

PRIMOPIANO

DUE SENTENZE RIACCENDONO IL DIBATTITO SULLE GARANZIE DI ACQUISIZIONE E UTILIZZAZIONE DELLE PROVE, SPECIE SE PROVENIENTI DA UNA AUTORITÀ ESTERA

VALENTINA STELLA

Accademici, magistrati e avvocati stanno focalizzando negli ultimi giorni l'attenzione su due recenti sentenze della Cassazione emesse della Sesta sezione penale che ha annullato con rinvio provvedimenti dei Tribunali del Riesame di Milano e Reggio Calabria con cui si confermarono la custodia cautelare in carcere di due soggetti dediti al traffico internazionale di stupefacenti. La questione è rilevante perché attiene alle garanzie di acquisizione e utilizzazione delle prove, a maggior ragione se provenienti da una autorità estera. È talmente importante il tema che proprio il 3 novembre un'altra sezione penale della Cassazione, la Terza, ha chiamato in causa le Sezioni Unite per dirimere la faccenda. È evidente dunque che non esiste una univoca interpretazione e che i profili in gioco sono molti. Ma vediamo nel dettaglio. Nel primo caso i gravi indizi di colpevolezza erano stati desunti dalle indagini effettuate nel nostro Paese tramite intercettazioni telefoniche e ambientali a cui si erano aggiunte le comunicazioni scambiate su una chat di messaggistica criptata che i pubblici ministeri italiani avevano ottenuto tramite l'emissione di un O.I.E. - Ordine d'indagine Europeo - dall'autorità francese, che aveva condotto una inchiesta sul narcotraffico insieme a belgi e olandesi e aveva ottenuto la chiave per decifrare quei messaggi. Stessa cosa avvenuta nel secondo caso. Ma gli avvocati difensori dei due indagati, dopo il rigetto del ricorso da parte del Riesame, si sono rivolti alla Cassazione adducendo sostanzialmente le seguenti motivazioni: «Per avere il tribunale del Riesame valorizzato il contenuto dei dati contenuti in atti qualificati come "documenti informatici", acquisiti dall'autorità giudiziaria francese», tramite operazioni effettuate in Francia «senza il rispetto della normativa italiana in materia» e «senza l'osservanza delle regole di copie forensi a garanzia della genuinità del dato informatico vigenti dell'ordinamento italiano», «attività dunque illecittima».

Nel secondo caso si sottolinea che «la prova è stata acquisita tramite un ordine di indagine europeo ed è da ritenersi illegittimo in quanto l'ordine è stato emesso da un pm e non dal giudice delle indagini preliminari (che comunque non ha autorizzato neppure preventivamente l'acquisizione)». In pratica i difensori hanno sostenuto che quelli estratti dalle chat criptate non fossero semplici documenti ma corrispondenza privata come tutta la messaggistica elettronica e quindi avrebbe dovuto esserci l'autorizzazione da parte un giudice per acquisirli e non la semplice richiesta di un pm. E gli ermellini hanno accolto i ricorsi stigmatizzando la lacunosità delle motivazioni del Riesame, laddove fanno mancare «un preciso inquadramento normativo al mezzo di ricerca della prova di cui, volta per volta, occorreva autorizzare l'impiego. E ciò vale tanto più ai fini della verifica della utilizzabilità processuale di elementi di prova acquisiti all'estero». In tale quadro normativo «assume una rilevanza centrale» la decisione della Corte Costituzionale di quest'anno sul caso Renzi/Open: «I giudici hanno chiarito che il concetto di corrispondenza, cui va assicurata la tutela accordata dall'articolo 15 della Costituzione, si estende a ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione». Inoltre secondo la Suprema Corte, nel pieno rispetto del diritto di difesa, l'indagato «deve avere accesso alla prova anche se acquisita all'estero ottenendo la versione originale e criptata dei messaggi e le chiavi di sicurezza necessarie alla decrittazione».

Ora i Riesami dovranno chiarire tutti i dubbi sollevati, in pratica verificare se tutte le garanzie difensive sono state rispettate. Per Mario Palazzi, della Dda di Roma, invece «l'Autorità giudiziaria italiana si è limitata ad acquisire, con l'unico strumento processuale che l'ordinamento nazionale conosce, materiale probatorio che si era già formato nell'ambito di un procedimento penale francese, senza che fosse intervenuta una qualunque forma di partecipazione dell'ufficio di procura o delle forze di polizia nazionali alle fasi di formazione della prova. Come noto - spesso dimentici-

Così il caso Open riapre la battaglia sulle intercettazioni

chiamo di essere cittadini europei oltre che italiani - vige una presunzione di legittimità dell'attività svolta e spetta al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura, peraltro nel caso di specie ampiamente scrutinata. Sento poi invocare spesso - prosegue il pm - nelle aule ma non solo, scenari orwelliani per l'ampiezza dell'acquisizione e per il segreto di Stato apposto sul metodo dell'acquisizione del dato. In realtà, gli atti acquisiti nei procedimenti consentono di verificare gli atti compiuti nell'indagine che ha condotto all'acquisizione del materiale informatico; quello che manca riguarda unicamente il modo con il quale si è riusciti a superare i meccanismi di protezione dei server e le modalità di acquisizione delle chiavi di decrittazione». Per Palazzi «è una informazione del tutto superflua ai fini della validità dell'atto e non mortifica certo il diritto di difesa». Il magistrato ha infine «la fondata convinzione che molti commentatori "tifosi" non abbiano letto con attenzione le decine di sentenze della Cassazione che si sono occupate delle

acquisizioni tramite O.I.E. delle comunicazioni tramite piattaforme criptate (quelle utilizzate di default dalla criminalità organizzata), nell'ambito di procedimenti penali italiani per reati del tipo omicidio, sequestro di persona, narcotraffico per ingenti quantitativi *et similia*. Invocano il sacro Graal della riservatezza e indefinite violazioni del diritto di difesa, omettendo però qualsivoglia considerazione sul principio del bilanciamento degli interessi del quale è custode tanto la giurisprudenza nazionale che quella sovranazionale. Forse non hanno neppure valutato con attenzione le recentissime sentenze appellate come "garantiste" - l'eterno abusato aggettivo - che in realtà censurano provvedimenti di merito eccessivamente stringati che non ricostruiscono compiutamente quanto processualmente accaduto. Insomma, per quanto possa valere la mia valutazione, non posso che rallegrarmi della rimessione della questione alle Sezioni Unite, nell'ottica di una auspicabile decisione che sgombri il campo da troppe confusioni e fraintendimenti».

«È troppo garantista» Le accuse oniriche del Fatto Quotidiano alla Cassazione...

FABRIZIO COSTARELLA
COSIMOPALUMBO

È accaduto che la magistratura francese, "pare" nel corso di una indagine per terroristi, abbia violato i server di alcune compagnie telefoniche che operano solo mediante telefoni criptati (i cosiddetti "criptofonimi") ed abbia acquisito, "pare", tutta la messaggistica già scambiata e conservata nei server e tutta quella ancora in corso.

Oltre un miliardo di messaggi, "pare". Un miliardo!

NEL MIRINO ANCHE LA CONSULTA, COLPEVOLE, SECONDO IL GIORNALE DI TRAVAGLIO, DI AVER DETERMINATO LA SCARCERAZIONE DI PERICOLOSI NARCOTRAFFICANTI

Scambiati tra terroristi e narcotrafficcanti, ma anche tra gente perbene che, per le più disparate ragioni di riservatezza, usava quei particolari mezzi di comunicazione. Militari, agenti segreti, governanti... "pare".

"Pare", perchè la polizia transalpina, nei giudizi cautelari seguiti agli arresti di quegli "uteni telefonici", ha opposto il segreto militare sulle operazioni di captazione e decrittazione dei dati. Nessuno può dunque sapere chi abbia violato il sistema, con quali strumenti, per quanto tempo; cosa sia stato acquisito e con quali criteri; cosa sia stato conservato, come e dove; cosa sia stato distrutto e perchè. Nessuno può controllare i dati originali, verificare la loro autenticità, cercare dati a discarico della ipotesi di accusa.

Un'operazione di indiscriminata e generale ascolto di una moltitudine di persone, tale da far impallidire lo scandalo Echelon e il Grande Fratello di Orwell insieme, e che ha presto

coinvolto tutte le altre autorità giudiziarie europee. Anche quella italiana, che ha chiesto e ottenuto, con semplice richiesta del pm e senza alcun controllo o autorizzazione del giudice, i dati carpiati dagli omologhi francesi. La Corte di Cassazione ha, con un primo orientamento, affermato che tali dati siano semplici documenti, acquisibili con provvedimento del pubblico ministero e assistiti (nonostante le mostruosità procedurali sopra esposte) da una presunzione di legittimità - essendo stati vagliati, nella fase di captazione, dall'autorità giudiziaria di un Paese dotato delle nostre stesse garanzie, se non di garanzie superiori - che imporrebbe all'indagato di dimostrare la loro illiceità per violazione di norme fondamentali dell'ordinamento.

E, però, l'indagato non sa e non può sapere nulla del procedimento acquisitivo dei dati, sicché la possibilità di provare la loro illegittimità è puramente un "nome nudo".



IL CORSIVO

Caro Renzi, la commissione sul Covid ha un retrogusto grillino...

TIZIANA MAIOLO

Prima l'inchiesta giudiziaria, poi l'inchiesta parlamentare. L'Italia vuol proprio distinguersi dal resto del mondo, che, pur interrogandosi e studiando per capire le ragioni scientifiche che stanno alla base della diffusione di una pandemia tragica come quella del Covid-19, non ne ha comunque cercato i "colpevoli". L'Italia no, l'Italia deve sempre ridurre tutto a questione giudiziaria e moralistica, deve sempre affannosamente chiedere "quante volte figliolo?". Perché, se non dobbiamo essere tutti costantemente alla sbarra con i nostri reati davanti a un pm, dobbiamo per lo meno essere chiamati a rendere conto di un peccato nel confessionale. Quel che è successo nel 2020 è stato violento e imprevedibile. Tutte le istituzioni, a partire dal governo Conte, fino agli organismi sanitari ai diversi livelli, alle Regioni e agli enti locali, sono stati chiamati dalla sorte e dalla responsabilità, a fare qualcosa, a combattere contro un nemico sconosciuto e portatore di malattia, sofferenza, morte. Indimenticabili le parole dell'assessore alla sanità della regione Lombardia, Giulio Gallera, "lavoravamo a mani nude". Sarà uno di quelli che verranno puniti, ma poi salvati sul piano giudiziario, con il riconoscimento della bontà del lavoro svolto e dell'inesistenza del reato. La magistratura è stata per molti, troppi mesi, prigioniera di un popolo di parenti e amici incattiviti, di una stampa orientata a mirare direttamente al corpo del nemico politico. Da una parte, il riflesso condizionato contro il premier Giuseppe Conte e il ministro della Salute Roberto Speranza, accusati di volta in volta di non aver provveduto a dotare ospedali e cittadinanza dei presidi sanitari, in particolare mascherine, oppure di non aver attuato il piano sanitario del 2006 sull'influenza.

Dall'altra parte il bersaglio grosso è stato Attilio Fontana, governatore della Lombardia, che avrebbe dovuto invece essere lodato anche per esser stato il primo a indossare pubblicamente la mascherina protettiva e poi per quella proposta di fermare gli aerei in arrivo dalla Cina, che fu irrisa e sbeffeggiata. Gli si contestò invece non solo una sorta di inedito reato di "donazione di famiglia" per camici e mascherine, ma soprattutto l'infamante accusa di non aver creato tempestivamente la zona rossa a Nembro e Alzano, nella bergamasca colpita violentemente dal morbo. Non era neanche suo compito, e la magistratura glielo riconobbe. Ma non era neppure veritiero il fatto che si sarebbero potute salvare le vite. Neppure con l'iniziativa del premier o del ministro della Salute.

È molto probabile che non si potesse fare di più di quel che è stato fatto. Ed è inutile cercare capri espiatori, trasformando un'epidemia sanitaria in epidemia giudiziaria. Se al posto di Conte ci fosse stato un altro presidente del Consiglio, ci sarebbero stati meno morti, meno lutti, meno famiglie distrutte? Difficile domanda e difficile risposta. Certamente il partito più populista e forcaiolo quale è quello dei Cinque Stelle sarebbe stato in prima linea a chiedere non solo la commissione d'inchiesta ma anche il carcere per mezza Italia. Oggi "avvocato del popolo" si ritrova con un cappio politico al collo senza neppure rendersi conto di essere vittima solo di una

piccola nemesi storica guadagnata sul campo. Del resto non è forse suo amico e sostenitore il direttore del Fatto quotidiano, Marco Travaglio, quello che, con lastucchevole abitudine a deformare i nomi, chiamava l'assessore lombardo alla sanità "Galera" con una sola el- le?

Ma non si sottraggono alla vulgata del "vogliamo la verità", "l'agente deve sapere", "vogliamo giustizia per tutti quei morti", neppure le forze della maggioranza di centro-destra che hanno voluto e otterranno, pur dopo la necessaria terza lettura della Camera, la commissione d'inchiesta. La quale, come dice l'articolo 3 del disegno di legge numero 790, dovrà verificare se sia stata corretta la gestione dell'emergenza sanitaria durante l'epidemia e se le misure adottate dal governo e dalla dirigenza sanitaria siano state adeguate alla situazione. Se siano state efficaci e tempestive, e soprattutto se abbiano portato i risultati necessari. Non è scandaloso chiederse, supponiamo lo stiano facendo in tutto il mondo, se non altro per non trovarsi impreparati per eventuali emergenze sanitarie future. Ma sappiamo bene che le Commissioni parlamentari d'inchiesta hanno gli stessi poteri dell'autorità giudiziaria, con la sola esclusione della possibilità di privare qualcuno della libertà. E sappiamo bene altre due cose. La prima: a ben poco sono servite in questi anni le varie commissioni speciali, da quelle sul terrorismo a quelle sulle stragi, che nessun contributo, o quasi, hanno portato verso la spasmatica "ricerca della verità", quando la verità era già sotto gli occhi di tutti, come quella sul rapimento e uccisione di Aldo Moro a opera delle Brigate Rosse. Che sono sempre restati tali. La seconda considerazione. Per quanto anomalo rispetto al resto del mondo, l'intervento della magistratura c'è stato. Ha fatto perdere del tempo e tentato di rovinare qualche reputazione, ma c'è stato. E ha assolto. I reati non ci sono stati, nessuno degli appartenenti alle istituzioni si era fatto untore e aveva speso i germi. Nessuno è stato responsabile, diretto o indiretto, per quelle tragiche morti. Chi voleva il colpevole a tutti i costi, a partire dagli amici di Giuseppe Conte, è rimasto deluso. Ma sono le regole della democrazia. E faranno bene a ricordarsene, quando la commissione d'inchiesta sarà varata, i

quindici senatori e i quindici deputati che ne faranno parte. Seguire la piazza, di qualunque piazza si tratti, di quella reale o di quella mediatica, è sempre pericoloso. E sicuramente contrario alla cultura liberale di un Paese democratico e allo Stato di diritto.

Di recente, una diversa sensibilità su temi così delicati ha indotto la sesta sezione della Cassazione a un orientamento difforme che, prendendo spunto anche dalla recente sentenza n. 170/23 della Corte costituzionale (sul conflitto di attribuzione nel caso Renzi-Open), ha ricondotto la messaggistica telefonica al concetto di corrispondenza, così pretendendo, per la sua acquisizione, almeno l'autorizzazione di un giudice. Una decisione che a molti giuristi è apparsa ancora timida, nella tutela di garanzie costituzionalmente garantite: non solo quello alla riservatezza della corrispondenza, ma soprattutto quello alla difesa, così dimidiato nel caso di specie.

Eppure, il *Fatto Quotidiano* non ha tardato a lanciare i propri allarmistici strali, tacciando la sesta penale della Cassazione di avere uno "spiccato orientamento garantista" (che orrore!) e la Consulta di aver determinato la scarcerazione di pericolosi narcotrafficcanti, per salvare Renzi.

In questa lettura onirica e distorta della realtà, il Giudice delle Leggi avrebbe qualificato i messaggi scambiati dal senatore come corrispondenza e non semplici documenti e, quindi, ne avrebbe subordinato l'acquisizione all'autorizzazione della Camera di appartenenza. Precedente che, generalizzato, potrebbe ora vanificare le indagini in materia di criminalità organizzata.

Nella narrazione del quotidiano, tuttavia, la critica poggia su un approccio davvero superficiale non tanto ai complessi problemi di diritto che la vicien-

da sottende, quanto alla semplice lettura della sentenza della Corte costituzionale che, lungi dall'essere una preconcetta decisione ad personam, come si vorrebbe far credere, è per larga parte la ricognizione dello "stato dell'arte" circa i progressi della tecnica nelle comunicazioni.

Ricorda, infatti, la Consulta che l'ampliamento del concetto di corrispondenza rientra nel processo di adeguamento del testo costituzionale rispetto alla "emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata", richiamando propri, anche risalenti, precedenti, che hanno via via esteso la garanzia di riservatezza "ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale" (sentenze nn. 2/23, 20/17, 1030/88).

Ma anche i giudici convenzionali, ricorda la Corte costituzionale, non hanno "avuto incertezze nel ricondurre sotto il coperto di protezione dell'art. 8 Cedu i messaggi di posta elettronica, gli sms e la messaggistica istantanea tramite internet" (Barbulescu/Romania; Copland/Regno Unito; Saber/Norvegia).

I principi sanciti "per Renzi", dunque, non sono una novità, ma fanno parte di quel costante processo di affinamento culturale e legislativo, grazie al quale l'uomo, nonostante continui rigurgiti di autoritarismo, non è più costretto a vivere nelle Latomie, con l'orecchio del tiranno sempre in ascolto.

