

La captazione dei colloqui difensivi tra novelle legislative e linee guida delle Procure

Opinioni

FABIO D'OFFIZI, FRANCESCO FRATINI, TOMMASO GIUSTINIANO

La recente approvazione del decreto legislativo n. 216 del 29.12.2017 attua la delega prevista dall'art. 1, co. 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e) della legge 23 giugno 2017 n. 103, offrendo alcuni importanti spunti di valutazione in considerazione dei non irrilevanti profili di criticità che la riforma evidenzia rispetto al diritto di difesa. Al contempo, però, l'emanazione della novella legislativa da parte dell'Esecutivo si innesta - in taluni casi - su prassi definite e normate da circolari o protocolli delle diverse Procure territoriali. Dunque, per una piena e compiuta valutazione dell'incidenza dell'attività di captazione degli uffici di Procura sulle garanzie difensive e, peculiarmente, sulle intercettazioni dei colloqui avvocato/assistito, si rende necessaria una duplice valutazione: per un verso, sulla riforma legislativa; per altro verso, sulle prassi introdotte o codificate dagli elaborati delle singole Procure locali.

In particolare, merita una segnalazione preliminare la modifica dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui introduce il comma 2-bis, che vieta la trascrizione anche sommaria delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti per le indagini, nonché di quelle concernenti dati personali definiti sensibili dalla legge, imponendo che nel verbale siano indicate solo la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione risulta essere intervenuta. Va sottolineato come, nello svolgimento delle operazioni, sia stato introdotto in capo alla polizia giudiziaria il dovere di informare il titolare delle indagini affinché verifichi la effettività della prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni, nonché l'obbligo di avvertirlo, con apposita annotazione *ex art. 357 c.p.p.*, nei casi di incertezza sulla possibilità di tra-

scriverle nel verbale. L'introduzione del comma 2-ter all'art. 268 c.p.p. prevede, inoltre, che il pubblico ministero disponga (con decreto motivato) la trascrizione sia delle comunicazioni e delle conversazioni di cui al comma 2-bis, qualora ritenga che i relativi contenuti siano utili ai fini di prova in ordine ai fatti oggetto dell'indagine, sia di quelle relative a dati personali da considerarsi *ex lege* sensibili, a condizione che le ritenga rilevanti e necessarie ai medesimi fini.

La novella legislativa introduce, poi, una procedura che si sviluppa in due fasi distinte: prima il titolare delle indagini provvede al deposito dell'intero compendio captativo; successivamente, la loro acquisizione è disposta dal Giudice a seguito del previo contraddittorio cartolare tra le parti, salvo nei casi di necessità allorquando potrà essere fissata un'udienza partecipata per l'acquisizione ed il contestuale stralcio delle comunicazioni ritenute irrilevanti ed inutilizzabili, destinate all'archivio riservato della Procura¹.

L'obbligo di deposito di tutti i documenti (annotazioni, verbali, registrazioni, decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione) dovrebbe consentire il tempestivo vaglio delle scelte operate dal pubblico ministero sull'esclusione di talune conversazioni² e, quindi, un pieno e pronto esercizio delle facoltà difensive. Parimenti, l'obbligo per il titolare delle indagini di individuare puntualmente le comunicazioni e le conversazioni utili nella prospettiva accusatoria (selezionando il materiale da trascrivere in forma di perizia perché ritenuto funzionale alla prova) è propedeutico all'avviso ai difensori della facoltà di esaminare quegli atti, di prendere visione dell'elenco degli esiti captativi, di ascoltare le registrazioni³, agevolando la *discovery* del contenuto delle richieste accusatorie di acquisizione. I difensori potranno pertanto individuare altre conversazioni rispetto a quelle scelte dall'accusa e/o chiedere l'eliminazione di quelle indicate dall'inquirente, così delineando il perimetro dell'oggetto delle valutazioni del Giudice. Questi, infatti, su istanza delle parti acquisirà il materiale captativo rilevante, procedendo – anche d'ufficio – allo stralcio di registrazioni e verbali inutilizzabili, documentazione da restituirsi immediatamente al Pubblico Ministero per custodirla nell'archivio riservato⁴.

Al fine di approntare una maggiore tutela al diritto alla riservatezza, si è poi stabilito che i difensori possano ascoltare le registrazioni ritenute di loro interesse, ma – pur aven-

¹ In proposito, la novella legislativa individua nel pubblico ministero il soggetto preposto a garantire la riservatezza della documentazione, onerandolo della custodia, in un apposito archivio riservato, del materiale irrilevante e inutilizzabile, con facoltà di ascolto e esame, ma non di copia, da parte dei difensori e del Giudice, fino al momento di conclusione della procedura di cui all'art. 269 co. 1 c.p.p. (allorquando viene meno il divieto di cui al comma 1 dell'art. 114 del medesimo codice relativamente agli atti acquisiti).

² Per agevolare la difesa nella valutazione del materiale registrato, vanno depositate anche le annotazioni che la polizia giudiziaria redige per informare, secondo la nuova struttura dei verbali, il titolare delle indagini in ordine ai contenuti di quelle conversazioni che potrebbero, per la loro irrilevanza, essere non trascritte.

³ Su richiesta del Pubblico Ministero, il deposito può essere ritardato per decisione del giudice solamente al sussistere riscontrate esigenze di tutela delle indagini.

⁴ In caso di provvedimento cautelare, poiché il materiale captativo rilevante è stato già individuato ed utilizzato per richiedere l'emissione dell'ordinanza, è lo stesso Pubblico Ministero ad acquisirlo al fascicolo investigativo. Tuttavia, ai sensi del comma 3 del nuovo art. 268-ter, i difensori potranno chiedere, a seguito dell'ascolto, che vengano acquisite ulteriori conversazioni (escluse dal Pubblico Ministero dal novero delle rilevanti) ovvero che siano stralciate quelle acquisite.

do il diritto di visione – senza facoltà di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate. I tempi assai ristretti riservati all’ascolto ed alla valutazione dei contenuti intercettativi e l’impossibilità di avere copia dei verbali e dei supporti digitali, e la susseguente mancanza di un pieno contraddittorio davanti al giudice, rende tuttavia assai dubbia la possibilità di un effettivo e pieno esercizio del diritto di difesa. Al medesimo fine di tutela della riservatezza, il Pubblico Ministero ed il Giudice, rispettivamente nella richiesta e nell’ordinanza cautelare, dovranno menzionare solamente i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni captate, mentre quelle inutilizzabili o irrilevanti allegate alla richiesta vanno restituite al titolare delle indagini⁵.

Infine, merita di essere menzionata l’introduzione dell’articolo 89-bis nelle disposizioni di attuazione, il quale individua le modalità di accesso all’archivio riservato ed affida la sorveglianza sul suo funzionamento al Procuratore della Repubblica, all’apparente fine di limitare la pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni o di ampi stralci. Tuttavia, ciò non soddisfa né pare sufficiente ad ottenere un *placet* dell’Avvocatura, essendo state avallate le impostazioni più retrive della Magistratura, proprio in merito agli aspetti della riforma che concernono la segretezza delle comunicazioni dei difensori.

Infatti, al di là dell’inserimento di un ulteriore periodo all’ultimo comma dell’art. 103 c.p.p. (scelta legislativa da apprezzare ma sostanzialmente ininfluenza poiché dovrebbe ribadire il dato acquisito della non trascrivibilità delle intercettazioni tra i difensori e i loro assistiti), vi è assoluta incertezza in ordine alla sorte delle captazioni successivamente al loro deposito presso l’archivio riservato, poiché sul punto nulla si prescrive. Una lacuna normativa davvero preoccupante poiché manca la previsione del soggetto obbligato ad iniziare la procedura e della tempistica secondo cui è tenuto a farlo, con ciò cagionandosi il noto rischio che tali intercettazioni rimangano nella “disponibilità” del Procuratore finché non decida di richiedere la distruzione delle stesse al Giudice competente.

La possibilità che un Procuratore della Repubblica possa tenere nel proprio archivio riservato un numero indeterminato di intercettazioni inutilizzabili (non per un vizio di forma, ma in ossequio al divieto assoluto di captazione tra un avvocato ed il suo assistito) provoca una inevitabile preoccupazione, soprattutto alla luce della sentenza n. 1 del 2013 con cui la Consulta aveva stabilito l’immediata distruzione di questa categoria di intercet-

⁵ È opportuno sottolineare che il vaglio di rilevanza del compendio captativo può svolgersi in sede di udienza preliminare, nel dibattimento ed – addirittura – in fase di appello, attesa in tal senso l’introduzione di un ulteriore comma all’art. 422 c.p.p. Secondo la novella legislativa, qualora in udienza preliminare si verificasse la necessità di acquisire una prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere e questa sia costituita da comunicazioni o conversazioni intercettate e non acquisite, il GUP provvederà alle operazioni di acquisizione (osservando nei limiti della compatibilità quanto previsto dagli articoli 268-ter e 268-quater c.p.p.) celebrando un’udienza “a porte chiuse” in cui valutare eventuali richieste integrative di prova ed istanze di revisione della decisione reiettiva del GIP. Nella medesima maniera si procede qualora la rilevanza di comunicazioni o conversazioni non precedentemente acquisite si prospetti, per la prima volta, nel corso del dibattimento. In forza dell’articolo 598 c.p.p., tale ultima disposizione è applicabile anche nel giudizio di appello, dato che in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado.

tazioni inutilizzabili⁶. Un profilo “pericolosamente” simile a quanto previsto in alcune linee guida predisposte dalle Procure territoriali, tra cui quella tiburtina, la quale nella prima stesura della circolare summenzionata prevedeva “gli atti saranno distrutti se e quando il Giudice ordinerà la distruzione delle intercettazioni”.

Quindi, proprio nei giorni in cui viene definitivamente approvato il decreto legislativo n. 216/17, ci è parso significativo dare risalto all’esperienza di interlocuzione tra l’Avvocatura tiburtina ed i rappresentanti della Procura della Repubblica di Tivoli, a seguito dell’iniziale adozione delle “*Linee guida in tema di intercettazioni di conversazioni di difensori a tutela del mandato difensivo*”.

Una esperienza territoriale che – all’esito dell’instaurazione di un vero e proprio tavolo di lavoro al quale hanno preso parte il Procuratore, i rappresentanti della locale Camera Penale e del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati – ha anticipato e contribuito a disciplinare la questione complessa della captazione dei colloqui correnti con il difensore nell’ambito del mandato difensivo. Di fronte ad un testo ampio ed articolato, che si proponeva di disciplinare la materia delle intercettazioni di conversazioni “a tutela del mandato difensivo”, la Camera Penale di Tivoli ha inteso verificare quali fossero i principi, le norme e le prassi posti a fondamento della funzione defensionale e, ancor di più, delle garanzie di difesa di ciascun indagato o imputato di reato. Ciò non per la pretesa di assicurare al difensore o, viepiù, all’avvocato in quanto tale, un’immunità personale, ma per la convinta affermazione di quella “immunità di funzione” che è condizione necessaria per l’esercizio della Difesa tecnica. Tuttavia, la circostanza che l’intervento del Procuratore fosse incentrato non già sulla complessiva materia delle intercettazioni *lato sensu*, ma sulla specifica questione della captazione dei colloqui difensivi, ha imposto una riflessione sui limiti e sulle prerogative dell’avvocato, rispetto ad attività captative. Per questo l’Avvocatura non poteva rimanere inerte di fronte ad un qualsivoglia intervento, pur latamente normativo, che andasse ad incidere su elementi fondamentali e fondanti l’esercizio del mandato difensivo. Ha prevalso la convinzione che, nell’inerzia del Legislatore, non potesse e non dovesse divenire legislatore l’Ufficio di Procura territoriale, dando agio al Pubblico Ministero di divenire arbitro (nel dettare le regole che presiedono alla captazione dei colloqui, anche difensivi) e successivamente giocatore di quella difficile partita che è il processo penale⁷.

⁶ Cfr. sent. n. 1 del 2013 «*Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non in conoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l’ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica alla ratio della tutela. L’accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto della divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l’obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte di terzi – o peggio alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro di culto, ovvero all’ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato fra l’imputato ed il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all’art. 271 comma 3 c.p.p. fosse avviata dopo l’esercizio dell’azione penale)*».

⁷ Questa vicenda ci pone dinanzi anche al diverso problema dell’influenza della magistratura sul processo decisionale della politica, atteso che già da una sommaria lettura della legge e del contenuto del decreto legislativo si percepisce lo spirito (se non interi pas-

Proprio in tal senso si è orientata la principale censura a quelle linee guida, poiché fondate su approdi interpretativi che, seppur prospettati come pacifici, non potevano essere elevati al rango di regola, costituendo piuttosto il frutto di un'interpretazione "creativa", distante – se non del tutto contrastante – con i principi di rango costituzionale afferenti la materia. In particolare, è stata criticata la tendenza (a onor del vero avallata da certa giurisprudenza di legittimità benché a sezioni semplici) di affidare il contenuto delle comunicazioni telefoniche intercettate tra l'indagato ed il suo difensore alla c.d. valutazione postuma. Tale prassi, nonostante l'apparente fine di dover decidere dell'eventuale inutilizzabilità a fini probatori delle captazioni, aggira sistematicamente il divieto *a priori* di intercettare tali conversazioni interpretando la previsione dell'art. 103 co. 7 c.p.p. alla stregua di un avallo normativo a quella valutazione postuma. Appare palmare che in tal modo si tradiscono le finalità della previsione dell'art. 103 co. 5 c.p.p., rendendo regola l'eccezione di cui all'ultimo periodo dell'anzidetto comma settimo che, invece, mira a rafforzare la previsione di inviolabilità emendando l'avvenuta violazione (che si assume essere stata accidentale e non preordinata) con la sanzione espressa dell'inutilizzabilità probatoria.

La conseguente fermezza della posizione assunta dall'Avvocatura del Foro di Tivoli sull'argomento in parola è stata quindi proporzionale alla nettezza della convinzione che l'illecita captazione delle conversazioni tra difensore ed assistito costituisca una grave violazione di garanzie costituzionalmente preordinate. Diversamente ritenendo, si è convinti che la parità tra Accusa e Difesa nel processo ne risulterà compromessa, poiché l'autorità inquirente potrebbe venire a conoscenza di elementi a fondamento di scelte e strategie difensive, traendone un indebito vantaggio o, viepiù, ricavandone elementi indizianti a carico dell'indagato. Pertanto, nel valutare la captazione di conversazioni tra assistito e difensore, è ineludibile valutare l'affermata garanzia costituzionale dell'inviolabilità del diritto di difesa e della parità fra le parti processuali, nonostante il tema comune – sotteso all'orientamento di legittimità sopra citato – che non intercettare *a priori* le conversazioni tra l'avvocato ed il suo assistito rappresenterebbe un inammissibile privilegio di categoria. Seppur utilizzato per giustificare la necessità di un contemperamento delle garanzie di-

saggi) di quelle linee guida che le Procure della Repubblica hanno predisposto negli ultimi anni. A conforto, si consideri l'inquietante assenza di ogni rimando all'art. 24 Cost. che proprio il diritto di difesa e le garanzie del difensore tende a tutelare, nonostante venga citato l'art. 15 Cost., il decreto legislativo sulla Privacy, (addirittura) la giurisprudenza sovranazionale a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione, mentre nulla si accenna su diritti e prerogative defensionali. Ci si trova, così, dinanzi ad un curioso fenomeno: mentre l'UCPI portava avanti la proposta di riforma sulla separazione delle carriere tra magistratura requirente e magistratura giudicante, era all'opera la commistione tra politica e magistratura, una *governance* che la dottrina aveva paventato come un rischio degenerativo del moderno stato di diritto (in tal senso, C. SCHMITT, *Il Custode della Costituzione*, Milano, 1981, 41 «è facile concepire come ideale dello Stato di diritto il disbrigo in forma giurisdizionale di tutti i problemi politici e vedere quindi come, con l'espansione della giurisdizione in materia forse non giurisdizionale, la giurisdizione può essere soltanto danneggiata. Giacché la conseguenza sarebbe, come ho dimostrato spesso, tanto per il diritto costituzionale quanto per il diritto internazionale, non una qualche giuridificazione della politica ma una politicizzazione della giurisdizione»). Benché nelle materie più tecniche e complesse la politica condivisibilmente può esser assistita da tecnici che ne possano orientare le scelte, in questo caso si è assistito, però, a qualcosa di diverso, ossia la prefigurazione del contenuto di un testo di legge ad opera di circolari di Procuratori della Repubblica. Colmando un vuoto di potere, si è giunti alla supplenza della magistratura rispetto al legislatore, non nel senso tante volte criticato di interpretazioni "creative" del diritto, ma di introduzione di una paralegislazione.

fensive, tale ultimo argomento è, a ben vedere, debole intrinsecamente, poiché non considera minimamente il dirompente effetto distruttivo che causerebbe (proprio) sul sistema complessivo delle garanzie difensive: forzare la lettera del codice al di là del suo precetto più immediato, cagionerà l'adozione di prassi orientate alla costante compressione e compromissione delle garanzie costituzionali. Un timore acuito dalla generale (e malcelata) acquiescenza rispetto a “innovativi” approdi giurisprudenziali che intaccano progressivamente, ma inesorabilmente le garanzie costituzionali, sacrificandole sull'altare di un presunto efficientismo che, attesa la condizione attuale del “sistema giustizia”, sarebbe da perseguire attraverso ben altri canali.

Pertanto, non avendo inteso abdicare alla dialettica sulle garanzie difensive avallando “principi” di cui non si rinveniva un fondamento sistematico, è stata proposta una lettura dell'art. 103 co. 5 c.p.p. ragionata e costituzionalmente orientata. Solo in tal modo, a parere degli scriventi, si può compensare l'amara consapevolezza che nell'odierna esperienza processuale e procedimentale, fin troppo frequentemente, si tradisce il principio di diritto posto a fondamento del noto divieto *ex art. 103 co. 5 c.p.p.* Per questo l'Avvocatura del Foro tiburtino ne ha inteso sollecitare un'interpretazione che, senza dar luogo ad un privilegio in favore della classe forense, evitasse una eccessiva ed odiosa compressione delle facoltà e dei diritti difensivi, nonché il sacrificio del diritto alla riservatezza delle conversazioni difensore/indagato (magari utilizzando il contenuto della conversazione illegittimamente captata come spunto investigativo o elemento a sostegno di ulteriori indagini nei confronti dell'indagato o di terzi ai quali lo stesso si riferisca). I principi proposti paiono maggiormente ossequiosi dell'arresto costituzionale n. 1 del 2013, *ab initio* sposato e sostenuto dall'Avvocatura del Foro, che lo ha assunto a “documento programmatico” nei vari incontri istituzionali e negli elaborati prodotti a riscontro dei propri convincimenti, soprattutto con riguardo alla natura funzionale di certe immunità sostanziali. D'altronde, pur trattando delle intercettazioni relative al Presidente della Repubblica di cui si chiedeva (ed è stata disposta⁸) la distruzione *ex art. 271 c.p.p.* in quanto eseguite “*fuori dei casi consentiti dalla legge*”, tale approdo ha l'innegabile merito di aver messo in risalto la peculiarità del concetto di funzione svolta e la conseguente necessità di riservatezza “assoluta” di cui gode un soggetto nell'esercizio delle proprie funzioni.

Proprio in tal senso, si è sottolineato come al primo periodo del quinto comma dell'art. 103 c.p.p. risulti vietata *tout court* l'intercettazione delle conversazioni e comunicazioni dei difensori, mentre solo al secondo periodo è vietata la captazione tra questi ed i loro assistiti. Di talché, appare manifesta la *ratio* di questa specifica ed eccezionale tutela: intendere il divieto di intercettazione alla stregua di una vera e propria immunità⁹, funzionale

⁸ Sussiste “l'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni casualmente effettuate di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica”.

⁹ Una classificazione delle immunità è quella che distingue tra immunità di carattere processuale ed immunità sostanziali. Le prime sono forme di tutela che «s subordinano ad autorizzazione o l'inizio del procedimento o lo svolgimento di taluni atti di esso o l'adozione

all'espletamento dell'esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione. Così inteso, quindi, il divieto in parola costituisce una forma di tutela in ordine alla quale la Consulta ha chiarito che *“il legislatore ordinario ben può operare in tal senso al di là delle ipotesi espressamente previste dalle fonti sopraordinate, purché le scriminanti così stabilite siano il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”* (Sent. n. 148/1983). È perciò ineludibile il dovere di conformarsi a questo *acquis* costituzionale, essendo stata chiaramente (e ripetutamente) precisata, puntualizzata ed illustrata la natura funzionale delle immunità e la conseguente necessità di intenderle finalizzate alla tutela non della persona fisica, quanto della funzione da essa ricoperta¹⁰.

Per tali ragioni, in sede di confronto istituzionale, si è premessa quella che, almeno nell'ambito forense, è una ovvietà: in ossequio a quella immunità funzionale, qualora l'ascolto della telefonata o della comunicazione tra presenti sia contemporaneo alla intercettazione, l'operatore nel momento in cui si rende conto che l'indagato sta conversando con il proprio legale deve interrompere registrazione ed ascolto senza annotazione alcuna del contenuto nel brogliaccio. Parimenti in caso di remotizzazione, ipotesi in riferimento alla quale è stata chiarita la doverosa necessità di cessare l'ascolto e distruggere la telefonata e, ancor prima, ove consentito dai mezzi tecnici a disposizione, andrebbe verificata la possibilità di poter disporre un vero e proprio blocco tecnico della registrazione se l'indagato contatta le utenze riconducibili al proprio legale¹¹.

Gli insegnamenti offerti dalla celebre sentenza n. 1 del 2013 (purtroppo mai menzionata nelle linee guida tiburtine del Marzo 2017) hanno costituito la bussola forense nel *mare magnum* di una delicatissima e pruriginosa tematica che – inevitabilmente – impone

di misure restrittive o la stessa esecuzione delle sentenze», mentre le immunità sostanziali «impediscono l'ascrizione di responsabilità a determinati soggetti per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni» (cfr. F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2001, 66). Le immunità processuali sono di solito di carattere temporaneo, essendo legate alla titolarità della carica ricoperta, mentre le seconde non vengono meno con la perdita della carica in quanto incidono sulla qualificazione giuridica del fatto (cfr. A. PAGLIARO, *Immunità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, 218; D. BRUNELLI, *Immunità*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Roma, 1989, 2 il quale sottolinea inoltre che le immunità sostanziali non tollerano «successive rimozioni eventualmente fondate su valutazioni di opportunità politica e istituzionale»).

¹⁰ Si noti che la Corte costituzionale ha accolto questa nozione delle prerogative nella sentenza n. 262 del 2009, (sul c.d. Lodo Alfano) ed in particolare al par. 7.3.1 del “Considerato in diritto”, ove si afferma che «*le prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel genus degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connessi*» e che «*presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune*».

¹¹ Nella dialettica istituzionale intrapresa francamente con i vertici della Procura tiburtina in merito alla prima stesura delle predette linee guida, si è quindi sottolineato come – pur nella disponibilità ad avanzare puntuali ed articolate proposte di integrazione del primo elaborato – non possono, né potranno condividersi affermazioni quali “*non è possibile prevedere, a tutela del mandato difensivo, un potere autonomo di interruzione dell'attività di intercettazione in capo alla polizia giudiziaria, in considerazione dell'assenza di norme in tal senso e dell'evidente necessità del controllo “successivo” che ricade sotto la responsabilità del Pubblico Ministero*”, poiché la ritenuta necessità di una c.d. “verifica postuma” del Pubblico Ministero cela una natura surrettizia di tale procedura rispetto agli espressi divieti *ex lege*; mentre la presunta assenza di norme che possano o debbano indurre l'Autorità procedente ad interrompere immediatamente l'attività di captazione è stata risolta dalla (già citata) sentenza n. 1 del 2013. In particolare, è stato stabilito il divieto di captazione *ex ante* del Capo dello Stato (che diviene inutilizzabilità *ex post* solo in caso di intercettazioni casuali) nonostante l'assenza di una specifica norma in tal senso.

la valutazione ed il bilanciamento di molteplici diritti ed interessi fra loro concorrenti, se non addirittura contrapposti. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale pregevole approdo è una pietra miliare che doveva, deve e dovrà orientare ogni interprete nelle proprie concrete valutazioni, nella consapevole convinzione che *“se l’intercettazione è stata casuale, cioè non prevedibile né evitabile, il problema non è quello di affermare il suo divieto preventivo, che, in via generale, esiste, ma non è applicabile nella fattispecie – anche per le modalità tecniche della relativa esecuzione – proprio per la casualità e l’imprevedibilità della captazione (considerazione che priva, tra l’altro, della sua necessaria premessa logica la richiesta del ricorrente di dichiarare che non spettava agli inquirenti non interrompere la registrazione delle conversazioni). La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all’intercettazione, in cui rileva la direzione impressa all’atto di indagine dall’autorità procedente, a quella posteriore, giacché si impone alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l’obbligo di non aggravare il vulnus alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni. Si tratta di conclusioni perfettamente compatibili con la logica dei divieti probatori nel processo penale, cui si connette la sanzione dell’inutilizzabilità della prova (art. 191 cod. proc. pen.). Tale sanzione processuale opera a garanzia dell’interesse presidiato dal divieto, a prescindere dalla responsabilità dell’inquirente per la violazione di regole procedurali nell’attività di acquisizione. Il carattere casuale di una captazione non consentita (si pensi all’episodico contatto, da parte di una persona legittimamente sottoposta ad intercettazione, con un soggetto tenuto al segreto professionale) non incide sulla necessità di tutela della riservatezza del relativo colloquio”*.

Ne è, allora, indefettibile corollario la convinzione per cui, solo in presenza di un’intercettazione non prevedibile né evitabile di una conversazione episodica, la tutela *ex ante* delle conversazioni del difensore può cedere il passo alla inutilizzabilità *ex post*, atteso che la c.d. verifica postuma travalica i confini normativamente e costituzionalmente posti, vanificando le prescrizioni dettate a garanzia della libertà dell’esercizio delle funzioni difensive ed affievolendo il principio di inviolabilità delle conversazioni tra il difensore e l’indagato rendendolo inoperante.

Da ultimo, l’ulteriore profilo problematico evidenziato dall’Avvocatura del Foro, in sede di confronto sulle “prime linee guida” tiburtine, è stata la mancata regolamentazione delle (già avvenute) trascrizioni delle intercettazioni di comunicazioni difensore/assistito. In realtà, a parere di chi scrive, l’unico spazio operativo effettivamente offerto dal codice di rito era (proprio) la normativizzazione della tempistica per celebrare la c.d. udienza stralcio, un’esperienza giurisdizionale che – per quanto consta agli scriventi – molti penalisti italiani non hanno mai avuto il piacere di vivere. Proprio per tale ragione, è stata sottolineata l’assoluta opportunità di individuare almeno dei momenti processuali (*rectius*: pro-

cedimentali) certi e puntuali, indispensabili a scandire l'attivazione e lo svolgimento della procedura di distruzione delle intercettazioni ritenute inutilizzabili per ragioni sostanziali¹².

Nella convinzione di dover proporre una procedura che tutelasse appieno la funzione difensiva, è stata perciò evidenziata la necessità che l'intercettazione, oltre a non confluire negli atti del procedimento, nei casi di trascrizione e valutazione postuma andasse distrutta evitando fenomeni di accumulo di dati¹³ attraverso l'attivazione, entro tempi certi, dell'auspicata procedura *ex art. 271 co. 3 c.p.p.* (ad esempio collegandola alla richiesta emissione misura cautelare, all'avviso conclusione indagini preliminari, alla richiesta di giudizio immediato). A parere degli scriventi, solamente di tal guisa, sul Pubblico Ministero graverà l'obbligo di attivarsi immediatamente per richiedere un'udienza finalizzata alla distruzione della documentazione (preferibilmente nel contraddittorio fra le parti, atteso che la norma anzidetta né prevede né esclude tale possibilità) ed il Giudice sarà tenuto – dal canto suo – a disporla tempestivamente, sovrintendendo alla successiva attività materiale di eliminazione. Del resto, è pacifico che *«a proposito delle regole da seguire ai fini della distruzione del materiale inutilizzabile, il trattamento delle due categorie di intercettazioni deve essere diverso. Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente*

¹² A tal fine, soccorre la distinzione offerta (ancora una volta) dalla sentenza n. 1 del 2013: l'inutilizzabilità "può derivare, per un verso, dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate: tali, in particolare, le prescrizioni degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, specificamente richiamate dal comma 1 dell'art. 271 cod. proc. pen., in materia di presupposti e modalità di esecuzione delle operazioni. Ma l'inutilizzabilità può connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro). È questo il caso, specificamente previsto dal successivo comma 2, delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. (ministri di confessioni religiose, avvocati, investigatori privati, medici ed altro), allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione".

¹³ Proprio di recente della materia si sono occupate le istituzioni europee, tanto che nell'ambito del regolamento (Ue) 2016/679 e della direttiva (Ue) 2016/680 del parlamento europeo e del consiglio del 27 aprile 2016, relativi alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/ce (regolamento generale sulla protezione dei dati), si legge: [4] ... Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. ... (cfr. regolamento citato) [26]... Il principio di trattamento corretto proprio della protezione dei dati è una nozione distinta dal diritto a un giudice imparziale sancito nell'articolo 47 della Carta e nell'articolo 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). ... I dati personali dovrebbero essere adeguati e pertinenti alle finalità del trattamento. Dovrebbe, in particolare, essere garantito che la raccolta dei dati personali non sia eccessiva e che i dati siano conservati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati. I dati personali dovrebbero essere trattati solo se la finalità del trattamento non è ragionevolmente conseguibile con altri mezzi. Onde garantire che i dati non siano conservati più a lungo del necessario, il titolare del trattamento dovrebbe stabilire un termine per la cancellazione o per la verifica periodica. Gli Stati membri dovrebbero stabilire garanzie adeguate per i dati personali conservati per periodi più lunghi per finalità di archiviazione nel pubblico interesse o per finalità scientifiche, storiche o statistiche. [34] Il trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, dovrebbe riguardare qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute nei confronti di dati personali o insiemi di dati personali per tali finalità, con l'ausilio di strumenti automatizzati o in altro modo, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione del trattamento, la cancellazione o la distruzione. ... (cfr. direttiva citata).

captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione "assoluta" del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica alla ratio della tutela. L'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto della divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte di terzi – o peggio alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro di culto, ovvero all'ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato fra l'imputato ed il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all'art. 271 comma 3 c.p.p. fosse avviata dopo l'esercizio dell'azione penale)»¹⁴.

A fronte delle presenti convinzioni, ampiamente esposte anche negli incontri istituzionali svolti, apprezzabilmente la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, in data 4.7.2017, ha emanato "Linee guida in tema di procedimento da seguire per la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, in particolare con riferimento alle conversazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo". L'elaborato, per stessa volontà dell'estensore, è da intendersi in continuità con il precedente il quale – come esposto – non disciplinava compiutamente il procedimento per la distruzione dei risultati delle intercettazioni inutilizzabili e della relativa documentazione.

La Procura tiburtina ha quindi ritenuto meritevole di maggior attenzione la scelta del procedimento da seguire per la distruzione della documentazione delle intercettazioni ritenute inutilizzabili, all'uopo passando in rassegna i procedimenti previsti dagli artt. 268 e 271 c.p.p. e quelli disciplinati dalle altre disposizioni di settore. Alla luce delle differenti possibilità offerte, vagliate le caratteristiche tipiche delle anzidette procedure, è stata adottata una soluzione che – per lo meno apparentemente – assume a proprio punto di riferimento il bilanciamento di interessi contrapposti costituzionalmente garantiti.

Segnatamente, sulla base del combinato disposto delle due circolari in commento, qualora vi fossero intercettazioni ritenute (e dichiarate dal PM) inutilizzabili, il pubblico ministero assegnatario seguirà il procedimento di distruzione con le seguenti modalità:

a) avvierà il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., con richiesta formulata al GIP contestualmente all'avviso ex art. 415 bis c.p.p. All'esito dell'eventuale consolidarsi di univoche interpretazioni da parte del Giudice sull'applicabilità del procedimento non partecipato la richiesta sarà avanzata appena possibile. Nella richiesta al GIP saranno elencate le intercettazioni interessate con i dati essenziali per consentirne l'individuazione, senza sintesi alcuna del contenuto (dati del provvedimento autorizzativo, data e ora e utenza intercettata o estremi identificativi di comunicazioni informatiche o telematiche oggetto del deposito).

Alla richiesta saranno allegati i documenti eventualmente stralciati ai sensi delle linee guida del 156 marzo 2017 (richiedendo al Procuratore della Repubblica il plico sigillato che li contiene) e si preciserà che le registrazioni sono custodite senza possibilità di ascolto. La richiesta e i documenti saranno consegnati alla segreteria del GIP evidenziando che trattasi di atti riservati e da custodire in modo adeguato (in attesa delle indicazioni che riterrà di impartire il Giudice). Nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. si preciserà che è stata richiesto al GIP l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 271 c.p.p. con riferimento a intercettazioni inutilizzabili (senza ulteriori indicazioni). Eventuali istanze dei difensori in ordine alle intercettazioni in esame saranno trasmesse immediatamente, con il parere, al GIP;

b) nel caso di richiesta di giudizio immediato, il PM avvierà contestualmente il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., con richiesta formulata al GIP. All'esito del consolidarsi di univoche interpretazioni da parte del Giudice sull'applicabilità del procedimento non partecipato la richiesta potrà essere avanzata anche prima. Si procederà come indicato alla lett. a) in ordine al contenuto della richiesta avanzata al GIP, specificando che con separato provvedimento è stata avanzata istanza per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 271 c.p.p. con riferimento a intercettazioni inutilizzabili (senza ulteriori indicazioni). La conoscenza dell'avvio del procedimento sarà nota con la notifica del decreto che dispone il giudizio (e della relativa richiesta) ai difensori. Eventuali istanze dei difensori in ordine alle intercettazioni in esame saranno trasmesse immediatamente, con il parere, al GIP. È evidente che il GIP, ricevuta la richiesta, potrà in ogni momento adottare i provvedimenti che riterrà utili o necessari.

In ogni caso sarà richiesto al Procuratore della Repubblica il visto sui provvedimenti adottati¹⁵.

Questa scelta procedurale della Procura tiburtina di rimettersi all'imparzialità del Giudicante si muove nell'alveo costituzionale del Giusto Processo e della parità fra le parti, poiché è demandato al Giudice terzo il potere/dovere di adottare i provvedimenti ritenuti opportuni a tutela dei diritti dei soggetti interessati.

¹⁵ Così pp. 12 e 13 Linee Guida 4.7.2017.