

## PREMESSA ALLA SECONDA EDIZIONE

---

Dopo cinque anni, occorre aggiornare ed ampliare il Volume.

Dal primo punto di vista, contavano i progressi giurisprudenziali, la comparsa di strumenti investigativi affini, le produzioni normative nazionali e la disciplina europea, soprattutto in tema di *data retention*.

L'ampliamento, per altro verso, era necessario per includere nuovi mezzi di indagine alimentati dal progresso tecnologico.

Sul piano generale, si consolida più organicamente la struttura dell'opera; lo "spacchettamento" e la migliore messa a fuoco dei temi (già presenti nella Prima Edizione) permettono di cogliere agevolmente la marcatura di analogie e differenze. Si noterà, inoltre, che taluni contributi incrociano vicende e principi già valorizzati in altri; ma (era ed) è inevitabile: l'esame di figure somiglianti determina simmetrie di argomenti e di soluzioni.

Per finire, emerge una ragione "estrinseca" che giustifica la stesura di una Seconda Edizione: l'accresciuta predominanza delle indagini in funzione del giudizio penale. Allo stato, è immaginaria l'idea che la prova si formi solo nella dialettica delle parti; i risultati investigativi penetrano il materiale probatorio da ogni direzione e l'ipertrofia della fase preliminare influisce, così, sull'esito del giudizio. Ecco, allora, che l'assenza (o la vacuità) normativa che caratterizza le indagini atipiche esige, più che altrove, lo sforzo di delineare fattispecie e ricostruire categorie.

Ringrazio Lorenzo Belvini per il suo attento contributo redazionale.

1 ottobre 2019

AS



**Parte Prima**

**LO SFRUTTAMENTO DI COLLOQUI,  
DATI, IMMAGINI E SUONI**



# REGISTRAZIONI AUDIO-VIDEO EFFETTUATE DA UN PRIVATO SU IMPULSO DELL'INVESTIGATORE

di Rosita Del Coco

---

SOMMARIO: 1. Le registrazioni audio-video tra prassi ed esigenze di tutela dei diritti. – 2. L'agente segreto "attrezzato per il suono". – 3. La captazione occulta di conversazioni come "fattispecie intercettiva" e limiti di utilizzabilità. – 4. L'agente segreto "attrezzato per l'immagine". – 5. L'*home watching*.

## 1. Le registrazioni audio-video tra prassi ed esigenze di tutela dei diritti

Nell'ambito delle attività di indagine prive di adeguata regolamentazione a livello normativo, un indubbio rilievo rivestono – sia per le inevitabili ricadute su importanti principi costituzionali, sia per l'elevata frequenza che ne caratterizza l'uso nella pratica – le operazioni volte alla *captazione occulta di conversazioni e filmati*. Invero, sebbene l'inarrestabile evoluzione del progresso scientifico abbia reso possibile l'irruzione, nel processo penale, di strumentazioni sempre più sofisticate e dalle elevate potenzialità intrusive nei diversi aspetti della vita privata, si incorrerebbe, tuttavia, in un grave errore se si sottovalutassero le insidie che possono celarsi dietro ad attività occulte di memorizzazione fonica o di registrazioni video, la cui forza pervasiva risiede proprio nella facilità di reperimento ed utilizzo delle apparecchiature utili allo scopo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Basti pensare alla generalizzata disponibilità degli *smartphone*, che consentono di realizzare registrazioni audio e video alle quali la giurisprudenza è orientata a tributare un fideistico riconoscimento di affidabilità, ritenendole portatrici di «certezze processuali». Al riguardo, v. Cass., Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 5241, Tittarelli, in *Dir. giust.*, 2017, p. 10, secondo cui l'uso di telefonini smart consente «una documentazione inconfutabile ed oggettiva del contenuto di

Anche in considerazione di tale, ultimo rilievo, appare difficile delineare in modo netto le caratteristiche di un'attività suscettibile di assumere significato e peso probatorio differenti a seconda delle peculiari qualità del soggetto agente e delle concrete modalità con cui tali operazioni vengono compiute.

Sotto il primo profilo, va, infatti, rilevato che l'esecutore materiale della registrazione audio o video può essere sia un soggetto appartenente alla polizia giudiziaria<sup>2</sup>, sia un privato cittadino (ad esempio, la persona offesa dal reato, un coimputato, un informatore di p.g.).

Sotto il secondo profilo evidenziato, occorre constatare che il soggetto privato può agire di propria iniziativa, anche al di fuori ed a prescindere dall'esistenza di un procedimento penale, ovvero su sollecitazione degli organi inquirenti. Nell'ipotesi da ultimo considerata, è possibile, peraltro, delineare scenari del tutto eterogenei pure in base al differente grado di coinvolgimento degli organi investigativi. Non ci vuole, infatti, molto senso pratico per rendersi conto che ben diverso è il caso in cui la polizia giudiziaria si limiti a "suggerire" genericamente, ad esempio, alla persona offesa la registrazione di un colloquio o la ripresa di un filmato<sup>3</sup>, rispetto all'ipotesi in cui gli stessi inquirenti "gestiscano" l'intera operazione, indicando le persone da avvicinare, fornendo le attrezzature tecniche e, addirittura, suggerendo le eventuali domande da formulare<sup>4</sup>.

---

colloqui e/o di telefonate», e permette di documentare attraverso riprese video «che copr[ono] a 360 gradi tutto il fatto».

<sup>2</sup>La giurisprudenza di legittimità ha di recente avuto modo di affermare che «la registrazione di colloqui tra gli indagati effettuata dalla polizia giudiziaria mediante l'impiego di un telefono cellulare non costituisce una intercettazione ambientale, ma una forma di memorizzazione su supporto informatico di un fatto storico direttamente percepito dal teste, utilizzabile in dibattimento come documento a supporto della memoria degli operanti»: così Cass., Sez. VI, 5 ottobre 2017, n. 53375, Lombardi, in *CED Cass.*, n. 271656.

<sup>3</sup>V. A. BARGI, voce *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., t. I, Utet, Torino, 2005, p. 792: quando la polizia si avvale di un privato per eseguire la registrazione di un colloquio, si è, comunque, di fronte ad un'attività di intercettazione che cade nella sfera di registrazione degli organi investigativi, «a differenza di quanto accade nel caso in cui il privato sia solo consigliato di preconstituire la futura prova documentale, ed agisca in maniera assolutamente autonoma, senza alcun collegamento tecnico con l'operatore di polizia giudiziaria, sì da consentirne l'ascolto diretto»; al riguardo, v., in giurisprudenza, Cass., Sez. I, 8 febbraio 2013, n. 6339, Pagliaro, in *CED Cass.*, n. 254814.

<sup>4</sup>Sul c.d. "agente segreto attrezzato per il suono" (secondo l'espressione utilizzata in dottrina da M. SCAPARONE, *In tema di indagini di polizia giudiziaria condotte per mezzo di un agente segreto attrezzato per il suono*», in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 247), v., senza pretesa di completezza, A. BARGI, voce *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, cit., p. 788 ss.; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 42 ss.; F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 195 ss.; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 30 ss.; ID., voce *Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VI Agg., Giuffrè, Milano, 2002, p. 565 ss.; C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di*

Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi, poi, un ulteriore distinguo si impone in relazione ai tempi di ascolto della registrazione fonica, potendo gli organi di polizia procedere sia ad un ascolto differito del nastro magnetofonico, sia ad ascolto contestuale del colloquio, attraverso allacciamento alla centrale operativa o altri apparati.

Evidente, insomma, l'intrinseca irriducibilità del tema in un quadro unitario, essendo palese l'abisso che intercorre tra l'ipotesi in cui il privato decida autonomamente di effettuare la registrazione audio o video, a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale, rispetto a quella in cui la captazione avvenga sotto la regia degli inquirenti.

Nel primo caso, l'incisione clandestina, su supporto, di comunicazioni tra presenti o la ripresa di un filmato costituiscono un documento che, «esulando dall'ambito processuale e da ogni attività investigativa, risulta immune da qualsiasi verifica circa il rispetto dei capisaldi dell'assunzione della prova»<sup>5</sup>. Esigendo, piuttosto, i controlli necessari a garantire l'attendibilità e la genuinità del dato *aliunde* formato<sup>6</sup>, nonché la legittimità dello stesso<sup>7</sup>.

---

*ricerca della prova*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 37 ss. Più di recente, cfr. O. BRUNO, *Captazione segreta di conversazione e filmati: evoluzione e prospettive*, in *Giust. pen.*, 2011, III, p. 491 ss.

<sup>5</sup> Così O. BRUNO, *Captazione segreta*, cit., p. 491, nota 4. Nello stesso senso, A. BARGI, voce *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 178 ss.; F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 145; F. DE LEO, *Controllo delle comunicazioni e riservatezza (a proposito di tabulati, tracciamenti, intercettazioni, conservazione dei dati e dintorni)*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2208; V. SGROMO, *Natura e utilizzabilità delle registrazioni di conversazioni telefoniche*, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 129. Concorde la giurisprudenza, tra cui v. Cass., Sez. I, 8 febbraio 2013, n. 6339, Pagliaro, cit.; Id., Sez. VI, 5 agosto 2011, n. 31342, Renzi, in *CED Cass.*, n. 250534; Id., Sez. VI, 23 dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, *ivi*, n. 245774; Id., 10 dicembre 2009, n. 6297, Pesacane, *ivi*, n. 246106.

<sup>6</sup> Al riguardo, cfr. Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 1422, Gambino, in *CED Cass.*, n. 271973, secondo cui «la registrazione fonografica di colloqui tra presenti, eseguita d'iniziativa dalla persona offesa dal reato, costituisce prova documentale ex art. 234 c.p.p., utilizzabile in dibattimento, ma, nel caso in cui risulti accertato che detta registrazione presenta delle manipolazioni che rendono discontinua la conversazione, è necessaria una specifica valutazione della sua capacità probatoria, avuto riguardo alle ragioni della manipolazione medesima, e della attendibilità delle dichiarazioni della persona offesa, non essendo a tal fine sufficiente la mera consequenzialità dei brani, né la loro concordanza con quanto riferito da quest'ultima». La giurisprudenza di legittimità ha, peraltro, precisato che «in tema di registrazioni di conversazioni effettuate da un privato, costituisce questione di fatto, rimessa all'esclusiva competenza del giudice di merito, l'interpretazione e la valutazione del contenuto dei dialoghi, il cui apprezzamento non può essere sindacato in sede di legittimità, se non nei limiti della manifesta illogicità ed irragionevolezza della motivazione con cui esse sono recepite» (Cass., Sez. I, 15 novembre 2017, n. 54085, Quaranta, *ivi*, n. 271640).

<sup>7</sup> Denuncia l'inadeguatezza della disciplina riservata in sede penale alle videoriprese effet-

Nella seconda ipotesi prevale, invece, l'ottica investigativa, trattandosi di registrazioni strumentali all'acquisizione di informazioni e dichiarazioni, soprattutto da parte dell'indagato. Innegabile, poi, che nei confronti di quest'ultimo tali attività si presentino particolarmente insidiose: la strumentalità dell'atto a fini investigativi ed il ruolo attivo e causale rivestito dagli inquirenti ben possono influire sulle scelte autodifensive, condizionando l'alternativa tra silenzio e dichiarazioni<sup>8</sup>.

A ben vedere, l'estrema difficoltà, nella prassi, di rinunciare ad uno strumento che, nella disponibilità dell'investigatore o del privato *longa manus* dello stesso, possa realizzare una presa di contatto finalizzata al rilascio di dichiarazioni *self-incriminating*, rappresenta la spia di una tendenza più profonda, volta a far rientrare nella vicenda giudiziaria quanto detto dall'indagato in un momento di minorata difesa. Al di là delle apparenze e delle "etichette" terminologiche, la registrazione di dichiarazioni confessorie sollecitate dal colloquio

---

tuate al di fuori del contesto procedimentale, in violazione del diritto alla riservatezza, L. BELVINI, *Videoriprese non investigative e tutela della riservatezza*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, f. 4, p. 797 ss. Nella lettura privilegiata dall'Autore, il divieto di utilizzare nel processo penale la registrazione di filmati realizzati in modo illecito potrebbe ritenersi presidiato dalle norme contenute nell'art. 240 c.p.p., il quale prevede l'obbligo, per il pubblico ministero, di disporre la secretazione e la custodia, in luogo protetto, dei documenti illegalmente acquisiti, nonché, eventualmente, la distruzione degli stessi da parte dell'organo giurisdizionale. Di contrario avviso si sono, invece, dimostrati i giudici della Consulta che, facendo leva sulla natura eccezionale della norma contenuta nell'art. 240, comma 2, c.p.p., hanno escluso dall'ambito di operatività della stessa le intercettazioni ambientali e le videoriprese, in quanto non previste in modo esplicito (Corte cost. 11 giugno 2009, n. 173, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1933, con nota di M. VILLANI, *La distruzione del corpo del reato all'esame della Corte: spunto per una riflessione sul rapporto tra sanzioni processuali e diritti sostanziali*). In dottrina è stata opportunamente evidenziata la distonia tra la disciplina processuale delle videoregistrazioni effettuata al di fuori del procedimento e le previsioni rinvenibili in altri settori dell'ordinamento a tutela della riservatezza: P. LAVIANI, *Le videoriprese tra privacy e processo penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2013, f. 4, p. 73 ss.; I. SCORDAMAGLIA, *Il valore probatorio delle riprese visive di condotte penalmente rilevanti effettuate in luoghi pubblici o aperti al pubblico*, in *Il penalista*, 11 gennaio 2019. Al riguardo, la giurisprudenza è categorica nell'affermare che il diritto alla riservatezza riveste un ruolo subordinato rispetto alle esigenze di accertamento del processo penale. Con la conseguenza che sono pienamente utilizzabili in sede processuale anche le immagini registrate in violazione delle disposizioni previste a tutela della riservatezza e dei dati personali (da ultimo, Cass., Sez. II, 21 aprile 2017, n. 28367, De Rosa, in *CED Cass.*, n. 270362).

<sup>8</sup> Al riguardo, O. BRUNO, *Captazione segreta*, cit., p. 490 ss.; F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, cit., p. 283 ss.; F.R. DINACCI, *L'irrelevanza processuale delle registrazioni di conversazioni tra presenti*, in *Giur. it.*, 1994, II, c. 65 ss. Nella vigenza del codice abrogato, su questo specifico profilo, M. SCAPARONE, *In tema di indagini*, cit., p. 248. Ampiamente, sulle dinamiche elusive del diritto al silenzio, v. L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Giappichelli, Torino, 2000, *passim*.

te con la regia degli organi inquirenti rischia di risolversi, nei fatti, in un vero e proprio interrogatorio *contra legem*.

Così, anziché collocarsi nel pieno esercizio della propria libertà di autodeterminazione, la scelta di rendere dichiarazioni può rappresentare, per l'indagato, un pericoloso punto di non ritorno<sup>9</sup>. Si delinea, per tale via, un uso del tutto peculiare del diritto di autodifesa ed una sostanziale abdicazione integrale al diritto a non collaborare.

Ovvio la conclusione: qualora si ritenga che il rischio di aggiramento del diritto al silenzio si annidi solo nelle sedi in cui si instaura un rapporto con l'autorità procedente, ed esclusivamente nel corso di un atto tipizzato dall'ordinamento, lo svuotamento delle garanzie in proposito potrebbe rivelarsi davvero preoccupante.

## 2. L'agente segreto "attrezzato per il suono"

«Fattispecie [...] intermedia tra quella prevista dall'art. 266 e quella di cui all'art. 234 c.p.p.»<sup>10</sup>, la registrazione di colloqui privati, effettuata in maniera occulta da uno degli interlocutori su incarico degli organi inquirenti, è al centro di un acceso dibattito che si trascina sin dalla vigenza dell'abrogato codice di procedura penale<sup>11</sup>.

In particolare, sia in dottrina, sia in giurisprudenza, si registrano opinioni discordanti in ordine all'inquadramento ed al conseguente regime di utilizzabilità di tali registrazioni nell'ambito del processo penale.

---

<sup>9</sup> Cfr. *infra*, M. COLAMUSSI, *Comunicazioni a distanza apprese dall'inquirente per volontà di un conversatore*.

<sup>10</sup> In questi termini Cass., Sez. III, 11 novembre 2008, n. 46191, in *Giur. it.*, 2009, p. 2772, con nota di I. ABRUSCI, *In tema di registrazioni di colloqui riservati*.

<sup>11</sup> Nella vigenza del c.p.p. 1930, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza nei confronti delle captazioni occulte di conversazioni *inter praesentes* effettuate da un interlocutore, fu sollecitata, in particolare, dalla controversa vicenda del collaboratore di giustizia Francesco Miano, il quale aveva ricevuto dalla polizia giudiziaria l'incarico di registrare le proprie conversazioni con alcuni compagni di detenzione, unitamente alla strumentazione a tal fine necessaria. Con specifico riferimento al "caso Miano", v. S. BUZZELLI, *Documentazione magnetofonica e testimonianza indiretta nel nuovo processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 937; G. DEAN, *In tema di indebita registrazione delle conversazioni fra persone detenute: dall'art. 225 «quinquies» c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988*, in *Giur. it.*, 1990, II, c. 7; S. ERCOLI, *Registrazioni di colloqui tra detenuti e uso processuale*, in *Questione giustizia*, 1987, p. 543; G.L. FABBRI, *Utilizzabilità processuale delle registrazioni di colloqui tra detenuto e confidente di polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 2238; M. MURONE, *Note in tema di utilizzabilità delle registrazioni private di conversazioni tra presenti*, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 67; M. SCAPARONE, *In tema di indagini*, cit., p. 247.

Stando ad un primo indirizzo, per lungo tempo prevalente in giurisprudenza<sup>12</sup>, le registrazioni di conversazioni, eseguite da uno degli interlocutori, non necessiterebbero dell'autorizzazione del g.i.p. – come, invece, espressamente previsto dall'art. 267 c.p.p. –, trattandosi di attività che esula dal paradigma della fattispecie intercettiva, il cui connotato peculiare si sostanzia nella necessaria estraneità del captante rispetto al colloquio intercettato<sup>13</sup>.

Nella prospettiva appena evidenziata, invero, il soggetto che esegue materialmente la registrazione è considerato mero interlocutore, diretto destinatario delle provalazioni, rispetto al quale sfuma ogni pretesa di segretezza, potendo lo stesso rendere, in sede dibattimentale, testimonianza in ordine al contenuto della conversazione. Mentre la registrazione viene qualificata alla stregua di un'attività di memorizzazione fonica, acquisibile al processo come prova documentale, ai sensi dell'art. 234 c.p.p.<sup>14</sup>.

Ad analoghe conclusioni si è pervenuti pure nel caso in cui l'esecutore materiale della captazione sia un soggetto appartenente alla polizia giudiziaria o da quest'ultima appositamente "istruito" ed "attrezzato" per la registrazione, ed a prescindere dalla circostanza che l'ascolto sia contestuale o differito<sup>15</sup>. Anche nelle ipotesi da ultimo considerate, viene, infatti, ritenuto assorbente il rilievo che l'attività captativa risulta posta in essere da uno dei partecipanti al colloquio<sup>16</sup>. Di talché, nessuna violazione del diritto alla libertà e segretezza delle

---

<sup>12</sup>Tra le sentenze meno recenti, v. Cass., Sez. I, 8 giugno 1999, n. 7239, Cavinato, in *CED Cass.*, n. 213697; Id., Sez. I, 19 maggio 1999, n. 6302, Iacovone, *ivi*, n. 213457; Id., Sez. V, 10 novembre 1998, n. 2486, Poli, *ivi*, n. 212721; Id., Sez. IV, 11 giugno 1998, n. 8759, Cabrini, in *Giust. pen.*, 1999, III, p. 536; Id., Sez. IV, 9 luglio 1996, n. 8237, Cannella, in *CED Cass.*, n. 205799; Id., Sez. VI, 10 aprile 1996, n. 6323, Bordon, *ivi*, n. 205096; Id., Sez. I, 14 febbraio 1994, n. 3252, Pino, *ivi*, n. 199176; Id., Sez. VI, 8 aprile 1994, n. 6633, Giannola, *ivi*, n. 198526; Id., Sez. I, 22 aprile 1992, n. 5467, Artuso, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2588.

<sup>13</sup>Tra le tante, v. Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2009, n. 16986, Abis, in *CED Cass.*, n. 243256; Id., Sez. I, 19 febbraio 2009, n. 14829, Foglia, *ivi*, n. 243741; Id., Sez. III, 11 novembre 2008, n. 46191, cit.; Id., Sez. IV, 31 ottobre 2007, n. 40332, Picillo, in *CED Cass.*, n. 237789; Id., Sez. VI, 7 settembre 2005, n. 33030, Dottino, in *Guida dir.*, 2005, f. 39, p. 99; Id., Sez. VI, 29 marzo 2005, n. 12189, Rosi, in *CED Cass.*, n. 231049; Id., Sez. V, 10 giugno 2002, n. 30078, in *Guida dir.*, 2002, f. 43, p. 86; Id., Sez. II, 5 novembre 2002, n. 42486, Modelfino, in *CED Cass.*, n. 223351.

<sup>14</sup>In tal senso, nella giurisprudenza amministrativa, v. Cons. Stato, Sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3797, in *Giornale dir. amm.*, 2007, f. 9, p. 999, in cui si è puntualizzato che «la registrazione fonografica di conversazioni da parte di uno dei presenti, benché effettuata clandestinamente, costituisce una forma di memorizzazione di un fatto storico del quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo ai sensi dell'art. 234 c.p.p.».

<sup>15</sup>In particolare, v. Cass., Sez. II, 5 novembre 2002, n. 42486, Modelfino, cit.

<sup>16</sup>In tal senso, in dottrina, v. F. DE LEO, *Controllo delle comunicazioni e riservatezza*, cit., p. 2221.

comunicazioni – tutelato dall'art. 15 Cost. attraverso la previsione di una duplice riserva di legge e giurisdizione – è reputata configurabile. Al più, è stata ipotizzata la sola lesione del diritto alla riservatezza<sup>17</sup>, il quale, in mancanza di un espresso riconoscimento costituzionale, si ritiene suscettibile di essere sacrificato a fronte dell'esigenza di accertamento cui è preordinato il processo penale<sup>18</sup>.

Proprio con riguardo al diritto alla riservatezza, poi, si è fatto leva su un presunto onere del dichiarante di scegliere un interlocutore sicuro ed affidabile al quale riservare le proprie confidenze, per inferire la imputabilità al dichiarante stesso delle conseguenze di un'eventuale scelta incauta in proposito<sup>19</sup>.

A tale approccio si è fondatamente contrapposta la tesi secondo cui le registrazioni di colloqui privati, occultamente effettuate d'intesa con gli organi investigativi ed in assenza del provvedimento giurisdizionale di autorizzazione, non sono utilizzabili a fini processuali, poiché eseguite «in violazione dei divieti posti dalla legge a tutela della segretezza, costituzionalmente protetta delle comunicazioni»<sup>20</sup>, dal momento che «l'intervento della polizia procedimentalizza in modo atipico l'intercettazione deprivandola dell'intervento del giudice»<sup>21</sup>.

In questa prospettiva, assume rilievo prevalente la *ratio* investigativa che connota le operazioni di registrazione effettuate su iniziativa degli organi in-

---

<sup>17</sup> Sul progressivo riconoscimento della tutela del diritto alla riservatezza, v. D. GRANARA, *Il fronte avanzato del diritto alla riservatezza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, p. 897 ss.

<sup>18</sup> Sul punto, in dottrina, v. E. APRILE, *Sull'applicabilità della disciplina codicistica delle intercettazioni nel caso della registrazione di conversazione da parte di uno degli interlocutori, con utilizzazione di strumentazione messa a disposizione dalla polizia giudiziaria*, in *Giur. merito*, 2001, p. 1006; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 39; E.M. DELL'ANDRO, *Colloqui registrati ed uso probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 102; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, cit., p. 15; M. MURONE, *Note in tema di utilizzabilità*, cit., p. 67. Più in generale, sul diritto alla riservatezza, v. T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Giuffrè, Milano, 1978; M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Giuffrè, Milano, 2003; F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079; F. DE LEO, *Controllo delle comunicazioni e riservatezza*, cit., p. 2208; M. PISANI, *La tutela penale della "riservatezza": aspetti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 785.

<sup>19</sup> Al riguardo, in dottrina, v. D. POTETTI, *Note in tema di uso investigativo del registratore*, in *Riv. pen.*, 1992, p. 1012, secondo cui se l'autore della dichiarazione «sbaglia la sua scelta non potrà che imputarlo a sé stesso, perché l'ordinamento è in grado di imporre la discrezione e il silenzio solo in casi specifici e particolari».

<sup>20</sup> Così Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2001, n. 3846, Finini, in *CED Cass.*, n. 218412; nello stesso senso, Id., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44128, Napolitano e aa., in *Guida dir.*, 2009, f. 3, p. 93 ss., su cui, in senso critico, v. F. DECAROLI, *Revirement sulle registrazioni effettuate con mezzi forniti dalla polizia giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1274 ss.; Id., Sez. I, 9 gennaio 2001, Bayan Khaled, in *CED Cass.*, n. 217548; Id., Sez. V, 11 maggio 2000, Caputo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 565; Id., Sez. II, 18 maggio 1989, n. 3666, Calabrò, in *CED Cass.*, n. 183707.

<sup>21</sup> Cfr., Cass., Sez. VI, 31 gennaio 2001, n. 3846, Finini, cit.

quirenti, le quali disvelerebbero, pertanto, un'identica destinazione funzionale rispetto alle intercettazioni<sup>22</sup>.

Cosicché, ove si consentisse l'utilizzazione delle registrazioni *inter praesentes* effettuate da uno dei dialoganti, in assenza di un provvedimento di autorizzazione del giudice, si finirebbe per concedere agli apparati investigativi uno strumento assai agevole per eludere surrettiziamente la rigida disciplina dettata in materia di intercettazioni, finalizzata a garantire una libertà fondamentale, comprimibile solo nei casi e nei modi stabiliti dalla legge. Da qui, a guisa di corollario, si è desunta l'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni di captazione non autorizzate, proprio in ragione della evidente «deviazione dallo schema legale, in palese spregio dei principi di tassatività e di legalità del sistema probatorio»<sup>23</sup>.

Accanto ai due orientamenti appena riportati non sono, poi, mancate pronunce inclini a valorizzare i diversi tempi di ascolto della registrazione da parte degli organi di investigazione: così, si è ritenuta necessaria l'autorizzazione del giudice solo nell'ipotesi in cui «le conversazioni, registrate all'insaputa dell'interlocutore, vengano nel contempo captate anche da una stazione di ascolto posta a distanza dal luogo in cui le registrazioni si svolgono»<sup>24</sup>.

Dinanzi a simili disorientamenti interpretativi, la questione è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, chiamate, in particolare, a stabilire se la registrazione fonografica di colloqui intercorsi tra operatori di polizia giudiziaria e loro informatori, effettuata dai primi ed all'insaputa dei secondi, richieda, ai fini dell'utilizzabilità probatoria dei contenuti, l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria nelle forme e nei termini previsti per le intercettazioni di comunicazioni tra presenti<sup>25</sup>.

Nella complessa ed articolata sentenza, la Corte di cassazione si è pronunciata sia in ordine all'inquadramento dell'attività captativa; sia in relazione al regime di utilizzabilità dei dati magnetofonici.

Sotto il primo profilo, il supremo consesso ha, innanzitutto, escluso la conducibilità della fattispecie in esame al *genus* intercettazioni<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> In tal senso, in dottrina, A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 23.

<sup>23</sup> Cfr. A. BARGI, voce *Intercettazioni di comunicazioni*, cit., p. 792.

<sup>24</sup> Così Cass., Sez. I, 21 febbraio 2003, n. 8738, Lentini, in *Guida dir.*, 2003, f. 23, p. 78; analogamente, Id., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 9132, Caldaras, in *Giur. it.*, 2011, p. 1398, con nota critica di F. CENTORAME, *Registrazioni "occulte" di conversazioni tra presenti e ricerca della prova*; Id., Sez. I, 7 novembre 2007, n. 46274, Ditto, in *CED Cass.*, n. 238488; Id., Sez. I, 27 agosto 2002, n. 30082, Aquino, *ivi*, n. 222085; Id., Sez. I, 17 marzo 1999, n. 3458, Di Cuonzo, *ivi*, n. 213251.

<sup>25</sup> V. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, in *CED Cass.*, n. 225466.

<sup>26</sup> Concorde, in dottrina, R. FONTI, *Sul regime di utilizzabilità delle registrazioni di colloqui tra operatori di polizia giudiziaria e informatori*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 319.

Facendo leva sul rilievo secondo cui «l'intercettazione [...] consiste nell'apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione in corso tra due o più persone da parte di altri soggetti, estranei al colloquio»<sup>27</sup>, le Sezioni Unite hanno, dunque, escluso che possa essere configurata come tale «la registrazione di un colloquio ad opera di una delle persone che partecipi attivamente o che sia comunque ammessa ad assistervi difettando, in questa ipotesi, la compromissione del diritto alla segretezza della comunicazione e la terzietà del captante». Ripercorrendo itinerari argomentativi già ampiamente tracciati da pronunce precedenti, la composizione più autorevole della corte di cassazione ha, da un lato, ritenuto non configurabile la lesione del diritto alla segretezza delle comunicazioni, dal momento che il contenuto di queste ultime è entrato a far parte del patrimonio di conoscenze di ciascuno degli interlocutori, il quale può liberamente disporre, salvo specifici divieti connessi alla «particolare qualità rivestita» o allo «specifico oggetto della conversazione». Dall'altro lato, ha qualificato il nastro contenente le registrazioni sonore occulte come prova documentale, legittimamente acquisibile al processo ai sensi dell'art. 234 c.p.p.<sup>28</sup>.

Sotto il secondo profilo evidenziato, ossia quello relativo all'utilizzabilità dei dati raccolti, la pronuncia ha inteso commisurare la spendibilità processuale delle registrazioni occultamente effettuate dalla polizia giudiziaria ai divieti stabiliti dalla legge a presidio dei diritti soggettivi delle parti e del principio del contraddittorio nella formazione della prova<sup>29</sup>.

A tale riguardo, le Sezioni Unite hanno, innanzitutto, ravvisato un insanabile contrasto tra le norme contenute negli artt. 188 e 189 c.p.p. che disciplinano, rispettivamente, la libertà morale e di autodeterminazione – ritenute suscettibili di essere pregiudicate anche da insidie di natura fraudolenta<sup>30</sup> – e la prova atipica, la quale non può risolversi in una prova *contra legem*, dovendosi, a tal fine, rapportare alle altre regole che presidiano determinati mezzi di prova, onde scongiurare «l'apertura di varchi preoccupanti nella tassatività e nella legalità del sistema probatorio»<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, cit.

<sup>28</sup> Esclude la riconducibilità delle registrazioni nell'ambito della prova documentale R. FONTI, *Sul regime di utilizzabilità*, cit., p. 320; sottolinea la natura ibrida di tali captazioni, in una posizione intermedia tra la documentazione fonografica di atti processuali e i documenti fonografici in senso stretto, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., p. 286; analogamente, P.F. BRUNO, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 177.

<sup>29</sup> In questi termini R. FONTI, *Sul regime di inutilizzabilità*, cit., p. 320.

<sup>30</sup> In senso contrario v. Cass., Sez. II, 8 aprile 1994, n. 6633, Giannola, cit., secondo cui la libertà di autodeterminazione potrebbe essere violata solo dagli strumenti della violenza o della minaccia.

<sup>31</sup> Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003, n. 36747, Torcasio, cit.

Da quest'angolo visuale, i giudici di legittimità hanno evidenziato come l'acquisizione dei dati magnetofonici da parte della polizia finisce per eludere surrettiziamente i divieti di testimonianza sanciti dagli artt. 62 e 195, comma 4, c.p.p.; le garanzie previste per le dichiarazioni autoindizianti dall'art. 63 c.p.p.<sup>32</sup>; nonché, da ultimo, la disciplina riguardante le dichiarazioni confidenziali rese ai sensi dell'art. 203 c.p.p.

Escludendo in radice ogni pretesa fungibilità in ambito probatorio, la pronuncia ha posto in evidenza l'ineliminabile differenza tra prove vietate – sia esplicitamente, sia implicitamente – e prove ammissibili, arrivando ad estromettere senza riserve i dati probatori di secondo grado riguardanti le parole pronunciate dall'indagato, formate in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

Precisano, infatti, le Sezioni Unite che «il documento fonico, di per sé, per la sola ragione che è [...] legittimato dall'art. 234 c.p.p., non rende valida ed utilizzabile un'acquisizione invalida, perché in violazione di altri divieti stabiliti, nel caso specifico, dalla legge».

Nonostante l'autorevole *dictum*, in giurisprudenza si registrano ulteriori tentativi volti a legittimare un uso *contra reum* delle dichiarazioni registrate dalla polizia giudiziaria, in palese violazione dei divieti probatori previsti in materia di testimonianza indiretta.

Prendendo le mosse dal rilievo secondo cui «la registrazione di colloqui tra la polizia giudiziaria e le persone informate sui fatti non costituisce [...] attività di intercettazione», integrando, piuttosto, «una modalità di documentazione fonica che non lede principi costituzionali», neppure nel caso in cui sia disposta in modo occulto, si è, infatti, sostenuto che tale captazione può «confliggere con il divieto di cui all'art. 195, comma 4, c.p.p. soltanto in caso di utilizzazione in dibattimento, per violazione del principio della formazione della prova nel contraddittorio»<sup>33</sup>.

Di qui, l'inevitabile conclusione secondo cui «la prova, così documentata, non è affetta da vizi patologici a norma dell'art. 191 c.p.p. ed è pienamente utilizzabile nel giudizio abbreviato [...] nel quale la parte accetta che siano valutati elementi probatori acquisiti al di fuori del contraddittorio»<sup>34</sup>.

Pure sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico delle registrazioni in esame, anche dopo l'intervento delle Sezioni Unite, la giurisprudenza di legiti-

---

<sup>32</sup> Più diffusamente, v., *infra*, M. COLAMUSSI, *Comunicazioni a distanza apprese dall'inquirente per volontà di un conversatore*.

<sup>33</sup> V. Cass., Sez. II, 24 gennaio 2006, n. 2829, Pistorio, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 457, con nota di F. PERONI, *Documentazione irrituale e utilizzabilità del dato nel giudizio abbreviato*.

<sup>34</sup> Così, ancora, Cass., Sez. II, 24 gennaio 2006, n. 2829, Pistorio, cit.

timità è lontana da soluzioni univoche ed incontrastate, soprattutto in ragione delle numerose zone d'ombra rimaste completamente inesplorate da tale pronuncia. Quest'ultima ha, infatti, omesso di precisare se la *exclusionary rule* operi anche nel caso in cui la registrazione non venga effettuata direttamente dalla polizia giudiziaria, ma da un soggetto da essa attrezzato<sup>35</sup> e in caso di ascolto contestuale.

Così, pure nell'ambito delle soluzioni interpretative riconducibili ai tre principali orientamenti giurisprudenziali sopra ricordati, pronunce successive hanno inteso valorizzare ulteriori elementi quali, ad esempio, la tecnica di captazione<sup>36</sup>; ovvero, nel caso di registrazione effettuata da un minore su sollecitazione della polizia giudiziaria, la concorrente volontà degli organi investigativi e dell'interlocutore di documentare il contenuto del colloquio<sup>37</sup>.

L'esigenza di sottrarre la tutela degli importanti valori in gioco al pendolo, poco rassicurante, dello strumento ermeneutico, ha indotto la giurisprudenza ad investire della *quaestio* in esame la Corte costituzionale<sup>38</sup>. In particolare, è stata sollevata, in riferimento agli artt. 2, 15, 24 e 117, comma 1, Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 234 e 266 e ss. c.p.p., nella parte in cui – secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, assunta quale “diritto vivente” – includono tra i documenti, anziché tra le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, le registrazioni di conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori all'insaputa degli altri, «di intesa con la polizia giudiziaria, eventualmente utilizzando mezzi messi

---

<sup>35</sup> Secondo Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 40332, Picillo, in *CED Cass.*, n. 237789: «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 c.p.p. e non richiede autorizzazione preventiva da parte dell'autorità giudiziaria» (nella fattispecie si trattava di un'apparecchiatura di registrazione – sistema *bodycell* – nascosta sul corpo di un collaboratore di giustizia).

<sup>36</sup> V. Cass., Sez. I, 7 novembre 2007, n. 46274, Ditto, cit.; Id., Sez. II, 24 febbraio 2010, n. 9132, Caldaras, cit.

<sup>37</sup> V. Cass., Sez. III, 11 novembre 2008, n. 46191, cit., secondo cui, nell'ipotesi in cui il privato agisca su iniziativa della polizia giudiziaria, «sussisterebbe la volontà di uno degli interlocutori di documentare il contenuto del colloquio, sia pure avvalendosi dei mezzi fornitigli dai [...] carabinieri, per cui tale aspetto accosterebbe la fattispecie all'art. 234 c.p.p., trattandosi dell'utilizzazione di un mezzo tecnico fornito dagli inquirenti per documentare direttamente quello che avrebbe potuto provare mediante un miniregistratore portatile»: fortemente critica, al riguardo, I. ABRUSCI, *In tema di registrazioni*, cit., p. 2774 ss.

<sup>38</sup> In precedenza si sono pronunciati per la manifesta infondatezza di questioni di legittimità, Cass., Sez. I, 8 giugno 1999, n. 7239, Cavinato, cit. e Id., Sez. VI, 23 dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, cit.

a disposizione» da quest'ultima, «e, in ogni caso, nel contesto di un procedimento penale già avviato»<sup>39</sup>.

Come era prevedibile, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la *quaestio* dedotta<sup>40</sup>, rilevando come il variegato panorama giurisprudenziale tratteggiato dall'ordinanza di rimessione sconfessasse l'assunto di partenza relativo all'esistenza di un diritto vivente univoco nel senso indicato dal ricorrente.

Secondo il Giudice delle leggi, tale presupposto risultava, in particolare, smentito sia da contrarie decisioni della giurisprudenza di legittimità, sia, soprattutto, da quegli approdi giurisprudenziali i quali, fornendo un importante contributo ai fini dell'inquadramento concettuale della prova documentale, hanno evidenziato l'inadeguatezza di tale categoria a ricomprendere atti compiuti con finalità *lato sensu* investigativa, nell'ambito del procedimento penale.

Il riferimento è, in particolare, alla sentenza delle Sezioni Unite<sup>41</sup> che, nel pronunciare in ordine alla finitima materia delle videoregistrazioni, ha avuto modo di precisare che per “documenti” devono intendersi solo gli atti formati fuori (anche se non necessariamente prima) e comunque, non in vista, né, tantomeno, in funzione del procedimento nel quale si chiede o si dispone che facciano ingresso. In altri termini, nella prospettiva privilegiata, la scaturigine e la finalità investigativa dell'atto vale ad interdirne l'acquisizione come prova documentale. È, allora, evidente il ribaltamento di prospettiva nell'inquadramento anche delle registrazioni occulte eseguite dalla polizia giudiziaria, o sotto la “regia” della stessa: muovendosi in una dimensione indiscutibilmente investigativa, tali captazioni non possono essere acquisite al processo come documenti, rappresentando, piuttosto, una modalità di documentazione di attività di indagine, anche se compiute dal soggetto privato *longa manus* degli inquirenti.

Proprio muovendo da quest'ultimo assunto, la giurisprudenza più recente – di legittimità<sup>42</sup> e di merito<sup>43</sup> – si è impegnata nel tentativo di definire il fon-

<sup>39</sup> Così Trib. Lecce, ord. 19 maggio 2008, in *G.U.*, n. 50, 1<sup>a</sup> serie spec., 2008.

<sup>40</sup> V. Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 320, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4810 ss. Per un commento, v. L. MILANI, *Ancora irrisolto il problema della riconducibilità delle captazioni operate dall'«agente attrezzato per il suono» alla disciplina delle intercettazioni nel corso delle indagini*, *ibidem*, p. 4834 ss.; M. VILLANI, *La Corte ribadisce i rapporti tra legalità costituzionale, legalità sostanziale e legalità processuale*, *ibidem*, p. 4823 ss. Secondo P. GAETA, *Per utilizzare registrazioni fra presenti fatte dalla p.g. è sufficiente un decreto del pubblico ministero*, in *Guida dir.*, 2010, f. 38, p. 80, la pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale è la «classica decisione processuale “vestita”, attraverso la quale, cioè, la Consulta evidenzia la possibilità di una diversa ermeneutica idonea a superare il dubbio di costituzionalità».

<sup>41</sup> V. Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347, con nota di C. CONTI, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi “riservati”*.

<sup>42</sup> V. Cass., Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 7035, Polito, in *CED Cass.*, n. 258551: «la registra-

damento e il regime processuale delle captazioni occulte *inter praesentes* sostenendo, a tal fine, che simile attività, a differenza della registrazione effettuata d'iniziativa da uno degli interlocutori, richiede un controllo dell'autorità giudiziaria, in quanto viene ad incidere sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni.

Senonché, una volta rilevato un possibile *vulnus* alla segretezza tutelata dall'art. 15 Cost., l'orientamento in esame ha preferito attestarsi su una posizione di compromesso, statuendo che le registrazioni effettuate da un soggetto che partecipa al dialogo, con strumenti di captazione forniti dagli organi investigativi, non sono assimilabili alle intercettazioni, in quanto «implicano un minor grado di intrusione nella sfera privata»<sup>44</sup>, poiché effettuate con il pieno consenso di almeno un partecipante alla conversazione. Di talché, ai fini della tutela dell'art. 15 Cost., è considerato sufficiente un livello di garanzia minore, rappresentato da un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, che può essere costituito anche da un decreto del pubblico ministero<sup>45</sup>.

A conferma della fondatezza di tale conclusione, si evidenzia che un analogo *standard* minimo di garanzia è richiesto sia per l'acquisizione di tabulati telefonici<sup>46</sup>, sia per le videoriprese effettuate al di fuori del domicilio<sup>47</sup>.

---

zione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite non costituisce documento, utilizzabile ai sensi dell'art. 234 c.p.p., ma rappresenta la documentazione di un'attività di indagine, che non implica la necessità di osservare le forme previste dagli artt. 266 e ss. c.p.p., richiedendo comunque un provvedimento motivato di autorizzazione del p.m.». Analogamente, Id., Sez. II, 7 novembre 2012, n. 42939, Zupo, *ivi*, n. 253819; Id., Sez. II, 14 ottobre 2010, n. 7, Biffis, in *Foro it.*, 2011, II, c. 224; Id., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini, *ibidem*, c. 225 ss., con nota di E. TURCO, *La fonoregistrazione di colloqui «pilotata» dalla polizia giudiziaria: scatta l'inutilizzabilità in assenza del decreto autorizzativo* e in *Guida dir.*, 2010, f. 38, p. 75, con commento di P. GAETA, *Per utilizzare registrazioni*, cit.

<sup>43</sup> V. Trib. Milano, ord. 13 marzo 2012, Est. Barazzetta, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di G. LEO, *Necessario il provvedimento autorizzativo dell'Autorità giudiziaria per il ricorso al c.d. «agente segreto attrezzato per il suono»*.

<sup>44</sup> Così Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini, cit.

<sup>45</sup> Così Cass., Sez. IV, 11 luglio 2017, n. 48084, B., in *Cass. pen.*, 2018, p. 2937, con osservazioni di F. D'ALESSIO, *L'inutilizzabilità delle registrazioni di conversazioni tra presenti effettuate d'intesa con la p.g. senza l'autorizzazione della A.G.*; Id., Sez. II, 20 marzo 2015, n. 19158, Pitzulu, in *CED Cass.*, n. 263526.

<sup>46</sup> Critica il richiamo al «livello minimo di garanzia» previsto per l'acquisizione dei dati identificativi del traffico telefonico, C. ANGELONI, *Note in tema di registrazioni fonografiche*, in *Giur. it.*, 2011, p. 184 ss., poiché le pronunce della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite che hanno tratteggiato il regime di acquisizione dei tabulati hanno riconosciuto nell'art. 256 c.p.p. il «referente» normativo alla richiesta di acquisizione dei documenti in possesso del gestore del servizio di telefonia».

<sup>47</sup> Anche in questo caso, la dottrina ha criticato il richiamo allo *standard* di garanzie previsto

La tesi “caldeggiata” dall’indirizzo in esame non merita adesione.

Suggerisce un primo ordine di riflessioni la duplice riserva di legge e di giurisdizione prevista a presidio del diritto alla segretezza. Una volta invocata la “copertura” costituzionale dell’art. 15 Cost. ed esclusa la riconducibilità delle captazioni occulte all’interno del paradigma intercettivo, occorre, comunque, inferirne la illegittimità dell’operazione, dal momento che la norma costituzionale impone non solo l’obbligo del provvedimento motivato dell’organo giurisdizionale, ma anche (e soprattutto) l’espressa previsione di legge chiamata a disciplinare casi e modi delle modalità di limitazione del valore tutelato. Né, allo scopo, può essere utile il richiamo all’art. 189 c.p.p.<sup>48</sup>, il cui connotato essenziale si sostanzia proprio nell’atipicità della procedura di formazione della prova, incompatibile con i requisiti di tassatività imposti dalla tutela costituzionale.

In secondo luogo, pesa sulla valutazione di “adeguatezza” della soluzione prospettata la scelta di “accontentarsi” del decreto motivato emesso dal pubblico ministero<sup>49</sup>. Il che è, evidentemente, destinato ad incidere, attenuandole per definizione, sulle potenzialità di controllo e di garanzia dell’intervento dell’autorità giudiziaria. Invero, se appare fisiologico che l’organo titolare della conduzione delle indagini sia l’unico deputato a conoscere le concrete esigenze investigative che possono giustificare l’operazione intercettiva, è, però, altrettanto incontrovertibile il rischio di strumentalizzazioni collegate ad un esercizio di simile prerogativa arbitrario o, comunque, tale da menomare in modo considerevole e, perfino irrimediabile, la posizione dell’indagato.

### **3. La captazione occulta di conversazioni come “fattispecie intercettiva” e limiti di utilizzabilità**

A prescindere dalle critiche alla logica compromissoria perseguita dai più recenti approdi giurisprudenziali, occorre, tuttavia, constatare come questi ultimi rappresentino un passo avanti nell’inquadramento dogmatico delle attività di captazione occulta di conversazioni, offrendo importanti spunti di riflessione al riguardo.

Innanzitutto, appare condivisibile il rilievo secondo cui le registrazioni di comunicazioni poste in essere da un interlocutore su impulso degli investiga-

---

per le videoriprese effettuate al di fuori del domicilio, per le quali la giurisprudenza ha ipotizzato un contrasto solo con l’art. 2 Cost., e non con l’art. 15 Cost.: v. C. ANGELONI, *Note*, cit., p. 184 ss.

<sup>48</sup> Così C. ANGELONI, *Note*, cit.

<sup>49</sup> In tal senso v. P. GAETA, *Per utilizzare registrazioni*, cit., p. 81; analogamente O. BRUNO, *Captazione segreta*, cit., p. 504.

tori, in ragione dell'indiscutibile indole investigativa, non sono acquisibili come prova documentale<sup>50</sup>. Tale assunto, peraltro già ricavabile dalla lettura della Relazione al Progetto Preliminare<sup>51</sup>, assume un indubbio rilievo al fine di ridurre l'ipertrofia concettuale cui è andata incontro la nozione di documento, trasformato in un «contenitore [...] pronto a recepire le più svariate ed imprevedibili realtà probatorie, ivi comprese quelle insuscettibili di essere considerate come pre-esistenti al processo e, perciò, pre-costituite, con correlativa inclusione di quelle costituite nel corso delle indagini, inidonee ad essere ricomprese in uno dei mezzi tipici disciplinati dal legislatore»<sup>52</sup>.

Analoga adesione merita il riconoscimento di un possibile *vulnus* al diritto alla segretezza delle comunicazioni connesso alle pratiche di memorizzazione occulta. Come da tempo rilevato da attenta dottrina<sup>53</sup>, infatti, la captazione effettuata dall'agente segreto attrezzato per il suono lede non solo il diritto alla riservatezza, ma anche il diritto alla segretezza della comunicazione, giacché si «consente al terzo di percepire, e non solo di sapere»<sup>54</sup>. Invero, ben diversa è l'ipotesi in cui l'interlocutore riferisca a terzi il contenuto del dialogo, rispetto a quella in cui lo registri, consentendone l'ascolto a soggetti estranei alla conversazione. Mentre nel primo caso, l'interlocutore diffonde notizie apprese nel corso della conversazione, in quanto ormai entrate a far parte del proprio patrimonio conoscitivo; nella seconda ipotesi, per converso, la conversazione viene ascoltata da un terzo, al quale il dichiarante non intendeva destinarla.

In questa specifica prospettiva, è, allora, agevole evidenziare come la logica che presiede a tali attività captative sia la stessa nella quale vengono nel complesso inquadrati le attività di intercettazione, sia per intrinseca destinazione funzionale, sia per la natura dei valori costituzionali in gioco. Sulla scorta di tali rilievi, non appare azzardato sostenere la necessità di un'esten-

---

<sup>50</sup> Di recente, in giurisprudenza, hanno sostenuto la natura documentale della registrazione di conversazioni, Cass., Sez. II, 21 ottobre 2016, n. 3851, Spada, in *CED Cass.*, n. 269089, secondo cui «la registrazione fonografica di colloqui tra presenti, eseguita d'iniziativa da uno dei partecipanti al colloquio, costituisce prova documentale, come tale utilizzabile in dibattimento, e non intercettazione "ambientale", soggetta alla disciplina degli artt. 266 ss. c.p.p., anche quando essa avvenga su impulso della polizia giudiziaria e/o con strumenti forniti da quest'ultima con la specifica finalità di precostituire una prova da far valere in giudizio»; Id., Sez. II, 6 ottobre 2016, n. 50986, Occhineri, *ivi*, n. 268730; Id., Cass., Sez. V, 29 settembre 2015, n. 4287, Pepi, *ivi*, n. 265624.

<sup>51</sup> Cfr. *Rel. prog. prel. c.p.p.*, in *G.U.* 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord. n. 1-2, p. 67.

<sup>52</sup> Così L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., p. 400.

<sup>53</sup> In particolare v. F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit.; F.R. DINACCI, *L'irrelevanza processuale*, cit., p. 68.

<sup>54</sup> Così F. CAPRIOLI, *Intercettazione e registrazione*, cit., p. 157.

sione della tutela apprestata dall'art. 15 Cost. anche alle registrazioni occulte *inter praesentes* effettuate da un soggetto che partecipa al colloquio su impulso degli investigatori, applicando, a tal fine, la disciplina prevista per le intercettazioni ambientali, sia nell'ipotesi di ascolto contestuale, sia in caso di ascolto differito.

A ben vedere, infatti, anche nell'ipotesi da ultimo considerata, si realizza un'indebita intromissione nella sfera della segretezza individuale, perché si permette, seppure in maniera asincrona, all'ascoltatore della riproduzione fonografica di percepire direttamente la comunicazione, divenendone, di fatto, destinatario senza il consenso del mittente<sup>55</sup>.

Resta, semmai, un'ulteriore obiezione di cui occorre farsi carico, dal momento che un pedissequo accostamento tra le intercettazioni "tipiche" e le registrazioni in esame risulta ostacolato dalla mancanza, in quest'ultima ipotesi, della estraneità del soggetto captante. Cosicché, il nodo da sciogliere concerne la imprescindibilità o meno di tale requisito ai fini della configurazione della fattispecie intercettativa<sup>56</sup>. La soluzione positiva sembra sconsigliata dalla norma contenuta nell'art. 266, comma 1, lett. f), c.p.p., la quale prevede la possibilità di disporre l'intercettazione anche in caso di determinati reati commessi «col mezzo del telefono». Il che starebbe a dimostrare che pure «quando è lo stesso denunciante a sollecitare l'intercettazione ed è quindi quasi sempre partecipe [...], gli artt. 266-271 c.p.p. debbono trovare applicazione»<sup>57</sup>.

Anche in considerazione di tale ultimo rilievo, è agevole, allora, ricondurre le registrazioni occulte effettuate da un interlocutore appartenente alla polizia o da quest'ultima appositamente "istruito" nel *genus* delle intercettazioni, con conseguente inutilizzabilità di eventuali "surrogati" assunti in violazione della disciplina tipica e in dispregio delle garanzie della segretezza e riservatezza delle comunicazioni<sup>58</sup>. A quest'ultimo riguardo, va, infatti, rilevato che già da tempo la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'art. 191

---

<sup>55</sup> In tal senso, F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., p. 213. *Contra*, C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3638; EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 787.

<sup>56</sup> Secondo A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 48 ss., si configura un'intercettazione anche nell'ipotesi in cui uno dei partecipanti autorizzi l'ascolto; nello stesso senso, L. FILIPPI, voce *Intercettazioni telefoniche*, cit., p. 569; D. POTETTI, *Note*, cit., p. 1013. *Contra*, R. FONTI, *Sul regime di utilizzabilità*, cit., p. 391: «atteso che l'operatore è il diretto destinatario della conversazione registrata», la registrazione si pone «al di fuori del concetto di intercettazione, a nulla rilevando che il captante appartenga o meno alla polizia giudiziaria».

<sup>57</sup> Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 320, cit.

<sup>58</sup> Ad analoga conclusione giunge, di recente, Cass., Sez. III, 22 settembre 2016, C.C., in *Giur. it.*, 2017, p. 492, con nota di V. SISTO, *Ancora dubbi sulla natura delle intercettazioni*.