

Trib. Trani, 16 giugno 2011, Pres. Carone, Est. Gadaleta

Il Collegio

provvedendo sulle eccezioni e sulle deduzioni delle parti nel procedimento n. 428/10 R.G.T., osserva quanto segue, tenuto conto della documentazione offerta a sostegno delle varie osservazioni.

Con l'istanza depositata il 7 marzo 2011 la difesa, rivolgendosi al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trani, chiese di essere autorizzata, tramite un tecnico, ad accedere al server o all'hard disk degli impianti utilizzati dalla Procura della Repubblica per l'intercettazione delle conversazioni telefoniche ed ambientali avvenute nel procedimento in esame.

Per il caso di avvenuta restituzione delle apparecchiature all'impresa noleggiante, la difesa chiese di disporre la temporanea ricollocazione degli impianti presso i locali della stessa Procura per consentire l'accesso diretto all'hard disk.

Con decisione del 10 marzo 2011, nel respingere la richiesta difensiva, il Pubblico Ministero osservò quanto segue:

- la registrazione dei dati delle conversazioni delle comunicazioni era avvenuta presso la sala di ascolto della Procura della Repubblica, utilizzando gli impianti noleggiati dall'impresa, fisicamente installati nei locali dell'ufficio giudiziario, senza remotizzazione dei dati agli uffici della polizia giudiziaria operante;

- ultimate le operazioni di registrazione, la polizia giudiziaria incaricata dell'esecuzione delle operazioni aveva proceduto, sempre presso la Procura della Repubblica e con la collaborazione del personale specializzato dell'impresa noleggiante, all'operazione di integrale e fedele scaricamento dei dati dal server sui supporti informatici, che erano stati poi depositati presso la stessa Procura;

- gli impianti erano stati quindi disinstallati e restituiti alla proprietaria noleggiante, previa cancellazione doverosa dei dati dal sistema;

- il Gip aveva autorizzato il ritardo del deposito fino al termine delle indagini preliminari;

- la difesa non aveva esercitato la facoltà di esame e di ascolto prevista dall'articolo 268 del codice procedura penale.

Il difensore ha sollevato in udienza alcune questioni in ordine alla situazione venutasi a creare per effetto della reiezione dell'istanza:

- non è stato permesso di verificare che la registrazione fosse avvenuta secondo le disposizioni di legge;

- non è più possibile accertare che la copia delle registrazioni disponibile sui supporti informatici messi a disposizione dal pubblico ministero sia realmente conforme all'originale;

-non è stato osservato il disposto dell'articolo 269 cpp, essendo stati distrutti gli originali delle registrazioni;

-non è stato consentito l'accesso all'impianto di registrazione, benché tale diritto sia garantito per legge alla difesa fino alla sentenza definitiva;

-la prova originale delle intercettazioni è stata distrutta e quindi vi è inesistenza di tale prova, non potendo la copia rappresentare quei contenuti ai fini istruttori.

La difesa ha dunque denunciato nella fattispecie sia la ricorrenza di una ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni, sia una violazione del diritto di difesa ai sensi dell'articolo 178 lettera C) c.p.p., sia, infine, la celebrazione di un processo non equo, perché in contrasto con l'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Le osservazioni svolte in modo articolato dalla difesa non sono condivisibili e pertanto le relative eccezioni devono essere rigettate.

Occorre riepilogare il quadro normativo di riferimento, onde trarre gli elementi significativi per il ragionamento giuridico.

L'articolo 268 del codice di procedura penale stabilisce che le comunicazioni intercettate sono registrate e delle operazioni è redatto verbale.

Al secondo comma aggiunge che nel verbale è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate.

Nel terzo comma è precisato che le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella Procura della Repubblica e che, quando tale impianti risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

Il quarto comma chiarisce che i verbali delle registrazioni sono immediatamente trasmessi al pubblico ministero e, entro cinque giorni dalla conclusione dell'operazione, sono depositati in segreteria insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal pubblico ministero, salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga.

Infatti il quinto comma prevede che, se dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini, il giudice autorizza il pubblico ministero a ritardarlo non oltre la chiusura delle indagini preliminari.

Il sesto comma chiarisce che ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato a norma dei commi 4 e 5, hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche di cui all'art. 266 bis c.p.p.

L'ottavo comma stabilisce che i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e far eseguire la trasposizione della registrazione su nastro magnetico.

L'articolo 269 c.p.p. soggiunge che i verbali degli registrazioni sono conservati integralmente presso il pubblico ministero che ha disposto l'intercettazione e, salvo quanto previsto dall'articolo 271 terzo comma, le registrazioni sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, salva la possibilità per gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, di chiedere al giudice la distruzione

a tutela della riservatezza; la distruzione è eseguita sotto il controllo del giudice; dell'operazione è redatto verbale.

La difesa ha sollevato la questione della inutilizzabilità delle intercettazioni, per cui sembra opportuno richiamare anche il disposto dell'articolo 271 c.p.p.

Tale norma stabilisce che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli articoli 267 e 268, primo e terzo comma, c.p.p.

Ciò posto, occorre sviluppare alcune osservazioni in punto di diritto ed in punto di fatto.

Per circoscrivere immediatamente il campo della presente indagine, va intanto evocato l'ormai costante indirizzo esegetico secondo cui la sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 271 c.p.p. consegue solo nelle ipotesi ivi tassativamente indicate (Cass. pen. VI sez. 23.10.2009 n. 2930 *ex plurimis*); pertanto, l'accertamento deve vertere esclusivamente su tali ambiti, non potendosi estendere una così grave sanzione ad ipotesi non contemplate, stante il principio di tassatività operante al riguardo (Cass. 17574/04; Cass. n.11421/93).

Non è stata messa in dubbio la circostanza che le operazioni siano state eseguite nei casi consentiti dalla legge, per cui non ci si deve occupare dei profili enunciati nell'art. 267 cpp, non solo incontestati con riguardo alla relativa osservanza, ma anche pacifici alla luce delle emergenze documentali.

Occorre verificare dunque se le comunicazioni intercettate siano state registrate e delle operazioni sia stato redatto verbale.

Nemmeno tale aspetto in verità può essere posto in discussione.

Infatti la prova che vi sia stata la registrazione è offerta proprio dai supporti informatici prodotti dal pubblico ministero.

E' comunque il caso di richiamare il costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale solo la mancata memorizzazione dei colloqui per omessa registrazione rende, a monte, inesistente il mezzo di ricerca della prova, pur ritualmente autorizzato, e inutilizzabile ogni acquisizione del contenuto dei colloqui medesimi altrimenti compiuta.

In tal senso si è espressa la quarta sezione penale della Suprema Corte nella sentenza 8437 del 29 gennaio 2001; il principio è stato ribadito di recente dalla seconda sezione penale nella sentenza 44327 depositata il 16 dicembre 2010.

Proprio nella sentenza del 2001 la Corte di Cassazione ha voluto distinguere nettamente il caso della mancata registrazione per difettoso funzionamento dell'apparecchiatura di memorizzazione, situazione in relazione alla quale già con la sentenza del 7 luglio 1998 della quarta sezione era stata dichiarata inutilizzabile la sostitutiva dichiarazione orale del verbalizzante, dall'ipotesi di regolare memorizzazione, attestata dalla compilazione del brogliaccio con l'indicazione del testo della conversazione e l'annotazione della sintesi, tuttavia seguita dal deterioramento del nastro magnetico.

In tale ultima situazione, infatti, la Suprema Corte ha ritenuto che l'adempimento del primo comma dell'articolo 268 c.p.p. sia realizzato correttamente e che l'inconveniente del

deterioramento del supporto materiale non renda inesistente la registrazione e inutilizzabile il risultato dell'intercettazione.

In motivazione la Corte ha aggiunto che, pur essendo in tal caso impossibile la trascrizione, i contenuti possano essere legittimamente recuperati "con gli ordinari mezzi probatori, ivi compresa sia la lettura del brogliaccio che l'eventuale deposizione del verbalizzante".

La distinzione è chiara e va pienamente condivisa.

Nel procedimento che ci occupa sicuramente vi fu la registrazione ed è documentata anche la redazione dei prescritti verbali, sicché non ricorre alcuna violazione del primo comma dell'articolo 268 c.p.p.

Come precisato dal Pubblico Ministero, non vi fu nemmeno il compimento di operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria ed infatti le operazioni furono compiute esclusivamente per mezzo di impianti installati nella Procura della Repubblica.

È chiaro che quindi non vi fu alcuna violazione del terzo comma dell'articolo 268.

Non possono sussistere incertezze sul punto, dal momento che i verbali delle operazioni, redatti da pubblici ufficiali, attestano l'avvenuta esecuzione delle registrazioni presso la Procura della Repubblica, indicando anche i numeri delle postazioni di volta in volta occupate.

La difesa lamenta l'impossibilità di verificare che tali operazioni siano state adempiute regolarmente, ma è chiaro che al momento tale accertamento non può che essere basato sui documenti redatti per descrivere quelle operazioni.

Non ci si può dolere del mancato accesso diretto al server della Procura della Repubblica, atteso che un simile diritto non è previsto, senza precisi limiti e determinate forme, dalla disposizione dell'articolo 268 c.p.p.

A proposito dei previsti diritti difensivi, tale previsione normativa infatti fissa la facoltà di esaminare gli atti e quella di ascoltare le registrazioni o di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche di cui all'articolo 266 bis c.p.p., nonché garantisce, oltre al diritto di partecipare allo stralcio di cui al sesto comma, il diritto di estrarre copia delle trascrizioni e fare eseguire la trasposizione della registrazione su nastro magnetico.

Nessuna di queste disposizioni consente alla difesa il personale accesso diretto ai locali del server installato nella Procura della Repubblica, evento che peraltro sarebbe impossibile da assicurare tenuto conto delle esigenze di segretezza in relazione alle altre indagini in corso e della necessità di proteggere il diritto di riservatezza altrui in relazione alle emergenze delle ulteriori attività tecniche in atto.

Ne consegue che l'accesso ai locali dove è in funzione il server non è consentito in alcun modo alla difesa dalla legislazione vigente.

Ciò che è consentito invece a quest'ultima è l'ascolto diretto delle registrazioni del server entro il termine fissato dal Pubblico Ministero o, su richiesta di quest'ultimo, dal Giudice.

Ove sia stato autorizzato il ritardo nel deposito fino alla conclusione delle indagini, il termine di cui all'art. 268, quinto comma, c.p.p. coincide con quello di cui all'art. 415 *bis* c.p.p., sicché si procede ad un unico deposito e l'indagato ed il suo difensore possono esercitare anche le facoltà di cui all'art. 268 sesto comma del codice di rito (v. Cass. pen. sez. V n. 22957/03).

Scaduto tuttavia il termine, che è fissato o è desumibile dalla fase in corso alla scadenza della proroga dopo l'avviso del deposito, residua nel prosieguo del procedimento penale unicamente il diritto di partecipare allo stralcio, di estrarre copia delle disposte trascrizioni e di far eseguire la trasposizione della registrazione su nastro magnetico, facoltà espressamente sancite dall'ottavo comma dell'articolo 268 c.p.p. senza soglie temporali.

In sostanza, per il profilo che interessa, seguendo le ormai anacronistiche disposizioni codicistiche, la difesa avrebbe potuto chiedere al Pubblico Ministero, nel termine fissato, l'ascolto delle registrazioni dei supporti magnetici e, senza limiti di tempo, il rilascio di una copia dei nastri.

Avuto riguardo alla evoluzione tecnologica del sistema di intercettazioni, con il passaggio dall'analogico al digitale, tale disposto deve essere interpretato attualmente nel senso di poter ascoltare i file audio del server contenenti le registrazioni e richiedere una duplicazione dei contenuti.

Quanto fin qui esposto esclude in radice l'applicazione della grave sanzione della inutilizzabilità delle intercettazioni nel presente caso concreto, come anche una violazione dei diritti di difesa, dal momento che, per quanto evidenziato, la difesa non si è avvalsa della facoltà di ascolto delle registrazioni nel termine previsto dalla legge e non le risulta ora di certo impedita la facoltà di acquisire la duplicazione dei supporti informatici e la copia delle trascrizioni che saranno compiute.

È doveroso sottolineare, inoltre, che la difesa non ha denunciato in alcun modo la falsità dei verbali attestanti che le operazioni fossero state eseguite nei locali della Procura della Repubblica e non sembra a tal proposito superfluo precisare che, come chiarito dalle Sezioni Unite penali nella sentenza n. 36359 del 2008, il riferimento alle operazioni da effettuarsi in Procura sia rapportato a livello legislativo alla sola attività di registrazione.

Tale attività, dopo il passaggio tecnico dalla trasmissione dei segnali con modalità analogiche a quella dei dati in forma digitale, attualmente consiste nella registrazione digitale computerizzata in memorie informatiche centralizzate, da cui "i dati così memorizzati vengono poi di regola trasferiti su supporti informatici (essenzialmente CD-ROM o DVD) per renderli fruibili all'interno dei singoli procedimenti".

Anche nelle riportate indicazioni delle SS.UU. la prova rimane pertanto rappresentata unicamente dai supporti informatici.

Proprio le Sezioni Unite hanno opportunamente chiarito che "in pratica dunque i supporti costituiscono il corredo documentale in precedenza rappresentato dai nastri magnetici".

Pertanto, una volta attestato dalla incaricata polizia giudiziaria che le operazioni di registrazione, ovvero di immissione dei dati nella memoria informatica centralizzata, così come captati presso la centrale dell'operatore telefonico e trasmessi agli impianti della

Procura della Repubblica, sono avvenute presso i locali quest'ultimo ufficio giudiziario, risulta pienamente osservato il disposto dell'articolo 268 primo comma cpp.

Le stesse Sezioni Unite penali hanno posto in luce che, "per le ipotesi in cui possano sorgere dubbi circa la regolarità della registrazione o sospetti di manipolazione", gli specifici mezzi di tutela sono quelli previsti dal sesto comma dell'articolo 268, ovvero, come sopra specificato, l'esercizio della facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni entro il termine fissato a norma del quarto e del quinto comma.

Nella stessa direzione interpretativa va inserita la sentenza n. 336 del 2008 della Corte Costituzionale.

A proposito delle garanzie difensive, la Consulta ha chiarito che l'accesso diretto alle registrazioni può essere necessario per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse, dal momento che la qualità delle registrazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di interpretazione delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere, dovendosi peraltro considerare che risultano spesso rilevanti le intonazioni della voce e le pause, che possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione.

Quindi, se questi sono gli obiettivi essenziali della difesa per i quali risultano apprestate le garanzie delle norme codicistiche in tema di intercettazione, le facoltà sancite dal sesto e dall'ottavo comma dell'art. 268 c.p.p. sono idonee a disvelare qualsiasi anomalia delle registrazioni ed a permettere di acquisire ogni informazione utile per contrastare il quadro accusatorio.

In un passaggio molto chiaro la Corte Costituzionale ha specificato che la piena tutela del diritto di difesa e del principio di parità delle parti nel processo impone il riconoscimento della previsione, nell'articolo 268 c.p.p., del diritto dei difensori di accedere direttamente le registrazioni, ottenendone la trasposizione su nastro magnetico, già dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, prescindendo dal deposito se le registrazioni sono state utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare.

Dunque il diritto di accesso alle registrazioni si concreta proprio nella facoltà di richiedere quella trasposizione.

Ed infatti in un altro passo della motivazione si legge che il diritto di accedere alla prova diretta della comunicazione intercettata "deve concretarsi nella possibilità di ottenere una copia della traccia fonica".

Anche la piana lettura della sentenza delle SS UU n. 20300 del 2010, in tema di effetti della decisione della Corte Costituzionale sulla procedura valutativa del Tribunale del Riesame, porta a soffermarsi solo sul diritto di accesso alle registrazioni in termini di acquisizione dei contenuti mediante ascolto o consegna di supporti informatici.

Nei percorsi argomentativi non è contemplata affatto la possibilità di un accesso personale diretto della difesa alla memoria informatizzata centrale della Procura.

Quella rappresentata dalla difesa è allora una dimensione puramente formale che non ha appigli normativi ed infatti tutto il telaio procedurale del regime delle intercettazioni,

siccome adeguato in questa sede sul piano evolutivo alle attuali tecnologie, risulta già in linea con i principi costituzionali sanciti dall'art. 111 Cost..

Per quanto fin qui rappresentato, deve escludersi categoricamente che la difesa abbia il diritto incondizionato di accedere, personalmente o tramite tecnici di fiducia, al server che gestisce le intercettazioni afferenti alle indagini in corso presso la Procura della Repubblica, ferma restando la possibilità di ascolto, con le opportune garanzie tecniche di diretta derivazione del suono dall'impianto di registrazione installato nella Procura, il tutto però entro il termine di cui al sesto comma dell'art. 268 c.p.p.

Tale ultima facoltà garantisce, in quella limitata fascia temporale, l'esercizio del controllo anche sulla effettività della registrazione presso la Procura, in modo da escludere che vi sia stata una mera ed esclusiva traslazione del segnale digitale ad altri impianti delocalizzati gestiti autonomamente dalla polizia giudiziaria.

Occorre a questo punto solo chiarire definitivamente quale sia la prova riveniente dall'attività di intercettazione, anche se vi è traccia di tale indicazione già nella sentenza delle SS.UU. del 2008 in forza di quanto dianzi sottolineato.

A seguito dell'evoluzione tecnologica non possono ovviamente essere considerati tali i nastri magnetici individuati originariamente dal legislatore (v. anche l'art. 89 disp.att. c.p.p.).

Nell'era digitale non vi è dubbio che la prova in giudizio sia rappresentata dagli supporti informatici sui quali è riversato ogni dato relativo alla memorizzazione delle intercettazioni, ciò per effetto di un trasferimento diretto delle medesime informazioni dal server della Procura della Repubblica con apposita masterizzazione.

Va sottolineato che i dati trasferiti sui supporti informatici riproducono esattamente quanto presente nel server, anche perché nel sistema digitale, pur utilizzandosi comunemente termini come copiatura, in realtà la duplicazione dei file audio e dei dati identificativi delle comunicazioni deve essere più propriamente qualificata come attività di "clonazione" delle informazioni del server mediante riversamento delle informazioni su CD o DVD.

Il cd riversaggio è in pratica la creazione degli identici file del server nel supporto informatico.

Del resto è impensabile che la prova delle registrazioni debba avvenire in giudizio con la presentazione dei componenti fisici del sistema informatico impiegato per la registrazione, essendo sufficiente l'installazione dell'insieme dei file sul supporto informatico in modo da allegare le registrazioni al fascicolo del dibattimento.

Né è prospettabile che la conservazione prevista dall'art. 269 cpp sia abbinata ad esigenze di prova della avvenuta registrazione in Procura, non potendo un simile dato essere desunto con certezza dalla mera custodia prolungata dell'impianto fino alla sentenza, giacché potrebbe trattarsi ovviamente anche di un impianto in precedenza gestito all'esterno degli uffici della Procura dalla polizia giudiziaria, senza lasciare tracce del luogo reale della registrazione.

E' evidente allora che la citata conservazione sia sempre stata collegata dal legislatore all'obiettivo dello sfruttamento probatorio dei soli contenuti intercettati in ogni stato e grado del procedimento.

La giurisprudenza di legittimità ha sempre affermato che, in tema di intercettazioni, l'osservanza delle regole ordinarie di esecuzione, per la quale le operazioni devono essere compiute per mezzo degli impianti installati nella Procura della Repubblica, è assicurata ogni qualvolta dette operazioni si svolgano in un ufficio giudiziario, a nulla rilevando l'eventualità che le apparecchiature utilizzate siano acquisite per l'occasione anche mediante noleggio presso imprese private (da ultimo si veda la sentenza n. 33645 dal 2010 della quarta sezione penale; v. anche Cass. sez. I n. 45103/05).

Posto dunque che l'elemento dirimente è rappresentato dalla fisica installazione delle apparecchiature per la registrazione presso gli uffici della Procura della Repubblica, salve ovviamente le diverse indicazioni del PM con apposito provvedimento motivato, appare lampante che le esigenze di noleggio degli impianti non siano accostabili non solo giuridicamente, ma anche logicamente, oltre che economicamente, al disposto dell'articolo 269, che prevede la conservazione delle registrazioni fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione.

Tanto spiega perché la conservazione delle registrazioni contemplata dall'articolo 269 sia riferibile attualmente solo ai supporti informatici, equiparabili ai nastri magnetici, e non agli impianti noleggiati.

L'acquisizione delle informazioni necessarie per l'esercizio del diritto di controllo della regolarità delle operazioni, onde accertare che in effetti la registrazione sia avvenuta in Procura, va effettuata invece da parte della difesa nel termine previsto dal sesto comma dell'art. 268 c.p.p., per cui la contestazione successiva in ordine alla regolarità della registrazione non potrà che basarsi sugli elementi resi disponibili agli atti dal PM e raccolti eventualmente dalla stessa difesa in quel lasso temporale, senza poter pretendere in alcun modo, anche a distanza di molti anni (si pensi all'attuale durata ultradecennale di alcuni procedimenti penali), ulteriori verifiche dirette di comportamenti tenuti in precedenza dagli inquirenti.

In altri termini, sebbene la questione della inutilizzabilità delle intercettazioni per mancata registrazione presso la Procura della Repubblica sia prospettabile in ogni stato e grado del procedimento (art. 191 c.p.p.), il reperimento delle prove dell'inosservanza del disposto attraverso le dirette verifiche della reale esistenza degli impianti presso la Procura può essere preteso sul campo con l'ascolto diretto (laddove specificamente ed espressamente sollecitato), con gli opportuni accorgimenti tecnici per la segretezza delle altre indagini in corso e per la tutela della riservatezza delle persone, ma non oltre il termine fissato ai sensi del quarto e del quinto comma dell'art. 268 c.p.p., dovendo altrimenti la difesa ricorrere ad altri mezzi di prova, di tipo semplicemente ricostruttivo, per contestare le risultanze documentali assistite da fede privilegiata (i verbali di esecuzione delle operazioni in Procura redatti dai pubblici ufficiali).

Ciò va affermato rigorosamente con riguardo all'aspetto della effettività della registrazione delle intercettazioni a mezzo degli impianti installati presso la Procura della

Repubblica, fermo restando che nel giudizio, con i mezzi probatori ordinari, potrà essere denunciata la falsità dei verbali attestanti la regolarità di quelle operazioni, assumendo nel contempo le relative responsabilità.

Resta pure indubitabile la constatazione che comunque il profilo afferente a possibili manipolazioni delle registrazioni è sempre accertabile con gli strumenti della perizia, pure unicamente sulla scorta delle informazioni presenti nei supporti informatici, che permettono invero l'incrocio perfetto delle tracce foniche con i cartellini dei dati delle registrazioni (identificativi, durata, orari, quantità dei singoli dati memorizzati nei file), onde scongiurare il rischio di manomissioni, sovrapposizioni, tagli ed altre alterazioni.

Tanto esclude quindi qualsivoglia violazione del diritto di difesa, di ordine generale ma a regime intermedio ex art. 180 c.p.p., nel recinto normativo tracciato dall'art. 178 lettera C) c.p.p.

D'altronde, nella prospettiva documentata dalla difesa nel presente processo, tale violazione discenderebbe dal mancato esercizio del diritto di accesso diretto e personale al server della Procura della Repubblica in forza di una sollecitazione avanzata addirittura dopo l'udienza preliminare, nel corso del giudizio dibattimentale.

A parte l'acclarata inesistenza di un simile diritto di accesso ad un sistema contenente dati relativi a molteplici investigazioni, se non con gli accorgimenti tecnici opportuni finalizzati all'ascolto diretto entro il termine indicato dal legislatore, quindi senza possibilità di intrusioni ulteriori, ci si può spingere oltre.

Ammettendo una violazione formale di un diritto di controllo esercitabile al di là dei limiti temporali indicati, non sarebbe nemmeno sufficiente dedurre l'astratta impossibilità di approfondimenti tecnici in ordine alla regolarità delle operazioni per far discendere un giudizio volto ad affermare la sussistenza di un vizio del procedimento.

La nullità infatti non deriva dalla semplice difformità di un comportamento rispetto ad un modello legale, ma richiede anche, quale requisito implicito del regime normativo, la sussistenza di una effettiva lesione dell'interesse sotteso alla norma violata; ormai sono numerosi i precedenti giurisprudenziali in tale direzione (si pensi agli orientamenti consolidati in tema di applicazione dell'art. 522 c.p.p. o di notificazioni all'imputato, che ancorano la sanzione al criterio di reale offensività della violazione).

Infatti le nullità previste dall'art. 180 c.p.p., tra cui rientra quella della lettera C) dell'art. 178 c.p.p., non possono essere eccepite da chi vi ha dato o ha concorso a darvi causa ovvero non ha interesse all'osservanza della disposizione violata, così come stabilito inequivocabilmente dall'art. 182 primo comma c.p.p., e sono peraltro sanate se vi è stata rinuncia ad eccepirle ovvero accettazione degli effetti dell'atto, o comunque se la parte si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato, come prescrive l'art. 183 c.p.p.

Ebbene, la difesa, pur sapendo che gli impianti erano stati noleggiati e dovendo prevedere ragionevolmente la restituzione previo il cd. resettaggio per evitare inutili incrementi dei costi di gestione a carico dello Stato dopo l'ampia instaurazione di un contraddittorio, nonostante la discovery avvenuta nella fase incidentale cautelare (come precisato dal PM in udienza e non contestato dalla difesa) ha di fatto atteso addirittura il

superamento della celebrazione dell'udienza preliminare e l'avvio del dibattimento per palesare un vago interesse alla verifica, per giunta senza rafforzare il senso della propria determinazione con un concreto elemento di sospetto di irregolarità.

In tal modo, cioè rimanendo inerte a lungo senza mostrare alcun interesse per quell'aspetto ed attivandosi dopo molto tempo in forza di una astratta e tardiva dichiarazione di intenti, la difesa non può di certo dolersi della cancellazione dei dati dal server e della restituzione degli impianti alla impresa noleggiante, avendo contribuito colposamente a determinare quella situazione con la sua acquiescenza al prevedibile mutamento dello stato di fatto.

È davvero singolare che, nonostante la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e quindi il potenziale esercizio di ogni facoltà o diritto anche nei termini contemplati dal subprocedimento dell'articolo 415 bis c.p.p., la difesa sia rimasta insensibile al tema fino al 7 marzo 2011, mostrando generico interesse all'esercizio di facoltà difensive di questo genere solo dopo l'udienza preliminare ed a dibattimento ormai in corso, il tutto senza addurre ancora alcuna spiegazione concreta o giustificazione plausibile del ritardo della sua reazione.

Ma le considerazioni possono essere estese ad altri ambiti.

Infatti, anche superando le citate argomentazioni ed ammettendo pertanto la configurazione dell'avvenuta distruzione degli originali delle registrazioni delle conversazioni, la perdita della prova originale non può comportare alcuna pregnante conseguenza processuale, né può essere agganciata ad automatismi sanzionatori in danno della parte che non ne è più in possesso, per ragioni non dolose, ma intende comunque avvalersi dei risultati, utilizzando le copie.

Non potendo essere revocata in dubbio l'avvenuta memorizzazione dei dati nell'impianto installato presso la Procura della Repubblica, ciò in assenza di contrarie risultanze dimostrative, deve ritenersi certo che la prova esistesse materialmente e giuridicamente.

Pur ipotizzando la natura di mera copia dei supporti informatici, non vi è alcuna definitiva dispersione del dato probatorio regolarmente raccolto.

In tali situazioni soccorrono alcune disposizioni del codice di rito.

L'articolo 234, secondo comma, c.p.p. stabilisce che, quando l'originale di un documento del quale occorre far uso è per qualsiasi causa distrutto, smarrito o sottratto e non è possibile recuperarlo, può esserne acquisita copia.

Si può ovviamente obiettare che la traccia fonica riveniente dalle intercettazioni non sia qualificabile in giudizio come documento in senso proprio, non essendo un atto formato al di fuori del procedimento ed essendo infatti realizzata nell'ambito delle attività investigative.

Ciò che conta è in realtà il principio espresso dalla disposizione in esame.

E non si può nemmeno ignorare che lo stesso principio risulta affermato anche nell'articolo 112 c.p.p., a proposito degli atti del procedimento.

La norma prevede che, salvo che la legge disponga altrimenti, quando l'originale di una sentenza o di un altro atto del procedimento, del quale occorre fare uso, è per qualsiasi

causa distrutto, smarrito o sottratto e non è possibile recuperarlo, la copia autentica ha valore di originale ed è posta nel luogo in cui l'originale dovrebbe trovarsi.

Nello stesso solco opera l'art. 113 c.p.p., che delinea la procedura della "ricostituzione" degli atti, laddove non sia possibile provvedere a norma dell'art. 112.

Il criterio che fa leva sull'interpretazione sistematica delle norme, nella sostanza ripreso dalla giurisprudenza di legittimità citata in precedenza a proposito del deterioramento dei nastri magnetici, induce quindi a ritenere che, qualora l'originale di una prova sia stato distrutto per qualsiasi causa, ben possa farsi affidamento su una copia se conforme e attendibile, all'occorrenza servendosi degli ordinari mezzi di prova per corroborare tale valutazione di affidabilità e corrispondenza.

Per le copie dei documenti è stato richiamato in giurisprudenza, per dedurne l'ammissibilità, il concetto di prova atipica di cui all'art. 189 c.p.p., per cui nell'osservanza della disciplina tratteggiata da quest'ultima disposizione ben può avere ingresso in genere nel procedimento una copia senza intaccarne l'equipollenza probatoria rispetto all'originale.

Anche a voler dunque riconoscere, a limite, un errore procedurale in ragione dell'avvenuta restituzione degli impianti noleggiati previa eliminazione dei dati memorizzati, non per ciò solo è derivata la perdita definitiva del dato probatorio, essendo possibile la ricostruzione della portata e della attendibilità dell'elemento dimostrativo attraverso i normali strumenti di natura istruttoria in un procedimento incidentale, aperto al contraddittorio e quindi rispettoso del diritto di difesa.

Ebbene, il PM ha prodotto la nota dei CC del NORM della Compagnia di Trani datata 09.3.2011, che attesta la regolarità delle operazioni di trasferimento dei dati dall'impianto ai supporti con l'ausilio dell'operatore dell'impresa noleggiante.

La regolarità è stata affermata sia per il profilo della conformità sia per quello della totalità delle intercettazioni.

Tale indicazione, contenuta anche nella nota della impresa noleggiante Tauro Sistemi srl in data 08.3.2011, non risulta smentita o contestata in alcun modo dalla difesa, per cui anche in seno a tale angolo di osservazione non possono essere avvolte da ombre o sospetti la correttezza degli operanti e la fedeltà dei dati trasferiti sui supporti informatici.

Il difensore ha in ultima analisi prospettato una violazione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, in quanto il giudizio a questo punto non sarebbe equo ai sensi dell'articolo 6.

In realtà, la Corte Europea ha affrontato il problema della distruzione delle registrazioni delle intercettazioni telefoniche esaminando un aspetto completamente diverso da quello ora in discussione, sicché il richiamo difensivo al diritto vivente della CEDU non è calzante.

Nella sentenza resa dalla quarta sezione in data 31 marzo 2009 (Natunen c. Finlandia) è stata analizzata una puntuale doglianza del ricorrente, il quale osservava che la distruzione delle registrazioni aveva impedito l'esercizio del diritto di difesa, sia sotto l'aspetto dell'eguaglianza delle armi tra accusa e difesa, sia sotto l'aspetto della possibilità di preparare adeguatamente la difesa.



Tuttavia, nel caso esaminato dalla Corte, non era in contestazione la circostanza che le registrazioni distrutte senza la partecipazione della difesa potessero contenere elementi a favore della tesi dell'accusato e quindi si dava per acquisita la circostanza che vi fosse stata una parziale perdita irreparabile dei contenuti delle intercettazioni eseguite.

Nel presente procedimento, invece, le questioni sollevate dalla difesa non attengono in alcun modo all'avvenuta distruzione di alcune intercettazioni, ma afferiscono agli aspetti della esecuzione delle operazioni presso la Procura della Repubblica e della asserita distruzione degli originali, ferma restando la disponibilità delle stesse tracce foniche sui supporti informatici.

Ne consegue che non vi è stata alcuna violazione del diritto di difesa nel solco delle garanzie previste dall'art. 268 c.p.p. e dall'art. 269 c.p.p. ed inoltre non vi è stata di certo la cancellazione di una parte della traccia fonica a seguito di uno stralcio disposto senza alcun intervento difensivo.

L'intero compendio delle intercettazioni è ancora disponibile nella versione integrale nei supporti informatici, con conseguente possibilità per la stessa difesa di ottenere la duplicazione, di partecipare alla trascrizione e di contestare ogni contenuto dei colloqui intercettati.

Risulta del tutto rispettata la parità tra le parti e di conseguenza la difesa è messa in condizione di esercitare integralmente i suoi diritti nell'ottica disegnata dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale.

L'insieme delle argomentazioni fin qui esposte comporta il rigetto delle eccezioni formulate in udienza.

Va conseguentemente confermata la decisione di procedere alle trascrizioni.

PQM

Rigetta le eccezioni della difesa.

Dispone procedersi alle ulteriori attività dibattimentali.