

QUESTIONI APERTE

Captatore informatico

La decisione

Captatore informatico - Violazione di legge processuale - Ricorso per cassazione - Sopravvenienze alla sentenza impugnata - Allegazione al ricorso - Inammissibilità - Revisione - Ammissibilità (D. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 25; C.p.p., art. 630).

È ammissibile un'istanza di revisione per dimostrare l'illegalità della prova a carico, raccolta col captatore informatico, quando emerga successivamente alla decisione disciplinare impugnata dinanzi alle Sezioni unite civili, considerato che è precluso allegare al ricorso per cassazione sopravvenienze di merito a causa della natura del giudizio di legittimità.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 4 agosto 2021 (ud. 8 giugno 2021), - CASSANO, *Presidente* - VINCENTI, *Relatore* - PERELLI, *P.G.*, (*Diff.*) - P., *ricorrente*.

Le Sezioni unite civili e il captatore informatico.

Notazioni tecniche all'esito di un recente e atteso procedimento disciplinare

Nell'ambito dell'impugnazione dei provvedimenti disciplinari del CSM, le Sezioni unite hanno affermato che in caso di sopravvenienze in fatto alla sentenza gravata da ricorso per cassazione, bisognose di un'apposita valutazione di merito che è preclusa alla SC, la difesa non resta priva di tutela essendo possibile attivare la revisione per dimostrare la violazione di legge processuale alla base della prova decisiva e, dunque, ottenere il proscioglimento. Con lo scritto ripercorriamo questa apertura interpretativa e ne segnaliamo le possibili ricadute, anche considerando le parallele recenti decisioni delle Corti europee a proposito dell'importanza dell'errore di procedura in materia di intercettazioni.

The Civil Plenary Section of the Supreme Court and the Computer collector. Notations following a recent and expected disciplinary procedure.

In the context of the appeal against the disciplinary measures of the CSM, the Civil Plenary Section of the Supreme Court stated that in the event of new occurrences in need of a specific evaluation which is forbidden to the SC, it's possible to activate the review to demonstrate the violation of procedural law at the basis of a decisive evidence and, therefore, obtain acquittal. With the paper we recap this position and point out its possible effects, also considering some recent decisions of the European Courts concerning the importance of the procedural error in the matter of wiretapping.

1. La decisione si distingue, per quanto di interesse in prospettiva strettamente tecnica, per un'affermazione di principio capace di segnare un punto di svolta nel dibattito attorno alla capacità del sistema dei rimedi di rimuovere violazioni della legalità che si siano verificate nel corso del processo, specie quando coinvolgono i presupposti per l'esercizio dell'azione penale o la formazione del capitolato di prove.

È utile premettere che, nell'ambito del giudizio disciplinare, l'incolpato con-

testava l'utilizzabilità delle intercettazioni tramite captatore informatico - ritenute decisive nel quadro probatorio complessivo per l'applicazione della sanzione - causata dalla violazione dell'art. 268, co. 3, c.p.p. che impone di eseguire le operazioni di captazione esclusivamente mediante impianti installati presso la Procura procedente, altrimenti divenendo il risultato d'intercettazione non utilizzabile secondo l'art. 271, co. 1, c.p.p.¹.

Secondo la prospettazione di parte, segnatamente, in violazione di quanto disposto dal titolare dell'indagine in sede di delega, il *server* di gestione del captatore informatico impiegato sarebbe stato allocato all'interno degli uffici napoletani della medesima società delegata e in assenza di apposito provvedimento autorizzativo a legittimare una modalità esecutiva di tal genere, con l'effetto che tale localizzazione illegittima dello stoccaggio delle captazioni aveva reso impossibile il controllo costante e continuo da parte dell'ufficio di Procura, con conseguente inutilizzabilità.

Ulteriore elemento da segnalare è che, nella medesima prospettiva di parte, tali emergenze sul fatto processuale delle modalità di captazione sarebbero emerse solo successivamente alla conclusione del giudizio disciplinare e, dunque, integrerebbero quel *factum superveniens* che giustifica l'allegazione per la prima volta in Cassazione di atti non presenti al fascicolo del procedimento (secondo le norme del rito penale, applicabili a quello disciplinare di cui al d. lgs. 23 febbraio 2006, n. 109): di qui l'ulteriore richiesta alle Sezioni unite di differire l'udienza e condurre accertamenti istruttori, per verificare la fondatezza di quanto prospettato con gli accertamenti tecnici commissionati dal ricorrente.

Il provvedimento muove da alcune considerazioni di carattere generale sulla sorte della documentazione "nuova", cioè allegata al ricorso per cassazione ma che non risulta tra quella già presente nella fase di merito, valorizzando i limiti imposti dal grado e il diritto di difesa che, allo stesso tempo, deve essere assicurato all'incolpato con riguardo ad ogni sopravvenienza in senso proprio che giustifichi un'integrazione documentale.

Dopo aver delimitato il perimetro d'indagine della sede di legittimità escludendo che le sopravvenienze di merito possano giustificare un'alterazione della tipologia di controllo ad essa affidato - salvo si tratti di documentazione sopraggiunta, basata su fatti già accertati, idonea a supportare la denuncia di *error in procedendo* e, così, d'invalidità della pronuncia impugnata - la Corte regolatrice ribadisce che nell'ambito dell'art. 606, co. 1, lett. c, c.p.p. si attiva

¹ E, dunque, anche nel procedimento disciplinare, per principio consolidato: Cass., Sez. un., 9 febbraio 2021, n. 9390; Id., Sez. un., 6 giugno 2017, n. 14552.

un potere di cognizione piena del fatto processuale, cioè di esame diretto di tutti gli atti necessari a conoscere dell'illegalità procedimentale prospettata.

Tale potere incontra, tuttavia, due limitazioni principali, dovute alla morfologia del giudizio di cassazione: la prima è dettata dal principio di specificità e autosufficienza del motivo di ricorso relativo, che deve indicare puntualmente l'atto su cui effettuare la verifica, mentre la seconda dipende dalle caratteristiche del controllo possibile in quella sede, nel senso che l'ampliamento della cognizione di legittimità, in quel contesto, non produce una trasformazione del giudizio, che resta cartolare e non prevede attività istruttoria in senso stretto.

Perciò nell'ambito del sindacato sull'errore di procedura vi è un'estensione della sfera cognitiva della Corte di legittimità, che va ad includere non solo la motivazione della decisione impugnata ma anche il fatto interno al processo e gli effetti che questo ha potuto spiegare sulla statuizione conclusiva, salvo il limite dell'accertamento *ex actis* tipico del modello di controllo in questione.

Questi principi, tuttavia, riguardano esclusivamente l'indagine sul fatto processuale in grado di determinare un errore *in procedendo* e non coinvolgono, secondo le Sezioni unite, le circostanze sopravvenute alla decisione gravata e che integrano, invece, una "nuova prova", diversa da quel *factum superveniens* equiparabile allo *ius superveniens* e, quindi, scrutinabile in Cassazione.

Poiché vi possono essere risultanze emerse successivamente al provvedimento avverso e che vengono introdotte in fase di legittimità mediante allegazione al ricorso principale dei relativi documenti rappresentativi, le Sezioni unite pongono una distinzione tra quel fatto ulteriore equiparabile a una sopravvenienza di diritto - e, per questo, conoscibile dalla Corte regolatrice - dall'elemento sopravvenuto di puro merito, potenzialmente idoneo a far rivalutare il quadro probatorio in senso favorevole ma che, per tale ragione, è estraneo alla tipologia di controllo possibile in questo grado.

Viene evidenziato, infatti, che per regola generale in sede di legittimità non è ammissibile la produzione di documenti ulteriori rispetto a quelli già presenti al fascicolo, salvo si tratti di atti che non integrano una prova nuova bisognosa di autonoma valutazione di merito e che la parte non ha potuto produrre in precedenza, come le certificazioni funzionali a far dichiarare l'improcedibilità per morte del reo o una sentenza passata in giudicato. Solo in tali ipotesi, dunque, vi è un'equiparazione alla sopravvenienza in diritto di quel fatto che, pur successivo al provvedimento impugnato, integra il parametro del controllo di legalità e richiede un mero rilievo documentale senza profili di valutazione: al di fuori di queste limitate eccezioni, però, vale il principio della non

estensibilità degli atti di causa.

Né a un risultato diverso può condurre la facoltà di svolgere investigazioni difensive in ogni stato e grado del processo, poiché tale *potestas* non può essere intesa nel senso di consentire la produzione in Cassazione di documentazione relativa al merito dell'accusa o all'applicazione della disciplina sostanziale diversa da quella già esistente.

Perciò il principio della "stabilità" degli atti oggetto di scrutinio di legittimità ha portata generalizzata e trova eccezione solo per quanto era impossibile produrre prima del momento dell'allegazione al ricorso e che, in ogni caso, non richieda considerazioni di merito alla SC, nonché per i documenti che riguardano sopravvenienze in diritto o che siano ad esse comunque assimilabili (v. pag. 30), mentre restano in ogni caso al di fuori dal giudizio gli elementi di fatto che, invece, comportano un apprezzamento di merito.

Grazie a questi rilievi le Sezioni unite civili evidenziano che, nell'ambito dell'accertamento sul fatto processuale, quando la documentazione allegata al ricorso consiste in atti formati in data successiva all'emissione del provvedimento impugnato ma non tali da integrare il parametro di legittimità sull'*error in procedendo* - come il giudicato esterno o certificazioni della p.a. che incidono sulla procedibilità - ci si trova al di fuori del *factum superveniens* equiparabile alla sopravvenienza di diritto, con l'effetto che la produzione documentale configura, invece, una prova nuova che richiede di essere apprezzata nel merito e per questo inammissibile in sede di legittimità.

Il potere di conoscere il fatto processuale, in altri termini, non trasforma la Corte regolatrice in un giudice del merito, nel senso di conferirle poteri istruttori e valutativi che restano estranei alla natura del suo controllo: questa è la ragione, in breve, della distinzione tra circostanze sopravvenute che possono integrare il controllo dell'errore di procedura, secondo l'art. 606, co. 1, lett. c, c.p.p. e quanto, invece, rappresenta un elemento dimostrativo nuovo e al tempo stesso da valutare appositamente nel quadro probatorio, rispetto al quale la tipologia del sindacato in questione trova pur sempre un ostacolo.

Nell'ambito del tema d'indagine sulle modalità esecutive dell'intercettazione realizzata col captatore informatico², si giunge così a ritenere che gli approfondimenti investigativi emersi dopo la pubblicazione del provvedimento di-

² Per un panorama delle problematiche applicative più recenti a proposito del captatore informatico v. BENE, *"Il re è nudo": anomalie disapplicative a proposito del captatore informatico*, in questa *Rivista*, 2019, 3. In prospettiva generale, v. GAITO, FURFARO, *Le nuove intercettazioni "ambulanti": tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, *ivi*, 2016, 2, 309; RIVELLO, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, in *Le nuove intercettazioni*, a cura di Mazza, Torino, 2018, 101.

sciplinare aversato rappresentano elementi di novità potenzialmente in grado di incidere sul quadro probatorio ma che non possono essere adeguatamente considerati dalla Corte regolatrice, che infatti ne dichiara l'inammissibilità. In tal senso, infatti, l'accertamento del fatto storico relativo alla localizzazione delle operazioni di captazione e, in particolare, del *server* deputato allo stoccaggio delle informazioni ottenute dopo l'attivazione del captatore informatico può svolgersi presso il giudice di legittimità solo se vengono prodotti documenti che dimostrano in maniera immediata il differente luogo di deposito in violazione dell'art. 268, co. 3, c.p.p., senza rendere necessarie ponderazioni probatorie o un'apposita istruttoria.

2. Vi è tuttavia un elemento di novità che va a completare il discorso sui limiti del controllo di legittimità, attinente appunto al destino della prova "nuova" in questione.

La decisione sottolinea che la configurazione peculiare del controllo di legittimità non finirebbe per determinare un vuoto di tutela rispetto alle sopravvenienze probatorie che coinvolgono il profilo valutativo, poiché per esse resterebbe comunque la possibilità per l'accusato di ricorrere alla revisione di cui all'art. 25, d. lgs. n. 109/2006 - analoga a quella dell'art. 630 c.p.p. - e in particolare alle ipotesi di contrasto tra giudicati o della scoperta di "nuovi elementi di prova" che, da soli o insieme con quelli già apprezzati dal giudice disciplinare, dimostrano l'insussistenza dell'illecito.

La statuizione riveste una certa importanza sistematica perché consente di individuare un rimedio effettivo ai limiti della cognizione di legittimità e, allo stesso tempo, introduce, in prospettiva, la possibilità di impiegare la revisione per rimediare all'illegalità processuale in materia di formazione e acquisizione della prova, se dimostrata.

Già sul piano del diritto di difesa, infatti, l'*obiter dictum* cerca di temperare le limitazioni di approfondimento proprie del sindacato di ultima istanza con l'esigenza di assicurare che, qualora le sopravvenienze alla sentenza impugnata risulteranno opportunamente provate nel merito, potranno aprire la strada allo strumento della revisione per compensare i *deficit* istruttori caratteristici del controllo di legittimità, consentendo all'incolpato di attivare uno strumento ulteriore per ottenere una parentesi di merito in cui introdurre la domanda di scrutinio inammissibile in Cassazione.

Di pari interesse scientifico, poi, è l'implicita configurazione di "prova dell'innocenza" che viene attribuita alla prova dell'illegittimità che ha colpito la formazione della piattaforma probatoria.

Ritenere, come fanno le Sezioni unite civili, che qualora emerga, dopo il giudicato, l'accertamento di un'inutilizzabilità in grado di sovvertire il verdetto sfavorevole è possibile attivare la revisione, per dimostrare la non fondatezza dell'accusa, significa includere implicitamente, nel concetto di prova liberatoria, anche quella della violazione della disciplina di formazione dell'atto probatorio, tutte le volte in cui colpisca la prova decisiva per la condanna.

Configurare la revisione come una valvola di compensazione del sistema alle preclusioni di legittimità porta, infatti, a una conclusione implicita di questo tipo: l'esigenza di assicurare il diritto di difesa *sub specie* di legalità della prova e, dall'altro lato, di mantenere fermo il tratto caratteristico del sindacato di ultimo grado porta il provvedimento a prospettare un'ulteriore dilatazione del concetto di "nuova" prova, stavolta nel senso della dimostrazione tardiva dell'illegittima formazione della prova su cui si regge il verdetto³.

3. L'assunto ha una certa importanza perché, com'è noto, la revisione non è un mezzo d'impugnazione con cui è ammesso prospettare un'illegittimità nella catena degli atti che hanno portato al giudicato di condanna, ma l'istituto che consente la dimostrazione positiva dell'innocenza mediante una prova aggiuntiva rispetto al capitolato già formato, sopravvenuta o scoperta dopo, sia pure alla luce dell'interpretazione estensiva che il requisito della novità ha ricevuto in giurisprudenza⁴.

Pur considerando che il diritto vivente reputa "nuova" non solo la prova effettivamente sopravvenuta o sconosciuta, ma anche quella comunque nota alla parte ma non acquisita o non valutata, resta in ogni caso al di fuori di tale interpretazione il dato sopravvenuto dell'illegittimità o dell'invalidità, che non trova nel mezzo d'impugnazione straordinario in questione un'occasione di rappresentazione.

Invece le Sezioni unite configurano, in via mediata, un'evoluzione ulteriore in tal senso evocando l'inedita possibilità di una revisione per vizio procedurale di formazione della prova a carico, con cui poter illustrare nel merito l'esistenza di un fatto storico che ha determinato una violazione sanzionata del procedimento probatorio - nel caso di specie, il fatto della diversa collocazione del luogo di registrazione e conservazione del flusso d'intercettazione,

³ Sulla revisione come strumento in grado di assicurare l'espulsione dell'errore e, dunque, affermare un generale "principio di rivedibilità" della decisione errata cfr. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, 1998, Vol. I, 1 ss.; DEAN, *La revisione*, *ivi*, Vol. II, 795 e ss.; TAORMINA, *Sistema delle impugnazioni e struttura del processo penale*, in *Giur. pen.*, 1993, III, 610.

⁴ Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, p.m. in proc. Pisano, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 194.

invalidante alla luce dell'art. 271, co. 1, c.p.p. – e che, quindi, fa venire meno la prova con cui è stato superato il dubbio ragionevole.

La tesi, in sintesi, ha l'importante pregio di conferire effettività al controllo che il sistema, nel suo complesso, è in grado di offrire rispetto agli scostamenti dalla legalità processuale, specie a seguito delle penetranti aperture delle Corti europee a proposito dell'esistenza e dell'effettività degli strumenti di controllo giurisdizionale per la profilassi dell'errore di procedura⁵.

GENNARO GAETA

⁵ Cfr. a tal proposito Corte Giust. UE, Gr. Sez., 2 marzo 2021, C-746/18, in www.archiviopenale.it sul necessario controllo giurisdizionale dei presupposti di accesso ai tabulati telefonici da parte del p.m. e, in parallelo, Corte EDU, 6 febbraio 2020, *Felloni c. Italia*, *ivi*, sull'ipotesi che il filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione impedisca di conoscere violazioni della legalità convenzionale, che devono trovare una concreta occasione di scrutinio nel sistema nazionale.