



06364 23

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

Composta da:

VINCENZO SIANI	- Presidente -	Sent. n. sez. 2851/2022
FRANCESCO CENTOFANTI		CC - 13/10/2022
RAFFAELLO MAGI		R.G.N. 24479/2022
FRANCESCO ALIFFI		
EVA TOSCANI	- Relatore -	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

CALDERON RAUL ESTEBAN nato il 26/02/1969

avverso l'ordinanza del 12/05/2022 del TRIB. LIBERTA' di ROMA

udita la relazione svolta dal Consigliere EVA TOSCANI;

sentite le conclusioni del PG FRANCA ZACCO

che ha chiesto il rigetto del ricorso.

udito il difensore

L'avv. MOIRAGHI Eleonora Nicla conclude chiedendo l'accoglimento del ricorso.

L'avv. QUATRANO Nicola si associa alle conclusioni del codifensore.

E' presente per la pratica forense la dott.ssa FARESE Federica, Tess. Ordine Avvocati di ROMA n. P77269

RITENUTO IN FATTO

1. Con la decisione indicata nel preambolo, il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del riesame, ha confermato l'ordinanza con cui il Giudice per le indagini preliminari aveva applicato la misura cautelare della custodia in carcere a Raul Esteban Calderon, gravemente indiziato del tentato omicidio, aggravato dalla premeditazione e dal metodo mafioso, ai danni dei germani Alessio ed Emanuele Costantino e dei connessi reati di detenzione e porto illegali della pistola utilizzata per realizzarlo.

Nell'esaminare i motivi di gravame, il Tribunale è pervenuto alle conclusioni che seguono:

- è pienamente utilizzabile la messaggistica "Sky Ecc" ed "Encrochat" (sebbene il provvedimento abbia precisato che tale ultima messaggistica non è confluita nella presente procedura, ma era depositata in formato cartaceo nella diversa e collegata procedura riguardante il coindagato Molisso) riconducibile a due distinti ID in uso all'indagato, acquisita in diverso procedimento penale presso l'autorità giudiziaria francese tramite ordine europeo d'indagine. Si tratta di dati non captati in concomitanza con il flusso di comunicazioni, attività quest'ultima che deve essere necessariamente preceduta da un provvedimento di autorizzazione preventiva secondo la disciplina in materia d'intercettazioni telefoniche o telematiche, ma di dati assimilabili ai documenti, perché fisicamente conservati nel *server* del gestore;
- l'acquisizione delle *chat* da parte della polizia francese è avvenuta con modalità conformi all'ordine di indagine europeo che aveva richiesto l'estrazione dei dati relativi a due specifici ID, strettamente inerenti alla vicenda omicidiaria. Vigge peraltro in materia la presunzione di legittimità dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria straniera; la richiesta ha, infatti, a oggetto l'acquisizione degli esiti di attività d'indagine disposta dall'autorità francese nel corso di autonome investigazioni disciplinate dalla legislazione interna;
- l'individuazione del Molisso quale reale utilizzatore dell'ID "RJNL6Y", nel periodo dal 29 luglio 2020 al 9 marzo 2021, e dell'ID "JE1NBO", sino al 29 luglio 2021, in disparte dei dubbi espressi dalla difesa sulla base di ricostruzioni meramente ipotetiche, si evince dal contenuto della messaggistica utilizzata ai fini della decisione contenente ripetuti ed univoci riferimenti diretti alla persona dell'indagato, non solo attraverso l'invio di fotografie (si scorge l'immagine dell'indagato riflessa in uno specchio), ma anche di informazioni strettamente personali;
- segnatamente, dalla lettura coordinata del susseguirsi dei messaggi Sky Ecc ed Encrochat e delle ulteriori risultanze investigative emergono gravi indizi di

colpevolezza circa il ruolo di Molisso quale mandante del grave attentato e di Calderon quale esecutore materiale.

I giudici della cautela, oltre all'indicazione di un movente – individuato nel risentimento serbato per un pestaggio posto in essere, anni prima, dalle vittime ai danni di un parente di Molisso – ponevano in rilievo come, sin dal mese di agosto 2020, i movimenti e le abitudini di vita dei due fratelli fossero stati studiati meticolosamente da Calderon, che ne aveva dato quotidianamente conto a Molisso, dicendosi pronto a commettere l'azione omicidiaria, che sarebbe stata posta in essere utilizzando un'arma e a bordo di una moto. Erano inoltre valorizzate conversazioni attestanti le preoccupazioni per la difficoltà nell'esecuzione, anche a causa delle restrizioni per la pandemia e per i controlli di polizia, avendo il ricorrente rinvenuto delle microspie e conseguentemente manifestato, alla fine di febbraio 2021, la necessità di un'altra abitazione dove potersi nascondere e stare tranquillo.

Particolare rilievo indiziario era poi attribuito alle immagini estrapolate dall'impianto di video sorveglianza presente presso l'ufficio postale posto nei pressi del bar, teatro dei fatti, che ritraggono il killer sul luogo dell'agguato; l'uomo si è ritenuto avere la stessa struttura fisica di Calderon, come ha dato atto il consulente del pubblico ministero a seguito di un accertamento tecnico antropometrico; inoltre il killer, nell'occasione, indossava vestiti identici a quelli sequestrati presso l'abitazione di Calderon.

2. Ricorre Calderon, per mezzo del difensore di fiducia, sviluppando sette motivi.

2.1. Con il primo denuncia violazione di legge in merito alla decisione del Tribunale, anziché del Presidente del Tribunale, relativamente all'insussistenza di ragioni d'incompatibilità del giudice estensore del provvedimento impugnato.

La difesa premette di avere, con memoria depositata in sede di discussione del riesame, invitato il giudice relatore, dottoressa Annalisa Pacifici, ad astenersi per gravi ragioni di opportunità, consistenti nell'avere costei redatto l'ordinanza, depositata il 17 marzo 2022, relativa alla posizione di Giuseppe Molisso, coimputato di Calderon nel medesimo reato. Il giudice, in occasione dello scrutinio demandato, anticipava la disamina della gravità indiziaria anche nei confronti dell'odierno ricorrente.

Precisa ancora la difesa che l'invito ad astenersi era diretto al singolo giudice e non già al collegio, sicché la dottoressa Pacifici ben poteva non accogliere l'invito e, tuttavia, avrebbe dovuto rimettere la decisione al Presidente del Tribunale. La decisione era, invece, adottata dal Tribunale del riesame che, per tale via, si è indebitamente pronunciato su un tema (quello della insussistenza dei motivi di

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

incompatibilità e di opportunità su cui si fondava l'invito ad astenersi) riservato all'esclusiva competenza di altro organo.

A tale ultimo proposito la difesa insiste nell'esistenza di gravi ragioni di convenienza che avrebbero dovuto indurre il giudice ad astenersi, alla luce delle reiterate affermazioni di merito sulla sussistenza di un grave quadro indiziario anche nei confronti di Calderon. Tema, invece, liquidato dal collegio attraverso il richiamo, peraltro contraddittorio, al principio del giudice naturale tabellarmente indicato.

2.2. Con il secondo motivo deduce la violazione dell'art. 292 cod. proc. pen. in punto di omessa dichiarazione di nullità dell'ordinanza genetica per mancanza di autonomia rispetto alla richiesta del Pubblico Ministero.

La difesa lamenta l'apparenza della motivazione con la quale il Tribunale del riesame ha superato la specifica deduzione difensiva in ordine alla tecnica redazionale utilizzata dal Giudice per le indagini preliminari, ovverosia quella della incorporazione della richiesta del pubblico ministero, affidando la dimostrazione di un'autonoma valutazione da parte del giudice al fatto che lo stesso ha arricchito la richiesta. Sennonché – giusta la tesi difensiva – detto "arricchimento" si è tradotto in formule stereotipate e di stile che non hanno dato in alcun modo contezza di una elaborazione critica degli elementi sottoposti al vaglio del giudice per le indagini preliminari e, piuttosto, consistono in semplici manifestazioni di giudizio sulla personalità del ricorrente ovvero in riaffermazioni della correttezza della ricostruzione operata dall'accusa, senza mai dare conto delle ragioni che giustificano tale conclusione.

2.3. Con il terzo motivo prospetta violazione degli artt. 267 e 271 cod. proc. pen. con riferimento all'utilizzazione, ai fini della gravità indiziaria, di intercettazioni autorizzate con decreti del tutto privi dell'indicazione del titolo di reato, delle persone nei cui confronti sono dirette le indagini, infine della motivazione, siccome oscurata da *omissis*.

Osserva la difesa che l'oscuramento delle motivazioni a sostegno dei decreti autorizzativi incide sull'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni poiché rende i provvedimenti, di fatto, nulli per assenza di motivazione, a causa dell'impossibilità di una verifica della legittimità delle operazioni. La censura è superata dal Tribunale per il riesame sulla scorta di arresti della Corte di legittimità non pertinenti, imponendo un'inesistente onere di richiesta di de-segretazione dei decreti sulla difesa, dimenticando che l'interesse alla verifica della legittimità delle intercettazioni non è interesse esclusivo della difesa, ma anche soprattutto interesse dello stesso giudice della cautela.

2.4. Con il quarto motivo lamenta violazione degli artt. 191 e 271 cod. proc. pen e vizio della motivazione con riferimento all'acquisizione, mediante ordine

europeo d'indagine richiesto alle autorità francesi, dei messaggi asseritamente scambiati dall'indagato sulla piattaforma di comunicazione Sky Ecc ed Encrochat.

Il Tribunale ha ritenuto applicabile l'art. 234-*bis* cod. proc. pen., che consente l'apprensione del dato direttamente presso il fornitore del servizio anziché direttamente dal telefono in cui i messaggi sono transitati ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. Avrebbe, invece, dovuto applicare i principi elaborati dalla più recente giurisprudenza di legittimità sulla natura giuridica ed il regime di acquisizione per la utilizzabilità nel processo penale dei messaggi scambiati con la tecnologia di criptazione Blackberry, con invio del messaggio criptato in Canada e, dopo la decriptazione, al telefono dell'altro utente.

La tecnologia utilizzata da Encrochat è identica a quella Blackberry con l'unica differenza che i server sono ubicati in Francia presso la società OVH. Anche per l'acquisizione di tali messaggi era quindi necessarie, l'osservanza delle norme in materia d'intercettazione telefonica di cui agli artt. 266 cod. proc. pen.

Non è ipotizzabile alcuna assimilazione dei messaggi ai documenti, trattandosi di atti di comunicazione, sicché anche l'ordine europeo d'indagine doveva essere accompagnato dal decreto di autorizzazione dell'intercettazione.

Il Tribunale - secondo il ricorrente - ha negato validità alle eccezioni difensive circa l'avvenuta acquisizione dei dati informatici in assenza di garanzie in ordine alla loro genuinità, avendo l'autorità giudiziaria francese disatteso le formalità di esecuzione dell'ordine di investigazioni europeo trasmesso dalla procura italiana e, tra queste, quella dell'indicazione del protocollo di informatica forense utilizzato per garantire la corrispondenza del dato originale con quello trasmesso. In assenza del sequestro del telefono o della banca dati non vi è alcuna possibilità di verificare la genuinità del contenuto dei messaggi. L'autorità francese ha, infatti, trasmesso l'intero *data-set* delle utenze interessate, dal quale la polizia giudiziaria ha estrapolato i dati grazie alle informazioni fornite dalla polizia giudiziaria francese sulla chiave di decifrazione. L'acquisizione dei dati non risulta con certezza essere stata compiuta autonomamente ed esclusivamente dall'autorità straniera. Al contrario residua il fondato dubbio che l'acquisizione sia il frutto di attività compiuta da più forze di polizia.

Infine, la difesa segnala l'erroneità dell'affermazione contenuta nel provvedimento impugnato in ordine all'applicazione del principio della presunzione di legittimità degli atti compiuti dall'autorità straniera, secondo la legislazione di quello stato, in forza della "reciproca fiducia in forza delle relazioni intercorrenti tra Stati". Si tratta, invero, come si precisa nella direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014, di una presunzione relativa che non sottrae al giudice dello Stato che acquisisce i dati di valutarli, meno di non voler giungere alla inaccettabile



conseguenza di considerare qualunque atto utilizzabile per il solo fatto di essere stato introdotto nel processo italiano ha seguito di relazioni rogatorie.

La difesa è tornata su tale quarto motivo di censura, approfondendolo, con i motivi nuovi ritualmente depositati.

Nel primo dei motivi nuovi, nel ribadire l'inutilizzabilità dei messaggi che sono transitati sul cripto-telefono in uso all'indagato, ha posto in risalto come le censure difensive abbiano trovato recente, autorevole riscontro in una pronuncia in sede di legittimità che, in una situazione analoga a quella in esame ha determinato l'annullamento con rinvio di un'ordinanza cautelare, riconoscendo alla difesa «il diritto di conoscere le modalità di svolgimento dell'attività investigativa svolta il procedimento di acquisizione di una messaggistica criptata» (Sez. 4, n. 32915 del 15/07/2022).

Si richiama, altresì, il parere *pro-veritate* del prof. Amodio, allegato all'originale del ricorso ai fini dell'autosufficienza, per sostenere l'inutilizzabilità dei messaggi decrittati dalla squadra investigativa comune promossa da Eurojust.

2.5. Con il quinto motivo deduce violazione dell'art. 192 cod. proc. pen. in punto di valutazioni conclusive con le quali sono state superate le critiche alla consulenza antropometrica svolta su direttiva della pubblica accusa.

Il Tribunale del riesame ha reso una motivazione contraddittoria laddove, per un verso ha condiviso le conclusioni del consulente del pubblico ministero pur riconoscendo che, quanto alla metodologia utilizzata, si tratta di scelta tecnica che non può essere apprezzata in sede cautelare, richiedendo un accertamento peritale; per altro verso ha minimizzato, in virtù della medesima carenza di cognizioni tecniche, le pertinenti considerazioni svolte dai consulenti tecnici della difesa.

In estrema sintesi, lamenta la difesa, quando si è trattato di valutare le conclusioni cui sono giunti i consulenti tecnici della difesa, l'impossibilità di verifica, per assenza di poteri istruttori da parte del tribunale, si è tradotta in un giudizio di non condivisione di dette conclusioni; quando si è trattato, invece, di valutare l'elaborato del consulente del pubblico ministero la medesima premessa, d'impossibile verifica, per assenza di poteri istruttori del tribunale, ha condotto all'opposte conseguenza di porre l'elaborato a fondamento della decisione.

Anche su questo motivo di censura la difesa è tornata, approfondendolo, con i motivi nuovi ritualmente depositati.

Nel ribadire la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione in relazione al giudizio di affidabilità dei risultati degli esami antropometrici effettuati dal consulente del pubblico ministero, anche in raffronto alla diverse conclusioni cui sono giunti i consulenti della difesa, ha richiamato recente sentenza di questa Sezione, resa il 14 luglio 2022 n. 32950, nell'ambito di altro procedimento a carico

dello stesso ricorrente, con cui è stata annullata la decisione del Tribunale del riesame di Roma sul punto delle valutazioni espresse, in relazione ad altre indagini antropometriche, svolte dallo stesso consulente, in confronto alle conclusioni cui sono giunti gli stessi consulenti della difesa.

2.6. Con il sesto motivo lamenta l'omessa motivazione con riferimento ad elementi adottati dalle parti nel corso dell'udienza e travisamento di prova.

Con memorie depositate, oltre che in sede di discussione orale, la difesa rimarca di avere posto al giudice della cautela tre temi di rilievo e, segnatamente, l'incertezza del movente, il lungo lasso temporale intercorrente dall'interruzione del monitoraggio dei movimenti degli indagati, attraverso le chat criptate (che rendeva plausibile a versione alternativa secondo cui altri fossero, per motivi diversi, gli autori dell'attentato alla vita dei fratelli Costantino), infine il mancato riconoscimento del ricorrente da parte delle vittime che pure lo conoscevano. La difesa, al fine di dimostrare il travisamento di prova, ha riportato alcuni stralci di conversazioni erroneamente interpretate dal Tribunale per il riesame.

2.7. Con il settimo motivo deduce violazione di legge omessa motivazione per la mancata decisione in merito alla sussistenza dell'aggravante mafiosa.

Il Tribunale del riesame ha superato il tema attraverso il ricorso alla carenza di interesse concreto, evidenziando che l'esclusione dell'aggravante in parola non avrebbe comunque prodotto alcun effetto sui termini di durata, complessivi e di fase, della misura applicata, tenuto conto della contestazione dell'aggravante della premeditazione.

Segnala la difesa che il principio, valido per il ricorso in cassazione cui specificamente si riferisce l'arresto citato nel provvedimento impugnato, mal si attaglia alla fase cautelare dove sussiste sempre un interesse concreto, quanto meno con riferimento alla presunzione di adeguatezza della misura cautelare di maggior rigore ai sensi dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.

3. Il Sostituto Procuratore generale, Franca Zacco, ha prospettato il rigetto del ricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il Collegio ritiene che il ricorso debba essere accolto limitatamente alla declaratoria d'inammissibilità della richiesta di riesame sull'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1 cod. pen.

1. Il primo motivo di ricorso è infondato.



L'eventuale esistenza di una causa d'incompatibilità, non incidendo sulla capacità del giudice, non determina la nullità del provvedimento adottato, ma costituisce esclusivamente motivo di astensione e ricsuzione, quest'ultima da far valutare tempestivamente con la procedura di cui all'art. 37 cod. proc. pen. (Sez. 6, n. 18707 del 09/02/2016, Balducci, Rv. 266990 - 01; Sez. 1 n. 24919 del 23/04/2014, Attanasio, Rv. 262302 - 01).

La difesa, nel caso di specie, ha optato per un preventivo invito all'astensione rivolto al Giudice in occasione della celebrazione dell'udienza di riesame, ma ogni eventuale doglianza conseguente all'esito negativo sortito da quell'invito, ivi compresa la dedotta incompetenza funzionale del singolo giudice, avrebbe dovuto essere fatta valere con istanza di ricsuzione, il cui termine di tre giorni decorre autonomamente e non è collegato all'esito negativo della sollecitazione all'astensione rivolta al giudice che versi nella pretesa situazione di incompatibilità.

La difesa, già all'esito dell'udienza del 12 maggio 2022, era a conoscenza tanto dell'asserita causa d'incompatibilità, che del mancato accoglimento dell'invito, con il deposito del dispositivo di decisione da parte del Tribunale del riesame. Avrebbe, dunque, dovuto attivare tempestivamente la procedura di cui all'art. 37 cod. proc. pen., la qual cosa non ha fatto.

2. Del pari infondato è il secondo motivo di ricorso.

La censura di mancanza di autonoma valutazione del quadro indiziario da parte del Giudice per le indagini preliminari si appalesa aspecifica, a fronte delle sintetiche, ma puntuali, deduzioni con cui il Tribunale del riesame ha escluso la ricorrenza del vizio. Né essa adempie all'onere di esporre le ragioni in base alle quali il preteso *deficit* di valutazione, su un piano di autonomia rispetto alla prospettazione della parte pubblica, avrebbe avuto effettiva incidenza sulle determinazioni cautelari, sì che, ove compiuta, il risultato sarebbe stato concretamente diverso.

E' appena il caso di richiamare, in proposito, il principio espresso da questa Corte secondo cui «In tema d'impugnazioni avverso i provvedimenti *de libertate*, il ricorrente per cassazione che denunci la nullità dell'ordinanza cautelare per omessa autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza ha l'onere di indicare gli aspetti della motivazione in relazione ai quali detta omissione abbia impedito apprezzamenti di segno contrario di tale rilevanza da condurre a conclusioni diverse da quelle adottate» (Sez. 1, n. 46447 del 16/10/2019, Firozpoor, Rv. 277496 - 01; Sez. 1, n. 333 del 28/11/2018, dep. 2019, Esposito, Rv. 274760 - 01); la sanzione, che la legge pone a presidio del corretto adempimento del dovere giudiziale di valutazione critica degli atti di indagine, non può essere relegata in una dimensione squisitamente formalistica,

e non può quindi essere dedotta facendo leva esclusivamente sulla rilevazione di particolari tecniche di redazione del provvedimento, che al più possono valere quali indici sintomatici ma non sono, esse stesse, ragioni del vizio.

Del resto, ricorre l'autonoma valutazione anche quando venga richiamato, in maniera più o meno estesa, l'atto di riferimento con la tecnica di redazione "per incorporazione", con condivisione delle considerazioni già svolte da altri, poiché valutazione autonoma non vuol dire edizione originale, sempreché emerga dal provvedimento una conoscenza degli atti del procedimento e, se necessario, una rielaborazione critica degli elementi sottoposti a vaglio giurisdizionale (Sez. 5, n. 70 del 24/09/2018, dep. 2019, Pedato, Rv. 274403 - 01; Sez. 6, n. 13864 del 16/03/2017, Marra, Rv. 269648 - 01), come dal ricorrente non efficacemente contestato.

3. Il terzo motivo è infondato, in perché trascura l'articolata motivazione con la quale il Tribunale ha respinto l'eccezione e, segnatamente, l'argomento secondo cui intercettazioni avrebbero potuto essere comunque acquisite ex art. 270, comma 2, cod. proc. pen.

Pertinente si reputa al riguardo l'arresto secondo cui «In tema di intercettazioni telefoniche, la mancata allegazione, da parte del P.M., dei relativi decreti autorizzativi a corredo della richiesta di l'applicazione di misure cautelari e la successiva omessa trasmissione degli stessi al Tribunale del riesame a seguito di impugnazione del provvedimento coercitivo, non determina né l'inefficacia della misura né l'inutilizzabilità delle intercettazioni, ma obbliga il Tribunale ad acquisire d'ufficio tali decreti ove la parte ne faccia richiesta» (fra molte, Sez. 1, n. 823 del 11/10/2016, dep. 2017, Fiammetta, Rv. 269291 - 01)

4. Privo di pregio è il quarto motivo, anche nella più ampia articolazione contenuta nel primo motivo aggiunto, concernente l'eccepita inutilizzabilità delle *chat* relative alle comunicazioni intrattenute dall'indagato, utilizzando la rete Sky Ecc ed Encrochat tramite appositi cellulari *smartphone*.

4.1. Al fine di inquadrare correttamente le questioni giuridiche poste all'attenzione del Collegio, non è superfluo evidenziare come i sistemi SKY Ecc ed Encrochat siano piattaforme di comunicazione criptata che consentono lo scambio di comunicazioni utilizzando i cc.dd. criptofonini, ovvero *smartphone* opportunamente modificati nel *software* (prevalentemente con il sistema Android o Blackberry) con l'unico scopo di garantirne l'inviolabilità, poiché il relativo sistema operativo è caratterizzato da particolari requisiti di sicurezza che si possono riassumere nella cifratura dei dati trasmessi e di quelli memorizzati, nella possibilità per l'utilizzatore di cancellare, quasi in tempo

reale e anche da remoto, l'intera memoria del telefono inserendo un cd. *panic code*, o nella possibilità di segnalare la presenza di sistemi di individuazione (cd. Imsi Catcher) o di tentativi di aggressione informatica da parte di agenti esterni.

Tali sistemi di comunicazione di Sky Ecc non sono però basati sulla tecnologia *pin to pin* (tipo Blackberry, cioè su un sistema crittografico dove le chiavi di cifratura sono collocate in un *server*), bensì sul sistema *end to end*, che prevede la cifratura delle conversazioni mediante l'utilizzo di chiavi depositate esclusivamente sui dispositivi che colloquiano, sicché, in questa modalità, neanche il gestore del servizio è in grado di conoscere le chiavi utilizzate e, di conseguenza, il contenuto delle comunicazioni.

4.2. Si apprende dal provvedimento impugnato e dalla documentazione in atti, che la messaggistica è stata acquisita (cfr. note Roni Reparto Operativo in data 24 gennaio 2022 e del 1° settembre 2021) in esito a un'operazione investigativa conclusa a marzo 2021, svolta da una squadra investigativa comune costituita tra le autorità giudiziarie francese, olandese e belga, in virtù della quale gli inquirenti hanno avuto accesso a centinaia di milioni di messaggi degli utenti delle suindicate piattaforme criptate.

Il dato probatorio nel presente processo è stato ottenuto in esecuzione di un ordine europeo d'indagine (O.I.E.), rivolto alla competente autorità francese che, in persona del Vice-president Chargé de l'instruction del Tribunal Judiciaire de Paris, ha poi provveduto, trasmettendo i dati ufficiali riversati su un CD con allegato verbale delle operazioni svolte, autorizzando la Procura di Roma ad utilizzare i dati così trasmessi.

Il Tribunale ha dato conto del fatto che l'O.I.E. si basava sui codici IMEI dello *smartphone* nella disponibilità dell'indagato e nell'ordinanza cautelare si precisa che Eurojust aveva segnalato l'effettiva presenza di quei codici identificativi nel *database* di cui poteva disporre.

In conseguenza di ciò era stato messo a disposizione il materiale in formato elettronico, venendo in rilievo stringhe informatiche, corrispondenti al contenuto delle comunicazioni di cui si componevano le chat.

E' stato infine sottolineato come dalla nota del Roni risultassero le modalità di acquisizione, nonché descritta la fase della condivisione dei dati per il tramite di Eurojust. Di qui l'invio del materiale, che era stato poi elaborato, a fini di sviluppo dell'indagine, attraverso l'abbinamento tra IMEI e P.I.N., identificativi delle piattaforme.

4.3. Di conseguenza, il Collegio rileva che quelli posti a disposizione dell'Autorità giudiziaria italiana sono i dati informatici relativi alle conversazioni e alle comunicazioni trasmesse mediante il criptofonino in uso all'indagato,

così come è altrettanto pacifico che i *files* oggetto di esame siano copia di quelli che sono in possesso dell'autorità giudiziaria francese, già decriptati. L'operazione di decriptazione è stata eseguita dalle polizie straniere mediante l'individuazione del necessario algoritmo di criptazione utilizzato dalla società proprietaria del sistema di cifratura SKY ECC.

Riguardo alla questione della natura delle *chat* oggetto di doglianza è già stato condivisibilmente chiarito (Sez. 1, n. 34059 del 01/07/2022, Molisso, non mass.; Sez. 6 n. 18907 del 20/04/2021, Civale, Rv. 281819 - 01) che occorre distinguere due diversi tipi di operazione che gli inquirenti possono effettuare nello svolgimento delle indagini, segnatamente: le operazioni di captazione e di registrazione del messaggio cifrato nel mentre lo stesso è in transito dall'apparecchio del mittente a quello del destinatario (che viaggia attraverso reti *internet* messe a disposizione in ogni paese da gestori di servizi telematici e che, lungo tale 'tragitto' transita di regola da un server che non è necessariamente collocato nel paese o in uno dei paesi nei quali si trovano fisicamente i soggetti che stanno comunicando tra loro) e le diverse operazioni di decriptazione del contenuto del messaggio, necessarie per trasformare mere stringhe informatiche in dati comunicativi intellegibili.

E' chiaro che solo alla prima delle due appena indicate tipologie di operazioni fa riferimento l'art. 266-*bis* cod. proc. pen., che estende l'applicabilità delle norme del codice di rito relative alle 'normali' intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra soggetti a distanza, alle intercettazioni di flussi di comunicazioni relativi a sistemi telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi telematici: flussi che non avvengono in via diretta tra apparecchi informatici, ma che sfruttano la trasmissione dei dati in via telematica, dunque via cavo o ponti radio, ovvero per mezzo di altra analoga strumentazione tecnica (nel senso della qualificazione come intercettazione ai sensi dell'art. 266-*bis* cod. proc. pen. dell'acquisizione dei contenuti di messaggistica in atto effettuata con sistema Blackberry, cfr. Sez. 4, n. 49896 del 15/10/2019, Brandimarte, Rv. 277949-01; Sez. 3, n. 47557 del 26/09/2019, Scognamiglio, Rv. 277990-01/02; Sez. 3, n. 50452 del 10/11/2015, Guarnera, Rv. 265615-01).

Laddove il messaggio telematico sia "in chiaro", cioè non criptato la sua captazione e la sua registrazione ne rendono immediatamente intellegibile il contenuto e, perciò, direttamente utilizzabile a fini di prova il relativo risultato conoscitivo.

Se, invece, il messaggio telematico, come è accaduto nel caso di specie, sia criptato, gli inquirenti ne possono valorizzare il contenuto a fini dimostrativi solo laddove abbiano la disponibilità dell'algoritmo che consente di decriptarne il tenore ovvero se tale 'chiave' venga altrimenti messa a disposizione degli investigatori

dalla società che ne è proprietaria (e che la sfrutta dal punto di vista commerciale).

4.4. Ciò di cui si è dato sin qui conto consente di valutare le deduzioni difensive e impone di ritenerne l'infondatezza.

Deve in primo luogo escludersi che l'attività di acquisizione e di decifrazione di tali dati comunicativi rientri nel novero delle attività d'intercettazione poiché queste ultime postulano la captazione di un flusso di comunicazioni in atto, di tal che non è applicabile la relativa disciplina processuale contenuta negli artt. 266 e ss. del codice di rito, la cui estensione alle intercettazioni dei flussi di comunicazioni relativi a sistemi telematici ovvero intercorrenti tra più sistemi telematici è prescritta dall'art. 266-*bis* cod. proc. pen.

Nel caso in esame – come correttamente ritenuto dal Tribunale del riesame – trova invece applicazione l'art. 234-*bis* cod. proc. pen. (introdotto dall'art. 2, comma 1-bis, del decreto legge 18 febbraio 2015, n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015, n. 43), norma che prevede che «È sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare».

Si tratta di disposizione applicabile anche nel caso *de quo*, in cui l'acquisizione ha riguardato non un documento cartaceo o analogico, bensì un documento inteso come «rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con un metodo digitale», ovvero sia dati informatici che hanno consentito di rendere intellegibile il contenuto di stringhe redatte secondo il sistema binario. Vi è stato, altresì, il consenso all'acquisizione da parte del "legittimo titolare" di quei documenti o dati conservati all'estero, da intendersi come persona giuridica che di quei documenti o di quei dati poteva disporre in forza di un legittimo titolo secondo l'ordinamento giuridico del paese estero, identificabile non soltanto nella persona fisica e/o giuridica che procede alla trasmissione e alla conservazione dei dati, ma anche nella polizia giudiziaria, nell'autorità giudiziaria, nella persona offesa, nell'amministrazione pubblica, nella società che gestisce il servizio telefonico, nell'*internet service provider*.

Del resto – come si evince dalla lettura dell'O.I.E. trasmesso al *Tribunal Judiciaire* di Parigi – l'autorità italiana non ha mai formulato richiesta a quella francese di procedere ad attività di intercettazione telefonica/telematica (nel questo caso bisognava completare la sezione H7 dell'O.I.E.) ovvero di atti d'indagine che implicano l'acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un determinato periodo di tempo (nel qual caso sarebbe venuta in rilievo la sezione H5 dell'O.I.E.), ma ha unicamente formulato richiesta di trasmissione di copia dei messaggi riferibili ai PIN di interesse scambiati sulla piattaforma Sky-ECC, messaggi, come detto, già acquisiti.

4.5. La difesa dubita che l'attività d'intercettazione e di acquisizione della messaggistica sulla piattaforma Sky Ecc sia avvenuta sotto la direzione e il controllo dell'Autorità giudiziaria francese, ipotizzando che la stessa sia il frutto di attività di polizia giudiziaria e lamenta le non chiare modalità attraverso le quali la stessa polizia francese abbia acquisito tali *chat*.

La censura, peraltro espressa in termini meramente ipotetici e dubitativi, trascura di considerare come l'acquisizione delle *chat* da parte della Autorità giudiziaria italiana sia avvenuta con ordine europeo d'indagine, disciplinato dal d.lgs. 27 giugno 2017, n. 108, emanato per dare attuazione alla direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014.

L'ordine europeo d'indagine è «una decisione giudiziaria emessa o convalidata da un'autorità competente di uno stato membro (lo Stato di emissione) per compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro (Stato di esecuzione)» e «può anche essere emesso per ottenere prove già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione» (art. 1, punto 1 della direttiva)

Il punto 2 del medesimo articolo della direttiva stabilisce che «Gli Stati membri eseguono un OEI in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alla presente direttiva»; il punto 4 precisa che «la presente direttiva non ha l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti dall'art. 6 TUE, compresi i diritti di difesa delle persone sottoposte a procedimento penale, e lascia impregiudicati gli obblighi spettanti a tale riguardo alle autorità giudiziarie».

Gli artt. 6 e 9 della direttiva, in tema di procedure e garanzie rispettivamente per lo stato emissione e di esecuzione dispongono che l'OEI può avere ad oggetto sono atti d'indagine richiesti che «avrebbero potuto essere emessi in un caso interno analogo» e che l'autorità di esecuzione riconosce l'OEI, «senza imporre ulteriori formalità e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione, a meno che non decida di addurre uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione ovvero uno dei motivi di rinvio previsti dalla presente direttiva».

Tali principi, alla luce dei quali vanno interpretate le disposizioni del decreto attuativo, implicano che l'ordine europeo d'indagine deve aver a oggetto una prova acquisibile nello Stato di emissione e deve essere eseguito in conformità di quanto previsto nello Stato di esecuzione per il compimento di un analogo atto di acquisizione probatoria e che si deve certamente presumere il rispetto di tale disciplina e dei diritti fondamentali, salvo concreta verifica di segno contrario.

Va, infatti, a tale ultimo proposito ricordato che, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'utilizzazione degli atti trasmessi



Va, infatti, a tale ultimo proposito ricordato che, secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, l'utilizzazione degli atti trasmessi a seguito di attività di cooperazione internazionale (si vedano le plurime decisioni in tema di rogatoria attiva) non è condizionata a un accertamento da parte del giudice italiano concernente la regolarità delle modalità di acquisizione esperite dall'autorità straniera, in quanto vige la presunzione di legittimità dell'attività svolta e spetta al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità lamentate nella fase delle indagini preliminari (in tal senso, Sez. 5, n. 1405 del 16/11/2016, dep. 2017, Ruso, Rv. 269015 - 01; Sez. 2, n. 24776 del 18/05/2010, Mutari, Rv. 247750 - 01; Sez. 1, n. 21673 del 22/01/2009, Pizzata, Rv. 243796 - 01).

In particolare, proprio in tema di valutazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza richiesti per l'adozione di provvedimenti di cautela personale nella fase delle indagini preliminari, è stata affermata l'utilizzabilità della documentazione di atti compiuti autonomamente da autorità straniere in un diverso procedimento penale all'estero, anche al di fuori dei limiti stabiliti per la loro utilizzabilità dagli artt. 238 cod. proc. pen. e 78 disp. att. cod. proc. pen., con il solo limite che tale attività non sia in contrasto con norme inderogabili e principi fondamentali, i quali, però, non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal nostro codice di rito, spettando inoltre a chi eccepisca tale incompatibilità l'onere di dare la prova di tale incompatibilità (cfr. Sez. 5, n. 45002 del 13/07/2016, Crupi, Rv. 268457 - 01).

E, secondo il Collegio, questo limite appare difficilmente rinvenibile in attività giudiziarie di uno stato membro dell'Unione Europea, tenuto a condividere i principi fondamentali dell'ordinamento europeo, come la Francia, nel cui ordinamento le garanzie della libertà individuale e della riservatezza delle comunicazioni rappresentano un baluardo costituzionale, il cui codice di procedura penale disciplina diverse tipologie di intercettazioni affidate al controllo dell'autorità giudiziaria (si vedano gli art. 100 e 706-102-21) e le cui attività investigative relative a queste piattaforme sono state ritenute correttamente svolte sia dalla *Cour de Cassation* (sentenza del 2.4.2022) e dal *Conseil Constitutionnel* (decisione n. 2022-987 QPC dell'8.4.2022).

Il giudice italiano, dunque, non può e non deve conoscere della regolarità degli atti di esecuzione di attività di indagine compiuta dall'autorità giudiziaria straniera (nel caso di specie francese), giacché detta l'attività investigativa è eseguita secondo la legislazione dello Stato straniero; e, a maggior ragione, ciò vale ove l'originaria attività investigativa non sia stata compiuta su richiesta dell'autorità giudiziaria italiana, ma sia stata eseguita, nell'ambito di altro procedimento instaurato nello Stato estero, su iniziativa di quell'autorità

giudiziaria i cui esiti sono stati trasmessi, come dati c.d. freddi, siccome acquisiti in epoca antecedente alla richiesta di O.I.E.

Nel caso in esame si tratta, invero, non di una richiesta di procedere a intercettazioni, ma di una richiesta di acquisizione degli esiti documentali di attività d'indagine che l'autorità straniera ha già svolto, nella sua piena autonomia, nel rispetto della sua legislazione in relazione ad altri reati; pertanto la tutela giurisdizionale relativa a tali atti non può che trovare spazio in tale ordinamento.

Si può e si deve pertanto ritenere, in assenza di specifiche deduzioni di segno diverso, che l'autorità giudiziaria francese si sia resa garante del rispetto delle procedure dello Stato di esecuzione, a partire dalle intercettazioni svolte in quello stato, nonché della trasmissione dei dati all'autorità italiana richiedente.

Sotto tale ultimo profilo, risultando inoltre dal verbale di trasmissione francese in data 22 dicembre 2021, le modalità di conservazione e di *download* dei dati informatici su apposito CD a supporto delle conversazioni estratte, cui si è apposto un sigillo. Si tratta, con ogni evidenza, di decisivi e riscontrabili riferimenti attestanti che la competente Autorità dello Stato di esecuzione ha assolto alla funzione di assicurare il trasferimento di dati disponibili, la cui concreta attendibilità risulta dall'insieme delle informazioni acquisite.

Le modalità di estrapolazione sono state specificamente segnalate, fermo restando che nel caso di specie veniva in rilievo, come già sottolineato, l'acquisizione di un dato staticamente presente, riconducibile al *genus* dei documenti informatici, comunque garantito nella sua concreta attendibilità dalla procedura seguita.

4.6. Non è fondata nemmeno l'ulteriore censura difensiva secondo la quale il Tribunale del riesame avrebbe fatto applicazione errata del principio di reciproca fiducia, giungendo a considerare gli atti acquisiti utilizzabili nel presente procedimento sol perché introdotti a seguito di ordine investigativo europeo.

Vale, invero, il contrario, ossia che nel caso di specie non è stato prospettato alcun profilo rilevante ai fini del mancato rispetto dei diritti fondamentali e del principio di proporzionalità, sicché – non avendo assolto, il ricorrente, al relativo onere – il principio della presunzione della legittimità delle procedure di acquisizione nel paese richiesto è pienamente operante.

In proposito, privo di pregio è l'argomento inerente un'asserita incompatibilità delle *chat* così acquisite con il diritto interno che, nella misura in cui fa riferimento alla necessità di verificare che all'attività investigativa di cui si tratta nello stato estero abbia provveduto un giudice e non un pubblico ministero, sembra alludere alla sopravvenuta disciplina dello Stato italiano in materia di acquisizione di tabulati introdotta con il d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2021, n. 178.


Come si legge nel preambolo di tale decreto, l'intervento è stato motivato dalla necessità e urgenza di garantire la possibilità di acquisire dati relativi al traffico telefonico e telematico per fini di indagine penale nel rispetto dei principi enunciati dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza del 2 marzo 2021, causa C-746/18, e in particolare di circoscrivere le attività di acquisizione ai procedimenti penali aventi ad oggetto forme gravi di criminalità e di garantire che dette attività siano soggette al controllo di un'autorità giurisdizionale.

La portata maggiormente innovativa della nuova disciplina, dopo la limitazione dei reati per cui tale attività investigativa è ammissibile, è stata quella di aver attribuito al giudice, e non più al pubblico ministero, il potere di disporre l'acquisizione dei tabulati, sicché nel novellato art. 132 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, l'acquisizione è prevista con decreto motivato del giudice, su richiesta del pubblico ministero.

Nel caso che ci occupa – ribadito che ciò che è stato acquisito sono documenti informatici e non "dati esteriori" (il riferimento è ai tabulati, dei quali le Sezioni Unite n. 21 del 13/07/1998, Gallieri, Rv. 211196 - 01, hanno offerto una utile definizione, precisando che «essi costituiscono la documentazione in forma intellegibile del flusso informatico relativo ai dati esterni al contenuto delle conversazioni; stampa che fa parte peraltro, secondo la tecnica informatica, del "movimento" dei dati gestito dall'ente concessionario del servizio, nell'ambito del flusso costituito appunto dall'ingresso/elaborazione-registrazione e stampa») – in ogni caso la già evidenziata circostanza che la complessiva attività di acquisizione si sia svolta sotto la direzione del giudice francese, pone al riparo da qualsiasi eventuale censura in punto di legittima modalità di acquisizione dei dati esterni relativi alle comunicazioni acquisite.

4.7. Va, inoltre, chiarito che la situazione delineata non corrisponde interamente a quella esaminata in altra, recente pronuncia della Corte di cassazione (Sez. 4, n. 32915 del 15/07/2022, Lori, non mass.).

In quell'occasione la difesa aveva lamentato la mancanza messa a disposizione da parte del Pubblico Ministero della «documentazione (comprensiva dei file) consegnata da Europol nel mese di marzo 2021, a seguito dell'accesso ai server di Sky ECC, con indicazione delle modalità di acquisizione da parte della stessa Europol dei dati in oggetto dai server, con annessi verbali, nonché i verbali delle attività compiute dagli investigatori italiani per fini di polizia di cui alla dichiarata analisi preliminare», con la motivazione che si trattasse di atti estranei al fascicolo processuale, trattandosi di «scambi informativi tra forze di polizia di paesi diversi che, in quanto tali non sono processualmente utilizzabili». Tale

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

documentazione nella citata sentenza era stata posta la dalla Corte alla base di una più ampia valorizzazione del contraddittorio.

Nel caso qui in esame, invece, la difesa ha chiesto, ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 108 del 21 giugno 2017, all'Ufficio del pubblico ministero di emettere un O.I.E. per la «formale acquisizione di tutta la documentazione autorizzativa relativa alle operazioni che hanno consentito l'intercettazione, captazione e acquisizione dei dati di traffico relativi alle utenze ritenute in uso a Molisso (istanza Molisso)», nonché «il rilascio di copia integrale del fascicolo afferente l'attività d'intercettazione, condivisione e analisi della rete crittografata Encrochat e Sky Ecc (...) con la specificazione delle modalità di acquisizione dei dati e della loro conservazione, nonché l'indicazione del responsabile di Polizia giudiziaria di Europol/Eurojust coordinatore delle indagini (Istanza Calderon)», cui ha fatto seguito il diniego dell'inoltro di un siffatto O.I.E. da parte dei Pubblici ministeri precedenti, sulla scorta del più volte richiamato principio della reciproca fiducia in ordine alla regolarità dell'attività investigativa svolta e dell'assenza di specifiche deduzioni in punto di violazione dei principi generali dell'ordinamento interno.

Ciò, fermo restando che, ad avviso del Collegio, quanto invece all'utilizzabilità degli atti trasmessi a seguito di attività di cooperazione internazionale e, per quanto qui interessa, di O.I.E., la stessa – come già ribadito – non è condizionata a un accertamento da parte del giudice italiano inerente la regolarità delle modalità di acquisizione esperite dall'autorità straniera, ribadendosi il pieno vigore – in assenza di deduzioni specifiche – della presunzione della regolarità dell'attività svolta, spettando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e la competenza a risolvere qualsiasi questione in ordine ad eventuali irregolarità lamentate.

4.8. D'altro canto, neppure può fondatamente porsi il tema della corrispondenza del dato originale con quello trasmesso.

Occorre, in proposito, distinguere il tema della genuinità del dato decrittato da quello della garanzia della cd. catena di custodia.

Sotto il primo profilo, si osserva che l'attività di acquisizione di dati in giacenza (cd. freddi) o l'intercettazione di dati telematici in transito permette l'acquisizione, qualora il messaggio telematica sia criptato mediante un impiego di un algoritmo o di una chiave di cifratura e trasformato in un mero dato informatico, di una stringa informatica composta da un codice binario. In questo caso – come si è già detto – l'intelligibilità del messaggio è subordinata all'attività di decrittazione che presuppone la disponibilità dell'algoritmo che consente di trasformare il codice binario in un contenuto dimostrativo, ma ogni messaggio cifrato è inscindibilmente accoppiato alla sua chiave di cifratura, sicché la sola chiave corretta produrrà una decifrazione corretta, dovendosi

escludere che possa decifrarne una parte corretta e uno non corretta; né vi sono possibilità che una chiave errata possa decrittare il contenuto, anche parziale, del codice umano contenuto.

Si richiama in proposito quanto chiarito da questa Corte (Sez. 2, n. 30395 del 21/04/2022, Chianciano, Rv. 283454 - 01; Sez. 6, n. 14395 del 27/11/2019, Testa, Rv. 275534 - 01) secondo cui, in assenza dell'algoritmo necessario alla decrittazione, secondo la scienza informatica, risulta impossibile ottenere un testo difforme dal reale, potendosi al più imbattersi in una sequenza alfanumerica o simbolica (detta stringa) priva di senso alcuno.

Pertanto, quando non emerga l'allegazione di specifici e concreti elementi di segno contrario, nel presente caso non prospettati, deve escludersi la ricorrenza di alterazioni ovvero manipolazione dei testi captati.

Sotto il secondo profilo, quella dell'algoritmo di *Hash* non è l'unica, sebbene sia la più diffusa, metodica idonea a garantire una corretta catena di custodia, ben potendosi ottenere la stessa garanzia legandola al contenitore, invece che al contenuto (come nel caso della stringa di *Hash*, progettata in modo da poter fungere da *sigillo digitale*), attraverso l'uso di contenitori non modificabili, ovvero sia l'uso di supporti di memoria a tecnologia ottica non riscrivibile (CD e DVD): ciò che è stato fatto dalle autorità francesi, risultando invero dal verbale di trasmissione in data 22 dicembre 2021, in atti, che i dati richiesti sono stati riversati in supporti ottici non riscrivibili (*cd-rom*) e trasmessi all'interno di buste sigilliate antieffrazione.

4.9. Manifestamente infondata la tesi prospettata con i motivi nuovi secondo cui la messaggistica trasmessa dalle Autorità francesi in esecuzione dell'O.I.E. sarebbe inutilizzabile a norma dell'art. 191 cod. proc. pen., in quanto l'acquisizione delle risultanze digitali è frutto del lavoro di una squadra investigativa comune franco-belga-olandese, come tale inidonea a formare la prova dell'art. 3 della Direttiva europea n. 41/2014 e dal d.lgs. n. 108/2017 che ha recepito la stessa nel nostro ordinamento a causa della funzione squisitamente preventiva attribuita alle squadre investigative comuni.

La difesa, in particolare, ritiene che vi sia un vero e proprio divieto probatorio, riconducibile al *genus* richiamato dall'art. 191 cod. proc. pen., di utilizzazione dell'O.I.E. per l'acquisizione di prove frutto del lavoro di una squadra comune investigativa, come imporrebbe la lettura congiunta del *considerando 8* della Direttiva citata - secondo cui «L'OEI dovrebbe avere una portata orizzontale e pertanto dovrebbe applicarsi a tutti gli atti di indagine finalizzati all'acquisizione di prove. Tuttavia, l'istituzione di una squadra investigativa comune e l'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra richiedono disposizioni specifiche, che è più opportuno disciplinare separatamente. Fatta salva l'applicazione della presente

direttiva, gli strumenti esistenti dovrebbero pertanto continuare ad applicarsi a questo tipo di atto d'indagine» - e l'art. 3 della Direttiva stessa che, in tema di ambito di applicazione dell'OEI, stabilisce che «si applica a qualsiasi atto d'indagine, tranne all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra ai sensi dell'articolo 13 della convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea (la «convenzione») e della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio eccetto ai fini dell'applicazione, rispettivamente, dell'articolo 13, paragrafo 8, della convenzione e dell'articolo 1, paragrafo 8 della decisione quadro».

In realtà, dalla piana lettura delle norme, lungi dall'inferirsi un divieto probatorio, si trae che è stata prevista, all'art. 3 della Direttiva, per le ragioni di opportunità espresse nel *considerando 8*, non l'impossibilità di acquisire risultati di attività investigativa già compiuti (in ipotesi anche da squadre investigative comuni) - che, stando al *considerando 7* costituisce l'in sé dell'ordine d'indagine europeo («L'OEI deve essere emesso affinché nello Stato che lo esegue, lo «Stato di esecuzione», siano compiuti uno o più atti di indagine specifici ai fini dell'acquisizione di prove. Ciò include anche l'acquisizione di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione») - bensì il divieto di istituire con l'O.I.E. le squadre comuni investigative e il conseguente divieto di acquisizione di prove acquisite nell'ambito di una squadra eventualmente così costituita.

5. Non può essere accolto neppure il quinto motivo, anche nella sua più ampia articolazione fatta con il secondo motivo aggiunto.

La difesa, a sostegno del motivo, segnala un precedente di questa Sezione che avrebbe definito analoga questione in termini conformi alla richiesta della difesa.

E, tuttavia, proprio la lettura della motivazione del provvedimento allegato dalla difesa, imperniato sul mancato confronto di quel Tribunale del riesame con il merito delle critiche contenute negli elaborati dei consulenti tecnici del ricorrente, che ulteriormente convince dell'infondatezza della doglianza difensiva nel presente processo, a fronte dell'ampia e articolata motivazione con la quale l'ordinanza qui impugnata (p. da 21 a 25) ha giustificato l'opzione in favore delle conclusioni raggiunte dal consulente tecnico del pubblico ministero.

6. Inammissibile, poiché interamente versato in fatto, è il sesto motivo che denuncia vizio di motivazione e travisamento della prova.

Il giudice della cautela ha chiarito con motivazione congrua ogni aspetto evidenziato dal ricorrente, argomentando tanto in merito al movente (p. 19),



quanto in punto di irrilevanza del mancato riconoscimento da parte delle vittime (p. 26), nonché in punto di implausibilità della versione alternativa (p. 26).

Dunque, non si ravvisano alcuna contraddittorietà della motivazione e, tanto meno, alcun travisamento di prova che – lo si ribadisce – vede circoscritta la cognizione del giudice di legittimità alla verifica dell'esatta trasposizione nel ragionamento del giudice di merito del dato probatorio, rilevante e decisivo, per evidenziarne l'eventuale, incontrovertibile e pacifica distorsione, in termini quasi di "fotografia", neutra e avalutativa, del "significante", ma non del "significato", atteso il persistente divieto di rilettura e di re-interpretazione nel merito dell'elemento di prova (Sez. 5, n. 26455 del 09/06/2022, Dos Santos Silva Welton, Rv. 283370 - 01).

7. E', invece, fondato l'ultimo motivo di ricorso.

Pur essendo stato richiesto di verificare la concreta sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 416-bis.1, il Tribunale ha omesso ogni valutazione sul punto, evidenziando una carenza d'interesse, non incidendo l'eventuale esclusione di tale aggravante rispetto ai termini di custodia cautelare, essendo stata contestata anche l'aggravante della premeditazione.

Tale motivazione si pone in contrasto con il principio di diritto, che qui di condivide e ribadisce, secondo cui «In tema di impugnazioni avverso misure cautelari personali, vi è carenza di interesse sia al riesame sia al ricorso per cassazione quando con essi l'indagato tenda ad ottenere l'esclusione di una circostanza aggravante, salvo che da tale esclusione derivi, per lui, una concreta utilità» (Sez. 6 n. 50980 del 21/11/2013, Fabricino, Rv. 258502 - 01); detto principio è stato più volte riaffermato, relativamente al ricorso per cassazione (Sez. 3 n. 20891 del 18/06/2020, Piccirillo, Rv. 279508 - 01; Sez. 6 n. 5213 del 11/12/2018, dep. 2019, Fucito, Rv. 275028 - 01; Sez. 6, n. 7203 del 08/02/2013, Vuocolo, Rv. 254507 - 01).

Si deve, sul punto, rilevare che l'istanza *de libertate*, per come coltivata nei gradi ulteriori, è stata articolata, non al solo fine di contestare la configurabilità o meno della cennata aggravante, bensì anche in punto di gravità del quadro indiziario e di verifica delle esigenze cautelari, sicché non si profila la ritenuta carenza dell'interesse.

La deduzione in punto di qualificazione giuridica risulta, invero, rivolta a rimuovere l'effettivo pregiudizio che la parte asserisce di aver subito con il provvedimento impugnato. Secondo i principi generali del processo penale, l'interesse all'impugnazione va inteso come pretesa all'eliminazione della lesione attuale di un diritto o di altra situazione soggettiva dell'impugnante tutelata dalla legge, non già quale pretesa all'affermazione di un astratto principio giuridico o

all'esattezza teorica della decisione, che non realizzano il vantaggio pratico cui deve tendere ogni impugnazione.

In particolare, sussiste l'interesse dell'indagato a impugnare l'ordinanza *de libertate* che abbia ritenuto sussistente una circostanza aggravante a effetto speciale, sempre che da questa conseguano immediati riflessi sull'*an* o sul *quomodo* della legittimità della misura.

Nel caso di specie, la definizione della questione giuridica inerente alla configurabilità dell'aggravante in senso favorevole all'impugnante pur non incidendo sul calcolo del termine di durata massima della custodia cautelare, avrebbe potuto riverberarsi sulla valutazione del fatto concreto e sulla presunzione di adeguatezza della misura cautelare di maggior rigore, tenuto conto che le determinazioni dei giudici *a quibus*, hanno avuto come presupposto la valutazione globale della obiettiva gravità della condotta, anche sulla scorta di plurimi richiami, contenuti nel provvedimento, ai contatti del ricorrente con ambienti criminali, che richiamano il contesto paramafioso oggetto di contestazione.

8. L'ordinanza impugnata dev'essere, quindi, annullata limitatamente alla declaratoria di inammissibilità della richiesta di riesame sull'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1 cod. pen., con rinvio per nuovo giudizio sul punto e sulle statuizioni consequenziali al Tribunale di Roma, competente ex art. 309 cod. proc. pen.

La cancelleria curerà l'adempimento di cui all'art. 94, comma 1-*ter*, disp. att. cod. proc. pen.

P.Q.M.

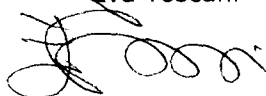
Annulla l'ordinanza impugnata, limitatamente alla declaratoria di inammissibilità della richiesta di riesame sull'aggravante di cui all'art. 416-*bis*.1 cod. pen., con rinvio per nuovo giudizio sul punto e sulle statuizioni consequenziali al tribunale di Roma, competente ex art. 309 cod. proc. pen.

Rigetta il ricorso nel resto.

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

Così deciso il 13 ottobre 2022

Il Consigliere estensore
Eva Toscani



Il Presidente
Vincenzo Siani

