44154-23

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del Popolo Italiano

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE PENALE

composta da:

Sent. n.sez. 1894

CC – 26/10/2023

R.G.N. 27968/2023

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

RITENUTO IN FATTO

1. Con la ordinanza sopra indicata il Tribunale di Milano, adito ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen., confermava il provvedimento del 14 aprile 2023 con il quale

il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano aveva disposto l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere nei confronti di [redacted] sottoposto ad indagini in relazione ai reati di cui agli artt. 74 e 73, 80, comma 2, d.P.R. n. 309 del 1990, per avere fatto parte di un'associazione per delinquere, diretta da [redacted] dedita al traffico illecito di sostanza stupefacente del tipo cocaina importata dall'estero, nonché per avere concorso nell'acquisto di ingenti quantitativi di cocaina, destinata in parte ad essere trasportata in Calabria.

Rilevava il Tribunale come i gravi indizi di colpevolezza a carico dello [redacted] fossero desumibili dagli esiti delle indagini che, avviate in Italia con l'esecuzione di intercettazioni di comunicazioni telefoniche e ambientali, e di contestuali servizi di osservazione, erano proseguite con l'acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria francese delle comunicazioni che gli indagati si erano scambiate su una "chat" operante sulla piattaforma di messagistica criptata "SKYECC". Tale materiale conoscitivo, acquisito dal pubblico ministero italiano mediante l'emissione di ordini europei di indagine (OEI) – essenziale per delineare il ruolo e le attività svolte dall'odierno ricorrente – doveva considerarsi utilizzabile a norma dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., in quanto riguardante il contenuto di comunicazioni non in corso ma effettuate in precedenza, memorizzate come messaggi in parte già "in chiaro" e in parte cifrati in un server di "SKYECC" sito in Francia, ma rese poi intellegibili (e così utilizzate come contenuto di meri documenti informatici) dopo aver acquisito le "chiavi di cifratura" ovvero gli algoritmi che ne aveva permesso la decifrazione.

2. Avverso tale ordinanza ha presentato ricorso lo Iaria, con atto sottoscritto dal suo difensore, il quale ha dedotto i seguenti motivi.

2.1. Violazione di legge, in relazione agli artt. 234-*bis* e 266 cod. proc. pen., e vizio di motivazione, per avere il Tribunale del riesame valorizzato il contenuto dei dati contenuti in atti qualificati come "documenti informatici", acquisiti dall'autorità giudiziaria francese e trasmessi, dopo la "decriptazione", all'autorità giudiziaria italiana in esecuzione di un ordine di indagine europeo (OEI): elementi conoscitivi, in realtà, desunti da chat estrapolate dal server criptato "SSY-ECC", previa acquisizione di apposite "chiavi di lettura", con l'effettuazione di operazioni costituenti in parte una forma di intercettazione di comunicazioni effettuate in Francia senza il rispetto della normativa italiana in materia; e in altra parte, per il contenuto delle comunicazioni già effettuate e memorizzate in quei server, elementi acquisiti in Francia come documentazione informatica senza l'osservanza delle regole in materia di copie forensi a garanzia della

genuinità del dato informatico vigenti nell'ordinamento italiano. Attività, dunque, illegittima perché – oltre ad essere stata formalizzata con una incompleta compilazione della modulistica dell'OEI, nella quale non era stato inserito alcun riferimento allo Iaria – eseguita in assenza delle condizioni prescritte dagli artt. 6, par. 1, lett. b), e 9, par. 1, della direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 in materia di OEI: in particolare, attività che doveva essere compiuta mediante sequestro *ex* art. 254-*bis* cod. proc. pen. ovvero mediante intercettazione telematica *ex* art. 266-*bis* cod. proc. pen., e non anche attraverso un non consentito accesso transfrontaliero. Attività, inoltre, compiuta in violazione dell'art. 6, par. 1, lett. a), della citata direttiva, che prescrive che l'acquisizione di atti di indagine svolta dall'autorità giudiziaria di altro Stato dell'Unione europea sia possibile solo nel rispetto dei principi di proporzionalità ed effettività, per evitare una indebita violazione di diritti fondamentali della persona e per scongiurare il rischio di acquisizioni di dati probatori avvenuti in maniera del tutto illegale.

2.2. Violazione di legge, in relazione agli artt. 273 cod. proc. pen. e 6, par. 1, lett. a), direttiva 2014/41/UE, e vizio di motivazione, per mancanza ed erroneità, per avere il Tribunale di Milano confermato il provvedimento genetico della misura sulla base di criteri di identificazione non corretti: in particolare per i reati dei capi 71), 72), 73) e 74), non erano stati indicati elementi certi a carico del ricorrente, al quale era stata associata una utenza di incerta attribuibilità soggettiva ovvero i cui dati erano stati acquisiti in epoca successiva a quella erano stati commessi i reati come formalmente contestati.

2.3. Violazione di legge, in relazione all'art. 274 cod. proc. pen., e vizio di motivazione, per mancanza ed erroneità, per avere il Tribunale del riesame confermato la sussistenza delle esigenze cautelari, senza tenere conto che lo [redacted] svolgeva una regolare attività lavorativa in una azienda agricola, che non era stata dimostrata l'esistenza di alcun attuale collegamento con altri concorrenti nei reati e che il rischio di fuga non era concreto: esigenze che, in ogni caso, potevano essere garantite con l'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con l'impiego di un "braccialetto elettronico".

3. Il procedimento è stato trattato nell'udienza del 19 ottobre 2023, ma la relativa deliberazione è stata rinviata all'odierna udienza ai sensi dell'art. 615, comma 1, cod. proc. pen.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Ritiene la Corte che il ricorso presentato nell'interesse di Bruno Iaria vada accolto, essendo fondato il primo motivo dell'atto di impugnazione, per le ragioni e con gli effetti di seguito precisati.

2. Ai fini di una adeguata valutazione delle doglianze formulate dalla difesa occorre preventivamente definire in maniera corretta la natura dell'attività acquisitiva di indagine svolta dall'autorità giudiziaria all'estero.

2.1. In punto di fatto risulta che, nell'ambito di una indagine italiana su reati in materia di traffico internazionale di sostanze stupefacenti, l'autorità giudiziaria milanese ha emesso una serie di ordini europei di indagine per acquisire dall'autorità giudiziaria francese le *chat* ed altre conversazioni scambiate dall'odierno ricorrente utilizzando la piattaforma di messagistica criptata "SKY-ECC".

Dalla lettura della ordinanza impugnata si evince, infatti, non solo che in Francia l'autorità inquirente aveva "instradato" quelle "*chat*" su un "*server*" ed aveva successivamente individuato l'algoritmo impiegato per la criptazione dei messaggi, rendendo così intellegibili i documenti informatici acquisiti, da considerarsi perciò "dati freddi" ovvero "esiti documentali di attività di indagine" di quell'autorità straniera (pagg. 2-3, 7-8); ma anche la circostanza che gli elementi indiziari a carico dei componenti di vertice del gruppo criminale erano stati forniti dagli esiti delle disposte intercettazioni telefoniche e ambientali (pag. 5), nonché dal "sequestro delle chat" (pag. 14).

Se ne è dedotto – si legge in quella stessa ordinanza – che l'attività investigativa svolta all'estero "gode" di una "presunzione di legittimità", essendo sottratto al giudice italiano, in assenza di una comprovata violazione dei diritti fondamentali, il potere di controllo sulla regolarità delle iniziative istruttorie svolte in Francia (pag. 9).

2.2. Ciò premesso, va detto che la motivazione della ordinanza impugnata appare gravemente deficitaria nella parte in cui il Tribunale del riesame ha ritenuto che gli ordini europei di indagine emessi dal procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano abbiano avuto ad oggetto esclusivamente forme di acquisizione di documenti e dati informatici, qualificabili ai sensi dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen.

Nel provvedimento gravato, infatti, non è stato chiarito – soprattutto in ragione delle articolate e specifiche questioni in fatto e in diritto che erano state proposte dalla difesa con una memoria depositata nel corso dell'udienza di trattazione della richiesta di riesame (v. pagg. 3 e segg. del ricorso) – se l'autorità giudiziaria francese avesse avviato autonomamente, sulla base di preesistenti *notitiae criminis,* le indagini nel proprio Paese oppure se le investigazioni fossero state attivate (anche) sulla base delle sollecitazioni istruttorie che avevano sostanziato l'emissione di ordini europei di indagine da parte del pubblico ministero italiano. Né risulta chiarito se, rispetto al momento della emissione e della trasmissione di tali ordini, le indagini compiute dall'autorità giudiziaria francese fossero state tutte definitivamente concluse, oppure se – come sembrerebbe da alcuni sintetici cenni contenuti nel provvedimento impugnato – fossero proseguite anche sulla base delle richieste formulate dall'autorità giudiziaria italiana.

Circostanze, queste, di non trascurabile importanza, tenuto conto che il Tribunale di Milano, senza alcuna ulteriore specificazione, ha riferito che l'acquisizione di "dati freddi", vale a dire di elementi relativi a comunicazioni già avvenute e memorizzati nei "*server*" della società "SKY-ECC" presenti in Francia, era avvenuta a seguito del compimento di una ulteriore – non meglio definita – attività investigativa disposta dall'autorità giudiziaria francese: attività che la difesa aveva eccepito, in maniera circostanziata, essere consistita anche nel compimento di operazioni di intercettazioni di comunicazioni in corso, pure caratterizzata dall'impiego di captatori informatici (c.d. "*trojan*" o "*malware*"), per l'acquisizione di dati di comunicazione telematica archiviati nel "*server*" di quella società e per consentire l'apprensione delle "chiavi di decifrazione" presenti negli apparecchi utilizzati dai fruitori della piattaforma di messagistica cifrata in questione; nonché a seguito del sequestro – non si comprende se di interi sistemi informatici ovvero solo dei relativi dati, "riversati" su altri supporti – di materiale a disposizione della suddetta società.

E' necessario, dunque, superare tali cause di incertezza riconoscibili nella motivazione della ordinanza impugnata per poter dare una corretta definizione e un più preciso inquadramento normativo al mezzo di ricerca della prova di cui, volta per volta, occorreva autorizzare l'impiego. E ciò vale – come si avrà modo di rimarcare nel prosieguo – tanto più ai fini della verifica della utilizzabilità processuale di elementi di prova acquisiti all'estero con uno o più ordini europei di indagine (di seguito o.e.i.), in ragione del "principio di equivalenza" previsto dall'art. 6, par. 1, lett. *b*), della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale (di

seguito Direttiva OEI), per cui tale ordine può essere emesso a condizione che l'autorità dello Stato di emissione verifichi che «l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'OEI avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo».

2.3. Alla luce dei risultati dell'opera di integrazione della motivazione che sarà demandata in sede di giudizio rescissorio, bisognerà dare una corretta qualificazione giuridica agli atti di indagine compiuti.

Va esclusa l'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., che, introdotto dal decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, stabilisce che «E' sempre consentita l'acquisizione di documenti e di dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare».

A tale disposizione normativa i giudici di merito, nel caso di specie, hanno fatto riferimento in maniera generalizzata, a tal fine richiamando l'orientamento interpretativo offerto in materia da questa Corte di cassazione (per il quale cfr., tra le altre, Sez. 4, n. 16347 del 05/04/2023, Papalia, Rv. 284563; Sez. 1, n. 19082 del 13/01/2023, Costacurta, Rv. 284440; Sez. 1, n. 6364 del 13/10/2022, dep. 2023, Calderon, Rv. 283998; Sez. 6, n. 18907 del 20/04/2021, Civale, Rv. 281819).

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, la messaggistica su "chat" di gruppo su sistema "Sky-ECC", acquisita mediante ordine europeo di indagine da autorità giudiziaria straniera che ne ha eseguito la decriptazione, costituisce dato informativo documentale conservato all'estero, utilizzabile ai sensi dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., e non flusso comunicativo, non trovando applicazione la disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen. (Sez. 4, n. 16347 del 05/04/2023, Papalia, cit., secondo cui non rileva se i messaggi siano stati acquisiti dall'autorità giudiziaria straniera *"ex post"* o in tempo reale, poiché al momento della richiesta i flussi di comunicazione non erano in atto).

Ora, l'operatività della richiamata disposizione può ritenersi giustificata esclusivamente nell'ipotesi di acquisizione di documenti e dati informatici, intesi come elementi informativi "dematerializzati", che preesistevano rispetto al momento dell'avvio delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria francese ovvero che erano stati formati al di fuori di quelle investigazioni: nel caso portato all'odierna attenzione di questa Corte, di contro, risulta in maniera sufficientemente chiara che quella acquisita è stata in parte documentazione di attività di indagine e in parte documentazione preesistente che ha, però, costituito oggetto delle ulteriori iniziative istruttorie di quella autorità straniera.

In particolare, la disposizione dettata dall'art. 234-*bis* cod. proc. pen. è di certo inapplicabile se riferita ai risultati di una attività acquisitiva che, anche in attuazione della richiesta di assistenza formulata dall'autorità giudiziaria italiana, si sia concretizzata nella apprensione occulta del contenuto archiviato in un "*server*" ovvero nel sequestro di relativi dati ivi memorizzati o presenti in altri supporti informatici, nella disponibilità della società che gestiva quella piattaforma di messaggistica. In questa ipotesi è, altresì, discutibile il rilievo secondo cui l'acquisizione dei documenti e dati informatici – di certo non disponibili al pubblico – sia avvenuta con "il consenso del legittimo titolare", cioè il mittente o il destinatario dei messaggi, ovvero l'anzidetta società di gestione della piattaforma, dovendo l'autorità giudiziaria straniera essere considerata mero detentore qualificato di quei dati a fini di giustizia.

Una siffatta attività acquisitiva, pertanto, va inquadrata nelle disposizioni dettate in materia di perquisizione e sequestri, in specie nella norma dettata dall'art. 254-*bis* del codice di rito (introdotto dalla legge 18 marzo 2008, n. 48), riguardante le ipotesi di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di comunicazioni (nei medesimi termini Sez. 6, 26/10/2023, R.G. n. 29723/23, Kolgjokaj).

D'altro canto, se per l'acquisizione dei dati "esterni" al traffico telefonico o telematico è necessario far riferimento all'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (e successive modificazioni) – il cui contenuto si tornerà da qui a breve ad esaminare – la disciplina degli artt. 266 e segg. cod. proc. pen. è applicabile nell'ipotesi in cui vi sia stata una captazione di comunicazioni telefoniche, ambientali o di flussi telematici in corso, nella fase c.d. "dinamica".

Ciò senza dimenticare che l'art. 43, comma 4, d.lgs. n. 108 del 2017, nel regolare le modalità di intercettazione di telecomunicazioni con l'assistenza tecnica dell'autorità giudiziaria di altro Stato membro dell'Unione europea, stabilisce che la richiesta contenuta in un ordine europeo di indagine «possa avere ad oggetto la trascrizione, la decodificazione o la decrittazione delle comunicazioni intercettate»: lasciando così intendere che anche tali attività latamente "accessorie", se richieste dall'autorità italiana, debbano essere preventivamente autorizzate dal giudice.

2.4. In tale contesto non va trascurato che l'innanzi citato d.lgs. n. 196 del 2003, in conformità con l'assetto del diritto interno e della giurisprudenza all'epoca vivente, aveva originariamente sottratto le attività dell'acquisizione dei dati estrinseci presso i gestori del traffico telefonico o telematico, tanto per la fase attiva che passiva, alla disciplina delle intercettazioni, prevedendo condizioni meno gravose di quelle richieste per la captazione dei "contenuti comunicativi",

rispettivamente legittimando all'emissione dell'ordine durante la fase delle indagini preliminari il pubblico ministero e rinviando invece alle previsioni dell'art. 256 cod. proc. pen. in tema di ordine di esibizione di documenti per il riconoscimento ed esecuzione di ordini emessi all'estero.

La consolidata giurisprudenza di questa Corte (Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, Rv. 216247; Sez. U, n. 6 del 23/02/2000, D'Amuri, Rv. 215841), prendendo le mosse dalle pronunce della Corte costituzionale (segnatamente la sentenza n. 281 del 1998), aveva infatti escluso dalla nozione di intercettazione – che attiene "all'apprensione e all'acquisizione del contenuto di comunicazioni" – le "acquisizioni a fini probatori di notizie riguardanti il fatto storico dell'avvenuta comunicazione", ritenendo sufficiente il decreto motivato del P.M. per acquisire i tabulati telefonici, così da attuare una tutela costituzionale proporzionata alla lesione della riservatezza della sfera privata in ragione della limitata invasività dell'atto che ha come oggetto l'acquisizione di "elementi esterni" della telecomunicazione, non segreti per il gestore del servizio e l'abbonato.

Questo quadro della normativa nazionale per l'acquisizione presso il "*server*" dei dati esterni alle telecomunicazioni è stato profondamente modificato a seguito degli arresti della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Con la sentenza del 2 marzo 2021 (H.K., C-746/18), la Grande Camera ha chiarito quali siano le condizioni per l'accesso per finalità di prevenzione o accertamento di reati ai dati relativi al traffico telefonico/informatico o ai dati relativi all'ubicazione ad esso associati, al dichiarato scopo di coniugare tale attività con gli artt. 7, 8 e 11 e 52 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte, nel rammentare come tali dati "esterni" alle comunicazioni siano in grado di svelare informazioni molto precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini della vita quotidiana, i luoghi di soggiorno permanenti o temporanei, gli spostamenti giornalieri o di altro tipo, le attività esercitate, le relazioni sociali di tali persone e gli ambienti sociali da esse frequentati, ha stabilito in primo luogo che l'accesso deve essere circoscritto a procedure aventi per scopo la lotta contro le forme gravi di criminalità o la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica; e in secondo luogo che non possa essere il pubblico ministero l'autorità competente ad autorizzare l'accesso a tali dati.

In ordine al primo profilo, la Corte ha ribadito come le deroghe alla protezione dei dati personali e le limitazioni di quest'ultima devono compiersi entro i limiti dello stretto necessario: quindi l'accesso deve soddisfare il requisito di proporzionalità, con la conseguenza che "tanto la categoria o le categorie di

dati interessati, quanto la durata per la quale è richiesto l'accesso a questi ultimi, siano, in funzione delle circostanze del caso di specie, limitate a quanto è strettamente necessario ai fini dell'indagine in questione".

Quanto al secondo profilo, la Corte ha rilevato come solo un giudice o un'autorità indipendente terza nel processo possano esercitare in modo imparziale ed obiettivo il controllo della sussistenza delle condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso, così da garantire "un giusto equilibrio tra, da un lato, gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità e, dall'altro, i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone i cui dati sono interessati dall'accesso".

Questa sentenza ha avuto un dirompente impatto sull'ordinamento italiano, tanto da richiedere un intervento normativo in via d'urgenza (decreto-legge n. 132 del 2021) che, con le novelle disposizioni inserite nell'art. 132 Cod. *privacy* (così come risultanti dalla legge di conversione n. 178 del 2021), ha "giurisdizionalizzato" nel procedimento penale la procedura di acquisizione dei dati esterni di traffico telefonico e telematico (che richiede ora un provvedimento autorizzatorio motivato del giudice), selezionandone l'ambito oggettivo di applicazione, esperibile solo nell'ambito dei procedimenti iscritti per reati connotati da una certa gravità indiziaria, configurata *quoad poenam*.

Quanto al criterio di proporzionalità, il legislatore ha ancorato l'accesso, da un lato, al presupposto indiziario e, dall'altro, alle esigenze investigative. Il primo requisito è stato individuato in un livello di accertamento inferiore (sufficienti indizi) rispetto a quello previsto per l'autorizzazione del diverso e ben più invasivo mezzo di ricerca della prova delle intercettazioni. Il secondo ("ove rilevanti ai fini della prosecuzione delle indagini") viene ad attuare il *dictum* della Corte di giustizia là dove ha imposto la verifica in concreto dell'effettiva necessità di un intervento acquisitorio, così da escludere la sua utilizzazione per *inquisitio generalis*.

In questa ottica è possibile concludere che l'acquisizione all'estero di documenti e dati informatici inerenti a corrispondenza o ad altre forme di comunicazione debba essere sempre autorizzata da un giudice: sarebbe davvero singolare ritenere che per l'acquisizione dei dati esterni del traffico telefonico e telematico sia necessario un preventivo provvedimento autorizzativo del giudice, mentre per compiere il sequestro di dati informatici riguardanti il contenuto delle comunicazioni oggetto di quel traffico sia sufficiente un provvedimento del pubblico ministero.

2.5. In tale quadro normativo e giurisprudenziale assume una rilevanza centrale la posizione assunta dalla Corte costituzionale in ordine alla estensione applicativa delle garanzie previste dall'art. 15 Cost. in materia di libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione.

I Giudici delle leggi hanno recentemente chiarito che – ferma restando la distinzione tra l'attività di intercettazione, che concerne la captazione occulta da parte di un "*extraneus*" di comunicazioni nella loro fase c.d. "dinamica", e l'attività di sequestro, che attiene all'acquisizione del supporto recante la memoria di comunicazioni già avvenute, cioè nella loro fase c.d. "statica" – il concetto di corrispondenza, cui va assicurata la "copertura" dell'art. 15 Cost., è «ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (...) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza; ...(di talché) la tutela accordata dall'art. 15 Cost. – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» – prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ...(e)... si estende, quindi, ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici». Ne consegue che l'art. 15 Cost., riferibile alla «generalità dei cittadini», tutela la corrispondenza «ivi compresa quella elettronica, anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in mero documento "storico"» (Corte cost., sent. n. 170 del 2023).

Tale autorevole indicazione interpretativa, benché contenuta in una pronuncia emessa in un giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato con specifico riferimento alle immunità di cui gode il parlamentare ai sensi dell'art. 68 Cost., possiede una valenza di carattere generale nella parte in cui è stata considerata la portata precettiva dell'art. 15 Cost., inducendo questa Corte a valorizzarne le implicazioni in relazione al caso di specie.

Sotto questo punto di vista, infatti, la richiamata decisione del Giudice delle leggi si "salda" coerentemente con il già sufficientemente definito orientamento esegetico della giurisprudenza costituzionale in base al quale si era puntualizzato che la tutela prevista da quella disposizione della carta fondamentale – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza «della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione», consentendone la limitazione «soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge» –

"apre" «il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata» (Corte cost., sent. n. 2 del 2023, a proposito della illegittimità della norma sui divieti, stabiliti dall'autorità amministrativa, di possesso e utilizzo di apparecchi di comunicazione) e si estende «ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale», in relazione ai quali le limitazioni della libertà costituzionale sono consentite solamente nel rispetto «della riserva assoluta di legge e di giurisdizione» (Corte cost., sent. n. 20 del 2017, a proposito delle forme di controllo della corrispondenza epistolare del detenuto; conf., in precedenza Corte cost. sent. n. 1030 del 1988; e Corte cost. sent. n. 81 del 1993).

Né vi è dubbio che la Corte costituzionale, proprio considerando le garanzie connesse alla "riserva di giurisdizione", ha esteso alla libertà delle comunicazioni i criteri applicati per legittimare le limitazioni della libertà personale: spiegando che «il significato sostanziale, e non puramente formale, dell'intervento dell'autorità giudiziaria, in presenza di misure di prevenzione che comportino restrizioni rispetto a diritti fondamentali assistiti da riserva di giurisdizione», comporta che quel controllo vada inteso come «vaglio dell'autorità giurisdizionale (...) associato alla garanzia del contraddittorio, alla possibile contestazione dei presupposti applicativi della misura, della sua eccessività e sproporzione, e, in ultima analisi, consente il pieno dispiegarsi allo stesso diritto di difesa» (Corte cost., sent. n. 2 del 2023).

L'indirizzo ermeneutico privilegiato dalla Consulta si collega, altresì, alle posizioni assunte in materia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che – come ricordato espressamente nella sentenza n. 170 del 2023 – ha ricondotto «sotto il cono di protezione dell'art. 8 CEDU, ove pure si fa riferimento alla "corrispondenza" *tout court*, i messaggi di posta elettronica (Corte EDU, sent. 5/09/2017, Barbulescu c. Romania, § 72; Corte EDU, sent. 3/04/2007, Copland c. Regno Unito, § 41), gli SMS (Corte EDU, sent. 17/12/2020, Saber c. Norvegia, § 48) e la messaggistica istantanea inviata e ricevuta tramite internet (Corte EDU, sent. Barbulescu, cit., § 74)».

2.6. Nell'individuare la disciplina processuale più confacente al caso di specie, la relativa normativa interna va, poi, necessariamente letta e interpretata in maniera conforme ai principi formulati dalla legislazione eurounitaria. Al riguardo, la più volte citata Direttiva OEI stabilisce che l'ordine europeo di indagine debba essere "necessario" e "proporzionato" ai fini del procedimento penale, "tenendo conto dei diritti della persona sottoposta a indagini o

imputata", alla quale, a tale fine, spetta la conoscenza dei "dettagli dell'indagine" (così nel considerando n. 10 della direttiva).

Occorre, inoltre, considerare che l'art. 3 d.lgs. n. 108 del 2017 prevede che «nel compimento delle attività relative all'emissione, alla trasmissione, al riconoscimento ed all'esecuzione dell'ordine di indagine, i dati personali sono trattati secondo le disposizioni legislative che regolano il trattamento dei dati giudiziari e in conformità agli atti normativi dell'Unione europea e alle Convenzioni del Consiglio d'Europa».

Di tanto, come si è anticipato, vi è riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha avuto modo di sottolineare, da un lato, come l'acquisizione dei dati di traffico telefonico o telematico, proprio perché attività diretta ad incidere sul diritto alla riservatezza, di cui agli artt. 7 e 8 CDFUE, debba avvenire con modalità che garantiscano un adeguato controllo giurisdizionale (Corte giust. UE, sent. 2/03/2021, H.K., C-746/18, cit.): acquisizione che, in caso di emissione di un ordine europeo di indagine, deve consentire all'interessato di promuovere un adeguato mezzo di impugnazione, sì da esercitare validamente il diritto al ricorso effettivo di cui all'art. 47 CDFUE (Corte giust. UE, sent. 11/11/2021, Gavanozov, C-852/19). E, da altro lato, come, in disparte il criterio di autonomia di ciascuno Stato membro nel regolare «le modalità processuali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione», occorra, in ogni caso, che quelle modalità «non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno", e «che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti», evitando che «informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati» (Corte giust. UE, sent. 16/12/2021, HP, C-724/19).

3. Solo una volta chiarito quale sia l'atto richiesto con l'o.e.i. ed eseguito in Francia e il regime per la sua acquisizione in Italia, può essere affrontata la questione sollevata dalla difesa della "competenza" all'emissione dell'ordine europeo di indagine.

3.1. La Direttiva OEI - strumento normativo dell'Unione europea che si iscrive nel quadro del sistema del mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari in materia penale - prevede che, per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (lo «Stato di esecuzione») ai fini di acquisire prove, sia emessa "una decisione giudiziaria" ('ordine europeo di

indagine) da una autorità competente, secondo l'ordinamento nazionale, a disporre tali atti.

E ciò al fine di garantire che "l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'o.e.i. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo" (art. 6).

Quindi l'o.e.i. presuppone in primo luogo la "competenza" dell'autorità di emissione all'adozione dell'atto "specifico" che si intende eseguire all'estero e, coerentemente, la sussistenza delle condizioni per l'emissione dell'atto in questione nello Stato di emissione.

Questa regola ha la funzione di assicurare già nello Stato di emissione il controllo "a monte" sull'atto che si intende eseguire od ottenere all'estero: spetta infatti all'autorità di emissione il compito di accertare ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Direttiva «se le prove che si intende acquisire sono necessarie e proporzionate ai fini del procedimento, se l'atto di indagine scelto è necessario e proporzionato per l'acquisizione di tali prove», nonché «il pieno rispetto dei diritti stabiliti nell'articolo 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (considerando n. 11).

3.2. Il d.lgs. n. 108 del 2017, che ha dato attuazione alla Direttiva del 2014, all'art. 27 ha stabilito che autorità competenti ad emettere l'o.e.i. sono il pubblico ministero e il giudice che procede «nell'ambito delle rispettive attribuzioni», assegnando così al pubblico ministero la legittimazione alla emissione dell'ordine per la fase delle indagini preliminari.

Il legislatore delegato ha così valorizzato il "dominio" della fase da parte del pubblico ministero, anche quando l'o.e.i. abbia per oggetto attività postulanti il previo controllo autorizzativo del giudice, posto che la competenza del giudice per le indagini è soltanto incidentale.

Il decreto ha altresì escluso per tale fase che l'emissione dell'o.e.i. debba essere preceduta dal contraddittorio con le parti (riservato solo ai procedimenti in cui sia il giudice ad emettere l'ordine).

Quindi la scelta del legislatore delegato è stata quella di diversificare la competenza ad emettere l'o.e.i. da quella ad emettere l'atto di indagine richiesto.

Peraltro, nell'attribuire al pubblico ministero per la fase delle indagini la competenza ad emettere l'o.i.e. per ogni tipologia di atto da acquisire all'estero, il decreto legislativo ha espressamente previsto – se pur per le sole intercettazioni - che l'ordine sia preceduto dalla adozione del provvedimento di autorizzazione da parte del Giudice per le indagini preliminari (art. 43).

Spetta a quest'ultimo infatti «verificare i presupposti della richiesta, in base alla disciplina codicistica», e quindi – eventualmente - respingerla in assenza di tali presupposti (così espressamente la Relazione illustrativa). Poiché il provvedimento autorizzativo non è previsto possa essere allegato all'ordine, nell'o.e.i il pubblico ministero dovrà esporre «i motivi per cui considera l'atto di indagine utile al procedimento penale».

Quando invece l'atto da eseguire all'estero sia di competenza dello stesso pubblico ministero, secondo la disciplina codicistica, è l'o.e.i. – quale decisione giudiziaria – a costituire l'atto interno di indagine (l'art. 28 infatti prevede in caso di sequestro probatorio che sia l'o.e.i. ad essere oggetto di impugnativa).

3.3. L'o.e.i. può essere emesso anche per acquisire prove già disponibili nello Stato di esecuzione (art. 1: "prove già in possesso dell'autorità dello Stato di esecuzione").

La Direttiva OEI, infatti, ha inglobato il meccanismo di cooperazione già previsto in ambito U.E. per l'acquisizione di mezzi di prova già esistenti e disponibili nello Stato di esecuzione - la decisione quadro 2008/978/GAI sul mandato di ricerca della prova (che l'Italia non ha implementato) - che, come si legge nella proposta della Commissione europea (doc. COM (2003) 688 del 14 novembre 2003), poteva essere utilizzato per acquisire anche «i dati esistenti riguardanti le comunicazioni intercettate».

Quanto alle regole previste da tale ultimo strumento, è significativo che la decisione quadro avesse previsto, quali condizioni per l'emissione del mandato, non solo una valutazione da parte dell'autorità di emissione sulla necessità e proporzionalità dell'acquisizione delle prove rispetto al procedimento penale *a quo*, ma anche la "compatibilità" della stessa acquisizione rispetto alla legislazione dello Stato di emissione "se le prove fossero state disponibili nel territorio dello Stato di emissione" (il mandato, in altri termini, poteva essere emesso soltanto nei casi in cui gli oggetti, i documenti o i dati erano acquisibili in base alla legislazione nazionale). Tale condizione, come si legge nella relativa proposta della Commissione europea, intendeva evitare che il suddetto meccanismo di acquisizione della prova venisse ad aggirare divieti o limiti previsti dalla legislazione dello Stato di emissione.

Poiché né la Direttiva OEI né il decreto legislativo attuativo hanno dettato regole specifiche per l'emissione dell'o.e.i. per l'acquisizione di prove già disponibili, deve ritenersi ferma anche per tale forma di ordine la competenza del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari.

Il problema piuttosto attiene alla necessità che l'o.e.i. sia preceduto o meno da un provvedimento autorizzativo del giudice, laddove questo sia previsto dalla normativa nazionale per la tipologia di atto da acquisire.

La questione, che riguarda quindi più che il tema della competenza del pubblico ministero ad emettere l'o.e.i. quello della legittima emissione dell'ordine stesso, nel caso in esame si presenta in ogni caso irrilevante, per quello che di seguito sarà precisato al § 4.4.

4. Va chiarito dunque quali siano, con riferimento al ricorso in esame, le conseguenze derivanti dalla illegittima emissione dell'o.e.i. in quanto non preceduto dal necessario provvedimento del giudice.

4.1. La Direttiva OEI prevede che la difesa possa in primo luogo far valere i mezzi di impugnazione disponibili presso lo Stato di esecuzione così da impedire il riconoscimento dell'o.e.i. o la trasmissione della prova o comunque la sua utilizzazione nel procedimento *ad quem* (art. 14), dovendo lo Stato di emissione tener conto dell'esito di una impugnazione attuata con successo dall'interessato.

Tra i profili che la difesa può far rilevare presso lo Stato di esecuzione si pone quello della competenza dell'autorità di emissione ad adottare lo specifico atto richiesto (in tal senso cfr. sent. Corte giust. UE, 16/12/2021, HP C-724/19, cit.).

4.2. A sua volta, lo Stato di emissione, come ha chiarito la Corte di giustizia, indipendentemente dai rimedi esperibili presso lo Stato di esecuzione, deve consentire alla difesa di contestare «la necessità e la regolarità di un ordine europeo di indagine» (sent. 11/11/2021, Gavanozov, C-852/19).

Nel silenzio del decreto attuativo della Direttiva OEI, deve ritenersi che la difesa possa avvalersi dei rimedi previsti dal nostro ordinamento per sottoporre a verifica il profilo della illegittimità dell'o.i.e. (principio già affermato dalle Sezioni Unite con riferimento ad una richiesta di assistenza giudiziaria, Sez. U, n. 21420 del 16/04/2003, Monnier).

4.3. Ebbene, laddove risulti che l'attività di indagine svolta all'estero sia stata eseguita sulla base di un ordine illegittimo, perché emesso senza il necessario provvedimento del giudice, la genesi patologica della prova raccolta all'estero non può che riflettersi sul procedimento penale di destinazione, decretando la inutilizzabilità della prova.

4.4. Diverse sono invece le conseguenze di tale illegittimità laddove si accerti che l'o.e.i. è stato emesso al fine di acquisire una prova "già disponibile" nello Stato di esecuzione.

Posto che non risulta che la difesa ha eccepito con successo presso lo Stato di esecuzione la illegittima emissione dell'o.e.i. da parte del pubblico ministero italiano, tale profilo risulta definitivamente assorbito dalla trasmissione della prova ad opera di quest'ultimo (verificandosi un caso analogo a quello in cui la prova è stata spontaneamente messa a disposizione di un altro Stato, secondo un meccanismo oramai consolidato nella normativa internazionale e nelle prassi delle relazioni tra Stati).

A fronte di una prova definitivamente trasmessa all'autorità italiana, la questione posta dalla difesa in questa sede risulta quindi preclusa.

Ciò non esclude, peraltro, come ha richiesto la Corte di giustizia, che la difesa possa ottenere, attraverso i rimedi disponibili nella nostra legislazione, la verifica sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità della prova secondo le regole proprie dell'ordinamento nazionale. Verifica che, in quanto non effettuata dal giudice nel procedimento *a quo* prima dell'emissione dell'o.e.i., incidentalmente, può essere effettuata successivamente anche dal Giudice del riesame.

La Direttiva OEI non ha disciplinato infatti la utilizzabilità della prova acquisita con l'o.e.i., rinviando per tale aspetto al diritto dello Stato di emissione, fatti salvi in ogni caso "i diritti della difesa" e le garanzie di "un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI» (art. 14, par. 7)

Così, nel caso di risultati di operazioni di intercettazione già disponibili nello Stato di esecuzione, la norma di riferimento nella prospettiva nazionale non può essere soltanto l'art. 270 cod. proc. pen. che regola l'utilizzazione della prova acquisita in altro procedimento.

Come hanno chiarito le Sezioni Unite, a tale norma risulta del tutto estraneo il procedimento di "ammissione" dell'intercettazione, che tuttavia non può non rilevare nel giudizio *ad quem* sotto il profilo della legalità del procedimento di autorizzazione ed esecuzione delle intercettazioni: se la violazione della garanzia di libertà e segretezza delle comunicazioni può rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *a quo*, a maggior ragione deve poter rendere inutilizzabile la prova nel giudizio *ad quem*, nel quale ha più ristretti limiti di ammissibilità. E del resto è evidente a quali abusi si presterebbe altrimenti la circolazione di una prova privata della memoria della sua genesi (Sez. U, n. 45189 del 17/11/2004, Esposito, Rv. 229244).

È pertanto evidente che, nel sistema delineato dalla Direttiva OEI, per l'acquisizione dei risultati di un'intercettazione già svolta all'estero, non è sufficiente che tale prova sia stata autorizzata da un giudice di uno Stato membro nel rispetto della legislazione di tale Stato, ma occorre il controllo – che

non può essere affidato che al giudice nazionale dello Stato di emissione – sull'ammissibilità e sulla utilizzazione della prova stessa (l'intercettazione) secondo la legislazione italiana.

5. Resta da chiarire, infine, quale sia il regime di utilizzabilità della prova raccolta con il sistema dell'o.e.i.

5.1. La Direttiva OEI, come anticipato, non contiene disposizioni sul punto, posto che è affermazione costante della Corte di giustizia che «in assenza di una normativa dell'Unione» in tema di ammissibilità e valutazione delle prove acquisite attraverso gli strumenti di cooperazione giudiziaria, dovrebbe spettare agli ordinamenti nazionali, ai sensi del principio dell'"autonomia procedurale", stabilire «le modalità processuali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione». L'importante è che queste ultime «non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno», e «che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti», evitando che «informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati» (Grande Sezione, 6 ottobre 2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18).

Il decreto legislativo a sua volta si è limitato a stabilire nell'art. 36 quali atti possano essere raccolti nel fascicolo per il dibattimento, replicando la disciplina in tema di rogatorie (art. 431 cod. proc. pen.).

Vengono in considerazione pertanto, in quanto compatibili, i consolidati principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di utilizzabilità dei risultati delle rogatorie, ovvero la regola della prevalenza della "*lex loci*" sulla "*lex fori*", secondo cui l'atto è eseguito secondo le norme processuali dello Stato richiesto, con l'unico limite che la prova non può essere utilizzata se la stessa sia in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano (tra le tante, Sez. 3, n. 1396 del 12/10/2021, dep. 2022, Rv. 282886; Sez. 5, n. 1405 del 16/11/2016, dep. 2017, Rv. 269015; Sez. 2, n. 2173 del 22/12/2016, dep. 2017, Rv. 269000; Sez. 5, n. 45002 del 13/7/2016, Rv. 268457).

Questi ultimi costituiscono invero il limite inderogabile per l'utilizzabilità della prova assunta all'estero *ex* art. 191 cod. proc. pen.

Tra i principi cardine dell'ordinamento italiano, ai quali l'atto probatorio assunto all'estero deve conformarsi, secondo la cennata interpretazione costituzionalmente vincolata, la giurisprudenza di legittimità ha fatto costantemente riferimento alla tutela dell'inviolabile diritto di difesa *ex* art. 24

comma 2 Cost. e del contraddittorio per la prova di cui all'art. 111 Cost. (Sez. 1, n. 19678 del 03/03/2003, Rv. 225744).

Se, da un lato, la Suprema Corte ha escluso che si possa pretendere un integrale adattamento della fattispecie tipica dell'atto rogato alle linee del modello processuale interno, ovvero un'automatica trasposizione in materia di cooperazione giudiziaria internazionale di ogni regola o divieto probatorio provvisti dal codice di rito della sanzione dell'inutilizzabilità; dall'altro lato, ha chiarito che le prerogative difensive, che devono modularsi nella loro esplicazione sulla legge dello Stato che ha dato esecuzione all'ordine di indagine, non possono essere compresse nel loro nucleo essenziale.

Per quel che attiene, in particolare, al diritto della persona imputata di poter conoscere e contestare il materiale probatorio utilizzato a proprio carico, la Suprema Corte ha ritenuto, in tema di intercettazioni, che vada garantito il diritto della difesa di accesso alla prova anche se raccolta all'estero: nel caso in cui l'attività di messa in chiaro di messaggi criptati (nella specie scambiati mediante sistema "*Blackberry*") sia stata svolta all'estero dal fornitore del servizio fuori dal contraddittorio, la difesa ha diritto di ottenere la versione originale e criptata dei messaggi e le chiavi di sicurezza necessarie alla decriptazione, a pena di nullità *ex* art. 178, lett. c), cod. proc. pen. (Sez. 4, n. 49896 del 15/10/2019, Rv. 277949).

Va rammentato, al riguardo, che la Corte EDU ha costantemente affermato che, per stabilire l'equità del processo, va verificato se e in quale modalità sia stata data all'imputato la opportunità di accedere alla prova "decisiva" ai fini della condanna.

Con riferimento ad un caso in cui era stata compresso il diritto della difesa in relazione a dati raccolti in un "*server*" di messaggistica crittografata, non consentendo la verifica dei dati grezzi nel loro contenuto e nella loro integrità, la Corte EDU (Grande Camera, sent. 26/09/2023, Yüksel Yalçinkaya c. Turchia) ha affermato che, nonostante le prove elettroniche differiscano sotto molti aspetti dalle prove tradizionali, anche per quanto riguarda la loro natura e le tecnologie speciali richieste per la raccolta, conservazione, trattamento ed analisi, non vi è alcuna ragione per una applicazione differenziata delle garanzie previste dall'art. 6, par. 1, CEDU; che il diritto ad un processo in contraddittorio presuppone quindi che l'autorità inquirente riveli alla difesa tutte le prove, anche quelle "elettroniche" e non solo quelle che l'accusa ritiene rilevanti. Tale diritto non è, tuttavia, assoluto potendo rendersi necessario un suo bilanciamento con interessi concorrenti, quali la sicurezza nazionale o la necessità di mantenere segreti i metodi di indagine dei reati da parte della polizia.

Tale bilanciamento può, pertanto, portare a misure restrittive dei diritti della difesa; in tal caso, al fine di garantire un giusto processo, si richiede infatti, entro i soli limiti della stretta necessità, che le limitazioni dei diritti della difesa siano controbilanciate da adeguate garanzie procedurali (cfr. § 308) alla luce «dell'importanza del materiale non divulgato e del suo utilizzo nel processo», e che sia stata data all'imputato "un'opportunità adeguata" per preparare la sua difesa, come richiesto dall'art. 6 della Convenzione.

5.2. Nel caso in esame non è chiaro quale parte delle iniziative istruttorie svolte all'estero risulti coperta da un non meglio delineato "segreto di Stato" apposto dall'autorità francese, di cui pure vi è menzione nel provvedimento impugnato, e in quale momento del procedimento di esecuzione dell'o.i.e. sia stato eventualmente opposto alle parti il segreto in questione.

Escluso che in siffatta ipotesi sia applicabile l'art. 256-*ter* cod. proc. pen. – che riguarda i casi in cui il segreto di Stato sia stato apposto da un'autorità italiana – va pertanto verificato, sulla base delle produzioni delle parti, se e in quale misura l'esercizio delle facoltà difensive di accesso alla prova sia stato in concreto limitato dal segreto di Stato francese.

Non emerge infatti dai provvedimenti di merito se sia stata data alla difesa – che ha l'onere, nel caso di trasmissione di prova già autonomamente acquisita da un'autorità di altro Stato membro dell'Unione europea, di rivolgersi alle autorità di tale Stato - l'opportunità di ottenere la versione originale dei messaggi nonché i dati necessari per rendere intellegibili i messaggi criptati.

Spetta in ogni caso alla difesa, al pari di quel che avviene per il diritto di accesso alle registrazioni di intercettazioni (Sez. 2, n. 43772 del 03/10/2013, Rv. 257304), allegare di non aver potuto beneficiare di tali opportunità per contestare il materiale indiziario utilizzato a carico del ricorrente.

6. L'ordinanza impugnata va, dunque, annullata con rinvio al Tribunale di Milano, che nel nuovo giudizio colmerà le indicate lacune motivazionali uniformandosi ai principî di diritto innanzi delineati.

In particolare, in base ai sopra evidenziati parametri e tenuto conto delle connotazioni assunte dalla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, il Tribunale di Milano dovrà:

- chiarire quali siano state la natura e le caratteristiche delle attività di indagine svolte all'estero, attribuire alle stesse la corretta qualificazione giuridica e individuarne il relativo regime processuale applicabile;

- verificare, ai fini della utilizzabilità dei dati informativi acquisiti, concernenti comunicazioni nella fase "statica", se sussistevano le condizioni originarie per

l'autorizzabilità in sede giurisdizionale delle relative attività investigative oggetto degli ordini europei;

- dichiarare, se del caso, la inutilizzabilità degli elementi di conoscenza acquisiti, concernenti comunicazioni nella fase "dinamica", in assenza di un preventivo provvedimento autorizzativo del giudice italiano;

- valutare la utilizzabilità in Italia della prova raccolta all'estero sulla base delle questioni poste dalla difesa in tema di accesso al materiale indiziario.

All'esito degli accertamenti demandati con la presente pronuncia rescindente, in sede rescissoria il giudice di rinvio – laddove dovesse eventualmente riconoscere la inutilizzabilità di parte degli elementi di prova indiziaria – dovrà, infine, effettuare una "prova di resistenza" per verificare se il rispetto dell'art. 273 cod. proc. pen. possa considerarsi, nel caso di specie, ugualmente garantito in base ad ulteriori elementi di conoscenza legittimamente acquisiti. Ciò perché nella motivazione dell'ordinanza gravata il Tribunale di Milano ha precisato che l'affermazione di sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza è basata, oltre che sui risultati delle indagini svolte dall'autorità giudiziaria francese, sugli esiti delle investigazioni svolte direttamente dall'autorità inquirente italiana, compendiati nei risultati di intercettazioni telefoniche e ambientali, di acquisizioni di dichiarazioni auto ed etero-accusatorie di un indagato e di ulteriori operazioni di polizia giudiziaria.

Nel riconoscimento della fondatezza del primo motivo resta conseguentemente assorbito l'esame dei restanti motivi del ricorso.

Alla Cancelleria vanno demandati gli adempimenti esecutivi di legge.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Milano competente ai sensi dell'art. 309, comma 7, cod. proc. pen.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 94, comma 1-*ter*, disp. att. cod. proc. pen.

Così deciso il 26/10/2023

Il Consigliere estensore
Ercole Aprile

Il Presidente
Gaetano De Amicis

Depositato in Cancelleria
oggi, 02 NOV 2023
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Dott.ssa Giuseppina Cirimele