di cui all'articolo 31 par. 1, che potrà, eventualmente, comunicare che l'intercettazione non possa essere effettuata o che è necessario porre fine all'esecuzione della medesima qualora la stessa non sia ammessa in un caso interno analogo.

Pertanto, il quarto quesito del Giudice del rinvio, alle lettere a) e b), viene risolto nel senso di considerare l'infiltrazione in apparecchi terminali un'intercettazione di comunicazioni che deve essere notificata all'autorità designata dallo stato sul cui territorio si trova la persona sottoposta a indagine e, qualora lo stato non sia in grado di identificare l'autorità abilitata a ricevere tale notifica, può essere inviata a qualsiasi autorità che lo Stato membro ritenga idonea a tal fine.

Con riferimento al quarto quesito, lettera c), secondo la Corte l'articolo 31 della direttiva 2014/41/UE deve essere interpretato nel senso che esso mira a tutelare non solo la sovranità nazionale ma anche i diritti degli utenti interessati da una misura di intercettazione di telecomunicazioni, poiché le intercettazioni telefoniche costituiscono un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata e delle comunicazioni, sancito dall'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Infine, in merito al quinto quesito, secondo la Corte, qualora il giudice nazionale, sulla scorta della pronuncia sulle precedenti questioni pregiudiziali, concludesse che gli OEI sono stati emessi in modo illegittimo, dovrebbe espungere tali informazioni dal procedimento penale avviato, in ossequio all'art. 14, paragrafo 7 della direttiva, che impone espressamente agli Stati membri di garantire che in un procedimento penale nello stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove ottenute mediante l'ordine europeo di indagine, con la necessaria conseguenza che un elemento di prova idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti, e sul quale la parte non sia in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni, debba essere escluso dal procedimento penale.

3.Gli effetti della sentenza della CGUE nell'ordinamento domestico.

La sentenza in commento fornisce indicazioni vincolanti sulla esatta portata e corretta interpretazione di alcune disposizioni normative, come la Direttiva 2014/41/UE, recentemente oggetto di scrutinio anche da parte delle Sezioni Unite Penali della Corte di cassazione, che si sono pronunciate su questioni analoghe con le informazioni provvisorie nn. 2 e 3 del 2024, all'esito della camera di consiglio del 29 febbraio 2024, sulle ordinanze di rimessione n. 47798/2023 della Terza Sezione Penale e n. 2039/2024 della Sesta Sezione Penale (su cui v. [nota](#)



[dell'Osservatorio Europa del 4 marzo u.s.](#)); conclusioni riprese della Sentenza della sezione VI penale, n. 16667 del 13 marzo 2024 le cui motivazioni sono state pubblicate lo scorso 10 aprile.

I temi posti all'attenzione delle Sezioni Unite vertevano, per l'appunto, sulla qualificazione giuridica del trasferimento all'Autorità giudiziaria italiana, in esecuzione di ordine europeo di indagine (OEI), del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini (già acquisite e decrittate dall'Autorità giudiziaria di altro Stato membro in un proprio procedimento penale), nonché sulla necessità di una verifica giurisdizionale nello Stato di emissione dell'OEI preventiva in punto di legittimità e successiva volta al vaglio dell'utilizzabilità degli esiti investigativi trasferiti.

Dalla lettura in forma sintetica delle soluzioni adottate – *unico documento disponibile ad oggi, non essendo state ancora depositate le motivazioni del Supremo Collegio*- sembrava già emergere una particolare attenzione alle conclusioni rese dall'Avvocato Generale della CGUE, Tamara Čapeta, nel caso EncroChat: la pronuncia della Grande Sezione della CGUE nella causa C-670/22 fornisce ora definitiva indicazione interpretativa, valevole erga omnes, sulle questioni applicative poste dall'Autorità tedesca con riferimento alla corretta emissione ed esecuzione dell'OEI.

È possibile, pertanto, ritenere che i principi enunciati nella sentenza della CGUE - che svolge il ruolo custode dell'uniforme e omogenea applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione Europea- avendo portata dichiarativa ed efficacia anche al di fuori del giudizio principale, saranno presi nella debita considerazione dalle SSUU, all'atto della stesura delle motivazioni delle decisioni assunte in data 29.02.2024.

Le decisioni pregiudiziali della CGUE hanno infatti capacità estensiva nei confronti di altri procedimenti, in forza della loro dichiarata efficacia erga omnes, per la necessaria garanzia della uniforme applicazione dell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea, assistita dall'obbligo degli Stati membri di adottare ogni misura "*atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*" (art. 4, TUE)

Roma, 6 maggio 2024

L'Osservatorio Europa UCPI

La sentenza è accessibile [qui](#)