

Osservatorio sulla Corte costituzionale

Accertamento tecnico irripetibile

La decisione

Accertamento tecnico irripetibile - Prelievo di tracce biologiche (Cost. artt. 111, 24; C.p.p. art. 360)

Risultano infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p. «ove non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardino anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA», con riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione.

Risulta priva di fondamento la tesi del giudice rimettente secondo cui il prelievo di tracce biologiche, per sua natura, avrebbe caratteristiche tali da farlo assimilare in ogni caso ad un accertamento tecnico preventivo e da richiedere quindi le medesime garanzie difensive.

Ciò però non esclude che tale prelievo, come altre operazioni di repertazione, richieda, in casi particolari, valutazioni e scelte circa il procedimento da adottare, oltre che non comuni competenze e abilità tecniche per eseguirlo, e in questo caso, ma solo in questo, può ritenersi che quell'atto di indagine costituisca a sua volta oggetto di un accertamento tecnico, prodromico rispetto all'altro da eseguire poi sul reperto prelevato.

CORTE COSTITUZIONALE, 15 novembre 2017 (u.d. 26 settembre 2017)
GROSSI, *Presidente* - LATTANZI, *Relatore*.

Riflessioni sulla disciplina delle intercettazioni “pin - to - pin” Blackberry alla luce della sentenza della Corte cost. n. 239 del 2017

Nello scritto, partendo dall'analisi della pronuncia della Corte cost. n. 239 del 2017, si è prospettata la possibilità di considerare le operazioni di intercettazione “pin-to-pin” Blackberry come un accertamento tecnico irripetibile, ai sensi dell'art. 360 c.p.p., alle quali applicare di conseguenza tutte le garanzie previste dalla norma.

In the text, starting from the analysis of the ruling n. 239 of 2017 of the constitutional Court, it appeared the possibility of considering the operations of “pin-to-pin” Blackberry interceptions as an unrepeatable technical verification according to art. 360 c.p.p., to whom all the guarantees provided by the norm should consequently be applied.

1. La Corte costituzionale, nella pronuncia in oggetto, ha ritenuto infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p., nella parte in cui «non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardino anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA», con riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione ma al contempo ha riconosciuto al giudice il potere di valutare con un apprezzamento in concreto se una

determinata attività può considerarsi o meno come accertamento tecnico irripetibile a cui applicare di conseguenza le garanzie previste dall'art. 360 c.p.p. In base a quanto disposto dalla norma, il compimento di tali accertamenti rappresenta una deroga al principio di immediatezza nella formazione della prova¹ che andrà a formarsi in un momento antecedente rispetto al dibattimento.

Nonostante ciò, la disposizione, garantisce l'esperibilità del contraddittorio, essendovi in capo al p.m. l'obbligo di avvisare tempestivamente l'indagato, la persona offesa e i rispettivi difensori del giorno e dell'ora in cui verrà conferito l'incarico al consulente e della facoltà di nominarne di propri, che potranno assistere al conferimento dell'incarico, prendere parte alle operazioni e formulare osservazioni e riserve (co. 3).

La dottrina considera tale contraddittorio "imperfetto"² ed al contempo "eventuale"³, perché l'accertamento non viene condotto da un giudice terzo ed imparziale, bensì dal pubblico ministero, che tra l'altro può procedere, una volta verificata la regolarità degli avvisi, anche in assenza del difensore e del consulente di parte, essendo la loro presenza prevista ma non obbligatoria.

La parte processuale coinvolta può opporre una sorta di "veto" all'attività del p.m., formulando riserva di incidente probatorio, se però l'organo dell'accusa ritenga sussistere un *periculum in mora* può comunque procedere ai sensi dell'art. 360 c.p.p., correndo il rischio che successivamente il giudice dichiari l'atto inutilizzabile, non ravvedendo le necessità d'urgenza addotte dal p.m.

L'inutilizzabilità è limitata però al dibattimento, non estendendosi ai fini del "giudizio", come invece prevedeva la versione originaria della norma (modificata dall'art. 5 del d.l. 8 giugno 1992), e pertanto l'accertamento sarà comunque utilizzabile nell'udienza preliminare, nel giudizio abbreviato, nel patteggiamento e nel procedimento per decreto⁴.

La disposizione continua a non prevedere alcun obbligo di motivazione, in capo al p.m., sull'eventuale "indifferibilità" dell'atto, nonostante la dottrina abbia rilevato la necessità della stessa per permettere al giudice di effettuare una valutazione sulla correttezza del provvedimento, attraverso una «prognosi postuma condotta ex ante in considerazione degli elementi dei quali la pubblica

¹ VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano, 2013, 152.

² CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 891 ss.

³ KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, 1993, 157; GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, Torino, 2009, 63.

⁴ BONZANO, *Attività del pubblico ministero*, in *Trattato di Procedura penale*, vol.III, a cura di Garuti, diretto da Spangher, Torino, 2009, 317.

accusa disponeva»⁵.

La Riforma Orlando⁶ ha modificato la norma, stabilendo che il difensore dell'imputato dovrà avanzare istanza ex art. 392 c.p.p. entro dieci giorni dalla riserva, altrimenti quest'ultima perderà efficacia ed il p.m. potrà procedere all'accertamento «senza dover dimostrare la non rinviabilità dell'atto»⁷.

Il legislatore, nel fissare un limite temporale entro cui promuovere l'incidente probatorio, ha voluto colmare la lacuna preesistente ed evitare così un uso strumentale della riserva, volto esclusivamente ad ostacolare il compimento dell'indagine o dell'atto specifico.

I verbali degli atti acquisiti entreranno a far parte del fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e conseguentemente il loro contenuto potrà essere utilizzato in giudizio tramite lettura ex art. 511 c.p.p.⁸, derogando al principio di oralità posto alla base dell'attuale processo penale.

Proprio tale possibilità rende necessaria una chiara differenza tra quelle attività che si possono considerare come «ripetibili» e quelle che invece tali non sono, perché le prime di regola non avranno valore probatorio nel dibattimento, salvo l'ipotesi in cui si proceda all'audizione come testimone del consulente del p.m., in caso di sopravvenuta impossibilità di ripetizione dell'accertamento o di consenso delle parti all'acquisizione, al fascicolo del giudice, dell'elaborato del consulente⁹.

Nonostante ciò però il legislatore non ha chiarito il significato di «non ripetibilità», lasciando un ampio margine interpretativo agli operatori del diritto che ha provocato non pochi disorientamenti, accentuati dalla «vaghezza semantica della terminologia usata dal Codice»¹⁰.

Nel contesto in esame il concetto di «irripetibilità» assume due diverse sfaccettature: vi è l'atto intrinsecamente irripetibile e quello la cui irripetibilità è sopravvenuta: nel primo caso è «la natura stessa dell'attività che ne determina il

⁵ VERGINE, *Norme «minori» nella c.d. «Riforma Orlando»*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di Baccari, Bonzano, La Regina, Mancuso, Milano, 2017.

⁶ L. 23 giugno 2017, n. 103, art. 1, co. 95.

⁷ FONTANA, *Termine per promuovere l'incidente probatorio*, in *Arch. della nuova proc. pen.*, Piacenza, Speciale 2017, 7.

⁸ MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, in *La Prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 67.

⁹ VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 142.

¹⁰ RIVELLO, *La consulenza tecnica*, in *La prova penale*, a cura di Ferrua, Marzaduri, Spangher, Torino, 2013, 379.

compimento una sola volta»¹¹ mentre nell'altra ipotesi vi sono ragioni estrinseche e/o sopravvenute che ne impediscono la ripetizione.

La disciplina dell'art. 360 c.p.p. è applicabile anche alla c.d. irripetibilità "indotta", delineata dall'art. 117 disp. att. c.p.p. e determinata dalle modalità di accertamento, così invasive da alterare irrimediabilmente l'oggetto da esaminare¹².

La Cassazione ha ritenuto rientranti nella sfera di applicazione della norma le analisi del DNA svolte sui mozziconi di sigaretta dell'indiziato, ove questi vadano interamente distrutti, data l'impossibilità oggettiva di ripetere l'esame in sede dibattimentale¹³.

Le forme previste dall'art. 360 c.p.p. sono applicabili esclusivamente agli "accertamenti", non essendovi nella disposizione alcun riferimento né ai "rilievi" e né alle "operazioni", come invece accade nell'art. 359 c.p.p.; questa differenziazione è considerata dalla dottrina una scelta volontaria del nostro legislatore (e non una svista), che ha previsto una procedura garantita solo per i primi, volendo sottolineare la «sussistenza di una decrescente complessità tecnico scientifica dell'attività d'indagine»¹⁴.

E' stata la giurisprudenza di legittimità¹⁵ a delineare il labile confine tra le due operazioni, considerando come "rilievo" la mera raccolta e la relativa conservazione delle tracce materiali del reato, e come "accertamento" tutte quelle attività che hanno ad oggetto la valutazione e lo studio critico, su basi tecnico-scientifiche dei dati acquisiti.

Semplici operazioni automatiche che non richiedono alcuna discrezionalità o preparazione tecnica non rientrano nell'ambito di applicabilità dell'art. 360 c.p.p.; sul punto si è espressa la Cassazione ritenendo che «non da luogo ad un accertamento tecnico irripetibile l'acquisizione di prove digitali da un computer o da un sistema informatico, perché trattandosi di un'operazione meramente meccanica, potrebbe essere reiterabile all'infinito»¹⁶, così come non vi

¹¹ MONTAGNA, *Accertamenti tecnici, accertamenti personali occulti e prelievo del DNA*, cit., 67.

¹² RIVELLO, *La consulenza tecnica*, cit. 381.

¹³ Cass., Sez. I, 14 febbraio 2002, Jolibert, in *Dir. pen. proc.* 2002, 721.

¹⁴ RIVELLO, *La consulenza tecnica*, cit. 383.

¹⁵ Cass., Sez. II, 08 settembre 2016, Siino, in *Cass. Pen.*, 2017, 3, 1165; Id., Sez. II., 10 luglio 2009, Chiesa, in *C.E.D. Cass.* n.244950; Id., Sez. I, 13 novembre 2007, P.R.N., *ivi* n.239101.

¹⁶ Cass., Sez. I, 9 marzo 2011, F.M., in *Cass. Pen.*, 2012, 2, 441, con nota di DANIELE, *Il diritto al preavviso della difesa nelle indagini informatiche*; Id., Sez. I, 30 aprile 2009, C.R., in *Cass., Pen.* 2010, 7/8, 2796.

rientrano tutte le operazioni di carattere materiale che invece costituiscono rilievi ai sensi dell' art. 354 c.p.p.¹⁷.

La Corte costituzionale ha ripreso, nella sentenza in commento, la differenza elaborata dalla Consulta, ribadendo indirettamente un principio cardine del processo accusatorio e cioè che tanto più complesse e "tecniche" sono le procedure di acquisizione della prova e tanto maggiori devono essere i diritti garantiti alla difesa.

E' necessario ricordare, infatti, che il processo non deve soltanto accertare la responsabilità dell'imputato ma deve al contempo garantire i diritti fondamentali dell'individuo e lo stesso Giudice delle leggi¹⁸ ha stabilito che «un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale», a prescindere dall'esito cognitivo al quale può pervenire¹⁹.

2. Alla luce di quanto affermato è lecito chiedersi se anche le intercettazioni delle chat "pin-to-pin" Blackberry possano essere inquadrare nell'ambito degli accertamenti tecnici irripetibili, considerando le loro caratteristiche, nonché l'iter di acquisizione a cui soggiacciono.

La riflessione sul punto deve necessariamente cominciare con una breve descrizione delle proprietà e delle particolari modalità di funzionamento dei telefoni Blackberry, prodotti dalla società canadese RIM (Research In Motion).

Ciascuno smartphone ha un proprio numero identificativo (PIN), utilizzato per permettere ai detentori del telefono di scambiarsi messaggi cifrati che viaggiano esclusivamente sui nodi RIM e sono impenetrabili dal gestore dell'utenza telefonica abbinata al cellulare²⁰.

In caso di intercettazione sui nodi dell'operatore mobile le comunicazioni saranno inintelligibili perché la cifratura degli impulsi dalla partenza all'arrivo impedisce a chiunque non abbia la chiave di lettura di comprendere il testo del messaggio.

Per ottenere la conversazione in chiaro l'autorità italiana dovrebbe porre sotto

¹⁷ Cass., Sez. I, 31 gennaio 2007, Piras, in *Cass. pen.*, 2008, 7/8, 2972.

¹⁸ Cort. cost., n. 317 del 2009 in www.cortecostituzionale.it.

¹⁹ MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁰ FURFARO, *Le intercettazioni "pin to pin" del sistema Blackberry, ovvero: quando il vizio di informazione tecnica porta a conclusioni equivocate*, in *questa Rivista online*, 1, 2016, 4 ss.; TROGU, *Come si intercettano le chat pin to pin tra dispositivi Blackberry?*, in www.processopenaleegiustizia.it

controllo i nodi di servizio RIM, ma essendo questi ubicati esclusivamente in Canada e nel Regno Unito, non vi è possibilità di effettuare alcun tipo di operazione intercettativa.

Per ovviare a tale problema l'autorità giudiziaria è solita chiedere la collaborazione della RIM Italia²¹ (rappresentante legale della società canadese, avente però solo funzione commerciale), ma quest'ultima a sua volta è costretta a rivolgersi alla casa madre, non detenendo né server per il passaggio delle comunicazioni telematiche, e né centri di raccolta dati.

Considerando ciò, anche laddove la destinataria del decreto ex art. 266-bis c.p.p. sia la RIM Italia, a svolgere effettivamente le operazioni di captazione e di decifratura sarà la società estera, che solo successivamente, attraverso il tramite della succursale italiana, convoglierà i dati sul server della procura²².

Tale *modus operandi* non garantisce la genuinità della prova perché manca qualunque forma di controllo sulla c.d. catena di custodia e permette l'ingresso nel processo di materiale acquisito senza il rispetto delle garanzie difensive e in violazione delle stesse norme codicistiche.

L'art. 268 c.p.p. dispone infatti che le operazioni intercettative «possano essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati presso la procura della Repubblica», precisando però al comma 3-bis che per le intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche, il pubblico ministero possa autorizzare l'utilizzo di impianti appartenenti a privati, i quali dovrebbero comunque essere sottoposti al controllo della procura per garantire la regolarità delle operazioni.

Nel caso delle intercettazioni Blackberry il ricorso ad impianti esterni è una *condicio sine qua non* per ottenere le intercettazioni "in chiaro", considerate le modalità di funzionamento di tali smartphone, ma l'utilizzo costante di soggetti esterni stride con l'impostazione originaria del Codice²³ volta a preservare la riservatezza delle comunicazioni e più in generale la privacy, non solo del soggetto sottoposto ad indagine, ma anche di tutti coloro che vi intrattengono rapporti.

La stessa Corte di Cassazione²⁴ ha affermato che l'art. 268, co. 3-bis, riserva la

²¹ Trib. Reggio Calabria (ord.), 16 giugno 2015, in *questa Rivista online*, con nota di PITTELLI e COSTARELLA, *Ancora in tema di chat "pin to pin" su sistema telefonico BlackBerry*.

²² FURFARO, *Le intercettazioni "pin to pin" del sistema Blackberry, ovvero: quando il vizio di informazione tecnica porta a conclusioni equivoche*, cit., 5.

²³ TROGU, *Le intercettazioni di comunicazioni a mezzo Skype*, in www.processopenaleeggiustizia.it

²⁴ Cass., Sez. II, 17 dicembre 2010, L.N., in *Cass., pen.*, 2012, 6, 2204, non massimata sul punto.

lettura dei dati captati al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria autorizzata e mai all'ausiliare privato, ma ciò nonostante ritiene utilizzabili i dati acquisiti tramite le intercettazioni Blackberry, anche se ad elaborarli sono i consulenti della RIM Canada, soggetti non identificati e non identificabili.

L'autorità giudiziaria in pratica «accetta fideisticamente»²⁵ e passivamente i dati che le vengono forniti dalla società estera (svolgendo quella italiana una mera funzione di filtro) senza alcuna possibilità di validarne le risultanze conclusive. Le regole del “giusto processo” delineate dall'art. 111 Cost. attribuiscono al principio del contraddittorio un ruolo imprescindibile nella formazione e nella valutazione della prova, tanto che la decisione finale dovrà considerare solo «quegli elementi alla formazione dei quali tutte le parti processuali abbiano effettivamente partecipato»²⁶.

La difesa deve poter contrastare l'impianto accusatorio elaborato dal p.m., e pertanto gli si devono riconoscere poteri in grado di bilanciare quelli dell'accusa, in modo da rispettare sempre la c.d. “parità delle armi”²⁷.

Stride con quanto appena affermato la procedura di acquisizione della intercettazioni “pin-to-pin” perché il difensore non ha modo di confutare i dati fatti pervenire dalla RIM, essendo il potere di acquisizione riservato al monopolio del pubblico ministero.

Tra l'altro l'iter seguito sembra violare la Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, recepita nel nostro ordinamento con la L. 18 marzo 2008, n. 48²⁸, la quale stabilisce che tutte le attività di indagine, rivolte ad un sistema informatico, devono assicurare la conservazione dei dati originali ed impedirne l'alterazione²⁹.

Nel caso dei telefoni Blackberry i dati ottenuti, nella loro versione originale, sono nell'esclusiva disponibilità della società canadese, la quale non essendo sottoposta alla giurisdizione italiana, non è obbligata né a conservarli, né tanto

²⁵ TESTAGUZZA, *Chat Blackberry: il sistema “pin-to-pin”. Nascita di un nuovo paradiso processuale*, in questa Rivista, 1, 2016, 216.

²⁶ GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea in Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 52.

²⁷ Cfr. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, cit.

²⁸ Nello specifico la legge prevede il dovere di conservare inalterato il dato informatico originale nella sua genuinità; il dovere di impedire l'alterazione successiva del dato originale; il dovere di formare una copia che assicuri la conformità del dato acquisito rispetto a quello originale; il dovere di assicurare la non modificabilità della copia del documento informatico e l'istallazione di sigilli informatici sui documenti acquisiti.

²⁹ PITTELLI, COSTARELLI, *Ancora in tema di chat “pin to pin” su sistema telefonico Blackberry*, in questa Rivista online, 1, 2006, 4.

meno ad autorizzare l'accesso alle nostre autorità per effettuare forme di controllo.

La Corte di cassazione³⁰ considera la procedura dell'istradamento – convogliamento delle chiamate in partenza dall'estero in un nodo situato in Italia – sufficiente per considerare l'intera attività di intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate come avvenuta sul territorio italiano.

Il ricorso a tale strumento consiste però in una «*fictio iuris*»³¹ a cui si è fatto ricorso per evitare la procedura della rogatoria internazionale ma l'assenza sul territorio italiano di server della Blackberry determina l'impossibilità di acquisire il materiale, considerando che il gestore telefonico smista solo flussi di comunicazioni cifrate.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene che ogni forma di intercettazione possa essere considerata come «un'ingerenza della pubblica autorità»³² nella sfera privata del singolo e pertanto la legge interna che ne disciplina le modalità di esecuzione, dalla quale non si può prescindere, deve essere «chiara» nella forma e «specificata» nei contenuti³³, prevedendo delle «modalità effettive» di controllo per «garantire tutela adeguata e concreta contro gli abusi da parte dell'autorità»³⁴.

La tutela esperita dalla norma non è limitata solo al contenuto della conversazione, bensì è estesa a tutti gli elementi relativi alla stessa, come l'ora, la durata o il numero composto³⁵.

La legislazione italiana in materia di intercettazioni è stata oggetto di interpretazioni piuttosto discutibili: il caso più emblematico è sicuramente quello delle intercettazioni ambientali, considerate alla stregua di quelle telefoniche, nono-

³⁰ Cass., Sez., III, 23 dicembre 2015, Guenera e altri, in *questa Rivista*, con nota di TESTAGUZZA, *Chat BlackBerry: il sistema "pin-to-pin". Nascita di un nuovo paradiso processuale*; Id., Sez. VI, 15 ottobre 2015, Solimando, in *questa Rivista online*, con nota di FURFARO, *Le intercettazioni pin to pin del sistema BlackBerry, ovvero quando il vizio di informazione tecnica porta a conclusioni equivocate*; Id., Sez. VI, 30 settembre 2015, Petrusic, *ivi*, con nota di FILIPPI, *Questioni nuove in tema di intercettazioni: quid iuris sul "pin to pin" dei BlackBerry*.

³¹ FILIPPI, *Questioni nuove in tema di intercettazioni: quid iuris sul "pin to pin" dei BlackBerry*, in *questa Rivista online*, 1, 2016, 4.

³² Corte EDU, 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera.

³³ BARGI, FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 121 ss.

³⁴ Corte EDU, 26 marzo 1987, Leander c. Svezia.

³⁵ FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, 120.

stante le prime incidano sul diritto alla “libertà ed alla segretezza delle comunicazioni” (art. 15 Cost.) e le seconde sull’inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.).

Ogni intromissione esterna nella sfera privata del singolo va però a ledere un diritto fondamentale “autonomo”, quello alla riservatezza, efficacemente delineato dalla Corte costituzionale tedesca che lo ha definito come la «libertà dell’individuo di determinare in perfetta autonomia le modalità di costruzione della propria sfera privata, comprese le singole informazioni che andranno a comporla»³⁶.

Nel nostro ordinamento manca una norma costituzionale che lo tuteli direttamente ma nonostante ciò la fonte di tale diritto è stata individuata nell’art. 2 Cost. che «per struttura e *ratio* consente l’individuazione di situazioni di vantaggio che, a prescindere da qualsivoglia esplicita indicazione, risultano essere congeniali al libero sviluppo della persona umana»³⁷.

Nonostante l’ampia tutela offerta alla riservatezza dal giudice europeo, quest’ultimo ha ritenuto non arbitraria la teoria dell’istradamento, ormai consolidata nella giurisprudenza italiana, sostenendo che le intercettazioni consistono in «un’ingerenza prevista dalla legge ai sensi dell’art. 8, co. 2, Cedu in quanto disposte conformemente agli artt. 266 e ss. c.p.p.»³⁸.

Il Tribunale di Reggio Calabria³⁹ aveva già avuto modo di esprimersi sull’argomento, affermando che ai fini della giurisdizione non è rilevante «il luogo in cui avviene l’operazione, bensì quello in cui si consuma il rapporto tra autorità giudiziaria ed ausiliario»; la fase di elaborazione del materiale, può anche avvenire all’estero, perché essendo un’attività meramente esecutiva non rileva giuridicamente.

Il punto è contestabile perché l’operazione di decifratura non può essere considerata come meramente “esecutiva”, non si tratta di una semplice trasposizione di file, bensì di un’attività tecnicamente complessa, richiedente valutazioni critiche ed adeguate competenze, tali da renderla assimilabile ad un accertamento tecnico irripetibile a cui applicare le formalità previste dall’art. 360 c.p.p.

La Società canadese, essendo sottoposta ad una giurisdizione estera, potrebbe

³⁶ D.B.R., 15 dicembre 1983, n. 43.

³⁷ GAITO, FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2013, 369.

³⁸ Corte EDU, 23 febbraio 2016, Capriotti c. Italia.

³⁹ Trib. Reggio, Calabria, Sez. G.i.p., proc. n. 3023/11.

in qualunque momento cancellare i dati acquisiti e di conseguenza rendere l'atto non esperibile in dibattimento; tale ipotesi configura un caso di "irripetibilità" che permetterebbe al p.m., per evitare di disperdere importanti elementi di prova, di procedere con l'accertamento.

Tra l'altro l'art. 117 disp. att. c.p.p. ammette, come già anticipato, la possibilità di ricorrere a tale strumento ogni qual volta il metodo accertativo rischia di compromettere la genuinità della prova, alterandola o modificandola, nel nostro caso il programma utilizzato dalla Blackberry per decodificare i flussi di comunicazione è segreto e pertanto non conoscendo il suo funzionamento non sappiamo se sia in grado o meno di creare alterazioni irreversibili ai dati, ove così fosse sarebbe configurabile anche l'ipotesi di irripetibilità "assoluta".

3. Applicando le garanzie previste dall'art. 360 c.p.p. si potrebbero superare diverse criticità legate all'acquisizione delle intercettazioni delle chat "pin-to-pin" perché le operazioni di decifratura, il cui risultato va a confluire nel fascicolo del dibattimento, non sarebbero più condotte esclusivamente da tecnici privati, bensì verrebbero sottoposte al controllo della difesa, nonché a quello del p.m. (vero e proprio "dominus" dell'accertamento⁴⁰), evitando così di far entrare nel processo del materiale probatorio di cui non è stata garantita la c.d. catena di custodia.

I difensori e i consulenti di parte potrebbero seguire interamente le operazioni di decifratura non dovendosi più accontentare dei dati già semilavorati inviati alla procura, attuando così il principio delineato dalla Corte costituzionale secondo cui «l'accesso diretto alle registrazioni è necessario per garantire l'effettivo significato probatorio delle stesse»⁴¹.

Ancora più rilevante sarebbe la possibilità per la parte che subisce il provvedimento di esercitare la riserva di incidente probatorio e di conseguenza poter ottenere un contraddittorio pieno d'avanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Acquisire le intercettazioni Blackberry, rispettando le forme dell'accertamento tecnico irripetibile, non è un'ipotesi di facile attuazione perché difficilmente la RIM Canada sarà disposta a rendere nota a terzi la propria tecnologia e nessuno potrà costringerla ad autorizzare la presenza di un consulente presso le proprie sedi, non essendo sottoposta alla giurisdizione italiana.

⁴⁰ VALLI, *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, cit., 2013, 153.

⁴¹ Corte Cost. n. 336 del 2008, in www.cortecostituzionale.it.

Al contempo però non sembra possibile rinunciare al materiale probatorio acquisito tramite le intercettazioni delle chat “pin-to-pin” perché queste ultime, proprio per le loro caratteristiche tecniche, vengono frequentemente utilizzate dalle organizzazioni criminali per tenere segreto il contenuto delle conversazioni degli associati, la cui conoscibilità può rilevarsi necessaria per il proseguo delle indagini e per poter giungere ad un’eventuale sentenza di condanna.

Il punto ci riporta ad un annoso problema, quello del bilanciamento tra il legittimo bisogno di sicurezza della collettività e la tutela dei diritti fondamentali, posti alla base di ogni Stato democratico, il cui rispetto è fondamentale per evitare che strumenti invasivi come le intercettazioni possano trasformarsi in vere e proprie forme di controllo di massa.

Nonostante tale rischio il rispetto delle regole procedurali tende ad essere visto come un «intralcio all’accertamento della verità»⁴², e ciò ha portato, come nel caso in oggetto, al consolidamento di pratiche volte a salvaguardare il dato acquisito, indipendentemente dalle modalità con cui questo è stato ottenuto, in linea con il motto machiavelliano secondo cui «il fine giustifica i mezzi».

Sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto a delineare specificatamente le modalità operative utilizzabili in caso di intercettazioni dei telefoni Blackberry, in modo da garantire sempre un controllo sull’iter di acquisizione e sulle operazioni di decifratura a coloro che ne abbiano interesse; ancor prima però sarebbe necessaria un’inversione di tendenza della giurisprudenza di legittimità volta a mettere al bando l’utilizzo di materiale acquisito senza le più elementari garanzie difensive e in violazione dell’art. 111 Cost.

LUISA FALCONE

⁴² MAZZA, *I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., 6.