

Proc. n. 3023/11 R.G.N.R.DDA

Proc. n. 2489/12 R.G.I.P.DDA



Tribunale di Reggio Calabria
Sezione dei Giudici per le Indagini Preliminari

Il G.U.P.

Raccolte le eccezioni svolte dalle Difese degli imputati;

PREMESSO CHE

le Difese invocano la revoca dell'ordinanza emessa il 29 maggio 2015 - con la quale questo Ufficio ha rigettato l'istanza di incidente probatorio - sull'assunto che la richiesta "*era finalizzata al recupero del diritto alla prova che, in condizioni di parità, deve essere assicurato ad accusa e difesa*".

In particolare, i Difensori, reiterano la richiesta, prospettando diversamente, alla luce delle risultanze della consulenza tecnica allegata alla memoria ex art. 121 c.p.p., un'ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni (**di non meglio indicate conversazioni**), avvenute via *chat*, secondo il sistema *pin to pin* tramite apparecchio Blackberry.

A sostegno dell'istanza rilevano che:

- a. l'accesso al dato informatico contenuto nel *cd rom* fornito ai richiedenti è risultato inibito al consulente della Difesa in quanto criptato;
- b. l'apertura del *file* recante le cd. "proprietà" richiede una *password* non fornita con il *set* di dati, indispensabile per procedere alle attività di analisi dei dati intercettati;
- c. a tal fine la Difesa aveva proceduto a citare i militari operanti presso la GdF ex art. 391 *bis* c.p.p., all'esito del cui rifiuto, aveva invocato l'incidente probatorio, volto "*non ad acquisire anticipatamente un atto non rinviabile, bensì ad esercitare il diritto alla prova attraverso lo strumento incidentale nel contraddittorio con il pubblico ministero innanzi al giudice*".

A fronte della dedotta impossibilità di accedere ai dati investigativi coperti da *password* non fornita, i profili problematici prospettati dalla Difesa attengono dunque, per un verso, alla possibilità di considerare adempiuto l'obbligo del P.M. di deposito degli atti di investigazione ex art. 415 *bis* c.p.p. e la conseguente utilizzabilità degli atti.

La Difesa lamenta, in sostanza, l'impossibilità di avere completa ed esaustiva contezza

dei contenuti e dei modi di acquisizione e/o elaborazione degli atti investigativi con pregiudizio alla facoltà di accesso al rito abbreviato.

Nello specifico, *“la preclusione all’accesso dei dati contenuti nel cd rom e la correlata preclusione a poter eccepire da parte della difesa eventuali violazioni dei divieti imposti in fase di raccolta del materiale probatorio, potrebbe comportare la rinuncia a far valere la fisiologica inutilizzabilità che potrebbe aver contaminato i risultati investigativi, il che renderebbe, per un verso, troppo alto il costo per l’accesso al rito premiale, e per l’altro ne implicherebbe la necessaria rinuncia”*.

Secondo Difesa risulterebbe “oggettivamente impeditivo” per l’esercizio consapevole del diritto alla scelta del rito il fatto che alcuni dei *files* sono “*esc.zip*” e non “*zip*” (cioè *encrypted*), sicché se pur il testo delle *chat* si legge dall’interfaccia HTML, il mancato accesso agli “*zip*” della sottocartella RAW impedisce di verificare il dato grezzo originale; a ciò si aggiunga, sempre secondo gli eccepenti, che tutti i *files* risultano creati il medesimo giorno (19 luglio) in perfetta sequenza temporale a distanza di pochi secondi l’uno dall’altro (e non già nel giorno e nell’ora di effettuazione delle annotazioni di p.g.), circostanza che dimostrerebbe viepiù la rilevanza e la decisività dei dati rimasti inaccessibili.

Sotto altro profilo, le Difese deducono che le richieste di intercettazione avanzate dalla Procura procedente alla sede italiana della società proprietaria del marchio Blackberry (RIM) sono state prese in carico e materialmente evase nella sede canadese della RIM medesima, nel cui *server* è stato incamerato il flusso telematico relativo alle conversazioni intercettate. Per converso, secondo, gli eccepenti, lo svolgimento di un segmento significativo dell’attività captativa in territorio estero avrebbe imposto l’attivazione delle procedure rogatorie previste per la formazione della prova, in particolare per l’acquisizione probatoria, all’estero.

La Difesa altresì rileva come il descritto *iter* si ponga in violazione degli artt. 267 e ss. c.p.p., atteso che un segmento significativo del procedimento intercettivo sarebbe in tal modo sottratto al costante controllo del P.M., del Giudice e conseguentemente della Difesa. Peraltro, le conversazioni si presentano coperte da un codice di criptazione, la cui chiave è detenuta in via esclusiva dalla RIM, che ha provveduto alla “messa in chiaro” dei dati e alla loro successiva trasmissione sul *server* installato presso gli Uffici della Procura della Repubblica, senza alcuna possibilità di controllo e di verifica sulla correttezza dell’opera di decriptazione effettuata.

Con riguardo all’operatività delle comunicazioni per mezzo di apparati telefonici Blackberry, la consulenza di parte del dott. PAOLONI, allegata alla memoria ex art. 121



c.p.p. depositata all'udienza del 4 giugno 2015 evidenzia in sostanza come a fronte del materiale intercettato dalle comunicazioni *pin to pin* dei telefoni Blackberry non vi sarebbe traccia di attività di intercettazione svolte in Italia, laddove il materiale versato in atti porterebbe a concludere che l'attività sia stata svolta all'estero senza i presupposti autorizzativi necessari nel Paese ove si è svolta l'intercettazione. Secondo il consulente negli atti disponibili mancherebbero i presupposti necessari ad assicurare la prova nel processo penale (richiesta rogatoria e certificazione dell'utilizzabilità come prova da parte dell'A. G. estera), dal momento che le comunicazioni intercettate sono pervenute agli impianti della Procura mediante passaggi che hanno interrotto la catena della custodia della prova.

In altre parole, ad avviso della Difesa, si tratterebbe di operazioni svolte all'estero che avrebbero richiesto l'ausilio dell'A.G. straniera, secondo la disciplina in tema di rogatoria, che, in tal guisa, sarebbe stata aggirata, con assenza del dovuto controllo da parte dell'Ufficio del P.M. in merito alle operazioni di intercettazione. A tanto conseguirebbe l'impossibilità per lo stesso G.I.P. di operare il controllo di legalità e, per le parti, analoga possibilità.

Tanto premesso, si

OSSERVA

Le eccezioni sono destituite di fondamento e non possono essere accolte.

In primo luogo, come condivisibilmente argomentato dal P.M. nella memoria depositata all'udienza del 4 giugno 2015 (ed allegati), alla luce delle informazioni tecniche fornite dalla società RCS di Milano, concedente in nolo gli impianti di registrazione presso la Procura della Repubblica (cfr. nota del 23 febbraio 2015, prodotta all'udienza del 4.6.2015), è possibile ricostruire sommariamente il meccanismo di funzionamento delle intercettazioni captate mediante sistema Blackberry:

“ a) L'apparato Blackberry, come tutti i cd smartphone, consente la trasmissione dei dati informatici su rete internet;

b) Il terminale de quo ha, come tutti gli apparecchi cellulari, un codice identificativo univoco denominato IMEI ed ha anche un cd PIN. Tutto questo consente la trasmissione dei dati telematici;

c) La associazione biunivoca dei due dati consente di potere trasmettere messaggi cifrati (cd chat) sulla rete internet che possono essere letti, previa decodifica del loro contenuto, da altri analoghi apparecchi dotati di IMEI e di PIN;

d) Il flusso informatico transita su rete telefonica;

e) Per potere intercettare il flusso telematico “PIN to PIN” (criptato) occorre

rivolgersi alla società RIM Italia srl (Blackberry Italia) con sede a Milano;

f) Tale società, come specificato dal proprio ufficio legale, può ricevere un decreto formato dalla AG italiana, ai sensi dell'art 266bis cpp, e collaborare alla estrazione dei dati;

g) La estrazione dei dati, che permette di disporre dei messaggi opportunamente decifrati, avviene in un server ubicato in Canada;

h) A seguito della estrazione, la società convoglia i dati direttamente nei server della Procura richiedente ove gli stessi vengono registrati e fruiti a fini di giustizia;

i) I dati, secondo quanto assicurato dal gestore, non sono alterati (nel senso che il gestore si limita a decifrarli, con le proprie "chiavi", e a trasmetterli al server italiano);

l) La società RIM Italia srl pone come unica condizione affinché esegua i decreti la presenza del terminale da intercettare in Italia; in caso contrario, non esegue il decreto. Va aggiunto inoltre che, come si evince dalla nota tecnica (atteso che è possibile localizzare lo stesso)".

Tanto premesso, occorre dunque chiedersi se, proprio in ragione dello specifico meccanismo descritto, sia necessaria un'attività rogatoriale per l'acquisizione dei flussi, per come assunto dalle Difese.

Non si può prescindere, per rispondere al quesito, dall'individuazione della funzione della rogatoria internazionale, che - com'è noto - consiste nel rispetto della sovranità territoriale degli Stati. In virtù del principio di sovranità, cioè, ciascuno Stato esercita la giurisdizione sul proprio territorio, con la conseguenza, sul piano processuale, che ogni Stato istruisce i propri processi *acquisendo le prove che si formano nel proprio ambito territoriale*, in applicazione delle disposizioni normative ivi previste; necessario corollario di tale affermazione, dunque, è che, allorquando lo Stato intenda acquisire prove al di fuori del proprio territorio, debba necessariamente avanzare richiesta di assistenza allo Stato del luogo in cui tale attività deve essere compiuta. Quando si parla di attività di acquisizione probatoria si allude tuttavia, necessariamente, alla *ricerca ed assicurazione di un risultato*, mediante il ricorso a strumenti processuali che richiedono, quale soggetto agente, l'intervento dell'Autorità Giudiziaria. Altrimenti detto: il processo di raccolta del dato probante deve informarsi alla *lex loci* e tener conto del fatto che l'unico soggetto legittimato ad acquisire le prove è la competente Autorità Giudiziaria. Ed invero, la disciplina delle rogatorie attive, prevista dall'art. 727 comma I c.p.p., prevede il ricorso a siffatto strumento processuale ogniqualvolta occorra effettuare attività di acquisizione probatoria all'estero (oltre alla

citazione di persone e notifiche di atti), in ragione dell'attuazione di Convenzioni Internazionali e di norme pattizie che disciplinano i sistemi di collaborazione processuale tra gli Stati. Le convenzioni internazionali prevedono il ricorso agli strumenti rogatoriali ogni qual volta debba essere acquisita all'estero una prova: ad esempio, l'art 3 comma I della Convenzione Europea di Assistenza Giudiziaria del 1959 - che indica come oggetto della rogatoria "il compimento di atti istruttori" - disciplina l'assunzione di prove o di elementi probatori secondo canoni procedurali, che postulano necessariamente il ricorso ad un'Autorità Giudiziaria o ad un organo da essa delegato, qual è la Polizia Giudiziaria.

Quanto alla normativa posta a disciplina dei rapporti tra Italia e Canada (che qui interessa), vige il trattato di Mutua Assistenza tra Italia e Canada del 6 dicembre del 1990, recepito dalla L. 12 aprile 1995 n 124 che così statuisce in punto di oggetto della assistenza: "*Art. 1 OBBLIGO DI PRESTARE ASSISTENZA 1.Ciascuna Parte presta all'altra Parte, su richiesta, e in conformità con le disposizioni di questo Trattato, la più ampia assistenza nei procedimenti penali e nelle indagini relativi a reati. Tale assistenza comprende: la notifica di citazioni o di altri atti giudiziari; la trasmissione di oggetti e di materiale probatorio; l'interrogatorio di persone; le attività di acquisizione probatoria comprese le perquisizioni ed i sequestri; il trasferimento di detenuti affinché possano deporre o assistere nelle indagini; la trasmissione di sentenze penali e di certificati di precedenti penali; 2.e ogni altra forma di assistenza che non è vietata dalla legge dello Stato richiesto. 3.L'assistenza non comprende l'esecuzione di ordini di arresto o di detenzione o ogni altra misura di restrizione della libertà personale, né l'esecuzione di pene o di altre sanzioni inflitte nello Stato richiedente. 4.Ai fini del presente Trattato, il termine "reato" significa, per l'Italia, ogni illecito di competenza del giudice penale e per il Canada, ogni illecito, previsto da una legge del Parlamento o dagli organi legislativi di una provincia, di competenza del giudice penale".*

Anche in questo caso, è agevole rilevare come le indagini che possono essere richieste abbiano ad oggetto attività processuali che postulano necessariamente l'intervento di un'Autorità statale per la raccolta della prova, non essendo altrimenti possibile l'acquisizione legale del risultato da accludere nel fascicolo processuale dell'Autorità Giudiziaria richiedente assistenza. È evidente che, ad esempio, gli atti di perquisizione, sequestro e interrogatorio all'estero possono essere disposti solo da una Autorità Giudiziaria ivi depositaria di poteri autoritativi in campo processuale, sulla scorta di disposizioni normative vigenti nello Stato ove debba essere compiuto l'atto necessario.

Ne consegue, allora, *a contrario*, che laddove l'acquisizione della prova non presupponga l'impiego di un potere autoritativo sotto il profilo processuale, non sia necessario il ricorso all'Autorità Giudiziaria estera. Infatti, è di immediata evidenza, in tali casi, l'Autorità Giudiziaria competente possa acquisire legittimamente il risultato *aliunde*, senza cioè, la necessaria "mediazione" di un'Autorità statale dotata di poteri autoritativi in campo processuale.

Ad esempio, laddove si debbano assumere informazioni da persona a conoscenza dei fatti risiedente all'estero, nulla vieta all'Autorità procedente di convocare nel proprio Stato la persona medesima e sottoporla a formale audizione e, solo nell'ipotesi in cui il soggetto rifiuti di comparire ovvero non possa effettuare il viaggio, sia necessario il ricorso all'assistenza giudiziaria, richiedendo l'assunzione della prova, in questo caso, il necessario intervento di un'Autorità che può legittimamente dispiegare i suoi poteri, anche coercitivi, nel luogo in cui si trovi la persona da escutere. E a quel punto la acquisizione della prova deve essere effettuata dalla Autorità Giudiziaria estera poiché la raccolta di informazioni, con la correlata dichiarazione di impegno a dire la verità, può essere assicurata solo attraverso la "mediazione" di un organismo processuale legalmente riconosciuto.

Nel caso di specie ci si trova al cospetto di un'ipotesi diversa: invero, l'Autorità Giudiziaria Italiana, dovendo effettuare un'intercettazione telematica su un apparecchio Blackberry, in ragione dell'esistenza di ostacoli di natura meramente tecnica (cattura di dati coperti da cifratura), ha richiesto alla società Blackberry Italia/RIM Italia (del gruppo Blackberry) di poter mettere a disposizione i sistemi per la decriptazione dei dati (in conformità del disposto di cui all'art. 268 co. 3 *bis* c.p.p., secondo cui "*quando si procede ad intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche, il pubblico ministero può disporre che le operazioni siano compiute anche mediante impianti appartenenti a privati*"). La società, piuttosto che limitarsi a fornire le chiavi di decifratura, ha direttamente provveduto a raccogliere i dati telematici, rendendoli contestualmente intellegibili, senza alterarne il contenuto, e riversandoli in tempo reale presso i server allocati presso la Procura procedente a condizione che l'apparecchio cellulare fosse fisicamente ubicato in Italia (condizione questa facilmente verificabile dalla ditta attraverso la disamina dei sistemi di localizzazione satellitare di cui è munito l'apparecchio).

Dunque, occorre chiedersi se tale attività costituisca o meno un'operazione illegittima, come tale passibile della sanzione processuale della inutilizzabilità, sol perché la società (italiana, essendo una s.r.l.) ha acquisito i dati da un server ubicato all'estero (Canada)

mettendolo a disposizione delle Autorità italiane che hanno provveduto a registrarli negli impianti presenti in Procura.

La risposta, come condivisibilmente argomentato dal P.M., non può che essere negativa, con la conseguenza che l'attività espletata dall'Ufficio di Procura appare del tutto conforme al dettato normativo, non essendo stata operata all'estero alcuna attività di acquisizione probatoria. Nel caso in esame, l'Autorità procedente, ottenuto il decreto autorizzativo conformemente al disposto dell'art. 266 *bis* c.p.p., ha cioè inoltrato una semplice richiesta ad una società italiana (la RIM Italia/Blackberry Italia), che l'ha presa in carico. Il risultato della attività, spontaneamente espletata dalla società, è tuttavia fuoriuscito dalla sfera giuridica della società italiana, venendo trasfuso, in via telematica, nei *server* installati in Procura. Ciò che si vuol evidenziare è che l'Autorità Giudiziaria procedente, nel corso del procedimento acquisitivo, ha positivamente interloquuto esclusivamente con un soggetto giuridico sedente nel territorio dello Stato italiano, che, su base volontaria, ha riscontrato la richiesta avanzata trasmettendo direttamente i risultati in Italia. Di qui, a parere del Giudicante, l'irrilevanza, alla luce del meccanismo descritto, della circostanza per la quale l'interlocutore giuridico italiano dell'Autorità Giudiziaria abbia inteso, per ragioni meramente interne ed organizzative, "appoggiarsi" al compendio aziendale della controllante RIM Canada, ubicato in un determinato Stato, onde positivamente evadere la richiesta inoltrata dalla P.G. facendo fuoriscire il prodotto in Italia.

Ciò che rileva, piuttosto, sotto il profilo giuridico, ai fini dell'individuazione ed affermazione della giurisdizione, non è tanto il luogo in cui avviene l'operazione, quanto quello nel quale si consuma il rapporto tra Autorità Giudiziaria ed ausiliario; rapporto che inizia con l'assunzione dell'incarico e termina con l'espletamento dello stesso: infatti, in Italia viene assunta in carico la richiesta proveniente dall'Autorità; sempre in Italia viene messo a disposizione il risultato mediante riversamento del dato informatico nei *server* allocati in Procura. Se poi la elaborazione materiale della richiesta avviene all'estero, ciò è un dato meramente fattuale privo di alcuna valenza giuridica, poiché si tratta di una semplice attività esecutiva che risponde a scelte discrezionali dell'Azienda che prende in carico la richiesta.

Tale operazione non richiede la mediazione di un'Autorità statale, territorialmente localizzata, dal momento che l'ausiliario (la società) ha spontaneamente inteso collaborare. Diversamente opinando, plurimi sarebbero i casi nei quali dovrebbe ricorrersi allo strumento della rogatoria. Si pensi, come opportunamente evidenziato dall'Ufficio Requirente, a un accertamento bancario fatto presso una Agenzia italiana di

un Istituto di credito estero che, sempre all'estero, ha i propri *server* in cui sono conservate le informazioni di tutti i conti correnti. Se l'Istituto di Credito, per il tramite della propria Agenzia italiana, acconsente alla richiesta e, attraverso una visura in remoto, "scarica" i tabulati dei conti correnti dai *server* esteri, mettendoli a disposizione della Autorità Giudiziaria italiana, pare difficile sostenere che l'atto sia inutilizzabile. E invero, la acquisizione della prova si ha al momento della sua fuoriuscita dalla sfera giuridica del soggetto ausiliario, nella specie un Istituto di credito.

Allo stesso modo, allorquando occorra acquisire una lista di volo presso una sede italiana di una Compagnia Aerea avente i propri *server* all'estero; se la società acconsente alla richiesta, facendo una visura in remoto nell'archivio informatico conservato presso lo Stato estero, mettendo a disposizione (in Italia) la suddetta lista di volo, non v'è chi non veda che la acquisizione della prova avviene in Italia. E ciò si verifica anche laddove la società spontaneamente invii per raccomandata dall'estero il tabulato o la lista di volo. In questo caso, è la *ricezione* del documento a costituire il momento di acquisizione della prova.

E ciò potrebbe avvenire allorquando un soggetto spedisca per raccomandata o per posta elettronica, da uno Stato estero, un memoriale o un documento.

Non si vede la ragione per cui tale acquisizione sia passibile della sanzione della inutilizzabilità, poiché la trasmigrazione del documento da uno Stato ad un altro non richiede la mediazione di un organo processuale legalmente riconosciuto (ancorché il documento medesimo sia stato formato all'estero).

Ovviamente, laddove tanto la Banca, quanto la Compagnia avessero rifiutato di consegnare la documentazione, un eventuale provvedimento invasivo, che postulasse necessariamente lo spiegamento di un potere autoritativo, non avrebbe potuto che essere disposto attraverso la mediazione della competente Autorità Giudiziaria estera, essendo - come detto - precluso allo Stato Italiano l'esecuzione di una perquisizione e del conseguente sequestro (all'estero) del *server* o degli archivi cartacei (è l'ipotesi di cui all'art. 254 *bis* c.p.p., citata dai Difensori che, evidentemente, non si attaglia al caso di specie, afferente all'acquisizione di flussi informatici e non già al sequestro dei relativi dati).

Applicando tali principi al caso di specie, non v'è chi non veda che le sole operazioni materiali sono avvenute in una sede aziendale allocata in altro territorio, senza l'intervento di un'Autorità di polizia. D'altronde, diversamente, si dovrebbe pretendere il ricorso allo strumento rogatorio anche nel caso in cui si affidasse un incarico di consulenza tecnica in Italia ad un laboratorio di analisi estero che effettuasse, presso i

suoi locali ubicati oltre confine, le attività materiali esecutive dell'incarico; ovvero laddove un grafologo estero, nominato in Italia, effettuasse la comparazione delle firme all'estero (si pensi, come opportunamente sottolineato dal Requirente, alla non peregrina ipotesi di un consulente grafologo nominato dal PM di Forlì che inviti nel proprio studio a San Marino la persona, che contesta la autenticità della sottoscrizione, per formare le scritture di comparazione).

Ciò che si vuol rappresentare è che, sebbene l'attività *materiale* sia avvenuta in territorio estero, la messa a disposizione del risultato finale, attraverso il deposito dell'elaborato, ha rappresentato il momento di acquisizione stessa della prova. E poiché la fuoriuscita del risultato probatorio dalla sua fonte è avvenuta in Italia, non è stato necessario ricorrere alla procedura rogatoria poiché, per l'appunto, la fase di "acquisizione della prova" è legittimamente avvenuta in Italia.

Né a diverse conclusioni potrebbe pervenirsi sostenendo, come dedotto dalle Difese, che nella fattispecie l'attività acquisitiva sfuggirebbe al controllo dell'Autorità procedente, a differenza dei casi in cui il *server* si trovi in Italia. Ed invero, è appena il caso di osservare come allorquando si effettui *la più disparata attività intercettiva*, non esiste alcuna forma di *intervento* della delegata Polizia Giudiziaria presso i sistemi in uso ai gestori, dal momento che quest'ultima si limita ad inviare una serie di note ai gestori con le quali chiede di poter "incunearsi" nel flusso telefonico o informatico. Una volta che il Gestore assicura l'insinuazione, lo stesso riversa i dati al *server* della Procura procedente, senza che l'operazione di cattura sia sottoposta alla "regia" della delegata Polizia Giudiziaria, che invece interviene nel momento del versamento dei dati, laddove nella fase di *estrazione del dato* è esclusivamente ed autonomamente il Gestore a prestare ausilio.

E' quanto avviene nel caso di specie, sicché non può sostenersi che tale attività sia elusiva dei controlli della Polizia Giudiziaria (in caso di rogatoria, peraltro, tali controlli non verrebbero mai operati poiché il flusso verrebbe catturato "autonomamente" dal gestore).

Ma v'è di più.

Milita a sostegno della legittimità ed utilizzabilità del dato intercettivo un ulteriore argomento afferente all'ipotesi in cui venga ad essere intercettata all'estero una *sim card* italiana. Sul punto, la Suprema Corte ha affermato il principio della nazionalità della *sim card* (cfr Cass. sez. IV sent. del 7 giugno 2005, Mercado Vasquez), con la conseguenza che, il risultato di un'intercettazione effettuata interamente all'estero è pienamente utilizzabile poiché l'obiettivo, ancorché ubicato all'estero, è, in qualche

modo, attratto da un dato fattuale certo qual è la nazionalità del gestore di telefonia che permette di applicare il relativo regime giuridico. In questo caso la Suprema Corte, chiamata a delibare su una situazione inerente ad un telefono ubicato all'estero, aveva affermato la giurisdizione italiana in ragione della nazionalità della scheda telefonica, esercente una sorta di *vis attractiva* dell'Ordinamento italiano. A ciò si aggiunga che la nazionalità italiana del Gestore telefonico garantisce una relazione diretta tra questi e la Polizia Giudiziaria delegata allo svolgimento delle operazioni, dal momento che la Società italiana fornisce alle Autorità richiedenti le linee di appoggio su cui far transitare il segnale da registrare in Procura, nell'assoluto rispetto del principio di territorialità che regola i rapporti tra gli Stati.

Ora, tornando al caso di specie, non pare ravvisarsi alcuna violazione del principio di sovranità dello Stato del Canada, predicabile invece nell'ipotesi in cui lo Stato Italiano si fosse ingerito in una prerogativa processuale rimessa allo Stato ove è ubicato il sistema informatico della Blackberry, spiegando un potere autoritativo. Ma - come detto - ciò non si è verificato poiché l'interlocutore della Autorità Giudiziaria era una società italiana, la quale ha spontaneamente posto a disposizione il compendio aziendale della società controllante, seppur ubicato all'Estero.

Ad ulteriore conferma del ragionamento fin qui svolto milita la giurisprudenza formatasi in tema di instradamento, afferente all'autorizzazione di intercettazione di un'utenza straniera. In questo caso, la Suprema Corte ha evidenziato la non necessità di rogatoria poiché, sebbene il Gip autorizzi sostanzialmente la captazione di un'utenza straniera, formalmente vengono intercettate esclusivamente le interlocuzioni che transitano per nodi telefonici italiani, sicché la intercettazione, ricezione e registrazione avvengono in Italia. Ebbene, in tema di instradamento, la Suprema Corte ha inteso porre l'accento sul momento del transito del segnale in un nodo telefonico italiano, dovendo necessariamente individuare un criterio che permettesse di associare le operazioni di ricerca probatoria alla *lex loci* italiana. Il Giudice di legittimità ha dunque affermato l'inevitabilità dello svolgimento delle operazioni di intercettazione, ricezione e registrazione in Italia poiché, venendo nella sostanza monitorata un'utenza straniera, occorre assicurare una *vis attractiva*, sotto il profilo fattuale, della captazione della utenza estera al sistema giuridico italiano. E tale *vis attractiva* è garantita dal luogo in cui è ubicato il nodo telefonico sui cui transitano i dati telefonici.

E' evidente che il criterio di localizzazione del nodo telefonico sia ancorato al principio di territorialità, che consente dunque di ritenere avvenuta in Italia l'acquisizione della prova senza la mediazione dello Stato estero ove sono ubicati gli obiettivi

concretamente intercettati (utenza estera che comunichi con l'Italia, utenza italiana che si trovi all'estero utilizzando il *roaming* internazionale).

Se questo è il principio che governa l'acquisizione delle prove - nella specie le intercettazioni - pare evidente che nel caso che qui ci occupa il principio di territorialità sia stato compiutamente rispettato poiché:

- a) la ditta interlocutrice della AG si trova in questo Stato;
- b) in Italia avviene la messa a disposizione dei dati attraverso la fuoriuscita dalla sfera giuridica della società ausiliaria che li travasa nei *server* installati in Procura.

Alla luce di questo discorso appare evidente che la rogatoria non fosse necessaria.

Quanto all'eccezione sollevata all'odierna udienza dalla Difese in ordine alle telefonate "estero su estero" (cfr. memoria difensiva ed indice delle conversazioni telematiche depositate dall'Avv. CERSOSIMO), la società RIM Italia ha preteso, come condizione fondamentale ed indefettibile per acconsentire alla richiesta formulata dall'Ufficio di Procura, che l'apparecchio da intercettare si trovasse in Italia. Tanto perché, secondo la RIM, l'obiettivo dell'intercettazione non è la scheda telefonica del gestore nazionale, bensì l'IMEI e/o il cd PIN, associati all'apparecchio e costituenti il terminale per la partenza o la ricezione del flusso che transita su linea telefonica italiana e che viene intercettato. Ebbene, non avendo "nazionalità" il dispositivo cellulare, la condizione posta dalla società è data dal fatto che lo stesso si trovi necessariamente in Italia. Proprio perché si intende effettuare una intercettazione di un obiettivo localizzato nello Stato richiedente. In caso contrario, la società provvede a disattivare il servizio assicurato alla AG: come evidenziato nella nota tecnica della RCS del 23 febbraio 2015, la società RIM Italia, non appena si avvede che la utenza "espatria", provvede a far cessare le operazioni.

Il problema che però si può verificare è che non sempre la disattivazione è tempestiva, sicché può accadere che vengano occasionalmente captate intercettazioni allorquando il terminale esca fuori confine, prima che l'operatore della RIM se ne avveda.

Quid iuris nell'ipotesi descritta?.

Premesso che il momento acquisitivo della prova connota di territorialità le operazioni. Conseguente che la condizione posta dalla RIM Italia s.r.l. non è vincolante sotto il profilo processuale. È ovvio che è preclusa la possibilità per l'Autorità Giudiziaria procedente di poter dare attuazione ad un ordine che superi la condizione, poiché lo stesso non sarebbe eseguibile senza la collaborazione (in quel caso negata) della RIM. Questo perché occorrerebbe recarsi presso la sede operativa della RIM e costringere gli addetti

a collaborare. Ma ciò richiederebbe la rogatoria perché non sarebbe possibile mandare la Polizia Canadese in assenza di una disposizione della locale Autorità Giudiziaria (al pari della RYANAIR che si rifiuti di scaricare dal *server* estero la lista di volo di cui si è fatto cenno nella esemplificazione sopra illustrata). Ma nel caso in cui la RIM, violando per errore la sua condizione, metta a disposizione comunque il materiale probatorio, lo stesso è pienamente acquisibile, poiché il principio di territorialità è pienamente osservato. D'altronde che tale attività sia legittimante resa lo si evince dal contributo della Suprema Corte formatosi in tema di intercettazioni ambientali veicolari, allorquando la vettura si rechi all'estero (cfr. Cass. sez. IV sent. 6 novembre 2007 Assisi); la Corte, nel caso di specie, ha valorizzato il dato per cui, sebbene il veicolo "ambientalizzato" fosse espatriato, la cimice era stata installata in Italia e la successiva captazione (vale a dire il convogliamento del segnale) è stata effettuata in centrali di ricezione in Italia. In altri termini: è irrilevante l'espatrio del veicolo (anche perché non facilmente *ex ante* individuabile il luogo in cui lo stesso si sposti) nonostante ci si trovi di fatto al cospetto di una captazione che avviene interamente all'estero ed i dialoghi vengano prelevati, "a mo' di sonda", da un apparecchio microfonico ubicato nel veicolo che in quel momento si trova oltre confine. La Cassazione, però, ha ancorato ad altri elementi fattuali la legittimità delle operazioni, elementi fattuali rispondenti al principio di territorialità, qual è il convogliamento del segnale che giunge in Italia per via telefonica alle centrali di ricezione e registrazione.

Il caso che qui ci occupa è perfettamente assimilabile alla pronuncia della Corte, sicché devono ritenersi legittime le operazioni di captazione rigettandosi la questione sollevata dalle Difese nel caso di captazioni estero su estero.

Parimenti infondata è la questione relativa alla metodologia per la decriptazione del dato da parte della RIM. Invero, la società citata ha brevettato il Blackberry e messo a disposizione il dato intercettivo decifrato. In altri termini, se il proprietario di un apparato Blackberry riesce a leggere "in chiaro" il messaggio che riceve, tutto ciò è consentito da un sistema di decifrazione inventato e brevettato dalla RIM che poi lo ha installato sul telefonino. Pertanto, essendo la RIM la società che mette a disposizione il dato decifrato, è evidente che utilizza, per fini di giustizia, la stessa chiave informatica di cui sono dotati gli apparecchi venduti ai privati e in uso agli imputati. A meno di non voler dubitare che i messaggi che ciascuno compone e che riceve siano essi stessi frutto di una manipolazione.

Diverso sarebbe stato il caso in cui si fosse ricorsi ad una società non dotata del brevetto Blackberry ovvero ad un ingegnere informatico che fosse riuscito, con un sistema da lui

approntato, a penetrare nel sistema di cifratura riuscendo *aliunde* a ricavare la chiave. In tal caso, essendo l'informatico un consulente tecnico, avrebbe dovuto spiegare il percorso adottato per giungere al risultato. Diversamente nel caso in cui il titolare di un brevetto industriale metta a disposizione il sistema da lui elaborato per decifrare un messaggio secondo un codice, anch'esso da lui creato, circostanza che esclude la necessità, peraltro non richiesta dalla legge, di illustrare il sistema di decodificazione adottato. D'altronde, anche nelle conversazioni telematiche "in chiaro" non viene mai spiegato il meccanismo di acquisizione del dato dal *server*. Come già detto, la società si limita ad eseguire l'ordine di giustizia acquisendo il dato e mettendolo a disposizione *de plano* alla Autorità Giudiziaria mediante riversamento nei *server*.

Da tali argomentazioni consegue, dunque, a parere del Giudice, l'assoluta legittimità nel procedimento di acquisizione dei dati intercettati e la conseguente utilizzabilità delle intercettazioni.

Va da sé l'inutilità dell'esperimento dell'invocato incidente probatorio, le ragioni del cui rigetto (illustrate nel provvedimento del 29.5.2015) si intendono qui riproposte. Va solo aggiunto, alla luce delle svolte considerazioni tecniche, che qualsivoglia approfondimento relativo alle modalità procedurali di acquisizione del dato, non può che essere demandato alla sede dibattimentale, naturale terreno di svolgimento, in assetto di contraddittorio pieno delle parti, della completa formazione e valutazione delle prove.

Diversamente, non è previsto e contemplato dall'ordinamento un incidente probatorio che funga da *condicio sine qua non* rispetto all'opzione dell'imputato in ordine al rito con il quale definire il procedimento. Ed anzi, il giudizio abbreviato costituisce un procedimento "a prova contratta", alla cui base è identificabile un patteggiamento negoziale sul rito, a mezzo del quale le parti accettano che la regudicanda sia definita all'udienza preliminare alla stregua degli atti di indagine già acquisiti e rinunciano a chiedere ulteriori mezzi di prova, così consentendo di attribuire agli elementi raccolti nel corso delle indagini preliminari quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio che si svolge invece nelle forme ordinarie del dibattimento.

E' ben vero che tale negozio processuale di tipo abdicativo può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, restando privo di negativa incidenza sul potere-dovere del Giudice di essere, anche in quel giudizio speciale, garante della legalità del procedimento probatorio. Ne consegue che in esso, mentre non rilevano né l'inutilizzabilità cosiddetta fisiologica della prova - cioè quella coesistente ai peculiari connotati del processo accusatorio, in virtù dei

quali il Giudice non può utilizzare prove, pure assunte *secundum legem*, ma diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento secondo l'art. 526 c.p.p., con i correlati divieti di lettura di cui all'art. 514 c.p.p. (in quanto in tal caso il vizio-sanzione dell'atto probatorio è neutralizzato dalla scelta negoziale delle parti, di tipo abdicativo) - né le ipotesi di inutilizzabilità "relativa", stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale, va attribuita piena rilevanza alla categoria sanzionatoria dell'inutilizzabilità cosiddetta "patologica", inerente, cioè, agli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le altre fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito (cfr. Cass. Sez. Un. sent. n. 16 del 21 giugno 2000, Rv 216246).

Orbene, nel caso di specie, dipanata la questione sottoposta dalle Difese in ordine all'inutilizzabilità delle intercettazioni e ritenuto assolto dal P.M. l'obbligo di depositare tutti gli atti di indagine nel fascicolo (non potendosi invero considerare il mancato accesso alle "proprietà" dei *files* un censurabile difetto in tal senso), non può predicarsi alcuna inutilizzabilità nel senso prospettato dagli eccepenti, trattandosi di mera attività di constatazione o raccolta dei dati materiali pertinenti alla prova del reato (alla stregua di "semplici rilievi"). In tal senso, appare dunque, irrilevante l'ulteriore eccezione sollevata dalle Difese all'odierna udienza (cfr. memoria prof. Avv. GAITO, avv. MIELE e PITTELLI in ordine alla richiesta di traduzione delle mail del 12 e 13 maggio e del 12 luglio 2013 intercorse tra l'Ufficiale di P.G. presso la Procura della Repubblica di Reggio Calabria e l'Ufficio interno per i rapporti di Pubblica Sicurezza con l'Autorità Giudiziaria italiana - P.S.O.), trattandosi di interlocuzioni diverse (e dunque non sussumibili nell'alveo degli) dagli "atti essenziali" alla comprensione, da parte dell'imputato, dell'accusa contro di lui formulata (art. 143 c.p.p., per come sostituito dall'art. 1 D. L.vo 4 marzo 2014 n. 32).

Anche sotto tale profilo, priva di fondamento deve allora ritenersi la censura mossa dalle Difese con la deduzione dei rilievi sollevati a ragione della dedotta violazione delle regole relative alla "catena di custodia" (assenza di elementi relativi alla procedura tecnica di acquisizione delle comunicazioni telematiche), nulla ostando, ovviamente, che l'imputato (BRANDIMARTE Alfonso, nell'interesse del quale risulta sollevata l'eccezione per violazione dell'art. 143 c.p.p.), possa provvedere alla traduzione, a sua cura, del testo delle comunicazioni citate.

In ogni caso, contrariamente a quanto sostenuto, deve osservarsi come, in base al principio di tassatività delle nullità (art. 177 c.p.p.), la dedotta censura non dà luogo ad



alcuna nullità, né pregiudica di per sé l'utilizzabilità della prova, da ciò inferendosi che, in ogni caso, l'eventuale mancato rispetto delle regole circa la "catena di custodia" dei dati, può assumere rilevanza sul piano dell'attendibilità dell'esito dell'accertamento, ma non certamente su quello della "validità formale" delle operazioni ovvero dell'utilizzabilità degli esiti della stessa.

Parimenti inaccoglibile è la questione, sollevata all'odierna udienza, di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 391 *bis*, 392, 438 e 585 c.p. in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. che si assumono violati.

Com'è noto, l'art. 391 *bis* c.p.p. (introdotto dall'art. 11 L. 7 dicembre 2000 n. 397) disciplina l'attività investigativa della Difesa, nell'ambito della quale il Difensore può chiedere a persone, in grado di riferire circostanze utili, di rendere informazioni da documentare secondo le modalità previste dall'art. 391 *ter* c.p.p.. Quando la persona interpellata abbia esercitato la facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni, il Difensore dell'indagato può chiedere al PM l'audizione di detta persona alla sua presenza (art. 391 *bis* comma 10^a c.p.p.). Il Difensore, sempre nell'ipotesi sopra descritta, in alternativa all'audizione da parte del P.M., può chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona che si è avvalsa della facoltà di non rispondere o di non rendere dichiarazioni (art. 391 *bis* comma 11 c.p.p.). Orbene, nella fattispecie in esame i citati soggetti, invitati dai Difensori degli imputati a rendere dichiarazioni in ordine alla "*specificazione (non riscontrata in atti) della procedura tecnica che ha consentito l'acquisizione delle (predette) comunicazioni telematiche...ed in particolare l'acquisizione del dato informatico e della procedura di decriptazione dei messaggi di testo*", avevano comunicato, con nota del 19 maggio 2015, di volersi avvalere della facoltà di astenersi dal deporre, "*avendo svolto le indagini in parole delegate dall'Autorità Giudiziaria procedente*", di talché gli istanti, ritenendo che ricorressero le ipotesi di cui agli artt. 391 *bis* commi 10 e 11 c.p.p., hanno chiesto, con istanza del 21 maggio 2015 (successivamente reiterata alle udienze del 4 giugno e del 16 giugno 2015 all'esito dell'ordinanza reiettiva dell'Ufficio Gip, resa in data 29 maggio 2015), che si procedesse tramite incidente probatorio all'esame testimoniale degli stessi. Tanto premesso, non ritenendo di doversi discostare dal costante orientamento giurisprudenziale, va affermato, in diritto, che la disciplina inserita nell'art 391 *bis* c.p.p. con l'art. 11 della L. 7 dicembre 2000 n. 397, ha previsto, mediante il comma 11, un nuovo caso di incidente probatorio che si aggiunge a quelli già disciplinati dall'art. 392 c.p.p. Tuttavia tale novella normativa non ha innovato in ordine a quanto stabilito dall'art. 398 c.p.p. (provvedimento sulla richiesta di incidente

probatorio) che prevede che il Giudice, nei termini prescritti, pronuncia ordinanza con la quale accoglie, dichiara inammissibile, o rigetta la richiesta di incidente probatorio. Altrimenti detto: l'ipotesi speciale introdotta nel sistema normativo non abdica alla disciplina sancita in materia di incidente probatorio, che resta immutata.

Avverso detta ordinanza non è prevista impugnazione, con conseguente inoppugnabilità della medesima.

Orbene, tale assetto normativo, ad onta di quanto sostenuto nella memoria difensiva depositata all'odierna udienza, si pone in assoluta sintonia e coerenza sistematica sia con il principio ordinamentale della tassatività dell'impugnazione (art. 568 c.p.p., in relazione all'art. 398 co. 1 c.p.p. che contempla unicamente che la richiesta possa essere accolta, dichiarata inammissibile o rigettata dal Gip, senz'altro aggiungere sulla impugnabilità del provvedimento), sia con la natura stessa dell'incidente probatorio, evidentemente caratterizzato dall'esigenza di *speditezza* con cui tale fase dev'essere espletata, ontologicamente incompatibile con i tempi necessari per il procedimento di impugnazione (cfr. in tal senso *ex multis* Cass. Sez. I sent. n. 490 del 14 marzo 1990, Rv 183674; Cass. Sez. III, sent. n. 1333 del 3 maggio 1990, Rv 184204; Cass. Sez. I sent. n. 2683 del 4 luglio 1991, Rv 187678; Cass. Sez. I sent. n. 3460 del 28 ottobre 1991, Rv 188457; Cass. Sez. VI, sent. n. 3484 dell'8 febbraio 1992, Rv 189051; Cass. Sez. I, sent. n. 659 del 16 marzo 1992, Rv 189507; Cass. Sez. III, sent. n. 20130 del 9 aprile 2002, Rv. 221973; Cass. Sez. F, sent. N. 35729 del 29 agosto 2013, Rv. 256573; Cass. Sez. I, sent. n. 34720 del 7 luglio 2011; Cass. Sez. III, sent. del 14 dicembre 2004, Boccuti; Cass. Sez. IV, sent. n. 2678 del 30 novembre 2000). A ciò si aggiunga che, nel rispetto delle garanzie difensive dell'imputato, l'ordinamento prevede esclusivamente ed in assoluta coerenza con i principi costituzionali (cfr. art. 111 Cost), l'assoluta impugnabilità dei provvedimenti che incidano in maniera coercitiva e/o limitativa, sulla sfera personale dell'imputato, laddove, esigenze di carattere strumentale e squisitamente processuale, orientano le diverse scelte dell'ordinamento sulla censurabilità ed impugnabilità di provvedimenti endoprocessuali. Nel caso di specie, peraltro, non si ravvisa alcuna violazione delle facoltà e garanzie difensive, neppure nella prospettiva più volte enunciata dagli eccepententi, secondo la quale, l'impossibilità di porre un gravame sul provvedimento reiettivo, priverebbe gli imputati della facoltà di accedere, "consapevolmente", alla scelta dei riti alternativi. Ciò in primo luogo per quanto fin qui detto e, secondariamente, poiché, diversamente argomentando, si introdurrebbe nel sistema ordinamentale un *tertium genus* di incidente probatorio, finalizzato, cioè, alla scelta del rito.



Infine, priva di fondamento appare, all'esito della lettura delle imputazioni provvisoriamente formulate ed enucleate nell'o.c.c. resa dal Gip del Tribunale di Roma in data 8 gennaio 2015 nell'ambito del procedimento iscritto al n. 33285/13 RGNR DDA (n. 14325/13 RGGip DDA) del Tribunale di Roma, la sollevata eccezione di incompetenza territoriale. Ed invero, in tema di associazione per delinquere, la parziale sovrapposizione di soggetti, tempi, territori ed oggetto dell'attività criminale organizzata induce allo stato ad affermare la configurabilità di diversi ed autonomi sodalizi, dovendosi escludere, da come enucleato nei provvedimenti l'ipotesi di un unico gruppo criminale che operi in permanenza, con fisiologici adattamenti della propria composizione ed azione al trascorrere del tempo e delle condizioni esterne (cfr. in tal senso Cass. Sez. VI, sent. n. 19220 dell'8 maggio 2012, Rv. 252877, Iaia, secondo cui *"in tema di associazione a delinquere finalizzata allo spaccio di stupefacenti, si è in presenza non di un'unica, ma di due distinte ed autonome organizzazioni, quando sono diversi il territorio ed il tempo - come nel caso in esame - in cui esse operano ed i soggetti che ne fanno parte"*).

Ne consegue che le eccezioni vanno integralmente rigettate.

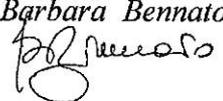
Quanto alle produzioni documentali, preso atto del consenso manifestato dal P.M. e della pertinenza delle stesse ai fatti di cui al presente procedimento, nonché all'utilità ai fini della decisione, essere possono essere acquisite (artt. 234, 237 c.p.p.)

P.Q.M.

Rigetta le eccezioni difensive. Dispone l'acquisizione della produzione documentale offerta dalle Difese all'odierna udienza e dispone procedersi oltre.

Reggio Calabria, 16 giugno 2015

Il Giudice

dr. Barbara Bennato


IL CANCELLIERE
(Rita Magliano)


Letto e depositato in udienza
16/06/15

IL CANCELLIERE
(Rita Magliano)
