



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

# ANNALI 2020

ANNO VIII

## DEL DIPARTIMENTO JONICO

### ESTRATTO

DANILA CERTOSINO

Colloqui difensivi e tutela  
della riservatezza





## DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

## DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli – Gabriele Dell’Atti – Giuseppe Losappio

## COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Angelica Riccardi, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

## COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Angelica Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Umberto Violante

## COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione),  
Francesca Altamura, Michele Calabria, Danila Certosino,  
Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti,  
Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

### Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture  
ex Convento San Francesco – Via Duomo, 259 – 74123 Taranto, Italy

e-mail: [annali.dipartimentojonico@uniba.it](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/gli-annali>



# ANNALI2020

ANNO VIII  
DEL DIPARTIMENTO JONICO





Danila Certosino

## COLLOQUI DIFENSIVI E TUTELA DELLA RISERVATEZZA \*

### ABSTRACT

La riservatezza delle conversazioni intercorrenti fra il ristretto ed il legale si rivela fondamentale al fine di consentire una piena attuazione del diritto di difesa; risultano, pertanto, vietate eventuali captazioni, il cui contenuto non può, ai sensi di quanto statuito dall'art. 103, comma 7, c.p.p. – come novellato dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 e confermato dal successivo d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, conv. con modif. nella l. 28 febbraio 2020, n. 7 – né essere utilizzato, né essere trascritto nel verbale delle operazioni di intercettazione.

The confidentiality of the conversations between the restricted and the lawyer is essential in order to allow a full implementation of the right of defense; therefore, any captures are prohibited, the content of which cannot, pursuant to the provisions of art. 103, paragraph 7, c.p.p. - as amended by Legislative Decree 29 December 2017, n. 216 and confirmed by the subsequent d.l. 30 December 2019, n. 161, conv. with modif. in the l. February 28, 2020, n. 7 - neither be used nor be transcribed in the report of the interception operations.

### PAROLE CHIAVE

Intercettazioni telefoniche – difensore – detenuto    Wiretapping – Lawyer – Prisoner

SOMMARIO: 1. Attività difensiva e diritto alla riservatezza. – 2. La nuova disciplina delle intercettazioni e le ricadute interpretative. – 3. (Segue:) il divieto di captazione dei dialoghi tra l'indagato e il suo difensore.

1. La piena esplicazione del diritto di difesa – che trova espressa copertura costituzionale nell'ambito dell'art. 24, comma 2, Cost. – si realizza assicurando al difensore ed al suo assistito in qualunque fase del procedimento la possibilità temporalmente adeguata e contenutisticamente effettiva di interloquire “riservatamente” in ordine a qualsiasi questione, di fatto o di diritto.

In linea con la garanzia costituzionale si pongono anche le fonti sovranazionali. In particolare, l'art. 6 della CEDU, sancendo il “diritto ad un processo equo”, stabilisce che ogni accusato ha diritto “di avere l'assistenza di un difensore di sua scelta”.

Questo fondamentale diritto è stato spesso declinato dalla Corte di Strasburgo anche sotto il profilo della riservatezza, essendosi ritenuta la sussistenza della

---

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

violazione dell'art. 6, par. 1, quando all'imputato «non è assicurata la possibilità, coesistente all'equità del processo, di comunicare in via confidenziale con il proprio difensore»<sup>1</sup>.

Nonostante l'assenza di un preciso riferimento allo strumento delle intercettazioni di comunicazioni, il termine “confidenziale” «evoca, inequivocabilmente, la necessaria riservatezza delle comunicazioni tra l'accusato ed il suo difensore»<sup>2</sup>; quella riservatezza che viene scalfita dalle captazioni.

Stando a quanto affermato dalla Corte e.d.u. può, quindi, desumersi un'esclusione della intercettabilità delle comunicazioni fra il legale e il proprio assistito anche ai sensi della CEDU.

A livello comunitario, specifiche statuizioni sono rinvenibili nell'ambito della Direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, il cui art. 4 stabilisce che gli Stati membri devono rispettare la riservatezza delle comunicazioni fra indagato o imputati e loro difensore, comprendendo la comunicazione incontri, corrispondenza, conversazioni telefoniche e altre forme consentite ai sensi del diritto nazionale.

Sul fronte interno, la disciplina in esame trova espressa regolamentazione nell'art. 103, comma 5, c.p.p., ai sensi del quale «non è consentita 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».

La *ratio* di tale previsione – rigorosa e specializzante rispetto ad altri contenuti normativi posti a tutela del segreto professionale (artt. 200, 256, 271, comma 2, c.p.p.)<sup>3</sup> – è rinvenibile nella tutela del diritto di difesa, che, in un processo di parti, necessita di un adeguato scudo normativo, attraverso il quale predisporre, a vantaggio del difensore, precisi limiti ai poteri investigativi degli organi inquirenti<sup>4</sup>; occorre evitare “intrusioni” nello svolgimento della difesa quale esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

L'interesse alla ricerca e alla formazione della prova subisce una battuta di arresto di fronte alla salvaguardia della segretezza delle conversazioni intercorrenti fra

<sup>1</sup> Corte EDU, 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*, ove si afferma che «il libero ed ampio dispiegamento dell'attività difensiva e del segreto professionale trovano il diretto supporto nell'art. 24 della Costituzione che sancisce l'inviolabilità della difesa come diritto fondamentale della persona».

<sup>2</sup> In questi termini, L. Cusano, E. Piro, *Intercettazioni e videoregistrazioni. Manuale professionale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 126.

<sup>3</sup> Così A. Scalfati, *sub art. 103 c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4<sup>a</sup> ed., Ipsoa, Milano p. 1084.

<sup>4</sup> Cfr., in tal senso, G. De Pietro, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'art. 103 del codice di procedura penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 661; G. Jesu, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni unite: un'opportuna precisazione e qualche nuovo dubbio*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2021.



l'avvocato ed il proprio assistito. Naturalmente, il limite assoluto alla captazione dei colloqui non scaturisce dalla volontà di porre uno sbarramento alla compressione della libertà e della segretezza delle interlocuzioni così come tutelate dall'art. 15 Cost.<sup>5</sup>, poiché nel rispetto dei limiti e dei presupposti di cui agli art. 266 ss. c.p.p. l'attività intercettativa è legittima.

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<sup>6</sup>.

Il divieto di intercettare appare, quindi, 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 privilegiato<sup>7</sup>.

Appare opportuno evidenziare che la previsione *de qua* ha sin dall'inizio generato dubbi interpretativi con riferimento all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del divieto contemplato<sup>8</sup>.

Sul versante soggettivo, nella giurisprudenza di legittimità si contrappongono due distinti orientamenti: il primo ritiene che le speciali garanzie di libertà del difensore previste dall'art. 103 c.p.p. sono riferibili ai soli avvocati che assumono l'ufficio difensivo nel procedimento nel quale vengono disposti gli strumenti di indagine e non ai legali che svolgano o abbiano svolto l'attività in favore dell'attuale investigato, ma in diversi affari o procedimenti<sup>9</sup>; l'altro, invece, giunge alla conclusione che tali garanzie non vanno limitate al difensore dell'indagato o dell'imputato nel cui procedimento sorge la necessità di attività di ricerca della prova, ma vanno osservate in tutti i casi in cui tali atti vengono eseguiti nell'ufficio di un professionista, iscritto all'albo degli avvocati e procuratori, che abbia assunto la difesa di assistiti, anche fuori del procedimento in cui l'atto di indagine viene compiuto<sup>10</sup>.

A sostegno del primo orientamento la Suprema Corte ha addotto la "*sedes materiae*": poiché l'art. 103 c.p.p. è inserito nel libro primo del codice di procedura

---

<sup>5</sup> Sulla tutela costituzionale della segretezza delle comunicazioni cfr. F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 59 ss.

<sup>6</sup> Cfr. G. Padua, *La captazione dei colloqui difensivi: novità legislative e ruolo della polizia giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 1, p. 179.

<sup>7</sup> A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Cedam, Padova, 2001, p. 275.

<sup>8</sup> Su questi profili, cfr., S. Sau, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 185 ss.

<sup>9</sup> Cass., Sez. VI, 22 gennaio 1991, n. 246, Grassi, in *Cass. pen.*, 1991, p. 721.

<sup>10</sup> Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1992, n. 1187, Genna, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2020, con nota conforme di S. Ramajoli, *Riflessioni sulla perquisizione e sul sequestro di carte e documenti compiuti presso uno studio legale*. A commento della sentenza, v., altresì, G. De Pietro, *Ispesioni, perquisizioni e sequestri negli uffici dei difensori secondo l'articolo 103 del codice di procedura penale*, cit., p. 661.

penale, che regola i soggetti, possono considerarsi tali solo coloro che siano in concreto intervenuti, anche se con ruolo diverso dalle parti, nel rapporto processuale.

Più numerosi ed efficaci sono gli argomenti a sostegno della seconda tesi, secondo cui non c'è nessuna ragione, «nè letterale, nè logica, nè sistematica», di limitare la garanzia al difensore dell'indagato nel cui procedimento sorge la necessità di attività di ispezione, ricerca, sequestro o intercettazione; tale limitazione sarebbe, infatti, ingiustificata perché darebbe la possibilità di incidere sulla sfera riservata al difensore attraverso attività investigative formalmente estranee al procedimento *de quo*, ma che potrebbero far acquisire indirettamente alla polizia giudiziaria e al pubblico ministero notizie ed elementi utili ai fini dell'indagine.

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che non si tratta di privilegi di categoria giacché la tutela apprestata non è finalizzata alla “dignità” professionale degli avvocati, ma al libero ed ampio dispiegamento dell'attività difensiva e del segreto professionale (così come negli artt. 200 e 256 c.p.p.), che trovano il diretto supporto nell'art. 24 Cost., il quale sancisce la inviolabilità della difesa, come diritto fondamentale della persona (art. 2 Cost.).

Intervenendo sull'argomento, le Sezioni Unite hanno condiviso questa linea interpretativa e hanno sottolineato che il divieto di captazione di comunicazioni o conversazioni nei confronti dei difensori riguarda tutti gli avvocati che esercitano la funzione difensiva, a prescindere dal procedimento nell'ambito del quale vengono disposte le intercettazioni. Pertanto le “garanzie di libertà” previste dall'art. 103, comma 5, c.p.p. non sono limitate al difensore dell'indagato o dell'imputato nel cui procedimento sorge la necessità di svolgere operazioni di intercettazione, dovendo le stesse essere assicurate anche in tutti i casi in cui tali atti vengano eseguiti con riguardo alle comunicazioni di un professionista, iscritto all'albo, attinenti all'esercizio della funzione difensiva, anche se realizzate al di fuori del procedimento in cui l'operazione intercettativa è disposta<sup>11</sup>.

Del resto, se si considera la funzione delle garanzie dell'art. 103 c.p.p., risulterebbe irragionevole una differenziazione di disciplina a seconda del procedimento nel quale vengono compiuti gli atti che incidono sul rapporto tra parte e difensore, perché se occorre evitare interferenze in questo rapporto, presa di cognizione di notizie o di atti

---

<sup>11</sup> Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, Grollino, n. 25, in *Cass. pen.*, 1994, p. 910, con nota adesiva di A. Nappi, *Sulle garanzie di libertà del difensore*. A commento della sentenza v., altresì, G. Jesu, *Le garanzie di libertà del difensore nella ricostruzione delle Sezioni unite: un'opportuna precisazione e qualche nuovo dubbio*, cit., p. 2021 ss., che reputa convincenti le argomentazioni fornite dal Supremo Collegio perché conformi allo spirito del nuovo codice di procedura penale e sorrette da un'attenta esegesi delle norme. Ad avviso delle Sezioni Unite non può essere decisiva in senso contrario la considerazione che l'art. 103 c.p.p. è inserito nel libro primo che regola i soggetti e che «tali possono considerarsi solo coloro che siano in concreto intervenuti anche se con ruoli diversi dalle parti, nel rapporto processuale», perché ben può ritenersi che al legislatore sia apparso naturale collocare nel titolo destinato al difensore una disposizione di generale garanzia del rapporto difensivo, congegnata per «raccolgere varie disposizioni che nel Progetto del 1978 erano distribuite in varie altre norme». E ciò, prosegue la Corte, «rende più palese che si tratta di disposizioni tutte coordinate alla funzione difensiva».

tutelati con il segreto (artt. 200 e 256 c.p.p.) e sequestro di carte e documenti relativi all'oggetto della difesa, diversi da quelli che costituiscono corpo del reato (art. 103 comma 2), l'esigenza si presenta con uguali caratteristiche per gli atti compiuti nello stesso procedimento in cui si svolge il rapporto difensivo e per quelli compiuti in altri procedimenti<sup>12</sup>.

Dal punto di vista oggettivo si è, poi, posto il problema di comprendere se oggetto della garanzia in esame fossero solo le comunicazioni attinenti al tema della difesa o anche quelle vertenti su altre questioni. Sul punto autorevole dottrina ha considerato «ipotesi folle che un privilegio garantisca a tutti gli avvocati «emissioni e ricezioni assolutamente segrete, con chiunque comunichino, su ogni argomento»<sup>13</sup>. D'altro canto, c'è chi ha evidenziato come l'art. 103 c.p.p. derivi dall'intenzione del legislatore di riunire nel contesto di una disciplina «sistematicamente armonica, in quanto rispondente ad un principio unitario di tutela, la definizione dei limiti agli argomenti processuali in conflitto con i diritti della difesa», per cui la norma in questione «è da considerare una delle pietre miliari del codice», in cui si profila «tutta la prospettiva delle attività difensive, il cui bisogno di riservatezza è condizione infungibile di libertà»; a scongiurare il rischio che la norma in esame potesse frapporsi come ostacolo ad indagini concepite in senso inquisitorio, si opponeva il fatto che essa costituiva invece «l'espressione reale del principio del bilanciamento degli interessi in conflitto, la cui reciproca tutela ha necessità di una “zona protetta”, nei confini della legge»<sup>14</sup>.

La *vexata quaestio* è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Cassazione, che hanno circoscritto l'operatività del divieto di intercettazione alle sole comunicazioni inerenti la funzione difensiva. Più nel dettaglio, la Suprema Corte ha affermato che il divieto posto dall'art. 103, comma 5, c.p.p. non impedisce di intercettare qualunque conversazione o comunicazione di una persona che abbia la qualità di difensore, ma vieta soltanto gli atti intercettivi di comunicazioni attinenti al rapporto difensivo<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> V., ancora, Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 25, cit., secondo cui la difesa è salvaguardata sia se concerne il procedimento nel quale è stata disposta l'intercettazione, sia se concerne un altro procedimento, senza differenziare il trattamento di un'ipotesi dall'altra, anche perché sul piano costituzionale un trattamento diverso non potrebbe trovare convincente giustificazione. In senso critico, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 130, secondo cui nei suesposti termini estensivi, tale tesi finisce con il riconoscere a tutti i difensori una «guarentigia senza uguali nel nostro ordinamento».

<sup>13</sup> F. Cordero, *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 299, secondo cui, se così fosse, «l'establishment criminale acquisirebbe a buon mercato basi santuario da cui tessere indisturbato le sue tele».

<sup>14</sup> A. Cristiani, *sub art. 103 c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1989, p. 472 s.

<sup>15</sup> Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 25, cit. Successivamente, nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. IV, 5 ottobre 2016, n. 55253, in *CED Cass.*, n. 268618; Cass., Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 43410, *ivi*, n. 265096; Cass., Sez. V, 5 marzo 2013, n. 17979, *ivi*, n. 255516; Cass., Sez. VI, 20 settembre 2007, n. 2951, *ivi*, n. 238441; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2006, n. 34065, in *Arch. n. proc.*, 2007, p. 191; Cass., Sez. VI, 11 aprile 2001, n. 21206, in *CED Cass.*, n. 219076; Cass., Sez. VI, 2 novembre 1998, n. 1472, *ivi*, n. 213451.

Se così non fosse, ovvero se il divieto si estendesse a tutte le conversazioni, indipendentemente da quanto siano strumentali al mandato difensivo, si attribuirebbero agli avvocati prerogative maggiori rispetto a quelle riconosciute ai membri del Parlamento e al Capo dello Stato.

Poiché «il divieto in questione non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi rivesta la qualità di difensore e per il solo fatto di tale qualifica»<sup>16</sup>, *a contrario*, lo stesso non è invocabile se la conversazione non è pertinente all'attività professionale svolta<sup>17</sup> e se integra essa stessa un'ipotesi di reato<sup>18</sup>.

Il punto di maggiore criticità attiene alla valutazione sull'attinenza o meno della conversazione con la funzione svolta dal difensore stesso.

Secondo una “discutibile” interpretazione della normativa, avallata dalla giurisprudenza di legittimità, il divieto legislativo di sottoporre a captazione le conversazioni dell'avvocato con il proprio assistito sarebbe inoperante in quanto ad essere intercettata è l'utenza dell'indagato e non quella del suo legale<sup>19</sup>.

L'intercettazione, in questi casi, non sarebbe destinata a controllare specificamente le comunicazioni fra lo stesso indagato e il professionista; l'attività di ricerca della prova risulterebbe, pertanto, del tutto legittima in quanto, sulla base di un giudizio *ex ante*, «non animata dall'intento di insinuarsi nello “spazio protetto”» tutelato dall'art. 103, comma 5, c.p.p. Se ciò avviene, lo si deve ad una mera casualità: «un *vulnus*, comunque, rimuovibile attraverso il congegno dell'inutilizzabilità dei risultati così acquisiti»<sup>20</sup>.

Muovendo da tale formalistica giustificazione, secondo l'*iter* suggerito dal Supremo Collegio, il divieto contemplato dall'art. 103, comma 5, c.p.p. non varrebbe ad inibire l'attività di captazione, ma solo ad imporre – ad attività “illegittimamente” svolta – una valutazione postuma circa l'effettiva riconducibilità del colloquio intercettato all'interno della dimensione consentita dall'esercizio della funzione difensiva.

Conseguentemente, si è proposto di leggere la disposizione in esame come divieto non di disporre un'intercettazione presso il difensore, ma di utilizzare l'intercettazione già disposta. Tale interdizione sarebbe meramente eventuale, in quanto subordinata alla esistenza di due condizioni: da un lato, sarebbe necessario che l'attività difensiva sia esercitata lecitamente; dall'altro lato, che l'oggetto delle comunicazioni captate attenga alla difesa o alla consulenza.

---

<sup>16</sup> Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 25, cit.

<sup>17</sup> Cass., Sez. VI, 20 settembre 2007, n. 2951, in *CED Cass.*, n. 238441. Successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 17 marzo 2015, n. 18638, *ivi*, n. 263548.

<sup>18</sup> Cass., Sez. VI, 16 giugno 2003, n. 35656, in *Riv. polizia*, 2004, n. 11, p. 715, con nota di L. Mazza, *Indagini difensive e favoreggiamento*. In senso adesivo, Cass., Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 43410, cit.

<sup>19</sup> In questi termini, Cass., Sez. VI, 18 maggio 2005, Romeo, in *Guida dir.*, 2005, n. 39, p. 97.

<sup>20</sup> Per queste riflessioni v., F. Siracusano, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 3, p. 3.

L'affidamento ad una valutazione *ex post* del contenuto delle comunicazioni telefoniche intercettate tra l'indagato ed il proprio difensore produrrebbe un duplice effetto: si rivelerebbe funzionale sia per ripristinare la garanzia violata, rendendo la captazione, laddove illegittimamente raccolta, inutilizzabile a fini probatori sia, al contrario, per rendere legittima, e quindi, utilizzabile la conversazione, qualora si riveli idonea all'acquisizione di una nuova *notizia criminis* e avulsa da qualsiasi collegamento con l'esercizio dell'ufficio difensivo<sup>21</sup>.

Seguendo questo *iter* logico, il divieto di inutilizzabilità sancito dal combinato disposto degli artt. 103, comma 7, e 271 c.p.p. potrebbe, quindi, essere fatto valere a condizione che il difensore venga a conoscenza dei fatti a causa dell'esercizio delle funzioni difensive o della propria professione e sempre che attengano alla funzione esercitata, dato che la *ratio* del divieto di intercettazioni di conversazioni fra avvocato e proprio assistito va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa<sup>22</sup>.

Secondo il giudice di legittimità, per stabilire l'ambito di operatività della sanzione *de qua* è necessario procedere ad una valutazione globale del contenuto del colloquio intercettato che, seppur relativo ad altri aspetti dell'attività difensiva, non può essere escluso dal materiale probatorio qualora le informazioni da esso ricavabili non afferiscano al mandato difensivo conferito in relazione all'oggetto del procedimento penale nel cui ambito tali elementi di prova si vogliono acquisire. Al di fuori di tale contesto, «non può ogni colloquio con il difensore essere ricompreso nel campo di applicazione della inutilizzabilità, laddove la conversazione non sia pertinente all'esercizio dell'attività defensionale, ovvero qualora la stessa integri una fattispecie di reato»<sup>23</sup>.

Non ogni colloquio fra cliente e difensore può, quindi, essere qualificato come rientrante nell'ambito del mandato difensivo, ma solo quello che, in considerazione del contenuto complessivo della conversazione, possa far ritenere che l'avvocato, in quell'occasione, abbia svolto il suo tipico ruolo di difensore, che si esplica, in consigli, strategie difensive, richieste di chiarimenti.

Di conseguenza, nel caso in cui venga intercettata una conversazione fra l'indagato ed un avvocato legati da uno stretto rapporto di amicizia e familiarità, il giudice, al fine di stabilire se quel colloquio sia o meno utilizzabile, all'esito di un esame globale ed unitario dell'intera conversazione, deve valutare: a) se quanto detto dall'indagato sia finalizzato ad ottenere consigli difensivi, o, non sia, piuttosto, una mera confidenza che potrebbe essere fatta a chiunque si trovi in stretti rapporti di amicizia; b) se quanto detto dall'avvocato sia di natura professionale (e, quindi, rientrante nell'ambito del mandato

---

<sup>21</sup> In questi termini, F. Siracusano, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito*, cit., p. 3. Analogamente, R. G. Grassia, *L'ascolto dei colloqui tra imputato e difensore*, in T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Cacucci, Bari, 2018, p. 196.

<sup>22</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 5 marzo 2013, n. 17979, cit.

<sup>23</sup> Così R. G. Grassia, *L'ascolto dei colloqui tra imputato e difensore*, cit., p. 197, la quale specifica che in tal caso l'utilizzabilità delle intercettazioni nei confronti del difensore è giustificata solo qualora sia lo stesso esercente la professione legale ad essere persona sottoposta ad indagine.

difensivo), oppure abbia una mera natura consolatoria ed “amicale” a fronte delle confidenze ricevute<sup>24</sup>.

Esaminando attentamente la normativa nonché la ricostruzione operata dalla giurisprudenza di legittimità, risulta evidente che, rendere le conversazioni processualmente inutilizzabili, nell'ipotesi in cui il vaglio postumo ne confermi l'illegittimità, rappresenta una garanzia soltanto “apparente”, dato che non si impedisce comunque l'ascolto “impune” da parte di investigatori e inquirenti, così svuotando di significato prescrittivo lo stesso art. 103, comma 5, c.p.p.<sup>25</sup>.

L'orientamento espresso dal Supremo Collegio non appare, pertanto, condivisibile, perché realizza l'aggiramento del divieto normativo a priori, nonché dei limiti imposti a tutela dei diritti fondamentali di cui all'art. 8 CEDU e la consecutiva lesione della funzione difensiva<sup>26</sup>.

L'art. 103, comma 5, c.p.p. si erge, infatti, a scudo normativo del diritto di difesa, volto ad impedire agli organi investigativi di entrare in possesso di informazioni riservate, concernenti l'attività difensiva.

Il legislatore ha, così, inteso circoscrivere uno spazio di sicurezza, limitato ma rigorosamente tutelato, entro il quale difensore e assistito, difensore e consulenti tecnici ed ausiliari, «potessero organizzare le loro strategie di difesa, nei modi e nei termini consentiti dalla legge, senza il rischio di incorrere in interferenze captative, per definizione occulte, da parte dell'autorità requirente»<sup>27</sup>.

Tale norma non disciplina il divieto d'uso delle intercettazioni con e tra i soggetti della difesa, ma incide sulla sfera di garanzie delle libertà del difensore in chiave anticipatoria; essa dispone, con linguaggio inequivoco, che l'attività di intercettazione «non è consentita»<sup>28</sup>.

Lo stretto legame sussistente fra la garanzia di cui all'articolo 103, comma 5, c.p.p. e la funzione che esso tutela ne impone, quindi, l'estensione dell'operatività anche all'ipotesi in cui l'intercettazione sia casuale, prescindendo dal dato relativo all'utenza sottoposta a controllo, sia che si tratti di quella del legale, che di quella del cliente indagato.

La *ratio* dell'articolo in commento non può rinvenirsi nell'ammettere sempre l'intercettazione, vietandone l'impiego quando ricorrono le condizioni per disporre l'inutilizzabilità, perché un simile risultato è già predisposto nell'ambito dell'art. 271,

---

<sup>24</sup> Così Cass., Sez. II, 30 maggio 2018, n. 24451, in *www.diritto.it*; Cass., Sez. II, 29 maggio 2014, n. 26323, in *CED Cass.*, n. 259585.

<sup>25</sup> V., sul punto, A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 288; F. Siracusano, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito*, cit., p. 3.

<sup>26</sup> Cfr. 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. 25.

<sup>27</sup> S. Sau, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 185.

<sup>28</sup> In questi termini, v., ancora, F.R. Dinacci, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, cit., p. 25.

comma 2, c.p.p. ai sensi del quale «non possono essere utilizzate le intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'art. 200, comma 1, c.p.p. quando hanno ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati».

L'intercettazione telefonica tra una persona formalmente indagata, con utenza legittimamente posta sotto controllo, e il proprio difensore realizza, così, una palese violazione del divieto stabilito dall'art. 103, comma 5, c.p.p., che deve operare *ex ante* rispetto all'attività vietata e non essere rimodulato mediante una successiva declaratoria di inutilizzabilità probatoria del contenuto delle conversazioni, rappresentando quest'ultima un rimedio postumo qualora il divieto non abbia operato<sup>29</sup>.

La speciale garanzia anticipatoria deve, naturalmente, realizzarsi anche nell'ipotesi in cui l'assistito sia detenuto (sia in fase di custodia cautelare che di condanna definitiva), per effetto del combinato disposto degli artt. 103, comma 5, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p., non potendo lo stato di privazione della libertà personale comportare una *deminutio* delle prerogative difensive.

L'art. 103 c.p.p., nel suo complesso, si contraddistingue per il fatto di limitare l'esperibilità di singoli atti di indagine – stabilendo precisi limiti alla loro effettuazione – e, allo stesso tempo, per configurare l'assolutezza del divieto in questione esclusivamente nei riguardi dello strumento intercettivo.

Se, quindi, si aderisse alla interpretazione realizzata dalla Suprema Corte sulla valutazione postuma si realizzerebbe una «“paradossale” disposizione di perquisizioni, sequestri e controlli sulla corrispondenza in deroga alla restrittiva disciplina ordinaria, e, di contro, l'effettuazione di intercettazioni come in ogni altro caso, con la sola condizione del controllo *ex post* sull'utilizzabilità»<sup>30</sup>.

Nel bilanciamento fra l'interesse a reperire eventuali prove o acquisire *notiziae criminis* e l'interesse a salvaguardare determinate posizioni soggettive nel procedimento si dovrebbe dare prevalenza a quest'ultimo, inibendo in senso assoluto l'attivazione delle intercettazioni, piuttosto che disporre l'inutilizzabilità delle conversazioni captate.

Si pone, all'evidenza, un'ulteriore questione: *quid iuris* nell'ipotesi di intercettazione casuale ed imprevedibile che veda coinvolto un soggetto per il quale è vietata l'intercettazione?

---

<sup>29</sup> Nel senso che il divieto *ex art.* 103, comma 5, c.p.p. vale a delegittimare “a monte” l'intercettazione tra il difensore e il proprio assistito v. A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., p. 131; L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 96; G. Frigo, *sub art.* 103, in E. Amodio-O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1989, p. 670 s.; G. Pansini, *Sono utilizzabili i colloqui dell'avvocato se gli indizi precedono l'intercettazione*, in *Dir. e giust.*, 2001, n. 26, p. 19; A. Scalfati, *Ricerca della prova e immunità difensive*, cit., p. 288.

<sup>30</sup> V., ancora, R. G. Grassia, *L'ascolto dei colloqui tra imputato e difensore*, cit., p. 200.

La Corte Costituzionale – analizzando la questione con particolare riferimento alla intercettazione del Capo dello Stato – ha precisato che in tali fattispecie il momento di tutela della riservatezza della conversazione si sposta da quello preventivo a quello successivo e concerne non solo i profili della inutilizzabilità processuale dell'intercettazione ma anche a quello della distruzione con modalità che ne impediscano una illecita divulgazione<sup>31</sup>.

L'orientamento espresso dal Giudice delle leggi non appare pienamente condivisibile, in quanto, a parte la difficile qualificazione oggettiva delle caratteristiche di imprevedibilità e inevitabilità delle captazioni, tali caratteristiche vengono meno nel momento stesso in cui la persona intercettata venga riconosciuta come soggetto per il quale la legge prescrive il divieto di intercettazione: a questo punto «l'intercettazione deve essere interrotta *illico et immediate* non essendo affatto necessario alcun ulteriore “meccanismo” specifico deputato ad ordinare l'interruzione di una captazione nel momento in cui se ne sia riconosciuta la illegittimità»<sup>32</sup>. L'ascolto e la registrazione devono, pertanto, essere, interrotti non appena l'operatore ne individui l'illiceità anche in situazioni connotate dalla imprevedibilità.

2. Dalla descrizione della normativa sino ad oggi vigente e delle relative posizioni giurisprudenziali attestatesi sulla materia, emerge come si profilasse davvero necessario un intervento del legislatore volto a meglio contemperare le diverse e contrapposte esigenze che sottostanno a questo delicato strumento di indagine.

Intervento che si è realizzato con il decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161 in tema di *Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o*

---

<sup>31</sup> Così, Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1, in *Proc. pen. giust.*, 2013, n. 3, p. 50, con nota di L. Camaldo, *La tutela “assoluta” della riservatezza del Capo dello Stato: inammissibilità e distruzione immediata delle intercettazioni di conversazioni*. A commento della stessa cfr., altresì, N. Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la procura di Palermo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 gennaio 2013; F. Viganò, *La sentenza della Corte Costituzionale sul conflitto di attribuzione tra presidente della Repubblica e procura di Palermo*, *ivi*, 16 gennaio 2013.

<sup>32</sup> S. Sau, *In tema di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni: alcune riflessioni a margine di una recente inchiesta giudiziaria*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 5, p. 189. In senso adesivo alle statuizioni della Corte Costituzionale L. Camaldo, *La tutela “assoluta” della riservatezza del Capo dello Stato: inammissibilità e distruzione immediata delle intercettazioni di conversazioni*, *cit.*, p. 59; P. Pacifico, *La disciplina delle intercettazioni e la tutela della riservatezza delle conversazioni anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 15 gennaio 2013*, *Scuola superiore della Magistratura. Struttura didattica territoriale di Catania*, 11 aprile 2013, p. 3, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it).



comunicazioni<sup>33</sup>, convertito nella legge 28 febbraio 2020 n. 7<sup>34</sup>.

Quest'ultimo è intervenuto, a distanza esatta di due anni, sulla complessa disciplina delineata dalla "riforma Orlando", di cui al d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216 recante *Disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103*<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Per le modifiche apportate dal d.l. n. 161/2019, v. R. Bricchetti, *Prime considerazioni sul disegno di legge per la riforma del processo penale*, in *Il penalista (web)*, 24 febbraio 2020; L. Filippi, *Intercettazioni: indietro tutta!*, in *Penale diritto e procedura (web)*, 24 gennaio 2020; C. Gittardi, *La riforma delle intercettazioni, Dopo due anni, alla stretta finale con molte novità*, in [www.giustiansieme.it](http://www.giustiansieme.it); C. Larinni, *La (contro)riforma delle intercettazioni*, in *Discrimen (web)*, 24 gennaio 2020, p. 1 ss.; A. Marandola, *Intercettazioni: una riforma nel segno della "non dispersione"*, in *Il penalista (web)*, 24 febbraio 2020; C. Parodi, *Il nuovo decreto intercettazioni: le indicazioni sulla riservatezza*, in *Il penalista (web)*, 13 gennaio 2020; D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, in *Sistema penale (web)*, 2020, n. 2, p. 71 ss.; A. Scalfati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, in *Arch. pen. (web)*, n. 1, 2020, p. 1 ss.; G. Spangher, *DL intercettazioni: una controriforma dall'avvio incerto*, in *Guida dir.*, 2020, n. 10, p. 14 ss.

<sup>34</sup> Sulle novità introdotte in sede di conversione in legge, cfr. G. Amato, *Giurisprudenza e prassi operativa dovranno intervenire*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, p. 36 ss.; Id., *PM "guardiano" della riservatezza, una scelta utopistica*, *ivi*, n. 13, p. 47 ss.; A. Famiglietti, *Novità legislative interne*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2, 2020, p. 308 ss.; C. Parodi, *Convertito il d.l. 161/2019 in materia di intercettazioni: le correzioni di rotta*, in *Il penalista (web)*, 26 febbraio 2020; G. Spangher, *La riforma sconta due mesi di proroga, in vigore dal 1 maggio*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, p. 34 ss. In generale sul complesso della riforma, cfr. S. Ciampi, *La riforma delle intercettazioni e le sue ricadute sulla conclusione delle indagini preliminari*, in *Arch. pen. (web)*, n. 3, 2020, p. 1 ss.; A. Diddi, *Le novità in materia di intercettazioni telefoniche*, in *Penale diritto e procedura (web)*, 31 agosto 2020; L. Filippi, *Habemus legem!*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 453 ss.; Id., *Intercettazioni: finalmente una legge! (ma in vigore a settembre)*, in *Penale diritto e procedura (web)*, 2020, n. 1, p. 23 ss.; F. Ruggeri, *La nuova disciplina delle intercettazioni: alla ricerca di una lettura sistematica*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, n. 4, p. 932 ss.; G. Tabasco, *I risultati delle intercettazioni nei "procedimenti diversi"*, in *Arch. pen. (web)*, n. 2, 2020, p. 1 ss.

<sup>35</sup> A commento della riforma operata con il d.lgs. 216/2017, cfr. A. Bargi, *L'elusione delle garanzie sostanziali convenzionali nella riforma delle intercettazioni tra illusione (la tutela della privacy) e realtà*, in D. Chinnici, A. Gaito (a cura di), *Regole europee e processo penale*, 2<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 87 ss.; T. Bene (a cura di), *L'intercettazione di comunicazioni*, Cacucci, Bari, 2018; Ead., *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, p. 7 ss.; P. Dell'anno, A. Zampaglione, *Il tanto atteso decreto sulle intercettazioni tra protezione dei colloqui e regolamentazione dell'uso del trojan*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini, Pisa, 2018, p. 19 ss.; L. Filippi, *Attuazione della delega sulle intercettazioni. Un'altra occasione mancata*, in *Il penalista*, 29 gennaio 2018; Id., *Intercettazioni: una riforma complicata e inutile*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 294 ss.; G. Giostra, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 521 ss.; G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, Giappichelli, Torino, 2018; O. Mazza, *Le nuove intercettazioni* (a cura di), Giappichelli, Torino, 2018; Id., *Amorfismo legale e adiafora costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 4, p. 683 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, n. 1, p. 169 ss.; D. Potetti, *Intercettazioni e misure cautelari nel d.lgs. 216 del 2017*, in *Cass. pen.*, 2019, p. 1197

Il decreto delegato prevedeva inizialmente che la novella legislativa avrebbe trovato applicazione per le operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto medesimo.

Si sono, poi, succedute diverse disposizioni normative che, senza apportare alcuna modifica alla disciplina, ne hanno di volta in volta rinviato l'efficacia sino ai provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 dicembre 2019<sup>36</sup>.

All'esito di due anni di stasi, il d.l. n. 161/2019, nell'intervenire sui contenuti della riforma Orlando, ha inciso nuovamente anche sulla disciplina transitoria rinviandone la decorrenza, ai sensi dell'art. 1, comma 1, n. 1), ai procedimenti penali iscritti dopo il 29 febbraio 2020.

Si trattava, evidentemente, di un termine irrealistico tanto da far sorgere il dubbio che fosse stato inserito solo per giustificare il ricorso alla decretazione d'urgenza<sup>37</sup>; così in sede di conversione in legge (l. n. 7 del 2020) il Parlamento aveva prospettato tempi ragionevolmente più lunghi in considerazione del fatto che il Ministero della giustizia non aveva ancora ultimato l'installazione e l'attivazione delle nuove dotazioni informatiche necessarie per dare piena attuazione alle nuove disposizioni processuali, facendo slittare l'entrata in vigore dopo il 30 aprile<sup>38</sup>.

Tuttavia, subito dopo l'approvazione della legge, l'emergenza sanitaria causata dalla pandemia da Coronavirus ha impedito, evidentemente, di completare quelle «complesse misure organizzative in atto, anche relativamente alla predisposizione di apparati elettronici e digitali» e di effettuare «le attività di collaudo dei sistemi presso i singoli uffici giudiziari delle Procure della Repubblica» in modo da «giungere all'entrata in vigore della disciplina con le misure organizzative completamente

---

ss.; D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 189 ss.; G. Spangher, *Critiche. Certezze. Perplexità. Osservazioni a prima lettura sul recente decreto legislativo in materia di intercettazioni*, in *Giur. pen. (web)*, 8 gennaio 2018; F. Vergine, *La riforma della disciplina delle intercettazioni: un valzer con un'orchestra scordata*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, n. 4, p. 787 ss.

<sup>36</sup> L'art. 2, comma 1, d.l. 25 luglio 2018, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 21 settembre 2018, n. 108, ne aveva inizialmente rinviato l'applicazione alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il 31 marzo 2019; quindi, l'art. 1, comma 1139, lettera a), legge 30 dicembre 2018, n. 145 aveva posticipato al 31 luglio 2019; da ultimo, l'art. 9, comma 2, lettera a), decreto legge 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni dalla legge 8 agosto 2019, n. 77, aveva rinviato appunto al 31 dicembre 2019.

<sup>37</sup> La scelta di ricorrere alla decretazione d'urgenza desta qualche perplessità laddove, allo stesso tempo, rinvia a distanza di due mesi, e quindi ad un momento successivo alla legge di conversione, l'applicazione della nuova disciplina. Sollevano criticità sul punto D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, cit., p. 72; A. Scalfati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 1.

<sup>38</sup> Cfr. G. Spangher, *La riforma sconta due mesi di proroga, in vigore dal 1° maggio*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, p. 34.

dispiegate e funzionanti»<sup>39</sup>. Così il d.l. 30 aprile 2020, n. 28 recante *Misure urgenti per la funzionalità dei sistemi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19* ha differito, ancora una volta, il termine dell'entrata in vigore della nuova disciplina in materia di intercettazioni, posticipandolo alla data del 1 settembre 2020<sup>40</sup>.

Quella delle intercettazioni è una materia che da decenni si colloca al centro del dibattito politico e parlamentare, attesa la natura primaria e delicata degli interessi coinvolti: «dalla efficacia dell'azione di accertamento dei reati alla tutela della riservatezza; dal diritto di informare ed essere informati al diritto di difesa»<sup>41</sup>.

Il tema è particolarmente delicato poiché «attraversa i rapporti tra la magistratura, gli organi di stampa e i terzi estranei ai reati, il cui diritto alla riservatezza ed alla segretezza delle comunicazioni è talvolta ingiustificatamente leso»<sup>42</sup>.

Si è più volte cercato di porre mano alla disciplina di questo importante strumento investigativo, con l'obiettivo di raggiungere un apprezzabile punto di equilibrio, senza però che le varie iniziative giungessero ad un approdo legislativo, sino appunto all'emanazione del d.lgs. n. 216/2017<sup>43</sup>.

Nella *Relazione illustrativa* al provvedimento in esame si legge testualmente che le disposizioni adottate «perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee

---

<sup>39</sup> V. *Relazione tecnica al d.d.l. n. 1659 di conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, p. 7, in *Atti Senato, XVIII<sup>o</sup> leg., Disegni di legge e relazioni*.

<sup>40</sup> A commento del provvedimento cfr. M. Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in *Sistema penale (web)*, 1 maggio 2020.

<sup>41</sup> Così G. Giostra, R. Orlandi, *Introduzione*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., VII.

<sup>42</sup> Così T. Bene, *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, cit., p. 9.

<sup>43</sup> Il relativo schema di decreto legislativo è stato approvato in primo esame preliminare, su proposta del Ministro della giustizia, in occasione della seduta del Consiglio dei Ministri del 2 novembre 2017 e, quindi, trasmesso alle Camere per i relativi pareri in sede consultiva; il testo definitivo del decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, dopo un secondo esame preliminare nel corso della seduta del 18 dicembre, è stato approvato nella successiva seduta del 29 dicembre 2017 e pubblicato in gazzetta ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2018.

alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova»<sup>44</sup>.

La riforma del 2017 tocca molti punti nevralgici della disciplina codicistica delle intercettazioni: tutela della riservatezza delle comunicazioni, criteri e procedura di selezione delle intercettazioni rilevanti, conservazione del materiale intercettato, diritto e modalità di accesso agli atti, utilizzazione a fini cautelari dei risultati delle captazioni, tutela della libertà di stampa e del diritto all'informazione, repressione della diffusione di captazioni fraudolentemente acquisite, impiego di "captatori informatici" (c.d. *trojan horses*).

Punto centrale dell'intervento legislativo è il proposito di innalzamento del grado di tutela della riservatezza dei soggetti sottoposti ad intercettazioni, specialmente di coloro che risultino occasionalmente coinvolti ed estranei all'attività investigativa, quali, ad esempio, quei terzi che fortuitamente prendano contatto con i reali destinatari delle captazioni<sup>45</sup>. L'obiettivo è realizzare un giusto equilibrio tra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale, ovvero la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.) e il diritto all'informazione (art. 21 Cost.)<sup>46</sup>.

Nell'elenco dei diritti presi in considerazione dalla Relazione si nota, tuttavia, una grande assenza: non vi è alcun riferimento al diritto di difesa, un bene anch'esso di matrice costituzionale, con cui non ci si può non confrontare nell'affrontare una disciplina così complessa come quella delle intercettazioni, che incide in materia determinante sull'esercizio della funzione difensiva.

<sup>44</sup> Relazione illustrativa allo «Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni», in *Atti Senato, XVII leg., Disegni di legge e relazioni*, A. S. n. 472-bis.

<sup>45</sup> Sui contenuti della legge-delega v. 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*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 289 ss.; A. Camon, *Intercettazioni e fughe di notizie: dal sistema delle circolari alla riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 1 ss.; C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella "delega Orlando"*, in *Dir. pen. cont. trim.*, 2017, n. 3, p. 78 ss.; D. Ferranti, *Riflessioni sulle linee guida della riforma del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2631 ss.; L. Giordano, *La delega per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in T. Bene-A. Marandola (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 357 ss.; L. Filippi, *La delega in materia di uso del captatore informatico*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, Pacini, Pisa, 2017, p. 151 ss.; C. Parodi, *La delega in materia di intercettazioni contenuta nella riforma della giustizia penale*, in *Il penalista*, 24 luglio 2017; A. Zampaglione, *Delega in materia di intercettazioni: un costante bilanciamento di interessi*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando*, cit., p. 111 ss.

<sup>46</sup> Evidenzia sul punto G. Pestelli, *Brevi note sul decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, cit., p. 170, che «lo snodo applicativo attorno a cui ruota l'intero impianto normativo è quello di tentare di conciliare, senza (apparentemente) limitarli nell'*an* e nel *quomodo*, i poteri investigativi dell'Autorità giudiziaria con la tutela dei diritti alla riservatezza di terzi e finanche degli stessi indagati, allorché oggetto delle captazioni siano dati "irrelevanti" ai fini delle indagini ovvero dati personali c.d. sensibili parimenti irrilevanti ovvero, ancora, allorché le registrazioni riguardino eventuali comunicazioni fortuitamente ed occasionalmente captate di cui è vietata per legge l'intercettazione», come, ad esempio, i colloqui tra indagato e difensore *ex art. 103 c.p.p.*

La segretezza delle comunicazioni del difensore si configura, infatti, come condizione necessaria affinché lo stesso possa esercitare efficacemente il proprio ruolo nel processo<sup>47</sup>.

Il dato che più sconcerta è che il legislatore si sia preoccupato di salvaguardare la tutela della privacy, sacrificando il diritto di difesa, la cui inviolabilità è, invece, costituzionalmente sancita in ogni stato e grado del procedimento. Lo stesso art. 24, comma 2, Cost. non prevede possibili limitazioni alla difesa, a differenza di altri diritti costituzionali, come la segretezza delle comunicazioni, che il legislatore può, invece, circoscrivere. Siamo quindi in presenza di un «“super” diritto costituzionale che non patisce né limitazioni né bilanciamenti. La difesa deve essere garantita nella sua pienezza in ogni contesto processuale e di fronte ad essa ogni altra esigenza, anche se, a sua volta, di rilievo costituzionale, risulta subvalente»<sup>48</sup>.

Il legislatore, tanto delegante quanto delegato, è incorso in un gravissimo errore di sintassi costituzionale nel porre in bilanciamento la tutela della riservatezza dei soggetti casualmente coinvolti, o anche solo evocati, nelle intercettazioni con il diritto di difesa dell'imputato. Da questo difetto d'impostazione, «seriamente contestabile sul piano della legittimità costituzionale, è poi derivata una disciplina di dettaglio che assomma al *vulnus* inferto al diritto di difesa un'inefficace tutela dello stesso interesse al rispetto della riservatezza su informazioni non processualmente rilevanti»<sup>49</sup>.

Alla luce dei profondi rilievi critici sollevati, la l. n. 7/2020, convertendo in legge il d.l. 161/2019, “tenta” di realizzare il difficile temperamento fra la tutela della riservatezza delle persone e le garanzie della difesa nello svolgimento delle indagini preliminari, introducendo correttivi «volti a eliminare alcuni effetti distorsivi» derivanti «dall'immediata ed integrale applicazione del d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216»<sup>50</sup>.

Si è, così, realizzata una vera e propria “controriforma” contenente alcune novità ma anche tante criticità, come il rafforzamento dei poteri del pubblico ministero, un certo appannamento del ruolo del giudice delle indagini preliminari e alcuni *deficit* difensivi<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Su questi profili cfr., F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in G. Giostra, R. Orlandi, *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 94; F. R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 32.

<sup>48</sup> Così O. Mazza, *Amorfismo legale e adiafora costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 684.

<sup>49</sup> Ancora O. Mazza, *Amorfismo legale e adiafora costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 684.

<sup>50</sup> Cfr. Relazione introduttiva al d.d.l. 2324 *Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Atti Camera, XVIII leg.*

<sup>51</sup> Cfr. G. Spangher, *DL intercettazioni: una controriforma dall'avvio incerto*, in *Guida dir.*, 22 febbraio 2020, n. 10, p. 14 ss. Le modifiche, in particolare, hanno riguardato gli artt. 114, 242, 266, 267, 268, 269, 270, 291, 293, 295, 415-bis, 422, 454, 472 c.p.p. nonché gli artt. 89, 89-bis, 92 disp. att. c.p.p. Gli

3. Per quanto concerne le comunicazioni intercorrenti fra il difensore e il proprio assistito, l'art. 103, comma 5, c.p.p. già pone il divieto di attività diretta di intercettazione nei confronti del difensore, con conseguente inutilizzabilità delle relative acquisizioni, come previsto dal successivo comma 7.

L'art. 2 del d.lgs. n. 216 del 2017, interpolando l'ultimo comma dell'art. 103 c.p.p., ha inserito una previsione che (sarebbe) diretta a salvaguardare più efficacemente la riservatezza delle comunicazioni "comunque" captate con il legale.

In particolare, il nuovo periodo conclusivo del comma 7 – mantenuto anche dal d.l. n. 161/2019 e dalla successiva legge di conversione n. 7/2020 – dispone il divieto di trascrivere, anche sommariamente, il contenuto delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati e incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, prevedendo che nel verbale delle operazioni siano annotate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta, senza riproporre il contenuto del dialogo, al fine soltanto di lasciare traccia della conversazione per la sua futura distruzione.

La *ratio* va individuata nell'esigenza di evitare che, una volta caduto il segreto investigativo, possa essere pubblicato il contenuto di comunicazioni irrilevanti, andando a ledere la riservatezza di terzi occasionalmente coinvolti<sup>52</sup>.

Tuttavia, non si può non rilevare che l'intervento legislativo realizza, di fatto, soltanto una parziale e non sufficiente tutela del diritto di difesa, che avrebbe meritato maggiore protezione con l'inserimento di una diversa modalità operativa comportante direttamente l'interruzione dell'intercettazione stessa<sup>53</sup>.

Dal testo licenziato emerge, infatti, che le comunicazioni telefoniche con il difensore potranno ancora essere ascoltate dal pubblico ministero, non essendo stata prevista l'immediata interruzione della captazione quando uno degli intercettati sia, appunto, il difensore; in tal modo si consente, così, all'accusa di conoscere le strategie difensive, non rivelandosi certamente sufficiente la sanzione della inutilizzabilità a garantire la sacralità del perimetro del diritto di difesa.

---

artt. 268-bis, 268-ter, 268-quater e l'art. 493-bis c.p.p. sono stati integralmente abrogati. Infine, sono stati modificati gli artt. 6 e 9 del d.lgs. n. 216 del 2017.

<sup>52</sup> Sulle intercettazioni "occasionalmente" cfr. P. De Pascalis, *Sul regime di utilizzabilità delle intercettazioni casuali di un componente del Parlamento*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 29 maggio 2013; M. Deganello, *Presidenza della Repubblica ed intercettazioni fortuitamente apprese: una decisione non sufficientemente meditata della Corte costituzionale*, *ivi*, 25 febbraio 2014.

<sup>53</sup> Si segnala, al riguardo, quanto prospettato dal Consiglio Nazionale Forense che, in sede di audizione parlamentare - 2° Commissione permanente (Giustizia), Seduta n. 108 del 4 febbraio 2020, audizione Consigliera Giovanna Ollà - ha sottolineato come «solo l'immediata interruzione dell'intercettazione (attraverso lo spegnimento dei sistemi informatici utilizzati) o della captazione (ndr: attraverso il c.d. trojan) possono garantire una reale ed effettiva tutela del diritto di difesa mettendolo al riparo dall'ascolto da parte di ausiliari dell'accusa».

Desta particolare perplessità la circostanza che nell'ambito di un intervento normativo che si afferma essere stato ispirato dall'intento di tutelare la segretezza delle comunicazioni, nulla venga disposto per salvaguardare la segretezza e l'inviolabilità delle comunicazioni tra il legale ed il proprio assistito.

La novella appare, così, in palese contrasto, per il profilo sostanziale, con l'art. 15 Cost. e con l'art. 8 CEDU e, sotto l'aspetto procedurale, è chiaramente lesiva del diritto di difesa e della parità delle parti, in evidente violazione degli artt. 24 e 111 della Carta Costituzionale<sup>54</sup>.

La *ratio* della legge delega n. 103/2017 e del successivo decreto attuativo era ispirata ad introdurre un sistema di valutazione preventiva della rilevanza dei risultati delle intercettazioni, escludendo quelli non necessari ai fini investigativi fin dalla fase dell'ascolto e creando una distinzione tra il materiale rilevante, destinato a confluire nel fascicolo delle indagini e poi in quello del dibattimento, e quello non rilevante, che rimaneva custodito nell'archivio riservato<sup>55</sup>.

In quest'ottica, il d.lgs. n. 216 del 2017, inserendo il comma *2-bis* nell'ambito dell'art. 268 c.p.p., aveva introdotto un vero e proprio divieto di trascrizione, anche sommaria, delle conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, ovvero concernenti dati personali sensibili, divieto che operava fin dalla fase della captazione.

Tale previsione aveva destato particolari perplessità, producendo oltre all'indebolimento del ruolo del pubblico ministero – che perdeva in favore della polizia giudiziaria delegata agli ascolti delicate prerogative di selezione del materiale intercettato<sup>56</sup> – anche la non trascurabile macchinosità della nuova disciplina (art. 268, commi *2-bis* e *2-ter*, c.p.p.)<sup>57</sup>. Da più parti – oltre a sottolinearne l'inadeguatezza

---

<sup>54</sup> V. *Osservazioni dell'unione delle camere penali italiane sulla conversione in legge del d.l. 30.12.19 n. 161 in materia di intercettazioni*, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it), 6 aprile 2020, p. 6, ove si evidenzia, altresì, che la mancata tutela del diritto di difesa trova decisivo riscontro nella omissione di un necessario intervento per rendere effettive le prerogative pure già riconosciute al difensore.

<sup>55</sup> Cfr. *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. 35, 23 marzo 2020, sulle novità normative introdotte dalla l. n. 7/2020, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>56</sup> Cfr., al riguardo, G. Santalucia, *Vero e falso nelle ragioni della annunciata controriforma delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2761 ss., che sottolinea come la principale critica al d.l. 216/2017 si è soprattutto concentrata sul ruolo della polizia giudiziaria che sarebbe stato potenziato in danno di quello del pubblico ministero. Da qui l'allarme di una polizia giudiziaria divenuta «il vero arbitro delle sorti non solo dei diritti alla riservatezza ma anche, e soprattutto, delle indagini».

<sup>57</sup> Per una dettagliata analisi delle criticità connesse alla riforma Orlando cfr. G. Giostra, *I nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 521 ss., che evidenzia come dall'improbabile potere selettivo affidato alla polizia giudiziaria discendessero tortuosi passaggi procedurali. L'autore – riportando l'acuta osservazione di Ennio Flaiano: «in Italia la via più breve tra due punti è sempre l'arabesco» - sottolinea come dalla cernita affidata alla polizia prenda «ineluttabilmente avvio la prima voluta dell'arabesco: poiché la selezione effettuata dalla polizia giudiziaria potrebbe non essere condivisa dal pubblico ministero, la stessa delega prevede che questi ne sia “preventivamente” informato per poter verificare l'eventuale rilevanza delle conversazioni giudicate estranee all'accertamento dei fatti dalla polizia giudiziaria (art. 1 comma 84 n. 5 legge delega). Poiché questa interlocuzione esplicativa non può svolgersi in maniera del tutto informale privando la difesa di preziosi elementi di conoscenza in ordine

rispetto all'obiettivo prefissato dal legislatore – si ritenevano le nuove disposizioni «dannose per le indagini, poco rispettose del diritto di difesa e persino lesive delle prerogative dell'informazione»<sup>58</sup>.

Si è evidenziato come la soluzione prospettata dalla delega e poi accolta dal legislatore delegato fosse costruita intorno ad «un'infelice idea-madre», che vedeva la polizia giudiziaria obbligata a trascrivere soltanto le conversazioni che reputava rilevanti<sup>59</sup>.

Si demandava, poi, ai pubblici ministeri il compito di seguire passo dopo passo l'andamento degli ascolti e di intervenire immediatamente per scartare, e dunque non trascrivere nei cd. brogliacci, le comunicazioni prive di interesse investigativo,

---

alle comunicazioni documentate in modo “criptato” (data, ora e dispositivo), il legislatore delegato ha stabilito che la polizia giudiziaria debba fornire al pubblico ministero annotazioni sul contenuto dei dialoghi “scartati” (art. 267 comma 4 c.p.p.).

Poiché il pubblico ministero può dissentire dalla cernita proposta dalla polizia giudiziaria, gli si è dovuto riconoscere il potere di disporre la trascrizione nel verbale di quei colloqui che gli sono stati prospettati come irrilevanti, ove li ritenga invece processualmente pertinenti (art. 268 comma 2-ter c.p.p.).

Poiché le valutazioni del pubblico ministero potrebbero a loro volta non essere condivise dai difensori, a questi non poteva non riconoscersi il diritto di prendere visione non solo di quanto trascritto nel verbale, ma anche delle annotazioni esplicative che la polizia giudiziaria ha fornito al pubblico ministero, per capire se ci sono conversazioni rilevanti tra quelle rimaste “criptate” ed eventualmente procedere all'ascolto (art. 268-bis commi 1 e 2 c.p.p.).

Poiché solo il giudice può imparzialmente apprezzare ciò che è rilevante, le parti debbono poter prospettare le loro opzioni al giudice che decide quali colloqui siano da acquisire al procedimento e rendere ostensibili (art. 268-ter c.p.p.).

Poiché al giudice potrebbe nascere il dubbio che tra le conversazioni ancora relegate nel *caveau* dell'archivio riservato ve ne possano essere di rilevanti, può procedere all'ascolto delle stesse (art. 268-quater comma 1 c.p.p.). Fine dell'arabesco».

<sup>58</sup> In questi termini D. Pretti, *La metamorfosi delle intercettazioni: la contro-riforma Bonafede e l'inarrestabile mito della segretezza delle comunicazioni*, cit., p. 73. Osserva O. Mazza, *Amorfismo legale e adiafora costituzionale nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 684, come la disposizione ex art. 268, comma 2-bis, c.p.p. risultasse tecnicamente mal formulata, come quasi tutto il decreto legislativo, prestandosi ad essere letteralmente interpretata nel senso di «escludere dalle trascrizioni e di destinare all'archivio riservato solo quelle informazioni connotate dalla doppia irrilevanza, per l'oggetto e per il soggetto interessato, con la ridondante specificazione riferibile ai dati sensibili processualmente irrilevanti, a sua volta foriera di dubbi interpretativi». Manifestano, altresì, criticità, F. Alonzi, *Contenuti e limiti del diritto di difesa*, in G. Giostra, R. Orlandi (a cura di), *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, cit., p. 93 ss.; T. Bene, *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, cit., p. 9 ss.; F.R. Dinacci, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. Mazza (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, cit., p. 32; G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, cit., p. 169 ss.

<sup>59</sup> In questi termini, G. Giostra, *I Nuovi equilibri tra diritto alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 525, che sottolinea come, così formulata, l'interlocuzione con il pubblico ministero diventerebbe per la polizia giudiziaria più impegnativa dell'operazione di ascolto stessa.



specialmente quando attenessero alla vita privata degli interlocutori o dei terzi da loro menzionati<sup>60</sup>.

Questo controllo *in progress* da parte dell'organo dell'accusa era sembrato l'unico efficace rimedio per evitare «abusi e superficialità di approccio» e quindi la formazione di brogliacci d'ascolto «inutilmente arricchiti di notizie capaci di ledere riservatezza e reputazione delle persone», una volta oggetto di divulgazione pur non indebita<sup>61</sup>.

È, invece, prevalsa l'idea che la «costante attenzione selettiva dei pubblici ministeri avrebbe prodotto guasti alle indagini e quindi all'accertamento dei fatti», e si è preferito allentare i presidi posti a tutela dei diritti delle persone coinvolte anche solo occasionalmente dalle operazioni di intercettazione<sup>62</sup>.

Per tali ragioni, la disciplina inerente l'indicazione, nel verbale delle operazioni, dei contenuti delle comunicazioni intercettate è stata ripristinata nei contenuti precedenti alla riforma Orlando<sup>63</sup>.

Il d.l. 161/2019, convertito con modificazioni nella l. 7/2020, ha, così, disposto la soppressione dell'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 267 c.p.p. – che onerava la polizia giudiziaria di informare il pubblico ministero preventivamente, prima cioè della formale trascrizione, delle intercettazioni in ipotesi inutilizzabili o lesive delle esigenze di riservatezza – e ha eliminato la previsione contenuta nel comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. che vietava alla polizia giudiziaria la trascrizione, anche sommaria, delle comunicazioni irrilevanti ai fini delle indagini (sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti, o la trattazione di dati personali sensibili), demandando al p.m. il compito di ordinare la trascrizione delle suddette intercettazioni quando ne ritenesse la rilevanza per i fatti oggetto di prova” (art. 268, *comma 2-ter*, c.p.p.).

Il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. stabilisce che il pubblico ministero debba vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, «salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini»<sup>64</sup>. Viene meno l'iniziale valutazione

---

<sup>60</sup> Evidenzia T. Bene, *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, cit., p. 11, come le perplessità nei riguardi della nuova disciplina fossero destinate ad aumentare esaminando le modalità di redazione del cd. brogliaccio d'ascolto; le previsioni, «in via teorica apprezzabili», non assicuravano, tuttavia, «un controllo qualitativo efficiente».

<sup>61</sup> G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, in *Sistema penale (web)*, n. 1, 2020, p. 49.

<sup>62</sup> Ancora, G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 49.

<sup>63</sup> Cfr., sempre, G. Santalucia, *Il diritto alla riservatezza nella nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., p. 48, secondo cui ha prevalso la tentazione di ritornare al passato, «soluzione certo più comoda ma che non rende giustizia di tante condivise critiche a quell'impianto normativo, che troppe volte ha mostrato nei fatti di non essere adeguato al compito di regolare, senza ingiustificati sacrifici, gli interessi potenzialmente confliggenti».

<sup>64</sup> Merita evidenziare che in sede di conversione in legge il comma 2-*bis* dell'art. 268 c.p.p. ha subito una nuova modifica normativa, ai sensi della quale nei verbali possono essere riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge **soltanto se**

discrezionale della polizia giudiziaria chiamata a decidere cosa trascrivere e cosa annotare per il p.m. e il successivo comma 2-ter è stato, conseguentemente, abrogato.

Pur avendo attribuito al pubblico ministero un ruolo più incisivo nella gestione dei risultati delle intercettazioni, è da ritenersi, in ogni caso, necessaria una doverosa attività di fattiva collaborazione da parte della polizia giudiziaria, cui compete un ruolo che non può essere «acritico nella compilazione dei verbali di trascrizione»<sup>65</sup>.

La modifica legislativa desta qualche perplessità. Stando a quanto disciplinato dal d.l. 161/2019 – e confermato in sede di conversione in legge – è il rappresentante dell'accusa che stabilisce se «celare il materiale istruttorio tra le pieghe della documentazione quando insindacabilmente ritiene che siano emersi dati sensibili o notizie sconce»; non appare chiaro, poi, come farebbe il magistrato a «“vigilare” sulla mole (usualmente) cospicua dei flussi, di fatto, gestita dalla polizia giudiziaria»<sup>66</sup>, non essendo state disciplinate specifiche disposizioni prescrittive<sup>67</sup>.

Si potrebbe ipotizzare che gli uffici di procura elaborino dei criteri generali idonei a fornire indicazioni sulle modalità di espletamento delle trascrizioni valevoli in tutti i procedimenti; come pure potrebbe il pubblico ministero impartire direttive *ad hoc* per il singolo procedimento.

In ogni caso, la vigilanza sul contenuto dei verbali è troppo ampia, laddove si vorrebbe pretenderne l'estensione alle espressioni lesive della reputazione della persona che non siano rilevanti per le indagini. Si vorrebbe, allora, che il pubblico ministero - e la polizia giudiziaria incaricata - pongano attenzione a situazioni «impalpabili e oggettivamente controverse»<sup>68</sup>.

Sotto le mentite spoglie della riservatezza «assurge a legge la prassi di documentare frammentariamente il contenuto dei colloqui intercettati» e la difesa, per trovare materiale utile non annotato nei verbali sarà costretta ad ascoltare le registrazioni «nei tempi che arbitrariamente il pubblico ministero gli concede», salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga (art. 268, comma 4, c.p.p.)<sup>69</sup>.

Così come riformulato, l'art. 268, comma 2-bis, c.p.p. sembrerebbe addirittura accreditare la legittimità della trascrizione delle intercettazioni inutilizzabili, in

---

**siano ritenute rilevanti** ai fini delle indagini, **eliminando il riferimento alla parola “intercettazioni”**, che era contenuto nel d.l. 161/2019.

<sup>65</sup> In questi termini, G. Amato, *PM “guardiano” della riservatezza, una scelta utopistica*, in *Guida dir.*, 2020, n. 13, p. 47.

<sup>66</sup> In tal senso, A. Scafati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 3.

<sup>67</sup> G. Amato, *PM “guardiano” della riservatezza, una scelta utopistica*, cit., p. 49.

<sup>68</sup> Così G. Amato, *Al procuratore l'onere di garantire la tutela del segreto*, in *Guida dir.*, 2020, n. 6, p. 72, secondo cui anche il coinvolgimento dell'intercettato in fatti penalmente significativi - ma non rilevanti nel processo *de quo* - potrebbe essere considerato lesivo della reputazione e dovrebbe imporre cautele «francamente ingiustificate e imprevedibili, anche perché si tratterebbe pur sempre di circostanze utili per la valutazione delle qualità soggettive dell'investigato, magari anche ai fini delle richieste cautelari».

<sup>69</sup> Per questi rilievi critici, v. A. Scafati, *Intercettazioni: spirito autoritario, propaganda e norme inutili*, cit., p. 3.

evidente contrasto con il disposto dell'art. 103, comma 7, ultimo periodo, secondo cui – come precedentemente analizzato – le conversazioni tra indagato e difensore non possono essere trascritte, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni possono essere riportate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

Molto più garantiste risultavano, invece, le indicazioni fornite dal Consiglio superiore della magistratura con la delibera adottata in data 29 luglio 2016 sulla *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazioni di comunicazioni*, ove si precisa che «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, comma 5 c.p.p., 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”»<sup>70</sup>.

Si tratta di osservazioni dirette a coniugare al meglio le ragioni investigative/probatorie alla base dello strumento delle intercettazioni con quelle della riservatezza allorquando risultino intercettate conversazioni irrilevanti, inconferenti rispetto al tema investigativo, non consentite e quindi inutilizzabili, soprattutto quando tali intercettazioni riguardino dati sensibili<sup>71</sup>.

Di fronte a questo scenario normativo, si auspica allora l'introduzione di prassi virtuose in virtù delle quali il Procuratore della Repubblica dovrebbe prevedere in capo alla polizia giudiziaria (nonché al pubblico ministero titolare del fascicolo) un generale dovere di attenzione, in forza del quale «la prima eviti di trascrivere nei brogliacci e di inserire nelle note informative sia le conversazioni inutilizzabili perché intercorse tra indagato e difensore, sia quelle manifestamente irrilevanti e non pertinenti rispetto ai temi di indagine», soprattutto quando concernano dati sensibili riferiti sia all'indagato sia a terze persone non indagate o non intercettate direttamente, informando in via riservata il pubblico ministero assegnatario, cui spetterà la decisione definitiva<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Il testo della delibera è consultabile in [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>71</sup> V. G. Amato, *Al procuratore l'onere di garantire la tutela del segreto*, cit., p. 74.

<sup>72</sup> Su questi profili v., ancora, G. Amato, *PM “guardiano” della riservatezza, una scelta utopistica*, cit., p. 50.