

M. Bontempelli - V. Bozio - E.M. Catalano - C. Conti
A. Diddi - P. Felicioni - P. Ferrua - L. Filippi - B. Lavarini
P. Maggio - F. Novario - P. Rivello - N. Rombi
S. Ruggeri - L. Scomparin - N. Triggiani - P. Ventura



La prova penale

a cura di

PAOLO FERRUA

ENRICO MARZADURI

GIORGIO SPANGHER



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

La prova penale

M. Bontempelli - V. Bozio - E.M. Catalano - C. Conti
A. Diddi - P. Felicioni - P. Ferrua - L. Filippi - B. Lavarini
P. Maggio - F. Novario - P. Rivello - N. Rombi
S. Ruggeri - L. Scomparin - N. Triggiani - P. Ventura

La prova penale

a cura di

PAOLO FERRUA
ENRICO MARZADURI
GIORGIO SPANGHER



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

di *Leonardo Filippi*

Sezione I

La nozione di intercettazione

SOMMARIO: 1. La nozione di intercettazione. – 2. I diversi tipi di intercettazione. – 3. Le fattispecie concrete. – 4. Le intercettazioni atipiche.

1. *La nozione di intercettazione*

Il codice di procedura penale italiano non offre una definizione di intercettazione di conversazioni o di comunicazioni. La nostra Corte costituzionale ha definito la libertà e la segretezza delle comunicazioni un «*presidio ... operante contro le intrusioni [sia] dei privati ... [sia] dei pubblici poteri*»¹, ma ha pure riconosciuto che deve trovare protezione l'interesse «*connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati*» attraverso la possibilità di una limitazione di tali libertà e segretezza².

Secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti, per «intercettazione» il legislatore intende la presa di conoscenza, operata clandestinamente da un terzo con l'impiego di mezzi meccanici o elettronici di captazione del suono, delle comunicazioni segrete attuate in forma diversa dallo scritto³. In giurisprudenza si è data una defini-

¹ Corte cost. 27 aprile 1972, n. 77, in *Giur. cost.*, 1972, p. 1069.

² Corte cost. 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 326.

³ F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, p. 145; A.A. DALIA-M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2003, p. 511; G. FUMU, *Sub artt. 266-271*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 774; p.g. GOSSO, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 889; G. ILLUMINATI, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 37, p. 37; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, VII ed., Torino, 2008, p. 284 ss.; A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, VIII ed., Milano, 2001, p. 304; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, XI ed., Milano, 2012, p. 368; nonché P. TONINI, *La prova penale*, IV ed., Padova, 2000, p. 256 ss.

zione secondo cui l'intercettazione consiste nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato⁴.

2. I diversi tipi di intercettazione

Le intercettazioni si distinguono, a seconda della loro finalità, in preventive e processuali.

Le intercettazioni preventive hanno una funzione di pubblica sicurezza, cioè mirano alla prevenzione dei reati (artt. 226 disp. coord., 4 d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. dalla legge 31 luglio 2005, n. 155 («*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*») e 78 («*Intercettazioni telefoniche*») d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*»).

Le intercettazioni processuali hanno invece la funzione di consentire la prosecuzione delle indagini (artt. 266-271, per cui non sono ammissibili dopo il rinvio a giudizio) oppure di agevolare le ricerche del latitante (art. 295, comma 3, 3-bis e 3-ter).

3. Le fattispecie concrete

L'intercettazione presenta molteplici peculiarità, sia nella disciplina legislativa sia nella fase dell'esecuzione.

a) L'intercettazione di comunicazioni e l'acquisizione del tabulato, atti riservati al p.m.

L'intercettazione di comunicazioni è atto riservato al p.m., giacché la legge 7 dicembre 2000 n. 397, «*Disposizioni in materia di indagini difensive*», non prevede che il difensore della parte privata possa richiedere al giudice l'autorizzazione all'esecuzione da parte della polizia giudiziaria dell'intercettazione nemmeno nel caso in cui da tale captazione vi è fondato motivo di ritenere che possano ricavarci elementi utili alla difesa non altrimenti acquisibili. Pertanto il difensore della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa devono sollecitare il p.m. affinché richieda l'intercettazione. Si sostiene in dottrina che quando un privato, di propria iniziativa, esegue un'intercettazione, gli artt. 266-271 non potrebbero operare. Il privato può commettere un reato (ad esempio, il delitto di cognizione illecita di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche, di cui all'art. 617 c.p., oppure interferenze illecite nella vita privata – art. 615-bis c.p. – se l'intercettazione invade il domicilio altrui), ma «*condotta illecita non significa prova inammissibile*»⁵, sicché le intercettazioni pri-

⁴ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio ed altro, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2094, con nota di L. Filippi.

⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 861.

vate sarebbero utilizzabili come prova nei limiti in cui l'intercettazione sarebbe stata operabile dal p.m., cioè nei casi di cui agli artt. 266 e 266-bis. Sennonché, proprio l'esecuzione privata delle intercettazioni viola le regole dettate dagli artt. 266-271. Anche quando l'intercettazione fosse eseguita per uno dei reati consentiti dagli artt. 266 e 266-bis, il decreto motivato di autorizzazione del giudice mancherebbe e le operazioni non sarebbero eseguite dal p.m. o da un ufficiale di p.g. (art. 267), non esisterebbe un verbale, redigibile solo da un pubblico ufficiale, e le operazioni non sarebbero compiute per mezzo degli impianti installati presso la Procura della Repubblica (art. 268, comma 3). Se si tratta di intercettazione compiuta dal privato su comunicazioni telefoniche o telegrafiche a lui non dirette, poiché il fatto costituisce reato *ex art. 617 c.p.*, il nastro registrato rappresenta il corpo del reato e deve essere sequestrato *ex artt. 253, comma 1 e 235* e utilizzato *contra reum* nel procedimento nei confronti dell'autore dell'illecita captazione, ma non può costituire prova a carico in altro procedimento, ostandovi il divieto di cui all'art. 271⁶.

Anche l'acquisizione del tabulato telefonico o telematico è atto riservato al p.m.

L'art. 132, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, «*Codice in materia di protezione dei dati personali*» (cosiddetto "codice della *privacy*") prevede che, fermo restando quanto previsto dall'art. 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione (comma 1). I dati relativi alle chiamate senza risposta, trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per trenta giorni (comma 1-bis). Entro il termine di cui al comma 1, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del p.m. anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391-*quater* per la richiesta in indagini difensive di documentazione alla pubblica amministrazione, ferme restando le condizioni di cui all'art. 8, comma 2, lett. f), per il traffico entrante.

b) La consapevolezza dell'intercettazione da parte di uno dei comunicanti

Si è affermato condivisibilmente che la utilizzabilità delle intercettazioni regolarmente autorizzate dall'a.g. ed eseguite nelle forme di legge non viene meno per la circostanza che uno dei partecipanti alle conversazioni sia a conoscenza dello svolgimento delle intercettazioni. In questo caso non opera, infatti, la sanzione di inutilizzabilità applicabile nella diversa fattispecie in cui la polizia guidi la registrazione del contenuto di colloqui privati da parte di uno degli interlocutori, con propri apparecchi che possano captarne il contenuto durante il loro svolgimento e consentirne l'ascolto

⁶ P.F. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 206; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 60; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, p. 238.

diretto, così realizzando indirettamente una intercettazione di conversazioni senza la previa autorizzazione dell'a.g.⁷

Nel caso in cui uno dei partecipanti alle conversazioni sia a conoscenza dello svolgimento delle intercettazioni, regolarmente autorizzate dall'a.g. ed eseguite nelle forme di legge, il loro risultato è utilizzabile⁸.

c) Il consenso di uno degli interlocutori all'intercettazione

Il consenso di uno degli interlocutori non è sufficiente a rendere legittima l'intercettazione non autorizzata di una conversazione da parte di un terzo⁹. In senso contrario in giurisprudenza si afferma che l'autorizzazione allo svolgimento delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti che si svolgono presso l'abitazione della persona offesa dal reato, con il consenso e l'ausilio di quest'ultima, non presuppone il fondato timore dello svolgimento in loco dell'attività criminosa, necessario, invece, allorché l'intercettazione avvenga presso l'abitazione dell'indagato¹⁰.

d) L'ascolto a "orecchio nudo"

Una parte minoritaria della dottrina ritiene che l'ascolto surrettizio e clandestino ad orecchio nudo (ad esempio di chi si nasconde in una stanza per ascoltare le altrui conversazioni), possa considerarsi un equipollente degli strumenti tecnici di percezione del suono, e pertanto debba considerarsi intercettazione anche l'ascolto attuato con il solo mezzo delle comuni facoltà sensoriali ma con mezzi subdoli e insidiosi, trovando pertanto applicazione la disciplina di cui agli artt. 266-271 e quindi rendendosi necessari l'autorizzazione nei casi previsti dalla legge e l'impiego degli impianti di registrazione (al contrario, secondo la prevalente opinione, in tal caso la prova del contenuto della conversazione, in mancanza di una registrazione, sarebbe affidata esclusivamente alla percezione più o meno corretta, prima, e al ricordo più o meno preciso, poi, del capta che dovrà riferire come testimone, senza l'ausilio di alcuna registrazione¹¹).

Quando invece l'ascolto avviene ad orecchio nudo ma senza modalità surrettizie e clandestine perché il messaggio non presenta caratteristiche di segretezza ma è udibile da chiunque si trovi nei paraggi (ad esempio origliando dietro una porta), non si verte in tema di intercettazione e chi ha percepito il messaggio può riferirlo in sede di testimonianza, anche senza il riscontro di una registrazione.

e) Le comunicazioni via etere

È pacifico in giurisprudenza che esulano dall'ambito di applicabilità dell'art. 266 le conversazioni o comunicazioni attuate con l'uso di emittenti a irradiazione circolare, dal momento che queste, per la loro stessa natura, sono percepibili da chiunque disponga,

⁷ Cass., sez. I, 12 dicembre 2007, D.G., in *CED*, rv. 238488.

⁸ Cass., sez. I, 7 novembre 2007, Ditto, in *Giur. it.*, 2009, p. 195.

⁹ A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 21; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 21.

¹⁰ Cass., sez. III, 17 dicembre 2009, V., in *Cass. pen.*, 2010, p. 4310.

¹¹ P.F. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, cit., p. 179; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 6; e, sia pure riguardo all'intercettazione tra presenti, G. SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994, p. 5.

nel raggio di irradiazione, di un apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onda e sono pertanto da considerare prive di ogni carattere di riservatezza¹².

f) La registrazione ad opera del conversante

Le Sezioni Unite hanno chiarito 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, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova nel processo penale secondo la disposizione dell'art. 234, salvi gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa¹³. È stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 266 comma 2, 268 comma 3 e 271 comma 1, sollevata, per assertedo contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 15 comma 2 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono l'estensione dei limiti di applicabilità della disciplina codicistica di garanzia in materia di intercettazioni telefoniche e ambientali anche alle intercettazioni di conversazioni tra presenti o al telefono svolte clandestinamente da uno degli interlocutori. Vale, in particolare, il rilievo che la disciplina costituzionale di garanzia in tema di diritto alla riservatezza, che trova il suo presidio nell'art. 15 Cost., mira alla tutela da ingerenze esterne alla vita privata dei soggetti che comunicano, onde non è estensibile alla registrazione di contenuti di conversazioni effettuata da parte degli stessi interlocutori o di uno di essi. Né, in senso diverso, a fondamento della pretesa incostituzionalità, potrebbe evocarsi il profilo della divulgazione del contenuto della registrazione, giacché la divulgazione e la diffusione dei contenuti delle conversazioni sono affidate, in via di principio, all'esclusiva disponibilità dei soggetti interessati, salvo diverse previsioni di legge ordinaria, in casi specifici e determinati, a tutela di particolari contenuti di comunicazione che non devono essere divulgati (ad esempio, in materia di segreto d'ufficio e di segreto professionale, scientifico e industriale)¹⁴. Nel senso che la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da soggetto partecipe di dette comunicazioni, o comunque autorizzato ad assistervi, costituisce prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234 e non richiede autorizzazione preventiva da parte dell'a.g. (nella fattispe-

¹² Cass., sez. I, 20 maggio 1997, Bottaro ed altri, in *CED*, rv. 207931, secondo cui la disciplina delle intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, di cui agli artt. 266 ss., non si estende alle comunicazioni effettuate via etere mediante ricetrasmittenti non consentite, il cui uso, non coperto dalla prescritta concessione, è penalmente sanzionato e non può, in ogni caso, ritenersi assistito dalla garanzia della riservatezza e della protezione da intromissioni estranee, trattandosi di apparecchi liberamente captabili da chiunque (nel raggio della loro irradiazione) si avvalga di apparecchio ricevente sintonizzato sulla stessa lunghezza d'onde. V. pure Cass., Sez. Un., 29 novembre 1994, p.m. in proc. Ceolin, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 447, che ravvisava il reato di cui all'art. 18, r.d. 8 febbraio 1923, n. 1067, quando le comunicazioni via radio delle forze di polizia erano intercettate nonché provalate o usate indebitamente per qualsiasi fine.

¹³ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio ed altro, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2094, con nota di Filippi.

¹⁴ Cass., sez. VI, 1° dicembre 2009, in *Guida dir.*, 2010, n. 8, p. 89.

cie si trattava di un apparecchiatura di registrazione – sistema *bodycell* – nascosta sul corpo di un collaboratore della polizia)¹⁵. La registrazione fonografica di una conversazione o di una comunicazione ad opera di uno degli interlocutori non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234; a tal fine nulla rilevando che sia stata la p.g. a fornire al privato, che provvede alla registrazione, lo strumento per la registrazione¹⁶. Nel senso 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, non è riconducibile, quantunque eseguita clandestinamente, alla nozione di intercettazione, ma costituisce forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, della quale l'autore può disporre legittimamente, anche a fini di prova nel processo secondo la disposizione dell'art. 234, salvo gli eventuali divieti di divulgazione del contenuto della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa (la Corte ha ribadito che le intercettazioni regolate dagli artt. 266 ss. consistono nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato)¹⁷. La giurisprudenza precisa che la registrazione di conversazioni, effettuata da parte di uno degli interlocutori, non rientra tra le intercettazioni, non è sottoposta alle limitazioni e alle formalità proprie di queste ultime e ben può essere utilizzata per avvalorare le dichiarazioni testimoniali di chi l'ha effettuata, attenendo essa al momento della documentazione e della formazione della prova, e non già all'attività di ricerca dei mezzi di prova¹⁸. La giurisprudenza aggiunge pure che è utilizzabile, anche senza che vi sia stato provvedimento dell'a.g., il contenuto di colloqui privati registrati su nastro magnetico da uno degli interlocutori, a nulla rilevando né che egli stesso agisca utilizzando materiale da questa fornito ovvero addirittura appartenga alla p.g., sempre che il partecipante si limiti solo a registrare la conversazione, senza utilizzare apparecchi mediante i quali terzi estranei e, in particolare, la polizia possano captarne il contenuto durante il suo svolgimento e procedere all'ascolto diretto, perché in tal caso sussisterebbe una vera e propria intromissione nella sfera di segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata e si realizzerebbe indirettamente una intercettazione ambientale senza la previa autorizzazione dell'a.g.¹⁹. Inoltre la registrazione di una conversazione da parte di uno degli interlocutori presenti costituisce una particolare forma di documentazione, eventualmente utilizzabile in dibattimento per le contestazioni nell'esame testimoniale ex art. 500 e utilizzabile in fase di indagini

¹⁵ Cass., sez. IV, 31 ottobre 2007, P.A., in *CED*, rv. 237789.

¹⁶ Cass., sez. II, 11 aprile 2007, Pitta, in *Guida dir.*, 2007, n. 23, p. 69.

¹⁷ Cass., sez. VI, 29 marzo 2005, Rosi, in *CED*, rv. 23104.

¹⁸ In questo senso, Cass., sez. I, 21 marzo 2001, La Rosa, in *Guida dir.*, 2001, n. 22, p. 81.

¹⁹ Cass., sez. I, 27 agosto 2002, Aquino ed altro, in *CED*, rv. 222085.

preliminari anche ai fini dell'emissione di una misura cautelare²⁰; né il fatto che essa venga registrata all'insaputa di uno dei due interlocutori costituisce offesa alla libertà di autodeterminazione dell'altro, avendo questi comunicato in piena libertà, volendo comunicare. L'uso, poi, che di tale comunicazione possa fare il ricevente (registrazione o divulgazione) rappresenta un *posterius* rispetto all'autodeterminazione di comunicare. Si osserva che nelle registrazioni di una conversazione tra persone presenti da parte di uno degli interlocutori, indipendentemente dal fatto che l'autore della registrazione sia un privato o un ufficiale o agente di p.g., non si applica la disciplina di garanzia di cui agli artt. 266 ss. perché viene meno l'esigenza di tutela della riservatezza e ogni interlocutore diventa lecitamente un potenziale testimone, che compie attività di memorizzazione, mediante apposito strumento, di notizie che apprende dall'altro²¹. Si afferma che le registrazioni di conversazione tra persone presenti da parte di uno degli interlocutori non necessitano dell'autorizzazione del G.i.p. ai sensi dell'art. 267 in quanto non rientrano nel concetto di "intercettazioni" telefoniche in senso tecnico, ma si risolvono sostanzialmente in una particolare forma di documentazione, che non è sottoposta alle limitazioni e alle formalità proprie delle intercettazioni²². Nella giurisprudenza di merito si afferma che la registrazione fonografica di un colloquio telefonico effettuata non già da terzi, ma da uno dei partecipanti alla conversazione, non è riconducibile alla nozione di intercettazione ma costituisce memorizzazione di un fatto storico della quale l'autore può disporre liberamente, anche ai fini di prova nel processo, secondo la disposizione dell'art. 234, salvi gli eventuali divieti di divulgazione della comunicazione che si fondino sul suo specifico oggetto o sulla qualità rivestita dalla persona che vi partecipa²³.

g) *La registrazione occulta delle dichiarazioni della persona offesa e di quella informata sui fatti*

Si è affermato in giurisprudenza che l'intercettazione ambientale volta a registrare le dichiarazioni rese confidenzialmente dalla persona offesa, che si rifiuti di deporre ufficialmente, agli inquirenti della p.g. che indagano sul delitto, è atto formalmente sostanzialmente diverso dalla testimonianza indiretta, vietata dall'art. 195, comma 4, riguardante la deposizione resa da ufficiali o agenti di p.g. sul contenuto di quelle dichiarazioni, acquisite sotto forma di informazioni sommarie assunte a persone che possono riferire circostanze utili alle indagini (art. 351). Tale intercettazione dunque rispetta il divieto di testimonianza indiretta e non contrasta con l'art. 111 Cost. e pertanto può essere legittimamente autorizzata ed eseguita secondo le disposizioni degli artt. 266 ss.²⁴.

La registrazione a opera della polizia giudiziaria dei colloqui con le persone informate sui fatti non costituisce attività d'intercettazione in senso tecnico, perché proviene

²⁰ Cass., sez. VI, 6 giugno 2002, Caia, in *Guida dir.*, 2002, 42, p. 77.

²¹ Cass., sez. VI, 3 dicembre 1999, Vazzana, in *Guida dir.*, 2000, dossier mensile n. 2, p. 114.

²² Cass., sez. I, 14 aprile 1999, Iacovone ed altro, in *Cass. pen.*, 2000, 2026 nonché in *CED*, rv. 213458.

²³ App. Milano, sez. III, 1-7 aprile 2011, n. 1242, Pres. e rel. Soprano, in *Guida dir.*, 2011, n. 38, p. 97.

²⁴ Cass., sez. VI, 24 settembre 2007, De Marco, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 621.

da uno dei soggetti che ha partecipato alla conversazione, ma integra una legittima modalità di documentazione fonica, che non lede alcun principio costituzionale pur quando è realizzata in modo occulto, in quanto la Costituzione, in quanto la Costituzione tutela la libertà e la segretezza delle comunicazioni, non la loro riservatezza²⁵.

b) La "confessione telefonica"

Sulla scia di Corte cost. n. 34/1973, la giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che le dichiarazioni, captate nel corso di attività di intercettazione regolarmente autorizzata, con le quali un soggetto si autoaccusa della commissione di reati hanno integrale valenza probatoria, non trovando applicazione al riguardo gli artt. 62 e 63, giacché l'ammissione di circostanze indizianti fatta spontaneamente dall'indagato nel corso di una conversazione legittimamente intercettata non sono assimilabili alle dichiarazioni da lui rese dinanzi all'a.g. o alla P. G., e le registrazioni e i verbali delle conversazioni non sono riconducibili alle testimonianze de relato su dichiarazioni dell'indagato, in quanto integrano la riproduzione fonica o scritta delle dichiarazioni stesse delle quali rendono in modo immediato e senza fraintendimenti il contenuto²⁶.

i) La "chiamata di correo telefonica"

È affermazione ricorrente nella giurisprudenza che il contenuto di un'intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di terza persona, indicata come concorrente in un reato alla cui consumazione anche uno degli interlocutori dichiarati di aver partecipato, non è equiparabile alla chiamata in correità e pertanto, se anch'esso deve essere attentamente interpretato sul piano logico e valutato su quello probatorio, non è però soggetto, in tale valutazione, ai canoni di cui all'art. 192, comma 3²⁷.

Tale orientamento giurisprudenziale non può condividersi per la considerazione che, se un'accusa ad una terza persona è rivolta davanti alla P. G. o all'A. G., dopo gli avvertimenti sulle responsabilità anche penali che si assumono con tale dichiarazione, la legge esige i cd. riscontri, mentre se il dichiarante rivolge la stessa accusa in una conversazione intercettata, la giurisprudenza non richiede i riscontri anche se il dichiarante non è prima assolutamente responsabilizzato sulle conseguenze giuridiche della sua dichiarazione e non risponde né di calunnia né di altro reato. Si tratta di una palese disparità di trattamento che non trova razionale giustificazione.

4. Le intercettazioni atipiche

a) La ripresa visiva

Grande diffusione hanno avuto in questi anni le riprese visive, sia nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia in ambienti privati²⁸.

²⁵ Cass., sez. II, 24 febbraio 2010, Caldaras, in *Guida dir.*, 2010, n. 15, p. 88.

²⁶ Cass., sez. IV, 27 settembre 2010, B.L. in *CED*, rv. 248089.

²⁷ Cass., sez. V, 26 marzo 2010, Cavallaro, in *Cass. pen.*, 2011 3940, in *CED*, rv. 247447; in senso conforme, Cass., sez. V, 28 settembre 2006, Della Ventura, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4260.

²⁸ Va rammentato in proposito il Provvedimento generale 8 aprile 2010 del Garante della *privacy*

da uno dei soggetti che ha partecipato alla conversazione, ma integra una legittima modalità di documentazione fonica, che non lede alcun principio costituzionale pur quando è realizzata in modo occulto, in quanto la Costituzione, in quanto la Costituzione tutela la libertà e la segretezza delle comunicazioni, non la loro riservatezza²⁵.

b) La "confessione telefonica"

Sulla scia di Corte cost. n. 34/1973, la giurisprudenza di legittimità è concorde nel ritenere che le dichiarazioni, captate nel corso di attività di intercettazione regolarmente autorizzata, con le quali un soggetto si autoaccusa della commissione di reati hanno integrale valenza probatoria, non trovando applicazione al riguardo gli artt. 62 e 63, giacché l'ammissione di circostanze indizianti fatta spontaneamente dall'indagato nel corso di una conversazione legittimamente intercettata non sono assimilabili alle dichiarazioni da lui rese dinanzi all'a.g. o alla P. G., e le registrazioni e i verbali delle conversazioni non sono riconducibili alle testimonianze de relato su dichiarazioni dell'indagato, in quanto integrano la riproduzione fonica o scritta delle dichiarazioni stesse delle quali rendono in modo immediato e senza fraintendimenti il contenuto²⁶.

i) La "chiamata di correo telefonica"

È affermazione ricorrente nella giurisprudenza che il contenuto di un'intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di terza persona, indicata come concorrente in un reato alla cui consumazione anche uno degli interlocutori dichiarati di aver partecipato, non è equiparabile alla chiamata in correità e pertanto, se anch'esso deve essere attentamente interpretato sul piano logico e valutato su quello probatorio, non è però soggetto, in tale valutazione, ai canoni di cui all'art. 192, comma 3²⁷.

Tale orientamento giurisprudenziale non può condividersi per la considerazione che, se un'accusa ad una terza persona è rivolta davanti alla P. G. o all'A. G., dopo gli avvertimenti sulle responsabilità anche penali che si assumono con tale dichiarazione, la legge esige i cd. riscontri, mentre se il dichiarante rivolge la stessa accusa in una conversazione intercettata, la giurisprudenza non richiede i riscontri anche se il dichiarante non è prima assolutamente responsabilizzato sulle conseguenze giuridiche della sua dichiarazione e non risponde né di calunnia né di altro reato. Si tratta di una palese disparità di trattamento che non trova razionale giustificazione.

4. Le intercettazioni atipiche

a) La ripresa visiva

Grande diffusione hanno avuto in questi anni le riprese visive, sia nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia in ambienti privati²⁸.

²⁵ Cass., sez. II, 24 febbraio 2010, Caldaras, in *Guida dir.*, 2010, n. 15, p. 88.

²⁶ Cass., sez. IV, 27 settembre 2010, B.L. in *CED*, rv. 248089.

²⁷ Cass., sez. V, 26 marzo 2010, Cavallaro, in *Cass. pen.*, 2011 3940, in *CED*, rv. 247447; in senso conforme, Cass., sez. V, 28 settembre 2006, Della Ventura, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4260.

²⁸ Va rammentato in proposito il Provvedimento generale 8 aprile 2010 del Garante della *privacy*

delle videoregistrazioni di comportamenti non comunicativi ivi effettuate nel corso delle indagini³².

Si è affermata l'utilizzabilità ai fini del processo delle riprese effettuate dalla dipendente sul posto di lavoro, in accordo con la polizia, per provare le molestie sessuali subite dal datore di lavoro. Infatti con la ripresa visiva, sia pure eseguita furtivamente, la persona offesa non viola, con interferenze indebite, l'intangibilità del domicilio, né la necessaria riservatezza su attività che si devono mantenere nell'ambito privato, essendo nel suo domicilio e riprendendo illeciti che la riguardano. La mancata violazione della tutela prevista dall'art. 14 Cost. supera la problematica, sulla quale esistono variegate opinioni, inerente alla necessità di un provvedimento autorizzatorio anche per le riprese visive di comportamenti non comunicativi in luoghi di privata dimora. Conseguente che, nella specie, non essendo configurabile alcuna intrusione nell'altrui domicilio, la videoripresa, almeno per quanto concerne la fissazione degli atti non comunicativi, è da considerarsi prova atipica³³.

Gli artt. 4 e 38 dello "Statuto dei lavoratori" implicano l'accordo sindacale a fini di riservatezza dei lavoratori nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non implicano il divieto dei cosiddetti controlli difensivi del patrimonio aziendale da azioni delittuose da chiunque provenienti. Pertanto in tal caso non si ravvisa inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191 c.p.p. di prove di reato acquisite mediante riprese filmate, ancorché sia per ciò imputato un lavoratore subordinato³⁴.

La Corte di Cassazione ha ritenuto utilizzabili ai fini del processo le riprese di atti non aventi contenuto comunicativo, effettuate nel corso del procedimento penale dalla dipendente sul posto di lavoro, in accordo con la polizia, per provare le molestie sessuali subite ad opera del datore di lavoro, considerandole prova atipica *ex art.* 189 e non necessitando quindi, ai fini dell'utilizzabilità, di autorizzazione del giudice³⁵.

La Suprema Corte ha inquadrato le riprese visive quali prove non disciplinate dalla legge, affermando che il risultato di riprese visive di comportamenti non comunicativi, effettuate in ambito domiciliare, è probatoriamente utilizzabile se le riprese sono state eseguite con il consenso del titolare del domicilio, senza che sia necessaria la preventiva autorizzazione dell'a.g. (fattispecie in cui le riprese visive erano state effettuate all'interno di una camera d'albergo, con il consenso della persona che ne aveva la disponibilità, ed avevano sorpreso l'autore della clonazione della carta di credito ivi custodita)³⁶.

Si è pure affermato in giurisprudenza, in tema di videoriprese in ambiente privato, che il fatto che si tratti di riprese di comportamenti comunicativi ovvero non comunicativi (nel primo caso, con conseguente legittimità delle riprese alle condizioni in cui possono essere legittimamente disposte le intercettazioni ambientali; nel secondo caso, con conseguente illegittimità delle operazioni captative e inutilizzabilità dei re-

³² Cass., sez. VI, 28 settembre 2010, Mangiafave, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3512.

³³ Cass., sez. III, 7 luglio 2010, n. 37197, L., in *Cass. pen.*, 2011, p. 3513; in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1127; in *Guida dir.*, 2010, nn. 49-50, p. 68.

³⁴ Cass., sez. III, 18 marzo 2010, Baseggio, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 689.

³⁵ Cass., sez. III, 7 luglio 2010, n. 37197, p.m. in proc. L. e altro, in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 340; in *Guida dir.*, 2010, n. 49-50, p. 68.

³⁶ Cass., sez. II, 10 gennaio 2008, Napolano, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1156; in *Giust. pen.*, 2008, III, c. 533.

lativi esiti, secondo il disposto delle Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco), va apprezzato *ex ante*, avendo cioè riguardo al momento in cui l'attività viene autorizzata dall'a.g., prescindendo dagli esiti delle operazioni. Così che devono ritenersi legittimi e utilizzabili gli esiti delle videoriprese se legittimamente autorizzate (secondo una valutazione da effettuare *ex ante* del relativo provvedimento) per apprendere – in uno eventualmente con le intercettazioni ambientali sonore – eventuali comunicazioni gestuali di interesse a fini investigativi, pur se – *ex post* – rivelatesi solo rappresentative di condotte materiali non comunicative³⁷.

Sono invece ritenute penalmente irrilevanti (ma devono rispettare il Provvedimento 8 aprile 2010 del Garante per la *privacy*) le videoriprese in luoghi pubblici effettuate al di fuori delle indagini preliminari, che non possono essere considerate prove atipiche *ex art.* 189, ma devono essere qualificate documenti e possono diventare prove documentali da utilizzare come tali nel processo. Non si tratta, peraltro, di scritture private che, quindi, debbano essere soggette, ai fini dell'utilizzazione processuale, alle regole imposte dall'art. 2702 c.c., sicché non è necessaria alcuna sottoscrizione, mentre la relativa autenticità va accertata caso per caso dal giudice, per cui si è considerata rituale, ai sensi dell'art. 234, l'utilizzazione di fotografie estratte da video riprese da parte della p.g., non sussistendo alcuna disposizione normativa che prescriva l'esecuzione di particolari incombenze per l'estrapolazione di singole foto dalla registrazione eseguita (nella fattispecie la Corte ha ritenuto legittime le videoriprese effettuate dalle forze di polizia nel corso di una manifestazione, che avevano portato all'individuazione degli imputati)³⁸.

La Corte di Cassazione ha distinto tra generiche videoregistrazioni di persone (prove documentali) e quelle aventi ad oggetto immagini di persone che comunicano (intercettazioni). Essa ha chiarito che, in tema di intercettazioni ambientali, sono utilizzabili i risultati delle video-registrazioni effettuate con videocamera all'interno di una abitazione privata, in quanto esse sono previste dal vigente codice di rito, il quale, autorizzando *ex art.* 266, comma 2, l'intercettazione delle comunicazioni – e non delle sole conversazioni tra presenti – comprende nel proprio ambito previsionale non solo la comunicazione convenzionale mediante l'uso del linguaggio, ma anche quella gestuale, mentre non regola, con conseguente inutilizzabilità processuale, ogni altra captazione di immagini non avente natura di messaggio intenzionalmente trasmesso da un soggetto ad un altro. Né tale regolamentazione delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti, anche effettuate mediante video-registrazioni, contrasta con gli artt. 14 e 15 Cost. e 8 Cedu, i quali stabiliscono che i diritti dell'inviolabilità del domicilio e la segretezza di ogni forma di comunicazione possono essere limitati, per atto motivato dell'a.g., al fine di salvaguardare la sicurezza nazionale nonché l'ordine e la prevenzione dei reati. La Suprema Corte ha ribadito che in tema di intercettazione di conversazioni o di comunicazioni, poiché la nozione di comunicazione consiste nello scambio di messaggi fra più soggetti, in qualsiasi modo realizzati (ad esempio, tramite colloquio orale o anche gestuale), e poiché l'attività di intercettazione è appunto diretta a captare tali messaggi, non è consentita, attraverso l'attivazione di intercettazioni ambientali, realizzate con la collocazione di una videocamera all'in-

³⁷ Cass., sez. IV, 20 marzo 2008, Fera Andali, in *Guida dir.*, 2008, n. 18, p. 97.

³⁸ Cass., sez. VI, 17 novembre 2009, Drovandi, in *Guida dir.*, 2010, n. 11, p. 90.

terno di un appartamento, la captazione di immagini relative alla mera presenza di cose o persone o ai loro movimenti, non funzionali alla captazione di messaggi. Né tale attività può considerarsi legittima configurandola quale mezzo atipico di ricerca della prova, *ex artt.* 189 e 234, poiché, trattandosi di riprese visive non effettuate in luoghi aperti o pubblici, ma in luoghi di privata dimora, viene in rilievo in tale materia il limite della inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost. Le videoregistrazioni eseguite dal proprietario di un'area non recintata, aperta al passaggio pubblico, che ritraggono un terzo che vi abbandona dei rifiuti non appartengono al *genus* delle intercettazioni ma a quello delle prove documentali *ex art.* 234, per le quali non è richiesta alcuna preventiva autorizzazione dell'a.g. La S.C. ha precisato quali siano gli elementi che consentono l'utilizzabilità come prova di tali videoregistrazioni, senza la preventiva autorizzazione del magistrato: l'area in cui le stesse sono state effettuate, pur essendo un luogo privato, era comunque accessibile al pubblico (non vi è stata quindi né un'intrusione nell'altrui privata dimora o nell'altrui domicilio, né tanto meno in un ambiente in cui dovesse essere garantita l'intimità e la riservatezza), e nemmeno si tratta di filmati che abbiano leso la libertà morale delle persone che sono state riprese, cioè la prova non è stata acquisita con modalità lesive o comunque in violazione di diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione³⁹. La S.C. ha dichiarato le riprese visive di comunicazioni talvolta utilizzabili⁴⁰, escludendo che un bagno di un pubblico esercizio possa essere considerato luogo di privata dimora, talaltra inutilizzabili⁴¹ perché effettuate dalla p.g. di propria iniziativa nel bagno di un locale pubblico, considerato un ambiente tutelato dall'art. 14 Cost., in quanto non autorizzate dall'a.g. La Corte di Cassazione ha ritenuto che le videoregistrazioni eseguite all'interno di una abitazione su iniziativa di una delle persone riprese (nella specie, un agente sotto copertura), trattandosi di attività di documentazione posta in essere da un soggetto che prende parte a quanto ripreso, ben possono costituire legittima fonte di prova e sono pertanto utilizzabili, non potendosi estendere alle stesse, date le modalità della captazione, le limitazioni e le formalità proprie dell'attività di intercettazione. È invece pacifica l'ammissibilità delle videoriprese effettuate in un luogo pubblico⁴². La suprema Corte di Cassazione ha anche affermato che le intercettazioni documentate con la registrazione filmata per mezzo di videocamera, preventivamente autorizzate, costituiscono legittima prova documentale dell'attività di detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti⁴³.

³⁹ Cass., sez. III, 25 novembre 2009, *inedita*; nello stesso senso, Cass., sez. I, 20 febbraio 2009, in *CED*, rv. 242876; Cass., sez. I, 1° agosto 2007, *ivi*, rv. 237502.

⁴⁰ In questo senso, Cass., sez. VI, 4 aprile 2006, Siciliano, in *Dir. & Giust.*, 2006, 18, p. 47.

⁴¹ Nel senso dell'inutilizzabilità, v. Cass., sez. IV, 16 marzo 2000, Viskovic, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 87 ss., con nota di L. Filippi.

⁴² Cass., sez. V, 26 ottobre 2001, Tarantino, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 670, afferma che, in tema di formazione della prova, l'acquisizione nella fase delle indagini e la successiva visione nella fase dibattimentale di videocassetta registrata (contenente immagini relative alla condotta dell'imputato) costituisce prova atipica, che, ai sensi dell'art. 189, legittimamente può essere assunta, in quanto idonea a contribuire all'accertamento dei fatti (fattispecie concernente le riprese effettuate da una videocamera collocata all'esterno di una banca).

⁴³ Cass. 18 giugno 2003, Kazazi, *inedita*.

b) L'“agente segreto attrezzato per il suono”

Particolarmente controverso, sia in dottrina sia in giurisprudenza, è il problema relativo all'impiego dell'agente segreto “attrezzato per il suono”, ovvero di quel soggetto, appartenente o no alla p.g., che quest'ultima incarica di avvicinare una certa persona per indurla al colloquio ed ottenere dichiarazioni, compromettenti per sé o per altri, da impiegare nel processo. L'agente segreto può registrare tali dichiarazioni oppure farle ascoltare in diretta (e registrare) dalla p.g. grazie ai congegni registratori o radiotrasmittenti che egli occulta sulla propria persona.

La Corte eur. diritti dell'uomo ha distinto una mera attività di infiltrazione, consentita alla p.g., da una vera e propria condotta di istigazione al reato, che urta con l'“equo processo”. La Corte ha infatti ritenuto non “equo” un processo nel quale emerge come, in assenza di un'espressa richiesta degli agenti di polizia di comprare droga, l'episodio delittuoso non si sarebbe verificato, concludendo che l'operazione *undercover* ha avuto l'effetto di incitare gli imputati a commettere il reato per cui sono stati condannati, oltrepassando la polizia i limiti di una mera attività di infiltrazione, per diventare condotta istigativa, sulla quale i giudici nazionali hanno mancato di indagare sufficientemente, in violazione dell'art. 6 Cedu⁴⁴. In tema di attività “sotto copertura” di p.g. di contrasto dei reati contro la libertà sessuale dei minori, non urta con l'art. 6 della Cedu l'attività dell'agente provocatore che, lungi dall'essere determinante per la commissione del reato, nel senso che, senza di essa, il reato non sarebbe stato commesso, si limiti a disvelare un'intenzione criminale esistente, ma allo stato latente, fornendo l'occasione per concretizzare la stessa (fattispecie, valutata dalla Corte come conforme all'“equo processo”, in cui la polizia postale aveva messo in rete, con offerta rivolta alla generalità degli utenti “web”, immagini pedopornografiche acquisibili da soggetti interessati alla pedopornografia)⁴⁵. La legittimità dell'attività di p.g. di contrasto dei reati contro la libertà sessuale dei minori, consentita dalla legge n. 269/1998 solo con riferimento a specifici reati, deve essere valutata con riferimento all'ipotesi di reato configurabile al momento in cui l'attività è autorizzata, a nulla rilevando che, all'esito dell'investigazione, si proceda per un diverso reato che, *ab origine*, non avrebbe consentito il ricorso a detta procedura⁴⁶.

La stessa Corte europea ha affermato pure che la registrazione di un dialogo da parte di un interlocutore su incarico della p.g. e all'insaputa dell'altro viola il diritto alla riservatezza tutelato dall'art. 8 Cedu⁴⁷. La Corte ha considerato come ottenute contro la volontà del dichiarante e ha affermato che il loro impiego processuale comporta la violazione del diritto al silenzio tutelato dall'art. 6, comma 1, Conv. eur. allorché le dichiarazioni siano rese da un imputato detenuto ad un informatore della polizia che, dotato di strumenti di registrazione e posto in cella con lui, lo aveva sol-

⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, sez. III, 29 settembre 2009, *Constantin e Stoian c./Romania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1965.

⁴⁵ Cass., sez. III, 3 luglio 2008, M.F., in *CED*, rv. 240270.

⁴⁶ Cass., sez. III, 3 giugno 2008, Malentacca, in *Cass. pen.*, 2010, p. 273; in senso conforme, Cass., sez. III, 6 dicembre 2007, Gulli, *ivi*, 2009, p. 1632. In senso contrario Cass., sez. III, 17 gennaio 2008, Furfari, *ivi*, 2009, p. 2088.

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo 23 novembre 1993, *A. c./Francia*.

lecitato a confessare⁴⁸. Anche più di recente la Corte europea ha ribadito che la registrazione delle comunicazioni telefoniche da parte della persona offesa dal reato e destinataria delle stesse, effettuata su incarico del p.m., che aveva incaricato la p.g. di installare un registratore collegato al telefono, costituisce un'interferenza delle autorità nel diritto al rispetto delle comunicazioni, interferenza non prevista dalla legge, con conseguente violazione dell'art. 8 Cedu⁴⁹, che motiva sottolineando il contributo determinante dato dalla polizia nell'installazione del registratore e nel fornire istruzioni d'uso alla vittima. Ancora la stessa Corte europea ha condannato la Francia in un caso in cui nei confronti di un presunto omicida erano state installate apparecchiature per l'intercettazione di conversazioni tra presenti, affermando che le conversazioni tra presenti rientrano nella nozione di "vita privata" e di "corrispondenza" di cui all'art. 8 Cedu e pertanto l'ingerenza della pubblica autorità deve essere prevista dalla legge, per cui l'assenza, nell'ordinamento francese, di espresse disposizioni legislative che disciplinino con chiarezza i requisiti e le modalità di installazione di radiospie per l'intercettazione di comunicazioni fra presenti viola l'art. 8 Cedu⁵⁰. La medesima Corte europea, esaminando un ricorso proposto da un cittadino della Repubblica Ceca condannato per rapina sulla base di tabulati telefonici relativi all'utenza dell'accusato ed alla confessione dello stesso, registrata su nastro magnetico nel corso di un colloquio con la complice svolto d'intesa con l'autorità di polizia, ha ritenuto la violazione dell'art. 8 Cedu in quanto tale ingerenza nella vita privata non era "prevista dalla legge" ma derivava piuttosto da una "pratica" che non poteva fungere da base legale specifica come richiesto dall'art. 8 Cedu⁵¹. In un caso in cui le registrazioni telefoniche erano state effettuate da un privato con il ricorrente, utilizzando equipaggiamento messogli a disposizione su sua richiesta dall'unità speciale della Polizia che conduceva le indagini e, nel caso di una specifica conversazione, era stata proprio la Polizia a consigliare al privato interlocutore i temi sui quali portare il ricorrente durante il colloquio telefonico, la Corte europea ha affermato che il termine "vita privata" impiegato nell'art. 8 Cedu non deve essere interpretato restrittivamente e che la registrazione delle conversazioni telefoniche aveva costituito "interferenza" nella vita privata del ricorrente poiché effettuata comunque con mezzi messi a disposizione dalle autorità investigative e nel contesto di un'indagine ufficiale. La Corte ha aggiunto che solo le registrazioni effettuate da privati di conversazioni telefoniche delle quali sono parte e per fini meramente privati possono essere escluse dal novero delle interferenze nella vita privata, concludendo che tali interferenze possono essere consentite solo nei casi previsti dalla legge e, poiché nella legge olandese non vi era alcuna specifica normativa, ha affermato, all'unanimità, la violazione dell'art. 8 Cedu⁵².

La Grande Camera della Corte europea ha ritenuto violato da parte della Russia l'art. 8 Cedu affermando che anche la registrazione di conversazioni effettuata su commissione della p.g. da uno dei soggetti presenti all'insaputa dell'altro deve considerarsi

⁴⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 5 novembre 2002, *Allan c./Regno Unito*.

⁴⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 8 aprile 2003, *M.M. c./Paesi bassi*.

⁵⁰ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 31 maggio 2005, *Vetter c./Francia*.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 1° marzo 2007, *Heglas c./Repubblica Ceca*.

⁵² Corte eur. dir. uomo, sez. III, 25 ottobre 2007, *Van Vondel c./Paesi Bassi*.

assimilata, sotto il profilo del grado di intrusione nella sfera privata dei soggetti, alle intercettazioni, ambientali o telefoniche. La Corte afferma che, alla luce del dettato convenzionale, questo tipo di operazioni, se non sottoposte ad una rigida tipizzazione normativa, nei presupposti e nei modi, si pone totalmente al di fuori del requisito della legalità prescritto dall'art. 8, comma 2, Cedu (si tratta della vicenda di un noto imprenditore russo, impegnato anche politicamente, arrestato nel 2000 sulla base di una denuncia sporta da un suo collaboratore, il quale sosteneva di essere stato da lui incaricato di uccidere, con l'arma appositamente consegnatagli, un vecchio socio d'affari dello stesso imprenditore. La polizia approfittando della disponibilità del collaboratore, aveva organizzato un tranello, facendo pubblicare sui giornali locali la falsa notizia della morte della vittima designata ed inviando poi lo stesso collaboratore, munito di registratore nascosto, a colloquio con il mandante, presso la sua abitazione. Questi, lette le notizie di stampa e ricevuti in consegna dal collaboratore alcuni oggetti personali che l'*ex* socio, informato della vicenda, aveva consegnato alla polizia, si convinceva del buon esito dell'operazione da lui architettata e si lasciava andare a pesanti dichiarazioni autoincriminanti registrate occultamente dal collaboratore)³³.

Le Sezioni Unite Torcasio del 2003 hanno affermato che la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da soggetto partecipe di dette comunicazioni, o comunque autorizzato ad assistervi, costituisce – sempre che non si tratti della riproduzione di atti processuali – prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234.

Le stesse Sezioni Unite hanno però precisato che non è acquisibile al processo né, ove acquisita, è utilizzabile come prova la registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla p.g., nel corso di operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti quando si tratti rispettivamente: di dichiarazioni indizianti raccolte senza le garanzie indicate all'art. 63; di informazioni confidenziali inutilizzabili per il disposto dell'art. 203; di dichiarazioni sulle quali sia preclusa la testimonianza in applicazione degli artt. 62 e 195, comma 4.

Le medesime Sezioni Unite hanno anche chiarito che il divieto di testimonianza indiretta di ufficiali e agenti di p.g., che l'art. 195, comma 4 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*), si riferisce tanto alle dichiarazioni che sono state ritualmente assunte e documentate in applicazione di dette norme, quanto ai casi nei quali la p.g. non abbia provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime. Infine le Sezioni Unite avevano precisato che, in tema di testimonianza indiretta di ufficiali e agenti di p.g., l'art. 195, comma 4 preclude 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*)), e che gli "altri casi" cui si riferisce l'ultima parte del citato art. 195, comma 4, per i quali la prova è ammessa secondo le regole generali sulla testimonianza indiretta, si sarebbero identificate con le ipotesi in cui le dichiarazioni siano state rese da terzi e percepite al di fuori di uno specifico contesto procedimen-

³³ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 10 marzo 2009, *Bykov c. Russia*.

tale di acquisizione, in una situazione operativa eccezionale o di straordinaria urgenza e, quindi, al di fuori di un dialogo tra teste e ufficiale o agente di p.g., ciascuno nella propria qualità⁵⁴.

Successivamente è intervenuta la Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittimo l'art. 195, comma 4, ove interpretato nel senso che gli ufficiali e gli agenti di p.g. non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese ai testimoni soltanto se acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e b), e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, non abbiano provveduto alla redazione del relativo verbale, con ciò eludendo proprio le modalità di acquisizione prescritte dalle norme medesime⁵⁵.

In linea con le Sezioni Unite Torcasio del 2003, si è affermato che non sono utilizzabili, in assenza di un provvedimento motivato di autorizzazione del giudice o del p.m., le registrazioni fonografiche di conversazioni occultamente effettuate da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e attraverso strumenti di captazione dalla stessa forniti⁵⁶.

In assenza dell'autorizzazione del giudice, sono inutilizzabili, ex art. 191, le registrazioni di conversazioni effettuate con videoripresa da un soggetto presente al colloquio dotato di strumenti di captazione predisposti e fornitigli dalla p.g. In tal modo verrebbe a realizzarsi un surrettizio aggiramento delle regole che impongono il ricorso a strumenti tipici quali le intercettazioni di comunicazioni tra presenti per comprimere il bene costituzionalmente protetto della segretezza delle comunicazioni⁵⁷. In contrasto con le stesse S.U. Torcasio del 2003, si è affermato che la registrazione fonografica di un colloquio occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la p.g. e con apparecchi da questa forniti non costituisce un "documento" formato fuori del procedimento e utilizzabile ai fini di prova ai sensi dell'art. 234 c.p.p., ma rappresenta piuttosto documentazione di un'attività di indagine, dato l'uso investigativo dello strumento di captazione che in tal caso viene realizzato, con la conseguenza che tale attività, venendo a incidere sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni (art. 15 Cost.) richiede un controllo dell'autorità giudiziaria. Tale controllo, tuttavia, non implica la necessità di osservare le disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p., ma è sufficiente un intervento di garanzia minore quale un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, che può essere costituito anche da un decreto del pubblico ministero⁵⁸. Si afferma che non costituisce intercettazione e quindi non è soggetta al regime di autorizzazione proprio di questa la registrazione di un colloquio che un interlocutore esegua, anche all'insaputa degli altri partecipi alla conversazione, a fini di memorizzazione fonica di esso. La utilizzabilità delle intercettazioni regolarmente autorizzate dall'a.g. ed eseguite nelle forme di legge non viene meno per la circostanza

⁵⁴ Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2094, con nota di L. Filippi.

⁵⁵ Corte cost. 29 luglio 2008, n. 305, in *Guida dir.*, 2008, n. 38, p. 87.

⁵⁶ Cass., sez. VI, 7 aprile 2010, Angelini, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3505; in *CED*, rv. 247384.

⁵⁷ Cass., sez. VI, 26 novembre 2008, Napolitano e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1274; in *Guida dir.*, 2009, 3, p. 94.

⁵⁸ Cass., sez. VI, 7 aprile 2010, Angelini, in *Guida dir.*, 2010, n. 38, p. 75; in *Giust. pen.*, 2011, III, c. 708.

che uno dei partecipanti alle conversazioni sia a conoscenza dello svolgimento delle intercettazioni. In questo caso non opera, infatti, la sanzione di inutilizzabilità applicabile nella diversa fattispecie in cui la polizia guidi la registrazione del contenuto di colloqui privati da parte di uno degli interlocutori, con propri apparecchi che possano captarne il contenuto durante il loro svolgimento e consentirne l'ascolto diretto, così realizzando indirettamente una intercettazione di conversazioni senza la previa autorizzazione dell'a.g.⁵⁹. È stato ritenuto utilizzabile, anche senza che vi sia stato un provvedimento dell'a.g., il contenuto di colloqui privati registrati da uno degli interlocutori, a nulla rilevando né che la registrazione sia stata da lui effettuata su richiesta della p.g., né che egli stesso agisca utilizzando materiale da questa fornito ovvero addirittura appartenga alla p.g., sempre che il partecipante si limiti solo a registrare la conversazione, senza utilizzare apparecchi mediante i quali terzi estranei e, in particolare, la polizia possano captarne il contenuto durante il suo svolgimento e procedere all'ascolto diretto, perché in tal caso sussisterebbe una vera e propria intromissione nella sfera di segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata e si realizzerebbe indirettamente una intercettazione ambientale senza la previa autorizzazione dell'a.g.⁶⁰. Sono inutilizzabili, in assenza di autorizzazione del giudice, le registrazioni di conversazioni effettuate con videoripresa da un soggetto *extraneus*, dotato di strumenti di captazione predisposti e fornitigli dalla p.g., realizzandosi in tal modo un surrettizio aggiramento delle regole che impongono il ricorso a strumenti tipici per comprimere il bene costituzionalmente protetto della segretezza delle comunicazioni⁶¹.

In definitiva, sembra corretto affermare che, ogniquale volta la captazione del contenuto di una comunicazione o conversazione sia avvenuta nell'ambito di un'indagine, essa debba essere considerata un'intercettazione, mentre se è stata compiuta a fini diversi da quelli investigativi rientra nella nozione di documento.

c) L'uso da parte della polizia giudiziaria del telefono sequestrato all'indagato

La S.C. afferma che l'ufficiale di p.g. che, nel corso delle indagini, risponda ad una telefonata entrante sull'apparecchio telefonico in sequestro appartenente ad un indagato non compie alcuna intercettazione, poiché quest'ultima presuppone l'inserimento in una conversazione in atto tra distinti soggetti (*inter alios*) senza che gli stessi ne siano consapevoli. Pertanto il contenuto della conversazione può essere fatto oggetto di annotazione e su di esso l'operante può legittimamente essere sentito, anche perché l'attività compiuta è del tutto legittima, rientrando nelle funzioni proprie della p.g., che ha il dovere di assicurare le fonti di prova e di raccogliere ogni elemento utile per la ricostruzione del fatto e l'individuazione del colpevole⁶².

d) Il tracciamento delle comunicazioni

Nonostante non sia disciplinato legislativamente per le intercettazioni processuali

⁵⁹ Cass., sez. I, 12 dicembre 2007, D.G., in *CED*, rv. 238488.

⁶⁰ Cass., sez. II, 24 febbraio 2010, n. 9132, inedita.

⁶¹ Cass., sez. VI, 26 novembre 2008, N.R., in *CED*, rv. 241610.

⁶² Cass., sez. IV, 25 giugno 2008, Leonardi, in *Guida dir.*, 2008, 40, p. 86.

(ma solo per quelle preventive dall'art. 226, comma 4, disp. coord. c.p.p.), la giurisprudenza ammetteva il cosiddetto "tracciamento delle comunicazioni", che consiste nel sottoporre a controllo l'utenza intercettata per rilevarne gli spostamenti nello spazio. La Corte di Cassazione precisò che, in caso di individuazione dell'apparecchio di provenienza di una telefonata tramite la sottoposizione a controllo dell'utenza chiamata mediante la tecnica del rilevamento del c.d. "tracciato *axe*", era sufficiente la rituale autorizzazione del G.i.p. alla sottoposizione a controllo dell'utenza chiamata e non rilevava, invece, la mancanza di autorizzazione circa la sottoposizione a controllo dell'utenza chiamante, in quanto l'individuazione dell'utenza di provenienza delle telefonate non integra un'attività di intercettazione ai sensi degli artt. 266 ss., bensì un mero accertamento di fatto riconducibile alla generica attività di assicurazione delle fonti di prova che la p.g. può svolgere anche di propria iniziativa a norma dell'art. 348. L'art. 126 del Codice per la *privacy* consente ora il c.d. tracciamento laddove stabilisce che «i dati relativi all'ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, riferiti agli utenti o agli abbonati di reti pubbliche di comunicazione o di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, possono essere trattati solo se anonimi o se l'utente o l'abbonato ha manifestato previamente il proprio consenso, revocabile in ogni momento, e nella misura e per la durata necessari per la fornitura del servizio a valore aggiunto richiesto». L'a.g. può richiedere al gestore del pubblico servizio di telecomunicazioni di effettuare per il futuro il "tracciamento" dell'utenza, verificandone gli spostamenti sul territorio.

e) *La localizzazione satellitare tramite GPS (Global Positioning System)*

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha avuto modo di affermare che il pedinamento tramite GPS non viola l'art. 8 Conv. eur.⁶³ La Corte ha osservato che il sistema GPS può ritenersi previsto dalla legge tedesca (che all'art. 100 c §1 n. 1 (b) c.p.p. prevede l'impiego di "mezzi tecnici speciali destinati a scopo di sorveglianza", ordinato dal pubblico ministero e, se la durata supera un mese, dal giudice). Pertanto, la condizione della previsione legislativa è stata ritenuta soddisfatta per il fatto che, nonostante la genericità della locuzione normativa, doveva ragionevolmente preventivarsi che i progressi della tecnologia avrebbero consentito questo tipo di investigazioni. La stessa Corte ha osservato, inoltre, che, nel caso concreto, l'impiego del GPS non ha interferito in modo sproporzionato con il diritto alla riservatezza del ricorrente, considerando che il *beeper* era stato installato non sulla sua auto, ma su quella del complice (per cui egli era stato monitorato soltanto quando viaggiava sull'auto del correo) e deve comunque considerarsi meno intrusivo di altri (come le intercettazioni di comunicazioni) pure previsti dalla legge. La Corte europea riconosce che la "vita privata" è espressione ampia e non suscettibile di una definizione esaustiva e chiarisce che l'art. 8 Conv. eur. protegge il diritto all'identità e allo sviluppo della persona e il suo diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri essere umani e con il mondo esterno, per cui vi è una zona di interazione di ogni individuo con l'altro, anche in un contesto pubblico, che può ricadere nel concetto di "vita privata". La Corte ritiene che vi sono molti elementi rilevanti per verificare se la vita privata di un individuo è soggetta a misure applicate al di fuori della sua abitazione o dei suoi locali privati. Siccome ci sono delle occasioni in cui le persone, consapevolmente o intenzionalmen-

⁶³ Corte eur. dir. uomo, sez. V, 2 settembre 2010, *Uzun c. Germania*.

te, compiono attività che possono essere registrate o segnalate in modo pubblico, le ragionevoli aspettative di un individuo quanto alla riservatezza possono essere un fattore significativo, sebbene non necessariamente decisivo. Ad esempio, un individuo che cammina lungo una strada sarà inevitabilmente visibile a coloro che sono presenti; così come il monitoraggio con mezzi tecnologici dello spazio pubblico (ad esempio, il controllo di una guardia giurata che vigila attraverso le telecamere a circuito chiuso). La Corte europea, nel dichiarare l'insussistenza nel caso concreto della violazione convenzionale, ha tenuto conto di diverse circostanze. Essa ha valutato che il ricorso al GPS era avvenuto solo dopo che altre misure meno invasive si erano dimostrate inefficaci. La Corte ha anche considerato il fatto che, nel caso di specie, si trattava di soggetto sospettato di reati gravi (attentati terroristici ad opera della Frazione dell'Armata Rossa). Infine la Corte ha ritenuto garanzia sufficiente contro possibili abusi il fatto che fosse prevista una preventiva autorizzazione da parte del pubblico ministero ed il controllo, sia pure *ex post*, di un giudice per verificare legittimità, opportunità e necessità di prolungare nel tempo il ricorso al GPS, con la possibilità di escludere dal processo le prove ottenute illegittimamente.

La Suprema Corte federale degli Stati Uniti d'America ha affermato che la collocazione da parte della polizia giudiziaria di un apparecchio GPS sull'auto intestata alla moglie dell'imputato, sospettato di far parte di un'associazione finalizzata al grosso traffico di cocaina, è da considerare una perquisizione e quindi, se disposta in assenza di *warrant*, contrasta con il IV Emendamento (1791) alla Costituzione degli Stati Uniti, che, com'è noto, stabilisce che «*il diritto dei cittadini a godere della sicurezza per quanto riguarda la loro persona, la loro casa, le loro carte e i loro effetti, contro perquisizioni e sequestri irragionevoli, non potrà essere violato; e nessun mandato giudiziario potrà essere emesso, se non in base a probabile cause, appoggiata da un giuramento o da una dichiarazione sull'onore e con descrizione specifica del luogo da perquisire, e delle persone da arrestare o delle cose da sequestrare*»⁶⁴. Se anche in Italia si dovesse ritenere che l'installazione del GPS incide sulla libertà personale, l'art. 13 Cost. imporrebbe il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione e, in mancanza di anche uno solo di essi, la prova sarebbe "incostituzionale" ed i suoi risultati inutilizzabili, mentre l'art. 111 Cost. garantirebbe in ogni caso il ricorso in cassazione.

La giurisprudenza italiana è consolidata nel senso che l'attività di indagine, volta a seguire gli spostamenti di un soggetto localizzato attraverso il sistema di rilevamento satellitare, costituisce una forma di pedinamento e non di intercettazione, con la conseguenza che ad essa non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 266 ss.⁶⁵. Nello stesso senso, per cui l'attività di indagine volta a seguire i movimenti sul territorio di un soggetto, a localizzarlo e, dunque, a controllare a distanza la sua presenza in un determinato luogo in un certo momento, nonché l'itinerario seguito, gli incontri avuti, costituisce una modalità, tecnologicamente caratterizzata, di pedinamento e, come tale, rientra nei mezzi di ricerca della prova cosiddetti atipici o innominati attribuiti

⁶⁴ *Supreme Court of the United States*, 23 gennaio 2012, *U.S. v. Jones*. In proposito, v. L. FILIPPI, *IL GPS è una prova incostituzionale? Domanda provocatoria, ma non troppo, dopo la sentenza Jones della Corte Suprema U.S.A.*, in *Arch. pen.* 2012, p. 309.

⁶⁵ Cass., sez. V, 10 marzo 2010, Z.B., in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 1464; in senso conforme, v. Cass., sez. I, 28 maggio 2008, in *CED*, rv. 240092.

alla competenza della p.g. ai sensi del combinato disposto degli artt. 55, 347 e 370. Essa non è in alcun modo assimilabile all'attività di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, per cui non sussistono i presupposti per affermare che i supporti informatici relativi alla localizzazione tramite GPS debbano essere considerati "atti non ripetibili", così come accade per gli esiti delle intercettazioni, ed essere inseriti nel fascicolo del dibattimento. Il sistema di rilevazione satellitare GPS costituisce, in realtà, un'attività investigativa atipica, assimilabile al pedinamento, che, nel giudizio abbreviato, può entrare nella valutazione probatoria del giudice anche attraverso l'acquisizione delle annotazioni e delle relazioni di servizio redatte dalla p.g. sulle coordinate segnalate dal sistema stesso. Poiché l'attività di p.g. consiste nel trasfondere pedissequamente nelle annotazioni o nelle relazioni di servizio un dato oggettivo, quale è costituito dalle coordinate rilevate dal sistema satellitare GPS, è da escludere che essa sia connotata da profili interpretativi o valutativi. Di conseguenza, l'assenza del supporto informatico contenente gli originali dei tracciati non può in alcun modo inficiare l'attendibilità e la oggettiva valenza probatoria dei medesimi dati, concernenti le coordinate segnalate dal sistema satellitare, immediatamente trasfusi nelle annotazioni e nelle relazioni di servizio⁶⁶. La tesi trascura il rischio che, in assenza dei tracciati e dunque nell'impossibilità di un controllo sulla loro esattezza, possa verificarsi un duplice errore, sia del mezzo tecnico, sia da parte della p.g. nel trascrivere le coordinate. La localizzazione mediante il sistema di rilevamento satellitare (cosiddetta GPS) degli spostamenti di una persona nei cui confronti siano in corso indagini, costituisce un'attività investigativa atipica, assimilabile al pedinamento, i cui risultati possono entrare nella valutazione probatoria del giudice attraverso la testimonianza degli ufficiali di p.g. (in motivazione, la S.C. ha precisato che le relazioni della p.g. concernenti tale attività di indagine non hanno il carattere degli "atti non ripetibili", come accade per gli esiti delle intercettazioni, e non vanno inseriti nel fascicolo del dibattimento)⁶⁷. La localizzazione mediante il sistema di rilevamento satellitare (cosiddetta GPS) degli spostamenti di una persona nei cui confronti siano in corso indagini costituisce una forma di pedinamento non assimilabile all'attività di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, per la quale non è necessaria alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice, dovendosi escludere l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 266 ss. c.p.p. (fattispecie relativa al pedinamento satellitare dell'autovettura di un indagato)⁶⁸. Il provvedimento con cui il p.m. dispone l'installazione di un sistema di localizzazione dei veicoli (GPS) non necessita della preventiva autorizzazione del G.i.p., in quanto è diretto a disporre, mediante l'ausilio di impianti tecnici, un pedinamento e non una intercettazione⁶⁹. Nel senso che l'attività di indagine volta a seguire i movimenti sul territorio di una persona o di un oggetto, a localizzarlo e, dunque, a controllare – a distanza – non il flusso delle comunicazioni che lo stesso invia o riceve, ma la sua presenza in un determinato luogo in un certo momento, nonché l'itinerario seguito, gli incontri avuti, ecc. (cosiddetta intercettazione median-

⁶⁶ Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, Congia, in *CED*, rv. 246774.

⁶⁷ Cass., sez. VI, 11 aprile 2008, in *CED*, rv. 239638.

⁶⁸ Cass., sez. VI, 11 dicembre 2007, Sitzia, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2534; in *Giust. pen.*, 2009, III, c. 354; in *CED*, rv. 239638; Cass., sez. IV, 29 gennaio 2007, in *CED*, rv. 236112.

⁶⁹ Cass., sez. IV, 21 gennaio 2008, B.M., in *CED*, rv. 238679.

te GPS), costituisce una modalità, tecnologicamente caratterizzata, di “pedinamento” e, come tale, rientra nei mezzi di ricerca della prova cosiddetti atipici o innominati attribuiti alla competenza della p.g. (artt. 55, 347, 370). Pertanto, non solo non necessita dell’osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 266 ss., relative alle intercettazioni di conversazioni e/o comunicazioni, ma, non trovando comunque applicazione il disposto dell’art. 15 Cost., che tutela le comunicazioni interpersonali, nemmeno appare necessario il decreto motivato del p.m., viceversa indispensabile, ad esempio, per l’acquisizione dei “tabulati” concernenti il traffico telefonico. In dottrina si è criticato tale orientamento giurisprudenziale osservando che esso confligge con l’art. 14 Cost.⁷⁰ e comunque mostra scarsa sensibilità nei confronti dell’esigenza di tutela dei dati personali⁷¹. Inoltre, l’inquadramento come mezzo atipico di ricerca della prova lascia perplessi perché esigerebbe, a norma dell’art. 189, una previa audizione delle parti sulle modalità di assunzione, che non è possibile per un proficuo risultato delle indagini. La mancanza di una disciplina legislativa non deve far dimenticare che, se, come la Corte federale statunitense afferma, l’impiego del GPS incide sull’inviolabile libertà dalle perquisizioni e sequestri “irragionevoli”, gli artt. 13 e 14 Cost. impongono al legislatore italiano la doppia riserva di legge e di giurisdizione, il cui mancato rispetto dà luogo ad una prova incostituzionale e quindi inutilizzabile. A tale conclusione si deve giungere, a maggior ragione, nei casi in cui, per l’installazione del *beeper*, la polizia giudiziaria si intromette fisicamente nell’abitazione o nell’auto dell’imputato, consumando così un’altra violazione di un diritto costituzionale.

f) L’intercettazione “epistolare”

Nella prassi investigativa ha preso piede un’attività di controllo della corrispondenza (sia di un detenuto sia di persona in stato di libertà) con estrazione surrettizia di copia ed inoltro dell’originale al destinatario. Si tratta di un atto di indagine che, per i suoi caratteri di segretezza, assenza di garanzie difensive e di non interruzione del corso della corrispondenza, si distingue dal sequestro e si avvicina maggiormente all’intercettazione. Al momento, mancando una previsione di legge dei “casi e modi” di tale intrusione, essa deve considerarsi una violazione sia della segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.) sia della riservatezza (art. 8 Cedu), in quanto non prevista dalla legge, e pertanto trattasi di un mezzo di ricerca della prova compiuto in spregio della riserva di legge e quindi contrastante con la Costituzione (prova “incostituzionale”) e con la Convenzione europea (prova “inconvenzionale”) e di conseguenza inammissibile e, se posto in essere, dà luogo a risultati inutilizzabili. La giurisprudenza è contrastante e, pur in assenza di una previsione di legge, concorda nell’esigere l’autorizzazione di un organo giurisdizionale (sia magistrato di sorveglianza sia giudice che procede). Si è infatti talvolta affermato che è illegittimo il provvedimento con cui il p.m. ordina alla direzione di una casa circondariale l’esibizione della corrispondenza relativa ad un detenuto, quando sia stato assunto in violazione delle norme dell’ordinamento penitenziario (art. 18-ter, legge 26 luglio 1975, n. 354) che discipli-

⁷⁰ C. BOTTI, *Ma il sensore posto nell’autoveicolo potrebbe violare il domicilio*, in *Dir. & Giust.* 2002, n. 22, p. 16 ss.

⁷¹ P. PERETOLI, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 94 ss.

nano le forme e le garanzie per il “visto di controllo”, con la conseguente inutilizzabilità dei relativi risultati probatori a norma dell’art. 191 comma 1⁷². Altre volte si è ritenuto che il provvedimento, con cui il p.m. ordina al direttore della casa circondariale di esibire alla p.g. tutta la corrispondenza relativa ad un detenuto e di consentirle l’estrazione di copia, «dà luogo, in assenza di un precedente ordine di sottoposizione a visto di controllo disposto con le modalità e le garanzie della legge di ordinamento penitenziario, ad una “forma atipica di intercettazione” del contenuto della corrispondenza epistolare, con conseguente inutilizzabilità probatoria della corrispondenza per mancanza dell’autorizzazione del giudice»⁷³. Altre volte l’estrazione di copia di corrispondenza del detenuto non è stata ritenuta un sequestro e, «quando il controllo della corrispondenza sia stato già regolarmente disposto a norma dell’ordinamento penitenziario, si tratta di un atipico atto investigativo, che non richiede l’autorizzazione del G.i.p.»⁷⁴. Si è ritenuto legittimo il provvedimento del G.i.p., emesso su richiesta del p.m., per la sottoposizione a controllo e l’acquisizione a fini probatori, della corrispondenza in entrata e in uscita dalla Casa circondariale ove il sottoposto ad indagine è ristretto in esecuzione pena per effetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, «trattandosi di provvedimento complesso che si compone di un ordine di sequestro della corrispondenza già eventualmente sottoposta a controllo, sempre che sia rilevante per le indagini, e di un provvedimento di intercettazione di comunicazioni con eventuale sequestro della corrispondenza ritenuta rilevante»⁷⁵.

Dato il contrasto giurisprudenziale la questione fu rimessa alle Sezioni Unite, che, con la sentenza Pasqua del 2012, affermarono il principio per cui la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, di cui agli artt. 266 ss., non è applicabile alla corrispondenza, dovendosi per la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria del contenuto epistolare seguire le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 353 e, trattandosi di corrispondenza dei detenuti, anche le particolari formalità stabilite dall’art. 18-ter dell’Ordinamento penitenziario⁷⁶.

g) L’intercettazione degli SMS e MMS

In Italia la giurisprudenza ammette l’acquisizione dei messaggi telefonici⁷⁷. In realtà, in difetto di previsione legislativa che consenta l’intercettazione di messaggi telefonici, scritti (cosiddetti SMS, cioè *short messaging system*) o visivi (cosiddetti MMS, ossia *multimedial messaging system*), tale attività di intercettazione non sembra legiti-

⁷² Cass., sez. VI, 13 ottobre 2009, Giacalone, in *Guida dir.*, 2010, n. 6, p. 74; Cass., sez. V, 29 aprile 2010, Azoulay e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1313, con nota di A. Chelo.

⁷³ Cass., sez. II, 23 maggio 2006, Rescigno, in *CED*, rv. 234652, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2007, p.1049, con nota di A. Chelo.

⁷⁴ Cass., sez. I, 7 novembre 2007, Ditto, in *CED*, rv. 238488.

⁷⁵ Cass., sez. V, 18 ottobre 2008, Costa, in *Cass. pen.*, 2009, p. 621; in *CED*, rv. 238902.

⁷⁶ Cass., Sez. Un., 18 luglio 2012, Pasqua, in *Cass. pen.*, 2013, p. 955, con nota di C. RENOLDI.

⁷⁷ Per precedenti giurisprudenziali specifici, sia pure in riferimento all’ordinamento britannico, cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 22 ottobre 2002, *Taylor-Sabari c./Regno Unito*, che, in mancanza di una legge inglese che regolasse la materia, ha ritenuto l’interferenza nel diritto al rispetto della vita privata contraria all’art. 8 Cedu. V. pure il precedente specifico di Corte eur. dir. uomo, sez. III, 25 settembre 2001, p.g. e J.H. c/Regno Unito.

tima nemmeno per l'a.g. Essi costituiscono infatti corrispondenza tutelata dall'art. 15 Cost. e quindi sono suscettibili di intercettazione solo nel rispetto della riserva di legge che indichi i casi e i modi della limitazione. In particolare, se il contenuto di un SMS può essere considerato un messaggio scritto, quello MMS, contenente anche immagini, non è intercettabile se non in presenza di una legge che specificamente la disciplini. Da parte dei privati l'intercettazione abusiva integra il reato di cui all'art. 617 c.p. e può compiersi mediante lettura del messaggio memorizzato sull'apparato telefonico mittente o ricevente, mentre il gestore della telefonia non ne conserva il testo ma solo i tabulati indicanti i dati esterni della comunicazione. Inoltre tale nuovo tipo di comunicazione, accompagnata da immagini di persone rappresentate in fotografia o in movimento, pone problemi di tutela della riservatezza, sui quali è già intervenuto, con provvedimento del 12 marzo 2003, il Garante per la protezione dei dati personali, nell'esercizio delle funzioni indicate dalla legge n. 675/1996⁷⁸.

b) La captazione fortuita

Ricorre un caso particolare di intercettazione ambientale allorché le conversazioni vengono registrate mentre sono in atto legittime intercettazioni telefoniche (ad esempio prima, dopo o nel corso della telefonata uno dei comunicanti parla con persone presenti sul posto). La giurisprudenza talvolta ha considerato fortuita la captazione e utilizzabili i risultati dell'intercettazione, avvenuta perché gli interlocutori non si sono curati di evitare interferenze di terzi, altre volte la Suprema Corte ha dichiarato l'inutilizzabilità di simili captazioni. Quest'ultima sembra la soluzione più corretta: infatti l'autorizzazione riguarda la comunicazione telefonica di una determinata utenza, mentre è stata intercettata una conversazione ambientale che può essere anche domiciliare, la quale è diversa da quella autorizzata e può riguardare soggetti diversi dal titolare dell'utenza e, se domiciliare, esige un requisito ulteriore, cioè il fondato motivo di ritenere che nel domicilio sia in corso l'attività criminosa. Né può dirsi che la captazione sia fortuita perché un'attività d'intercettazione telefonica era in corso; e nemmeno è esatto affermare che gli interlocutori non abbiano tenuto un comportamento idoneo a garantire segretezza alle loro conversazioni, giacché queste sono avvenute all'interno del domicilio, il quale di per sé ne assicura la segretezza, mentre il telefono è un apparecchio per comunicare e non un subdolo strumento di ascolto. Nell'ipotesi inversa in cui, disposta l'intercettazione ambientale, si captano le conversazioni telefoniche, queste sono invece legittimamente intercettate perché rientranti nell'oggetto della più ampia intercettazione domiciliare autorizzata⁷⁹.

i) L'intercettazione "a cornetta sollevata"

La prevalente giurisprudenza ha affermato che le intercettazioni di conversazioni che l'utente sotto controllo, sollevato il ricevitore dell'apparecchio telefonico, intrattenga con persone presenti non necessitano dell'autorizzazione prevista dall'art. 267, comma 1. Nel caso di intercettazione telefonica "a cornetta sollevata", sono utilizzabili le regi-

⁷⁸ V. in proposito R. PANETTA, *Foto dal telefono: le misure del Garante per tutelare la riservatezza*, in *Dir. & Giust.*, 2003, n. 14, p. 78.

⁷⁹ In dottrina v. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, p. 199, secondo il quale tali conversazioni non sarebbero segrete nonostante si svolgano all'interno del domicilio.

strazioni dei colloqui fra presenti, casualmente ascoltati nel corso di un'intercettazione telefonica ritualmente autorizzata, anche prima dell'inizio della conversazione telefonica⁸⁰. Si ribadisce che, nel caso di intercettazione telefonica "a cornetta sollevata", la registrazione dei colloqui fra presenti, casualmente ascoltati nel corso di un'intercettazione telefonica ritualmente autorizzata, è utilizzabile⁸¹. Nel caso di intercettazione telefonica "a cornetta sollevata", la registrazione dei colloqui fra presenti non dipende da un'indebita violazione della *privacy* ma dal comportamento degli interlocutori, i quali, lasciando il ricevitore alzato, fanno sì che la loro conversazione – altrimenti percettibile solo tramite un'intercettazione ambientale – viaggi liberamente lungo la rete telefonica, rimanendo "scoperta" dal punto di vista della segretezza. Pertanto, il casuale ascolto di tale conversazione nel corso di un'intercettazione telefonica ritualmente autorizzata è utilizzabile ai fini dell'applicazione di una misura cautelare, non rientrando nella sfera di operatività degli artt. 15 Cost. e 266-271, che non sono applicabili nella specie⁸².

l) Le nuove tecnologie di comunicazione (VoIP e Skype)

Difficoltà tecniche di decriptazione ma soprattutto il fatto che le nuove tecnologie di comunicazione, quali *VoIP* e *Skype*, si avvalgono di *servers* operanti all'estero, comportano che la loro intercettazione può avvenire solo a mezzo di rogatoria⁸³.

Sezione II

Le fonti

SOMMARIO: 1. Fonti interne e sovranazionali. – 2. Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo.

1. Fonti interne e sovranazionali

L'art. 15 Cost., al comma 1, definisce "inviolabili" «*la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione*»: ciò significa che in materia di comunicazioni le uniche limitazioni ammesse sono quelle legittimamente previste dalla legge. Il comma 2 prescrive che la loro limitazione può avvenire «*soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria*» (riserva di giurisdizione motivata) e «*con le garanzie stabilite dalla legge*» (riserva assoluta di legge statale).

⁸⁰ Cass., sez. IV, 25 febbraio 2010, R.P., in *CED*, rv. 246849.

⁸¹ Cass., sez. II, 16 dicembre 2008, *Celmeta*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1898; in *CED*, rv. 244044.

⁸² Cass., sez. IV, 19 aprile 2007, I.S., in *CED*, rv. 236604.

⁸³ In argomento v. C. PARODI, *VoIP, Skype e tecnologie d'intercettazione: quali risposte d'indagine per le nuove frontiere delle comunicazioni?*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1309.