

Necessario il provvedimento autorizzativo dell’Autorità giudiziaria per il ricorso al cd. «agente segreto attrezzato per il suono»

Nota a Tribunale di Milano, ordinanza 13 marzo 2012,
Est. Barazzetta

1 Il Tribunale di Milano ha stabilito che l’**effettuazione di registrazioni** attraverso apparecchi forniti o predisposti dalla **polizia giudiziaria**, e collocati su persona destinata a partecipare a **colloqui di interesse investigativo**, deve essere **autorizzata** quanto meno mediante un provvedimento del **pubblico ministero**. Ha ritenuto sufficiente, allo scopo, un provvedimento «generale» di autorizzazione riferito a richieste complessivamente proposte dagli investigatori (nelle quali si annunciava tra l’altro il futuro ricorso all’indicata tecnica di indagine), ma ha ritenuto **inutilizzabili** registrazioni effettuate, nelle stesse condizioni, senza alcuna preventiva informazione (ed autorizzazione) del magistrato inquirente.

L’ordinanza si inserisce in un dibattito giurisprudenziale sul tema dell’**agente segreto attrezzato per il suono** che, da qualche tempo, è molto articolato.

Si asserisce tradizionalmente che il partecipante di una conversazione può liberamente documentarla mediante appositi strumenti tecnici, anche all’insaputa dei suoi interlocutori, perché, nei suoi confronti, la comunicazione non è riservata, e dunque non è assistita dalla speciale garanzia dell’art. 15 Cost. Il supporto materiale della documentazione sonora costituisce un documento a norma dell’art. 234 c.p.p., che può essere liberamente formato ed è senz’altro acquisibile al processo penale.

Questa ricostruzione è recentemente entrata in crisi, per più ragioni. La documentazione fonica è una **forma particolarmente espressiva di divulgazione**, tale da trascendere gli stessi contenuti dello scambio comunicativo (per estendersi al lessico, ai toni della voce, ecc.). In effetti, la possibilità di ascoltare una conversazione registrata (anche in differita) equivale, sotto molti profili, ad una partecipazione silente (ed occulta) alla conversazione medesima.

D’altra parte, quando la conversazione si trasforma in un **atto di indagine**, perché «nasce» (almeno quanto all’agente attrezzato) proprio per essere documentata in un processo penale, i problemi sono ancora più gravi. Specie se l’agente è un componente delle forze di polizia, la comunicazione può risolversi in un atto di indagine più o meno tipico, che viene documentato (oltre che effettuato) all’insaputa dei destinatari, ed in forme non rituali (su questo aspetto, qui non direttamente rilevante, è fondamentale il rinvio alla **sentenza Torcasio** delle Sezioni unite della Cassazione: n. 36747 del 28 maggio 2003, in *Cass. pen.* 2004, 2094, con nota di L. Filippi, *Le Sezioni unite decretano la morte dell’agente segreto “attrezzato per il suono”*).

In ogni caso, la persona attrezzata per la registrazione può agire di fatto quale mero **strumento per la collocazione** di un microfono nel luogo ove è noto si svolgerà una

determinata conversazione, ed i margini di autonomia della fattispecie da quella di una **intercettazione ambientale** si fanno esigui. Si comprende, dunque, perché il fenomeno dell'agente «segreto» attrezzato per il suono sia stato accostato alla disciplina delle **intercettazioni** telefoniche od ambientali, sia pure, almeno per lungo tempo, allo scopo di **negare l'assimilazione** tra le due attività investigative.

2

Esiste ancor oggi un **orientamento dominante**, in effetti, che assegna rilievo essenziale alla incompatibilità tra la nozione di intercettazione e la partecipazione allo scambio comunicativo di colui che lo registra o lo trasmette a distanza. Non trattandosi di intercettazione, l'attività in esame è legittima e **non richiede autorizzazione** giudiziale a norma degli artt. 266 e seguenti del codice di rito. Il fatto che l'iniziativa sia sollecitata dalla polizia giudiziaria, o attuata con il suo supporto tecnico, è considerato marginale rispetto al dato essenziale della libertà di rappresentazione spettante a chiunque prenda parte palesemente ad un colloquio. Tale libertà si estende alla documentazione del colloquio medesimo, che può consistere appunto nella produzione di un documento, spendibile nel processo a norma dell'art. 234 c.p.p. (Cass., Sez. IV, 9 luglio 1996, n. 8237, Cannella, in *C.E.D. Cass.*, n. 205799; Cass., Sez. IV, 11 giugno 1998, n. 8759, Cabrini, *ivi*, n. 211465; Cass., Sez. I, 14 aprile 1999, n. 6302, Iacovone, in *Giur. it.* 2001, 807; Cass., Sez. V, 10 giugno 2002, n. 30078, Arena, inedita; Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 40332, Picillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 237789; Cass., Sez. VI, 24 febbraio 2009, n. 16986, Abis, *ivi*, n. 243256; Cass., Sez. VI, 1° dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, *ivi*, n. 245774).

Nella stessa logica, è stata più volte considerata **irrilevante** anche la circostanza che, attraverso l'invio di segnali radio o telefonici, la polizia giudiziaria sia messa in grado di effettuare un **ascolto contestuale** ed occulto dello scambio comunicativo (Cass., Sez. II, 5 novembre 2002, n. 42486, Modelfino, in *Arch. nuova proc. pen.* 2005, 80; Cass., Sez. I, 19 febbraio 2009, n. 14829, Foglia, in *C.E.D. Cass.*, n. 243741). Per altro verso, sarebbe irrilevante l'**appartenenza alla polizia giudiziaria** del partecipe del colloquio: l'unico limite di utilizzabilità della documentazione prodotta con il concorso dell'investigatore deriverebbe dalle norme sulla prova dichiarativa nel dibattimento, di talché la registrazione, in quanto frutto di una attività legittima, potrebbe essere direttamente utilizzata nel giudizio abbreviato (Cass., Sez. II, 24 gennaio 2006, n. 2829, Pistorio, in *Dir. pen. proc.* 2006, 457, con nota di F. Peroni, *Documentazione irrituale e utilizzabilità del dato nel giudizio abbreviato*).

3

Esiste da tempo un **orientamento minoritario** che, contro quello fin qui illustrato, richiede un **previo provvedimento autorizzativo del giudice**.

Nelle sue manifestazioni in giurisprudenza, l'opinione si limita ai casi in cui l'iniziativa della registrazione, o comunque la sua realizzazione tecnica, siano direttamente riferibili alla polizia giudiziaria. Si tratta di un profilo assorbente, anche se talvolta associato ad elementi ulteriori, come in uno storico caso, che si pone all'origine della corrente minoritaria, ove grande rilievo si era dato anche al fatto che gli investigatori avessero **provocato il colloquio**, e non semplicemente la sua documentazione (Cass., Sez. II, 5 luglio 1988, Belfiore, in *Giur. it.* 1990, II, 6, con nota di G. Dean, *In tema di indebita registrazione delle conversazioni tra persone detenute: dall'art. 225-quinquies c.p.p. 1930 all'art. 266 c.p.p. 1988*). In ogni caso, l'orientamento minoritario si è fondato, almeno fino alle più recenti pronunce in materia, sulla sostanziale **assimilazione** tra la registrazione occulta «su intervento» della polizia giudiziaria e la **intercettazione telefonica od ambientale** di uno scambio comunicativo, tanto che la necessaria autorizzazione dovrebbe essere rilasciata a norma degli artt. 266 e seguenti del vigente codice di rito. Un diverso regime – si osserva – consentirebbe il «surrettizio aggiramento» delle disposizioni che tutelano la segretezza delle comunicazioni (Cass., Sez. II, 18 maggio 1989,

n. 3666, Calabrò, in *C.E.D. Cass.*, n. 183707; Cass., Sez. V, 12 giugno 2000, Caputo, in *Cass. pen.* 2001, 565; Cass., Sez. VI, 20 novembre 2000, n. 3846, Finini, in *C.E.D. Cass.*, n. 218412; Cass., Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44128, Napolitano, in *Dir. pen. processo* 2009, con nota di F. Decaroli, *Revirement sulle registrazioni con mezzi forniti dalla polizia*; nello stesso senso va probabilmente citata una decisione ove la qualificazione quale «documento» della registrazione operata dalla vittima di una concussione è stata confermata sul rilievo della carenza di prove che l'agente operasse su mandato della polizia giudiziaria: Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2005, n. 12189, Rosi, in *C.E.D. Cass.*, n. 231049).

Come si vede, la contrapposizione nasce dal rilievo assorbente che viene dato, di fronte ad un fenomeno obiettivamente complesso, ad un profilo piuttosto che ad un altro. Nel caso della corrente maggioritaria, si tratta della collaborazione del partecipante del colloquio. Nel caso opposto, della impronta genetica che all'operazione deriva dall'iniziativa della polizia giudiziaria per la documentazione del colloquio medesimo.

4 V'è per altro un **terzo fronte riconoscibile**, nella giurisprudenza sulla materia, ove l'accento cade essenzialmente sulla **teletrasmissione** del suono, cioè sulla possibilità di ascolto contestuale e «clandestino» di persone non presenti alla conversazione (in genere, agenti di polizia). Qui l'unica differenza tra l'operazione considerata ed una intercettazione ambientale – si dice – è data dalla tecnica di collocazione della ricetrasmittente (portata sulla persona dell'agente segreto invece che collocata in anticipo sul luogo del colloquio). Dunque, nei casi in questione, l'indagine dovrebbe essere autorizzata dal giudice, a norma degli artt. 266 e seguenti c.p.p. Non sarebbe invece necessaria alcuna autorizzazione nel caso di **semplice registrazione** del colloquio, anche quando la stessa sia attuata su sollecitazione o con il sostegno tecnico della polizia giudiziaria (Cass., Sez. I, 13 gennaio 1999, n. 3458, Di Cuonzo, *ivi*, n. 213251; Cass., Sez. I, 23 gennaio 2002, n. 30082, Aquino, in *Giust. pen.* 2003, III, 644; Cass., Sez. I, 21 febbraio 2003, n. 8738, Lentini, inedita; Cass., Sez. I, 7 novembre 2007, n. 46274, Ditto, in *C.E.D. Cass.* n. 238488).

5 Infine, il **quarto e più recente orientamento**, cui aderisce, con l'ordinanza qui pubblicata, anche il Tribunale di Milano.

Si è visto che l'opinione maggioritaria è stata variamente contrastata dalla giurisprudenza più sensibile al tema della riservatezza e delle relative garanzie. Una sensibilità analoga talvolta ha indotto – com'era in precedenza accaduto, ad esempio, per l'acquisizione dei tabulati telefonici o per le videoriprese – il tentativo di ottenere dalla Consulta una «estensione» della procedura di intercettazione alle forme di indagine in esame, e ciò sul presupposto che, attualmente, non sia invece richiesta alcuna forma di autorizzazione (per una dichiarazione di manifesta infondatezza della questione si veda invece Cass., Sez. VI, 23 dicembre 2009, n. 49511, Ticchiati, *cit.*).

Il tentativo è stato «respinto» dalla Corte costituzionale con la **sent. 4 dicembre 2009, n. 320**, della quale si riporta per comodità il solo passaggio qui decisivo: «il giudice a quo avrebbe dovuto precisare per quale ragione, se ritiene che l'attività investigativa in questione contrasti con diritti fondamentali, non reputi praticabile una soluzione analoga, mutatis mutandis, a quella adottata dalle sezioni unite nella sentenza del 2006, da lui stesso invocata a fondamento delle proprie censure».

Il riferimento riguarda la **sentenza Prisco** delle Sezioni unite della Cassazione (n. 26795 del 28 marzo 2006, in *Dir. pen. proc.* 2006, 1347, con nota di C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*). La Corte aveva escluso, in mancanza di una legge idonea ad assicurare la riserva dell'art. 14 Cost., l'ammissibilità di autorizzazioni giudiziarie per attività di videoripresa in ambienti domiciliari privati, e nel contempo aveva legittimato l'utilizzo, come **prove atipiche**, delle **riprese effettuate in luoghi pubblici**. Nell'ambito di questi

ultimi, però, erano state individuate situazioni di particolare riservatezza (espressive di un diritto fondamentale protetto dall'art. 2 Cost., oltre che dalle Carte sovranazionali), tale da richiedere un «**livello minimo di garanzie**», consistente in un provvedimento autorizzatorio dell'Autorità giudiziaria (era stata richiamata, nella specie, la giurisprudenza costituzionale che aveva "imposto" analoga protezione per l'acquisizione dei tabulati telefonici, prima che la materia fosse regolata direttamente dal legislatore).

Ecco, poiché il giudice rimettente aveva richiamato la sentenza appena citata per asseverare la sua richiesta di un intervento «additivo» della Consulta, la stessa Consulta gli aveva risposto che, se davvero le situazioni offerte in comparazione fossero state assimilabili, non vi sarebbe stato alcun bisogno dell'intervento richiesto. Per la verità, sembra che la Corte avesse inteso far valere una regola tipica del processo costituzionale, e non «suggerire» che l'agente attrezzato per il suono debba munirsi di una previa autorizzazione giudiziale, la cui necessità discenda direttamente dall'art. 2 Cost. Proprio un tale «suggerimento», però, è stato colto ed accolto dalla pronuncia della Cassazione richiamata nel provvedimento del Tribunale di Milano che qui si sta illustrando (Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, n. 23742, Angelini, in *Guida dir.* 2010, 38, p. 75 segg., con nota di P. Gaeta, *Per utilizzare registrazioni fra presenti fatte dalla Pg è sufficiente un decreto del pubblico ministero. È minore l'intrusione nella vita privata rispetto alla pura attività intercettativa*).

Si legge infatti nella motivazione della sentenza che le operazioni attuate «*d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite [...], venendo ad incidere sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni, tutelato dall'art. 15 Cost., a differenza della registrazione effettuata d'iniziativa di uno degli interlocutori richiede un controllo dell'autorità giudiziaria. Ma tale controllo non implica la necessità di osservare le disposizioni relative all'intercettazione di conversazioni o comunicazioni di cui agli artt. 266 c.p.p. e seguenti, in quanto le registrazioni fonografiche, per il diverso livello di intrusione nella sfera di riservatezza che ne deriva, non possono essere assimilate, nemmeno nell'ipotesi considerata, alle intercettazioni telefoniche o ambientali e non possono, quindi, ritenersi sottoposte alle limitazioni ed alle formalità proprie di queste ultime [...]. Le registrazioni fonografiche eseguite da uno degli interlocutori con strumenti di captazione forniti dagli organi investigativi, al contrario, essendo effettuate col pieno consenso di uno dei partecipi alla conversazione, implicano un minor grado di intrusione nella sfera privata; sicché, ai fini della tutela dell'art. 15 Cost., è 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***».

6

Si vede bene come la materia sia ancora magmatica. La decisione della Cassazione avrebbe forse richiesto uno sforzo di più argomentata coerenza. Se davvero la riferibilità della registrazione ad uno dei partecipi **diminuisce il livello di intrusione nella sfera privata**, non si comprende perché la riservatezza trovi qui una **tutela più ampia** di quella garantita nei confronti di un interlocutore non supportato dalla polizia giudiziaria, trattandosi in tutti i casi di consentire, sia pur per il tramite di una persona ammessa al colloquio, la **cognizione «sonora»** della comunicazione da parte di soggetti che non erano presenti, e che i partecipi non avevano inteso ammettere.

La verità è che, come mostra di ben comprendere il Tribunale di Milano, il principio in esame enuclea una «**speciale riservatezza**» **opponibile solo alla polizia giudiziaria**. La logica non è quella, tipica dell'art. 2, di una **protezione dei «contenuti» della privacy**, opponibili a chiunque, ma si orienta piuttosto alla specifica garanzia contro **la forza pervasiva del potere pubblico**, a titolo di bilanciamento tra le esigenze di accertamento dei reati e quelle di tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Il riferimento all'art. 15 Cost., nella sentenza della Suprema Corte, può generare disorientamento, perché la segretezza delle comunicazioni è certo tutelata da una legge

(gli artt. 266 segg. del codice), la quale però non è applicabile, come la Corte stessa riconosce, ai casi in esame. Il riferimento ad una **segretezza «scemata»** (cioè non opponibile all'autore della registrazione) – nel che forse si sostanzia l'allusione ad una capacità intrusiva minore della registrazione su impulso della polizia giudiziaria – introduce nel contesto della norma costituzionale una distinzione di dubbia ammissibilità. Semmai, può risultare decisivo il riferimento al **secondo comma dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo**, che assicura esplicitamente una protezione della vita privata contro la «**ingerenza della pubblica autorità**».

In effetti la **Corte di Strasburgo** ha più volte affermato che la registrazione di una conversazione (telefonica o tra presenti), per quanto operata da uno degli interlocutori, costituisce **interferenza con la vita privata**, qualora sia eseguita con strumenti procurati dall'autorità pubblica e nel contesto di un'indagine ufficiale. Dalla qualificazione consegue, naturalmente, che il compimento di attività come quelle indicate, in assenza di una specifica normativa, determina una violazione dell'art. 8 della Convenzione (sentenza 25 ottobre 2007, *Van Vondel c. Paesi Bassi*; sentenza 1° marzo 2007, *Heglas c. Repubblica Ceca*, sentenza 8 aprile 2003, *M.M. c. Paesi Bassi*). V'è da aggiungere che la Corte non intende il riferimento alla legge in senso formale, e (per Paesi di *common law*) comprende finanche un consolidato orientamento giurisprudenziale, esigendo però, per la nostra materia come sul piano generale, che si tratti di norma accessibile, comprensibile e sufficientemente dettagliata (soprattutto, sentenza 31 maggio 2005, *Vetter c. Francia*). Ad esempio, la pretesa estensione analogica delle disposizioni in tema di intercettazioni telefoniche alle registrazioni ambientali è stata giudicata insufficiente ad integrare la base legale richiesta dalla norma convenzionale (ancora la citata sentenza *Vetter*).

Insomma, la «estrazione» dall'art. 2 della Costituzione del precetto di un «livello minimo di tutela» per il diritto alla riservatezza, **quando lo stesso è aggredito dall'autorità pubblica** per fini di indagine, diviene il portato di una **ricostruzione convenzionalmente orientata del quadro normativo**, tale da assicurarne congruenza con il precetto contenuto nell'art. 8 della Convenzione europea.

Conclusione attendibile, e però gravida di possibili implicazioni, perché la scoloritura del carattere «comunicativo» dell'aspetto di vita privata protetto contro l'intrusione pubblica (già sensibile nell'economia della citata sentenza *Prisco*) comporta una naturale «**tendenza espansiva**» del requisito di «**minima tutela**» rappresentato dall'autorizzazione giudiziale. La riservatezza chiede ormai protezione anche per **comportamenti non comunicativi**, dall'uso delle carte di credito a quello delle tessere per i pedaggi autostradali, fino all'attivazione di **dispositivi «gps» per la localizzazione**, «storica» o contestuale, di un veicolo o di una persona.

A tale ultimo proposito, mentre la giurisprudenza italiana continua a considerare ammissibile l'acquisizione dei dati **senza autorizzazione giudiziale** (Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9416, Congia, in *C.E.D. Cass.*, n. 246774), è fresca la notizia della solenne e contraria presa di posizione della **Corte Suprema degli Stati Uniti** (sentenza 23 gennaio 2012, *U.S. v. Jones*: un'ampia sintesi ed un commento in V. Fanchiotti, *U.S. v. Jones: una soluzione tradizionalista per il futuro della privacy?*, in *Dir. pen. proc.* 2012, p. 381 segg.).

È fin troppo ovvio il rilievo delle profonde differenze che segnano i due ordinamenti. Ma non sembra ormai discutibile, anche grazie all'ordinanza qui pubblicata, che questa sia oggi la linea d'orizzonte della riflessione sui rapporti tra diritti dei singoli e tutela della collettività contro i comportamenti criminali.