

GIORGIA PADUA

Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico (indirizzo penalistico) – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”

La captazione dei colloqui difensivi: novità legislative e ruolo della polizia giudiziaria

Interception of lawyer-client dialogues: legislative changes and role of the judicial police

Al fine di garantire una piena ed efficace tutela all'esercizio libero e sereno dell'attività difensiva, l'ordinamento non consente l'intercettazione dei dialoghi tra l'indagato e il suo difensore: infatti, di fronte ad una simile esigenza di riservatezza, l'interesse all'accertamento della responsabilità diviene secondario. Tuttavia, i confini del divieto non appaiono sempre così netti, soprattutto alla luce dei consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Le principali perplessità sorgono con riguardo alle modalità operative delle intercettazioni, relative alla fase di ascolto e trascrizione dei colloqui. Occorre, pertanto, interrogarsi sui poteri e sulla discrezionalità della polizia giudiziaria, per evitare che dati conoscitivi riservati facciano il loro ingresso nel materiale probatorio.

In order to guarantee full and effective protection to the right of defence, it is forbidden to intercept the conversations between the suspected person and his lawyer: indeed, the interest of determining the liability takes second place to the need of confidentiality. Nonetheless, the boundaries of the prohibition are not always so clear, especially in the light of settled Supreme Court decisions.

The main concerns are related to the operating procedures of the interceptions, with regard to the phases of listening and transcription of communications. Hence, it is necessary to raise questions about the powers and the discretion of the judicial police, in order to prevent privileged dialogues from entering the evidentiary material.

L'OGGETTO DELLA TUTELA

Primario ed imprescindibile nucleo di articolazione della strategia difensiva, lo scambio di informazioni fra la persona sottoposta alle indagini e il suo difensore gode di copertura costituzionale in quanto estrinsecazione essenziale dell'inviolabile diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost. Da tale ragione scaturisce la peculiare connotazione che il quadro normativo processualpenalistico riconosce ai suddetti dialoghi: non solo meritevoli di protezione di fronte ad un'eccessiva e sproporzionata ingerenza della pubblica autorità, bensì del tutto inaccessibili per l'organo di accusa, indipendentemente dalle esigenze di ricerca probatoria che dovessero emergere. Infatti, benché la captazione delle conversazioni fra avvocato e indagato si collochi nel solco di quelle situazioni in cui l'attività investigativa si trova in potenziale conflitto con il dispiegarsi di quella difensiva, in questo specifico caso non è sufficiente una soluzione di compromesso fra gli interessi contrapposti ispirata al principio di proporzionalità e ad un livellamento di garanzie tra accertamento penale e protezione dei diritti individuali. Piuttosto, al fine di assicurare la piena effettività della tutela costituzionale, diventa indispensabile una scelta binaria che renda subalterna l'esigenza di intrusione investigativa. Di qui, il divieto posto dall'ordinamento di procedere all'intercettazione dei colloqui difensivi, di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p.

La *ratio* della disciplina si innesta su un presupposto assiologico di fondo per il quale l'interesse alla ricerca e alla formazione della prova, motore immobile di tutta la fase investigativa, subisce una battuta di arresto di fronte alla salvaguardia della segretezza di queste conversazioni. Naturalmente, il limite assoluto alla captazione dei colloqui non scaturisce dalla volontà di porre uno sbarramento alla compressione della libertà e della segretezza delle conversazioni così come tutelate dall'art. 15 Cost., giacché nei limiti e secondo i presupposti di cui agli art. 266 ss. c.p.p. l'attività intercettativa è legittima. Ne

conseguenze che, nell'intenzione del legislatore, a dover essere preservate sono quelle conversazioni la cui riservatezza è funzionale al libero e sereno svolgimento dell'attività difensiva. Solo in rapporto a quest'ultima, allora, l'art. 103, comma 5, c.p.p. intende tutelare la segretezza delle comunicazioni, identificando il proprio oggetto di tutela con l'esercizio libero del diritto di difesa quale libertà costituzionale.

Per comprendere, però, le ragioni per le quali la norma in esame rinviene il proprio presidio costituzionale nell'art. 24 Cost. occorre muovere, preliminarmente, da una riflessione di ordine sistematico sulla collocazione del diritto di difesa nell'impalcatura processuale. L'angolo visuale privilegiato, a tal fine, è quello che valorizza la difesa quale "funzione processuale", dialetticamente contrapposta all'accusa, che, al pari di essa, deve essere fortemente tutelata. Quest'ottica ricostruttiva postula una «struttura triadica fondata sul rapporto dialettico delle parti davanti ad un giudice imparziale»¹ che consente di inquadrare e definire la difesa per i rapporti che essa instaura con le altre funzioni del processo, prima che per i poteri che esercita. Da questo approccio definitorio si ricava che la forza della difesa dipende dal suo posto nel sistema delle funzioni e dai suoi legami con l'accusatore e con il giudice.

Fatta questa premessa, tuttavia, occorre spostare l'attenzione sulle modalità e gli strumenti che integrano il contenuto della funzione difensiva così come appena descritta. L'allusione è a quelle prerogative e garanzie predisposte dal legislatore, che – se irrilevanti in punto di espressione della sua "forza"² – si attestano come necessarie per lo sviluppo concreto ed effettivo nella dinamica processuale. D'altra parte, ciò si comprende più compiutamente avendo riguardo al contesto spiccatamente accusatorio del processo penale, che non relega il difensore a mero spettatore, bensì gli assegna compiti e responsabilità, condensabili nel diritto-dovere di ricerca e formazione della prova. Questa attribuzione non determina solo il risvolto dell'intervento normativo sulle investigazioni difensive, ma rappresenta, altresì, uno degli approdi della legge costituzionale sul giusto processo che, anche attraverso l'esaltazione delle garanzie di libertà del difensore, persegue gli obiettivi del contraddittorio e della parità delle parti³. In un simile quadro procedimentale, per la difesa è necessario, allora, ritagliare una zona franca in cui rivendicare il proprio spazio di estrinsecazione: l'esercizio di tale libertà costituzionale sarebbe, infatti, lesa in uno dei suoi punti chiave se si consentisse l'apprensione di informazioni riservate nel momento del loro trasferimento⁴.

Si comprende, a questo punto, come l'inquadramento costituzionale fondato sull'art. 24 Cost. rappresenti il dato valoriale che anima la disciplina sulle intercettazioni dei colloqui con l'avvocato: l'art. 103, comma 5, c.p.p. appare, infatti, strumentale ad attribuire «contenuti concreti e specifici»⁵ all'esercizio dell'attività difensiva, concorrendo alla sua realizzazione quale funzione processuale.

In linea con la garanzia costituzionale, si pongono anche le fonti sovranazionali. Infatti, il «diritto ad un processo equo» di cui all'art. 6 della CEDU, declinato dalla Corte di Strasburgo anche sotto il profilo della riservatezza, è stato ritenuto il parametro di riferimento per offrire copertura al diritto alla riservatezza dei colloqui tra indagato e difensore⁶. Inoltre, in maniera ancora più diretta, l'ordinamento comunitario impone agli Stati membri il rispetto della «riservatezza delle comunicazioni fra indagati o imputati ed il loro difensore nell'esercizio del loro diritto di avvalersi di un difensore»⁷.

A completamento di questa preliminare ricognizione interpretativa dell'oggetto della tutela relativo alla disciplina, sembra opportuna un'ultima residuale sottolineatura quanto alle specifiche caratteristiche del mezzo di ricerca della prova. Difatti, le intercettazioni già di per sé sono caratterizzate da un al-

¹In questi termini, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. pen.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 466 ss., che definisce la difesa come la «funzione dialetticamente contrapposta all'accusa che l'imputato (autodifesa) e il suo difensore (difesa tecnica) esercitano di fronte ad un giudice imparziale».

²Così, P. Ferrua, *Difesa (diritto di)*, cit., p. 466: l'Autore evidenzia che la forza della difesa, più che da singole garanzie, dipende dal suo posto nel sistema delle funzioni.

³Sul punto, G. Biscardi, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, in *Giust. pen.*, 2002, 3, pt. III, p. 129 ss., che incoraggia ad abbracciare l'interpretazione dell'art. 103, comma 5, c.p.p. più in linea con la prospettiva delineata e che valorizzi, in definitiva, la tutela del diritto di difesa.

⁴A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 246.

⁵Così, F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in G. Garuti-A. Marandola (a cura di), *Oneri e limiti del diritto di difesa. Gli speciali di Dir. pen. proc.*, 2012, p. 20.

⁶In tal senso, Corte e.d.u., 27 novembre 2007, Zagaria c. Italia, che definisce il diritto dell'accusato di comunicare confidenzialmente con il proprio avvocato una esigenza elementare dell'equo processo.

⁷Così si legge nell'art. 4 della Direttiva UE n. 48 del 2013, del Parlamento europeo e del Consiglio, adottata il 22 ottobre 2013.

to grado di invasività, in quanto preordinate all'acquisizione di un dato conoscitivo nella disponibilità dell'indagato eludendo le forme prescritte per l'apprensione di talune dichiarazioni e, di conseguenza, svuotando di contenuto il privilegio del diritto al silenzio⁸. Con riferimento ai colloqui difensivi, però, l'intrusione incide su un profilo della segretezza che appare funzionale – come detto – al libero esercizio dell'attività difensiva. In questa accezione, allora, il divieto di intercettare appare preordinato a tutelare più che la segretezza delle comunicazioni, la libertà, anch'essa di rilievo costituzionale, di far circolare flussi di informazioni al riparo da intrusioni da parte di coloro che, per legge, devono rimanere estranei ad un circuito comunicativo privilegiato⁹.

Alla luce di questa ricostruzione, per tutelare il diritto in esame di fronte all'attività intercettativa, non è sufficiente la doppia riserva costituzionale di legge e di giurisdizione di cui all'art. 15 Cost., ma si impone la necessità di collocare il punto di equilibrio di questa dicotomia a ridosso della posizione dell'indagato. Il conflitto di cui si è detto è, allora, risolto espressamente in favore di determinate posizioni soggettive del procedimento e si sostanzia in un divieto assoluto di intercettare. Una diversa scelta normativa, infatti, non sarebbe stata in grado di mantenere la centratura del sistema dei rapporti fra accusa e difesa, con la conseguenza che una rottura in un momento così delicato come quello investigativo avrebbe comportato serie ricadute anche sulle altre fasi processuali, compromettendo il principio di parità delle parti.

LA DISCIPLINA E LE RICADUTE INTERPRETATIVE

In linea con quanto appena affermato in termini di oggetto della tutela, la disciplina codicistica che postula il divieto di intercettazioni, contenuta – come detto – nell'art. 103 c.p.p., rappresenta un esempio di perimetrazione dei casi nei quali è consentito l'uso dello strumento intercettativo. Come tale, impone il rispetto di un rigido rigore formale, cui fa seguito l'aspetto sanzionatorio¹⁰. Sotto il primo profilo, il disposto del comma 5 dell'art. 103 c.p.p. prevede espressamente che le comunicazioni fra i difensori e i propri assistiti non possono costituire oggetto di captazione; per quanto concerne il secondo, il comma 7 specifica che i risultati delle intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni precedenti non possono essere utilizzate.

Partendo dall'analisi del divieto legislativo, occorre preliminarmente inquadrare l'ambito soggettivo nel quale esso opera. La norma, infatti, non consente l'intercettazione «relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite»¹¹. Innanzitutto, una simile formulazione non deve lasciar supporre che la tutela sia rivolta a proteggere l'esercizio della professione forense: l'intenzione del legislatore è quella non di riconoscere un particolare privilegio a determinate categorie professionali¹², ma di impedire – innanzitutto – di investigare sull'indagato attraverso

⁸Sul tema, F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 27 ss., sottolinea come lo strumento intercettativo impedisce di rendere dichiarazioni "consapevoli", «che possono derivare solo dalla corretta effettuazione degli "avvertimenti" di legge». Più in generale si veda anche L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 3 ss.

⁹In tal senso, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 275. Si veda anche M. Siragusa, *L'avvocato e l'interesse dell'assistito nelle situazioni di conflitto*, in *ilPenalista.it*, 9 marzo 2016, p. 1, che individua quale presupposto dell'inviolabilità del diritto di difesa l'indipendenza, in quanto «l'avvocato difende la libertà (dell'assistito) con la libertà (di difendere)».

¹⁰Sull'importanza del rispetto delle forme per i presupposti ammissioni dell'attività di captazione e la necessità di un apparato sanzionatorio robusto, che vada al di là dei limiti previsti dall'art. 271 c.p.p., F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., che – a sua volta – rimanda a C.-L. Montesquieu, *De l'esprit de lois*, XXIX, I, Parigi, Gallimard, 1995, p. 865.

¹¹Per un commento alla norma, si vedano L. Dipaola, sub *art. 103 c.p.p.*, in G. Lattanzi-E. Lupo, *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 1502 ss.; C. Garavani, sub *art. 103 c.p.p.*, in G. Conso-V. Grevi, *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, Cedam, p. 322 ss.; R. Puglisi, sub *art. 103 c.p.p.*, in A. Giarda-G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2017, p. 1024 ss.; V. Torreggiani, sub *art. 103 c.p.p.*, in G. Canzio-R. Bricchetti, *Codice di procedura penale*, I, Milano, Giuffrè, 2017, p. 673 ss.; A. Trinci, sub *art. 103 c.p.p.*, in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 386 ss.

¹²Così, L. Filippi, *Intercettazioni telefoniche (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 575, che sottolinea come l'intenzione di salvaguardare la difesa in luogo di una determinata categoria professionale emerga già dalla *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250.

il controllo a carico del difensore¹³ e, quindi, di riconoscere – in senso più ampio – che esiste un ambito nel quale l'attività difensiva deve poter essere libera di autodeterminarsi¹⁴. Ciò significa che non solo si vieta la captazione di conversazioni tra il difensore e il suo assistito, ma anche di quelle che intercorrono fra tutti i soggetti appartenenti al nucleo difensivo¹⁵. Solo in questa chiave, infatti, può essere letta la tutela apprestata dalla norma, che opera in via anticipatoria sulla sfera di garanzie delle libertà del difensore, statuendo, con un'espressione che non dà adito ad equivoci, che l'intercettazione «non è consentita».

Proprio il riferimento costante al dato valoriale, legato alla necessità di tutelare in concreto la libertà di esercitare il diritto di difesa, consente di comprendere in che misura delimitare l'ambito di operatività *ratione personae* del divieto in esame. Sul punto, si rinvergono pronunce giurisprudenziali più risalenti che hanno sostenuto come il richiamo letterale della norma al «difensore» imponesse di limitarne l'applicazione ai soli avvocati che assumono l'ufficio di difensore nel procedimento nel quale vengono disposte le attività di indagine¹⁶, sulla scorta della collocazione della disciplina nella parte del codice dedicata al difensore, quale soggetto che interviene nel «rapporto processuale». Tuttavia, non sono mancati orientamenti di senso contrario¹⁷, fino alla decisione delle Sezioni Unite¹⁸ che ha definitivamente escluso, in via interpretativa, la limitazione al solo rapporto instaurato nel procedimento in cui si esplica l'incarico¹⁹. La spinta garantistica prevalsa in questo contrasto esegetico ha avuto un seguito in quel filone giurisprudenziale che ha allargato l'operatività del divieto anche a quei rapporti difensivi in cui non sia stato conferito un mandato formale *ex art. 96 c.p.p.*, ritenendo di poter desumere l'esistenza di un mandato fiduciario anche dalla natura stessa dell'incarico²⁰.

D'altra parte, accogliendo come punto focale della disciplina l'attività difensiva, viene da sé che deve essere accordata importanza preminente alla natura del colloquio: ragionando *a contrario* da quanto detto sinora, si desume che non tutte le conversazioni intercorrenti fra i soggetti individuati sono indiscriminatamente oggetto di protezione, bensì solo quelle che attengono alla funzione difensiva, come attestato dagli orientamenti consolidati nella giurisprudenza di legittimità²¹. In tal modo, è possibile circoscrivere l'ambito oggettivo di operatività dell'art. 103, comma 5, c.p.p., avendo riguardo al solo scambio di informazioni a fini difensivi ed escludendo l'estensione del divieto ad ogni altra comunicazione non inerente²². Ciò comporta, allora, che non tutte le conversazioni che si svolgono con un avvocato sono protette dalla norma, dovendosi compiere una valutazione sul contenuto delle stesse per accertare la sussistenza di un nesso con la funzione esercitata²³. Ulteriore corollario è, infine, l'impossibilità di invocare il divieto nei casi in cui la conversazione costituisca essa stessa reato²⁴.

¹³ Così, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 132. Nello stesso senso anche F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, cit., p. 25 e R. Puglisi, sub art. 103 c.p.p., cit., p. 1031.

¹⁴ A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 283.

¹⁵ F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, cit., p. 25.

¹⁶ Cass., sez. VI, 22 gennaio 1991, n. 195, in *CED Cass.*, n. 187030; Cass., sez. II, 5 aprile 1995, n. 1906, in *CED Cass.*, n. 201270.

¹⁷ Cass., sez. VI, 27 ottobre 1992, n. 3804, in *CED Cass.*, n. 193108.

¹⁸ Cass., sez. un., 12 novembre 1993, n. 25, in *Cass. pen.*, 1994, p. 910, con nota di A. Nappi.

¹⁹ Sulla ricognizione di questo contrasto giurisprudenziale sino alla pronuncia dirimente delle Sezioni Unite, si vedano O. Bruno, *Quali limiti al divieto di intercettare i colloqui tra imputato e difensore?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 2, p. 231; L. Filippi, *Un'inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*, in *Cass. pen.*, 2001, 12, p. 3459 ss.

²⁰ Cass., sez. V, 18 febbraio 2003, n. 12944, in *CED Cass.*, n. 224251, ove si precisa che «ciò che rileva ai fini della garanzia di cui all'art. 103 è la natura del colloquio e non la formalizzazione del ruolo del difensore». Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 10664, in *CED Cass.*, n. 223965; Cass., sez. V, 17 aprile 2001, n. 8963, in *CED Cass.*, n. 221900.

²¹ Da ultimo, Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 24451, non massimata. Precedentemente, nello stesso senso, Cass., sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323, in *CED Cass.*, n. 259585; Cass., sez. V, 25 settembre 2014, n. 42854, in *CED Cass.*, n. 261081; Cass., sez. V, 5 marzo 2013, n. 17979, in *CED Cass.*, n. 255516; Cass., sez. VI, 4 luglio 2006, n. 34065, in *CED Cass.*, n. 234865; Cass., sez. VI, 11 aprile 2001, n. 21206, in *CED Cass.*, n. 219076.

²² Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione della norma, pare non superfluo precisare che il divieto di intercettazione opera anche con riguardo a quelle telematiche, coprendo altresì le comunicazioni informatiche. Cfr. A. Trinci, sub art. 103 c.p.p., in S. Beltrani (diretto da), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 389. In questa specifica materia, è facile, allora, aspettarsi l'emersione di ulteriori criticità in punto di garanzie, attese le peculiari difficoltà che si incontrano nel cercare di tutelare appieno i diritti fondamentali della persona in punto di acquisizione di prove digitali.

²³ Cass., sez. IV, 5 ottobre 2016, n. 55253, in *CED Cass.*, n. 268618; Cass., sez. VI, 3 giugno 2008, n. 38578, in *CED Cass.*, n. 241510; Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, n. 1472, in *CED Cass.*, n. 213451.

²⁴ Cass., sez. II, 6 ottobre 2015, n. 43410, in *CED Cass.*, n. 265096; Cass., sez. VI, 16 giugno 2003, in *CED Cass.*, n. 226659; Cass., sez. VI, 2 novembre 1998, n. 1472, cit.

Ragionando in questi termini, la Suprema Corte è arrivata a dichiarare l'utilizzabilità delle intercettazioni di colloqui tra l'indagato e un avvocato, avendone qualificato il contenuto come amicale e pertanto avulso da qualsiasi consulenza professionale. In tal modo, si è affermato in giurisprudenza il principio secondo cui il divieto di intercettare non investe quelle conversazioni che, all'esito di un accertamento contenutistico, risultino confidenziali, qualora tra l'avvocato e il suo assistito intercorra un rapporto di amicizia. Per giungere ad una tale determinazione, la Cassazione demanda, però, ai giudici di merito di operare una valutazione in questi termini: «a) se quanto detto dall'indagato fosse finalizzato ad ottenere consigli difensivi professionali o non costituisse piuttosto una mera confidenza fatta all'amico; b) se quanto detto dall'avvocato avesse natura professionale oppure consolatoria ed amicale a fronte delle confidenze ricevute»²⁵.

Non convince, tuttavia, questa deriva interpretativa che giunge irrimediabilmente a snaturare la *ratio* sottesa alla disciplina. Non si comprende, infatti, con quali parametri sia possibile cogliere il labile discrimine tra confidenza "privata" e "professionale" senza incorrere in un pregiudizio irreversibile ai danni proprio di quella libertà di esercizio del diritto difesa che la norma è preordinata a salvaguardare.

La questione si riannoda al *modus operandi* investigativo che, aderendo al dettato codicistico, dovrebbe rendere sul versante pragmatico ciò che la prescrizione statuisce sul piano normativo, riuscendovi raramente. Letture stridenti con la lettera della norma, anche (e soprattutto) laddove appare più chiara ed inequivoca, possono, infatti, condurre facilmente a disarmanti prassi che si traducono in veri e propri abusi²⁶. È questo il caso dell'ascolto di conversazioni tra i soggetti richiamati dalla norma sulla base però di un'attività captativa autorizzata sulle utenze in uso all'indagato.

Stando al menzionato indirizzo della Suprema Corte, è il giudice di merito a dover compiere un accertamento in ordine al contenuto delle conversazioni; ma non sfugge che, per stabilire se esse abbiano natura amicale o professionale, occorre, innanzitutto, che siano ascoltate. Se l'obiettivo è quello di garantire una zona franca per l'esercizio della difesa in cui l'indagato è libero di scambiare informazioni con il suo difensore al riparo da qualsiasi intrusione dell'organo di accusa, è evidente come il previo ascolto delle comunicazioni già consente, di fatto, una entrata dell'apparato investigativo nell'area difensiva²⁷. Per non parlare dell'eventuale trascrizione del contenuto dei dialoghi da parte degli operatori di polizia giudiziaria, snodo problematico su cui è intervenuto espressamente il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216.

NATURA DEL DIVIETO E PROFILI SANZIONATORI

Quanto detto finora si traduce, sul piano concettuale, nella dicotomia fra l'approccio che postula la necessità di operare una verifica postuma sul contenuto delle conversazioni intercettate, in linea con il dettato giurisprudenziale sino ad ora consolidatosi, e la soluzione interpretativa offerta dalla dottrina che qualifica la disciplina di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p. come un divieto di disporre l'attività captativa a monte²⁸.

Abbracciando la prima delle due posizioni prospettate, la Suprema Corte esclude, dunque, che la

²⁵ Così, recentemente, Cass., sez. II, 22 marzo 2018, n. 24451, cit.; Cass., sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323, cit.

²⁶ Così si esprime, sul punto, F. Siracusano, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in *Arch. pen. Web*, 2012, 3, p. 2: «Secondo un cliché che pare ormai purtroppo consolidato, la violazione delle garanzie elementari nel processo italiano si verifica, il più delle volte, non tanto in conseguenza di disposizioni legislative che tali garanzie pongano in pericolo ma, piuttosto, attraverso interpretazioni giurisprudenziali che stravolgono o vanificano i divieti processuali; o, addirittura, mediante l'instaurazione di vere e proprie "prassi" che, in contrasto con la corretta interpretazione di una disposizione di legge, la rendono di fatto inoperante. Anzi: proprio laddove non necessita lo specifico apporto esplicativo, stante l'assoluta nitidezza del dettato normativo, s'annida il rischio di letture che finiscono con il neutralizzarne la stessa *ratio* ispiratrice. Queste interpretazioni, spinte da inopinate esigenze di efficientismo giudiziario, eludono il rigore della norma e conferiscono un'apparente veste di legittimità a scelte operative come quelle "sponsorizzate" dal documento qui analizzato».

²⁷ Parla di divieto di conoscenza G. Pansini, *Sono utilizzabili i colloqui dell'avvocato se gli indizi precedono l'intercettazione*, in *Dir. giust.*, 2001, 26, p. 19.

²⁸ Cfr. E. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1 (*Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher*), Torino, Utet, 2009, p. 499, che evidenzia il contrasto interpretativo tra giurisprudenza di legittimità e dottrina sulla portata operativa del divieto.

preclusione in esame possa essere considerata un divieto assoluto di conoscenza *ex ante* ed afferma che solo la violazione dell'obbligo di effettuare la verifica contenutistica *ex post*, ovvero un eventuale accertamento positivo circa la natura professionale dei colloqui, possano comportare l'inutilizzabilità delle risultanze dell'ascolto non consentito, *ex art.* 103, comma 7, c.p.p., e la distruzione della relativa documentazione, a mente dell'art. 271 c.p.p.²⁹

Uno dei punti di maggiore frizione scaturisce proprio dalla relazione fra le norme da ultimo citate³⁰. L'art. 103, comma 7, c.p.p. precisa che i risultati delle intercettazioni eseguite in violazione delle disposizioni precedenti sono inutilizzabili, salvo quanto previsto dall'art. 271 c.p.p. Il richiamo alla norma per intero lascia supporre un rapporto di *genus a species* tra il comma 1 dell'art. 271 c.p.p. e il comma 7 dell'art. 103 c.p.p.: quest'ultimo rappresenta la specificazione di una sanzione processuale prescritta in via generale dal primo, che stabilisce l'inutilizzabilità delle intercettazioni avvenute *contra legem*³¹ ed è dunque destinato a rimanere residuale. Per quanto concerne il comma 3 dell'art. 271 c.p.p., che dispone la distruzione della relativa documentazione, esso costituisce un utile rimando, in grado di rafforzare l'efficacia della sanzione.

Maggiori criticità ha sollevato, invece, il riferimento al comma 2, che sancisce l'inutilizzabilità dei risultati della captazione di comunicazioni di persone tenute al segreto professionale. Seppur potenzialmente coincidenti sul piano soggettivo, in quanto abbracciano – di fatto – anche il medesimo novero di soggetti in esame, le due norme non condividono tuttavia né la *ratio*, né l'ambito oggettivo³². Innanzitutto, è diversa la prospettiva di tutela: se l'art. 103 c.p.p. – come ampiamente sottolineato – crea una sfera di salvaguardia orientata al diritto di difesa, l'art. 271, comma 2, c.p.p. individua il suo parametro assiologico nella salvaguardia del segreto professionale. Quest'ultimo, inoltre, non intende sanzionare eventuali irregolarità nell'attività investigativa; rappresenta semplicemente un'ulteriore manifestazione della protezione accordata dalla legge a determinati soggetti per la loro condizione professionale e si aggiunge alle tutele in materia di testimonianza e di sequestro³³. Conseguenza immediata è allora che, mentre l'art. 271 c.p.p. ha ad oggetto i contenuti di una captazione e pone uno sbarramento all'utilizzabilità dei materiali coperti da segreto professionale³⁴, indirizzando il suo *focus* sull'apposizione di un limite all'impiego di determinati risultati probatori, nel caso dell'art. 103 c.p.p. il divieto opera in sede di ammissione del mezzo di ricerca della prova³⁵. Questa norma, difatti, postula un divieto assoluto di intercettare e il suo polo di riferimento non è il contenuto della comunicazione, ovvero il risultato dell'intercettazione, bensì l'attività investigativa in sé considerata.

La portata del profilo sanzionatorio contenuto nell'art. 103, comma 7, c.p.p. interviene, allora, in risposta ad una sorta di *horror vacui*: prevedere un regime di inutilizzabilità serve per “coprire” quelle situazioni in cui non è possibile evitare a monte l'intercettazione, ovvero laddove si proceda alla captazione di utenze legittimamente autorizzate e ci si imbatta in un secondo momento in una conversazione posta ad oggetto della preclusione. Ma ciò non neutralizza la morfologia di un divieto, quale è quello del precedente comma 5, destinato ad operare *ex ante* e a qualificare come illegittime tutte le attività che lo violano, indipendentemente dalla sorte dei relativi risultati.

A rigor di logica, dunque, ogniquale volta nel caso di un'intercettazione legalmente disposta si abbia contezza della captazione di un colloquio vietato, si dovrebbe procedere all'arresto immediato delle operazioni di ascolto³⁶ e all'estromissione di qualsiasi dato comunicativo dal materiale probatorio, a

²⁹ Cass., sez. VI, 4 maggio 2005, n. 36600, in *CED Cass.*, n. 232266; Cass., sez. V, 12 febbraio 2003, in *CED Cass.*, n. 224944.

³⁰ Sul punto si vedano R. Puglisi, sub *art. 103 c.p.p.*, cit., p. 1032; A. Trinci, sub *art. 103 c.p.p.*, cit., p. 389; G. Biscardi, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, in *Giust. pen.*, 2002, 3, pt. III, p. 134 ss.

³¹ Si veda N. Galantini, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 227, che osserva come l'art. 271 c.p.p. non esaurisce le ipotesi di inutilizzabilità delle intercettazioni, citando – fra gli esempi – l'art. 103, comma 7, c.p.p.

³² Così, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 285 ss.

³³ Così, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 133.

³⁴ Sull'inutilizzabilità dei dati intercettati, L. Cusano-E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 644 ss.

³⁵ Si vedano F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 115; A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 132; G. Biscardi, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, cit., p. 135. In senso contrario, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 299: l'Autore ritiene che l'art. 103, comma 5, c.p.p. «più che imporre veti alla ricerca [...] individua dei casi in cui il materiale illegalmente raccolto non è valutabile ad alcun fine processuale».

³⁶ Così, O. Bruno, *Quali limiti al divieto di intercettare i colloqui tra imputato e difensore?*, cit., p. 232.

pena di inficiare la trasparenza e la liceità del patrimonio conoscitivo degli inquirenti.

La soluzione dell'inutilizzabilità dei risultati³⁷, dal canto suo, persegue lo scopo di rendere effettiva la tutela ma si risolve in una garanzia debole del diritto di difesa e spostata ad un momento successivo una preclusione che dovrebbe intervenire in via anticipatoria. Sul piano generale della disciplina si configura, allora, come mero rimedio postumo, di fatto azionabile solo in caso di inoperatività del divieto.

DALLA TEORIA ALLA PRASSI: DIVIETO DI TRASCRIZIONE E RUOLO DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA

In soccorso al perseguimento del citato obiettivo, individuato nel rafforzamento del divieto di captazione, sono giunte alcune linee guida dettate dal Consiglio Superiore della Magistratura³⁸ e da svariati uffici di procura³⁹, anche nel tentativo di garantire un'applicazione uniforme dell'art. 103, comma 5, c.p.p. Lo scopo di queste direttive è nel senso di espungere dal materiale del procedimento quanto illegittimamente intercettato, provvedendo ad omettere qualsiasi riferimento ai contenuti captati nelle annotazioni, e nei relativi allegati, delle operazioni svolte. La Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, del 17 gennaio 2017, ad esempio, motiva questa raccomandazione sulla scorta del fatto che «ancorché la conversazione medesima non venga concretamente utilizzata ai fini delle indagini e del processo, la stessa presenza, agli atti del procedimento, della conversazione radicalmente inutilizzabile e dunque la sua concreta conoscenza e potenziale diffusione costituiscono oggettiva violazione delle disposizioni di legge ed elusione delle linee direttive già impartite».

Sulla stessa spinta si colloca l'intervento legislativo riformatore contenuto nel d.lgs. n. 216 del 2017, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103. Esso introduce nel comma 7 dell'art. 103 c.p.p. una nuova disposizione che vieta la trascrizione anche sommaria dei colloqui con l'avvocato comunque intercettati⁴⁰, di cui sono indicati – nel verbale delle operazioni – soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta, fermo restando il divieto di utilizzazione già statuito, che rimane un rimedio residuale.

È stato, dunque, positivizzato il principio già fatto proprio da alcuni uffici giudiziari, assegnando

³⁷ Con riferimento alla relazione fra comma 5 e comma 7 dell'art. 103 c.p.p., si veda S. Sau, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *questa Rivista*, 2016, 5, p. 184 ss. In generale, sull'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, si veda C. Conti, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 10, p. 3638 ss. Con specifico riguardo al rimedio dell'inutilizzabilità di contenuti comunicativi riservati, si segnala questo passaggio di *C. cost.*, sent. 15 gennaio 2013, n. 1, in *www.cortecostituzionale.it*: «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».

³⁸ *Ricognizione di buona prassi in materia di intercettazione di comunicazioni*, Delibera del Consiglio Superiore della Magistratura adottata il 29 luglio 2016, dove si precisa: «I testi delle intercettazioni – telefoniche ed ambientali – relative a colloqui tra l'indagato ed i propri difensori, dei quali è vietata l'utilizzazione ai sensi dell'art. 103 co. 5 cpp, non vanno riportati né nei brogliacci di intercettazioni, né nelle comunicazioni inviate al pubblico ministero. In tali casi la p.g. potrebbe indicare nel brogliaccio, oltre ai conversanti ed agli ulteriori dati estrinseci della conversazione, la dizione: "conversazione con difensore". Opportuna è la scelta, effettuata in talune circolari, di prevedere che dell'esistenza di detti colloqui debba essere quanto prima dato avviso al pubblico ministero per le sue valutazioni».

³⁹ *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma*, del 16 giugno 2015; *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli*, del 16 febbraio 2016; *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma*, del 17 gennaio 2017; *Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli*, del 16 marzo 2017. Sul fondamento giuridico e sui profili più rilevanti inerenti a questo strumento di autoregolamentazione, si rimanda a A. Cisterna, *L'autoregolamentazione delle intercettazioni nelle linee guida per le procure*, in *Arch. pen. Web*, 2016, 2, p. 1 ss.

⁴⁰ Sul tema, recentemente, P. Maggio, *I presupposti applicativi*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 44 ss.; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 94 ss.; R.G. Grassia, *L'ascolto dei colloqui tra imputato e difensore*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 201 ss.; L. Iannone, *Difesa e difensore*, in *ilPenalista.it*, 5 settembre 2018, p. 5.

agli ufficiali di polizia giudiziaria, delegati dal pubblico ministero ad eseguire le operazioni, il compito di vagliare preventivamente il contenuto dei dialoghi e prevenirne l'ingresso nella documentazione⁴¹. Viene, cioè, anticipato uno sbarramento che, seppur "tardivo", perché intervenuto in costanza di intercettazione, precede quello dell'inutilizzabilità, andando a coprire tutte quelle situazioni in cui la captazione sebbene legittimamente autorizzata⁴², abbia ad oggetto colloqui riservati. In questo modo, la modifica legislativa vuole impedire del tutto la permeabilità dei dati comunicativi nel materiale riassuntivo delle operazioni e riportare ad uno stadio "fisiologico" una situazione che altrimenti sarebbe irrimediabilmente compromessa.

La novellata disciplina in tema di colloqui con l'avvocato si innesta sullo spirito di una riforma volta a tutelare maggiormente la riservatezza delle comunicazioni⁴³, con speciale riguardo alle persone coinvolte occasionalmente nel processo e ai dialoghi ritenuti non rilevanti ai fini dell'accertamento penale⁴⁴. D'altra parte, come si legge dalla Relazione illustrativa⁴⁵ allo schema del decreto legislativo citato, il riferimento alla riservatezza, oggetto dell'art. 1, comma 84, lett. a), della legge delega n. 103 del 2017, è strettamente collegato anche alla protezione dei colloqui fra il difensore e il proprio assistito⁴⁶. In particolare, con riferimento alla disciplina in questione, il meccanismo preordinato alla tutela della riservatezza delle comunicazioni, agisce già al momento della conoscenza del loro contenuto⁴⁷, ovvero quello in cui per la prima volta il dato comunicativo è percepito dagli addetti alle indagini.

Sotto un primo profilo, ciò costituisce un passo avanti verso l'affermazione di maggiori garanzie in capo all'imputato e segna una battuta di arresto contro la dilagante prassi giudiziaria incline ad autorizzare l'utilizzazione dei contenuti intercettati sulla scorta di una verifica postuma affidata al giudice. In sostanza, con il novellato comma 7 dell'art. 103 c.p.p., si vuole eliminare qualsiasi forma di discrezionalità all'impiego dei dati, imponendo lo stralcio dei colloqui vietati⁴⁸.

D'altra parte, la disciplina non resta esente da criticità.

Innanzitutto, non si fronteggia il rischio che gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto, chiamati di fatto ad una valutazione di grande delicatezza, in assenza di ulteriori criteri normativi, provvedano a far confluire i contenuti riservati nella documentazione probatoria, tanto più se si considera l'assenza di sanzioni⁴⁹. La scrematura iniziale in sede di redazione dei c.d. "brogliacci d'ascolto"⁵⁰ diventa, allora, un potenziale coacervo di perplessità interpretative ed indecisioni operative destinate

⁴¹ Sul punto, P. Maggio, *I presupposti applicativi*, cit., p. 44: l'Autrice parla di «una sorta di pre-diagnosi sull'utilizzabilità affidata alla polizia giudiziaria».

⁴² Il riferimento è sia ai casi in cui sia legittimo intercettare una determinata utenza, in quanto non ricompresa fra quelle dei soggetti aventi un ruolo difensivo individuati dalla norma, sia a quelli in cui si proceda ad un'intercettazione di tipo ambientale, non potendo preventivamente assumere che ivi si verifichi lo scambio di informazioni la cui acquisizione non è consentita.

⁴³ Cfr. T. Bene, *La riforma parziale (e il gorilla invisibile)*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Bari, Cacucci editore, 2018, p. 16; L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 3, p. 294; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 78 ss.; D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 190. Più in generale, sul rapporto tra riservatezza e intercettazioni, A. Capone, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, p. 1263.

⁴⁴ T. Bene, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 290. L'Autrice poi però sottolinea che la legge delega, nel demandare il perseguimento di questi obiettivi, raccomanda che siano fatte salve le esigenze di indagine.

⁴⁵ Ivi si afferma che l'intento della riforma è di salvaguardare, attraverso «un giusto equilibrio tra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale, la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.), nonché il diritto all'informazione (art. 21 Cost.)».

⁴⁶ F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., p. 32, osserva che i valori con cui la Relazione si confronta sono la libertà e la segretezza delle comunicazioni e il diritto all'informazione, non già il diritto di difesa ex art. 24 Cost. e che, nel complesso della disciplina, tale omissione non appare solamente formale.

⁴⁷ L. Cusano-E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni*, cit., p. 511.

⁴⁸ Resta ferma la fase del controllo giurisdizionale, sede naturale del contraddittorio in materia di intercettazioni, ove si rafforza la tutela della legalità della prova, al fine di evitare che nel materiale probatorio possano confluire registrazioni vietate dalla legge. Sul punto, T. Bene, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, cit., p. 300.

⁴⁹ Così, P. Maggio, *I presupposti applicativi*, cit., p. 44.

⁵⁰ Sul brogliaccio d'ascolto si veda C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 82, che lo considera «destinato a rimanere a lungo l'unico *signum* procedimentale dell'intercettazione».

ad esercitare un impatto (difficilmente garantista) su una sagoma dei rapporti tra avvocato e assistito ancora molto fluida, soprattutto nel primo stadio del procedimento.

In linea di fondo, peraltro, per comprendere la riuscita della disciplina in termini di adeguatezza, occorre porla in rapporto agli snodi procedurali concernenti l'ascolto, soprattutto quelli relativi alla valutazione sull'irrilevanza dei colloqui. Nel regolamentare la redazione dei c.d. "brogliacci d'ascolto" ad opera della polizia giudiziaria, infatti, il legislatore introduce – con il comma 2-bis dell'art. 268 c.p.p. – un divieto di trascrizione delle conversazioni ritenute irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, nonché di quelle ugualmente irrilevanti che riguardino dati personali definiti sensibili dalla legge⁵¹. Naturalmente sorprende, sin da una prima lettura, la leggerezza nel demandare un accertamento tanto accorto che determina l'ingresso o meno del contenuto dell'intercettazione nell'iter investigativo⁵², quando è ancora difficile formulare un giudizio di rilevanza prescindendo dal contesto informativo delle captazioni⁵³.

Per superare il problema di aver posto un simile onere valutativo a carico della polizia giudiziaria, la disciplina attribuisce al pubblico ministero il potere di disporre, con decreto motivato, che le comunicazioni di cui al comma 2-bis siano trascritte nel verbale quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova⁵⁴. Infatti, stante il nuovo periodo introdotto nell'art. 267, comma 4, c.p.p., l'ufficiale di polizia giudiziaria «provvede a norma dell'art. 268, comma 2-bis, informando preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni».

Sembra che il legislatore abbia voluto tentare di rendere questa prima analisi valutativa ad appannaggio della polizia giudiziaria⁵⁵, assicurando – in termini di tutela – con l'attribuzione ultima della responsabilità in capo al pubblico ministero. Emerge, dunque, la volontà di affidarsi, in definitiva, alla discrezionalità del magistrato requirente, richiedendo che sia orientata anche ad una misurata e sapiente scelta qualitativa del materiale intercettato⁵⁶. Tuttavia, il sistema così ricostruito non appare sufficientemente rispettoso né degli obiettivi di riservatezza che la riforma si è posta, né delle prerogative della difesa.

Innanzitutto, attraverso il meccanismo dell'informazione preventiva, corredata delle necessarie annotazioni, non si estingue l'eventualità che il contenuto delle comunicazioni venga comunque riportato, seppur non integralmente. Senza considerare che, per ordinare la verbalizzazione delle comunicazioni inizialmente stralciate, o comunque per garantire un valido accertamento, il pubblico ministero dovrebbe procedere all'ascolto.

Inoltre, alla luce di una riflessione più sistematica, appare irragionevole e anche un po' azzardato affidare un incarico così delicato e con importanti ricadute in termini di garanzie ad una figura istituzionale non imparziale e che difficilmente, nella prassi, si ritrova a compiere un apprezzamento sinceramente interessato alla piena salvaguardia dei diritti difensivi.

Ad ogni modo, a ciò si aggiunga che il *sub*-procedimento di selezione dei colloqui appena descritto traccia un sistema di rimandi tra polizia giudiziaria e pubblico ministero in cui i criteri appaiono, se non inappropriati⁵⁷, semplicemente tratteggiati e il *modus operandi* in ordine alla trascrizione suscettibile

⁵¹ In tali ipotesi si prevede, analogamente a quanto si legge nella nuova disposizione del comma 7 dell'art. 103 c.p.p., che nel verbale delle operazioni siano indicati soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

⁵² Basti pensare alla natura "anfibia" delle intercettazioni che, sul piano funzionale, valgono quale mezzo di ricerca e, al tempo stesso, veicolo processuale della prova. Sul punto, A. Bargi, *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Dig. pen.*, Agg. III, t. 1, Torino, Utet, 2005, p. 790 ss.

⁵³ Così, F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., p. 39.

⁵⁴ Tale disposizione è contenuta nell'art. 268, comma 2-ter, c.p.p., che in merito alle comunicazioni relative a dati personali sensibili stabilisce che la loro trascrizione possa essere disposta dal pubblico ministero sulla base di una valutazione in punto non di rilevanza, bensì di necessità a fini di prova, predisponendo così una tutela rafforzata.

⁵⁵ Non stupisce tanto il trovarsi di fronte ad una simile prassi operativa, quanto che sia intervenuta una legittimazione normativa da parte di un legislatore dichiaratamente intenzionato a proteggere i diritti dei soggetti i cui dialoghi siano intercettati di fronte ad un'attività investigativa intrusiva ed irrimediabilmente lesiva della riservatezza. Analogamente, L. Filippi, *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, cit., p. 298; F. Vergine, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, in *questa Rivista*, 2018, 4, p. 790.

⁵⁶ Così, T. Bene, *La legge delega per la riforma delle intercettazioni*, cit., p. 295. Analogamente, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 96. L'Autrice osserva come la protezione della riservatezza sia affidata dal legislatore al pubblico ministero «facendo affidamento fondamentalmente sugli obblighi istituzionali di lealtà e correttezza nell'ottica di tutela della legalità».

⁵⁷ Il riferimento alle intercettazioni irrilevanti denota un uso non troppo adeguato della terminologia, che richiederebbe la

di applicazioni non sempre uniformi, senza che si faccia menzione ai materiali inutilizzabili. Sebbene tale opinabile scelta possa essere bilanciata dai presidi generali in tema di inutilizzabilità⁵⁸, la regolamentazione descritta non sembra adattarsi del tutto a quell'esigenza di garanzia che anima il divieto di captazione dei colloqui difensivi.

Naturalmente, la valutazione sulla rilevanza o meno dei colloqui a fini probatori è cosa diversa (e muove da premesse diverse) da quella demandata dall'art. 103 c.p.p., laddove si chiede di vagliare se la conversazione rientra nelle ipotesi oggetto del divieto e, nel caso di risposta affermativa, di omettere la trascrizione, trattandosi di contenuti non irrilevanti, bensì non intercettabili. Allora, il divieto di trascrizione *ex art. 103, comma 7, c.p.p.* non può essere considerato quale mera affermazione di principio, seppur pregnante, in ordine alla rivendicazione di uno spazio protetto dell'attività difensiva, ma deve essere ritenuto soluzione univoca e, in quanto tale, sottratto a questo intrecciato sistema di interrelazioni all'interno degli uffici di procura.

Il punto è che la disciplina, pur riformulata, dell'art. 103, comma 7, c.p.p. non chiarisce quando, durante il colloquio con la parte, può dirsi che un professionista legale sta svolgendo il ruolo di difensore e quando no, con le implicazioni circa l'obbligo di trascriverne il contenuto; la qual cosa induce a prevedere un perdurante intervento discrezionale *ex post* sull'operatività del divieto, sulla base di un'antica linea giurisprudenziale. Saranno ancora le direttive interne agli uffici giudiziari a fornire le linee guida agli operatori di polizia per stabilire dove emerge l'obbligo di trascrizione, con netto compromesso del principio di legalità probatoria.

menzione anche del criterio della pertinenza. Così, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, cit., p. 82 ss.; G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 1, p. 172.

⁵⁸ Così, F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, cit., p. 43 ss.: l'Autore precisa che l'inutilizzabilità «opera nell'arco dell'intero procedimento e, caratterizzandosi per un "divieto d'uso" generale, non tollera forme di utilizzo a geometria variabile». In modo più ampio, sul tema, cfr. F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 37 ss.