

Intercettazioni telefoniche

Chiamata in correità ed effettività del contraddittorio nella valutazione della prova per intercettazioni

Elisa Fratangeli

La decisione

Intercettazioni di conversazioni o comunicazione - Criteri di valutazione - Contraddittorio - Esclusione (Cost., art. 111, co. 4 e 5; C.e.d.u., art. 6, § 3, lett. d); C.p.p., artt. 192, co. 3 e 4, 512).

La disposizione contenuta nell'art. 192, co. 3, c.p.p. si applica esclusivamente alle dichiarazioni procedurali, non estendendosi al contenuto delle intercettazioni. In tale materia, infatti, non trova applicazione il principio sancito dall'art. 6, § 3, lett. d), C.e.d.u., neppure nella forma elaborata dall'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 512 c.p.p.

CASSAZIONE PENALE, SECONDA SEZIONE, 10 maggio 2012 (dep. 31 luglio 2012) - ESPOSITO, *Presidente* - IASILLO, *Relatore* - CEDRANGOLO, *P.M.* (diff.).- Fabbrocino, ricorrente.

Il testo della sentenza in commento è consultabile sul sito www.archiviopenale.it.

Il commento

1. La sentenza che si annota si inserisce in quell'ampio filone giurisprudenziale - fatto di pronunce non sempre accettabili da un punto di vista normativo e costituzionale - relativo alla valutazione probatoria della chiamata in correità e che coinvolge alcuni aspetti fondamentali del nostro impianto codicistico, in primis i limiti e l'ampiezza della "regola d'oro" del contraddittorio nella formazione della prova, eretta, come è noto, a valore costituzionale con la riforma dell'art. 111 Cost.

Per meglio comprendere le perplessità destinate da detta pronuncia è necessario analizzare, pur in estrema sintesi, le argomentazioni dei giudici di legittimità.

Il ricorrente lamentava errata applicazione della disposizione contenuta nell'art. 192, co. 3, c.p.p. e la violazione della disposizione di cui all'art. 6 § 3 lett. d) C.e.d.u. e dell'art. 512 c.p.p. come convenzionalmente interpretato.

Tale doglianza si basava sulla circostanza relativa alla particolare natura del materiale probatorio a sostegno della decisione impugnata, costituito da intercettazioni telefoniche sul cui contenuto non era stato possibile esercitare alcun contraddittorio, posto che il soggetto intercettato durante le conversazioni

con l'imputato, e a sua volta coimputato, sentito ex art. 210 c.p.p. si era rifiutato di rispondere.

La Corte di cassazione, attraverso un iter argomentativo non esente da censure, ha dichiarato inammissibile il ricorso, statuendo l'irripetibilità di quegli atti, ossia le intercettazioni telefoniche, che non possono materialmente ed ontologicamente rinnovarsi nel dibattimento.

2. L'art. 111, co. 4, Cost., imponendo il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ha comportato (o meglio, avrebbe dovuto) una diversa applicazione di quei requisiti sanciti dall'art. 192, co. 3, c.p.p. atteso che, anche alla luce delle modifiche intervenute con la Legge n. 63 del 2001, ha reso inutilizzabile il riscontro contenuto in una dichiarazione non formata nel contraddittorio, se non nei limiti indicati dalla stessa disposizione costituzionale ⁽¹⁾.

Paragonata ad un "mostro a due teste, che incarna, moltiplicandole, le difficoltà di lettura della testimonianza e della confessione" ⁽²⁾, la chiamata in correità ha sempre suscitato una certa diffidenza proprio perché essa proviene da un soggetto imputato ⁽³⁾. Per questo il legislatore del 1988 ha preferito adottare una normativa "aperta", limitandosi a sancire il principio-quadro di cui al comma terzo dell'art. 192 c.p.p., lasciando così alla giurisprudenza ⁽⁴⁾ ampia

¹ BUZZELLI, *La riforma dell'art. 111 Cost. e il problema aperto della legislazione attuativa con particolare riguardo alle regole di formazione e valutazione della prova*, in *Cass. Pen.*, 2000, 2179; SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Milano, 2000, 259.

² DE CATALDO NEUBURGER, "Arrivare ad una decisione". *Analisi dei criteri di giudizio adottati in alcune sentenze e ricerca di regole empiriche per la valutazione della chiamata in correità*, in De Cataldo Neuburger (a cura di), *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, Padova, 1992, 186.

³ Per un breve *excursus* giurisprudenziale in tema di valutazione della chiamata in correità v., tra gli altri, DELL'ANNA, *L'esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo*, in *La prova penale*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 557.

⁴ Per quanto concerne la verifica dell'attendibilità intrinseca della chiamata in correità, i cui parametri di riferimento sono la personalità del dichiarante, le sue condizioni socio-economiche e familiari, il suo passato, i rapporti con le persone coinvolte nella vicenda, la coerenza, la costanza e la spontaneità della narrazione, cfr. Cass., Sez. V, 28 giugno 2006, S.M., in *Mass. Uff.*, n. 1235212; Id., Sez. II, 3 maggio 2005, Trincali ed altri, in *Guida dir.*, 2005, 31, 71; Id., Sez. Un., 21 ottobre 1992, Marino, in *Cass. Pen.*, 1993, 1946. RAMAJOLI, *La prova nel processo penale*, Padova, 1995, 60, «come nel mosaico un solo tassello non forma, ancora, il disegno globale ed unitario, configurabile solo con la coesistenza di più tasselli, così il solo elemento della chiamata in correità abbisogna di altri elementi, perché si possa costituire la prova»; v. anche ANGELETTI, *La costruzione e la valutazione della prova penale*, Torino, 2012; CONTE, GEMELLI, LICATA, *Le prove penali*, Trattato a cura di Cendon, Milano, 2011, 326.

discrezionalità nell'individuazione dei criteri che devono presiedere alla valutazione della chiamata in correità, scelta che, da un lato, ha evitato il rischio di introdurre una prova legale in contrasto con il principio del libero convincimento del giudice ma che, dall'altro, ha incautamente reso possibile l'utilizzo di qualsiasi materiale atto a confermare la credibilità di una chiamata in correità ⁽⁵⁾.

3. È ormai pacifico quell'orientamento secondo il quale, il contenuto di un' intercettazione *contra alios* che si risolve in una specifica accusa ai danni di un soggetto terzo, non sia in alcun modo equiparabile ad una chiamata in correità e, pertanto, non assoggettabile ad alcuna procedura di verifica dell'attendibilità di quanto dichiarato, assimilabile a quella posta dall'art. 192, co. 3, c.p.p. ⁽⁶⁾. Questo è quanto affermato dalla Corte, attraverso un curioso ossimoro, anche nella sentenza in commento: dapprima, definisce assolutamente inderogabile il principio della formazione della prova in contraddittorio ma, successivamente, lo deroga, rendendo piena ed autosufficiente una prova avente contenuto dichiarativo, ossia l'intercettazione telefonica, raccolta anteriormente al dibattimento e sulla quale non vi è stata possibilità di esercitare il diritto a contro esaminare. Il tutto basandosi su una inappropriata osservazione per cui «l'articolo 192, co. 3, c.p.p. detta una disciplina solo per le “dichiarazioni (...)” e di certo le intercettazioni (art. 266 c.p.p.) non hanno per oggetto le dichiarazioni, ma le “conversazioni o comunicazioni” termini che individuano attività ben diverse dalle dichiarazioni.... Nel caso regolato dall'articolo 266 e ss c.p.p. i soggetti intercettati non sanno di essere indagati ed evidente-

Sulla verifica estrinseca della chiamata in correità, cfr. Cass., Sez. II, 3 maggio 2005, Trincali ed altri, cit.; Id., Sez. I, 20 settembre 2002, Peddio, in *Mass. Uff.*, n. 222527.

BAUDI, *Riflessioni sulla valutazione della chiamata in correità in sede di provvedimento cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 7, 884 «(...) al vaglio dei riscontri esterni, (...) non può procedersi, in una valutazione complessiva della chiamata in correità, ove permangano ancora dubbi sulla bontà intrinseca della chiamata stessa»; DELLA MONICA, *La parabola del principio del libero convincimento*, in *La prova penale*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, a cura di Gaito, Torino, 2008, 313.

⁵ «L'art. 192 c.p.p. non autorizza preclusioni, né contiene alcuna predeterminazione, quanto alla natura e specie degli elementi suscettibili di costituire riscontri idonei a confermare l'attendibilità della chiamata in correità» cfr. Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1990, Belli, in *Mass. Uff.*, n. 183411; Id., Sez. I, 24 luglio 1992, Bono, in *Giust. pen.*, 1993, II, 224.

ALBEGGIANI, FIANDACA, *Struttura della mafia e riflessi penal-processuali*, in *Foro it.*, 1989, II, 77 ss. «Il principale problema processuale, che è derivato dall'utilizzo di questo elemento di prova, è rinvenibile proprio nell'eccessiva centralità assegnata alla chiamata in reità, che ha però prodotto un totale appiattimento dei contenuti processuali su siffatti elementi, tralasciando così la ricerca di ulteriori prove».

⁶ Cass., Sez. IV, 28 settembre 2006, Della Ventura, in *Mass. Uff.*, n. 235020.

mente non rilasciano dichiarazioni reciproche, ma semplicemente conversano ignorando di essere sottoposti ad intercettazione. Tale diversissima situazione fa sì che il contenuto delle intercettazioni... costituisca prove piena senza necessità di corroboranti elementi di riscontro»⁽¹⁾.

Qui non si discute tanto la differenza ontologica tra le due fonti probatorie chiamata in correità-intercettazione telefonica, quanto, piuttosto, il *modus arguendi* della Corte che ha forzatamente voluto restringere il campo di applicazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova finendo per derogare l'inderogabile.

Innanzitutto, è criticabile l'assunto secondo il quale le conversazioni oggetto di captazione, avendo contenuto fisico e certo, non siano modificabili attraverso l'esercizio del diritto del contraddittorio. E' quasi banale sottolineare che nessuna trascrizione potrà mai spiegare il contesto in cui quelle parole sono state pronunciate, il tono e la mimica che le accompagna: soltanto l'esame del comunicante/chiamante in correità potrà rendere piena ed oggettiva prova delle modalità in cui le conversazioni oggetto di captazione sono avvenute e di quali fossero i rapporti tra i soggetti in esse coinvolti. Inoltre non può nemmeno escludersi che "l'accusa intercettata" fosse falsa o calunniosa, ovvero frutto di un errore. L'intercettazione, quale tipico atto d'indagine a sorpresa, non offre infatti alcuna certezza sulla veridicità e sulla verificabilità di quanto captato: è la stessa prassi giudiziaria a confermare che, spesso, gli intercettati riferiscono circostanze imprecise o false; tendono ad esprimere conoscenze su cui non è possibile tracciare uno scarto apprezzabile tra effettiva percezione dei fatti e mere congetture, senza escludere il possibile doloso intento di ingannare il proprio interlocutore.

Ebbene, come già sottolineato, tutte le dichiarazioni di prova devono passare attraverso un effettivo contraddittorio dibattimentale (ossia attraverso un esame diretto e controesame del dichiarante), effettività che non sarebbe garantita se fossero acquisibili, quali prova dei fatti, le dichiarazioni del chiamante in correità nel caso in cui questi si rifiuti di deporre, in quanto i principi contenuti nell'art. 111, co. 4, Cost. dettano una regola di esclusione nei confronti di

¹ Conforme cfr. Cass., Sez. IV, 26 marzo 2010, Cavallaro, in *Mass. UII*, n. 247447 «il contenuto di una intercettazione, anche quando si risolve in una precisa accusa in danno di una terza persona, indicata come concorrente in un reato alla cui consumazione anche uno degli interlocutori dichiara di aver partecipato, non è in alcun modo equiparabile alla chiamata in correità e, pertanto, se va anch'esso attentamente interpretato sul piano logico e valutato su quello probatorio, non è però soggetto, nella predetta valutazione, ai canoni di cui all'art. 192, co. 3, c.p.p. ». Vedi anche, Id., Sez. I, 19 gennaio 2001, Primerano ed altri, *ivi*, n. 218392.

quanto non sia stato acquisito tramite il metodo dialettico.

Inoltre i giudici di legittimità non si occupano del vero problema di fondo, ossia garantire l'esigenza che l'elemento di riscontro della chiamata in correità sia esterno alla chiamata stessa, onde impedire che la verifica sia circolare, tautologia ed autoreferente ⁽⁸⁾. Ammettere, quindi, una valutazione delle dichiarazioni contra alios contenute in intercettazioni a prescindere da una stringente allegazione degli altri elementi di prova che ne confermino attendibilità e direzione individualizzante ⁽⁹⁾ equivarrebbe a riproporre quella regola d'inferenza per cui "due uomini d'onore non possono mentire" nel momento in cui dialogano tra di loro ⁽¹⁰⁾.

Anche la Corte e.d.u. ha spesso evidenziato come i canoni di un *procès équitable* vengono compromessi nel caso in cui la condanna si sia fondata esclusivamente sulle dichiarazioni sottratte alla verifica difensiva e se, comunque, queste non abbiano mantenuto una posizione marginale nel quadro probatorio d'insieme, risultando così determinanti ⁽¹¹⁾. Ovviamente il principio del giusto processo ben può tollerare il recupero di dichiarazioni rilasciate nella fase anteriore al dibattimento, anche al di fuori del contraddittorio, ma un simile atto non potrà mai fondare in maniera esclusiva o determinante una condanna, come accade invece nel caso de quo ⁽¹²⁾. L'esigenza, dunque, è sempre la stessa: assicurare che il giudizio di colpevolezza si fondi su elementi

⁸ «Il riscontro o gli altri elementi di prova richiesti dall'art. 192, co. 3, c.p.p. devono essere fatti certi, idonei a corroborare l'attendibilità di chi ha effettuato la narrazione accusatoria e devono essere necessariamente indipendenti dalla chiamata onde evitare il fenomeno della circolarità per cui sia la stessa chiamata a convalidare se stessa» così Cass., 31 marzo 1998, Avila ed altri, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 214; Id., Sez. VI, 17 giugno 1998, Civardi ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 210734.

⁹ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Cass. pen.* 2004, 811, con nota di CARCANO «l'operazione logica conclusiva di verifica della chiamata in reità (...), alla stregua della quale possa assurgere al rango di prova pienamente valida a carico del chiamato ed essere posta a fondamento di un'affermazione di responsabilità, necessità, oltre che del positivo apprezzamento in ordine alla sua intrinseca attendibilità, anche di riscontri esterni». Questi devono «avere carattere individualizzante per il profilo dell'inerenza soggettiva al fatto, cioè riferirsi ad ulteriori, specifiche, circostanza, strettamente e concretamente ricolleganti in modo diretto il chiamato al fatto di cui deve rispondere, non essendo lecito l'estendersi congetturale della valutazione nei confronti del chiamato sulla base di non consentire interferenze totalizzanti».

¹⁰ CISTERNA, *Le intercettazioni* contra alios, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, 4-6, 37.

¹¹ TAMINETTI, *Il diritto di interrogare i testimoni tra Convenzione europea e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 509. V. anche GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006.

¹² In questa prospettiva tale disciplina meriterebbe una revisione, non essendo sufficiente l'ormai consolidata lettura convenzionalmente orientata dell'art. 512 c.p.p.: del resto, se è imposto dalla stessa convenzione l'impossibilità che un atto irripetibile possa divenire, con la sola sua lettura, prova decisiva per la condanna, lo stesso è in realtà già imposto alla luce del contraddittorio come pilastro del giusto processo di matrice costituzionale.

di prova a carico che abbiano il crisma della certezza assoluta o quasi tale.

Ricapitolando le linee del nostro esame. Il disposto dell'art. 192, co. 3 e co. 4, c.p.p. impone la valutazione di dette dichiarazioni, specie se sottoposte a lettura, con il supporto esterno di altri elementi che ne confermino l'attendibilità.

Il giudice, quindi, se non riesce a reperire ulteriori elementi di integrazione a conferma della forza persuasiva della chiamata deve espungere la stessa dagli elementi di conoscenza su cui fonderà il proprio convincimento, anche se ritiene le dichiarazioni del chiamante intrinsecamente attendibili.

Dall'altro lato, non bisogna dimenticare che solo il vaglio della fonte attraverso il metodo dialettico garantisce quel grado di attendibilità imposto dalla nostra Costituzione: anzi, proprio l'inapplicabilità del principio del contraddittorio nella materia delle intercettazioni rende ancora più meritevole di tutela la situazione in cui versa l'accusato, il quale, quasi sempre, non ha facoltà di escutere il soggetto captato per contestarne le affermazioni. Assumere a sostegno di fedeltà dei fatti raccontati una conversazione telefonica tout court, senza verifiche e senza riscontri, finirebbe per consentire la deduzione di elementi di prova senza alcun limite, dando vita ad un sistema processuale totalmente "aperto" ed in contrasto con il disposto di cui al comma terzo dell'art. 192 c.p.p.

Spetterà quindi al giudice dare conto dei criteri sulla base dei quali l'elemento conoscitivo sfuggito al contraddittorio si limiti a rimarcare un orizzonte probatorio già delineato: solo così operando l'imputato potrà concretamente ricevere tutele dal divieto di essere condannato solo sulla base di quella prova ⁽¹³⁾.

Ed è qui che si insinua il problema della motivazione della sentenza.

Nell'eterna ricerca del difficile equilibrio tra le diverse esigenze in gioco, il legislatore collega l'apprezzamento del giudice all'obbligo di provvedere in modo rigoroso e completo alla motivazione posta a base della decisione, proprio al fine di evitare che il libero convincimento si trasformi in arbitrio. La completezza e la coerenza della motivazione della sentenza rappresentano un'ulteriore concreta garanzia per le parti - ed un onere e limite al potere del giudice - le cui lacune, contrariamente a quanto statuito dai giudici di legittimità nella sentenza qui in commento, possono e devono essere censurate ex art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p. dalla Corte di cassazione. Non può di certo condividersi quell'orientamento secondo il quale l'interpretazione non soltanto del

¹³ CASSIBBA, *Acquisizione e criteri di valutazione del riscontro incrociato fra chiamate di correo alla luce dell'art. 111, comma 4, Cost.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 723.

linguaggio, ma anche del contenuto dell'intercettazione costituisce questione di mero fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito e sottratta al sindacato di legittimità se conforme ai criteri di logica ed alle massime di esperienza ⁽¹⁴⁾.

La chiamata di correo... in una conversazione telefonica, proprio per le sue caratteristiche, amplifica le insidie legate all'obbligo della motivazione che deve pertanto soddisfare quelle importanti esigenze sottese alla diffidenza legislativa nei confronti di tale mezzo di prova ⁽¹⁵⁾. Vi è da dire, però, che un conto è affidarsi al libero apprezzamento del giudice nell'interpretazione della conversazione intercettata, altro è imporre quel meccanismo di controllo di cui al terzo comma dell'art. 192 c.p.p., strada, questa, che la giurisprudenza di legittimità è refrattaria a percorrere ⁽¹⁶⁾.

¹⁴ Cfr., Cass., Sez. IV, 28 ottobre 2005, Caruso, in *Cass. pen.*, 2006, 4137; Id., Sez. I, 6 maggio 2005, Musin, in *Mass. Uff.*, n. 231856.

¹⁵ CAPPA, *La chiamata di correo tra riscontri e motivazione*, in *Giur. it.*, 2005, 1941.

¹⁶ CENCI, *Contributo minimo in replica all'intervento di Alberto Cisterna a proposito del contenuto etero-accusatorio di intercettazioni di conversazioni svolte tra altri*, in *Osservatorio del processo penale*, cit., 42, propone un diverso approccio interpretativo, attribuendo alle disposizioni di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 111 Cost. valore non soltanto precettivo, ma di vera e propria regola auto-applicativa, desumendo «in via interpretativa che le dichiarazioni etero-accusatorie nelle conversazioni tra altri, proprio perché per definizione sottratte al contraddittorio e non rientranti espressamente nei casi di deroga prevista per legge ordinaria sulla base dell'indicato rinvio costituzionale, non possono assumere valore di prova, nemmeno atipica (art. 189, prima parte, c.p.p.), essendo questa una categoria "aperta" che postula comunque il contraddittorio come regola formale (art. 189, seconda parte, c.p.p.)».