



13535-24

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

Composta da:

MONICA BONI
DOMENICO FIORDALISI
FRANCESCO CENTOFANTI
FRANCESCO ALIFFI
VINCENZO GALATI

- Presidente -

Sent. n. sez. 837/2024
CC - 12/03/2024

- Relatore

R.G.N. 34291/2023

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

[REDACTED]

avverso l'ordinanza del 22/06/2023 del TRIB. LIBERTA' di BARI

udita la relazione svolta dal Consigliere FRANCESCO ALIFFI;

sentite le conclusioni del PG OLGA MIGNOLO che ha chiesto il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza indicata nel preambolo il Tribunale di Bari, adito ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen., ha confermato il provvedimento con cui il Giudice per le indagini preliminari aveva applicato a [REDACTED] la misura cautelare della custodia in carcere perché raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato di tentato omicidio, commesso ai danni di [REDACTED] [REDACTED] aggravato dal metodo e dalla finalità mafiosa nonché dello strumentale delitto in materia di armi.

Secondo i Giudici della cautela, depongono nel senso del coinvolgimento di [REDACTED] nell'organizzazione ed esazione dell'episodio omicidiario oltre alle

conversazioni, telefoniche ed ambientali, intercettate in altri procedimenti, le chat criptate acquisite all'estero mediante ordine europeo di indagine, i rilievi tecnici compiuti nell'immediatezza, le immagini registrate dalle telecamere ubicate sul luogo dei fatti ed alcune sommarie informazioni.

Rilievo fondamentale hanno le chat. Si tratta di conversazioni vocali e messaggi estratti dalla piattaforma criptata [redacted] riconducibili a dispositivi, contrassegnati da diversi PIN, in uso a [redacted] e ad altri soggetti affiliati ad un gruppo, la [redacted] operante nell'ambito dell'organizzazione di tipo mafioso nota come [redacted]. In alcune di esse, intercorse nel marzo del 2020, gli interlocutori, tra cui [redacted] danno conto dell'organizzazione di un omicidio ai danni di componenti del clan rivale, la [redacted] e in particolare di [redacted]. Nelle conversazioni intercorse lo stesso giorno dell'agguato, il 30 settembre 2020 ed in quelli immediatamente successivi, gli interlocutori si scambiano commenti espliciti sull'esito e sul ruolo di esecutore materiale svolto da [redacted].

Ritiene il Tribunale che le chat siano utilizzabili in conformità ai principi espressi da più pronunce della Corte di cassazione ampiamente richiamate.

La messaggistica, scritta e vocale, è stata acquisita, previo scambio di informazioni tra autorità di polizia, in esecuzione di ordine europeo di indagine rivolto alla competente autorità giudiziaria francese. E' stata quest'ultima a trasmettere i dati riversati su un DVD allegato al verbale delle operazioni svolte previa decriptazione resa possibile dall'individuazione del necessario algoritmo utilizzato dalla società proprietaria del server.

Trattandosi di dati informativi documentali conservati all'estero è stato correttamente applicato lo schema procedimentale di cui all'art. 234-bis cod. proc. pen. Non doveva essere applicata la disciplina delle intercettazioni posto che queste ultime postulano la captazione di flussi di comunicazioni in corso. D'altra parte, il pubblico ministero attraverso l'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE non ha mai formulato richiesta di procedere ad attività di intercettazione telefonica o telematica ma ha richiesto la trasmissione di copia dei messaggi riferibili al PIN di interesse scambiati sulla piattaforma [redacted].

A fronte della presunzione di regolarità dell'attività svolta all'estero la difesa non ha prospettato alcuna specifica deduzione in merito al rispetto dei diritti fondamentali e del rispetto dei principi di proporzionalità nei termini indicati dalla normativa nazionale e sovranazionale in tema di OEI.

Quanto al procedimento di formazione ed acquisizione a monte dei dati probatori nel Paese estero in cui tali attività hanno avuto luogo, non risulta che



la difesa abbia chiesto al pubblico ministero la documentazione relativa alla natura dell'attività di indagine al fine di verificare la sua compatibilità con i principi fondamentali del nostro ordinamento. In ogni caso, l'assenza di informazioni specifiche in ordine all'attività di indagine svolta dalla polizia prima ed indipendentemente dall'OEI non lede il diritto al contraddittorio

E' infondata l'eccezione di nullità dell'ordinanza per difetto di autonoma valutazione in ordine al profilo dell'utilizzabilità delle chat criptate perché generica a fronte di ordinanza genetica ampiamente motivata su tutti i profili.

2. Ricorre [REDACTED] per il tramite del difensore di fiducia, deducendo tre motivi, trattati congiuntamente, con cui lamenta vizio di motivazione ed inosservanza di legge penale con riferimento all'art. 292 cod. proc. pen. nonché violazione di norme processuali e vizio di motivazione in tema di utilizzabilità delle chat criptate.

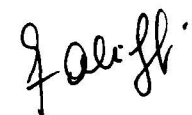

Sostiene il ricorrente che l'ordinanza impugnata non abbia esaurientemente risposto alle doglianze difensive, limitandosi ad osservare che l'autonoma valutazione da parte del Giudice per le indagini preliminari non poteva ritenersi esclusa in presenza del mero richiamo agli atti del fascicolo di indagine per come riassunti nella richiesta del pubblico ministero.

Il Tribunale del riesame, per superare i rilievi difensivi in tema di utilizzabilità delle chat criptate, ha riportato testualmente i passaggi motivazionali di una sentenza della Corte di cassazione, Sez. 1, n. 6363 del 2023, senza spiegare le ragioni per cui ha aderito all'orientamento che considera legittima l'acquisizione ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. e, per converso, le ragioni dell'infondatezza della opposta tesi difensiva pure sostenuta da diversa giurisprudenza di legittimità (Sez. 4, n. 32915).

Non ha dato alcun rilievo alla circostanza, pur documentata dalla difesa, del deposito presso la segreteria del pubblico ministero procedente della richiesta, rimasta inevasa, di documentazione, tra l'altro, attestante le modalità di esecuzione da parte dell'Europol dei dati contenuti nel server con annessi verbali.

In assenza documentazione utile a verificare le modalità di acquisizione delle chat non è utilizzabile la nota informativa della polizia giudiziaria contenente la trascrizione di queste ultime perché il giudice non può verificare l'osservanza dei principi fondamentali del nostro ordinamento ed il rispetto del diritto di difesa.

In ogni caso non risulta che l'attività di captazione e decifrazione dei flussi telematici si sia svolta con il preventivo controllo dell'autorità giudiziaria sempre necessario rientrando la messaggistica acquisita nella nozione di corrispondenza



se non di dati acquisiti mediante attività di intercettazione. Per tale ragione, l'autorità giudiziaria francese, in sede di esecuzione dell'ordine europeo di indagine, avrebbe dovuto trasmettere anche i verbali attestanti le modalità di acquisizione dei dati informatici e di svolgimento delle operazioni di decrittazione e trascrizione degli stessi per consentire alla difesa il controllo su rispetto dei principi fondamentali e delle norme inderogabili del nostro ordinamento a cominciare dal diritto alla formazione della prova in contraddittorio .

In quest'ottica, la difesa aveva avanzato alla Procura distrettuale richiesta, allegata al ricorso per la sua autosufficienza, per conoscere le modalità di acquisizione dei dati contenuti nel server nonché la procedura seguita dall'autorità giudiziaria francese per procedere al sequestro del server e comunque all'acquisizione dalla messagistica in esso contenuta.

La carenza della documentazione rende impossibile verificare la corrispondenza tra i testi e le immagini scambiati telematicamente e i testi e le immagini ottenute attraverso il programma informatico di decodificazione.

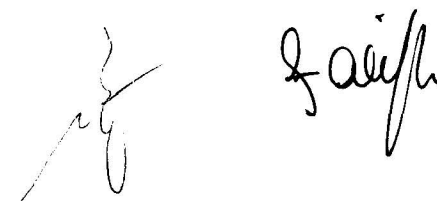
Soltanto il controllo sulle modalità di svolgimento del procedimento probatorio può consentire di accertare se il messaggio crittografato sia stato acquisito:

- mediante l'intercettazione del flusso telematico;
- mediante inoculazione di un captatore informatico;
- mediante la acquisizione del documento informatico conservato nel server a comunicazione esaurita.

Mentre nei primi due casi, come si desume dall'art. 6, comma 1 lett. b) della direttiva UE relativa all'ordine europeo di indagine, che impone l'osservanza delle norme previste dai Paesi richiedenti, l'acquisizione dei risultati sarebbe legittima solo se sono state osservate le condizioni previste dall'art. 270 cod. proc. pen. mentre se l'acquisizione è avvenuta mediante la copiatura del dato informatico conservato nel server o la perquisizione del sistema informatico o telematico devono essere osservate le regole in materia di copia forense e di garanzia della genuinità del dato informatico.

Considerato la normativa vigente sui tabuati, in ogni caso l'acquisizione probatoria de contenuto dei messaggi scambiati telematicamente ed archiviati nel server richiede sempre e comunque una preventiva autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria.

CONSIDERATO IN DIRITTO



Il ricorso è fondato nei limiti chiariti nel proseguo.

1. La censura relativa all'assenza di autonoma valutazione non si sottrae alla declaratoria di inammissibilità per la sua genericità.

Il ricorrente si è limitato a segnalare la materiale incorporazione nell'ordinanza genetica della richiesta del pubblico ministero senza riuscire a dimostrare l'assenza da parte del giudice cautelare di un vaglio effettivo ed autonomo della domanda e dei gravi indizi di colpevolezza, comunque presente.

2. Le censure relative all'utilizzabilità delle chat criptate colgono nel segno.

2.1. Nell'esaminare le delicate questioni in tema di utilizzazione della messaggistica criptata sulla piattaforma [REDACTED] acquisita mediante ordine europeo di indagine da autorità estera che ne aveva eseguito la decriptazione, la giurisprudenza di questa Corte di cassazione non è pervenuta a conclusioni uniformi.

Secondo l'orientamento prevalente, le "chat" su sistema [REDACTED] costituendo rappresentazioni comunicative incorporate in una base materiale con un metodo digitale o comunque dati informativi di natura documentale conservati all'estero e non flusso comunicativo sono acquisibili per mezzo di ordine europeo di indagine, a sensi dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., sicché non trova applicazione la disciplina delle intercettazioni di cui agli artt. 266 e 266-bis cod. proc. pen., ma (Sez. 1, n. 6364 del 13/10/2022, Calderon, Rv. 283998 - 01; Sez. 3, n. 47201 del 19/10/2023, Bruzzaniti, Rv. 285350 - 01; Sez. 1, n. 34059 del 01/07/2022, Molisso, non mass.).

Il contrapposto orientamento esclude la legittimità dell'acquisizione con lo strumento dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen. sul presupposto che l'oggetto dell'acquisizione all'estero della messaggistica criptata sulla piattaforma [REDACTED] non costituisce dato informatico. Ritiene, invece, che debba essere distinta l'ipotesi in cui l'attività acquisitiva riguarda comunicazioni avvenute nella fase "statica" da quella in cui ha ad oggetto comunicazioni avvenute nella fase "dinamica". Nel primo caso trovano applicazione le disposizioni in materia di perquisizione e sequestro e, in particolare, in quella di cui all'art. 254-*bis* cod. proc. pen., nel secondo caso l'attività deve essere inquadrata nella disciplina degli artt. 266 e ss. cod. proc. pen. in materia di intercettazioni telefoniche (Sez. 6, n. 44154 del 26/10/2023, Iaria, Rv. 285284 - 01; Sez. 6, n. 44155 del 26/10/2023, Kolgjokaj, Rv. 285362 - 01).



2.2. A fronte di queste decisioni discordanti, la Terza sezione penale di questa Corte con ordinanza n. 47798 del 3 novembre 2023 , evidenziando il contrasto in materia, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, sollecitando una sua pronuncia su questi punti:

- se il trasferimento all'Autorità giudiziaria italiana, in esecuzione di ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini e già acquisite e decrittate dall'Autorità giudiziaria estera in un proprio procedimento penale, costituisca acquisizione di documenti e di dati informatici ai sensi dell'art. 234 *bis* c.p.p. o di documenti ex art. 234 c.p.p. ovvero sia riconducibile ad altra disciplina relativa all'acquisizione di prove;

- se il trasferimento di cui sopra debba essere oggetto di verifica giurisdizionale preventiva della sua legittimità, nello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine;

- se l'utilizzabilità degli esiti investigativi di cui al precedente punto a) sia soggetta a vaglio giurisdizionale nello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine.

Successivamente anche la Sesta sezione penale ha deciso di rimettere la questione alle Sezioni Unite, chiedendo di chiarire:

- se l'acquisizione, mediante ordine europeo d'indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera, in un proprio procedimento, su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini integri l'ipotesi disciplinata, nell'ordinamento nazionale, dall'art. 270 c.p.p.;

- se, ai fini dell'emissione dell'ordine europeo di indagine finalizzato al suddetto trasferimento, occorra la preventiva autorizzazione del giudice;

- se l'utilizzabilità degli esiti investigativi di cui al precedente punto a) sia soggetta a vaglio giurisdizionale nello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine.

2.3. Con la decisione del 29 febbraio 2024, le Sezioni Unite si sono pronunciate separatamente sui due ricorsi, affermando in relazione ai quesiti sollevati dalla Terza sezione (informazione provvisoria n. 3 del 2024):

- che il trasferimento all'Autorità giudiziaria italiana, in esecuzione di ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni effettuate attraverso criptofonini rientra nell'acquisizione di atti di un procedimento penale, che, a seconda della loro natura, trova alternativamente il suo fondamento negli artt. 78 disp. att. cod. proc. pen., 238, 270 cod. proc. pen. e, in quanto tale, rispetta l'art. 6 della Direttiva 2014/41/UE;



- che rientra nei poteri del pubblico ministero quello di acquisizione di atti di altro procedimento penale;

- che l'Autorità giurisdizionale dello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine deve verificare il rispetto dei diritti fondamentali, comprensivi del diritto di difesa e della garanzia di un equo processo.

In relazione al ricorso proveniente dalla Sesta sezione le Sezioni Unite hanno convenuto (informazione provvisoria n. 4 del 2024):

- che l'acquisizione, mediante ordine europeo d'indagine, dei risultati di intercettazioni disposte da un'autorità giudiziaria straniera, in un proprio procedimento, su una piattaforma informatica criptata e su criptofonini è un atto riconducibile all'art. 270 cod. proc. pen. e che l'ordine europeo di indagine può essere richiesto dal pubblico ministero;

- che l'Autorità giurisdizionale dello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine deve verificare il rispetto dei diritti fondamentali, comprensivi del diritto di difesa e della garanzia di un equo processo

In virtù di queste decisioni i due ricorsi – già assegnati rispettivamente alla Terza sezione ed alla Sesta sezione – sono stati rigettati.

2.4. Dalle informazioni provvisorie appena esaminate si evince che le Sezioni unite hanno superato il principio affermato dalla giurisprudenza maggioritaria in forza del quale la messaggistica oggetto di esame può essere sempre acquisita nel procedimento ai sensi dell'art. 234-*bis* cod. proc. pen., alla stregua di dati informativi di natura documentale conservati all'estero, per approdare alla diversa conclusione che l'acquisizione ed utilizzazione dei messaggi in questione è sottoposta a regole, limiti e garanzie diverse che dipendono dalle modalità con cui l'autorità estera ha, a sua volta, acquisito i dati conservati nel server. In particolare, se ciò è avvenuto mediante captazione, condotta in tempo reale, di un flusso di comunicazioni in atto si è realizzata attività di intercettazione in procedimento separato con la conseguenza che, pur potendo essere richieste dal pubblico ministero italiano tramite ordine di indagine europeo, trova applicazione l'art. 270 cod. proc. pen. Spetta, comunque, al giudice dello Stato di emissione dell'ordine europeo di indagine, la competenza a valutare il rispetto dei diritti fondamentali, del diritto di difesa e della garanzia di un equo processo. Qualora, invece, fossero ottenute da autorità giudiziaria estera trascrizioni di comunicazioni già avvenute e conservate nella memoria dei supporti utilizzati dai dialoganti, allora i relativi dati sarebbero da considerare documenti, acquisibili ai sensi dell'art. 238 cod. proc. pen.



3. Tanto posto, è evidente che il Tribunale del riesame, conformandosi ai principi enunciati dall'orientamento superato, ha erroneamente ritenuto ininfluyente accertare le modalità con cui l'autorità francese aveva acquisito le conversazioni conservate nel server e poi trasmesse, in esecuzione dell'ordine europeo di indagine, al pubblico ministero italiano che le aveva richieste. Tale accertamento, opportunamente sollecitato dalla difesa con la richiesta di riesame, doveva, invece, essere effettuato perché, come chiarito dalla sopravvenuta pronuncia a Sezioni unite del 29 febbraio 2024, funzionale a stabilire le regole di acquisizione della messaggistica nel procedimento penale e, conseguentemente, i limiti della sua utilizzabilità ai fini della decisione cautelare.

4. Si impone, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo giudizio al Tribunale di Bari che, nel rispetto dei principi enunciati, colmerà le lacune motivazionali e, in particolare, quelle relative al procedimento probatorio seguito dall'autorità straniera per acquisire i dati informativi trasmessi a seguito di ordine europeo di indagine.

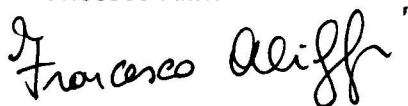
P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo giudizio al Tribunale di Bari, competente ai sensi dell'art. 309, co. 7, c.p.p. Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 94, comma 1-ter, disp. Att. Cod. Proc. Pen.

Così deciso, in Roma 12 Marzo 2024.

Il Consigliere estensore

Francesco Aliffi



Il Presidente

Monica Boni



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
Prima Sezione Penale

Depositata in Cancelleria oggi

Roma, li **03 APR. 2024**

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO

Monica Calcagni