

**Penale Sent. Sez. 1 Num. 34059 Anno 2022**

**Presidente: TARDIO ANGELA**

**Relatore: ALIFFI FRANCESCO**

**Data Udiienza: 01/07/2022**

### **SENTENZA**

sul ricorso proposto da:

MOLISSO GIUSEPPE nato a NAPOLI il 21/09/1982

avverso l'ordinanza del 08/02/2022 del TRIB. LIBERTA' di ROMA

udita la relazione svolta dal Consigliere FRANCESCO ALIFFI;

sentite le conclusioni del PG ELISABETTA CENICCOLA che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito il difensore di fiducia, avvocato GIANLUCA TOGNOZZI, che ha insistito nei motivi del ricorso chiedendone l'accoglimento.

### **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 G.I.P. aveva applicato la misura cautelare della custodia in carcere a Giuseppe Molisso, gravemente indiziato di avere partecipato, nella qualità di mandante, al tentato omicidio ai danni dei fratelli Alessio ed Emanuele Costantino, materialmente eseguito da Raul Esteban Calderon.

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



- È pienamente utilizzabile la messaggistica o chat "Encrochat" e "Scy Ecc" riconducibile a due distinti ID in uso all'indagato, acquisita in diverso procedimento penale presso l'autorità giudiziaria francese tramite ordine europeo di indagine.

Si tratta di dati assimilabili ai documenti ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. perché fisicamente conservati nel server del gestore SKY ECC e non captati in concomitanza con il flusso di comunicazioni, attività che deve essere necessariamente preceduta da un provvedimento di autorizzazione preventiva secondo la disciplina in materia di intercettazioni telefoniche o telematiche.

- 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.

Vige peraltro in materia la presunzione di legittimità dell'attività svolta dall'autorità giudiziaria straniera; la richiesta ha, infatti, ad oggetto l'acquisizione degli esiti di attività di 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 "JE1NB0", 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 ma anche di informazioni strettamente personali.

2. Ricorre Molisso, per messo del difensore di fiducia, sviluppando tre motivi

2.1. Con il primo denuncia inosservanza di norme processuali stabilite a pena di inutilizzabilità e di altre norme di legge nonché vizio della motivazione con riferimento all'acquisizione, mediante ordine europeo di indagine richiesto alle autorità francesi, dei messaggi asseritamente scambiati dall'indagato sulle piattaforme di comunicazione Encrochat e Scy Ecc.

Il Tribunale – secondo il ricorrente - ha negato validità delle eccezioni difensive circa la necessità che tale acquisizione avesse luogo, anche nell'ambito dell'ordine di indagine europeo ex d.lgs. n. 108 del 2017, nel rispetto della disciplina in materia di intercettazione telefoniche, equiparando il caso in esame - in cui i dati sono stati acquisiti con estrapolazione diretta dal server in uso ai server esteri Encrochat e Sky Ecc senza procedere al sequestro della banca dati - all'ipotesi del tutto diversa di acquisizione di messaggi whatsapp conservati nella memoria di apparecchi cellulari sottoposti a sequestro oppure riprodotti fotograficamente.



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 decrittazione, 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 necessaria l'osservanza delle norme in materia di intercettazione telefonica di cui all'art. 266 cod. proc. pen.

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

L'apprensione come documenti postula che sia venuto meno il requisito tipico della segretezza, evento che si verifica solo quando è operato il sequestro dello strumento materiale in cui sono trasferiti. È evidente che, nel caso in esame, ~~che~~ il carattere della segretezza era ancora presente al momento dell'acquisizione, non essendo stato disposto il sequestro del dispositivo di comunicazione né l'intercettazione delle comunicazioni eseguiti attraverso di esso alla fonte.

Non è applicabile l'art. 234-bis cod. proc. pen. difettando il consenso del gestore estero del server.

In assenza del sequestro del telefono o della banca dati non vi è alcuna possibilità di verificare la genuinità del contenuto dei messaggi, peraltro estrapolati dalla polizia giudiziaria italiana nonostante l'ordine europeo di indagine. 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.

Difettano le condizioni necessarie per l'operatività del principio di reciprocità, richiamato dall'ordinanza impugnata, in base al quale non può essere messa in discussione dal giudice italiano la legittimità dell'attività investigativa compiuta all'estero, trasmessa in Italia mediante ordine europeo di indagine.

I due ordini di indagine europei sono stati emessi in procedimenti diversi da quello relativo al tentato omicidio dei fratelli Costantino (reato per il quale non è previsto tale strumento di collaborazione internazionale) e 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 in comune da più forze di polizia, tra cui l'Arma dei carabinieri, coordinate dall'Interpol.

Sono stati violati i principi inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano che vietano l'acquisizione e l'utilizzabilità processuale di documenti rappresentativi di comunicazioni telefoniche o telematiche, ancorché già intercorse, eseguite attraverso operazioni di captazione di comunicazioni poste in essere da una moltitudine di soggetti non direttamente collegati all'indagine penale e nemmeno raggiunti da specifiche ipotesi di reità. Solo tale forma di acquisizione indiscriminata ed indifferenziata spiega le ragioni per cui l'autorità giudiziaria francese, al momento della richiesta, fosse già in possesso dei dati relativi a comunicazioni avvenute un anno prima che Molisso fosse iscritto nel registro degli indagati.

2.2. Con il secondo motivo deduce violazione di norme processuali stabilite a pena di nullità o inutilizzabilità e di altre norme giuridiche nonché vizio della motivazione con riferimento alle modalità attraverso le quali la polizia francese è riuscita ad individuare e ad attribuire a Molisso l'uso delle utenze relative alla messaggistica utilizzata a suo carico.

Il Tribunale del riesame non si è confrontato con le specifiche eccezioni sollevate dalla difesa sul punto ritenendole il risultato di una ricostruzione ipotetica. Tuttavia il vuoto probatorio su tali fondamentali aspetti non può ripercuotersi a sfavore dell'indagato specie se si considera che i risultati investigativi, come si evince dagli atti di causa, possono essere stati conseguiti con l'impiego di mezzi di prova vietati dal nostro ordinamento, come le riprese in domicilio privato.

È stata messa a disposizione della difesa solo una parte della messaggistica acquisita con modalità tali da far razionalmente pensare all'utilizzo dello stesso ID da parte di più soggetti.

2.3. Con il terzo motivo deduce erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche nonché vizio di motivazione con riferimento al contributo fornito dall'indagato nella consumazione del delitto nonché all'aggravante della premeditazione.

La sussistenza dell'aggravante è stata desunta in via esclusiva dal contenuto dei messaggi scambiati dall'indagato sulle piattaforme di comunicazione Encrochat e Scy Ecc.

Quanto al ruolo di mandante attribuito a Molisso sono stati utilizzati anche le conversazioni ambientali ricorrendo a forzature interpretative.

Il movente è stato ritenuto ancora attuale valorizzandosi una diffusione recente sui social del video del pestaggio di cui non vi è alcun riscontro probatorio.



E' stata trascurata l'esistenza di numerosi soggetti che avevano motivi di astio nei confronti dei fratelli Costatino, il notevole lasso di tempo trascorso dalla scarcerazione di Molisso e l'inizio dei preparativi dell'agguato.

### CONSIDERATO IN DIRITTO

I primi due motivi, che possono essere trattati congiuntamente perché attinenti allo stesso tema, non sono fondati.

1. La questione su<sup>essi</sup> incentrano le censure è quella relativa alla utilizzabilità dei messaggi che Molisso ha inviato ad altri soggetti o ha ricevuto utilizzando cripto cellulari dal funzionamento equiparabile, anche secondo la prospettazione difensiva, a quello più noto dei Blackberry: apparecchi (a ciascuno dei quali era stato associato un codice personal identification number - c.d. pin) che, impiegando un particolare programma informatico creato da una società canadese, la RIM (Research in motion), consentono di trasmettere messaggi cifrati che, ricevuti da apparecchi dotati di uguale programma, vengono decrittati e resi intellegibili nel loro contenuto (sistema c.d. 'pin to pin').

Al riguardo la giurisprudenza di questa Corte ha distinto due diversi tipi di operazione che gli inquirenti possono effettuare nello svolgimento delle indagini. Vi sono 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.

Vi sono poi le diverse operazioni di decrittazione 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 sia stato criptato mediante l'impiego di un algoritmo o una 'chiave di cifratura', e trasformato in un mero dato informatico - 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 (che può essere anche vocale) sia stato criptato - come è accaduto nel caso di specie -, 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).

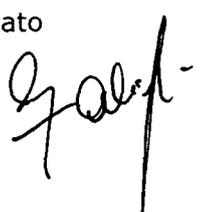
Così delineati i termini della questione, è di tutta evidenza come non colga nel segno la doglianza difensiva, secondo la quale la messaggistica utilizzata ai fini della decisione doveva essere acquisita in applicazione delle norme in materia di intercettazione di comunicazioni telefoniche e telematiche presso uno stato Estero.

Nel presente procedimento, come si evince dall'ordinanza non contrastata sul punto dalla difesa ricorrente, la messaggistica non è stata acquisita mediante operazioni di intercettazioni di comunicazioni telematiche ma attraverso la richiesta ad uno Stato estero, la Francia, con ordine di indagine europeo di trasmettere, in applicazione dell'art. 234 bis cod. proc. pen., previa decriptazione, messaggi di comunicazioni già avvenuti e conservati presso il server della società che gestisce il servizio di messaggistica ed acquisiti nell'osservanza dell'ordinamento interno francese.

In questo senso depone il contenuto dell'ordine europeo di indagine.

Come notato dal Tribunale del riesame, tale atto investigativo ha ad oggetto l'estrazione di tutti i dati (chat, foto audio, video) presenti all'interno del *data set* Encrochat e Sky Ecc, inerenti le Imei - Imsi dei dispositivi analiticamente indicate, e non certo attività di indagine nella sostanza assimilabili alla captazione del flusso di comunicazioni. Per tale ragione nel modulo prestampato, inviato alle autorità francesi, non erano compilate le sezioni "H5" e "H7", rispettivamente riservate alla "acquisizione di prove in tempo reale, in modo continuo e per un determinato periodo di tempo" e all' "intercettazione di telecomunicazioni".

1.2. Del pari manifestamente infondata è la censura concernente il mancato rispetto delle norme della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale di Bruxelles del 2000, ratificata e resa esecutiva in Italia con il d.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, che presuppongono requisiti applicativi del tutto differenti da quelli esistenti nel caso in esame, e cioè che l'autorità giudiziaria dello Stato



richiedente intenda compiere operazioni di intercettazione nel territorio di altro Stato membro dell'Unione europea.

Così come non pertinente è il richiamo contenuto nel ricorso alle norme della Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 2014, attuate con il d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, che, come noto, regolano l'istituto dell'ordine europeo di indagine penale: posto che l'art. 43 di tale d.lgs. fa espressamente riferimento al caso in cui l'autorità giudiziaria italiana rivolga all'autorità di altro Stato membro dell'Unione europea una richiesta di assistenza tecnica per l'esecuzione di operazioni di intercettazione delle conversazioni o comunicazioni o del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici, perché nel territorio di quello Stato straniero si trova il dispositivo o il sistema da controllare, ovvero si trova il gestore che con i propri impianti cura in via esclusiva la captazione della comunicazione (in questi termini Sez. 4, Sentenza n. 49896 del 15/10/2019, Brandimarte, Rv. 277949-02; Sez. 3, n. 38009 del 10/05/2019, Assisi, Rv. 278166-03; Sez. 3, n. 10788 del 29/01/2016, Rao, Rv. 266490; Sez. 6, n. 1342 del 04/11/2015, dep. 2016, Brandimarte, Rv. 267184; Sez. 6, n. 7634 del 12/12/2014, dep. 2015, Nardella, Rv. 262495).

1.3. Deve, altresì, escludersi la fondatezza del secondo motivo del ricorso nella parte in cui la difesa si è doluta del fatto che l'operazione di 'decriptazione' dei messaggi registrati sia avvenuta, su richiesta dell'autorità inquirente italiana, con il contributo ovvero con l'aiuto della società francese, proprietaria dell'algoritmo necessario per la 'trasformazione' dei dati comunicativi criptati dei flussi telematici già acquisiti.

Come anticipato, tale attività tecnica non rientra propriamente nella nozione di operazioni di intercettazioni, perché non riguardante la captazione e la registrazione di dati comunicativi in itinere dal mittente al destinatario. Peraltro, nel codice di rito sono presenti numerose norme che permettono ad ausiliari dell'autorità giudiziaria di disporre materialmente di beni già acquisiti (e persino sottoposti a sequestro) per effettuare su di essi operazioni di verifica.

Dalla motivazione della ordinanza impugnata si evince che l'attività in questione - di cui la difesa non ha specificamente posto in discussione la correttezza formale della relativa opera di decodificazione ovvero la conformità tra il materiale inviato e quello ricevuto - sia stata curata su disposizione del pubblico ministero titolare delle indagini che ha emanato l'ordine europeo di indagini, dalla polizia giudiziaria francese, beneficiando della collaborazione del personale amministrativo del gestore della piattaforma di messaggistica. La collaborazione della polizia giudiziaria italiana nella formazione della banca dati da <sup>essi</sup> sono state estratte le chat, rilevatesi utili in chiave accusatoria sin da epoca precedente al citato ordine di indagine, è una mera ipotesi della difesa priva di riscontri.



Non è ben chiaro se la società francese avesse già a disposizione, per averli conservati nella memoria dei propri server, i messaggi già decriptati oppure se, ricevuto il flusso di dati criptati, si sia limitata a consentirne la 'trasformazione' mediante l'impiego dell'algoritmo di sua proprietà. Ma tale dettaglio non è obiettivamente rilevante ai fini della definizione della questione in esame, in quanto, come già puntualizzato, l'attività appena descritta non concerneva l'acquisizione di una comunicazione riservata in atto (essendo i messaggi già pervenuti ai rispettivi destinatari) e, dunque, non è in alcun modo assimilabile all'attività di intercettazione (in senso conforme, per l'inapplicabilità all'acquisizione di documenti informatici della disciplina delle intercettazioni, che postula la captazione di un flusso di comunicazioni in atto, v. Sez. 6, n. 12975 del 06/02/2020, Cerioni, Rv. 278808).

1.4. L'acquisizione della messaggistica è, in definitiva, avvenuta in conformità alla disposizione dell'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).

Tale norma consente "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*, nel quale l'acquisizione ha riguardato non un documento cartaceo o analogico, ma un documento inteso come "rappresentazione comunicativa incorporata in una base materiale con un metodo digitale" ovvero 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: requisito in presenza del quale (in alternativa all'ipotesi di documento di pubblico dominio) è pienamente legittimo il compimento di un'attività di acquisizione diretta di documentazione all'estero e che, invece, se assente, avrebbe reso necessaria l'attivazione di procedure di cooperazione giudiziaria internazionale.

2. Il terzo motivo, in larga parte generico, è inammissibile anche perché rivalutativo di aspetti di merito già esaminati.

L'ordinanza impugnata, seguendo un percorso argomentativo immune da vizi logici, ha desunto il contributo concorsuale di Molisso nel tentato omicidio e gli elementi costitutivi dell'aggravante della premeditazione non solo dalle citate chat nelle quali l'odierno ricorrente, dapprima con la complicità di Fabrizio Capogna e Giancarlo Tei e poi con Calderon, pianifica fin nei minimi dettagli l'agguato, ma



anche dalle numerose conversazioni, captate in ambientale, in cui persone molto vicine ai fratelli Costantino (il padre, la madre la moglie di Emanuele Costantino) si scambiano informazioni, precise e riscontrate dalle emergenze investigative, apprese direttamente dalle vittime in ordine al coinvolgimento di Molisso nell'agguato ai loro danni.

È stato adeguatamente affrontato il tema del movente dell'azione omicidiaria - individuato nel risentimento per un pestaggio posto in essere tre anni prima dalle vittime ai danni di Cristian Cianfrocca, figlio del compagno della sorella di Molisso - con la precisazione che esso non è affatto troppo risalente nel tempo posto che il video del pestaggio era stato fatto circolare sui social di recente e che Molisso aveva ancora l'interesse a compere un atto ritorsivo eclatante per dimostrare di avere mantenuto il predominio criminale nel territorio.

E' stata, infine, ritenuta valida conferma della gravità indiziaria la circostanza che esecutore materiale dell'agguato ai danni dei fratelli Costantino era stato Calderon, ossia l'ultimo soggetto che, in ordine di tempo, aveva studiato per conto di Molisso i movimenti delle vittime, dandone conto a quest'ultimo giornalmente in vista della loro programmata eliminazione fisica. Al riguardo è stato evidenziato che, nelle immagini estrapolate dall'impianto di videosorveglianza ubicato nei pressi del luogo del delitto, il killer, ripreso mentre si allontanava di spalle, ha la stessa struttura fisica di Calderon ed indossava vestiti identici a quelli sequestrati presso l'abitazione di quest'ultimo.

3. Al rigetto del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali; va disposta la trasmissione, a cura della Cancelleria, di copia del presente provvedimento al direttore dell'istituto penitenziario, ai sensi dell'art. 94, comma. 1 ter, disp. att. cod. proc. pen..

#### **P.Q.M.**

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali. Manda alla cancelleria per gli adempimenti di cui all'art. 94, comma 1-ter, disp. Att. Cod. Proc. Pen..

Così deciso, in Roma 1 luglio 2022

Il Consigliere estensore

Il Presidente

Trasmessa copia ex art. 23  
n. 1 ter L. 8-8-95 n. 332  
Roma, il 15 SET. 2022

Corte di Cassazione - copia non ufficiale