

Processo Penale

Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite

di [Giorgio Spangher](#)

20 giugno 2024

Dopo la sentenza della Corte di Giustizia Grande sezione 30 aprile 2024 MV (Encrochat) sono state depositate anche le motivazioni delle sezioni unite (Cass. nn. 23755 e 23756 del 14-06.-2024) in tema di criptofonini.

Dovrebbero essere note le vicende dapprima quelle fattuali in Francia, poi quelle interpretative in Italia nel momento valutativo del materiale trasmesso, poi ancora quelle delle possibili soluzioni delle questioni giuridiche, ed ancora quelle della duplice prospettazione distinta dei quesiti alle Sezioni Unite.

La loro trattazione unitaria pur se disgiunta, stante la diversità dei motivi proposti con i ricorsi ha dato luogo a due massime provvisorie, a due decisioni sui ricorsi (di rigetto), a due sentenze come detto, ma che sono strutturate in una parte comune di motivazione, quella che da corpo in larga parte, come si dirà, ad una riscrittura complessiva del punto di diritto.

Escluso ogni possibile riferimento all'art 234 bis c.p.p., in tal modo cancellando tutta o quasi la giurisprudenza sul punto in quanto non si tratta di una prova ma di una modalità di acquisizione di una particolare tipologia di elementi di prove formate all'estero, il Supremo Collegio riunito ritiene necessario fare riferimento alla disciplina dell'OIE come regolato dalla direttiva 2014/41/UE del parlamento europeo e del consiglio d'Europa del 3 4 2014 in quanto si tratta nel caso di specie di rapporti tra autorità giudiziarie di stati diversi tutti inseriti nell'UE.

In altri termini, mentre l'art 234 bis c.p.p. riguarda l'acquisizione di elementi conservati all'estero che prescinde da forme di collaborazione con l'autorità giudiziaria di altro stato, la disciplina relativa all'OIE attiene all'acquisizione di elementi conservati all'estero da ottenere od ottenuti con la collaborazione della autorità giudiziaria di altro stato.

Il primo dato deducibile dalla disciplina dell'OIE relativo alle prove già in possesso delle autorità giudiziarie estere attiene alla legittimazione alla richiesta che potrà riguardare ogni tipo di prova e che comunque dovrà essere necessaria e proporzionata.

Ribadendo quanto previsto dall'art 27 comma 1 del d.lgs. 108 del 2017 attuativo dell'OIE ove si prevede in termini generali che il pubblico ministero e il giudice che procede possono emettere nell'ambito delle relative attribuzioni un ordine di indagine e trasmetterlo direttamente al giudice di esecuzione, si sottolinea che la richiesta possa essere avanzata sia dal pubblico ministero sia dal giudice.

In secondo luogo il tema riguarda le garanzie che sia all'estero sia in Italia devono governare l'utilizzabilità degli atti trasmessi.

Al riguardo, la cassazione sottolinea che nella fase di esecuzione all'estero dovranno essere rispettati i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali nonché in tema di libertà e di giusto processo. Si precisa tuttavia che non è necessario che siano osservate le stesse previsioni che in Italia regolano singoli atti ma, solo quelli che disciplinano la circolazione probatoria. Il riferimento è a quanto previsto dagli artt. 238 e 270 c.p.p. e all'art 78 disp. att. c.p.p. La conclusione è giustificata sulla scorta della reciproca fiducia e in forza del necessario rispetto dei diritti fondamentali.

Resta ferma la possibilità per la difesa di far valere davanti al giudice dello stato di emissione la violazione delle garanzie riconosciute dall'ordinamento italiano e dunque il diritto di difesa.

Alla luce di queste considerazioni la corte per un verso spesso, assemblando due elementi (il soggetto richiedente in Italia e la natura dell'atto) esclude che quanto trasmesso dalla Francia possa essere anche l'incerto orizzonte contenutistico, un documento informatico risultando la sua acquisibilità disposta dal pubblico ministero (autorità giudiziaria ex art 15 Cost). Parimenti non assume rilievo il fatto che potrebbe trattarsi di un elemento relativo al traffico all'ubicazione e al contenuto di comunicazioni elettroniche, in quanto la relativa disciplina riguarda il gestore e il fornitore.

Trattandosi secondo la Cassazione di intercettazioni di comunicazioni assunte in altri procedimenti troverà applicazione l'art 270 c.p.p. anche in questo caso con richiesta di trasmissione da parte del pubblico ministero.

La Cassazione nega rilievo alla mancata informazione alla difesa dell'algoritmo usato per la decriptazione in considerazione del fatto che la sua eventuale alterazione renderebbe incomprensibile la comunicazione. Alla luce di un recente episodio domestico la affermazione suscita non poche perplessità.

Non trova nessun riscontro nella massima il riferimento all'attività di intercettazione nel territorio dello stato da parte dell'autorità straniera senza autorizzazione. Secondo la Cassazione l'acquisizione è legittima qualora si tratti di reati gravi per i quali l'attività è consentita nel nostro paese.

Sulla base di queste considerazioni il collegio riunito definisce la questione di diritto affermando che "La trasmissione, richiesta con ordine europeo di indagine, del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale pendente davanti ad essa, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 234-bis cod. proc. pen., che opera al di fuori delle ipotesi di collaborazione tra autorità giudiziarie, bensì nella disciplina relativa alla circolazione delle prove tra procedimenti penali, quale desumibile dagli artt. 238 e 270 cod. proc. pen. e 78 disp. att. cod. proc. pen."

La vicenda si presta al di là del merito ad alcune chiavi di lettura.

La prima riguarda le dinamiche della nomofilachia: si consideri che le sentenze "spazzano via" una giurisprudenza non solo consolidata ma che voleva ostacolare una diversa interpretazione che poi è stata parzialmente accolta.

Si dirà che questa è la funzione della cassazione e delle sue dinamiche interne. Il dato resta significativo perché si trattava di misure cautelari ancorché legate alla criminalità organizzata.

La seconda attiene alla necessità di riscrivere lo statuto delle prove penali stante l'inadeguatezza dell'attuale disciplina sia sotto il profilo della necessità di accrescere la riserva su giurisdizione, sia alla luce a questa collegata delle implicazioni dello sviluppo scientifico e tecnologico, anche nella prospettiva dell'IA.

Sul tema si veda anche [Criptofonini: fissati i punti di diritto](#) (6 marzo 2024) e [La Corte di Giustizia e i criptofonini](#) (6 maggio 2024) di Giorgio Spangher.