CORTE COSTITUZIONALE

Sentenza **320/2009** (ECLI:IT:COST:2009:320)
Giudizio: **GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE**
Presidente: **AMIRANTE** - Redattore: **FRIGO**
Udienza Pubblica del ; Decisione del **30/11/2009**
Deposito del **04/12/2009**; Pubblicazione in G. U. **09/12/2009**
Norme impugnate: Artt. 234, 266 e seguenti del codice di procedura penale.
Massime: **34156 34157**
Atti decisi: **ord. 384/2008**

SENTENZA N. 320

ANNO 2009

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Francesco AMIRANTE; Giudici : Ugo DE SIERVO, Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Alfonso QUARANTA, Franco GALLO, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Maria Rita SAULLE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 234, 266 e seguenti del codice di procedura penale, promosso dal Tribunale di Lecce, nel procedimento penale a carico di S.A. ed altro, con ordinanza del 19 maggio 2008, iscritta al n. 384 del registro ordinanze 2008 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 50, prima serie speciale, dell’anno 2008.

Visti l'atto di costituzione di S.A., nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 novembre 2009 il Giudice relatore Giuseppe Frigo;

uditi l'avvocato Livia Rossi per S.A. e l'avvocato dello Stato Paolo Gentili per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza del 19 maggio 2008, il Tribunale di Lecce, in composizione collegiale, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 15, 24 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli «artt. 234 e 266 e seguenti» del codice di procedura penale, 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, sottraendole così alla disciplina dettata per queste ultime o comunque non subordinandole ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, le registrazioni di conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori o dei soggetti ammessi ad assistervi, all'insaputa degli altri, «di intesa con la polizia giudiziaria, eventualmente utilizzando mezzi messi a disposizione» da quest'ultima, «e, in ogni caso, nel contesto di un procedimento penale già avviato».

Il Tribunale rimettente – investito del processo nei confronti di due persone, imputate del delitto di tentata estorsione aggravata – premette che, all'esito dell'istruzione dibattimentale e nel corso della discussione finale, il difensore di uno degli imputati aveva eccepito l'inutilizzabilità della registrazione su audiocassetta di una conversazione tra presenti, acquisita al fascicolo del dibattimento e trascritta mediante perizia. Ad avviso della difesa, detta registrazione – eseguita dalla persona offesa d'intesa con la polizia giudiziaria e tramite strumenti da questa forniti – doveva ritenersi inutilizzabile, in quanto effettuata senza il rispetto delle forme previste dagli artt. 266 e seguenti cod. proc. pen. e, in particolare, senza alcun decreto autorizzativo dell'autorità giudiziaria.

In proposito, il giudice a quo riferisce che, secondo quanto emerso in dibattimento, la persona offesa – successivamente deceduta – dopo aver ricevuto richieste estorsive telefoniche, in relazione alle quali aveva presentato denuncia ai Carabinieri, era stata nuovamente contattata dagli ignoti estorsori, che avevano preannunciato la visita di un loro inviato «per definire la faccenda». Di ciò la persona offesa aveva riferito alla polizia giudiziaria, su indicazione della quale era stato quindi predisposto un servizio investigativo volto a registrare il colloquio con l'inviato.

Riguardo alle modalità della registrazione, le risultanze probatorie erano contrastanti. Secondo un ufficiale di polizia giudiziaria, sentito come teste, la persona offesa avrebbe utilizzato un registratore fornito dai Carabinieri, mentre questi ultimi, appostati nelle vicinanze, ascoltavano in modo diretto la conversazione. Stando, invece, al figlio dell'offeso, presente anch'egli nel luogo dell'incontro, i due sarebbero stati muniti di microfoni, occultati sulle loro persone, tramite i quali la polizia giudiziaria avrebbe ascoltato e registrato la conversazione in un luogo appartato. Era pacifico, in ogni caso, che il colloquio fosse stato registrato da uno degli interlocutori, o attraverso uno degli interlocutori e con il suo consenso.

La registrazione risulterebbe, inoltre, decisiva ai fini della prova della responsabilità degli imputati. La persona offesa, in quanto deceduta, non aveva potuto essere infatti sentita in dibattimento, mentre i testi escussi avevano riferito della conversazione in termini «estremamente generici», tali da non consentire, neppure alla luce delle altre prove acquisite, una compiuta ricostruzione della vicenda.

Tanto premesso, il giudice a quo rileva come le sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza 28 maggio 2003-24 settembre 2003, n. 36747, abbiano affermato che, ai fini dell'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 266 e seguenti cod. proc. pen., per «intercettazione» deve intendersi unicamente l'apprensione occulta, in tempo reale, del contenuto di una conversazione o di una comunicazione da parte di soggetti estranei al colloquio. Non rientrerebbe, pertanto, in tale nozione la registrazione di un colloquio, tanto telefonico che tra presenti, effettuata da una delle persone che vi partecipano o ammesse ad assistervi: in tale ipotesi, mancherebbe infatti la lesione del diritto alla segretezza della comunicazione, limitandosi l'interessato a memorizzare fonicamente le notizie legittimamente apprese dall'altro interlocutore. Detta registrazione potrebbe essere, quindi, acquisita al processo ai sensi dell'art. 234, comma 1, cod. proc. pen., che qualifica «documento» tutto ciò che rappresenta fatti o cose mediante la fotografia, la cinematografia, la fonografia o qualsiasi altro mezzo: il nastro contenente la registrazione non costituirebbe, in effetti, altro che la documentazione fonografica del colloquio.

In base ai principi enunciati dalle sezioni unite – qualificabili, secondo il rimettente, come «diritto vivente», in quanto recepiti in plurime pronunce successive delle sezioni semplici della Corte di cassazione – la disciplina di garanzia prevista per le intercettazioni non si applicherebbe ai colloqui registrati da uno degli interlocutori, neppure quando la registrazione sia effettuata su richiesta della polizia giudiziaria e con strumenti da essa forniti, ancorché questa, o qualsiasi terzo, possano contemporaneamente ascoltare la conversazione. Di conseguenza, l'audiocassetta contenente la registrazione di cui si discute nel processo a quo costituirebbe «documento» legittimamente utilizzabile, indipendentemente dalle modalità con cui la registrazione è avvenuta.

Ad avviso del rimettente, tuttavia, la «pacifica esegesi giurisprudenziale» ora ricordata contrasterebbe con plurimi parametri costituzionali.

Le stesse sezioni unite della Corte di cassazione hanno difatti chiarito, in altra e più recente pronuncia (la sentenza 28 marzo 2006-28 luglio 2006, n. 26795), che il documento rilevante come prova ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen. va nettamente distinto dall'atto del procedimento e dalla sua documentazione, giacché le norme del codice di rito in materia di prova documentale si riferiscono esclusivamente ai documenti formati fuori (anche se non necessariamente prima) del procedimento penale nel quale si chiede o si dispone che essi facciano ingresso. Su tale premessa, le sezioni unite hanno quindi concluso che soltanto le videoregistrazioni effettuate fuori del procedimento possono configurare prova documentale, mentre quelle effettuate nel corso delle indagini costituiscono la documentazione dell'attività investigativa.

Alla luce della chiara distinzione così tracciata, si dovrebbe dunque ritenere che la registrazione di una conversazione effettuata da uno degli interlocutori, o con il suo consenso, cessa di costituire un documento allorché avvenga d'intesa con la polizia giudiziaria e utilizzando mezzi da essa forniti. In siffatta ipotesi, essa concreterebbe piuttosto un atto di indagine, che implica un'occulta (rispetto al soggetto ignaro) captazione della conversazione ad opera della stessa polizia giudiziaria.

Risulterebbe, di conseguenza, violato l'art. 15 Cost., essendosi di fronte ad una attività investigativa che incide sul diritto alla segretezza delle conversazioni e delle comunicazioni, senza che sia previsto un preventivo controllo dell'autorità giudiziaria, espresso attraverso un provvedimento motivato: provvedimento che rappresenta il livello minimo di garanzia prefigurato dal citato precetto costituzionale per la limitazione del diritto in questione, allo scopo di assicurare un equo contemperamento fra il diritto stesso e l'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, oggetto anch'esso di protezione costituzionale.

La mancanza del provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria comprometterebbe,

altresì, il diritto di difesa (art. 24 Cost.), poiché solo grazie alla motivazione di detto provvedimento il soggetto ignaro, coinvolto nel procedimento penale, sarebbe posto in grado di verificare la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria, anche per quel che attiene al «momento esecutivo»: «momento» che parimenti rientra – come riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 34 del 1973 – nell'ambito delle garanzie previste dall'art. 15 Cost.

Né varrebbe far leva, in contrario, sull'argomento – addotto dalle sezioni unite nella sentenza del 2003, a dimostrazione della ritenuta natura documentale della registrazione – per cui sul contenuto della conversazione registrata potrebbe essere sempre chiamato a deporre l'interlocutore consenziente. Anche nel caso di intercettazione «ordinaria», difatti, può essere chiamato a deporre sul contenuto della conversazione uno degli interlocutori, benché inconsapevole dell'avvenuta captazione: rimanendo esclusa soltanto la testimonianza dell'operatore di polizia giudiziaria che ha eseguito le attività di captazione, la quale aggirerebbe le regole procedimentali poste a garanzia della difesa. Proprio per questo, d'altronde, tale testimonianza verrebbe ritenuta dalla giurisprudenza – secondo il rimettente – non già inutilizzabile, ma nulla per violazione degli artt. 178, comma 1, lettera c), e 180 cod. proc. pen. Siffatta nullità non si dovrebbe riconoscere, invece, nel caso di registrazione effettuata da uno degli interlocutori, qualora si accedesse alla tesi della sua natura documentale: con la conseguenza che, in tal caso, potrebbe essere chiamato a deporre sul contenuto della conversazione anche l'operatore di polizia che l'avesse ascoltata, o addirittura sommariamente trascritta (conclusione che dimostrerebbe «quanto risulti contraria ai diritti di difesa» l'interpretazione delle sezioni unite).

Ove pure, peraltro, la registrazione in discorso fosse reputata estranea all'area di tutela dell'art. 15 Cost., essa inciderebbe comunque sul diritto alla riservatezza, riconducibile alla sfera di protezione dell'art. 2 Cost. Anche in tale prospettiva, l'attività considerata esigerebbe, quindi, almeno un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria che la autorizzi, determinandone i limiti, gli scopi e le modalità esecutive.

Trattandosi, peraltro, di attività assimilabile alle intercettazioni – poiché non diretta all'acquisizione dei soli «dati esteriori» della conversazione, ma alla captazione del suo contenuto – essa andrebbe più puntualmente regolata dagli artt. 266 e seguenti cod. proc. pen., che contengono una disciplina completa sotto i profili dianzi evidenziati.

L'indirizzo giurisprudenziale censurato violerebbe, da ultimo, l'art. 117, primo comma, Cost., stante la sua contrarietà all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ciò, in correlazione con quanto affermato nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale, secondo le quali la norma nazionale incompatibile con le disposizioni della Convenzione, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, lede il citato parametro costituzionale, che impone il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni.

La Corte europea ha più volte ritenuto, difatti, che nel caso di registrazione di conversazioni (telefoniche o tra presenti), effettuate da uno degli interlocutori utilizzando strumenti messi a disposizione dalle autorità investigative e nel contesto di un'indagine ufficiale, si configura un'interferenza con la vita privata rilevante agli effetti dell'art. 8 della Convenzione. In base a tale norma, l'attività in questione è dunque possibile solo nei casi previsti dalla legge e, cioè, da una disposizione «prevedibile» che offra una protezione contro gli atti arbitrari del potere pubblico, indicando in modo chiaro in quali circostanze e a quali condizioni la pubblica autorità può porre in essere misure di sorveglianza segrete.

La censurata interpretazione della Corte di cassazione comporterebbe, viceversa, che le registrazioni in questione possano essere eseguite in assenza di una legge che ne disciplini

compiutamente i limiti e le condizioni. In quanto prova documentale «precostituita», la fonoregistrazione risulterebbe regolata, difatti, solo sul piano dell'ammissione e dell'utilizzazione processuale, e non anche con riguardo all'attività di formazione: lacuna, questa, non colmabile neppure facendo ricorso all'art. 189 cod. proc. pen., che disciplina le cosiddette prove atipiche, trattandosi di norma che parimenti non regola il procedimento di formazione della prova, del quale presuppone anzi l'inesistenza.

La circostanza che si sia di fronte ad un orientamento giurisprudenziale consolidato impedirebbe, d'altronde, di sanare il rilevato contrasto in via ermeneutica.

2. – Nel giudizio di costituzionalità è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o manifestamente infondata.

2.1. – Ad avviso della difesa erariale, la questione sarebbe inammissibile, in quanto invocherebbe un intervento riservato alla discrezionalità legislativa. Ammesso pure che la qualificazione come documento delle registrazioni in discorso presenti profili di illegittimità costituzionale, ciò non dimostrerebbe ancora che il solo regime costituzionalmente conforme sia quello stabilito per le intercettazioni: tanto più che il rimettente non allega una violazione dell'art. 3 Cost., mostrando così di ritenere che intercettazioni e registrazioni effettuate da uno dei partecipanti costituiscano fattispecie ben diverse.

Nel merito, la questione sarebbe comunque infondata. Il giudice a quo avrebbe basato, infatti, i suoi dubbi essenzialmente sulla circostanza che il contenuto della registrazione effettuata dalla persona offesa non possa essere riscontrato in dibattimento acquisendo la testimonianza di quest'ultima, perché deceduta. Ciò dimostrerebbe che il problema che il giudice deve risolvere è, in realtà, un problema di valutazione, e non già di ammissibilità della prova, come tale rimesso al suo libero convincimento.

La registrazione della conversazione ad opera di uno degli interlocutori costituirebbe, in ogni caso, atto libero e lecito, che non inciderebbe sulla segretezza delle comunicazioni, né sul diritto di difesa. La registrazione, anche se «ideata» come mezzo di indagine dalla polizia giudiziaria, può essere effettuata solo con il consenso del partecipante: onde l'iniziativa dell'organo investigativo non muterebbe la natura dell'atto, che resterebbe una documentazione della conversazione della quale si dovrà valutare la credibilità.

Infondata sarebbe anche la censura di contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Le pronunce della Corte europea indicate dal rimettente riguarderebbero, infatti, ordinamenti processuali diversi dal nostro, nel quale l'operato della polizia giudiziaria è sottoposto al costante controllo del pubblico ministero, tenuto ad acquisire pure le prove a discarico dell'indagato. La formazione di documenti anche «atipici» presenterebbe, quindi, nel nostro ordinamento, un tasso di garanzia superiore a quello presente nei casi esaminati dalla Corte europea: sicché, pur in assenza di un atto autorizzativo dell'autorità giudiziaria, il sistema desumibile dall'art. 234 cod. proc. pen. non potrebbe essere assoggettato alle medesime censure.

2.2. – Con successiva memoria, presentata nell'imminenza dell'udienza pubblica, l'Avvocatura dello Stato – oltre a ribadire e sviluppare le precedenti deduzioni difensive – ha altresì eccepito l'inammissibilità della questione per difetto di motivazione sulla rilevanza.

La difesa erariale osserva come il rimettente abbia espressamente affermato che, nel giudizio principale, è incerto se la persona offesa tenesse presso di sé l'apparecchio di registrazione, ovvero dei microfoni collegati ad un apparecchio di registrazione utilizzato dagli agenti di polizia giudiziaria, appostati nelle vicinanze. Tale circostanza non sarebbe affatto irrilevante ai fini dell'utilizzabilità del documento, nel caso di adesione all'orientamento delle

sezioni unite sottoposto a scrutinio di costituzionalità. Mentre, infatti, l'utilizzabilità risulterebbe indubbia nel primo caso, nel secondo essa potrebbe essere viceversa esclusa, avendo la Corte di cassazione riconosciuto che, ove la polizia giudiziaria, grazie al materiale fornito al partecipante alla conversazione, possa procedere ad un ascolto diretto, si realizza una vera e propria intercettazione ambientale non autorizzata.

3. – Si è costituito, altresì, S.A., imputato nel processo a quo, chiedendo l'accoglimento della questione.

Nel ritenere pienamente condivisibili gli argomenti addotti nell'ordinanza di rimessione, la parte privata osserva che qualificare come documento, liberamente acquisibile, la registrazione effettuata dal cosiddetto «agente segreto attrezzato per il suono», laddove questo si identifichi nel privato interlocutore che agisce come «longa manus» della polizia giudiziaria, significherebbe aggirare la rigorosa disciplina delle intercettazioni, deprivandola del necessario intervento del giudice.

In questo senso – ricorda la parte privata – si è espressa la stessa Corte di cassazione, la quale ha ritenuto – sia pure con indirizzo poi non sempre ribadito – che ne risulterebbe compromesso anche il diritto di difesa del soggetto imputato o indagato, il quale veda registrate dichiarazioni a sé sfavorevoli.

Considerato in diritto

1. – Il Tribunale di Lecce solleva questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 15, 24 e 117, primo comma, della Costituzione, degli «artt. 234 e 266 e seguenti» del codice di procedura penale, nella parte in cui – secondo l'interpretazione accolta della Corte di cassazione, qualificata come «diritto vivente» – includono tra i documenti, anziché tra le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, sottraendole così alla disciplina stabilita per queste ultime o comunque non subordinandole ad un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, le registrazioni di conversazioni (telefoniche o tra presenti) effettuate da uno degli interlocutori o dei soggetti ammessi ad assistervi, all'insaputa degli altri, d'intesa con la polizia giudiziaria ed eventualmente con strumenti da essa forniti, e comunque nell'ambito «di un procedimento penale già avviato».

Ad avviso del giudice a quo, il «diritto vivente» fatto oggetto di censura violerebbe l'art. 15 Cost., giacché la predetta registrazione si tradurrebbe in un atto di indagine volto alla captazione occulta (rispetto al soggetto ignaro) di una conversazione da parte della polizia giudiziaria, senza le garanzie previste per la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni.

Sarebbe violato, altresì, l'art. 24 Cost., in quanto la mancanza di un provvedimento autorizzativo motivato dell'autorità giudiziaria – costituente il livello minimo delle garanzie prefigurate dall'art. 15 Cost. – comprometterebbe il diritto di difesa del soggetto ignaro, che solo grazie alla motivazione del suddetto provvedimento potrebbe verificare la correttezza dell'operato della polizia giudiziaria, anche per quel che attiene al «momento esecutivo».

Ove pure l'attività in questione fosse reputata estranea all'area di tutela dell'art. 15 Cost., essa lederebbe comunque il diritto alla riservatezza, riconducibile alla sfera di protezione dell'art. 2 Cost.: sicché, anche in tale prospettiva, l'operazione esigerebbe almeno un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria che la autorizzi, determinandone i limiti, gli scopi e le modalità esecutive.

Risulterebbe leso, infine, l'art. 117, primo comma, Cost., stante la contrarietà dell'esegesi

giurisprudenziale censurata all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo tale Corte, infatti, la registrazione di una conversazione, effettuata da uno degli interlocutori utilizzando strumenti messi a disposizione dalle autorità investigative e nel contesto di un'indagine ufficiale, configura una interferenza nella vita privata, rilevante ai fini dell'art. 8 della Convenzione. Di conseguenza, essa è ammissibile solo nei casi previsti dalla legge e, cioè, da una disposizione «prevedibile», che indichi in modo chiaro in quali circostanze e a quali condizioni la pubblica autorità può porre in essere misure di sorveglianza segrete: requisiti, questi, non soddisfatti dall'interpretazione della Corte di cassazione sottoposta a scrutinio.

2. – In via preliminare, va osservato che, nel sollevare la questione di costituzionalità, il giudice a quo coinvolge formalmente nello scrutinio – oltre all'art. 234 cod. proc. pen., concernente la prova documentale – gli «artt. 266 e seguenti» del medesimo codice, ossia l'intero complesso delle disposizioni del capo IV del titolo III del libro III, regolative delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni (artt. 266-271). Nondimeno, dal tenore delle censure emerge chiaramente come le doglianze del rimettente si appuntino – nell'ambito di tale complesso normativo – essenzialmente sull'art. 266, che definisce i limiti di ammissibilità delle intercettazioni (telefoniche e tra presenti): mentre il richiamo agli articoli successivi appare diretto solo ad evocare l'effetto (di sottoposizione alla disciplina da essi dettata) che conseguirebbe alla qualificazione delle registrazioni di cui si discute come intercettazioni, anziché come documenti, secondo quanto richiesto in via principale dallo stesso giudice a quo.

Deve, di conseguenza, escludersi che la questione vada dichiarata inammissibile per mancato assolvimento dell'onere – da cui il giudice rimettente è in linea di principio gravato – di individuare, all'interno di un determinato corpo normativo, la norma o la parte di essa che determinerebbe la lamentata lesione della Costituzione (ex plurimis, ordinanze n. 21 del 2003, n. 337 del 2002 e n. 97 del 2000).

3. – La questione è, tuttavia, inammissibile per una diversa ragione.

4. – Il giudice a quo pone a premessa fondante della questione l'asserita esistenza di un «diritto vivente», in forza del quale la registrazione occulta di una conversazione, effettuata da uno degli interlocutori o con il suo consenso, costituisce documento utilizzabile nel processo ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., anche quando la registrazione sia stata operata d'intesa con la polizia giudiziaria e con mezzi tecnici da essa forniti; e ciò, benché la stessa polizia giudiziaria, o qualsiasi terzo, possano ascoltare contemporaneamente il colloquio.

Tale presupposto risulta, in realtà, smentito sia dall'esistenza di contrarie decisioni della giurisprudenza di legittimità, sia dai principi generali in materia processuale che lo stesso rimettente evoca nel formulare le proprie censure.

5. – Anteriormente alla pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione, indicata dal giudice a quo come generativa dell'asserito «diritto vivente» (sentenza 28 maggio 2003-24 settembre 2003, n. 36747), la giurisprudenza di legittimità era, in effetti, consolidata nel senso che la registrazione occulta di una conversazione, effettuata di propria iniziativa da un privato interlocutore, non costituisse intercettazione, ma prova documentale. Formavano invece oggetto di contrasto le ipotesi in cui la registrazione fosse eseguita da un operatore di polizia giudiziaria, ovvero anche da un privato, ma su indicazione della polizia giudiziaria e avvalendosi di strumenti da questa approntati.

Con la citata sentenza del 2003 – relativa a fattispecie di registrazione occulta, da parte di operatori di polizia, di colloqui con loro informatori – le sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato due principi. Da un lato, il carattere di prova documentale – e non di intercettazione – delle registrazioni effettuate da uno dei soggetti partecipanti o ammessi a

presenziare alla conversazione, quali essi siano (ivi compreso, dunque, l'operatore di polizia giudiziaria): ciò in quanto mancherebbe, in simile ipotesi, uno dei requisiti tipici dell'intercettazione, ossia l'estraneità al colloquio del captante occulto. Dall'altro lato, l'inutilizzabilità come prova della registrazione fonografica effettuata clandestinamente da personale di polizia giudiziaria, rappresentativa di colloqui intercorsi tra lo stesso ed i suoi confidenti o persone informate sui fatti o indagati, in quanto l'utilizzazione aggirerebbe i divieti espressi dagli artt. 63, comma 2, 191, 195, comma 4, e 203 cod. proc. pen. e volti a rendere impermeabile il processo da apporti probatori unilaterali degli organi investigativi.

Detta sentenza non prende, peraltro, specificamente in considerazione né il caso il cui la registrazione non venga effettuata direttamente dalla polizia giudiziaria, ma da un soggetto da essa "attrezzato"; né, correlativamente, l'ipotesi in cui l'agente "attrezzato" non si limiti a registrare la conversazione, ma trasmetta il suono ad una stazione esterna di ascolto gestita dalla polizia; né, infine e soprattutto, il problema della compatibilità della qualificazione come prova documentale della registrazione fonografica effettuata dalla polizia giudiziaria con il concetto di «documento» accolto dal vigente codice di procedura penale.

6. – Anche in correlazione a ciò, dopo la sentenza delle sezioni unite, il panorama interpretativo giurisprudenziale non si presenta affatto totalmente coeso nella direzione indicata dal giudice a quo. Al contrario, a fianco di un indirizzo maggioritario nei sensi rappresentati dal rimettente, risultano tuttora rinvenibili, con riguardo alla fattispecie che qui interessa, i medesimi due orientamenti alternativi emersi prima di quella pronuncia.

Per un verso, infatti – come segnala anche l'Avvocatura generale dello Stato nella memoria – la Corte di cassazione ha affermato, anche di recente, che la disciplina di garanzia in materia di intercettazioni deve reputarsi applicabile quanto meno nel caso in cui il partecipante alla conversazione non si limiti a registrarla, ma utilizzi apparecchi radiotrasmittenti mediante i quali terzi estranei – e, in particolare, la polizia giudiziaria – siano posti in grado di ascoltare il colloquio in tempo reale. In tale ipotesi, difatti, ricorrerebbe pienamente l'elemento tipico dell'intercettazione, rappresentato dalla captazione occulta simultanea della comunicazione da parte di un estraneo (in particolare, sentenza 7 novembre 2007-12 dicembre 2007, n. 46724).

Nel caso che interessa, l'eventuale adesione a questo indirizzo interpretativo renderebbe la questione meramente ipotetica. Il rimettente afferma, infatti, espressamente che, nella specie, è incerto – a causa del contrasto delle risultanze probatorie sul punto – se la persona offesa tenesse con sé l'apparecchio di registrazione, ovvero un microfono radiotrasmittente, tramite il quale la polizia giudiziaria ha captato e registrato la conversazione. Nella prospettiva considerata, la rilevanza del dubbio di costituzionalità rimarrebbe, dunque, subordinata al preventivo scioglimento nel primo senso di tale alternativa, legata all'accertamento in fatto.

In altre decisioni, la Corte di cassazione ha, peraltro, affermato, in termini più generali, che le registrazioni di colloqui effettuate, in assenza di autorizzazione del giudice, da uno degli interlocutori dotato di strumenti di captazione predisposti dalla polizia giudiziaria, debbono considerarsi comunque inutilizzabili, indipendentemente dal contemporaneo ascolto da parte della stessa, giacché, in tal modo, si verrebbe a realizzare un surrettizio aggiramento delle regole sulle intercettazioni (in questo senso, da ultimo, la sentenza 6 novembre 2008-26 novembre 2008, n. 44128).

A sostegno di tale indirizzo – che supererebbe evidentemente alla radice i dubbi di costituzionalità del rimettente – si è osservato che l'intercettazione eseguita dalla polizia giudiziaria con il consenso di uno dei partecipanti alla conversazione necessita comunque dell'autorizzazione del giudice: perché si abbia intercettazione, difatti, non sarebbe necessario che tutti i conversanti ignorino che un terzo è in condizione di captare il messaggio, ma basterebbe che l'atto avvenga all'insaputa di almeno uno di essi. Ne costituirebbe conferma l'art. 266, comma 1, lettera f), cod. proc. pen., il quale, prevedendo che l'intercettazione possa

essere disposta nei casi di ingiuria, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, dimostrerebbe che, anche quando è lo stesso denunciante a sollecitare l'intercettazione ed è quindi quasi sempre partecipe e comunque consapevole della conversazione recante ingiuria, molestia o disturbo, gli artt. 266-271 cod. proc. pen. debbono trovare applicazione.

Ciò posto, non vi sarebbe nessuna concreta differenza tra il caso in cui il colloquiante consenta alla polizia giudiziaria di installare un dispositivo che le permetta di intercettare la conversazione con un interlocutore ignaro, e l'ipotesi in cui il medesimo colloquiante, agendo su precisa indicazione degli organi investigativi e con apparecchiature da questa approntate, proceda alla registrazione del colloquio. Il ricorso al congegno azionato dall'interlocutore rappresenterebbe, difatti, in simile ipotesi, un mero espediente diretto ad eludere l'obbligo di munirsi dell'autorizzazione giudiziaria e neppure motivato dall'esigenza di non vanificare una esecuzione tempestiva dell'operazione, dato che, proprio per le situazioni di urgenza, la legge prevede che l'operazione stessa possa venire immediatamente disposta dal pubblico ministero con decreto, salva la successiva convalida da parte del giudice (art. 266, comma 2, cod. proc. pen.).

7. – Ma, al di là di quanto precede, è poi lo stesso rimettente a rimarcare come, dopo la sentenza del 2003, sia intervenuta una ulteriore, rilevante pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione. Si tratta della sentenza 28 marzo 2006-28 luglio 2006, n. 26795, in materia di videoregistrazioni, la quale ha puntualizzato un aspetto rimasto in ombra nella precedente decisione: vale a dire la distinzione tra «documento» e «atto del procedimento», oggetto di documentazione.

La sentenza del 2006 ha chiarito, in specie – sulla scorta della relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale – che le norme sui documenti, contenute in detto codice, si riferiscono esclusivamente ai documenti 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. Requisito, questo, che costituisce un naturale portato del principio di separazione delle fasi: il vigente codice di rito, al fine di attuare i principi del processo accusatorio, ha infatti delineato una rigida separazione tra la fase delle indagini e quella del dibattimento, dettando una disciplina specifica e di segno restrittivo in tema di recupero, nella seconda sede, attraverso l'acquisizione della loro documentazione, dei contenuti degli atti formati nella prima.

Sulla base della premessa dianzi ricordata, la sentenza del 2006 ha quindi escluso che le videoregistrazioni effettuate dalla polizia giudiziaria nel corso delle indagini possano essere introdotte nel processo come «documenti»: esse costituiscono piuttosto «documentazione dell'attività investigativa», rimanendo perciò suscettibili di utilizzazione processuale solo se «riconducibili a un'altra categoria probatoria».

In particolare, ove eseguite in luoghi non fruenti di protezione costituzionale – quali i luoghi pubblici, ovvero aperti o esposti al pubblico – dette riprese visive restano utilizzabili nel processo come «prova atipica», ai sensi dell'art. 189 cod. proc. pen. Al contrario, le videoregistrazioni in luoghi riconducibili al concetto di «domicilio» di cui all'art. 14 Cost., in assenza di una normativa che le consenta, disciplinandone i casi e i modi, debbono considerarsi inibite in assoluto: con la conseguenza che è vietata la loro acquisizione e utilizzazione nel processo, in quanto prova illecita. Da ultimo – sempre secondo la citata sentenza – le videoriprese in luoghi non riconducibili al concetto di domicilio, ma meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2 Cost., per la riservatezza delle attività che vi si compiono, possono essere eseguite dalla polizia giudiziaria, ma solo con un «livello minimo di garanzie», rappresentato da un provvedimento autorizzativo motivato dell'autorità giudiziaria.

Nel frangente, è lo stesso giudice a quo a sostenere esplicitamente che, alla luce della «chiara distinzione» tracciata nel 2006 dal giudice di legittimità, la registrazione fonografica

eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con strumenti da essa forniti non costituisce più un «documento», ma la documentazione di un'attività di indagine.

Ma, se così è, cade la stessa premessa fondante della questione. Da un lato, infatti, l'affermazione ora ricordata è contraddittoria rispetto al petitum, con il quale si chiede alla Corte di sottrarre le registrazioni in parola dal novero delle prove documentali. Dall'altro lato, una volta escluso – per affermazione dello stesso rimettente – che si sia al cospetto di un documento utilizzabile a fini di prova ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., 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.

8. – Deve dunque concludersi che, in mancanza dell'asserito «diritto vivente» – la cui esistenza viene ad essere posta in dubbio, sotto il profilo dianzi evidenziato, dalla stessa ordinanza di rimessione – la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa, mira nella sostanza ad ottenere dalla Corte un avallo ad una diversa interpretazione, così evidenziando un uso improprio dell'incidente di costituzionalità. Il che implica – per costante giurisprudenza della Corte – l'inammissibilità della questione stessa (si vedano, ex plurimis, quanto ai casi di inesistenza o inesatta ricostruzione del «diritto vivente» oggetto di censura, le ordinanze n. 90 del 2009, n. 251 e n. 64 del 2006, n. 452 del 2005).

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli artt. 234, 266 e seguenti del codice di procedura penale, sollevata, in riferimento agli artt. 2, 15, 24 e 117, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale di Lecce con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 30 novembre 2009.

F.to:

Francesco AMIRANTE, Presidente

Giuseppe FRIGO, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 4 dicembre 2009.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: DI PAOLA

Le sentenze e le ordinanze della Corte costituzionale sono pubblicate nella prima serie speciale della Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (a norma degli artt. 3 della legge 11 dicembre 1984, n. 839 e 21 del decreto del

Presidente della Repubblica 28 dicembre 1985, n. 1092) e nella Raccolta Ufficiale delle sentenze e ordinanze della Corte costituzionale (a norma dell'art. 29 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, approvate dalla Corte costituzionale il 16 marzo 1956).

Il testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale fa interamente fede e prevale in caso di divergenza.