

Fonte confidenziale

La prova «spuria» tra dibattimento e indagini: l'esigenza di un trattamento uniforme

Ciro Santoriello

La decisione

Intercettazioni telefoniche - Presupposti - Gravi indizi - Fonte confidenziale - Spunto investigativo per lo svolgimento di ulteriori indagini da porre a sostegno della richiesta di intercettazione - Utilizzabilità (C.p.p., artt. 203, 267, comma 1-bis)

In materia di presupposti per l'autorizzazione allo svolgimento delle operazioni di intercettazione, occorre distinguere l'ipotesi in cui l'informazione confidenziale sia l'unico elemento epistemologico valutato ai fini degli indizi di reità dal caso in cui quanto riferito dalla fonte confidenziale sia un mero dato storico dal quale presero avvio le indagini d'iniziativa degli organi di polizia giudiziaria: solo nel primo caso deve ritenersi precluso il ricorso allo strumento investigativo in quanto l'informazione assunta dal confidente anonimo è assolutamente inidonea ad essere valutata quale unico motivo per autorizzare l'intercettazione, mentre il medesimo dato può ben essere acquisito dagli organi di polizia giudiziaria per avviare l'attività investigativa e su tali ulteriori informazioni l'autorità giudiziaria può poi fondare le proprie valutazioni finalizzate a disporre anche l'intercettazione.

CASSAZIONE PENALE - SEZIONE QUARTA - 17 settembre 2013 (c.c. 2 luglio 2013) - UCCELLA, *Presidente* - ROMIS, *Estensore* - POLICASTRO, *P.M.* (conf.) - C. e altri, ricorrente.

La motivazione della decisione annotata può essere consultata liberamente sul sito *web archiviopenale.it*

Il commento

1. Pericoloso l'argomentare della Cassazione, laddove cerca di attribuire diverso valore epistemologico ad un medesimo dato informativo: l'informazione confidenziale ed anonima ha, secondo la Suprema Corte, valenza differente - e diverso regime di utilizzabilità - a seconda che rappresenti mero spunto investigativo per indagini che poi proseguono a mezzo di atti-

vità di intercettazione o supporto basilare per l'istanza di captazione delle altrui conversazione.

2. Due le norme del codice di procedura penale interessate dalla decisione: da un lato l'art. 203 laddove prevede che gli appartenenti alla polizia giudiziaria non possono essere obbligati a rivelare i nomi dei loro informatori, con la conseguenza però che - nel caso in cui tali informatori non siano esaminati come testimoni - le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate in nessuna fase né processuale né procedimentale¹; dall'altro, va considerato l'art. 267, co. 1-bis, che preclude l'utilizzazione delle suddette informazioni per andare a costituire il grave quadro indiziario indispensabile per disporre le operazioni di intercettazione.

Sulla base del combinato disposto di queste due disposizioni, la giurisprudenza ha definito il problema dell'utilizzabilità delle notizie provenienti da fonti anonime e, o confidenziali, distinguendo tali dati conoscitivi a seconda che vengano considerate *notitia criminis* ovvero quale spunto per la ricerca della stessa. La tesi è quella riassunta nella massima in analisi - stante l'insussistenza, in materia di inutilizzabilità, di un principio analogo a quello stabilito, in materia di nullità, dall'art. 185, co. 1, c.p.p. - l'inutilizzabilità probatoria del contenuto di una intercettazione telefonica non esclude che quello stesso contenuto possa valere come notizia di reato²; di conseguenza, l'informazione confidenziale deve ritenersi un dato storico dal quale possono pren-

¹ In proposito, BALSAMO, LO PIPARO, *La prova "per sentito dire". La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004, p. 283; CANZIO, *L. 1 marzo 2001, n. 63 - Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'articolo 111 della Costituzione*, in *Leg. pen.*, 2002, 221; CASIRAGHI, *Le dichiarazioni rese alla polizia giudiziaria non possono generare la figura del testimone assistito*, in *Ind. pen.*, 2006, 681; CARCANO, MANZIONE, *Il giusto processo*, Milano, 2001; CAROFIGLIO, SUSCA, *La testimonianza dell'ufficiale e dell'agente di polizia giudiziaria*, II ed., Milano, 2005; COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, in *Cass. pen.*, 2009, 4323; DI PAOLO, *Testimonianza indiretta*, in *Dig. Pen.*, III Agg, t. II, Torino 2005, p. 1673; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni e il segreto di polizia (art. 267 c.p.p.)*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (l. 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tonini, Padova, 2001, p. 387; SCAGLIONE, *Nuove previsioni in tema di informatori della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza (artt. 203 c.p.p. e 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152)*, *ibidem*, p. 332; GALLUCCIO, MEZIO, *Utilizzabilità nel giudizio abbreviato dei dicta di persona non identificata riportati in annotazione di polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2011, 3911; MURONE, *In tema di utilizzabilità delle informazioni confidenziali*, in *Giust. pen.*, 2006, I, 172; PISANI V., *Informatori, notizie confidenziali e segreto di polizia*, Milano 2007; RUSSO, *Le dichiarazioni del confidente di polizia giudiziaria indagato di reato connesso*, in *Giur. merito*, 2005, 2710; SCALFATI, *Testimonianza e segreti nel processo penale (un'indagine su interessi in conflitto)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1235; SPANGHER, *Le dichiarazioni dei confidenti di polizia*, in *Giusto processo e prove penali: Legge 1 marzo 2001, n. 63*, Milano, 2001, a cura di Brichetti, p. 161; FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 2006, p. 122.

² Cass., Sez. III, 10 febbraio 2004, Mache e altri, in *Arch. nuov. proc. pen.*, 2004, 417

dere avvio indagini d'iniziativa degli organi di polizia giudiziaria che portino all'acquisizione di altri elementi da porre a base del decreto di autorizzazione di intercettazioni.

In sostanza, rispetto all'esito delle indagini, l'informazione assunta dal confidente anonimo si distingue e caratterizza come autonomo elemento di impulso alle investigazioni di polizia le quali poi possono avere un esito giudicato positivamente ai fini degli indizi di reità. È su tali ulteriori acquisizioni - non sulla informazione del confidente anonimo che resta un dato storico a sé stante - che l'autorità giudiziaria fonda le proprie valutazioni funzionali a disporre mezzi di ricerca della prova o a altri atti di impulso processuale e tali ulteriori elementi non possono ritenersi sanzionati facendo ricorso al principio della inutilizzabilità "derivata", per l'inoperatività in materia probatoria della regola dell'art. 185, co. 1, c.p.p.³

Diversa è la situazione in cui l'informazione assunta dal confidente anonimo della polizia sia stato l'unico elemento valutato ai fini degli indizi di reità: in tal caso il decreto è privo di motivazione con conseguente inutilizzabilità delle intercettazioni eventualmente disposte⁴.

3. Sotto un profilo astratto, la differenziazione operata dalla Cassazione risulta evidente e di facile determinazione; riguardata nella sua concreta operatività, invece, ci pare che questa operazione concettuale comporti considerevoli rischi consentendo l'ingresso nel procedimento penale - sia pure nella sola fase investigativa - di materiale probatorio non formato secondo i canoni normativi previsti.

In realtà, il problema non concerne le sole informazioni a carattere confidenziale ed anonimo, essendo ricorrente l'affermazione giurisprudenziale secondo cui per l'ammissione alle operazioni di captazione di comunicazioni il giudice delle indagini preliminari sarebbe legittimato ad un utilizzo di qualsiasi dato epistemologico che abbia a disposizione per definire l'istanza posta alla sua attenzione dall'organo inquirente. Più in generale, ci pare di poter sostenere che secondo la cassazione durante le indagini preliminari deve ritenersi fortemente ridotta l'incidenza delle norme sulla regolare acquisizione e formazione del materiale istruttorio utilizzato dal giudice per assumere il provvedimento richiestogli, potendo in tale fase procedimentale essere utilizzati

³ Anche in ragione del fatto che l'art. 203 impedisce l'acquisizione e l'utilizzazione dell'informazione anonima nel giudizio ma non il divieto di "acquisizione" nella fase delle indagini, bensì vieta che l'intercettazione possa essere disposta "soltanto" in base a informazioni confidenziali acquisite da organi di polizia: Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2007, Ortiz ed altri, in *Mass. Uff.*

⁴ Cass., Sez. VI, 31 maggio 2007, Failla, in *Mass. Uff.*; Id., Sez. IV, 16 novembre 2007, El Karfi, *ivi*.

dal giudice anche dati cognitivi che invece non troverebbero trovare ingresso – per la violazione della relativa disciplina di formazione ed acquisizione – in sede di decisione finale sulla responsabilità dell'imputato⁵.

Si pensi, ad esempio e proprio con riferimento all'adozione di provvedimenti di autorizzazione alle operazioni di intercettazione, alla consolidata giurisprudenza secondo cui gli indizi di reato necessari per l'adozione del relativo decreto possono essere ricavati anche da atti a carattere probatorio formati in maniera non conforme alle prescrizioni di legge: «*la proposta tardiva dell'autorizzazione alle operazioni di intercettazione non può legittimare a posteriori le captazioni medio tempore eseguite, delle quali non è dunque consentita l'utilizzazione probatoria, ancorché il loro contenuto può costituire notizia criminis validamente posta a fondamento di attività d'indagine e dell'autorizzazione allo svolgimento di ulteriori intercettazioni*»⁶, oppure «*in tema di prova, non sussiste l'inutilizzabilità derivata qualora siano disposte intercettazioni all'esito di intercettazioni inutilizzabili, in quanto ciascun decreto autorizzativo è dotato di autonomia e può ricevere impulso da qualsiasi notizia di reato, ancorché desunta da precedenti intercettazioni inutilizzabili; ne consegue che il vizio di cui sia affetto l'originario decreto intercettativo non si comunica automaticamente a quelli successivi, correttamente adottati e che, pertanto, non è inutilizzabile la prova che non sarebbe stata scoperta senza l'utilizzazione della prova inutilizzabile*»⁷. Si pensi ancora a quanto si afferma, in altro ambito, ovvero che «*le dichiarazioni accusatorie dell'imputato in procedimento connesso che in dibattimento si avvalga della facoltà di non rispondere sono utilizzabili nell'incidente cautelare del diverso procedimento nei confronti dell'accusato, nonostante l'inutilizzabilità c.d. fisiologica nel procedimento a quo, perché le inutilizzabilità estensibili alla fase cautelare sono soltanto quelle richiamate, con elencazione tassativa, dall'art. 273, co. 1-bis, c.p.p.*»⁸.

Inoltre, a ben vedere, tale impostazione è condivisa anche dalle stesse Sezioni Unite che hanno dato il loro avallo a questa tesi con la famosa decisione del 21 giugno 2000, Tammaro⁹, la quale, pur riconoscendo la possibilità per il giudice di dichiarare, anche in sede di giudizio abbreviato, l'inutilizzabilità co-

⁵ Sul punto, sia consentito il rinvio a SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, Roma 2012, 150.

⁶ Cass., Sez. V, 23 febbraio 20120, Bortolato, in *Mass.Uff.*

⁷ Cass., Sez. V, 5 novembre 2010, Galasso, in *Mass.Uff.*

⁸ Cass., Sez. II, 25 febbraio 2011, Castaldo De Stefano, in *Mass.Uff.*

⁹ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259. In dottrina, su tale importante decisione, cfr. VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel "nuovo" giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2033; CASSIBBA, *Inutilizzabilità degli atti e poteri probatori del giudice nel "nuovo" giudizio abbreviato*, *ibidem*, 400; IAFISCO, *Il regime delle invalidità degli atti nel giudizio abbreviato: questioni vecchie e nuove prospettive dopo la legge n. 479 del 1999*, in *Giur. it.*, 2001, 116.

siddetta “patologica” - inerente cioè gli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzazione è vietata in modo assoluto in tutte le fasi del procedimento e giudizio penale -, ha altresì espressamente riconosciuto che alcune regole di inutilizzabilità della prova hanno una valenza solo relativa, ovvero sono stabilite dalla legge in via esclusiva con riferimento alla fase dibattimentale e quindi non operano in sede di indagini preliminari nonché con riferimento alle procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito.

Secondo l'impostazione illustrata, dunque, quando il codice di procedura richiede che un provvedimento assunto nelle indagini preliminari sia supportato da un quadro indiziario - sia o meno richiesta la gravità dello stesso, siano riferiti gli indizi alla sussistenza del reato per cui si procede o siano indicativi della possibile responsabilità di un soggetto già individuato -, la formazione e l'acquisizione degli elementi dimostrativi da addurre a supporto di tale provvedimento può avvenire anche secondo modalità difformi da quelle ordinariamente dettate per l'utilizzabilità di tali dati cognitivi in sede di decisione finale. Proprio le decisioni in tema di operazioni di intercettazione irregolarmente effettuate illustrano bene il punto: gli elementi desumibili da tali captazioni non sono utilizzabili in sede di valutazione conclusiva sulla responsabilità individuale, ma l'illegittimità della loro acquisizione non impedisce che agli stessi si possa ricorrere in sede di indagini preliminari per costruire il quadro indiziario da porre a fondamento del provvedimento richiesto dal pubblico ministero.

3.1. Le riportate ricostruzioni giurisprudenziali in realtà non convincono, sia perché paiono in contrasto con un chiaro dato normativo e sia perché il loro presupposto concettuale - ovvero la individuazione di dati probatori, inutilizzabili in sede procedimentale e processuale ma correttamente configurabili quali spunto investigativo - ci pare decisamente fragile.

Sotto il primo profilo - come da noi evidenziato in altra sede¹⁰ - non si comprende quale dato normativo consentirebbe di limitare l'operatività delle disposizioni in tema di modalità di formazione del dato probatorio alla sola ipotesi in cui tale elemento di conoscenza debba essere applicato in sede di decisione finale sulla responsabilità dell'imputato. Anzi, alla luce dell'affermazione di cui al co. 2, dell'art. 191, c.p.p., secondo il quale «l'inutilizzabilità ... è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento», deve ritenersi che tale sanzione - specificatamente prevista a presidio delle regole in tema di procedimento probatorio - opera ogni qualvolta, quale che sia lo

¹⁰ Cfr. SANTORIELLO, *La prova penale e la sua valutazione*, cit., 152.

stato del procedimento, si intenda fondare una decisione giurisdizionale su un elemento cognitivo formatosi o prodotto davanti al giudice in maniera difforme da quanto prescrive la relativa disciplina.

D'altro canto, una semplice considerazione di carattere logico consente di condividere questa critica: se il dato di conoscenza ricavabile da una conversazione illegittimamente captata (ad esempio il privato Tizio che dice al pubblico ufficiale Caio "allora io ti pago e tu mi fai aggiudicare l'appalto") non è utilizzabile dal giudice per procedere alla ricostruzione in fatto da porre a sostegno della decisione di condanna, non si comprende per quale ragione quel medesimo dato possa essere invece utilizzato, sempre quale elemento epistemologico, per una ricostruzione in fatto della vicenda che legittimi il ricorso a particolari strumenti investigativi (per cui la medesima conversazione cui sopra si è fatto cenno, pur acquisita in violazione della procedura di cui agli art. 267 ss., c.p.p., sarebbe comunque supporto idoneo a ritenere sussistente un quadro indiziario dimostrativo del reato di corruzione e quindi a consentire lo svolgimento delle operazioni di intercettazioni). Occorre dunque ribadire che decisione finale e provvedimenti interinali del giudice delle indagini preliminari hanno una medesima legittimazione che si fonda esclusivamente sulla fondatezza (e sulla correttezza della dell'acquisizione) del loro contenuto epistemologico; in tali provvedimenti dunque il dato cognitivo a disposizione del giudice svolge sempre la medesima funzione di dimostrare la sussistenza della situazione di fatto voluta dalla norma per l'emanazione del provvedimento giudiziale: se l'elemento dimostrativo è inutilizzabile per dimostrare la responsabilità dell'imputato esso deve essere ritenuto inutilizzabile anche per dimostrare la presenza di un quadro indiziario indice della commissione di un reato.

Detto in termini più generali, si può affermare che, quale che sia la fase procedimentale in cui si cerchi di operare una ricostruzione dell'accaduto - tanto a livello di compiuta definizione della responsabilità dell'imputato che per l'adozione di provvedimenti di diverso (e meno significativo) tenore -, il giudice potrà esercitare il suo potere di valutazione solo su dati probatori acquisiti nel rispetto di determinate modalità procedimentali. Ciò comporta, quindi, che quando il codice di rito prevede che il giudice debba pronunciarsi su istanze di parte aventi ad oggetto una valutazione epistemologica i dati conoscitivi posti a sua disposizione dovranno essere formati nel rispetto delle relative regole, anche se acquisiti in una sede diversa da quella dibattimentale o processuale e quale che sia l'espressione lessicale utilizzata dal legislatore per indicare i dati predetti.

3.2. A tali considerazioni non ci pare possa opporsi la ricostruzione concettuale operata nella decisione in commento, ovvero che un conto è porre il dato inutilizzabile a fondamento della istanza di autorizzazione alle operazioni di intercettazione ed altra cosa è utilizzare il medesimo elemento epistemologico quale “spunto investigativo”.

In primo luogo, questa distinzione ci pare decisamente evanescente. Basti pensare ad un esempio di questo tipo: il pubblico ufficiale, nel corso di una intercettazione illegittimamente captata, comunica al privato che dal giorno dopo le loro conversazioni inerenti l'accordo corruttivo dovranno svolgersi su una utenza mobile riservata e gli fornisce il numero; sulla scorta di tale conversazione - inutilizzabile quale prova della responsabilità - vengono però ritenuti sussistenti gli indizi del reato di corruzione e si provvede all'intercettazione sul numero di cellulare fornito dal pubblico ufficiale. Davvero potrebbe sostenersi che la successiva decisione di condanna troverà fondamento solo sulle successive operazioni di intercettazione, senza che abbia rilievo l'utilizzo che si è fatto della prima conversazione? A chi sostenesse tale tesi basterebbe domandare: quale sarebbe stato l'esito dell'indagine se non si fosse fatto alcun uso della prova acquisita irregolarmente e quindi non si fosse potuto dare luogo alle intercettazioni sull'utenza mobile?

D'altro canto, davvero non si riesce a comprendere in cosa effettivamente possa consistere quello che la Cassazione individua come «*mero dato storico da cui pren[dono] avvio indagini di iniziativa degli organi di polizia giudiziaria*» e che la stessa Corte differenzia dall'elemento probatorio che viene posto a fondamento di un provvedimento giudiziale. Posto che la fonte confidenziale comunica alle forze dell'ordine un elemento epistemologico - ad esempio, per rimanere alla vicenda oggetto della decisione in commento, che l'attentato subito alle persone offesa si giustifica in ragione di attività delittuosa svolte dalla medesima vittima -, le alternative sono due: o tale dato assume rilevanza nello svolgimento futuro delle indagini e quindi va a comporre il quadro indiziario su cui si fonda il provvedimento di autorizzazione delle intercettazioni oppure esso è irrilevante - perché ad esempio l'attentato è stato simulato per truffare l'assicurazione - ed allora non si deve discutere della sua utilizzabilità perché inconferente rispetto all'accaduto. Nel primo caso, ci pare indiscutibile che la decisione del giudice e più in generale gli accertamenti si fondano (pure) su quanto comunicato dalla fonte confidenziale, anche se poi lo svolgimento di successive investigazioni ha consentito di acquisire ulteriori acquisizioni probatorie: in ogni caso, quanto riferito dalla fonte anonima ha avuto una incidenza notevole sulle indagini, non fosse altro perché ne ha consentito

lo sviluppo in una determinata direzione e nei confronti di soggetti determinati.

4. Le superiori considerazioni, tuttavia, sollecitano un'ulteriore riflessione, di importanza ci pare ancora maggiore.

Quand'anche vi fosse lo spazio concettuale per fondare la distinzione suggerita dalla Cassazione e fosse davvero possibile individuare elementi epistemologici di provenienza sconosciuta impiegati solo per indirizzare le indagini e non per fornire dati probatori utilizzabili dal giudice delle indagini preliminari, è davvero opportuno ritenere che nessun controllo debba esercitare l'autorità giurisdizionale sulle modalità con cui questi dati sono stati ottenuti? È davvero irrilevante, perché possa ritenersi giusta la successiva decisione di condanna, che lo spunto investigativo sia stato ottenuto con modalità illecite - ad esempio, minacciando la sua fonte confidenziale o pagando la stessa - oppure che la fonte abbia strumentalizzato le forze dell'ordine a propri interessi - ad esempio, sollecitando lo svolgimento delle indagini solo nei confronti di alcuni responsabili dell'illecito ma tacendo della responsabilità di terzi?

La distinzione fra fase procedimentale o processuale, regolamentata dalle norme del codice di procedura penale, e l'antecedente attività investigativa non può legittimare qualsiasi condotta da parte delle forze dell'ordine prima che venga investito il pubblico ministero né può significare che il momento antecedente all'apertura formale delle indagini sia completamente privo di regole. Ma se tali regole sussistono, allora bisogna riconoscere che sulla violazione di tali regole qualcuno deve poter interloquire.