



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto Processuale Penale Progredito**

**LA REGISTRAZIONE DEL COLLOQUIO DA PARTE  
DELL'INTERLOCUTORE TRA GIURISPRUDENZA E DOTTRINA**

**RELATORE**  
**Chiar.mo Prof.**  
**Paolo Moscarini**

**CANDIDATA**  
**Grazia Ammendolia**  
**Matr. 101853**

**CORRELATORE**  
**Chiar.ma Prof.ssa**  
**Maria Lucia Di Bitonto**

**ANNO ACCADEMICO 2013-2014**

## INDICE

INTRODUZIONE.....	pag. 1
-------------------	--------

### Capitolo I

#### LE INTERCETTAZIONI AMBIENTALI

1. <i>Premessa</i> .....	pag. 6
2. <i>Il diritto alla segretezza, il diritto alla riservatezza, il segreto</i> .....	pag. 8
3. <i>Il destinatario della comunicazione e le violazioni della segretezza</i> .....	pag. 12
4. <i>La legge 8 Aprile 1974 n. 98 e l'inserimento nel codice penale dell'art. 615 – bis</i> .....	pag. 14
5. <i>La tutela della vita privata secondo il diritto sovranazionale ed internazionale pattizio</i> .....	pag. 19
6. <i>In particolare, la riserva convenzionale di legge e le sue implicazioni</i> .....	pag. 21
7. <i>Registrazione del colloquio e prova penale</i> .....	pag. 24
8. <i>La registrazione della conversazione per iniziativa di uno degli interlocutori</i> .....	pag 26

### Capitolo II

#### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

1. <i>Il “caso Miano”</i> .....	pag. 29
---------------------------------	---------

2.	<i>... ed il relativo dibattito</i> .....	pag. 34
3.	<i>Il passaggio dal “codice Rocco” al nuovo ordinamento processual</i> .....	pag.38
4.	<i>In particolare, la disciplina delle intercettazioni immediatamente precedente al “codice Vassalli”</i> .....	pag. 41
5.	<i>Una situazione di incertezza</i> .....	pag. 42
6.	<i>La disciplina del “codice Vassalli”</i> .....	pag. 45
7.	<i>L’uso come documento della prova formata dall’interlocutore</i> .....	pag. 47

### **Capitolo III**

#### **IL CONCETTO D’INTERCETTAZIONE**

1.	<i>La registrazione della conversazione da parte di uno degli interlocutori</i> .....	pag.52
2.	<i>La “sentenza Torcasio”</i> .....	pag. 58
3.	<i>La nozione di intercettazione</i> .....	pag. 60
4.	<i>Gli elementi della nozione d’intercettazione: a) la segretezza delle comunicazioni captate</i> .....	pag. 64
5.	<i>Segue: b) l’uso di strumenti tecnici di percezione</i> .....	pag. 66
6.	<i>Segue: c) la clandestinità della captazione</i> .....	pag. 69
7.	<i>Il documento: il substrato materiale rappresentativo di fatti od dichiarazioni</i> .....	pag. 70

**Capitolo IV**  
**L'AGENTE SEGRETO "ATTREZZATO" PER CAPTARE IL**  
**SUONO**

1. <i>La registrazione del colloquio da parte della polizia giudiziaria</i> .....	<i>pag. 75</i>
2. <i>I limiti derivanti dall'art. 195 comma 4</i> .....	<i>pag. 78</i>
3. <i>Prova testimoniale e acquisizione del contenuto delle intercettazioni</i> .....	<i>pag.80</i>
4. <i>I limiti alla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria</i> .....	<i>pag. 86</i>
5. <i>Dichiarazioni del confidente e testimonianza indiretta</i> .....	<i>pag. 91</i>
6. <i>La lettura delle dichiarazioni irripetibili e il diritto all'esame diretto del testimone</i> .....	<i>pag.95</i>
7. <i>Orientamenti della giurisprudenza costituzionale</i> .....	<i>pag. 97</i>
CONCLUSIONI.....	<i>pag. 101</i>
BIBLIOGRAFIA.....	<i>pag 105.</i>

## INTRODUZIONE

La trattazione che segue avrà lo scopo di ripercorrere l'*iter* legislativo, dottrinario e giurisprudenziale relativo alla possibilità di acquisire nel processo le registrazioni del colloquio da parte dell'interlocutore, svolte all'insaputa dell'emittente la comunicazione.

Si avrà modo di notare come rilevante a tal fine sia l'evoluzione normativa relativa alle intercettazioni ambientali; successivamente, si passerà ad esaminare la distinzione tra diritto alla segretezza delle comunicazioni, diritto alla riservatezza e la disciplina dell'inviolabilità dei segreti contenuta nella Sez. V del Libro II del codice penale.

Quest'ultima disciplina, più volte oggetto di modifiche, evidenzia l'esigenza, avvertita dal legislatore, di tutelare la vita privata da ogni forma di interferenza illecita; attraverso la disamina dell'art. 615-*bis*, si vedrà come possibile soggetto attivo del reato ivi previsto sia il destinatario della conversazione, oppure, in particolare, l'estraneo attrezzato per il suono che abbia avuto il permesso all'ascolto da uno dei colloquianti; ed altresì emergerà come violazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni anche quella che avvenga tramite atti divulgativi successivi.

Al termine della trattazione, non sarà possibile prescindere dalla normativa internazionale relativa al rispetto della vita privata e familiare, nonché della corrispondenza; diritti tutti sanciti esplicitamente dall'art. 8 Conv. eur. dir. um. In particolare, la giurisprudenza di Strasburgo ha evidenziato i criteri secondo cui una pubblica ingerenza nella vita privata è concessa; ma la disciplina statale, a fine di risultare compatibile con il § 2 dell'art. 8 cit., dovrà rivestire determinate caratteristiche: la «*chia-*

*rezza della disposizione»; la «previsione specifica delle situazioni legittimanti l'intromissione»; e la «predisposizione di controlli rigorosi».*

Secondo i giudici europei, l'intromissione nella vita privata attraverso strumenti intercettivi dovrà essere minuziosamente disciplinata dalla legge, non soltanto con riguardo ai casi in cui l'operazione potrà essere attuata, ma anche per quanto concerne il modo attraverso il quale i necessari dispositivi meccanici saranno utilizzabili.

Successivamente, si affronterà la questione dell'ingresso nel processo della registrazione effettuata dall'interlocutore.

La giurisprudenza, basandosi essenzialmente su due requisiti fondamentali (da un lato, che l'ascolto del colloquio avvenga tramite strumenti meccanici di percezione del suono; dall'altro, che l'operatore agisca all'insaputa di tutti i partecipanti al colloquio), ha stabilito che la condotta di ascolto fisiologico clandestino, accompagnato da registrazione, non ha natura intercettiva.

Si andrà poi ad esaminare l'ipotesi in cui un soggetto, manovrando l'apparecchio di registrazione, abbia la possibilità di ascoltare fisiologicamente il colloquio contestualmente registrato; e ciò avendo riguardo sia al caso in cui un soggetto abbia illegittimamente ascoltato e registrato un colloquio riservato tra persone presenti, sia all'ipotesi nella quale chi sia stato legittimamente ammesso all'ascolto della comunicazione (perché suo destinatario) abbia registrato il colloquio senza alcuna autorizzazione del mittente.

In simili eventualità, non si configurerà la fattispecie di un'intercettazione, in quanto il mezzo meccanico viene utilizzato dall'autore per finalità meramente documentativa, e non anche al fine di penetrare in una sfera cognitiva altrimenti inaccessibile.

E' necessario rilevare come la giurisprudenza, sulla questione delle registrazioni formate in modo clandestino dall'interlocutore, si sia più volte espressa, ma in maniera oscillante; in linea di principio, le varie Corti hanno considerato valide ed utilizzabili le registrazioni così formate, con qualche eccezione in taluni singoli casi considerati.

Importante punto di riferimento per la trattazione relativa all'argomento *de quo* è la soluzione adottata nel "processo Miano", svoltosi nella prima metà degli anni '80. In tale occasione, prevalse l'orientamento per cui sono inutilizzabili i risultati delle operazioni effettuate dall'interlocutore; il quale ultimo, però, nell'ipotesi di specie, aveva agito di concerto con la polizia giudiziaria, per di più violando la normativa dell'istituto penitenziario.

Amnesso come pacifico che una prova ammessa dall'ordinamento processuale non perde validità anche quando sia stata ottenuta attraverso un fatto illecito, neppure se questo costituisce reato, si vedrà come il dibattito dottrinario e giurisprudenziale, in merito alla possibilità di ingresso della prova de qua nell'ordinamento, si sia concentrato su quelle situazioni in cui l'illecito si incorpora direttamente nel processo di acquisizione e formazione della prova, diventando così il modo con cui si elude un divieto probatorio o si viola una regola di assunzione.

Nel seguito della trattazione, si considereranno i mutamenti legislativi che hanno caratterizzato l'evoluzione del nostro ordinamento, portando, spesso, ad una normativa troppo sbilanciata in favore della repressione di reati e poco sensibile ai limiti imposti dalla Costituzione.

La situazione d'incertezza circa la possibilità o non di introdurre nel processo materiale probatorio derivante da intercettazioni *inter praesentes*, né palesemente proibite né riconosciute in modo diretto, si è palesata in passato durante l'altro noto caso giudiziario, c.d. "Lavorini".

L'entrata in vigore del "codice Vassalli" ha portato però ad una serie di diverse conclusioni.

Infatti, l'interferenza illecita nella vita privata, laddove configuri un'intercettazione, produrrà esiti validi sul piano probatorio solo se compiuta nel rispetto delle norme processuali; sarà invece, oltre che illecita, dai risultati inutilizzabili in tutti gli altri casi.

Se, invece, l'interferenza comprime la riservatezza, senza essere un'intercettazione, la condotta dell'agente è sempre punibile ai sensi del codice penale; ma il risultato di tale condotta, in assenza di divieti processuali, è utilizzabile come prova.

Una volta chiariti tali concetti, bisognerà stabilire se, e in che modo, la registrazione effettuata dall'interlocutore, all'insaputa del mittente, possa essere introdotta e valutata nel processo. La soluzione sembra essere scontata, alla luce di quanto dispone l'art. 234 c.p.p.: questo esplicitamente ricomprende nella nozione di documento anche la fonografia, come mezzo rappresentativo di fatti, onde costituisce una condotta di per sé legittima l'attività di chi imprime su nastro magnetico ciò che ha lecitamente percepito.

Si passerà poi ad esaminare i vari punti fissati dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 36747 del 2003. Tale decisione rappresenta, dopo il lungo sviluppo normativo ed i contrasti giurisprudenziali relativi ai limiti di ammissibilità della testimonianza indiretta da parte degli appartenenti alla polizia giudiziaria, un momento di chiarezza. La decisione considera la questione alla luce del "nuovo" art. 111 Cost., nella fattispecie adoperato come parametro per saggiare la correttezza delle letture fino ad oggi date dalla giurisprudenza di merito alla complessa problematica.

In particolare, la Corte mette in discussione l'istituto della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria concentrando l'attenzione sul



ruolo di quest'ultima, cioè sulla finalizzazione della sua attività alla ricerca di elementi per sostenere l'ipotesi accusatoria. Ne risulterà che lo stesso istituto non viola il principio di uguaglianza – al contrario di quanto anteriormente sostenuto -, proprio per via delle evidenti differenze tra il teste comune e un soggetto che, nell'ambito della ricerca investigativa, riveste un ruolo centrale e, proprio per questo, legislativamente disciplinato.

Apparirà significativo, dall'esame della stessa pronuncia, lo sforzo di non perdere mai di vista le sfumature del caso concreto, le quali sembrano dovere necessariamente essere colte da una decisione, perché questa possa dirsi “giusta”.

## Capitolo I

### LE INTERCETTAZIONI AMBIENTALI

#### 1. Premessa

L' art. 266 c.p.p, parlando delle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni telefoniche o altre forme di telecomunicazione, prevede, all'ultimo comma, l'ipotesi della intercettazione riguardante un colloquio tra persone presenti, ossia l'operazione condotta nei confronti di più soggetti fra di loro dialoganti senza l'ausilio di strumenti meccanici di trasmissione del suono.

La disposizione rappresenta un *novum* rispetto alla disciplina precedente: il codice di procedura penale abrogato contemplava le sole ipotesi di comunicazioni effettuate per il tramite del telefono o del telegrafo, nonché, - per effetto del combinato disposto degli artt. 266 - bis co.2 c.p.p. abr. e 623-bis c.p. - le trasmissioni di suoni comunque realizzate <<con collegamento su filo o ad onde guidate>><sup>1</sup>. Nulla era detto invece relativamente all'ammissibilità o non delle intercettazioni di comunicazioni *inter praesentes*<sup>2</sup>.

Di conseguenza, non era chiaro quando potesse ritenersi ammissibile l'intercettazione di comunicazione tra presenti. Parte della dottrina, infatti, ne sosteneva l'indiscriminata ammissibilità; altri, al contrario,

---

<sup>1</sup>Articolo successivamente sostituito dall'art. 8 della L.23 Dicembre 1993, n.547.

<sup>2</sup>Così Caprioli, *Intercettazioni e registrazioni di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen. 1991.

l'altrettanto assoluta inammissibilità. Tale contrasto di vedute risulta tuttora ben comprensibile, se si considera che, intorno alla disputa, gravitavano questioni di estrema delicatezza; in particolare: il problema riguardante la rilevanza processuale delle prove illecitamente formate, nonché quello relativo ai limiti della tutela assicurata, dal nostro ordinamento costituzionale, al diritto alla segretezza delle comunicazioni ed alla riservatezza.

Affinché una operazione di captazione possa essere considerata come una vera e propria intercettazione – va anzitutto precisato -, occorre che i soggetti comunichino tra loro col preciso intento di escludere estranei dal contenuto del dialogo e secondo modalità tali da tenere quest'ultimo segreto<sup>3</sup>. Una comunicazione può definirsi <<riservata>> quando << l'uso del mezzo espressivo e le circostanze in cui avviene non implicano una prevedibile possibilità di apprensione da parte dei terzi>><sup>4</sup>.

Non è indispensabile che i destinatari dell'atto comunicativo siano determinati, bastando la loro oggettiva determinabilità.

La norma fondamentale in materia di comunicazioni riservate è indubbiamente l'art. 15 Cost.; il quale, definite inviolabili la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, precisa poi che <<la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge>>.

Pertanto, la sfera di operatività di questa disciplina costituzionale è segnata dalle caratteristiche oggettive della comunicazione; onde qualunque trasmissione del pensiero che non possieda tali caratteristiche dovrà essere fatta ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 21 Cost.

---

<sup>3</sup>Così Cass. Sez. Un., 24 settembre 2003, Torcasio.

<sup>4</sup>Così CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, nota 234.

In questo senso, la stessa Corte costituzionale ha chiarito che la distinzione tra le due regolamentazioni sopra citate, <<si incentra nell'essere la comunicazione, nella prima ipotesi, diretta a destinatari predeterminati e tendente alla segretezza e, nell'altra, rivolta invece a una pluralità indeterminata di soggetti>><sup>5</sup>.

Una volta identificata la comunicazione come trasmissione di pensieri intersoggettiva, resteranno escluse dalla tutela dell'art. 15 Cost. tutte le manifestazioni del pensiero che rimangono nella sfera soggettiva dell'esprimente. Né si potrà considerare protetta una comunicazione che non sia in concreto idonea a raggiungere legittimo destinatario; ad esempio una e-mail spedita all'indirizzo sbagliato. Peraltro, in simili circostanze, il fatto che il rapporto comunicativo sia destinato a non perfezionarsi non giustificherebbe la possibilità che soggetti terzi si intromettano nella comunicazione. Inoltre, l'inidoneità della comunicazione a pervenire al destinatario, dovrà essere considerata ex ante; infatti, tutte le volte in cui la comunicazione non sia giunta a destinazione a causa dell'indebito inserimento nel circuito comunicativo dell'extraneus, ci si troverà in presenza di una violazione incidente sulla segretezza della comunicazione; interesse riconosciuto e tutelato dall'art. 15 Cost.

## *2. Il diritto alla segretezza, il diritto alla riservatezza, il segreto*

Un particolare dibattito dottrinario si è incentrato sull'ipotesi in cui il soggetto, destinatario della comunicazione riservata, ne abbia successivamente rivelato a terzi il contenuto. Occorrerà quindi definire e distin-

---

<sup>5</sup> Corte Cost. 15 novembre 1988, n. 1030.

guere in via preliminare il diritto alla segretezza dal quello alla riservatezza.

Il primo si configura tutte le volte in cui una comunicazione riservata viene percepita da un soggetto che non rientra tra coloro ai quali la stessa è direttamente o indirettamente indirizzata<sup>6</sup>. Il secondo invece si concretizza nel diritto a che non vengano divulgate notizie che attengono la propria vita privata<sup>7</sup>.

L'esistenza di un doppio interesse tutelato dalla normativa costituzionale – cioè: quello di evitare che terzi si inseriscano in conversazioni private e quello che altri percepiscano indebitamente fatti e opinioni comunicate - trova conferma della disciplina di cui al codice penale (artt. 616 ss.) dedicata ai <<*Delitti contro l'inviolabilità dei segreti*>>.

Prima che sulla materia intervenisse la legge 8 aprile 1974 n. 98, la distinzione tra diritto alla segretezza delle comunicazioni riservate e diritto al segreto sull'oggetto di tali comunicazioni emergeva dal combinato disposto degli artt 616 e 617 c.p.<sup>8</sup>: tali disposizioni, proteggendo il diritto dell'individuo all'inaccessibilità della propria sfera personale, comprensiva del rapporto comunicativo riservato, finivano per tutelare anche l'interesse al segreto sull'oggetto della comunicazione. Tale interesse risultava però protetto solo in via mediata ed eventuale; difatti, l'art. 616 comma 2 e l' art. 617 comma 2 c.p. permettevano al soggetto che avesse appreso una notizia, anche violando il diritto all'intimità della sfera comunicativa, di rivelarla o pubblicizzarla, tutte le volte in cui tale divul-

---

<sup>6</sup> MANTOVANI, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in Arch. giur. 1968

<sup>7</sup> BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in Riv. it. dir. e proc. pen. 1967

<sup>8</sup> CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, p.80 ss.

gazione non recasse pregiudizio al mittente ovvero fosse sorretta da una ragione giustificatrice.

Tali condotte divulgative sarebbero potute essere realizzate solo dal soggetto identificato come colpevole del reato di indiscrezione; ne restavano al di fuori - dunque - sia gli atti di indebita rivelazione compiuti dal destinatario della comunicazione, sia gli atti della stessa natura, posti in essere dal terzo che avesse casualmente percepito la conversazione.

Con l'entrata in vigore della l. 98/1974 il quadro normativo è stato parzialmente modificato. Il nuovo art. 617 non prevede più che il reato possa essere commesso solo dal "colpevole" dell'atto di indiscrezione, né attribuisce alcuna rilevanza alle possibili cause che giustificano la divulgazione delle notizie comunicate. Pertanto, occorre ritenere che siano punibili le sole condotte divulgative aventi ad oggetto contenuti appresi con modalità illecite da parte di persone anche diverse dall'autore della rivelazione; e che, siano punibili solo gli atti di rivelazione al pubblico pregiudizievoli di un interesse di natura sostanziale del mittente o di altri soggetti.

Se si utilizza la stessa chiave di lettura, si perviene ad una interpretazione corretta dell' art. 617 - *quater* c.p.<sup>9</sup>. Se si considerano fattispecie ivi contemplate, infatti, ne emerge come sarebbe eccessivo punire sia le condotte divulgative "innocue", sia le condotte comunicative che non siano conseguenti ad un'apprensione illecita del messaggio trasmesso. Soltanto attraverso tale interpretazione, le norme del codice penale fanno riemergere la distinzione tra interesse alla segretezza delle comunicazioni riservate e interesse al segreto sull'oggetto di tali comunicazioni.

---

<sup>9</sup> Introdotto dall'art 6 della legge 23 dicembre 1993 n.547. Punisce al primo comma <<chiunque fraudolentemente intercetta comunicazioni relative ad un sistema informatico o telematico o intercorrente tra più sistemi>> e al secondo comma chiunque rivela, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, in tutto o in parte, il contenuto delle comunicazioni di cui al primo comma>>.

La prima esigenza viene tutelata dall'ordinamento in regione della particolarità dei mezzi espressivi e del loro carattere riservato<sup>10</sup>; la seconda, invece, è protetta in maniera differente. Nelle ipotesi di indiscrezione viene garantita in via indiretta ed eventuale; laddove, nei casi di divulgazione, viene tutelata in via diretta, tutte le volte in cui la condotta divulgativa sia successiva ad una indebita apprensione<sup>11</sup>, oppure alla comunicazione non spontanea della notizia segreta<sup>12</sup>; si tratta pur sempre, però, di un interesse sostanzialmente neutro, comunque rilevante subordinatamente alla presenza del <<documento>> e all'assenza di cause di giustificazione.<sup>13</sup>

In relazione alle condotte divulgative, poi, un problema si è posto relativamente ai limiti cronologici della tutela concernente le comunicazioni riservate. Per una giurisprudenza risalente, la tutela della segretezza delle comunicazioni si sarebbe esaurita con la ricezione del messaggio da parte del destinatario; tale tesi, però, appare oggi non più condivisibile.

Difatti, se si accogliesse quella vecchia opinione, nel caso delle comunicazioni orali, non dovrebbe ritenersi lesiva del diritto costituzionale la condotta di chi procedesse all'ascolto clandestino dopo aver inserito un apparecchio registratore nella stanza destinata ad accogliere una conversazione tra presenti.

---

<sup>10</sup> Artt. 616 comma 1, 617 comma 1, 617quater comma 1, 619 comma 1 c.p.

<sup>11</sup> Artt. 616 comma 2, 617 comma 2, 617quater comma 2, 618, 619 comma 2 c.p.

<sup>12</sup> Artt. 620, 622 c.p.

<sup>13</sup> Soltanto la presenza o l'assenza del <<documento>> delimita l'area del segreto penalmente tutelato. Parte della dottrina ha dovuto di dover aggiungere a tale requisito, anche l'assenza di cause che giustificano la rivelazione del segreto. si ritiene infatti che qualora ci si trovasse in presenza di un giustificato motivo di rivelazione della notizia, non sussisterebbe più, dal punto di vista giuridico, un segreto.

Parte della dottrina<sup>14</sup> ritiene che tale tesi erra nel non distinguere tra la condotta di un soggetto che, essendo destinatario del colloquio, successivamente ne riferisca a terzi il contenuto ed il comportamento di chi ascolta, registra e successivamente fa ascoltare le dichiarazioni registrate. In quest'ultimo caso, infatti, si consentirebbe - a chi non è né doveva essere destinatario della conversazione - di percepire la stessa anche quando il mittente non intendeva comunicarla ad un estraneo. Se è vero che, nei confronti del destinatario, viene a cadere il limite della segretezza, altrettanto non può dirsi per il terzo, nei cui riguardi continua a sussistere tale limite.

Si può dunque legittimamente concludere che la registrazione clandestina del dialogo tra presenti rientra nell'ambito applicativo dell' art. 15 Cost.; e che il limite cronologico della tutela dovrà essere prolungato fino al momento in cui sussista un interesse del comunicante a preservare l'intimità della propria conversazione.

### *3. Il destinatario della comunicazione e le violazioni della segretezza*

In relazione alla titolarità del diritto alla segretezza, molte sono state le diatribe dottrinarie.

Secondo un primo orientamento<sup>15</sup>, quello alla segretezza della singola comunicazione sarebbe un diritto che mittente e destinatario condividono; di conseguenza, entrambi dovrebbero essere considerati persone

---

<sup>14</sup> DINACCI, *Irrilevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *Giur. it.* 1994, II 68.

<sup>15</sup> CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 21 ss.



offese da una condotta posta in essere in violazione di tale posizione costituzionalmente garantita.

Tuttavia, se è vero che l'anzidetto diritto appartiene ad entrambi i soggetti, è altrettanto vero che il medesimo appartiene individualmente a ciascuno; onde la rinuncia da parte di uno solo dei comunicanti non impegna l'interesse dell'altro, che continua comunque a sussistere.

Una diversa dottrina, avendo assunto che la segretezza della comunicazione implica l'interesse ad impedire che quest'ultima sia percepita da soggetti diversi dal destinatario, ritiene che solo il mittente potrebbe essere titolare di tale interesse. In capo al destinatario, per contro, sussisterebbe solo un interesse alla conservazione del segreto su fatti e opinioni comunicate; onde le condotte che fossero lesive esclusivamente della segretezza non inciderebbero nella sfera soggettiva del secondo.

Tali premesse, però, non impediscono di individuare possibili condotte contrastanti con il diritto costituzionalmente garantito ai danni dell'emittente della comunicazione: ciò si avrebbe, ad esempio, nell'ipotesi in cui l'interlocutore registrasse la conversazione e la facesse successivamente ascoltare a terzi.

In questi casi, il destinatario avrà ampliato la sfera dei soggetti destinatari della conversazione, senza che il mittente ne sia a conoscenza; onde avrà così sacrificato non solo l'interesse di quest'ultimo al segreto sull'oggetto della conversazione, ma anche l'interesse all'intimità e alla riservatezza della comunicazione.

La disciplina penalistica, però, esclude che il destinatario della conversazione possa commettere una violazione del diritto costituzionalmente garantito. Infatti, le disposizioni incriminatrici poste a tutela del segreto puniscono solo chi abbia percepito in maniera *illecita* il contenuto di una comunicazione. Sarebbe invece impensabile che il destinatario

della conversazione e l' *extraneus* possano concorrere nel reato *ex art. 617 comma 1* nell'ipotesi in cui il primo desse al secondo la possibilità di ascoltare la conversazione all'insaputa del mittente. Ciò non significa però che l'ordinamento italiano non abbia mai avvertito l'esigenza di sanzionare le violazioni del diritto alla segretezza della comunicazione commesse dal suo destinatario.

Difatti, l'art. 161 del codice penale "Zanardelli", puniva <<*chiunque, in possesso di una corrispondenza epistolare o telegrafica, non destinata alla pubblicità, ancorché a lui non diretta, la [facesse] indebitamente pubblica quando il fatto [potesse] cagionare nocumento*>>. Tale norma subordinava la punibilità alla pubblicazione della corrispondenza, non del suo solo contenuto. Ciò dimostra che il legislatore del 1989 era consapevole del diverso disvalore connotante la violazione dell'intimità di un rapporto comunicativo ed il tradimento di un semplice vincolo confidenziale. E' possibile ritenere - allora - che la mancata incriminazione delle condotte lesive poste in essere dal destinatario della comunicazione siano imputabili ad una, forse criticabile, scelta di politica criminale, effettuata dal legislatore del 1930, derivante dall'incapacità di tenere distinti i rispettivi ambiti concettuali della segretezza e del segreto.

#### 4. *La legge 8 Aprile 1974 n. 98 e l'inserimento nel codice penale dell'art. 615 - bis*

Dal punto di vista sostanzial-penalistico, la presente trattazione non può trascurare l'ipotesi prevista dall'art. 615 - *bis* c.p., rubricato <<*Interferenze illecite nella vita privata*>>.

Secondo una diffusa opinione, questa norma è stata formulata in maniera tale da non potere ricomprendere alcune condotte, poste in essere dal destinatario della comunicazione, lesive del diritto costituzionale alla segretezza. La suddetta disposizione – inserita nel codice penale dalla l. 8 aprile 1974 n. 98 – recita: << *Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'articolo 614, è punito..[.]>>; e, al secondo comma, prevede la stessa pena per chi <<*rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo*>>.*

Tale disciplina – quindi - sembrerebbe riferirsi alle sole condotte di procacciamento indebito di notizie od immagini; di conseguenza, il soggetto attivo potrebbe essere punito, per taluno dei reati suindicati, soltanto se venisse a conoscenza della notizia tramite la propria condotta.

Peraltro, se si accogliesse questa soluzione interpretativa, resterebbero escluse dall'ambito applicativo della regolamentazione penalistica tutte quelle condotte che permettessero all'autore di procurarsi notizie già facenti parte del suo bagaglio conoscitivo, oppure non attinenti alla vita privata; né risulterebbe dalla littera legis alcuna limitazione relativa al luogo in cui si fosse svolta la comunicazione percepita.

Questa esegesi, sebbene risulti indubbiamente letterale, deve nondimeno considerarsi corretta.

In primo luogo, la disciplina *de qua*, già dalla sua stessa collocazione sistematica, risulta essere stata introdotta al fine di ampliare e delimitare

la tutela penale del domicilio<sup>16</sup>. Probabilmente, il legislatore aveva anche un obiettivo più ampio, ossia quello di salvaguardare il diritto alla *privacy*; peraltro, la difficoltà di costruire una fattispecie generale, rispettosa del principio di tassatività, non gli deve avere consentito di portare a termine la propria opera.

La dottrina aspirava all'inserimento, nella regolamentazione incriminatrice in esame, d'un ampio elenco di condotte lesive del diritto alla *privacy*; tuttavia, il legislatore ha deciso di dare rilievo soltanto alle condotte che implicassero una diretta intrusione sensoriale nell'altrui dimora.

Anche da questo punto di vista, però, è possibile riscontrare alcune ambiguità nella formulazione dell'articolo. Questo - mirando, da un lato, a proteggere il soggetto nei confronti delle intrusioni nella propria sfera domiciliare<sup>17</sup> e, dall'altro, ad individuare le condotte lesive - pecca per eccesso o per difetto. Quanto al primo aspetto, infatti, sanziona condotte che non implicano un'immediata violazione del domicilio<sup>18</sup>; per quel che concerne il secondo profilo, poi, omette di prendere in considerazione alcuni comportamenti offensivi del bene protetto<sup>19</sup>. Peraltro, questa interpretazione, corretta alla stregua della *littera legis*, non avrebbe potuto essere condivisa da dottrina e giurisprudenza: che hanno tentato una differente soluzione ermeneutica.

---

<sup>16</sup> La necessità era avvertita anche dalla Relazione al disegno di legge in cui si affermava che: «il delitto di violazione di domicilio è strutturato in modo tale da rendere penalmente irrilevanti le più aggressive interferenze esterne nella vita privata altrui. Esse non vi sono ricomprese perché la fattispecie di reato richiede, come elemento tipico sotto il profilo materiale, l'introduzione nel domicilio».

<sup>17</sup> PALAZZO, *Considerazioni in tema di tutela della riservatezza (a proposito del <<nuovo>> art. 615bis c.p.)* in Riv. It. Dir. e proc. pen., 1975, p. 154.

<sup>18</sup> Si pensi al caso del comma 1 in quanto non si fa riferimento al luogo in cui le notizie vengono procurate; potrebbe trattarsi di una intercettazione tra presenti in un luogo pubblico.

<sup>19</sup> Un esempio potrebbe essere la condotta di un soggetto che ascolti dei colloqui riservati da cui però non apprenda notizie relative alla vita privata.

Secondo quest'esegesi, l'art. 615 - *bis* deve essere letto ricomprendendo anche gli ascolti da cui non derivasse all'agente una conoscenza ulteriore rispetto a quella che acquisirebbe attraverso una percezione semplice del dato sensoriale; nel caso di un colloquio riservato, dunque, la notizia protetta dalla norma sarà l'intero colloquio e non solo il suo contenuto; mentre l'attinenza alla vita privata, richiesta dal disposto dell'art.615 - *bis*, risulterà garantita dal fatto che il colloquio si svolga in ambito domiciliare.

Così intesa, la fattispecie incriminatrice *de qua* può essere accostata a quella dell'art. 617 c.p. . Infatti, per entrambe le clausole, le conversazioni riservate verranno protette dall'ordinamento in quanto abbiano il carattere della riservatezza.

Le condotte suscettibili d'essere fatte rientrare nell'ambito delle clausole che tutelano, da interferenze illecite, la vita privata sono essenzialmente tre:

- a) quella dell'agente che vede/ascolta abusivamente grazie allo strumento meccanico;
- b) quella di chi vede/ascolta abusivamente senza l'utilizzo dello strumento meccanico, ma nello stesso tempo si procura la documentazione di quanto percepito;
- c) quella di chi vede/ascolta con il consenso dell'interessato, ma si procura indebitamente la documentazione di quanto legittimamente ha appreso<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit. p.120.

La volontà di ricomprendere in una fattispecie penale l'ultimo dei comportamenti descritti emergeva già dal dibattito che portò alla creazione della norma e dagli stessi lavori preparatori della legge 98/1974.

Difatti, già all'epoca, si notava che il solo art. 614 c.p. non sarebbe stato efficace nei confronti di chi, ammesso legittimamente nell'altrui domicilio, registrasse, per poi diffondere, le confidenze fatte dal titolare del domicilio ignaro della conversazione. Per contro, una simile operazione avrebbe potuto essere facilmente avvicinata alle ipotesi di intercettazione telefonica.

Le preoccupazioni della dottrina furono chiare al Parlamento; presso il quale, già nelle prime proposte di riforma<sup>21</sup>, si prospettava d'inserire, all'interno del codice penale, fattispecie volte a prevenire condotte del tipo sopra citato. Difatti, nel 1973, furono presentati ben cinque progetti di legge, che contenevano almeno una norma incriminatrice in tal senso; talora subordinando la condotta di abusiva registrazione a quella di divulgazione del colloquio; talaltra, si anticipava la punibilità al momento dell'indebita captazione del suono.

Tuttavia, alla fine, i progetti di legge vennero accorpati per la creazione di un testo unico; e questo modificò le proposte iniziali, accogliendo un testo identico a quello successivamente trasfuso nell'art. 615 - *bis*.

Dunque, è possibile riconoscere, nella regolamentazione introdotta nel 1974, talune criticità e qualche merito. La disciplina è censurabile in quanto ha ristretto enormemente l'ambito di tutela: gli strumenti di captazione e registrazione del suono devono essere considerati insidiosi in

---

<sup>21</sup> In un primo disegno di legge finalizzato alla parziale riforma del codice penale, era stata prevista l'introduzione di un art. 620bis c.p. che recitava: <<Chiunque registra su apparecchi magnetofonici una conversazione di un terzo, non pronunciata in pubblico e senza il consenso di lui, è punito...[.] alla stessa pena soggiace, a querela della persona offesa, chi riproduce, fa uso o comunica a terzi una registrazione magnetofonica non autorizzata o ne rivela, senza giusta causa, in tutto o in parte il contenuto>>. In argomento: Vassalli, *I metodi di ricerca della verità* (autore della proposta di legge).

relazione a qualsiasi comunicazione riservata, ovunque essa si svolga, e non solo se essa avvenga nel domicilio. Allo stesso tempo, l'articolo ha il merito di individuare come possibile soggetto attivo del reato sia il destinatario della conversazione, sia l'estraneo attrezzato per il suono che abbia avuto il permesso all'ascolto da uno dei colloquianti; ed altresì configura come violazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni anche quella che avvenga tramite atti divulgativi successivi.

##### *5. La tutela della vita privata secondo il diritto sovranazionale ed internazionale pattizio*

Tanto premesso relativamente alla normativa nazionale, non è da trascurare la rilevanza che il diritto al rispetto della vita privata ha acquisito, quale prerogativa fondamentale riconosciuta in numerosi accordi di diritto internazionale<sup>22</sup>.

In particolare, per quanto concerne l'Unione Europea, la Carta dei diritti fondamentali, agli artt. 7 e 8, prevede esplicitamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e la protezione dei dati aventi carattere personale. Quanto alla Convenzione europea dei diritti umani, la tutela qui delineata è risultata in più occasioni, in relazione alla salvaguardia della vita privata, essere uno strumento efficace. Difatti, tale Convenzione è stata ratificata – tra l'altro - da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea; i quali, accettando di sottostare alle decisioni della Corte di

---

<sup>22</sup> Art.12 Dich.univ.dir uomo; Art.17 Patto int. dir. civ. pol.; art. 7 Carta UE; art. 8 Conv. eur. dir. uomo; Raccomandazione del Consiglio Ocse su direttive per la sicurezza dei sistemi di informazione; art. 7 Convenzione del Consiglio d' Europa relativa all'elaborazione automatica dei dati personali.

Strasburgo, si sono impegnati a realizzare un livello unitario di tutela dei diritti ivi contemplati.

L'art. 8 § 1 C.e.d.u. recita: «Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza».

Benché la disposizione *de qua* non accordi alla telefonia diretta protezione, non pare dubbio che quest'ultima – e, più in generale, la telecomunicazione – rientri appieno nella tutela apprestata alla persona attraverso i concetti di «vita privata» e di «corrispondenza»<sup>23</sup>.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo appare pacifica.

In proposito, a parere dei giudici di Strasburgo, ogni intercettazione «riveste di per sé la caratteristica di ingerenza della pubblica autorità nella sfera privata»; e ciò anche quando «di essa non si sia fatto un uso processualmente rilevante»<sup>24</sup>.

Parimenti tutelata, nell'ottica della Corte, è la rilevazione «di ogni altro elemento relativo alla conversazione»; di tal ché, si ravvisa «una violazione della vita privata» anche laddove l'acquisizione d'informazioni sia stata limitata al rilevamento di dati «esterni», quali l'ora, la durata della comunicazione o il numero composto dal chiamante<sup>25</sup>.

Per orientamento consolidato, poi, il termine «persona» ricomprende in sé «anche gli enti e le associazioni che il soggetto crea e che,

---

<sup>23</sup>ZENCOVICH, Art. 8, in AA.VV., Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a cura di Bartole – Raimondi – Conforti, Padova, 2001, 307 e ss.

<sup>24</sup>Corte e.d.u., caso Kopp c/Svizzera, 25 marzo 1998. Nello stesso senso, Corte e.d.u., caso Ludi c/Svizzera, 15 giugno 1992.

<sup>25</sup>Corte e.d.u., caso H. c/Repubblica Ceca, 1° marzo 2007, secondo la quale, «[i]n tema di acquisizione di tabulati telefonici, anche il mero elenco cronologico delle chiamate tra più utenze ricadono sotto la protezione dell'art. 8 C.e.d.u.: come tali, l'acquisizione degli stessi in un processo penale costituisce ingerenza nella vita privata».



poi, assumono autonomo rilievo nella società ove vivono ed no>><sup>26</sup>. In proposito, difatti, la stessa Corte ha dichiarato che comunque all'ente dovrà essere riconosciuta <<ogni forma di riservatezza>>. Pertanto, se è pur vero che, con riguardo alle persone giuridiche, l'intromissione può avvenire <<con margini più ampi rispetto alle limitazioni delle persone fisiche>>, l'attività posta in essere relativamente alle prime dovrà, in ogni caso, sempre presentare adeguate garanzie contro eventuali abusi<sup>27</sup>.

*6. In particolare, la riserva convenzionale di legge e le sue implicazioni.*

Ai sensi dell'art. 8 § 2 C.e.d.u., <<Non può aversi interferenza di una autorità pubblica nell'esercizio d[el] diritto [al rispetto della vita familiare, del domicilio e della corrispondenza] a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui>>.

Da tale formula discende – anzitutto - che nessuna intromissione (tra l'altro) nelle private comunicazioni è possibile se non attraverso una legge di ciascuno Stato membro; e sempre che tale provvedimento si giustifichi in base alle finalità di cui sopra.

---

<sup>26</sup>FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 120.

<sup>27</sup> Corte e.d.u., caso Stés Colas Est c/Francia, 16 aprile 2002.

Con riguardo a simile riserva di legge “rinforzata”, si è osservato in dottrina che <<i>i diversi modi di produzione normativa</i>> propri degli Stati contraenti impongono di rapportare il corrispondente concetto alle esigenze di concretezza e di effettività che animano la Convenzione<sup>28</sup>.

In particolare, il rispettivo testo inglese, con l’espressione generica «*inaccordance of the law*», non intende richiamare «un preciso procedimento di produzione normativa, quanto piuttosto il concetto di diritto [...], in modo che ogni decisione dei giudici e le loro motivazioni possano essere prevedibili almeno nelle linee essenziali»<sup>29</sup>.

Di conseguenza, a parere dei giudici di Strasburgo, tre sono le direttrici lungo le quali muovere nell’analisi delle questioni derivanti da tale formula.

Quanto al punto della «prevedibilità», i giudici europei – in base alla premessa secondo cui qualsiasi limitazione al rispetto della vita privata, per essere conforme all’art. 8 C.e.d.u., deve essere prevista e regolata da una «disciplina vincolante» per l’autorità –, hanno descritto precisamente le caratteristiche che la legge interna deve rivestire: la «chiarezza della disposizione»; la «previsione specifica delle situazioni legittimanti l’intromissione»; la «predisposizione di controlli rigorosi».

Più precisamente, la suddetta chiarezza sarebbe imposta <<dall’esigenza di rendere ogni interferenza ragionevolmente prevenibile>><sup>30</sup>, attraverso la conoscibilità del sistema delle regole da parte del cittadino; la richiesta previsione precisa sarebbe correlata all’esigenza di specificare in astratto <<le circostanze e le condizioni in

---

<sup>28</sup>FURFARO, *Un problema*, cit., 122.

<sup>29</sup> Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, II ed., Milano, 1982, p.57.

<sup>30</sup>Corte e.d.u., caso Sunday Times c/Regno Unito, 26 aprile 1979.

presenza delle quali l’Autorità è autorizzata a violare segretamente [...] la vita privata di un individuo>><sup>31</sup>.

Per quanto attiene la direttiva concernente le <<finalità che giustificano l’intromissione>>, sebbene la clausola convenzionale faccia espresso riferimento alla <<sicurezza nazionale, [al]la sicurezza pubblica, [a] benessere economico del paese, [al]la difesa dell’ordine e [la]la prevenzione dei reati, [al]la protezione della salute o della morale, o[vvero al]la protezione dei diritti e delle libertà degli altri>>, il *clou* della formula va individuato nel <<mantenimento della società democratica: quale che sia la finalità indicata, tanto in via generale dalla legge nazionale che nel provvedimento che autorizzi l’intercettazione nel caso concreto, la verifica che deve sempre essere compiuta è quella concernente la necessità che il perseguimento dei fini corrisponda al mantenimento di una società democratica>><sup>32</sup>. In quest’ottica, proporzionalità e controllo sono, in sintesi, i parametri in base ai quali bisogna misurare la necessità democratica che giustifica l’ingerenza nella comunicazione privata.

Infine, con riguardo ai << casi e modi di intromissione >>, la Corte ha sovente riscontrato violazioni della normativa convenzionale sulla riservatezza proprio in dipendenza <<dei casi nei quali può farsi ricorso all’attività di intrusione e di captazione di comunicazioni [nonché] delle modalità dell’intrusione>><sup>33</sup>.

Secondo i giudici europei, infatti, l’ingerenza nella vita privata attraverso strumenti di intercettazione - data la particolare invasività e l’assoluta clandestinità del mezzo - dovrà essere minuziosamente disciplinata dalla

---

<sup>31</sup>Corte e.d.u., caso Malone c/Regno Unito, 2 agosto 1984.

<sup>32</sup>Corte e.d.u., caso Matheron c/Francia, 29 marzo 2005. Sul punto, Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, p. 179 e ss.

<sup>33</sup>Corte e.d.u., caso Kopp c/Svizzera, 25 marzo 1998, cit.; Corte e.d.u., caso Halford c/Regno Unito, 25 giugno 1997; Corte e.d.u., caso Ludi c/Svizzera, 15 giugno 1992.

legge, non soltanto con riguardo ai casi in cui l'intromissione potrà essere attuata, ma - anche e soprattutto - per quanto concerne il modo attraverso il quale i necessari dispositivi potranno essere utilizzati.

Di conseguenza, si avrà violazione della normativa convenzionale tanto laddove la disciplina legislativa interna non preveda che <<le intercettazioni [siano attuabili] soltanto utilizzando gli strumenti delle autorità pubbliche>>, quanto se la stessa normativa non contempli <<l'effettività del controllo delle operazioni di captazione>><sup>34</sup>.

### 7. Registrazione del colloquio e prova penale

Peraltro, il nostro legislatore, nel disciplinare i mezzi di ricerca della prova, si è occupato solo di sanzionare una particolare forma d'indebita captazione di colloqui: l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni.

Per orientamento consolidato<sup>35</sup>, il concetto di intercettazione presuppone da un lato, che l'ascolto del colloquio avvenga tramite strumenti meccanici di percezione del suono; dall'altro, che l'operatore agisca all'insaputa di tutti i partecipanti al colloquio.

Il primo requisito è confermato dal disposto dell'art. 268 comma 3 c.p.p., che descrive i mezzi con cui possono essere compiute le operazioni di intercettazione; il secondo viene ritenuto connaturale allo stesso significato del verbo *intercettare*<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup>Corte e.d.u., caso Lambert c/Francia, 24 agosto 1998.

<sup>35</sup> ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè editore, 1983.

<sup>36</sup> Così il Vocabolario online Treccani 2014, <<Ricevere, venire in possesso di messaggi, notizie, comunicazioni trasmesse ad altro destinatario sia per iscritto, sia per via telegrafica, telefonica, per via

Però, su tale nozione di intercettazione, dottrina e giurisprudenza concordano solo in parte. Difatti, molti ritengono che la fattispecie intercettiva si configuri anche tutte le volte in cui l'ascolto clandestino avvenga senza l'utilizzo di strumenti meccanici. Ciò in quanto se è vero che l'intercettazione non è utilizzabile quando manca la registrazione della comunicazione<sup>37</sup>, è altrettanto vero che la registrazione non è elemento essenziale dell'intercettazione<sup>38</sup>.

Al riguardo, non è possibile trascurare la fattispecie dell'intercettazione ambientale (art. 266 comma 2 c.p.p.), che ha creato non pochi problemi interpretativi relativi all'art. 268 comma 3 c.p.p.

La prima disposizione, contemplando la suddetta specie di intercettazione, fa apparire meramente eventuale il requisito dell'uso di mezzi meccanici. Ci si è chiesti, allora, se, affinché sia rispettato l'art. 268 comma 3, le intercettazioni ambientali possano essere eseguite anche con mezzi diversi dagli <<impianti installati nella procura della Repubblica>> qualora sussistano le altre prescritte condizioni<sup>39</sup>.

Dottrina e giurisprudenza concordemente hanno risposto in maniera negativa al quesito, ritenendo che il richiamo agli <<impianti di pubblico servizio o in dotazione della polizia giudiziaria>> riguardi soltanto i casi di intercettazione telefonica, e non anche quelli in cui l'operazione avvenga con altri strumenti<sup>40</sup>. Peraltro, non vi sarà neppure intercettazione se l'ascolto non avvenga tramite un dispositivo tecnico predisposto

---

radio o mediante segnali ottici, senza impedirne la prosecuzione ma agendo in modo che né il mittente né il destinatario se ne accorgano>>.

<sup>37</sup> Artt. 268 comma 1 e 271 c.p.p.

<sup>38</sup> Se così fosse, la polizia giudiziaria potrebbe ascoltare una conversazione senza registrarla, evitando l'obbligo di munirsi dell'autorizzazione giudiziale necessaria ai sensi dell'art. 267 c.p.p.

<sup>39</sup> Quando cioè gli impianti installati nella procura della repubblica siano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, Art.268 comma 2 c.p.p.

<sup>40</sup> In tal senso Cass. sez.I 8 gennaio 1998, Fornaro, in Giur. it., 1998.

dall'ascoltatore, al fine di captare la comunicazione nel momento in cui essa si svolge.

Di conseguenza, la condotta di ascolto fisiologico clandestino accompagnato da registrazione, se - a determinate condizioni - può integrare la fattispecie prevista all'art. 615 - *bis* c.p., non ha invece natura intercettiva: l'agente percepisce il colloquio senza l'ausilio dello strumento tecnico; questo, in simile caso, viene utilizzato solo a fini documentativi.

Alla stessa soluzione dovrà giungersi quando il soggetto, così ottenuta la registrazione, la faccia ascoltare in un momento successivo a terzi. Questi ultimi – infatti - non potranno in essere un'attività lesiva dell'art. 15 Cost., poiché l'attività di registrazione del colloquio non sarà riconducibile alla loro volontà. Diverso sarà il caso in cui il soggetto terzo, che abbia ascoltato la registrazione fatta da un ascoltatore fisiologico, sia anche il “mandate” dell'attività di captazione occulta<sup>41</sup>.

### *La registrazione della conversazione per iniziativa di uno degli interlocutori*

Occorre ora considerare il caso in cui il soggetto, manovrando l'apparecchio di registrazione, abbia la facoltà di ascoltare fisiologicamente il colloquio contestualmente registrato

A questo proposito è necessaria una distinzione.

---

<sup>41</sup> Si pensi alla polizia giudiziaria che vi avvale di un collaboratore al fine di captare una conversazione in un determinato ambiente. Dal punto di vista dell'ascoltatore, è impossibile che lo stesso stia commettendo un'attività che integri la fattispecie di intercettazione e nulla vieta che tale soggetto possa essere chiamato a testimoniare relativamente a ciò che lo stesso ha udito. Dal punto di vista della polizia giudiziaria, invece, la prospettiva cambia. Gli inquirenti, vengono a conoscenza del colloquio tramite una registrazione svolta per loro volontà, di conseguenza il collaboratore, potrà essere considerato un'estensione dello strumento meccanico, rendendo la sua percezione diretta del tutto ininfluenza.

Una prima ipotesi è quella di chi abbia illegittimamente ascoltato e registrato un colloquio riservato tra persone presenti; la seconda è quella di chi sia stato legittimamente ammesso all'ascolto della comunicazione (perché destinatario), ma abbia registrato il colloquio senza alcuna autorizzazione del mittente.

In nessuno dei due casi si configura la fattispecie di intercettazione, in quanto il mezzo meccanico vi viene utilizzato con finalità meramente documentativa<sup>42</sup>, e non anche per penetrare in una sfera cognitiva altrimenti inaccessibile.

In realtà la necessità di rendere penalmente sanzionabili tali condotte era accompagnata dalla convinzione che fosse necessario limitare anche l'uso processuale delle registrazioni abusive. Un timido tentativo legislativo in questo senso si ebbe con la proposta di legge 2323/73<sup>43</sup> che mirava a far punire la registrazione fraudolenta di conversazioni o comunicazioni con la reclusione. Anche il testo unificato presentato dalla Commissione Giustizia del Senato, successivo a ben cinque proposte di legge, prevedeva, all'art. 4, che non si potesse tenere conto, in sede processuale, delle registrazioni vietate dalla legge. In sede di approvazione, però, il tenore della disposizione venne modificato ulteriormente, sancendo l'inutilizzabilità processuale delle intercettazioni telefoniche effettuate fuori dai casi consentiti o in difformità delle prescrizioni derivanti dalla legge.

Questa soluzione veniva giustificata attraverso la distinzione tra la condotta illegittima di apprensione della prova e la sorte processuale dei

---

<sup>42</sup> Non tutti concordano con tale distinzione, Ercoli, *Registrazioni di colloqui tra detenuti e uso processuale*, in *Quest. Giustizia*, 1987, dubita che si possa registrare senza intercettare.

<sup>43</sup> Al primo comma era previsto: «< Chiunque con mezzi fraudolenti prende cognizione di una comunicazione telefonica o di conversazioni tra altre persone effettuate non pubblicamente, ovvero le registra senza prenderne conoscenza, è punito..[.] >>».

dati acquisiti. Soltanto l'espesso divieto di un mezzo di prova ne impedisce l'utilizzo; in tutti gli altri casi – per contro - non è obbligatorio estromettere la prova dal procedimento, in quanto la stessa avrebbe potuto (se fossero state rispettate le disposizioni di legge) essere raccolta legittimamente<sup>44</sup>.

Più specificamente, in relazione agli incerti margini e limiti della fattispecie intercettiva, l' art. 4, così formulato, avrebbe dato origine all'art. 266 - *quinquies* (successivamente abrogato), configurando l'unica modalità di controllo di utilizzo delle “intercettazioni” nel processo. In particolare, si sarebbe dovuto interpretare l'art. 266 c.p.p. abr. come una disciplina comprendente tutte le intercettazioni di conversazioni tra presenti, indipendentemente dal luogo di svolgimento del colloquio; e ritenere che l'inciso finale dell'articolo<sup>45</sup> vietasse di usare, a fini probatori, i frutti delle condotte non identificabili come intercettazioni, ma riconducibili alla figura delittuosa prevista dall' art. 615 - *bis* c.p.

In tal modo, cominciava a farsi strada l'idea secondo cui l'intercettazione non sarebbe stata l'unica tipologia di aggressione alla segretezza delle comunicazioni di cui si sarebbe dovuto occupare il legislatore<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Si pensi ad una perquisizione non autorizzata da cui derivi il sequestro del corpo del reato.

<sup>45</sup> <<Divieto di registrazioni non telefoniche>>.

<sup>46</sup> In tal senso CAPRIOLI, *colloqui riservati e prova penale* cit., p.200.



## Capitolo II

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

#### 1. *Il “caso Miano” ...*

Trascorsa invano la stagione delle riforme, la questione della registrazione di una conversazione da parte d'un suo interlocutore ebbe occasione di riproporsi in occasione di un noto caso giudiziario.

Il Miano, boss catanese detenuto presso la Casa circondariale di Torino, prese contatti con i funzionari di polizia - non fu ben chiaro se per propria iniziativa, per sollecitazione dei funzionari o in modo concorde - al fine di ottenere notizie circa alcuni gravi reati, da parte di altri compagni di detenzione già imputati, indiziati o non ancora sospettati degli stessi illeciti. Il detenuto fu munito di un registratore e istruito circa le persone da avvicinare e le domande da porre. Lo stesso, adeguatosi a tali direttive, provvedeva a riconsegnare la bobina al proprio referente, che provvedeva a sostituirla.

La collaborazione di Miano ebbe un effetto stravolgente sull'attività investigativa: i detenuti, così ascoltati, non si limitarono a confessare gravissimi delitti, ma chiamarono in correità complici insospettabili, fornendo descrizioni precise di alcuni fatti criminosi su cui la magistratura torinese indagava da anni.

La prova, costituita dalle registrazioni effettuate dal detenuto, fu oggetto di numerose dispute in tutti i processi in cui venne utilizzata, dando origine a diverse pronunce, di merito e di legittimità<sup>47</sup>.

Le varie Corti hanno considerato, in linea di principio, valide ed utilizzabili le registrazioni formate in maniera clandestina dall'interlocutore; ma, con riferimento al caso di specie, è prevalso l'orientamento che riteneva inutilizzabili i risultati delle operazioni effettuate dal Miano, in quanto lo stesso aveva agito di concerto con la polizia giudiziaria, per di più violando la normativa del l'istituto penitenziario.

Per stabilire l'utilizzabilità delle captazioni clandestine, la Cassazione richiamò il principio di non tassatività dei mezzi di prova; canone che, nel nostro ordinamento, si collega direttamente a quello del libero convincimento del giudice, fissato a proposito della valutazione concernente i risultati istruttori.

All'epoca dei fatti, la norma di riferimento fu l' art. 266 - *quinquies* come inserito nell'allora vigente c.p.p. 1930: tale disposizione sanciva l'inutilizzabilità delle <<*intercettazioni effettuate fuori dai casi consentiti dalla legge o eseguite in difformità delle prescrizioni in essa stabilite*>>, prevedendo la stessa invalidità per <<*le notizie o immagini ottenute neimodi di cui all' art. 615 - bis del codice penale*>>.

Peraltro, la giurisprudenza, con riferimento al caso de quo, riteneva non violata la suddetta norma processuale. In relazione alla prima parte dell'art. 266 - *quinquies*, infatti, l'attività di Francesco Miano non sareb-

---

<sup>47</sup> Corte d' Appello di Torino, sez. I, 15 Maggio 1987 Cianci e altri; Tribunale di Torino, sez. V pen., Calabrò; Corte d'Assise di Torino, sez. III pen., 12 Novembre 1987, Miano; Corte d'Appello di Torino, sez. I pen., 23 Novembre 1987; Tribunale di Torino, sez. I, 11 Aprile 1986, Cianci e altri, tutte pubblicate in *Giur. Cost. 1988, II; p. 219 ss.*

be stata riconducibile alla nozione di intercettazione: tale concetto postula la posizione di estraneità del captante rispetto ai comunicanti<sup>48</sup>.

Preso in considerazione, poi, la seconda parte della disposizione, ci si soffermava sulla fattispecie considerata dalla norma incriminatrice di cui all'art. 615 - *bis* c.p.

Secondo il Tribunale di Torino, non sarebbe stato possibile considerare il centro clinico di un carcere<sup>49</sup> come luogo di privata dimora<sup>50</sup>, essendo tale esclusione sorretta da inoppugnabili considerazioni di indole giuridica: la demanialità del luogo, l'assenza di uno *ius excludendi* in capo al detenuto, la sua soggezione a forme di controllo incompatibili con la *privacy* e la facoltà dell'autorità di assoggettare i colloqui a controlli visivi.

Peraltro, poste tali premesse, sarebbe potuta sorgere questione relativa alla legittimità costituzionale del sistema risultante dal combinato disposto degli artt. 266 - *quinquies* c.p.p., 614 e 615 - *bis* c.p.

Difatti, se si ritenesse che un soggetto non possa introdursi in casa di altri per registrare una conversazione, che si svolge al suo interno, senza l'autorizzazione di colui che ha il diritto di escluderlo dalla privata dimora, allora sarebbe incostituzionale il differente trattamento riservato al detenuto: questi, in carcere, conserva comunque un diritto alla riservatezza non comprimibile fuori dai casi previsti dalla legge.

Se, invece, argomentando diversamente, si interpretasse la norma ritenendo che un soggetto a cui è stata data l'autorizzazione, da colui che ha il diritto di escluderlo, all'accesso al domicilio possa registrare senza ripercussioni, una conversazione tra presenti all'interno dello stesso, la

---

<sup>48</sup>Corte Cassazione, sent. 6 Novembre 1978, Triberti.

<sup>49</sup>Luogo in cui avvenivano gli incontri tra il boss catanese e i compagni di detenzione.

<sup>50</sup>Corte d'Appello di Torino, ordinanza 15 maggio 1987; Cassazione III, 10 Gennaio 1979, Strambelli, in CP 1980, n.306, p. 348.

lettera dell'art. 615 - *bis* c.p. non sarebbe in linea con il dettato costituzionale, per violazione dell'art. 15 Cost. .

Peraltro, tali argomentazioni facevano leva sull'interpretazione di una norma penale incriminatrice; la quale, in quanto tale, non sarebbe stata passibile di letture estensive, a meno di non ampliare l'area di incriminazione definita dal legislatore. Occorreva, quindi, concludere che l'attività di chi registra ciò che è in grado di udire con i propri sensi non ricade nelle condotte previste dalla normativa penale. Difatti, in simile caso, lo strumento tecnico *non è il mezzo* per preoccuparsi una notizia altrimenti non ottenibile, ma solo *lo strumento per documentare* quanto ci si procura lecitamente<sup>51</sup>.

Conseguentemente, ogni distinzione tra registrazione effettuata in carcere e registrazione effettuata in un luogo di privata dimora decade, togliendo fondamento anche alla preindicata censura per disparità di trattamento.

La giurisprudenza fu concorde nel ritenere che l'uso del registratore da parte del collaboratore di giustizia potesse essere censurabile solo dal punto di vista morale: il Miano, con la sua condotta, non aveva violato il disposto dell' art. 615 - *bis* c.p., né quello dell' art. 266 - *quinquies* c.p.p.

Tuttavia, bisogna pur sempre verificare se l'attività sopra descritta incontri o no i limiti posti dall'art. 15 co. 2 Cost.: le esposte conclusioni della giurisprudenza potrebbero risultare compressive d'un diritto fondamentale della persona: quello alla riservatezza.

---

<sup>51</sup> Così Tribunale di Torino, sez. V, 6 Luglio 1987, Calabrò, cit., 238.

Sul punto, va rilevato il contrasto che si ebbe tra il Tribunale e la Corte d'appello di Torino. Infatti, per il primo<sup>52</sup>, il diritto alla riservatezza, anche se non contemplato da una norma specifica, si risolve nella pretesa di non vedere divulgati elementi, fatti o manifestazioni della persona non conoscibili senza violazione del diritto all'intimità; il quale diritto trova ingresso, nel nostro ordinamento, tramite gli artt. 13, 14, 15 Cost., anche in relazione all'art. 8 C.e.d.u. . Peraltro, l'art. 15 della Carta fondamentale non tutela il diritto alla riservatezza in sé e per sé, ma solo un suo aspetto: il diritto alla segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza. La norma costituzionale è finalizzata ad impedire che terzi prendano cognizione delle comunicazioni altrui, proibendo la rispettiva captazione in un momento antecedente rispetto a quello di divulgazione della notizia. Invece, l'aberrante conseguenza di un (eventualmente ritenuto) divieto, fondato sull'art. 15 Cost., d'uso probatorio delle registrazioni realizzate, contestualmente all'ascolto, dal destinatario della conversazione sarebbe quella di far ritenere preclusa, rispetto alla conversazione sentita, non solo la prova documentale, ma anche la testimonianza *de auditu*.

La Cassazione<sup>53</sup>, al contrario, ritenne illegittimo quel mezzo di prova, benché questo non fosse espressamente vietato da alcuna norma di legge ordinaria, per la ritenuta immediata precettività dell' art 15 Cost. .

Questa conclusione, però, non può essere condivisa. Infatti, una volta ammesso il principio di non tassatività dei mezzi di prova<sup>54</sup> e riconosciuto che in materia di prove esistono solo canoni di assunzione (nel senso può essere utilizzato tutto ciò il cui ingresso nel rito non è vietato dalle

---

<sup>52</sup> Sez. V pen, 6 Luglio 1987, Calabrò, cit.

<sup>53</sup> Sez. I pen., 23 Novembre 1987, Belfiore cit.

<sup>54</sup> Cass. 9 Aprile 1975, Tarantino, cit

norme processuali); una volta reputato che la condotta di chi registra un colloquio tra presenti in un luogo non di privata dimora è estranea ai divieti imposti dalla normativa penale, sostanziale e processuale; non sarebbe stato possibile inferire direttamente un divieto di utilizzazione del mezzo probatorio dal precetto costituzionale.

Per giunta, un divieto probatorio si giustificerebbe soltanto quando il diritto costituzionalmente tutelato fosse il diritto alla riservatezza; il quale invece, non forma oggetto di espressa tutela da parte del testo costituzionale.

In conclusione, il mezzo istruttorio *de quo* non è vietato da alcuna disposizione di legge; e l'assenza di un divieto al riguardo si sottrae a qualsiasi censura di costituzionalità.

## 2. ... ed il relativo dibattito

Tuttavia, quanto all'orientamento già allora prevalente (quello cioè di ammettere l'utilizzo della prova formata in maniera abusiva dall'interlocutore), occorre evidenziare le rispettive basi.

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che una prova, qualora sia in genere ammessa dall'ordinamento processuale, non perde validità nel momento in cui si ottiene attraverso un fatto illecito, neppure se questo fatto costituisce reato<sup>55</sup>.

Qualche perplessità potrebbe però sorgere a proposito di quelle situazioni in cui l'illecito si incorpora direttamente nel processo di acquisi-

---

<sup>55</sup> In tal senso gli esempi sono noti: il sequestro del corpo del reato conseguenza di una perquisizione illecita; la testimonianza di un professionista che non abbia esercitato la facoltà di astensione e, abbia quindi violato un obbligo di segretezza penalmente sanzionato e così via.

zione e formazione della prova, diventando così il modo con cui si elude un divieto probatorio o si viola una regola di assunzione. Ovviamente, non si potrà impedire l'ingresso nel processo ad una prova che sia ammessa dall'ordinamento e il cui rituale di assunzione sia stato osservato, solo perché essa sia collegata ad un fatto antigiuridico collocato fuori dalla sfera processuale<sup>56</sup>.

Ciò posto, se nemmeno l'esistenza di un illecito penale rende inutilizzabile la prova ottenuta nel rispetto delle regole processuali, sarà obbligatorio concludere, rispetto al caso *de quo*, che non sarebbe stato possibile negare la ricevibilità della prova per il solo fatto che la stessa era stata procurata con violazione di una norma del regolamento carcerario di una certa casa circondariale.

Al riguardo, infatti, il pubblico ministero, proprio riferendosi all' art. 18 ord. penit., aveva sollevato la questione di inammissibilità del documento ottenuto<sup>57</sup>. In particolare, poiché nessuna norma autorizza l'uso, in ambito penitenziario, di strumenti di comunicazione quali macchine fotografiche o registratori fonici, se ne deduceva che, come il detenuto non poteva utilizzare a suo favore tali mezzi, così questi non si sarebbero potuti usare contro di lui. Difatti, l'intromissione di qualsiasi strumento di captazione nell'ambiente carcerario sarebbe stata illecita, in quanto

---

<sup>56</sup> A questa stregua si negherebbe l'ammissibilità della registrazione magnetofonica svolta tramite uno strumento meccanico che fu ricettato o rubato, ovvero ancora di un esperimento nella cui effettuazione furono violate le norme antinfortunistiche.

<sup>57</sup> In particolare art. 18 L. 26 Luglio 1975 n.354; "Detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone, nonché con il garante dei diritti dei detenuti, anche al fine di compiere atti giuridici.

I colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia. [...]

Può essere autorizzata nei rapporti con i familiari e, in casi particolari, con terzi, corrispondenza telefonica con le modalità e le cautele previste dal regolamento.

I detenuti e gli internati sono autorizzati a tenere presso di sé i quotidiani, i periodici e i libri in libera vendita all'esterno e ad avvalersi di altri mezzi di informazione".

avrebbe violato quella sfera di riservatezza che, compatibilmente con lo status di detenuto, l'ordinamento ha ritenuto di salvaguardare.

Nel caso di specie, allora, la registrazione di conversazioni con altri detenuti, effettuata da un detenuto, risultava illegittima; non tanto per il fatto che il registrante possedeva ed utilizzava un registratore violando le norme sull'ordinamento penitenziario; quanto perché il Miano aveva usato l'apparecchio come mezzo suggerito e fornito dalla polizia giudiziaria, per ricavare informazioni che non avrebbe mai ottenuto in alcun modo lecito.

Relativamente alla questione di nullità delle registrazioni, sollevata adducendo che l'attività di Miano si sarebbe risolta in una forma vietata di interrogatorio di polizia giudiziaria, la Corte richiamava la lettera dell'(allora vigente) art. 223 c.p.p. del 1930. Per questa norma, infatti, la polizia giudiziaria poteva ricorrere all'ausilio di privati cittadini solo per compiere atti di natura puramente tecnica; ma non si prevedeva alcuna possibilità di simile ricorso per acquisire prove di natura orale, per es., attraverso interrogatori o sommarie informazioni. L'attività del collaboratore, nella fattispecie allora in oggetto, sarebbe stata più simile a quella del *confidente* di polizia, collaborante per fare acquisire notizie rilevanti ai fini di giustizia, figura riconducibile allo schema di cui all'ultimo comma dell' abrogato art. 349 c.p.p. 1930. Per contro, il detenuto non avrebbe mai potuto svolgere un interrogatorio, essendo quest'ultimo atto tipico, caratterizzato da determinate garanzie e cautele. Quindi, anche se, per assurdo, nella fattispecie vi fosse stata una delega da parte della polizia giudiziaria, oppure il privato si fosse comportato come poliziotto di fatto, l'atto sarebbe rimasto comunque senza validità.

In conclusione, nella fattispecie l'atto, inesistente giuridicamente come interrogatorio, sarebbe risultato essere un fatto storicamente verifi-



cabile tramite deposizione testimoniale od interrogatorio sui contenuti delle conversazioni<sup>58</sup>.

Altrettanto erroneo sarebbe stato qualificare le risposte date al detenuto, nella sua peculiare attività investigativa, come “dichiarazioni spontanee”, effettuate da parte degli interlocutori imputati. Tali dichiarazioni<sup>59</sup> - si osservava - hanno caratteristiche ben definibili e una disciplina precisa: sono rese ad un organo di polizia e mai a privati, i quali non hanno veste giuridica per esserne destinatari. In situazioni in cui un indiziato o un indagato avesse effettuato dichiarazioni spontanee ad un privato o - come nel caso di specie - ad un confidente di polizia, tali dichiarazioni avrebbero potuto, al massimo, essere oggetto di deposizione testimoniale *de relato*, qualora il loro ricevente avesse deciso di assumere tale veste.

Peraltro, nel caso *de quo*, accertato che il Miano era stato una pedina nelle mani della polizia giudiziaria e che la prova attraverso di lui acquisita risultava illegittima, restava da verificare se tale prova potesse essere comunque utilizzata processualmente.

Sul punto, la Corte costituzionale<sup>60</sup> ribadiva il principio secondo cui <<*attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e a fondamento di atti processuali a carico di chi, quelle attività costituzionalmente illegittime, abbia subito*>>. In particolare, il diritto alla riservatezza rientra tra questi diritti fondamentali e la sua violazione si palesa macroscopica tutte le volte in cui un detenuto si serve di uno strumento non solo vietatogli, ma di cui i suoi interlocutori sono condotti ad escludere il possesso,

---

<sup>58</sup> Corte d'Appello di Torino, sez. I, 15 Maggio 1987, Cianci e altri cit.

<sup>59</sup> Definite dall'art. 225*bis* <<sommario informazioni all' indiziato>>.

<sup>60</sup> Sent. 6 Aprile 1973 n.34

con conseguente loro maggiore disponibilità alla confidenza e alla rivelazione.

E' doveroso aggiungere una ulteriore considerazione. La custodia cautelare in carcere ha una funzione di isolamento dell'imputato, essendo destinata anche a tutelare la genuinità della prova; la società crea una barriera per evitare che la persona, nei confronti della quale siano stati raccolti gravi indizi di colpevolezza, possa esercitare pressioni su eventuali testimoni. Ed allora, tale regola, se vale a carico di chi è imputato, deve valere anche in suo favore. Pertanto, la Corte di secondo grado<sup>61</sup> affermava: << *il carcere non può diventare condizione in cui surrettiziamente, al di là delle norme fissate a garanzia della difesa, avvengono intromissioni nella sfera privata destinate a fornire prove non accoglibili nella legalità*>>.

La soluzione si fa tuttora apprezzare per il garantismo che la ispira, e dovrebbe condurre a proscrivere - almeno nell' ambiente carcerario - l'impiego dell'agente segreto come mezzo per ottenere confessioni dai detenuti; e far escludere altresì che l'agente segreto possa riferire il contenuto delle medesime confessioni del processo<sup>62</sup>.

### 3. *Il passaggio dal "codice Rocco" al nuovo ordinamento processuale*

Il c.p.p. 1930, nel Libro II, recava una serie di articoli<sup>63</sup> che legittimavano la polizia giudiziaria, previa autorizzazione del magistrato, a compiere intercettazioni di comunicazioni telefoniche, telegrafiche o ef-

---

<sup>61</sup> Corte D'appello di Torino, Cianci e altri cit.

<sup>62</sup> METELLO SCAPARONE, *In tema di indagini di polizia giudiziaria condotte per mezzo di un agente segreto <<attrezzato per il suono>>* in *Giurisprudenza Costituzionale*, parte II, 1998, p.247.

<sup>63</sup>Vedi. artt. 226-bis e sgg. c.p.p. abrogato.

fettuate con collegamento su filo o a onde guidate. Nessuna specifica menzione, invece, in merito alla possibilità o non di effettuare intercettazioni di conversazioni tra persone presenti. Un silenzio normativo, questo, dal preciso significato sistematico; però, in una materia tanto delicata, come quella relativa alla segretezza delle comunicazioni, questa situazione non poteva che generare estrema incertezza.

Già il codice di procedura penale del 1913 attribuiva alla polizia giudiziaria, al giudice istruttore e al procuratore del re la potestà di effettuare o far compiere intercettazioni di comunicazioni, limitatamente a quelle telefoniche.

Il codice Rocco, poi, nella sua primigenia versione, riproponeva in maniera praticamente integrale la disciplina precedente: legittimati a disporre le intercettazioni, nelle rispettive fasi di investigazione e di istruttoria, erano gli ufficiali di polizia giudiziaria e il magistrato; il quale, anche nei casi di sua esclusiva competenza, poteva sempre delegare agli stessi ufficiali il compimento delle operazioni, senza dovere formulare una specifica motivazione.

L'entrata in vigore della Costituzione (1948) rese necessaria una prima riforma. Con la l. 18 giugno 1955, n. 517, si provvedeva ad uniformare la materia al dettato dell'art. 15 Cost., subordinando lo svolgimento delle operazioni di intercettazione, da parte della polizia giudiziaria, ad un preventivo decreto motivato di autorizzazione o delega<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup>Per alcune considerazioni sulla riforma introdotta dalla legge n. 517 del 1955 v. G. SABATINI, Illegittimità costituzionale degli articoli 226 e 309 del codice di procedura penale, in Giust. pen., 1973, I, p. 1 ss.; V. GREVI, Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1967, p. 726 ss.

Nel 1974 intervenne un'altra novella: la L.8 aprile n. 98<sup>65</sup> nella scia della sopracitata sentenza costituzionale n. 34 del 1973, dettava una nuova disciplina, completa e specifica, delle intercettazioni come strumento di indagine; sempre però omettendo ogni riferimento a quelle effettuate *inter praesentes*.

Quest'ultime vennero ignorate anche dal d. l. 21 marzo 1978, n. 59, convertito in legge con il decreto 18 maggio 1978, n. 191. Con questo provvedimento, infatti, il legislatore si limitava a modificare, in modo decisamente involutivo in tema di garanzie individuali, la normativa introdotta nel 1974.

Tale medesimo decreto, infatti, era frutto della ritenuta esigenza di rispondere all'emergenza dell'antiterrorismo: solo così possono oggi spiegarsi alcune scelte assolutamente discutibili e fortemente sospette di illegittimità costituzionale: quella, ad esempio, di consentire al magistrato in prima battuta di autorizzare "oralmente" la polizia giudiziaria al compimento delle operazioni.

Del resto, nel nostro Paese, la disciplina procedimentale di mezzi di ricerca della prova tanto importanti, come quelli inerenti alla segretezza delle comunicazioni, presenta un singolare connotato: tale regolamentazione si uniforma ai principi costituzionali, nei momenti di "serenità"; invece, nei momenti di "affanno" nella lotta contro la criminalità organizzata, i principi suddetti spesso non trovano riscontro in questa disciplina. Il risultato del decreto legge citato è stato proprio quello di introdurre una normativa troppo sbilanciata a favore della repressione di reati e poco sensibile, quindi, ai limiti imposti dalla Costituzione.

---

<sup>65</sup>Per un commento alla legge n. 98/1974 v. DI CIOLO - DI MUCCIO, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1974.

4. *In particolare, la disciplina delle intercettazioni immediatamente precedente al “codice Vassalli”*

La regolamentazione così innovata <sup>66</sup> - rimasta in vigore, senza ulteriori modifiche, sino al 23 ottobre 1989 – finiva per consentire alla polizia giudiziaria di intercettare comunicazioni o conversazioni telefoniche o telegrafiche, od anche quelle indicate dall'art. 623-*bis* c.p. (cioè, effettuate con collegamento su filo o a onde guidate).

Lo svolgimento delle operazioni suddette - possibile solo nei casi e nei modi specificamente indicati dagli artt. 226-*bis* e segg., inseriti nel c.p.p. 1930 dalla citata l. del 1974 - era subordinato all'autorizzazione, disposta con decreto motivato, del procuratore della Repubblica o del giudice istruttore. Anche quest'ultimo, a sua volta, nei medesimi casi e con le stesse modalità, poteva, durante la fase istruttoria, disporre le intercettazioni, procedendo personalmente alle operazioni o delegandovi un ufficiale di polizia giudiziaria <sup>67</sup>.

Il silenzio più assoluto era mantenuto, invece, circa la possibilità di ricerca della prova mediante intercettazioni di tipo ambientale.

Solo l'art. 226 - *quinqüies*, dopo aver previsto, nella sua prima parte, l'inefficacia processuale delle intercettazioni effettuate fuori dei casi consentiti dalla legge o in difformità delle prescrizioni da questa stabilite, nella seconda parte estendeva questa invalidità anche alle notizie ottenute in violazione dell'art. 615-*bis* c.p. . Simile illecito - come già si è avuto modo di sottolineare - si realizza qualora siano captate comunica-

---

<sup>66</sup>Per un'analisi della normativa così come modificata dalla legge n. 191 del 1978 v.. ILLUMINATI, *La disciplina*, cit.; GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 1982.

<sup>67</sup>V. art. 339 c.p.p. 1930.

zioni riservate; in particolare, quindi, anche le conversazioni tra presenti, mediante un'indebita intrusione nel domicilio altrui.

A parte questo marginale richiamo, nessun'altra disposizione del codice di procedura penale abrogato sembrava riferibile alle captazioni di conversazioni *inter praesentes*.

##### 5. *Una situazione di incertezza*

La mancanza di una specifica disciplina in ordine alle intercettazioni ambientali aveva un suo preciso significato: quello di negare <<[...] all'autorità giudiziaria la possibilità di disporre ascolti o registrazioni di colloqui fra persone presenti>><sup>68</sup>.

Molto chiaro in proposito, l'articolo 15 Cost.: ogni violazione della segretezza delle comunicazioni può essere legittimata solo da un'apposita disposizione legislativa; del resto, era ancor più esplicito, nel ribadire questo principio, l'art. 226 – *quinquies*, inserito nel c.p.p. 1930: esso vietava, pena l' inutilizzabilità processuale dei risultati ottenuti, ogni intercettazione di comunicazioni non specificamente consentita dalla legge, nonché l'uso delle informazioni ottenute in violazione dell'art. 615 - *bis* c.p.; cioè anche quelle la cui presa di conoscenza non avesse concretato la fattispecie dell'intercettazione.

Il quadro sistematico, in ordine alle intercettazioni ambientali, risultava, quindi, sufficientemente chiaro.

---

<sup>68</sup>Così V. GREVI, Un caso di registrazione di colloqui fra persone presenti, in *Ind. pen.*, 1976, p. 495; cfr. anche F. CAPRIOLI, Intercettazione, cit., p. 164 ss.; M. SCAPARONE, Intercettazione, cit., p. 802 ss.; G. ILLUMINATI, La disciplina, cit., p. 48, cit., p. 1830; G. DEAN, In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute: dall'art. 225 "quinquies" c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 9.

Nondimeno, il fatto che nessuna disposizione di legge vi facesse riferimento in modo diretto, e soprattutto la circostanza che non fossero espressamente proibite, determinarono una situazione di estrema incertezza tra gli operatori del diritto.

Emblematica di questo stato di cose fu la vicenda legata ai nastri registrati di un noto processo (il c.d. “processo Lavorini”), celebrato alla metà degli anni settanta. Detti nastri recavano la registrazione, effettuata in modo occulto, dei colloqui svoltisi all'interno di un furgone cellulare della polizia, dove i principali imputati al processo erano stati lasciati appositamente soli, al fine di carpirne le eventuali confidenze.

In primo grado, la Corte d'assise di Pisa <sup>69</sup> decise - correttamente - per l' inutilizzabilità probatoria di tali nastri, adducendo: <<[...] *le uniche forme di limitazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni erano e sono previste dalla legge per le sole comunicazioni a distanza*>>.Di conseguenza, non si riteneva sufficiente un provvedimento del magistrato per legittimare qualsiasi interferenza nell'altrui comunicazione, esigendosi anche un'espressa previsione legislativa della relativa potestà, con la previsione al riguardo di precise garanzie. Si considerò quindi vietato, per il disposto dell'art. 15 Cost., ogni tipo di intercettazione di tali conversazioni da parte di terzi, sia sotto forma di ascolto clandestino, sia sotto forma di registrazione clandestina a prescindere dallo stato di detenzione o libertà degli interlocutori. Donde la dichiarazione di inutilizzabilità, in quel processo, delle registrazioni che costituivano il frutto di un' attività non consentita dalla legge in un settore protetto da una riserva di legge costituzionale<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup>V. Ass. Pisa, ord. 9 gennaio 1975, Baldisserrì e altri, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1976, p. 1102 ss.

<sup>70</sup> GREVI, *Un caso di registrazione di colloqui fra persone presenti* in Ind. pen. 1976, p.496.

Peraltro, la Corte d'assise d'appello di Firenze, chiamata a giudicare in seconda istanza<sup>71</sup>, capovolse la decisione dei giudici pisani, applicando in via analogica le norme che consentivano l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche. La Corte addusse in questo senso: <<*il caso della registrazione clandestina di un colloquio tra imputati non è dissimile da quello della registrazione di una conversazione telefonica tra gli stessi: ciò perché l'art. 623-bis c.p. interpreta autenticamente il concetto di <<comunicazioni e conversazioni non telegrafiche o telefoniche>>comprendendovi <<qualunque altra trasmissione di suoni effettuata con collegamento su filo o a onde guidate>>>><sup>72</sup>. Tale ultima espressione - chiariva la Corte - non si riferisce <<*soltanto al fenomeno delle onde elettromagnetiche ma anche a quello delle onde acustiche o sonore che, uscite dalla bocca di un interlocutore, raggiungano l'orecchio dell'altro. Non è dunque esatto che non siano previste limitazioni legislative per le conversazioni tra persone presenti*>>.*

Così interpretato il combinato disposto dei citati artt. 266 - *quinquies* e 615- *bis*, le regole in materia di uso processuale concernente le comunicazioni orali tra presenti, percepite violandone la segretezza, risultavano le seguenti: erano vietate tutte le attività di presa di conoscenza relative a comunicazioni riservate tra presenti che potessero essere ricondotte al concetto di intercettazione; nonché molte attività di presa di conoscenza non definibili quali intercettazioni, ma, ugualmente, lesive del diritto alla

---

<sup>71</sup>V. Ass. App. Firenze, ord. 3 maggio 1976, Baldisserri e altri, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1977, p.801 ss.

<sup>72</sup>V. Ass. App. Firenze, ord. 3 maggio 1976, Baldisserri e altri, cit, p. 802 s., da cui è tratta anche la citazione che segue.

Nel senso di ritenere applicabile, in via analogica, le disposizioni relative alle comunicazioni telefoniche anche a quelle che si realizzano mediante conversazione tra persone presenti v. Cass. 28 gennaio 1981, Tramonte, in Cass. pen. Mass. ann., 1982, p. 580, m. 520; in dottrina, F. CERVETTI, *Captazione indebita di dialoghi tra imputati detenuti*, in Riv. it. dir. e proc. pen., p. 1107 ss.



segretezza<sup>73</sup>. Tuttavia, tale proibizione dipendeva da due condizioni: che la captazione o la registrazione fossero indebite; e che la notizia, indebitamente captata, fosse attinente alla vita privata e svolta nei luoghi di cui all' art. 614 c.p. .

## 6. *La disciplina del “codice Vassalli”*

Con la riforma della procedura penale intervenuta nel 1988, gli strumenti compressivi riguardanti la segretezza delle comunicazioni orali tra presenti, suscettibili di costituire un valido mezzo per la ricerca della prova, sono notevolmente aumentati.

Oggi, l'art. 266 comma 2 c.p.p. ammette le intercettazioni ambientali alle medesime condizioni che sono stabilite per le intercettazioni di telecomunicazioni; con il solo ulteriore limite – fissato però solo in ordine al caso nel quale l'intercettazione debba svolgersi in uno dei luoghi previsti dall'art. 614 c.p. - costituito dalla necessità che, all'interno del luogo medesimo, vi sia fondato motivo di ritenere che si stia svolgendo l'attività criminosa.

Abrogato l'art. 266 - *quinquies*, i casi d' inutilizzabilità sono ora previsti dall'art. 271 c.p.p. . Quest'ultimo non solo delimita con chiarezza i rispettivi ambiti in cui pubblico ministero e polizia giudiziaria possono legittimamente operare; ma precisa anche che polizia giudiziaria e pub-

---

<sup>73</sup> Tra queste, la captazione di notizie realizzata con strumenti di ripresa sonora all'insaputa del solo mittente, nonché le registrazioni effettuate da persona in grado di ascoltare con i propri sensi, nonché dallo stesso destinatario della comunicazione.

Soluzione analoga sembrava ravvisabile in: ILLUMINATI, *La disciplina, cit.*, p.35 nota 16, là dove l'autore sostiene che, in base al combinato disposto degli artt 266 - *quinquies* c.p.p. e 615 - bis c.p. << si tratti o meno di intercettazione, [...] la registrazione *indebitamente* effettuata nel domicilio, è sempre illecita, e le notizie così raccolte non possono essere utilizzate come prove>>; nello stesso senso SCAPARONE, *In tema di indagini di polizia giudiziaria, Giur. Cost. 1988, II, p. 249.*

blico ministero sono gli unici soggetti che – su autorizzazione o salva convalida da parte del giudice per le indagini preliminari - possono validamente effettuare intercettazioni telefoniche.

Più complesso è il discorso relativo alle operazioni che, pur non essendo intercettazioni, tuttavia comprimono la riservatezza delle comunicazioni orali tra presenti.

In tali casi, simile restrizione non trova limiti specifici, non essendo possibile concludere per un' inutilizzabilità generale sulla base dell'art. 15 Cost. . Difatti, una disciplina del genere dovrebbe considerarsi palesemente incongrua: sarebbero consentite le violazioni più gravi e sarebbero, invece sempre vietate quelle meno gravi<sup>74</sup>.

Neppure si potrebbe sostenere che le forme di violazione della riservatezza, non costituenti intercettazioni, s'imbattano in un divieto probatorio ogni qual volta la loro realizzazione integri il reato di *interferenze illecite nella vita privata*. Infatti, dall'art. 271 c.p.p. manca un riferimento analogo a quello previsto nella seconda parte dell'art. 266 - *quinquies* c.p.p. abrogato, che consentiva di estendere la tutela processuale della segretezza oltre il limite posto dalla nozione di intercettazione in senso stretto; né, in mancanza di una clausola simile, il carattere illecito delle attività che rientrano nella fattispecie dell'art. 615 - *bis* c.p. rende, di per sé, inutilizzabili le informazioni ottenute violando tale disposizione incriminatrice.

Dunque, in sintesi. L'interferenza nella vita privata, se configura un'intercettazione, è legittima e con esiti validi sul piano probatorio solo

---

<sup>74</sup> Si potrebbe, ricorrendone i presupposti, infatti, intercettare una comunicazione all'insaputa di entrambi i dialoganti, e sarebbe invece vietato farlo di nascosto dal solo mittente; sarebbe possibile intercettare valendosi di strumenti meccanici e non ascoltare direttamente con le proprie orecchie. In tal senso, CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen. 1991, p.184.

se compiuta nel rispetto delle norme processuali; è invece illecita e dai risultati inutilizzabili in tutti gli altri casi. Se, invece, l'interferenza comprime la riservatezza, senza essere un'intercettazione, la condotta dell'agente è sempre punibile ai sensi del codice penale; ma il risultato di tale condotta, in assenza di divieti processuali, è utilizzabile come prova.

E' qui evidente un' incongruenza dal punto di vista del trattamento di diritto penale sostanziale: lecite le intromissioni più gravi nella sfera della segretezza, che si concretizzano in vera e propria attività di intercettazione, risultano sempre illecite le condotte meno gravi. Se si dovesse poi ulteriormente ritenere che illecito significhi anche *processualmente irrilevante*, l'incongruenza si paleserebbe anche dal punto di vista processuale - probatorio, con conseguenze analoghe a quelle sopracitate, cui conduceva la tesi di chi individuava direttamente nell'art. 15 Cost. la fonte dei divieti probatori nella materia *de qua*.

Occorre quindi osservare come la vigente normativa, abbia finito per offrire una risposta parziale e disorganica al problema dell'utilizzabilità probatoria di comunicazioni orali captate violandone la riservatezza.

#### 7. *L'uso come documento della prova formata dall'interlocutore*

Dopo l'entrata in vigore del codice 1988, la situazione relativa all'ammissione della prova formata da un soggetto che, all'insaputa dell'emittente oralmente la frase, registri la conversazione a lui destinata, può essere così riassunta:

- la prova fonografica, ai sensi dell'art. 234 c.p.p., è una prova tipica documentale, vietata solo se formata con modalità dichiarate illegittime dal legislatore;
- la registrazione clandestina da parte dell'interlocutore non può essere fatta rientrare nel *genus* delle intercettazioni vere e proprie, onde non soggiace al dettato dell'art 271 c.p.p.;
- la condotta dell' interlocutore non integra una "interferenza illecita nella vita privata", *ex art. 615 – bis*, onde non risulta inutilizzabile;
- la fissazione su nastro magnetico, di quanto appreso in prima persona, rappresenta un caso di documentazione relativo a ciò che è stato lecitamente percepito, onde costituisce una condotta legittima.

Nondimeno, parte della dottrina<sup>75</sup> riteneva inammissibile nel processo, come prova documentale, il nastro registrato da uno dei conversanti. In questo senso, si adduceva che l'art. 234 consente l'acquisizione di <<scritti e altri documenti che rappresentano fatti, persone o cose mediante la fotografia, le cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo>>; e che, mentre indubbiamente il nastro registrato dall'interlocutore rientra nella classe della fonografia, la norma suddet-

---

<sup>75</sup>DINACCI, *Irrelevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in Giur. It. II 68, 1994.

ta,escludendo i documenti rappresentanti dichiarazioni, delinea evidentemente un preciso limite al possibile oggetto della prova documentale<sup>76</sup>.

Pertanto, il documento attestante una dichiarazione di scienza potrebbe essere utilizzato non già per ciò che concerne il suo contenuto, bensì solo relativamente al fatto storico dell'avvenuta dichiarazione. Difatti, una volta ritenuto che l'art. 234, nel correlare l'oggetto della prova a cose, persone o fatti, abbia definito le ipotesi di ammissibilità della prova documentale, l'utilizzazione di questa fuori da tali casi equivarrà ad un'acquisizione in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. Del resto, questa conclusione è parsa coerente anche con le formule degli artt. 235 e 237 c.p.p., che disciplinano due forme speciali di acquisizione della prova documentale.

In argomento, fondamentale appare l'orientamento della giurisprudenza<sup>77</sup>.

Difatti, la Suprema Corte, a sua volta, ha ritenuto pienamente utilizzabili, nel giudizio, le registrazioni effettuate dall'interlocutore, sulla base di alcune premesse.

In primo luogo, i giudici di legittimità escludono che l'attività dell'interlocutore il quale registra una conversazione a lui destinata possa farsi rientrare nella fattispecie di intercettazione quest'ultima consiste nell'intromissione, da parte di terzi, in una conversazione in cui entrambi gli interlocutori sono all'oscuro dell'intromissione. Nel caso di specie, per contro, l'interlocutore svolge - come avente pieno diritto a ciò - un'

---

<sup>76</sup>La rappresentazione di fatti, persone o cose.

<sup>77</sup> Corte Cassazione, sez. II, 8 Aprile 1994, Giannola; con nota di MURONE, *In tema di utilizzabilità delle registrazioni private di conversazioni tra presenti*, in Giust. Pen. III, 67, 1995.

attività di memorizzazione della comunicazione, senza commettere alcuna violazione del diritto alla riservatezza<sup>78</sup>.

In secondo luogo, la prova, così formata, potrà essere fatta rientrare nelle prove tipiche previste dall' art. 234, dovendo soltanto essere verificata la modalità di formazione del documento. Nel caso di specie, nell' assenza di qualsivoglia specifica <<controindicazione>> alla formazione della peculiare prova documentale, interessa la sola condizione che gli elementi in questione non siano stati acquisiti <<con metodi e tecniche idonei ad influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti>>, vietati dall' art. 188 c.p.p.<sup>79</sup>.

Ma un' inutilizzabilità ai sensi di questa disposizione, nel caso *de quo*, non si verifica, in quanto la formazione del documento avviene senza violazione di alcuno specifico divieto. Di conseguenza, si esclude che la operazione possa essere ricondotta al novero delle prove illegittime perché compressiva alla libertà morale<sup>80</sup>. Dunque, la Cassazione conclude per l'utilizzabilità della prova, considerando l'uso della registrazione, effettuata dal ricevente la comunicazione, come un *posterius* rispetto all'autodeterminazione di comunicare; e pertanto ritenendo la do-

---

<sup>78</sup> Già in precedenza la corte aveva chiarito che la documentazione e il successivo utilizzo, della conversazione telefonica da parte dell'interlocutore, non attengono più alla sfera dei diritti del <<mittente>> ma del <<destinatario>> e, quindi, questo può ben disporre; Cass. 31 Marzo 1993, Irreca.

<sup>79</sup> Nel caso di specie, infatti, erano state acquisite nel processo le registrazioni di una telefonata in cui un soggetto, fingendo di essere a conoscenza di alcune informazioni, aveva portato il suo interlocutore a fare delle dichiarazioni favorevoli alla tesi sostenuta in giudizio.

<sup>80</sup> La libertà morale e la possibilità di autodeterminarsi spontaneamente, costituiscono oggetto di una tutela specifica nel libro secondo del codice penale nella fattispecie di violenza privata ex art. 610 c.p. Posto che il soggetto che ha registrato la conversazione, non ha fatto ricorso agli strumenti della violenza o della minaccia, deve escludersi che la sua condotta sia stata realizzata secondo una direttiva di coercizione, da ciò si desume l'inesistenza di ogni riferimento alla pretesa violazione della libertà morale.

cumentazione ottenuta prova idonea a documentare la conversazione in giudizio.

## Capitolo III

### IL CONCETTO D'INTERCETTAZIONE

1. *La registrazione della conversazione da parte di uno degli interlocutori.*

La nozione d'intercettazione implicata dagli artt. 266 e segg. c.p.p. coincide con quella di una captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione che si svolge tra due o più soggetti i quali agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo. Ulteriore connotato dell'operazione è che sia attuata da soggetto ad essa estraneo, mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato.

Da simile definizione le Sezioni Unite<sup>81</sup> hanno fatto discendere che la registrazione fonografica di un colloquio, svoltosi tra presenti o mediante strumenti di trasmissione, ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, o comunque sia ammesso ad assistervi, quantunque eseguita clandestinamente, non e' riconducibile alla nozione di intercettazione, ma costituisce una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico; della quale l'autore puo' disporre legittimamente nel processo, anche a fini di prova, secondo la disposizione dell'art. 234 c. p.p. . Restano salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comuni-

---

<sup>81</sup>Sent. 28 maggio 2003, n. 6747, Torcasio.



cazione che si fondono sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa<sup>82</sup>.

Tali massime, già invalse nella giurisprudenza<sup>83</sup>, portavano a concludere che la registrazione e l'utilizzazione delle dichiarazioni rese a terzo da persona successivamente imputata sono legittime, in quanto non possono essere ricondotte nell'ambito delle intercettazioni irrituali, né in quello delle dichiarazioni autoindizianti resa da persona non imputata né indagata; le quali ultime sono invece inutilizzabili, ai sensi, rispettivamente, dell' artt. 271 e dell'art. 63 c.p.p. .

Difatti, nel caso delle prime, non si tratta d'intercettazioni (non avendosi occulta presa di conoscenza, da parte di terzi e mediante congegni particolari, di comunicazioni riservate), bensì della registrazione di un colloquio ad opera di uno degli interlocutori; cioè, di un' attività riconducibile alla memorizzazione di notizie che uno degli interlocutori si è procurato lecitamente dall'altro; riguardo alla quale operazione, il diritto alla riservatezza (il solo astrattamente opponibile) può estrinsecarsi unicamente nella pretesa che la notizia, liberamente affidata a colui che ascolta, non sia da questi provalata senza il consenso dell'affidante. Ma simile prerogativa non costituisce un valore garantito nel processo, poiché certamente cede rispetto all'esigenza di formazione della prova.

Quanto alle seconde, l' inutilizzabilità opera con riferimento alle dichiarazioni rese all'autorità giudiziaria od alla polizia giudiziaria; e non è assolutamente ipotizzabile né che un privato possa trovarsi investito delle funzioni proprie della polizia giudiziaria (salvo che

---

<sup>82</sup> Al riguardo, Sez. II, 25 settembre 2003, n. 45622, Versaci, ha riconosciuto la ammissibilità della deposizione testimoniale dell'interlocutore di una conversazione sul contenuto della medesima.

<sup>83</sup> Sez. I, 22 aprile 1992, n. 5467, Artuso.

nei casi di flagranza del reato, ex art. 383 c.p.p.; nei quali, peraltro, può esimersi dalle stesse), né che, nell'eventualità di colloquio con persona che gli confidi fatti per lei compromettenti sotto il profilo giuridico - penale, sia tenuto ad ascoltare quest'ultima dopo averle assicurato le garanzie previste per l'imputato.

La Suprema Corte ha poi ritenuto anche manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale concernente numerose norme del codice di procedura penale, prospettata in riferimento, tra gli altri, agli artt. 15 e 24 Cost.; in tal senso, essa ha addotto che la divulgazione del contenuto della registrazione non incide né sulla libertà né sulla segretezza delle comunicazioni, non costituendo un'intromissione dall'esterno in ambiti privati inviolabili, ma riguarda solo l'interesse alla riservatezza, non tutelato costituzionalmente e, in ogni caso, soccombente rispetto all'interesse pubblico all'accertamento della verità.

Successivamente, le Sezioni unite, nella citata "sentenza Torcasio", hanno ribadito il medesimo principio anche riguardo alle registrazioni effettuate da soggetto "autorizzato ad assistere" alle comunicazioni medesime; ma, a questo proposito, hanno anche stabilito una importante serie di limitazioni.

Non é infatti acquisibile al processo né, ove acquisita, è utilizzabile come prova la registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla polizia giudiziaria<sup>84</sup>, nel corso di operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti, quando si tratti, rispettivamente, di:

---

<sup>84</sup> In passato, in senso contrario, Sez. VI, 3 dicembre 1999, Vazzana, in *Guida al diritto*, 2000, dossier mensile n. 2, 114; Sez. VI, 20 novembre 2000, n. 3846, Finini; Sez. I, 13 gennaio 1999, n. 3458, Di Cuonzo.

- a) dichiarazioni indizianti raccolte senza le garanzie indicate all'art. 63 c.p.p.;
- b) informazioni confidenziali inutilizzabili per il disposto dell'art. 203 c.p.p.;
- c) dichiarazioni sulle quali sia preclusa la testimonianza in applicazione degli art. 62 e 195 comma 4 stesso codice.

A sostegno di tale esclusione, la Corte ha osservato che la registrazione di una comunicazione da parte di soggetto che ne sia stato partecipe, per quanto astrattamente suscettibile di produzione come documento, non può sostituirsi, in violazione dell'art. 191 c. p.p., a fonti di prova delle quali la legge vieta l'acquisizione. Infatti, il divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria, che l'art. 195 comma 4 del c.p.p. stabilisce con riguardo al contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. *a)* e *b)*, stesso codice, si riferisce tanto alle dichiarazioni che siano state ritualmente assunte e documentate in applicazione di dette norme, quanto ai casi nei quali la polizia giudiziaria non abbia provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime<sup>85</sup>.

Al riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, sin da un decennio prima, aveva affermato che la registrazione di un dialogo da parte

---

<sup>85</sup> Per una visione critica di tale impostazione, PRIMICERIO, *Il regime delle intercettazioni effettuate dal privato mediante strumenti forniti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.* 2004, p. 555.

dell'interlocutore su incarico della polizia giudiziaria e all'insaputa dell'altro viola il diritto alla riservatezza tutelato dall'art. 8 C.e.d.u.<sup>86</sup> .

In applicazione di questa massima, il G.i.p. Trib. Roma<sup>87</sup> aveva poi affermato che una conversazione telefonica registrata da uno degli interlocutori è inutilizzabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p., in quanto acquisita in violazione del divieto di ingerenza nelle comunicazioni, previsto e regolato dall'art. 8 cit. .

In dottrina, quest'ultima decisione era stata accolta problematicamente, considerata la presenza, nel codice di rito penale, di una norma come quella dell'art. 234, che fa apparire rispettosa del principio di legalità la registrazione di una conversazione privata ad opera di uno dei due interlocutori. Peraltro, non era stata negata la supremazia della norma internazionale, auspicandosi una interpretazione restrittiva dell'art. 234<sup>88</sup> c.p.p. .

Altri Autori<sup>89</sup> si erano schierati apertamente a favore della tesi secondo cui la registrazione di una conversazione telefonica, eseguita da uno degli interlocutori all'insaputa dell'altro, è inutilizzabile *ex art.* 191 c.p.p. in quanto acquisita in violazione del divieto di ingerenza nelle comunicazioni previsto e regolato dall'art. 8 della C.e.d.u. .

Successivamente, la dottrina<sup>90</sup> ha accolto favorevolmente la “sentenza Torcasio”: a questa si riconosce il merito di avere finalmente dato il giusto rilievo al <<diritto probatorio>>, quale attualmente codificato

---

<sup>86</sup> C.e.d.u. 23 novembre 1993, A. c. Francia, in *Publications de la Cour europeenne des droits de l'homme*, serie A, n. 277, 1993.

<sup>87</sup> Ordinanza 14 febbraio 2000. in Cass. pen. 2000, n. 1931, p. 3455.

<sup>88</sup> CARMONA, *L' inutilizzabilità delle registrazioni telefoniche alla luce del diritto al rispetto della corrispondenza sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2000, p. 3455.

<sup>89</sup> BOLOGNESI, *La disciplina delle intercettazioni a fronte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. e proc.* 1996, p. 1528.

<sup>90</sup> FILIPPI, *Le Sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto “attrezzato per il suono”*, in *Cass. pen.* 2004, p. 2094.

nel sistema processuale: a partire dalla tutela assicurata dall'art. 188 c.p.p. alla <<libertà morale>> della persona nella assunzione della prova; per proseguire con gli specifici divieti probatori di cui agli artt. 62, 63, 195 comma 4 e 203 c.p.p., tutti raccordati alla disposizione generale di cui all'art. 191. La sentenza, inoltre, ha richiamato al rispetto delle regole generali in tema di prova, a tutela non solo dei diritti della parte, ma anche dell'affidabilità stessa della conoscenza processualmente acquisita.

In particolare, alcuni autori<sup>91</sup>, hanno segnalato la simmetria della sentenza ora citata con le decisioni costituzionali che hanno interpretato il principio del contraddittorio nella formazione della prova, introdotto nell'art. 111 della Carta Costituzionale dalla L. Cost. n. 2 del 1999, nel senso di negare valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi<sup>92</sup>, e di riconoscere la impermeabilità del processo, nella fase istruttoria, dal materiale raccolto in assenza della dialettica delle parti<sup>93</sup>. Infine, lo stesso Autore ha segnalato come le conclusioni raggiunte dalle Sezioni unite circa l'attività investigativa della polizia giudiziaria debbano valere anche nella ipotesi in cui le dichiarazioni siano state registrate, all'insaputa dell'interlocutore, nell'ambito delle indagini difensive condotte da taluna delle parti private.

A questo punto, sembra opportuno analizzare i singoli passaggi della sentenza de qua.

---

<sup>91</sup> V. nota precedente.

<sup>92</sup> Cort. Cost. 26 febbraio 2002, n. 32.

<sup>93</sup> Cort. Cost. 26 febbraio 2002, n. 36.

## 2. La “sentenza Torcasio”

La Cassazione era stata chiamata a statuire relativamente ad una sentenza emessa dalla Corte di appello di Catanzaro su impugnazione proposta dall'imputato.

In particolare, la sezione sesta della Suprema Corte, alla quale il ricorso era stato assegnato, avendo rilevato come la questione giuridica concernente l'utilizzo delle registrazioni relative ai colloqui intercorsi tra i funzionari della polizia giudiziaria e i suoi informatori, effettuate all'insaputa di questi ultimi e in assenza di autorizzazioni dell'autorità giudiziaria, fosse oggetto di orientamenti difformi nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, rimetteva la soluzione del contrasto alle Sezioni Unite.

Il quesito che veniva posto può essere così sintetizzato:

*“ se la registrazione fonografica di colloqui tra operatori della polizia giudiziaria e i loro informatori, effettuata su iniziativa dei primi all'insaputa dei secondi, richieda, ai fini di utilizzabilità processuale, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria nelle forme e nei termini previsti per l'intercettazione di conversazioni e comunicazioni tra presenti”.*

Va premesso che l'anteriore contrasto tra orientamenti non era mai mai drasticamente radicale: le discordanze discendevano non già da principi definiti, ma dalla contingenza dei singoli casi.

In particolare, all'orientamento maggioritario - che non considerava la registrazione da parte dell'interlocutore come un'intercettazione, onde escludeva che soggiacesse alle regole dettate dagli artt. 266 ss. c.p.p. - si contrappone un secondo indirizzo, pur decisamente minoritario, che, con

specifico riferimento a casi in cui ad effettuare la registrazione era stata la polizia giudiziaria od un suo incaricato, riteneva d'essere in presenza d'intercettazioni vere e proprie, escludendo che le corrispondenti regole potessero essere aggirate.

Le Sezioni Unite, prima di affrontare la questione sottoposta al suo giudizio, hanno avuto cura di chiarire, in via preliminare, alcune premesse logico - giuridiche, su cui hanno fondato la loro decisione.

La prima questione è stata la portata dell'art. 15 Cost.: si è ribadita la natura precettiva di tale disciplina, che tutela due distinti interessi, la libertà e la segretezza delle comunicazioni, affidandone la protezione alla doppia riserva di legge e di giurisdizione. A sua volta, la riservatezza è costituzionalmente garantita nei limiti in cui va ad incidere su alcuni altri diritti di libertà<sup>94</sup>.

La normativa in materia di intercettazioni dà attuazione all'esigenza costituzionale di cui all'art. 15 della Carta fondamentale. Gli artt. 266 e seguenti del codice di rito penale, infatti, fissano i limiti in cui è ammessa la ricerca della prova per mezzo dello strumento captativo. I giudici hanno ritenuto quindi necessario individuare l'ambito operativo della normativa codicistica, individuando i contenuti della nozione di intercettazione, allo scopo di verificare se possano o no essere introdotti nel processo, con modalità di acquisizione diverse da quelle stabilite per l'anzidetta operazione, elementi probatori comunque inerenti a conversazioni o comunicazioni.

---

<sup>94</sup>Così Sez. Un. 28 Maggio 2003 n.6747 << La riservatezza può essere una virtù, ma non è un obbligo assoluto, imposto addirittura da una norma costituzionale, immediatamente precettiva >> .

### 3. *La nozione di intercettazione*

Il codice di rito penale non dà alcuna definizione della locuzione «intercettazioni di conversazioni o comunicazioni». Non di meno, dal «sottosistema normativo»<sup>95</sup> deputato a regolare il mezzo di ricerca della prova di cui trattasi (artt. 266 -271 c.p.p.) si evince che intercettazione è qui sinonimo di captazione clandestina di comunicazioni o conversazioni riservate, esperita mediante l'impiego di strumenti meccanici o elettronici, in grado di vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del carattere privato di queste ultime, effettuata ad opera di terzi, all'insaputa degli interlocutori<sup>96</sup>.

Dalla definizione che precede – essenziale al fine di sagomare il perimetro applicativo dell'articolato in esame – parrebbe arguirsi, per un verso, che le comunicazioni riservate cui sopra si è fatto cenno siano solo quelle attuate in forma diversa dallo scritto<sup>97</sup>; per l'altro verso, che l'attività intercettiva di cui al Libro III, Titolo III, Capo IV del codice sia soltanto quella compiuta con l'ausilio di strumenti tecnici di captazione del suono, «in grado di fissare l'evento comunicazione, onde consentirne una prova storica diretta»<sup>98</sup>; non anche quella attuata per mezzo delle comuni facoltà sensoriali umane.

---

<sup>95</sup>BARGI – FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, diretto da A. BARGI, vol. II, Torino, 2008, p. 113.

<sup>96</sup>In dottrina, cfr. TONINI, *La prova penale*, IV ed. Padova, 2000, 256 e FUMU, sub *art. 266 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. CHIAVARIO, vol. II, Torino, 1990, 774. Secondo ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 27, la definizione di intercettazione non coincide con la corrispondente nozione empirica, quantunque non se ne discosti molto. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 21, p. 3.

<sup>97</sup>Le comunicazioni scritte, infatti, pur tutelate, a loro volta, dall'art. 15 Cost., sono possibile oggetto di sequestro *ex artt.* 253 – 265 c.p.p. Così, FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 4.

<sup>98</sup>PARODI, *Le intercettazioni*, Torino, 2002, p. 25.



Peraltro, sembra preferibile ricondurre anche questa seconda figura alla disciplina delle intercettazioni. Infatti, se si focalizzasse l'attenzione solo sull'impiego di strumenti meccanici od elettronici, si addiverrebbe a legittimare <<interferenze nella segretezza delle comunicazioni>><sup>99</sup> non regolate dalla legge, e tuttavia idonee a procurare al processo contributi conoscitivi utilizzabili.

Esempio classico di simile ingerenza è quello dell'operatore di polizia giudiziaria, che, nascostosi agli interlocutori, percepisce *proprio aure* un dialogo segreto. Tale captazione, poiché non attuata mediante strumenti tecnici, non costituendo "intercettazione", sarebbe utilizzabile nel processo per il tramite della testimonianza dell'operatore di polizia giudiziaria, <<senza la garanzia rappresentata dalla registrazione del contenuto della comunicazione>><sup>100</sup>.

Di conseguenza, si ritiene preferibile ricomprendere nel novero delle attività intercettive vere e proprie anche la captazione di comunicazioni segrete che avvenga in modo "comunque" clandestino o insidioso<sup>101</sup>.

Ciò a prescindere dall'uso di congegni di percezione del suono, che infatti la legge processuale non esige affinché possa parlarsi di *intercettazione*: se è pur vero, infatti, che l'art. 268 comma 3 c.p.p. menziona, quale mezzo dell'intercettazione, gli <<impianti installati nella procura

---

<sup>99</sup> FILIPPI, voce Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.), in Enc. dir., Agg. VI, Milano, 2002, 566.

<sup>100</sup> FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche*, cit., 566.

<sup>101</sup> SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in Arch. pen., 1994. Concorde BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in Dig. disc. pen., vol. VII, Torino, 2002, 179, a patto che il dialogo non si esteriorizzi «in forme tali da risultare udibile da qualunque percipiente occasionale». In questi casi, infatti, si avrebbe «implicita [...] rinuncia alla segretezza». *Contra*, DELL'ANDRO, *Colloqui registrati ed uso probatorio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, 118, il quale reputa «s[ia] sempre necessario il consenso espresso del titolare [del diritto]». Sul punto, cfr. anche CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui fra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 146, D'AJELLO, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in Riv. pen. econ., 1990, 108, nonché BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 12 e ss.

della Repubblica>>, è altrettanto vero che siffatto richiamo non possa avere riguardo che alle intercettazioni di comunicazioni telefoniche, telegrafiche, informatiche e telematiche; non anche alle intercettazioni di conversazioni *inter praesentes*, le quali, per loro stessa natura, non possono essere effettuate con impianti fissi. Onde occorre concludere che il riferimento agli impianti di cui trattasi è <<ininfluente nella definizione del concetto di intercettazione>><sup>102</sup>.

Definita “in positivo” la nozione d’intercettazione, si evidenzia come da essa esulino sia le intercettazioni di frequenze presenti nella ionosfera, accessibili da parte di chiunque (<<non esiste tutela del veicolo semiotico nello spazio libero>><sup>103</sup>), sia l’impedimento e l’interruzione delle comunicazioni<sup>104</sup>: mentre <<l’indesiderata cognizione d’un dialogo ne pregiudica [...] l’integrità sotto il profilo della segretezza, l’atto interruttivo o impeditivo ne mettono in pericolo solamente la libertà>><sup>105</sup>–.

In quest’ottica, di intercettazione non pare si possa parlare nemmeno nel caso del “controllo telefonico” di cui all’art. 284 comma 4 c.p.p. . Come noto, mentre il secondo comma del citato art. 284 c.p.p. consente al giudice di imporre all’imputato in arresti domiciliari limiti o divieti alla facoltà di comunicare con persone terze che con lui non coabitano o

---

<sup>102</sup>FILIPPI, *L’intercettazione*, cit., 7.

<sup>103</sup>CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 853. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 1995, X, in *Guida dir.*, 1995, n. 21, 68, nonché Cass. pen., sez. II, 12 novembre 1994, X, in *Cass. pen.*, 1996, 861. Per l’affermazione secondo la quale sussisterebbe il reato di cui all’art. 18 R.d. 8 febbraio 1923, n. 1067 allorquando siano intercettate le comunicazioni via radio delle forze di polizia v., invece, Cass. pen., sez. un., 29 novembre 1994, X, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 447.

<sup>104</sup>Disciplinate espressamente dal codice di procedura penale abrogato (artt. 226 *bis* e 339 c.p.p. 1930), dette attività sono finalisticamente orientate a prevenire la commissione di reati, non già ad investigare in merito ad essa. Così FILIPPI, *L’intercettazione*, cit., 5. Rileva, tuttavia, CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 25, come questa impostazione «sembr[i] riduttiva, perché l’istituto serviva anche a scopi cautelari: ad esempio, per evitare contatti telefonici fra testimoni ed imputati o fra imputati, o per impedire la fuga del sottoposto ad indagini». Non di meno, corre l’obbligo di ricordare come la legge processuale avalli limitazioni di private comunicazioni unicamente al fine di soddisfare esigenze investigative. Cfr., al riguardo, la *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 250, 183 e ss.

<sup>105</sup>BRUNO, voce *Intercettazioni*, cit., 178.

che, comunque, non lo assistono, il menzionato quarto comma autorizza il pubblico ministero e la polizia giudiziaria (la quale ultima può operare<<anche di propria iniziativa>>) a controllare in ogni momento l'osservanza delle prescrizioni in parola.

Orbene, se nessuna perplessità si pone circa il fatto che, nel caso previsto dal secondo comma, ricorre qui una ipotesi di *impedimento* da parte dell'autorità (la clausola *de qua* sembra consentire senz'altro di disattivare l'utenza telefonica in uso al prevenuto)<sup>106</sup>, meno agevole è comprendere se il quarto comma introduca o no un'ulteriore ipotesi di intercettazione, qui volta a controllare l'osservanza degli obblighi accessori di cui trattasi.

In dottrina, mentre taluno ha affermato che la sorveglianza avviene, in siffatte evenienze, non mediante intercettazione, bensì tramite *ascolto* – <<e cioè attraverso un controllo del contenuto delle telefonate [...] ordinato (o autorizzato) con lo stesso provvedimento che dispone gli arresti domiciliari o [...] con provvedimento successivo notificato all'interessato>> (giungendo, per questa via, a fornire al quesito risposta negativa)<sup>107</sup>, altri ha risposto affermativamente; reputando, tuttavia, che la captazione sia legittima solo se autorizzata dal giudice con decreto motivato<sup>108</sup>. Soluzione, quest'ultima, che, se, per un verso, si appalesa senza dubbio alcuno apprezzabile in chiave garantistica, per l'altro non sembra perfettamente compatibile con il dato testuale; il cui tenore letterale autorizza la polizia giudiziaria ad esperire i necessari controlli

---

<sup>106</sup>CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 26.

<sup>107</sup>FUMU, sub *art. 266 c.p.p.*, cit., 781. Censura questa impostazione CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 26, il quale rileva come «per superare la barriera dell'art. 15 Cost. [...] non è sufficiente che la persona agli arresti domiciliari sappia di essere sorvegliata: il controllo colpisce anche l'interlocutore».

<sup>108</sup>GREVI, *Le «novelle» del luglio 1984: verso un recupero di garanzie in tema di libertà personale*, in AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985, p. 33.

<<anche di propria iniziativa>> e, dunque, anche in mancanza di preventiva autorizzazione da parte del giudice.

Né pare che il problema possa essere risolto estendendo automaticamente alla fattispecie in esame la disciplina di cui al Libro III, Titolo III, Capo IV del codice, atteso che «i presupposti di un mezzo istruttorio non sono automaticamente adattabili ad una misura cautelare»<sup>109</sup>.

Dunque, escluso che ricorra qui una ulteriore ipotesi di intercettazione, sembra invece che la clausola in commento vada riferita ad altri istituti idonei allo scopo, quali l'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni<sup>110</sup> od il loro materiale impedimento da parte dell'autorità<sup>111</sup>.

#### 4. *Gli elementi della nozione d'intercettazione: a) la segretezza delle comunicazioni captate*

Affinché possa parlarsi di intercettazione, occorre innanzitutto che la comunicazione captata presenti carattere di segretezza; sia cioè riservata, cioè attuata con modalità tali da consentirne la conoscenza ad un numero limitato di persone.

In dottrina, mentre alcuni ritengono necessario che i soggetti destinatari della comunicazione siano determinati<sup>112</sup>, altri reputano sufficiente che essi siano determinabili; osservando, a titolo esemplificativo, come

---

<sup>109</sup>In questi termini CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 27, il quale conclude asserendo che l'art. 284 comma 4 c.p.p. non possa alludere ad intercettazioni telefoniche, «per lo meno finché una legge non disciplini compiutamente l'istituto».

<sup>110</sup>SPANGHER, *La disciplina italiana*, cit., 6.

<sup>111</sup>CAMON, *Le intercettazioni*, cit., 27.

<sup>112</sup>BARILE – CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 744.

una missiva indirizzata ad una schiera di destinatari non determinata *ex ante*, ma determinabile oggettivamente, sia senz'altro riservata<sup>113</sup>.

Come noto, l'art. 15 Cost. accorda il diritto alla segretezza tanto al mittente quanto al destinatario della comunicazione: tale articolo - a differenza dell'art. 21 Cost., il quale tutela solo il soggetto attivo della manifestazione del pensiero - protegge, contro interferenze di pubblici poteri e soggetti privati, sia il diritto a trasmettere sia quello a ricevere messaggi<sup>114</sup>. Segretezza e libertà di comunicazione sono tra loro in rapporto di interdipendenza: se ad essere tutelata fosse una sola delle due, la protezione accordata dall'art. 15 Cost. si appaleserebbe priva di contenuto<sup>115</sup>.

Il carattere segreto della comunicazione deve essere oggettivo, deve, cioè, risultare dal contenuto e dalle modalità di svolgimento della stessa. A nulla rileva quindi l'intimo intento del dichiarante di riservare la ricezione del messaggio al destinatario.

Di conseguenza, mentre si deve escludere che rivesta carattere di segretezza il dialogo tra persone che discutono a voce alta in luogo affollato<sup>116</sup> («se qualcuno fra gli astanti, incuriosito dal discorso, lo incide sul magnetofono sul quale stava dettando degli appunti, il nastro costituisce prova ammissibile»)<sup>117</sup>, si deve invece ravvisare simile connotato laddove la comunicazione avvenga in luogo di privata dimora alla

---

<sup>113</sup> E' il caso di un telefax indirizzato al consiglio di amministrazione di una società, non tutti i membri del quale potrebbero essere noti al mittente. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 16.

<sup>114</sup> ITALIA, Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni, Milano, 1963, 108. BARILE - CHELI, voce Corrispondenza, cit., 744.

<sup>115</sup> PACE, Commento all'art. 15 Cost., in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1977, 85.

<sup>116</sup> «Le conversazioni orali si propagano [...] nel fluido aereo, ossia in un ambito strutturalmente libero ed accessibile a chiunque, per cui l'insorgere di una situazione protetta dipende in gran parte dal contegno concretamente assunto dai colloquianti». Così, BRUNO, voce *Intercettazioni*, cit., 179.

<sup>117</sup> CORDERO, *Procedura*, cit., 854.

presenza del solo destinatario della stessa. Difatti, in siffatta ipotesi, se uno dei protagonisti del dialogo occultasse sulla propria persona un congegno trasmittente, con ciò consentendone l'ascolto ad un terzo, violerebbe nei confronti dell'interlocutore la segretezza della conversazione in atto<sup>118</sup>.

Carattere oggettivamente segreto rivestono le c.d. "comunicazioni a distanza". Come si è osservato, infatti, <<linee telefoniche, telegrafiche ed apparecchiature ad esse equiparabili creano [...] canali ad accesso riservato, tali da ingenerare nell'utilizzatore una legittima aspettativa di tutela della *privacy*>><sup>119</sup>. Tali comunicazioni, insomma, <<sono per definizione confidenziali>> e il loro <<carattere privato [...] non viene meno per il solo fatto che il contenuto [...] concerne o può interessare la pubblica autorità>><sup>120</sup>.

Ad identica conclusione si deve pervenire con riguardo a determinati congegni di uso privato (quali, ad esempio, radiotelefoni da appartamento e telefoni radiomobili cellulari)<sup>121</sup>.

L'*onus probandi* circa il carattere segreto della comunicazione spetta alla parte interessata ad escludere il reperto dal processo<sup>122</sup>.

##### 5.Segue: b) *l'uso di strumenti tecnici di percezione*

Ulteriore elemento richiesto dalla Suprema Corte è l'utilizzo di strumenti elettro-meccanici o elettronici, particolarmente invasivi ed in-

---

<sup>118</sup>FILIPPI, L'intercettazione, cit., 10 e 19.

<sup>119</sup>BRUNO, voce Intercettazioni, cit., 179.

<sup>120</sup>Corte e.d.u., caso A c/Francia, 23 novembre 1993.

<sup>121</sup>BRUNO, voce Intercettazioni, cit., 184.

<sup>122</sup>CORDERO, *Procedura*, cit., 854.

sidiosi, idonei a superare le cautele elementari che dovrebbero garantire la libertà e la segretezza del colloquio e a captarne i contenuti.

La conclusione - condivisa con la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie<sup>123</sup> - poggia direttamente sul dettato dell' art. 268 c.p.p., che dedica ampio spazio agli strumenti da utilizzare per eseguire l'intercettazione e alla necessità che la comunicazione venga registrata. Di conseguenza, deve escludersi dall'ambito applicativo della disciplina sulle intercettazioni, l'occulta apprensione *propria aures* di una conversazione altrui<sup>124</sup>. Pertanto, non paiono sussistere ragioni per negare che le informazioni, una volta raccolte con tale atipica modalità investigativa, possano formare oggetto di testimonianza da parte dell'occulto ascoltatore.

Parte minoritaria della dottrina, invece, non condivide siffatto concetto di intercettazione, adducendo ch'esso finirebbe per legittimare interferenze nella segretezza delle comunicazioni non disciplinate dalla legge, rendendole suscettibili di utilizzazione processuale<sup>125</sup>.

Infine, una tesi intermedia ravvisa un'intercettazione nell'occulta presa di conoscenza del contenuto di una comunicazione riservata che avvenga con mezzi naturali di percezione, ma sia documentata con

---

<sup>123</sup> CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996; CARLI, *Commento all'art. 266bis*, in Commentario breve al codice di procedura penale, diretto da G. Conso e V. Grevi, Cedam, Padova 1987, p.713; FOIS, *Introduzione*, in *Intercettazioni telefoniche e rispetto della vita privata*.

<sup>124</sup> Sul punto ILLUMINATI, *La disciplina*, cit. <<[...] L' elemento maggiormente caratterizzante si direbbe rappresentato dallo svolgimento dell'operazione mediante dispositivi elettronici o simili. Senza l'utilizzazione di tali strumenti, potranno aversi forme di interferenza nelle conversazioni private, ma non propriamente intercettazioni (ascoltare una telefonata origliando alla porta di uno degli interlocutori non vuol dire intercettarla)>>. L'Autore rileva poi la ratio della norma: << [...] é proprio l'uso di congegni sempre più sofisticati a mettere in pericolo, in misura sconosciuta al passato, la segretezza delle comunicazioni e la stessa libera esplicazione della vita privata>> in quanto si tratta di <<mezzi di indagine particolarmente insidiosi perché si spingono dove la percezione dei sensi umani non potrebbe arrivare e la loro presenza è inoltre ben difficilmente riconoscibile>>.

<sup>125</sup> FILIPPI, voce *Intercettazioni*, cit.

l'ausilio di uno strumento di registrazione. La teoria de qua si fonda sulla distinzione tra il momento percettivo e quello di memorizzazione, e, pur avendo il merito di differenziare il mero ascolto non documentato dall'intercettazione vera e propria, risulta alquanto artificiosa. Difatti, se ci si richiami alla nozione normativa di intercettazione, a rilevare sarà unicamente l'impiego di uno strumento tecnologico in grado di captare e memorizzare una comunicazione; fase rispetto alla quale l'ascolto diretto da parte dell'operatore rappresenterà un *quid pluris* eventuale ed ulteriore.<sup>126</sup>

Altro profilo rilevante - ma spesso ignorato -, al fine di delimitare correttamente il concetto di intercettazione, è il limite temporale dell'operazione. Secondo l'opinione condivisa dalla Suprema Corte, oggetto di tutela da parte dell'art. 15 Cost. sono le sole ipotesi di presa di conoscenza *in tempo reale* del contenuto della comunicazione, onde si deve ritenere essenziale la simultaneità tra lo svolgimento di quest'ultima e la relativa captazione. Non vi è, quindi, intercettazione "rituale" nei casi in cui la cognizione non avviene mediante la predisposizione di un apparato tecnico capace di captare la comunicazione mentre essa si svolge.

Peraltro, la Suprema Corte ritiene di ricondurre al concetto di intercettazione anche un certo caso particolare, pur non aderente perfettamente allo schema tipico: quello del terzo che provveda a nascondere, un apparecchio magnetofonico in funzione nella stanza destinata ad ospitare una conversazione tra altre persone, per poi recuperare il suddetto congegno, con susseguente ascolto "in differita" della riproduzione.

---

<sup>126</sup> MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli- Torino, 2007 p.15.



## 6. Segue: c) *la clandestinità della captazione*

Poiché, ai fini *de quibus*, occorre che la captazione sia, per sua natura, clandestina rispetto ad almeno uno dei conversanti, d'intercettazione non si può parlare allorquando il terzo recepisca la comunicazione per volontà di tutti i titolari del diritto alla segretezza. Come è stato correttamente osservato, infatti, <<[l]a percezione della presenza del terzo e l'implicita accettazione di essa comportano [...] la rinuncia alla segretezza da parte di tutti i comunicanti>><sup>127</sup>. Dovrà escludersi perciò <<che possa essere ricondotta al concetto di intercettazione, la registrazione di un colloquio svoltosi a viva voce ad opera di una delle persone che vi partecipi attivamente o che sia comunque ammessa ad assistervi>><sup>128</sup>. La comunicazione una volta esaurita, entra a far parte del patrimonio personale di chi l'ha percepita, con l'effetto che ognuno degli interlocutori potrà legittimamente disporne; a meno che, per la particolare qualità rivestita dal partecipe o per lo specifico oggetto della conversazione, la legge imponga uno specifico divieto di divulgazione.

Diverso è però il caso in cui uno dei conversanti, all'insaputa dell'altro, autorizzi l'ascolto o l'eventuale registrazione, da parte di terzi, della comunicazione in atto. Qui la captazione, riguardata dall'angolo visuale proprio dell'ignaro interlocutore, si appalesa clandestina<sup>129</sup>, di tal che debbono trovare applicazione le norme dettate in materia di intercettazioni.

---

<sup>127</sup>FILIPPI, L'intercettazione, cit., 20

<sup>128</sup> Sez. Un. 28 Maggio 2003, Torcasio.

<sup>129</sup>Corte e.d.u., caso A. c/Francia, cit., ha affermato che la registrazione di una comunicazione telefonica, effettuata dall'interlocutore senza il consenso dell'altro, ma d'accordo con un ufficiale di polizia giudiziaria, configuri una lesione della riservatezza non prevista dalla legge francese.

Di conseguenza, le disposizioni codicistiche sulle intercettazioni si applichino anche all'ipotesi in cui sia il titolare dell'utenza telefonica a richiedere od a prestare il consenso alla captazione delle comunicazioni da parte dell'autorità giudiziaria. Il diritto alla segretezza dell'altro interlocutore, infatti, dovrà essere tutelato anche in questo caso. La quale conclusione par trovare conforto nello stesso dettato dell'art. 266 comma 1 lett. *f* c.p.p.: questa disposizione, richiedendo le forme dell'intercettazione anche in caso di ingiuria, diffamazione, molestia o disturbo alle persone commessi con il mezzo del telefono, dimostra che, anche quando è il querelante a sollecitare il pubblico ministero ad attivare il mezzo di ricerca della prova in parola, gli artt. 266 e ss. c.p.p. devono trovare applicazione.

La clandestinità della captazione, in ogni caso, deve essere valutata oggettivamente ed in concreto<sup>130</sup>.

#### 7. *Il documento: il substrato materiale rappresentativo di fatti od dichiarazioni*

Definito il concetto di intercettazione, le Sezioni Unite, nella sentenza *de qua*, affermano che la registrazione fonografica di una conversazione o di una comunicazione, ad opera di uno degli interlocutori e all'insaputa dell'altro, *non* costituisce intercettazione: di questa categoria difetta un elemento fondamentale, cioè, la terzietà del captante che si intromette dall'esterno in ambito privato.

---

<sup>130</sup>FILIPPI, L'intercettazione, cit., 22.

Verificatosi un tal genere di fattispecie, quindi, la registrazione del colloquio potrà essere acquisita legittimamente al processo tramite il meccanismo di cui all'art. 234 c.p.p. . Difatti, per la Corte, il nastro contenente la registrazione non è altro che la documentazione fonografica del colloquio. Di conseguenza, tale elemento può integrare quella prova che, diversamente, non si sarebbe potuta raggiungere; e può perfino rappresentare una forma di autotutela e garanzia per la propria difesa; onde tale pratica può finire per ricevere una legittimazione costituzionale.

Un ulteriore profilo da esaminare – benché non analizzato esplicitamente dalla Corte – è il valore probatorio del nastro registrato che sia processualmente utilizzabile. Tale operazione risulta complessa, in quanto il nastro magnetofonico, analogamente allo scritto contenente dichiarazioni, rientra nella categoria dei documenti c.d. <<anomali>>; cioè, recanti elementi di prova contenutisticamente e strutturalmente identici a quelli generabili nel contraddittorio dibattimentale attraverso l'assunzione testimoniale di colui che ha reso la dichiarazione registrata<sup>131</sup>.

Bisogna allora stabilire come l'acquisizione della registrazione magnetofonica - la quale è assimilabile per le sue caratteristiche al documento contenente dichiarazioni scritte - possa conciliarsi con i principi di oralità e del contraddittorio nella formazione della prova.

La dottrina ha avanzato diverse proposte, al fine di limitare il valore probatorio del documento a contenuto dichiarativo ed accordare una netta preferenza all'escussione dibattimentale dell'autore della dichiarazione stessa.

---

<sup>131</sup> Nello stesso senso UMBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. II Milano, 1991, p.316

Accanto alle concezioni più estreme – per cui i c.d. documenti dichiarativi hanno la sola capacità di provare la dichiarazione come evento storico - si registrano prese di posizione più caute: queste, senza negare valore probatorio al contenuto della dichiarazione, ne circoscrivono la portata, attribuendo al materiale rappresentativo una «funzione surrogatoria»<sup>133</sup> rispetto alla escussione testimoniale. Difatti, si ritiene estensibile analogicamente alla fattispecie *de qua* la disciplina codicistica dettata in tema di testimonianza indiretta, sul presupposto dell'identità di struttura e di funzione tra il documento incorporante una dichiarazione e la testimonianza *de relato*.

Una diversa soluzione è stata fornita dalla Corte costituzionale<sup>134</sup>; la quale, chiamata a valutare la denunciata illegittimità dell'art. 431 c.p.p., ha dichiarato che il nostro ordinamento non attua alcuna discriminazione tra i diversi mezzi di rappresentazione e le differenti realtà rappresentate; perciò non è consentita alcuna distinzione in relazione a documenti *dichiarativi* e documenti *rappresentativi*<sup>135</sup>. Il Giudice delle leggi ha poi riconosciuto che la prova documentale a contenuto dichiarativo può essere acquisita ed utilizzata nel processo indipendentemente dall'assunzione della prova orale; senza però escludere che le parti – od anche il giudice *ex officio*, ai sensi dell'art. 507 c.p.p. - possano chiedere ed ottenere l'assunzione di prove orali aventi lo stesso contenuto della prova

---

132 DINACCI, *L'irrelevanza processuale*, cit.

<sup>133</sup> La tesi è di UMBERTIS, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale* cit., il quale sostiene che ai documenti dichiarativi si deve riconoscere una «specifica funzione surrogatoria» nel senso che, sarebbe possibile una loro utilizzazione come veicolo di un contenuto rappresentativo, solo quando non sia possibile ottenere i medesimi elementi attraverso l'assunzione di un mezzo di prova costituenda.

<sup>134</sup> Cort. Cost., 30 Marzo 1992, n. 142.

<sup>135</sup> Nello stesso senso FUMU, *Intercettazioni in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, *Le prove*, II, Torino, 1999, p.406.

documentale; né siffatta istanza il giudice potrebbe rigettare, dovendo sempre privilegiare l'oralità del dibattimento.

La citata sentenza costituzionale, quindi, condivide le premesse da cui muove la teoria che vorrebbe applicare, in via analogica, al nastro registrato la disciplina dettata in tema di testimonianza indiretta. Difatti, vi si riconosce l'identità di funzione tra i due strumenti e si opera un costante parallelismo al fine di individuare i divieti che, riguardando immediatamente la testimonianza indiretta, si comunicano, in egual misura, al nastro magnetofonico<sup>136</sup>.

Le Sezioni Unite, invece sembrano approdare ad un orientamento diverso laddove, esclusa qualsiasi distinzione tra rappresentazione di fatti e rappresentazione di dichiarazioni, affermano: <<al nastro magnetofonico non va negata, in linea generale, un'autonoma efficacia rappresentativa che prescinde dalla testimonianza dell'autore della registrazione>>. Alla conclusione *de qua* si giunge attraverso la precisazione di alcune premesse. In primo luogo, la prova documentale in senso stretto dovrà essere caratterizzata da una genesi <<strutturalmente e funzionalmente autonoma rispetto alla vicenda processuale>>; in secondo luogo, la medesima non dovrà consistere nella riproduzione meccanica di atti processuali; onde si escludono dal novero delle prove documentali, tutte le riproduzioni fonografiche di cui agli artt. 134 comma 3 e 4 c.p.p., 139 c.p.p., 141-*bis* c.p.p., 214 comma 3 c.p.p., 219 comma 2 c.p.p., 398 comma 5 - *bis* c.p.p. .

A tal punto, allora, posto che è ammissibile, come prova documentale, la registrazione fonografica di una comunicazione tra presenti ad opera di uno o più interlocutori, oppure di una persona ammessa ad assi-

---

<sup>136</sup> Così FONTI, *Sul regime di inutilizzabilità delle registrazioni di colloqui tra operatori di polizia giudiziaria e informatori*, in *Indice Penale* 2004, I, p.313.

stervi, si pone l'ulteriore questione relativa alla *concreta utilizzabilità* nel processo della prova *de qua*.

Nessun problema si porrà con riferimento alla una registrazione effettuata dal privato, in quanto il documento fonografico sarà stato formato fuori dall'ambito processuale e investigativo, così da assumere una propria autonomia strutturale. Tale prova, precostituita rispetto al processo, potrà essere acquisita e valutata dal giudice; né sarà soggetta a verifica circa la sua formazione nel rispetto delle regole codicistiche, le quali non operano oltre i confini processuali o procedurali e non sono destinate al privato.

Più delicato e più complesso<sup>137</sup> è il caso in cui il documento fonografico sia stato formato per iniziativa di un operatore della polizia giudiziaria, il quale, occultamente, abbia registrato il contenuto di una conversazione cui abbia partecipato. Bisogna a tal proposito focalizzare l'attenzione sulla questione circa la legittimità o non dell'atto così compiuto (o fatto compiere) dalla polizia giudiziaria.

---

<sup>137</sup> Per tale motivo oggetto di esame nel capitolo successivo.

## Capitolo IV

### L'AGENTE SEGRETO

#### “ATTREZZATO” PER CAPTARE IL SUONO

1. *La registrazione del colloquio da parte della polizia giudiziaria.*

Nella stessa “sentenza Torcasio”, la Suprema Corte, chiarita la questione del privato che registra il colloquio cui partecipa per poi utilizzare nel processo la documentazione così formata, considera poi un caso peculiare di registrazione da parte dell’interlocutore.

Nella fattispecie, si trattava di alcune dichiarazioni, significative per l’accusa, rese alla Guardia di Finanza e da questa registrate, da un soggetto indagato sentito senza l’assistenza del difensore; nonché da altri “informati” i quali, pur non essendo all’epoca del fatto formalmente indagati, versavano formalmente in tale condizione, che avrebbe perciò dovuto imporre l’osservanza delle garanzie prescritte.

Nel corso delle indagini, è frequente che una persona renda informazioni utili ai fini della ricostruzione di un reato e che queste parole, dette a voce, vengano fonoregistrate dalla polizia giudiziaria. Quando ciò accade, si tratta di stabilire la natura giuridica e la sfera di utilizzabilità delle dichiarazioni così raccolte.

In linea teorica, le soluzioni variano a seconda che si considerino tali attività come atti di indagine o come vere e proprie prove.

Nel primo caso, infatti, le operazioni così svolte dovrebbero essere ricondotte alla sfera di applicazione degli artt. 347 e ss. c.p.p.<sup>138</sup>.

In particolare, un atto con cui la fonoregistrazione delle dichiarazioni pare avere una qualche affinità sono le “sommarie informazioni” che la polizia giudiziaria può assumere <<dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini>>, ai sensi dell’art. 351 c.p.p. . Tali dichiarazioni, per l’art. 357 comma 2 lett. c) c.p.p. devono essere verbalizzate<sup>139</sup>; mentre la registrazione non è prevista come mezzo di documentazione dalla legge.

Però, poiché il legislatore non ha stabilito alcuna forma di invalidità per le informazioni documentate in maniera diversa dalla verbalizzazione<sup>140</sup>, la differente forma di documentazione concernente l’atto di indagine potrà - sempre che non si ricada in taluna delle nelle ipotesi di nullità previste dall’art. 142 c.p.p. - esplicare i propri effetti senza che si produca alcuna invalidità<sup>141</sup>. Taluno, pertanto, avendo ammesso che la fonoregistrazione costituisce *atto di indagine*, sostiene che l’atto, tutte le vol-

---

<sup>138</sup> Così APRATI, Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle sommarie informazioni annotate e deroghe al principio della formazione della prova in contraddittorio, in Cass. Pen., 2004, p. 1017; FONTI, Sul regime di utilizzabilità delle registrazioni di colloqui tra operatori di polizia giudiziaria e informatori, in Ind. Pen. 2004, p.319 ss.

<sup>140</sup> L’unica sanzione esplicitamente prevista è contenuta nell’art. 142 c.p.p. prevedendo che, salve particolari disposizioni di legge, il verbale sia nullo tutte le volte in cui vi sia incertezza assoluta sulle persone intervenute ovvero manchi la sottoscrizione del pubblico ufficiale che l’ha redatto.

<sup>141</sup> Lo stesso non avviene nella specifica ipotesi in cui l’interrogatorio del detenuto non sia stato documentato integralmente con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva ex art. 141-bis c.p.p. Contrariamente c’è chi sostiene la possibilità di sanzionare con l’inutilizzabilità ex art.191 c.p.p. l’inosservanza delle regole sulla documentazione degli atti, v. DE STEFANO, Colloqui registrati dalla p.g. all’insaputa dell’interlocutore <<informato sui fatti>>: la problematica configurazione fra legalità delle indagini e ricerca della prova <<inconfutabile>>, in Cass. Pen. 2003, p.1270. Alla tesi de qua è possibile obiettare che il legislatore abbia voluto disporre un divieto di uso esplicito a tutela di una documentazione “rafforzata” a causa della mancata previsione di una norma che disciplini l’inutilizzabilità degli atti per violazione delle regole che disciplinano.



te in cui non debba essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 142 c.p.p., può integrare una fattispecie di sommarie informazioni <<atipiche>><sup>142</sup>.

Questa conclusione presta il fianco ad almeno due critiche. Anzitutto, essa finisce per legittimare una qualsiasi tipologia di documentazione sostitutiva della verbalizzazione; in secondo luogo, si incorrerebbe in un errore, se si ritenesse che la forma di documentazione prevista dal legislatore non rappresenti un elemento essenziale della fattispecie dell'atto di indagine, solo perché, nel caso di sua inosservanza, non risulta applicabile una sanzione processuale. Di conseguenza, non è possibile inserire nel novero delle *sommarie informazioni atipiche* le fonoregistrazioni operate dalla polizia giudiziaria, proprio perché il verbale previsto dagli articoli 351 e 357 c.p.p. rappresenta un elemento essenziale della fattispecie.

Nel caso, poi, in cui si ritenesse che le fonoregistrazioni possano essere ricondotte al novero delle prove, occorrerebbe chiedersi se possano essere qualificate come risultati di intercettazioni telefoniche (nella fattispecie in esame, di un'intercettazione ambientale). Accettata questa esegesi, nel concorso di tutti i presupposti elencati dagli artt. 266 ss. c.p.p., il documento sonoro diverrebbe pienamente utilizzabile; ma, così opinando, si trascurerebbe che, nell'ipotesi *de qua*, la conversazione non avviene tra due privati: le dichiarazioni vengono provocate<sup>143</sup> dalla polizia giudiziaria senza il controllo della difesa; per giunta, un atto dichiarativo così formato entrerebbe nel patrimonio conoscitivo del giudice, sen-

---

142 DANIELE, Natura giuridica e sfera d'uso delle fonoregistrazioni di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria, in Riv. Dir. Proc., 2005.

143 FERRUA, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali, in Id., Studi sul processo penale, vol. III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo, Torino, 1997, p.45.

za che il caso in oggetto sia riconducibile ad una delle eccezioni previste dall'art.111 comma 5 Cost. .

## 2. *I limiti derivanti dall'art. 195 comma 4*

La Corte di cassazione, con riferimento alla peculiare questione sottoposta nel caso di specie<sup>144</sup>, ha affermato, in primo luogo, che la pratica investigativa consistente nel ricorrere alla registrazione occulta di colloqui intrattenuti dalla polizia giudiziaria con persone informate sui fatti, confidenti, indagati o indagabili va scoraggiata, in quanto difficilmente si concilia con il disposto degli artt. 188-189 c.p.p. . Difatti, alla luce di tali disposizioni, nessuna prova potrà essere ammessa quando la stessa presupponga il ricorso a metodiche tali da vanificare od in qualsiasi modo compromettere la normale attitudine della persona all'autodeterminazione, da intendersi quale valore prioritario rispetto a quello dell'accertamento processuale<sup>145</sup>.

Identificate in simile condotta poliziesca insidie di natura fraudolenta tali da poter incidere sulla libertà morale della persona interessata, i giudici di legittimità hanno sottolineato la necessità di abbandonare le concezioni inquisitorie - estranee all'ideologia del nuovo codice -, per evitare varchi nella legalità e nella tassatività del sistema probatorio. Si ritiene quindi obbligatorio vincere qualunque tentazione di forzare le regole processuali in nome della ricerca della verità reale, adducendo che le regole di formazione della prova non stanno soltanto a richiedere una se-

---

<sup>144</sup> Se le registrazioni effettuate dalla polizia giudiziaria all'insaputa del proprio "confidente" possano essere utilizzate nel processo.

<sup>145</sup> Grevi, *Le Prove*, in *Compendio di procedura penale*, Conso-Grevi-Bargis, VI ed., Cedam 2012, p.313.

quenza procedimentale, ma sono esse stesse una garanzia per i diritti delle parti.

La questione relativa alle violazioni commesse potrà quindi essere risolta solo alla luce dell'art.191 comma 2 c.p.p.; la quale disposizione ancora la sanzione dell' inutilizzabilità alla violazione dei divieti stabiliti dalla legge, così sancendo l'infertilità sul piano probatorio dell'atto investigativo compiuto in violazione della legge processuale<sup>146</sup>.

Se la norma sopracitata delinea un ambito d' inutilizzabilità a livello generale, non vanno però sottaciute specifiche norme processuali che prevedono specifici divieti probatori sanzionati da inutilizzabilità<sup>147</sup>. A tale riguardo, la Suprema Corte enuncia il principio secondo cui gli atti documentati in maniera diversa da quella prescritta dalla legge non sono nulli né inesistenti<sup>148</sup>; ma – nel caso di specie – le registrazioni sintetizzano un'attività di indagine che, in quanto illegittimamente svolta, non può assurgere al valore di prova.

In particolare, la registrazione, effettuata dalla polizia giudiziaria, di dichiarazioni, conversazioni o colloqui, non è utilizzabile processualmente tutte le volte in cui:

- viola il divieto di testimonianza posto dagli artt. 62 e 195 comma 4 c.p.p; oppure

---

<sup>146</sup> Per l'inutilizzabilità delle prove incostituzionali, Cass. Sez. Un. 25 Marzo 1998, Manno; Cass. Sez. Un. 13 Luglio 1998, Gallieri; Cass. Sez. Un. 23 Febbraio 2000, D'Amuri.

<sup>147</sup> Si pensi agli artt. 62,63,141-bis, 195, 203 c.p.p.

<sup>148</sup> Come pure la stessa corte di Cassazione aveva precedentemente affermato in Cass. Sez. I , 12 Ottobre 1994, Savignano.

- viola il divieto di raccogliere dichiarazioni auto - indizianti rese senza il rispetto delle garanzie difensive previste dall'art. 63 c.p.p.;
- viola il divieto, concernente le dichiarazioni dei “ confidenti” della polizia e dei servizi di sicurezza, stabilito dall'art. 203 c.p.p. .

### 3. *Prova testimoniale e acquisizione del contenuto delle intercettazioni*

Al fine di chiarire quali siano i rapporti tra la prova testimoniale l' intercettazione il cui risultato la deposizione debba eventualmente avere per oggetto, non è possibile prescindere dalla giurisprudenza della Cassazione<sup>149</sup>. Il Giudice di legittimità, chiamato a statuire in un caso in cui un operatore di polizia giudiziaria era stato citato per testimoniare sui risultati di un' intercettazione telefonica, preliminarmente, hanno rilevato: <<deve escludersi che il fatto che una deposizione testimoniale abbia avuto ad oggetto il contenuto di un'intercettazione telefonica, ne comporti automaticamente l' inutilizzabilità>>. L' inutilizzabilità, infatti, può derivare sia dalla violazione concernente espressi divieti di acquisizione probatoria, sanzionati dall'art. 191 comma 2 c.p.p. (c.d. “inutilizzabilità generale”), sia da una specifica comminatoria normativa fissata in correlazione ad un' acquisizione difforme dai modelli legali (c.d. “inutilizzabilità speciale”).

---

<sup>149</sup> Cort. Cass. Sez. VI, 12 Ottobre 1998.

Tuttavia, occorre rilevare che, dalla disciplina della prova testimoniale, non è possibile ricavare un esplicito divieto di testimonianza sul contenuto di un'intercettazione; quanto alla disciplina delle intercettazioni, gli unici limiti da essa imposti sono quelli previsti nell'art. 271 c.p.p.; limiti che, nel caso di specie<sup>150</sup>, non possono venire in considerazione.

Peraltro, la Suprema Corte ha ritenuto che la prova testimoniale così formata, ove sia finalizzata a far entrare nel processo i risultati di un'intercettazione eseguita in maniera difforme dalla disciplina di cui al capo IV, titolo III, c.p.p.<sup>151</sup>, sia affetta da nullità generale *ex art. 178 lett. c) c.p.p.*<sup>152</sup> (invalidità che, peraltro, nel caso *de quo*, non era più rilevabile, dati i limiti posti dagli art. 180-182 c.p.p.).

Di fronte ad una deposizione sull'oggetto di un'intercettazione - secondo la Cassazione -, ci si deve interrogare sulla legittimità non tanto della deposizione assunta, quanto dell'operazione con cui i risultati dell'intercettazione sono stati introdotti nel processo, attesa la difformità di simile acquisizione dalla disciplina per essa prevista dalla legge.

La Cassazione esclude che si abbia qui inutilizzabilità - generale o specifica -, riconducendo l'ipotesi *de qua* alla classe delle nullità generali; pur non chiarendo le ragioni per cui sarebbero stati violati i diritti della difesa. E' possibile che i giudici di legittimità abbiano voluto implicitamente attribuire alle forme, stabilite dalla legge per la formazione della prova, valore di garanzia quanto al diritto delle parti private di partici-

---

<sup>150</sup> Il ricorso è stato formulato in maniera generica.

<sup>151</sup> Che dispone che le intercettazioni possono essere introdotte nel processo attraverso l'ascolto dei nastri e la lettura delle trascrizioni effettuate a norma del comma dell' art.268 comma 7 c.p.p.

<sup>152</sup> Nullità di ordine generale: << E' sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti [...] c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private, nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante>>.

re al procedimento<sup>153</sup>. Difatti, affinché un atto possa essere sanzionato con la nullità, occorre che tale invalidità sia stata prevista in relazione alla singola violazione nell'ipotesi avvenuta<sup>154</sup>. Di conseguenza, qualora non vi sia alcuna norma specifica in relazione a quella trasgressione, né questa sia riconducibile una delle categorie previste dall'art. 178 c.p.p., la prova sarà affetta da una mera irregolarità.

Nel caso di specie, la deposizione sui risultati delle intercettazioni era stata acquisita nel contraddittorio tra le parti. Pertanto, avvenuta l'escussione orale dell'operatore di polizia giudiziaria, non è apparso lesa alcun diritto difensivo delle parti. Il problema posto era diverso: la prova così formata si può ritenere inficiata da inutilizzabilità?

Al fine di approfondire la questione, sembra utile considerare due profili: il primo riguarda la possibilità di verificare l'esistenza di una forma d'inutilizzabilità speciale sancita dalla normativa sulle intercettazioni, ex art. 271 c.p.p.; il secondo la possibilità di ricercare una inutilizzabilità tra le c.d. inutilizzabilità generali previste dall'art. 191 comma 2 c.p.p. . In relazione al primo profilo, è possibile affermare che la prova è riguardata da invalidità tutte le volte in cui manchino i presupposti e le forme richieste per i provvedimenti autorizzativi; come pure quando non siano state osservate le modalità essenziali delle operazioni prescritte dalla legge.

L'art. 271 sembra riferirsi solo allo svolgimento materiale delle operazioni e non anche alle fasi successive<sup>155</sup>; da ciò discende una distinzione

---

<sup>153</sup> La Sentenza anticipa il *dictum* delle Sezioni Unite nella sent. 23 Maggio 2003 <<Le regole processuali [...] costituiscono una garanzia per i diritti delle parti>>.

<sup>154</sup> In tal senso Sez. VI 13 Febbraio 1998, Magro, in Guida dir., 1998, p.64; Se. I, 11 Maggio 1992, Cannarozzo in Cass. Pen., 1994,, p.1303 con nota di SCILLA, *Sul valore probatorio delle deposizioni assunte anteriormente al mutamento di composizione del collegio giudicante*, 1998.

<sup>155</sup> Sul punto ILLUMINATI, *La disciplina*, cit., che nonostante faccia riferimento al codice abrogato, le considerazioni fatte in tale risultano tuttora condivisibili.

ne tra violazioni inerenti alla fase di *esecuzione* delle intercettazioni, a cui sarà applicabile la disposizione relativa all' inutilizzabilità speciale; e violazioni concernenti le modalità di *acquisizione* della prova, soggette invece alla disciplina delle nullità e delle inutilizzabilità generali.

A supporto di tali considerazioni, bisogna precisare che, secondo quanto dispone l'art. 268 c.p.p., le intercettazioni, pena l' inutilizzabilità, devono essere registrate e, delle operazioni, deve essere redatto verbale<sup>156</sup>; donde si desume che soltanto le suddette modalità di documentazione possono fornire la prova delle notizie acquisite; e che vanno invece escluse prove derivanti da qualsiasi altro mezzo; in particolare, dalla testimonianza di coloro che hanno eseguito l'intercettazione stessa<sup>157</sup>.

Pertanto, sulla base di questa sola argomentazione, la Corte si sarebbe dovuta indirizzare verso l' inutilizzabilità della prova così formata.

Invece, la decisione *de qua*, nell'esaminare la possibilità o non che nella fattispecie sussista un' inutilizzabilità generale, ripropone il dibattito relativo ai criteri di individuazione dei divieti probatori da cui deriva l' inutilizzabilità *ex art. 191 c.p.p.* . In particolare, si tratta della questione se i divieti di cui vi si parla nel co. 1 siano quelli relativi all'ammissione ovvero al momento di acquisizione e formazione della prova.

Parte della dottrina, ritiene che la terminologia utilizzata dall'art. 191 c.p.p., non lasci dubbi sull'applicabilità della disposizione anche alla fase di acquisizione; molte volte, poi, le prescrizioni inerenti alla forma degli atti probatori sono dettate a guisa di divieti, che spesso sono e-

---

<sup>156</sup> Relazione al progetto preliminare, in G.U., 24 Ottobre 1998, n.250, suppl. ord. n. 2, p.70

<sup>157</sup> CORDERO, Commento all'art. 271 c.p.p., in Codice di procedura penale commentato, II ed., Giuffrè 1992, p.315; CAROFIGLIO, La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria, Giuffrè 1998, p.131; CAMON, Le intercettazioni nel processo penale, 1996, p.26; FILIPPI, L'intercettazione di comunicazioni, Giuffrè 1997, p.122; NAPPI, in Lattazzi-Lupo, Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Atti e prove, Libri II e III, Giuffrè, 1997, p.819.

spressamente stabiliti a pena di inutilizzabilità; le violazioni determinano di conseguenza, l'invalidità dell'elaborazione della prova, che viene sanzionata con la rilevazione della inutilizzabilità<sup>158</sup>.

Un secondo indirizzo obietta alla tesi precedente ch'essa sovrappone le due categorie della nullità e della inutilizzabilità; peraltro, in senso contrario, si sostiene che, mentre la nullità va applicata ai casi di inosservanza di regole sulla *forma* degli atti processuali, l'inutilizzabilità deve essere circoscritta alle eventualità di violazione dei divieti<sup>159</sup>. Si è osservato, in particolare, che il riferimento dell'art. 191 co. 1 ai divieti non può essere considerato privo di significato; di conseguenza, l'inosservanza delle modalità di assunzione di una prova, di regola, non rende la prova stessa inutilizzabile: essa lo diventerà soltanto se tale invalidità sia stata prevista dalla legge come effetto della violazione di quella modalità di assunzione.

Altri autori, considerato che il dato testuale delle disposizioni non sempre fa emergere con chiarezza l'esistenza o no di un divieto, suggeriscono di adottare un metodo di stampo sostanzialistico: per l'individuazione di un divieto, si ritiene necessaria la sussistenza di un interesse di natura endoprocessuale o extraprocessuale da tutelare.

Con quest'orientamento hanno concordato le Sezioni Unite; secondo le quali, la nullità e l'inutilizzabilità, pur essendo due categorie separate, operano nella stessa area di patologia della prova, rimanendo però distinte e autonome, perché correlate a presupposti diversi: la prima attiene alle forme di assunzione della prova; la seconda, invece, presuppone la presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità.

---

<sup>158</sup>Grevi, *Le Prove*, in *Compendio di procedura penale*, Conso-Grevi-Bargis, VI ed., Cedam 2012.

<sup>159</sup>LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, II ed., Giappichelli 1995, p.161; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, VI ed.; Giuffrè, p.144; TONINI, *La prova penale*, III ed., Cedam,1999, p.38



Per quanto concerne la fase dibattimentale, poi, va necessariamente considerato l' art. 526 c.p.p.<sup>160</sup>: quest'ultimo fa esplicito riferimento anche alla procedura di acquisizione probatoria, non solo al momento dell'ammissione<sup>161</sup>. Pertanto, la Corte avrebbe dovuto, nel caso in esame, dichiarare la deposizione dell'operatore di polizia giudiziaria *inutilizzabile* per il combinato disposto degli artt. 191 e 526 c.p.p., essendo stata la testimonianza acquisita irritualmente<sup>162</sup>.

In conclusione, nel caso *de quo* si è radicalmente disattesa tutta la normativa inerente all'acquisizione delle intercettazioni: invece di procedere alla lettura delle trascrizioni o all'ascolto delle bobbine, si è tentato di raggiungere lo stesso risultato probatorio attraverso l'applicazione di regole e modalità proprie di un altro mezzo di prova, cioè, della testimonianza; finendosi così per violare il divieto di fungibilità delle modalità di assunzione delle prove, ricavabile dagli artt. 189<sup>163</sup> - 191 - 256 c.p.p. .

---

<sup>160</sup> In particolare art. 526 comma 1 c.p.p. << Il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione, prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento >>.

<sup>161</sup> SCELLA, L'inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale, in Riv. It. Dir. e Proc. Pen., 1992, p. 210.

<sup>162</sup> CIAVOLA, Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche, in Cass. Pen. 200, p.482.

<sup>163</sup> Disponendo che <<Quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. [...] >> apre la possibilità di introdurre prove atipiche nel processo ma, fuori dai limiti tracciati dalla disposizione de qua, è preclusa ogni libertà di prova. Se è certo infatti che il giudice può assumere mezzi di prova non disciplinati, è altrettanto vero che non gli sarà consentito compiere deviazioni dai modelli normativi dei diversi procedimenti probatori.

#### 4. *I limiti alla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*

Risulta qui di palese importanza il contenuto dell'art. 195 c.p.p; in particolare il suo comma 4; e ciò al fine di ben interpretare il *dictum* della Cassazione relativamente al “caso Torcasio”.

La disposizione *de qua*, nella sua vigente formulazione, vieta la testimonianza degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria, sul <<contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni con le modalità di cui agli articoli 351 e 357, comma 2, lettere *a*) e *b*). Negli altri casi si applicano le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 del presente articolo>><sup>164</sup>.

Il divieto ha quindi per oggetto:

- le sommarie informazioni assunte dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini (*ex art. 351 comma 1 c.p.p.*);
- le informazioni assunte da persone imputate in un procedimento connesso o collegato (*ex art. 351 comma 1-bis c.p.p.*);
- le sommarie informazioni rese e le spontanee dichiarazioni ricevute da soggetti indagati (*ex art. 357 comma 2 lett. b) c.p.p.*);
- il contenuto narrativo delle denunce, querele e istanze presentate oralmente (*ex art.357 comma 2 lett. a) c.p.p.*).

---

<sup>164</sup>Il presente comma così è stato così sostituito dall'art. 4, della l. 1 marzo 2001, n. 63, in quanto il testo previgente, che disponeva: <<Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possono deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni>>, era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla C. Cost. con sent. 31 gennaio 1992, n. 24.

Per tutti tale atti è imposto all'organo di polizia l'obbligo di redigere verbale. Si è voluto, così, circoscrivere il divieto della testimonianza indiretta - ripristinato in attuazione del "nuovo" art. 111 Cost. (e a superamento della sentenza costituzionale n. 24 del 1992, che aveva dichiarato illegittima la precedente versione del divieto) - agli atti tipici di contenuto dichiarativo compiuti dalla polizia giudiziaria, soggetti a documentazione mediante la redazione di un apposito verbale.

Una prima questione si pone relativamente all'identificazione degli "altri casi" richiamati dalla clausola: *prima facie* sembrerebbe possibile ritenere che, in mancanza di ulteriori limiti legislativi, siano applicabili le regole in materia di testimonianza indiretta che valgono per i privati.

Peraltro, la soluzione dovrà essere ricercata in modo coerente con la *ratio* della previsione dell' inutilizzabilità; si tratta infatti di un divieto che ha lo scopo essenziale di tutelare il principio di separazione delle fasi: sarebbe irrazionale prevedere l'irrilevanza probatoria degli atti di indagine della polizia, se poi quest'ultima potesse deporre in giudizio sul contenuto dei medesimi<sup>165</sup>.

Ciò premesso, le dichiarazioni *de relato* sul contenuto delle fonoregistrazioni operate polizia giudiziaria saranno inutilizzabili perché pienamente rientranti nel disposto dell' art. 195 co. 4 c.p.p. (anche quando l'autore delle registrazioni venga sentito in dibattimento), postulando infatti il principio del il contraddittorio nella formazione della prova che esige comunque che il giudice possa impiegare ai fini della decisione di merito esclusivamente le dichiarazioni rese in giudizio, argomentando

---

<sup>165</sup> C. Cost. 14 Febbraio 2002, n.32, in cui si stabilisce che il divieto <<lungi dal determinare una irragionevole disparità di trattamento della testimonianza indiretta della polizia giudiziaria rispetto a quella dei privati, risponde [...] all'esigenza, costituzionalmente garantita, di evitare che, attraverso la testimonianza degli operatori di polizia giudiziaria, possa essere introdotto come prova in giudizio, il contenuto di dichiarazioni consacrate in verbali di cui è vietata l'acquisizione>>.

altrimenti, si avrebbe un aggiramento della normativa processuale attraverso l'applicazione della normativa costituzionale<sup>166</sup>.

Diversi però sono stati, in dottrina e in giurisprudenza, i tentativi di ridurre l'ambito di estensione del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria.

Difatti, per Taluno<sup>167</sup>, la mancata verbalizzazione di determinati atti tipici non sarebbe di ostacolo alla testimonianza indiretta; difatti, nella situazione *de qua*, le dichiarazioni non sarebbero state "acquisite" con le modalità previste dagli artt. 351- 357 c.p.p., onde ci si troverebbe in presenza degli "altri casi", in riferimento ai quali l'art. 195 comma 4 ammette l'applicazione agli ufficiali e agli agenti di polizia delle regole generali sulla testimonianza indiretta<sup>168</sup>.

Tale esegesi, però, non appare condivisibile, in quanto porterebbe a far dipendere l'efficacia della regola stabilita dall' art. 195 comma 4 da un comportamento degli stessi organi di polizia; cioè, proprio di quei soggetti la cui attività vuole essere sanzionata dalla norma; si finirebbe quindi, così, con lo svuotare il contenuto della disposizione stessa.

Del resto, bisogna notare che l' inutilizzabilità si impone non solo per preservare la separazione delle fasi e il contraddittorio nella formazione della prova, ma, anche e soprattutto, per garantire il rispetto delle regole

---

<sup>166</sup> La stessa conclusione vale quando ad effettuare la registrazione sia stato un privato incaricato dalla polizia giudiziaria; quest'ultimo infatti, rappresenterebbe solo un mero esecutore materiale dell' operazione e, la sua presenza, non escluderebbe l'operatività del divieto di uso delle registrazioni, così DANIELE, *Natura giuridica e sfera d'uso delle fonoregistrazioni di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria*, in Riv. di Dir. Proc. 2005, p. 1247.

<sup>167</sup> Cass. Sez. III, 4 Marzo 1998, Bodilli, in Cass. pen. 2000, p. 127; Cass. Sez. I, 30 Giugno 1999, Santoro, in Cass. pen., p. 1714; Cass. Sez. II, 29 Novembre 1999, Lanzillotto, Dir. pen. e proc., 2001, p. 2419.

<sup>168</sup> CURCIO, *Divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria. Il punto di vista dell' accusa*, in Dir. pen. proc. 2002, p. 1388; FANULI, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria alla luce della legge n. 63 del 2001: un mero ripristino del divieto caducato della consulta*, in Arc. nuov. proc. pen. 2002, p.459 ss.; MARI: *testimonianza de relato, divieti probatori e libero convincimento*, in Dir. e giust. pen. 2003, p. 79 ss.

sulla verbalizzazione degli atti di indagine. Alla base di una simile tutela, si pone la presunzione legislativa che il contenuto della dichiarazione di una persona informata sui fatti sia rappresentato più fedelmente da uno scritto che da una deposizione *de relato*<sup>169</sup>.

Ed allora, il presupposto operativo del divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria non può essere costituito dal fatto che la verbalizzazione (la quale è un atto dovuto) sia avvenuta; bensì consiste nella mera circostanza che le dichiarazioni siano state raccolte dalla polizia giudiziaria nell'ambito di un atto di indagine preordinato alla loro acquisizione. Gli <<altri casi>>, cui la clausola fa riferimento, concernono invece <<le dichiarazioni di contenuto narrativo [...] rese da terzi e percepite dal funzionario della polizia giudiziaria al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione delle medesime, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di polizia giudiziaria, ciascuno nella propria qualità>><sup>170</sup>.

Un diverso orientamento, nel tentativo di restringere il campo operativo dell'art. 195 comma 4, parte dalla considerazione per cui la disposizione parla solo di *testimoni*; ciò presupporrebbe che i dichiaranti siano

---

<sup>169</sup> CONTI, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n.63 del 2001*, in Cass. pen. 2005, p. 687; CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 71; CARINI, *Vecchio e nuovo in tema di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in Giur. merito 2004, p. 578

<sup>170</sup> Così C. Cass. Sez. Un. 28 Maggio 2003, Torcasio; Con varie sfumature anche APRATI, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, cit., p. 1011; FILIPPI, *Le sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto <<attrezzato per il suono>>*, cit., p.2110; ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in Cass. pen. 2003, p. 660; LONGO, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un banco di prova dei principi sul <<giusto processo>>*, in Cass. pen. 2004; p.4189; GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, Riv. dir. proc., 1992, p.1131 ss.; FONTI, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in assenza di verbalizzazione dell'atto dichiarativo*, in Giur. It. 2004, p.1917. In giurisprudenza: Trib. Bologna sez. II, 19 Settembre 2002, Tatti, in Cass. pen. 2003, p.658 ss; Trib. Macerata, 3 Aprile 2002, Buongarzone, in Arch. nuova proc. pen., 2002, p. 456.

effettivamente sentiti in giudizio; perciò il divieto non opererebbe quando la deposizione sia divenuta irripetibile o le parti rinuncino all'escussione dibattimentale<sup>171</sup>.

La teoria *de qua*, risulta facilmente confutabile: l'art. 195 co. 4 non allude alla testimonianza in senso stretto, onde non esige che l'autore delle dichiarazioni sia sentito in dibattimento come testimone<sup>172</sup>.

Infine, si è sostenuto che la testimonianza indiretta della polizia giudiziaria va consentita in tutte le ipotesi in cui sarebbe utilizzabile il verbale dell'atto di indagine contenente le dichiarazioni; sarebbe infatti irrazionale ammettere l'acquisizione di un verbale e, allo stesso tempo, impedire al suo autore di testimoniare<sup>173</sup>.

Questa soluzione non sembra tuttavia da condividere: va considerato che, tra le finalità del divieto probatorio posto dall'articolo in commento, vi è anche quella di tutelare, sia pure indirettamente, il rispetto delle regole di verbalizzazione degli atti di indagine, vietando che la testimonianza indiretta surroghi il verbale di sommarie informazioni.

In conclusione: per un verso, l'inutilizzabilità opera anche quando il verbale delle dichiarazioni sarebbe utilizzabile ai fini stabiliti dalle regole generali in materia di atti d'indagine. La fonoregistrazione non potrà essere utilizzata per disporre una misura cautelare<sup>174</sup>, né un mezzo di ricerca della prova, né per valutare la fondatezza di una richiesta di rinvio

---

<sup>171</sup>PULEIO, La testimonianza indiretta, in Cass. pen. 2003, p.2121.

<sup>172</sup>PERONI, La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata, in Giur. cost. 2002, p. 299; E' possibile che <<il legislatore abbia voluto riferirsi a coloro che, nella fasi delle indagini sono, per così dire, testimoni in pectore, ovvero sono potenzialmente tali>> così, BALSAMO-LO PIPARO, La prova "per sentito dire", Giuffrè 2004, p. 217.

<sup>173</sup>Così GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria ( art. 195 comma 4 c.p.p)*, in Aa. Vv., *Giusto processo*, Milano 2001, p. 367.

<sup>174</sup>Contrariamente Cass. Sez. I, 28 Gennaio 2003, Rizzitano, la quale afferma che l'inutilizzabilità derivante dall'art. 195 comma 4 sarebbe <<assoluta ma non originaria>> con la conseguenza che, la testimonianza in diretta, nel caso di cui trattasi, la fonoregistrazione, sarebbe utilizzabile ai fini dell'applicazione di una misura cautelare.

a giudizio né, in dibattimento ai fini delle contestazioni *ex art. 500 comma 2 c.p.p.*; e neppure, infine, potrà valere come prova, quando il codice preveda una deroga al contraddittorio, versandosi in una delle situazioni riconducibili alle eccezioni previste dall'art. 111 comma 5 Cost. .

Per altro verso, il divieto di uso dovrà essere considerato efficace non solo in *damniosis*, ma anche in *utilibus*<sup>175</sup>, in quanto la fonoregistrazione è stata ottenuta violando le regole di documentazione degli atti e, perciò, considerata meno affidabile del verbale che dovrebbe sostituire.

##### 5. *Dichiarazioni del confidente e testimonianza indiretta*

La Cassazione<sup>176</sup>, attraverso l'enunciazione degli esposti principi di diritto, pare essersi uniformata a quegli interventi del Giudice delle leggi<sup>177</sup> che hanno evidenziato il senso del principio del contraddittorio nella formazione della prova previsto dall'art. 111 comma 4 Cost. . In questo senso, si è affermato:

*<<da questo principio con il quale il legislatore ha dato formale riconoscimento al contraddittorio come metodo di conoscenza dei fatti oggetto di giudizio, deriva quale corollario il divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi>>; << l'art. 111 Cost. ha espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva*

---

<sup>175</sup> Così DANIELE, *Natura giuridica e sfera d'uso della fonoregistrazione di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria*, cit., p. 1251; Contra: FILIPPI, *Le sezioni unite decretano la morte dell' <<agente segreto attrezzato per il suono>>* cit, p. 2101, secondo cui le registrazioni sarebbero utilizzabili a favore dell'imputato.

<sup>176</sup> Cass. sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, Torcasio.

<sup>177</sup> C. Cost. 32/2002; Ordinanza n. 36/2002

*dell'impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica delle parti>>.*

La Cassazione conclude quindi per l' inutilizzabilità probatoria dei materiali fonografici rappresentativi di sommarie informazioni, rese alla polizia giudiziaria da persone a conoscenza di circostanze utili ai fini delle indagini; e ciò per evitare l' aggiramento delle regole sulla formazione della prova testimoniale in dibattimento. Tanto posto, Essa ritiene che la stessa conclusione debba inerire al *dictum* formalmente extraprocessuale dell'indiziato, indagato od imputato in un procedimento connesso o collegato; sempre che la dichiarazione si collochi in un contesto di ricerca investigativa preordinato alla sua acquisizione.

Difatti, se, nei casi *de quibus*, si consentisse l'acquisizione del documento fonografico, si consentirebbe un facile aggiramento del disposto di cui all'art. 63 comma 2 c.p.p., che vieta qualsiasi utilizzo delle dichiarazioni rese dall'indagato alla polizia giudiziaria in mancanza delle prescritte garanzie difensive. Le medesime considerazioni valgono relativamente alle dichiarazioni rese dagli "informatori" di polizia giudiziaria e incise su nastro magnetico.

Riguardo a quest'ultimo tipo di materiale, le Sezioni Unite, richiamano il primo comma dell'art. 203 c.p.p., per il quale le informazioni fornite dai confidenti non possono essere acquisite né utilizzate se i predetti non sono esaminati come testimoni<sup>178</sup>. La sanzione, così formulata dalla clausola, si inserisce direttamente nelle fasi di ammissione e assunzione della prova, dovendosi escludere che possa riguardare il momento della sua valutazione. Peraltro, la disposizione non appare formulata in

---

<sup>178</sup> L'operatività della norma è stata espressamente estesa mediante l'inserimento del comma 1-*bis* ad opera dell'art. 7 della legge n. 63 del 2001, alle fasi diverse dal dibattimento.



modo perfetto: se dal testo potrebbe desumersi un divieto assoluto di acquisire le informazioni non qualificate nella fonte - cioè quelle di cui il testimone riferendosi per la conoscenza dei fatti ad altra persona, si rifiuta o non è in grado di indicare successivamente la persona o la fonte da cui ha appreso le notizie -, il divieto non risulta in termini di assolutezza per quanto concerne gli appartenenti alla polizia giudiziaria chiamati a deporre sul contenuto delle informazioni confidenziali: si pensi al caso in cui un agente o un ufficiale, sentito in dibattimento, risponda nel merito alle domande, precisando solo in un momento successivo che si tratta di conoscenze acquisite da una fonte di cui non intende rivelare il nome. Le informazioni confidenziali, attraverso un simile *escamotage*, verrebbero acquisite al materiale dibattimentale, ma non potrebbero essere utilizzate.

Ai fini dell'utilizzabilità, il legislatore ha previsto il principio del necessario esame. Così si estendono le forme e le modalità previste per l'escussione del testimone al confidente che rende informazioni alla polizia giudiziaria, irrigidendo ulteriormente la regola generale della testimonianza indiretta<sup>179</sup>; secondo quest'ultima disciplina, infatti, l'audizione della persona che abbia una conoscenza diretta dei fatti è obbligatoria soltanto quando una parte ne faccia richiesta; altrimenti è rimessa alla facoltà del giudice; il quale può invece decidere legittimamente di utilizzare il contenuto della testimonianza indiretta, senza necessità di escutere la fonte di riferimento<sup>180</sup>.

In proposito, è interessante notare come la Suprema Corte stabilisca un importante nesso tra l' art. 195 comma 7 e l'art. 203 comma 1 c.p.p. La prima disposizione - rileva la Cassazione - stabilisce un divieto gene-

---

<sup>179</sup> Prevista dall'art. 195 comma 1 e 2 c.p.p.

<sup>180</sup> PISANI, Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia, Giuffrè, 2007, p. 195.

rale laddove stabilisce che <<non può essere utilizzata la testimonianza di chi si rifiuta o non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame>>. Il materiale probatorio proveniente dai confidenti<sup>181</sup> di polizia giudiziaria, in quanto di norma assunto in fase di attività investigativa - più lontana dal (e refrattario al) controllo giurisdizionale -, viene considerato oggettivamente più pericoloso ed inaffidabile; tanto più quando venga acquisito in forma mediata; da qui l'obbligatorietà della diretta escussione, qualora del dichiarante vengano fornite le generalità.

Insomma, il divieto di utilizzo sancito dall'art. 203 ha una portata più limitata: per un verso, la testimonianza indiretta non potrà ritenersi utilizzabile quando l'informatore non deponga per morte, infermità o irreperibilità; per un altro, nondimeno la testimonianza del funzionario acquisterà piena utilizzabilità tutte le volte in cui l'informatore abbia deposto in dibattimento; e ciò a prescindere dalle modalità con cui le sue dichiarazioni siano state documentate<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Per tale intendendosi un soggetto con cui la polizia giudiziaria abbia rapporti stabili, latu sensu sinallagmatici, che, a fronte delle informazioni ricevute, vincola il <<committente>> al segreto sull'identità del dalatore ed, eventualmente, allo corresponsione di una contropartita, Così BRUNO, Informatori della polizia, in Dig. disc. pen. vol VII, Torino 1993, p. 3, nota 9.

Sul rapporto tra confidente e polizia giudiziaria ancora, C. Cass. 28 maggio, 2003. n. 36747 <<Il tratto distintivo del confidente è [...] nella volontà, nel consenso del soggetto ad offrire notizie, con l'assicurazione, garantita dalla legge processuale, di restare in incognito: nel rapporto confidente-polizia, non c'è inganno; esso si regge sulla fiducia; la polizia protegge la fonte informativa e la esclude [...] da ripercussioni processuali>>.

<sup>182</sup> BALSAMO-LO PIPARO, La prova "per sentito dire", cit, p. 297; CAPRIOLI, Palingenesi di un divieto probatorio, cit., p.84.

6. *La lettura delle dichiarazioni irripetibili e il diritto all'esame diretto del testimone*

Un' ultima questione le Sezioni Unite hanno affrontato nella sentenza *de qua*: l'applicabilità o non al caso di specie dell' art. 512 c.p.p.<sup>183</sup>.

La norma, disponendo quanto al caso di irripetibilità sopravvenuta di atti assunti in sede di indagini preliminari, prevede una forma di recupero del materiale probatorio di cui, imprevedibilmente, sia divenuta impossibile la ripetizione; il che appare conciliarsi perfettamente col principio di non dispersione dei mezzi di prova.

In particolare, l'applicabilità della clausola dipende da due condizioni:

- la sopravvenienza di una situazione imprevedibile nel momento in cui l'atto è stato compiuto;
- la non reiterabilità dell' atto per effetto di una situazione non ordinariamente superabile.

La valutazione delle condizioni *de quibus* è demandata esclusivamente al giudice. Questi, nella valutazione della prima, dovrà ricorrere ad una prognosi postuma, sorretta, ovviamente, da una motivazione adeguata e conforme alle regole della logica; mentre, in ordine alla seconda, dovrà accertare la natura oggettiva dell'impossibilità di formazione della prova in contraddittorio; la quale evenienza dovrà essere apprezzata libera-

---

<sup>183</sup> Che dispone al comma 1: << Il giudice, a richiesta di parte, dispone che sia data lettura degli atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero dai difensori e dalle parti private e dal giudice nel corso dell' udienza preliminare quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione>>.

mente, non in termini di “mera difficoltà”, ma di realistica impossibilità di dare corso, nel dibattimento, all’assunzione della prova.

Anche dopo l’integrazione dell’art. 111 Cost., potranno essere lette ed acquisite al fascicolo dibattimento, *ex art. 512 c.p.p.*, le dichiarazioni rese da un teste nella fase delle indagini, qualora lo stesso, per cause imprevedibili al momento del suo esame, risulti irreperibile. Va precisato, però, che, ove il testimone abbia deliberatamente evitato di comparire, per sottrarsi all’esame, le sue precedenti dichiarazioni non potranno essere utilizzate come prova della colpevolezza, ai sensi dell’art. 526 comma 1-*bis* c.p.p.<sup>184</sup>.

Secondo la Cassazione, la disposizione di cui all’ art. 512 è applicabile anche in caso di irreperibilità del dichiarante. Difatti, tale situazione è, in sé considerata, un dato neutro; la cui verifica, però, non deve essere meramente burocratica o routinaria, ma va svolta in estremo rigore, in modo tale da escludere che la non reperibilità sia conseguenza di una scelta volontaria del dichiarante, effettuata per sottrarsi all’esame da parte dell’imputato o del suo difensore<sup>185</sup>.

Soltanto se si siano osservate tali modalità, potrà essere giustificata la deroga al principio costituzionale della formazione della prova nel contraddittorio delle parti<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> ILLUMINATI, *Il giudizio*, in Compendio di procedura penale a cura di Conso-Grevi-Bargis, VI ed., Cedam, 2012, p. 823.

<sup>185</sup> In tal caso, infatti, si presuppone la potenziale attuabilità in dibattimento dell’audizione.

<sup>186</sup> Nello stesso senso: DAWAN, *Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p.82.

## *7. Orientamenti della giurisprudenza costituzionale*

Sebbene la pronuncia delle Sezioni Unite abbia dato l'unica interpretazione costituzionalmente corretta della disciplina relativa alla testimonianza indiretta di polizia giudiziaria e dell'ingresso nel processo della registrazione effettuata tra la stessa e i suoi "confidenti", l'art. 195 comma 4 c.p.p. è stato oggetto di ulteriori pronunce da parte della Corte costituzionale.

In particolare, una questione s'è posta relativamente ad un procedimento penale per associazione a delinquere di stampo mafioso e tentata estorsione aggravata: nel suo corso, la Cassazione aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 195, comma 4, 627, comma 3, e 628, comma 2 c.p.p. .

La Corte remittente premetteva che l'imputato, sottoposto al suo giudizio, era stato ritenuto responsabile, dalla Corte d'assise di Reggio Calabria, di tutti i reati a lui ascritti e condannato; successivamente, la Corte d'assise d'appello lo aveva assolto da uno dei delitti a lui ascritti riducendo conseguentemente la pena. La Cassazione<sup>187</sup> aveva successivamente annullato la sentenza d'appello con rinvio al giudice di secondo grado, limitatamente all'assoluzione per il delitto di tentata estorsione aggravata. La Corte d'assise d'appello di Reggio Calabria, chiamata ad un secondo giudizio, aveva quindi condannato l'imputato anche per il delitto in contestazione, confermando nella sostanza la sentenza di primo grado e ricalcolando la pena.

E' importante puntualizzare che giudice di primo grado aveva affermato la responsabilità penale dell'imputato anche per il delitto di tentata

---

<sup>187</sup>Con sentenza del 14 febbraio 2002.

estorsione aggravata; e ciò sulla base delle dichiarazioni di due funzionari di polizia giudiziaria, i quali avevano riferito che l'episodio era stato loro narrato da un terzo, con dichiarazioni rese "fuori verbale". Sul punto erano stati svolti, in dibattimento, i dovuti confronti; e la Corte d'assise di primo grado aveva ritenuto di riscontrare in tal modo le dichiarazioni non verbalizzate.

Di diverso avviso era stato il giudice d'appello, secondo cui la natura informale del colloquio tra i funzionari di polizia ed il terzo erano motivo di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese dai primi, con conseguente assoluzione dell'imputato sul punto. La Suprema Corte, però, aveva annullato la sentenza d'appello, adducendo di non ritenere corretta la valutazione in termini di inutilizzabilità; ed affermando, nel contempo: «le dichiarazioni non verbalizzate, rese dalla persona offesa potevano essere oggetto di testimonianza indiretta da parte di ufficiali di polizia giudiziaria».

Il giudice di rinvio, pur prendendo atto del nuovo orientamento della Cassazione<sup>188</sup>, si è ritenuto vincolato, ai sensi dell'art. 627, comma 3, c.p.p., al principio di diritto precedentemente enunciato; ed ha quindi deciso per la condanna dell'imputato, valutando anche le testimonianze *de relato* dei due funzionari di polizia.

Il difensore dell'imputato, di conseguenza, ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 195, comma 4 c.p.p., nella parte in cui non prevede che non siano utilizzabili le dichiarazioni acquisite da parte della polizia giudiziaria da persone informate sui fatti, anche senza le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere *a)* e *b)*, del codice stesso. Il ricorrente, ha ricordato, inoltre, che le Sezioni Unite della Cassazione, con

---

<sup>188</sup> Espresso nella sentenza 28 marzo 2003 n. 36747.

la menzionata sentenza Torcasio, hanno stabilito che il divieto di testimonianza indiretta da parte degli ufficiali di polizia giudiziaria vale tanto per le dichiarazioni da loro ritualmente documentate, quanto per quelle non verbalizzate; tale interpretazione è stata ritenuta dagli stessi giudici, come l'unica costituzionalmente accettabile, rendendo in tal modo incostituzionale quella resa dalla medesima Corte nel giudizio in corso, alla quale il giudice di rinvio si è adeguato.

Il problema, si è posto, nel caso specifico, in sede di giudizio di rinvio, in quanto il *dictum* affermato dalla sentenza di annullamento è immodificabile da parte del giudice e sottratto a ulteriori mezzi di impugnazione, acquistando autorità di giudicato interno.

Al giudice remittente, peraltro, «sembra incongruo, irragionevole e iniquo che il giudice di rinvio debba ritenersi vincolato a un'interpretazione *contra Constitutionem* fornita dal giudice di legittimità e smentita da una successiva sentenza delle Sezioni Unite». Di qui la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 627, comma 3, e 628, comma 2, c.p.p., in quanto, nel caso *de quo* non ci si potrebbe adeguare all'orientamento giurisprudenziale di cui alla sentenza Torcasio. Diversamente operando, vi sarebbe anche una violazione del principio di uguaglianza, perché si verificherebbe un'irragionevole disparità di trattamento tra l'indagato/imputato a carico del quale siano state rese dichiarazioni verbalizzate dalla polizia giudiziaria, e colui nei confronti del quale tale verbalizzazione non sia stata compiuta.

Il Giudice delle leggi ritiene, però, che questione di legittimità costituzionale dell'art. 627, comma 3 c.p.p. debba essere respinta perché manifestamente infondata, per erroneità del presupposto interpretativo, sebbene reidui la questione relativa all'art. 195 comma 4 c.p.p.

Per la Corte costituzionale, le Sezioni Unite, successivamente alla sentenza di cassazione con rinvio, hanno adottato un'interpretazione della disposizione in oggetto difforme da quella che fonda il principio di diritto enunciato. Ciò nulla toglie alla vincolatività di questo; sicché lo scrutinio deve avere ad oggetto la disposizione così come interpretata dalla sentenza di cassazione con rinvio; essendo infatti irragionevole e, nel contempo indirettamente lesivo del diritto di difesa e dei principi del giusto processo, ritenere che la testimonianza *de relato* possa essere utilizzata, qualora si riferisca a dichiarazioni rese con modalità non rispettose delle disposizioni degli artt. 351 e 357, comma 2, lettere *a)* e *b)*, c.p.p., pur sussistendo le condizioni per la loro applicazione; mentre non lo sia qualora la dichiarazione sia stata ritualmente assunta e verbalizzata. Si finirebbe, infatti, per dare rilievo processuale ad atti processuali compiuti eludendo obblighi di legge; mentre sarebbero in parte inutilizzabili quelli posti in essere rispettandoli.

Per tali motivi, La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 195, comma 4, ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria non possano essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lettere *a)* e *b)*, c.p.p, e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup>Così: C. Cost.30 luglio 2008 n. 305.



## CONCLUSIONI

L'*iter* argomentativo fin qui svolto, porta ad una serie di conclusioni. In linea generale, la legislazione si sia evoluta al fine di tipicizzare, quanto più possibile, la forma e le modalità delle intercettazioni ambientali, prevedendone limiti e presupposti. Relativamente alle registrazioni effettuate dall'interlocutore della conversazione, si è osservato come la giurisprudenza si sia espressa in maniera diversa in relazione alle qualità del partecipante e ai luoghi di svolgimento.

Prese le mosse dal processo "Lavorini", passata per il caso "Miano" e concluso con la sentenza "Torcasio", la giurisprudenza si è espressa nel senso di ammettere, di regola, l'acquisizione e l'utilizzo della registrazione di una conversazione effettuata da parte dell'interlocutore che sia soggetto privato, in quanto operazione non costituente intercettazione (in difetto della terzietà del captante) e, di conseguenza, non soggetta ai limiti derivanti dalla Costituzione che, all' art 15, tutela la segretezza delle comunicazioni: tale protezione non si estende anche alla riservatezza, oggetto di un diritto che trova tutela, nel nostro ordinamento, soltanto in via mediata. Pertanto, la registrazione del colloquio - sempre che rispetti le regole relative ai segreti previste nel codice penale - potrà essere acquisita al processo come documento, *ex art 234 c.p.p.* .

La questione è risultata di maggiore difficoltà nel caso in cui registrazione, in qualità di interlocutore, avvenga da parte di un operatore di polizia giudiziaria: questi, attraverso simile particolare tipo di documentazione, potrebbe non solo aggirare le regole impostegli dalla legge nella raccolta degli elementi probatori, ma anche introdurre nel processo materiale probatorio che, altrimenti, non potrebbe entrare nel patrimonio conoscitivo del giudice.

L'interrogativo nasce dalla disposizione di cui al quarto comma dell'art.195 c.p.p.: vi si vieta alla polizia di testimoniare relativamente alle sommarie informazioni assunte dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini (*ex art. 351 comma 1 c.p.p.*), da persone imputate in un procedimento connesso o collegato (*ex art. 351 comma 1-bis c.p.p.*), da soggetti indagati (*ex art. 357 comma 2 lett. b) c.p.p.*); nonché al contenuto narrativo di denunce, querele od istanze presentate oralmente (e raccolte *ex art. n357 comma 2 lett. a) c.p.p.*). In tali casi, difatti, se si ammettesse l'uso della conversazione registrata o fatta registrare dal poliziotto, si autorizzerebbe quest'ultimo ad una testimonianza indiretta "*atipica*".

Molte sono state le decisioni costituzionali relative al divieto suddetto.

In un primo momento, il Giudice delle leggi<sup>190</sup> dichiarò illegittimo il divieto formulato nella originaria versione dell'art. 195, in quanto ritene trattarsi di una deroga all'ordinario regime della testimonianza indiretta; deroga sfornita di "ragionevole giustificazione", rispetto alla regola generale che attribuisce ad ogni persona la capacità di testimoniare.

In realtà, il punto debole della sentenza stava nel non aver tenuto in adeguata considerazione una fondamentale esigenza sottesa all'originaria formulazione dell' art. 195 comma 4 c.p.p.: l'impossibilità di conciliare la testimonianza indiretta sugli atti di indagine, da parte degli organi pubblici già investiganti, con i principi dell'oralità e dell'immediatezza che devono presiedere all'istruttoria dibattimentale.

Il divieto di testimonianza indiretta da parte degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria è stato re - introdotto dall' art. 4 l. n. 63 del

---

<sup>190</sup> C. Cost. 31 Gennaio 1992, n. 24.

2001, pur con taluni limiti; e ciò, al fine di bilanciare i diversi valori che ispirano il vigente ordinamento. Per di più, in particolare, con la nuova disciplina il legislatore ha imposto la verbalizzazione degli atti come unica fonte di conoscibilità delle prove di accusa alla chiusura delle indagini preliminari.

Le Sezioni Unite, chiamate a statuire relativamente all'utilizzo, in sede processuale delle registrazioni effettuate in veste di interlocutore all'insaputa dei suoi "confidenti", si è espressa per l' inutilizzabilità di tali fonoregistrazioni, in tutti casi in cui le stesse siano state compiute in violazione degli artt. 62, 63, 203 e 195 comma 4 c.p.p. .

L'*iter* logico seguito dalla Suprema Corte ha il merito di affrontare la questione senza mai perdere di vista il principio del contraddittorio nella formazione della prova, costituzionalizzato dalla legge n. 2 del 1999<sup>191</sup>, evitando così di cadere nelle logiche inquisitorie precedentemente invalse.

La sentenza ha fornito dell'art. 195 l'unica interpretazione costituzionalmente conforme; ritengono infatti le Sezioni Unite che il divieto di testimonianza indiretta, imposto alla polizia dal quarto comma dell' art. 195, non debba riferirsi soltanto agli atti per cui la medesima abbia un obbligo di verbalizzazione, ma anche a tutti quegli atti che la stessa avrebbe dovuto documentare con le forme previste dalla legge; e ciò al fine di evitare che elementi probatori, non ammissibili né acquisibili al processo, possano entrarvi per libera scelta delle modalità documentative da parte degli organi investigativi.

Al fine di eliminare ulteriori dubbi - che, nonostante la commentata pronuncia della Cassazione, hanno continuato ad alimentare la giuri-

---

<sup>191</sup> L. 63/2001.

sprudenza - la Corte costituzionale, con sentenza n. 305 del 2008, ha dichiarato illegittimo l' art. 195 comma 4 c.p.p., ove fosse interpretato nel senso di vietare che gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possano essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni *soltanto* se queste siano state acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. *a)* e *b)*, c.p.p.; e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate.

Sembra essere stato in tal modo plausibilmente definito il precedente dibattito dottrinario e giurisprudenziale relativo all'ammissibilità o non delle registrazioni di colloqui effettuate dall'interlocutore.

## BIBLIOGRAFIA

**APRATI**, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle sommarie informazioni annotate e deroghe al principio della formazione della prova in contraddittorio*, in Cass. Pen., 2004.

**BALDUCCI**, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002.

**BALSAMO-LO PIPARO**, *La prova “per sentito dire”*, Giuffrè, 2004.

**BARGI – FURFARO**, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale. Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, diretto da Bargi, vol. II, Torino, 2008.

**BARILE – CHELI**, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962.

**BOLOGNESI**, *La disciplina delle intercettazioni a fronte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. e proc.* 1996.

**BRICOLA**, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1967.

**BRUNO**, *Informatori della polizia*, in *Dig. disc. pen.* vol VII, Torino 1993.

**BRUNO**, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 2002.

**CAMON**, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996;

**CAPRIOLI**, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000.

**CAPRIOLI**, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 1991.

**CAPRIOLI**, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia nel rinnovato assetto processuale*, in Kostoris, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Torino 2002.

**CARINI**, *Vecchio e nuovo in tema di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in *Giur. merito* 2004.

**CARLI**, *Commento all'art. 266bis*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da Conso-Grevi, Cedam, Padova 1987.

**CARMONA**, *L' inutilizzabilità delle registrazioni telefoniche alla luce del diritto al rispetto della corrispondenza sancito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.* 2000.

**CAROFIGLIO**, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, Giuffrè, 1998.

**CERVETTI**, *Captazione indebita di dialoghi tra imputati detenuti*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1976.

**CHIAVARIO**, *Processo e garanzie della persona*, 2 ed., Milano, 1982.

**CIAVOLA**, *Prova testimoniale e acquisizione per il suo tramite del contenuto delle intercettazioni telefoniche*, in Cass. Pen. 2000.

**CONTI**, *Questioni controverse in tema di prova dichiarativa a quattro anni dalla legge n.63 del 2001*, in Cass. pen. 2005.

**CORDERO**, *Commento all'art. 271 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, II ed., Giuffrè, 1992.

**CORDERO**, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963.

**CORDERO**, *Procedura penale*, Milano, 2006.

**CURCIO**, *Divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria. Il punto di vista dell'accusa*, in Dir. pen. proc. 2002.

**D'AJELLO**, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in Riv. pen. econ., 1990.

**DANIELE**, *Natura giuridica e sfera d'uso delle fonoregistrazioni di dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria*, in Riv. Dir. Proc., 2005.

**DAWAN**, Il commento, in Dir. pen. e proc., 2004.

**DEAN**, *In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute: dall'art. 225 "quinqüies" c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p.*, 1988, in Giur. it., 1990.

**DE STEFANO**, *Colloqui registrati dalla p.g. all'insaputa dell'interlocutore <<informato sui fatti>>: la problematica configurazione fra legalità delle indagini e ricerca della prova <<inconfutabile>>*, in Cass. Pen. 2003.

**DELL'ANDRO**, *Colloqui registrati ed uso probatorio*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984.

**DI CIOLO - DI MUCCIO**, *L'intercettazione telefonica e il diritto alla riservatezza*, Milano, 1974.

**DINACCI**, *Irrilevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in Giur. It. II 68, 1994.

**ERCOLI**, *Registrazioni di colloqui tra detenuti e uso processuale*, in Quest. Giust., 1987.

**FANULI**, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria alla luce della legge n. 63 del 2001: un mero ripristino del divieto caducato della consulta*, in Arc. nuov. proc. pen. 2002.

**FERRUA**, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo: la difficile ricerca di nuovi equilibri processuali*, in Id., Studi sul processo pena-



le, vol. III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997.

**FILIPPI**, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, 1997.

**FILIPPI**, *Le Sezioni unite decretano la morte dell'agente segreto "attrezzato per il suono"*, in Cass. pen. 2004.

**FILIPPI**, voce Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.), in Enc. dir., Agg. VI, Milano, 2002.

**FOIS**, *Introduzione*, in *Intercettazioni telefoniche e rispetto della vita privata*. A cura di Fortunato Cocco, Servizio studi, legislazione e inchieste parlamentari, 1973.

**FONTI**, *Sul regime di inutilizzabilità delle registrazioni di colloqui tra operatori di polizia giudiziaria e informatori*, in *Indice Penale* 2004.

**FONTI**, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria in assenza di verbalizzazione dell'atto dichiarativo*, in *Giur. It.* 2004.

**FUMU**, *Intercettazioni in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da Chiavario-Marzaduri, *Le prove*, II, Torino, 1999.

**FUMU**, sub art. 266 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990.

**FURFARO**, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006.

**GAETA**, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4 c.p.p)*, in Aa. Vv., *Giusto processo*, Milano 2001.

**GIOSTRA**, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, Riv. dir. proc., 1992.

**GREVI**, *Appunti in tema di intercettazioni telefoniche operate dalla polizia giudiziaria*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1967,

**GREVI**, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Giuffrè, II ed., 1982.

**GREVI**, *Le «novelle» del luglio 1984: verso un recupero di garanzie in tema di libertà personale*, in AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, Padova, 1985.

**GREVI**, *Le Prove*, in *Compendio di procedura penale*, Conso-Grevi-Bargis, VI ed., Cedam 2012.

**GREVI**, *Un caso di registrazione di colloqui fra persone presenti in Ind. pen.* 1976.

**ILLUMINATI**, *Il giudizio*, in *Compendio di procedura penale* a cura di Conso-Grevi-Bargis, VI ed., Cedam, 2012.

**ILLUMINATI**, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in Cass. pen. 2003.

**ILLUMINATI**, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Giuffrè, 1983.

**ITALIA**, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963.

**LONGO**, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: un banco di prova dei principi sul <<giusto processo>>*, in Cass. pen. 2004.

**LOZZI**, *Lezioni di procedura penale*, II ed., Giappichelli, 1995.

**MANTOVANI**, *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, in Arch. giur. 1968.

**MARI**, *Testimonianza de relato, divieti probatori e libero convincimento*, in Dir. e giust. pen. 2003.

**MARINELLI**, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007.

**MURONE**, *In tema di utilizzabilità delle registrazioni private di conversazioni tra presenti*, in Giust. Pen., 1995.

**NAPPI**, *Guida al codice di procedura penale*, X ed.; Giuffrè, 2007.

**NAPPI**, in Lattazzi-Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina. Atti e prove*, Libri II e III, Giuffrè, 1997.

**PACE**, Commento all'art. 15 Cost., in Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna, 1977.

**PARODI**, *Le intercettazioni*, Torino, 2002.

**PERONI**, *La testimonianza indiretta della polizia giudiziaria: verso una nozione di contraddittorio costituzionalmente orientata*, in Giur. cost. 2002.

**PISANI**, *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Giuffrè, 2007.

**PRIMICERIO**, *Il regime delle intercettazioni effettuate dal privato mediante strumenti forniti dalla polizia giudiziaria*, in Cass. pen. 2004.

**PULEIO**, *La testimonianza indiretta*, in Cass. pen. 2003.

Relazione al progetto preliminare, in G.U., 24 Ottobre 1998, n.250, suppl. ord. n. 2

Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale, in Gazz. Uff., 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 250.

**SABATINI**, *Illegittimità costituzionale degli articoli 226 e 309 del codice di procedura penale*, in Giust. pen., 1973, I;

**SCAPARONE**, *In tema di indagini di polizia giudiziaria condotte per mezzo di un agente segreto <<attrezzato per il suono>>* in *Giur. Cost.*, II, 1998.

**SCELLA**, *Sul valore probatorio delle deposizioni assunte anteriormente al mutamento di composizione del collegio giudicante*, in *Cass. Pen.* 2004.

**SCELLA**, *L' inutilizzabilità della prova nel sistema del processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. Pen.*, 1992.

.

**SPANGHER**, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994.

**TONINI**, *La prova penale*, IV ed. Padova, 2000.

**UMBERTIS**, *Documenti e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990*, vol. II Milano, 1991.

**VASSALLI**, *I metodi di ricerca della verità e la loro incidenza sull'integrità della persona umana*, in *Riv. pen.*, 1972.

**ZENCOVICH**, Art. 8, in *AA.VV., Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole – Raimondi– Conforti, Padova, 2001.