



*Procura della Repubblica presso il Tribunale di
TIVOLI*

Il Procuratore della Repubblica

Oggetto: linee guida in tema di intercettazioni di conversazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo

1. Le ragioni delle presenti linee guida, il ruolo del pubblico ministero

Può ritenersi largamente condivisa la necessità di adottare linee guida per impedire l'indebita diffusione di dati personali non rilevanti, acquisiti nel corso delle operazioni di intercettazione. Tale necessità emerge, ad esempio, dalla delibera del Consiglio Superiore della Magistratura del 29 luglio 2016, che ha diffuso i provvedimenti finora assunti dalle singole Procure della Repubblica in questa materia.

Va premesso che il pubblico ministero, per le funzioni attribuitegli dalla Costituzione e dal codice di rito, è il *dominus* delle indagini preliminari, svolte direttamente o delegando la polizia giudiziaria, funzionalmente da lui dipendente. Dunque, è compito del Procuratore della Repubblica, con la collaborazione dei Sostituti Procuratori della Repubblica, che anche in questo caso hanno offerto il loro contributo, fornire linee guida, di carattere generale, per orientare in modo unitario l'azione dei magistrati dell'Ufficio in conformità alla normativa esistente e impartire una direttiva "attuativa", di agevole applicazione, alla polizia giudiziaria.

Il principale criterio su cui devono essere fondati i provvedimenti da adottare discende dalla natura del mezzo di ricerca della prova che, richiedendo una valutazione tipicamente giurisdizionale, non consente deleghe ampie o generiche alla polizia giudiziaria. Va riconosciuto, dunque, che in tale materia l'intervento del pubblico ministero assegnatario del procedimento è prioritario e inderogabile e deve sempre essere accompagnato da una valutazione particolarmente attenta da parte del Sostituto e dall'intervento del Procuratore della Repubblica (in un Ufficio, come la Procura della Repubblica di Tivoli, che non ha in organico Procuratori Aggiunti).

Appare prioritario adottare linee guida relative alle intercettazioni di conversazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo. Prendendo anche spunto da provvedimenti adottati da diverse Procure della Repubblica (ad es. Procure di Catania, Napoli, Roma, Torino).

2. La disciplina di riferimento

2.1. La CEDU

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede, all'art. 6, par 1, il diritto a un processo equo.

La Corte di Strasburgo considera, secondo l'efficace sintesi offerta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 143/2013, *“il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato con il proprio difensore rientra tra i requisiti basilari del processo equo in una società democratica, alla luce del disposto dell'art. 6, paragrafo 3, lettera c), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (tra le molte, Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 gennaio 2009, Rybacki contro Polonia; 9 ottobre 2008, Moiseyev contro Russia; 27 novembre 2007, Asciutto contro Italia; 27 novembre 2007, Zagaria contro Italia)”*.

Secondo la Corte EDU il diritto dell'accusato a comunicare in modo riservato col proprio avvocato è corollario del citato art. 6 par. 3, anche perché se al difensore non fosse garantito di poter conferire con l'assistito e ricevere da questi istruzioni confidenziali e non controllate dall'esterno, il mandato difensivo perderebbe gran parte della sua efficacia. Per questo, può dirsi che la Convenzione contiene un generale divieto di intercettazione dei colloqui tra indagato e difensore al fine di assicurare nella più ampia misura possibile l'esercizio del diritto di difesa.

2.2. Il diritto dell'Unione Europea

Anche il diritto dell'Unione Europea riconosce il generale di divieto di intercettazione dei colloqui tra indagato e difensore per garantire il pieno esercizio del diritto di difesa.

La direttiva n. 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2013 relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, nonché 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 i terzi e con le autorità consolari, prevede:

- al considerando 22: *“Indagati e imputati dovrebbero avere il diritto di incontrare in privato il difensore che li assiste. Gli Stati membri possono stabilire disposizioni pratiche riguardanti la durata e la frequenza di tali incontri, tenendo conto delle circostanze del procedimento, in particolare della complessità del caso e degli adempimenti procedurali applicabili. Gli Stati membri possono altresì stabilire disposizioni pratiche per garantire la sicurezza, in particolare del difensore e dell'indagato o imputato, nel luogo in cui avviene tale incontro. Tali disposizioni*

pratiche non dovrebbero pregiudicare l'effettivo esercizio o l'essenza del diritto degli imputati o indagati di incontrare il loro difensore”;

- all'art. 3, comma 3: *“Il diritto di avvalersi di un difensore comporta quanto segue: a) gli Stati membri garantiscono che gli indagati e imputati abbiano diritto di incontrare in privato e di comunicare con il difensore che li assiste, anche prima dell'interrogatorio da parte della polizia o di un'altra autorità di contrasto o giudiziaria;*

all'art. 4: *“Riservatezza. Gli Stati membri rispettano la riservatezza delle comunicazioni fra indagati o imputati e il loro difensore nell'esercizio del loro diritto di avvalersi di un difensore previsto dalla presente direttiva. Tale comunicazione comprende gli incontri, la corrispondenza, le conversazioni telefoniche e le altre forme di comunicazione consentite ai sensi del diritto nazionale”.*

Il d.gs. 15 settembre 2016, n. 184, che ha dato attuazione alla citata direttiva, ha modificato alcune disposizioni legislative, ma senza intervenire su quelle vigenti in tema di tutela dei colloqui tra difensore e indagato, ritenendo il legislatore, evidentemente che tali **disposizioni siano già conformi alla direttiva.**

2.3. La Costituzione e la giurisprudenza della Corte costituzionale

La Costituzione riconosce, all'art. 24 comma 2, il diritto di difesa come *“inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”.*

La Corte costituzionale è intervenuta più volte per garantire il pieno rispetto dei principi che si desumono dall'articolo citato.

Per quanto può interessare in questa sede, con la già citata sentenza n. 143/2013, la Corte ha esaminato le restrizioni costitutive del regime detentivo speciale dichiarando l'illegittimità costituzionale delle modifiche apportate all'art. 41-*bis* Ord. Pen. dalla legge n. 94 del 2009, laddove erano stati introdotti per la prima volta dei limiti legislativi di tipo *“quantitativo”* al diritto dei detenuti sottoposti a tale regime a conferire con i propri difensori. In particolare, la Corte affermava il seguente principio: *“È acquisito, nella giurisprudenza di questa Corte, che la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica (sentenze n. 80 del 1984 e n. 125 del 1979) e, dunque, anche il diritto – ad essa strumentale – di conferire con il difensore (sentenza n. 216 del 1996): ciò, al fine di definire e predisporre le strategie difensive e, ancor prima, di conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti (sentenza n. 212 del 1997)”.*

2.4. Le disposizioni del codice di procedura penale e la giurisprudenza di legittimità

L'art. 103 del codice di procedura penale, al comma 5, vieta la intercettazione delle conversazioni o comunicazioni dei difensori e, al comma 7, sanziona con la inutilizzabilità le intercettazioni eseguite in violazione di tale divieto.

La Corte di cassazione è intervenuta più volte sul tema individuando i limiti di operatività del divieto in questione e fissando alcuni principi, che possono ritenersi ormai consolidati:

- a) sull'ambito di operatività del divieto;

- b) sull'individuazione dei soggetti per i quali opera il divieto;
- c) sulle modalità con cui opera il divieto.

E' opportuno esaminare i principi consolidati con un cenno alle fattispecie esaminate, utili per un inquadramento più specifico delle singole problematiche e per affrontare più agevolmente i singoli casi che possono verificarsi.

2.4.1. L'ambito di operatività del divieto, nei casi esaminati dalla giurisprudenza

In relazione all'ambito di operatività del divieto, si può desumere dalla giurisprudenza di legittimità il seguente principio generale: "il divieto di intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste tale qualifica, e per il solo fatto di possederla, ma solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata, in quanto la "ratio" della regola posta dall'art. 103 cod. proc. pen., va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa".

In tal senso si sono espresse le Sezioni Unite penali (sent. n. 25/1994, cc 12/11/1993) in una sentenza lontana nel tempo, ma ancora attuale e puntualmente richiamata e applicata. Nell'articolata motivazione, che risolveva un contrasto sorto dopo l'entrata in vigore del vigente codice di rito, si precisa che *"le intercettazioni vietate sono solo quelle dei difensori attinenti al rapporto difensivo, "essendo comunque implicito che - come rileva la Relazione al Progetto preliminare - il divieto non riguarda indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste quelle qualifiche e per il solo fatto della qualifica, ma soltanto le conversazioni che attengono alla funzione esercitata. ...anche nella disciplina delle intercettazioni è salvaguardata la difesa e non viene apprestato un privilegio come prospetta l'ordinanza impugnata - nei confronti degli appartenenti ad una categoria professionale; è però da aggiungere che 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"* (conforme tutta la giurisprudenza successiva citata oltre, nonché numerose altre, tra cui S.C. n. 42854/2014).

Si tratta, come è agevole rilevare da quanto esposto in precedenza, di un'affermazione perfettamente allineata al divieto generale di intercettazione dei colloqui tra indagato e difensore, riconosciuto dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte EDU, oltre che dalla Costituzione e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

Dal principio generale ne conseguono altri più specifici; in particolare, il divieto di intercettazione:

- *"... non sussiste quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate non riguardino di conseguenza fatti conosciuti per ragione della professione dalle stesse esercitata".* (S.C. n. 18638/15);
- *"..... si è già espressa questa sezione della Suprema Corte (2/11/1998 RV 213451) affermando che l'art. 103, c. 5, c.p.p. nel vietare le intercettazioni o comunicazioni dei*

difensori, mirando a garantire l'esercizio del diritto di difesa, ha ad oggetto le conversazioni o comunicazioni relative agli affari nei quali i legali esercitano la loro attività difensiva, e non si estende, quindi, a tutte le conversazioni che si effettuino nel domicilio del difensore indipendentemente dal loro nesso con la funzione esercitata né a quelle conversazioni che integrino esse stesse reato. L'attenzione si sposta pertanto dalla intercettazione telefonica in quanto tale, avente nel caso come oggetto l'utenza di un indagato e non quella del suo professionista e non essendo destinata a controllare specificamente le comunicazioni fra lo stesso indagato e il professionista (perciò obiettivamente legittima perché non effettuata in violazione dell'art. 103, c. 5, c.p.p., al contenuto delle comunicazioni intercettate. Ciò al fine di verificare se queste comunicazioni (o conversazioni) abbiano ad oggetto temi difensivi come tali in suscettibili di controllo, perché garantiti dal segreto professionale (S.C. n. 21206/01, in motivazione).

- *“...riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale, e dunque nell'esercizio delle funzioni inerenti al suo ufficio, quale che sia il procedimento cui si riferisca, e non si estende ad ogni altra conversazione, non inerente (tanto più ove costituisce essa stessa reato), che si svolga nel suo studio o domicilio” (S.C. 20072/2003. Conformi S.C. nn. 38578/2008, 5523/2016);*
-
- *“... non si estende, quindi, alle conversazioni che integrino esse stesse reato” (S.C. sent. nn. 1472/1998; 35656/2003, 43410/2015).*

L'esame di alcuni casi esaminati dal Giudice di legittimità offre ulteriori elementi per delimitare ulteriormente l'ambito di operatività del divieto:

- *“la Corte ha ritenuto utilizzabili, ai fini dell'identificazione del presunto responsabile di un reato, la cui utenza telefonica cellulare era stata sottoposta ad intercettazione, elementi tratti da una conversazione del medesimo soggetto con quello che era il suo difensore in un procedimento civile, trattandosi di elementi non attinenti alla funzione difensiva di cui il legale era stato investito” (34065/2006);*
- *“...la Corte ha ritenuto utilizzabile, ai fini dell'identificazione della voce dell'indagato captata nel corso di una intercettazione telefonica, una conversazione intervenuta sulla medesima utenza tra la di lui moglie e quello che era il suo difensore” (S.C. n. 38578/2008);*
- *nella fattispecie relativa alla intercettazione di un colloquio tra l'indagato ed un avvocato, legati da uno stretto rapporto di amicizia, per la “utilizzabilità la Corte ha ritenuto necessario che il giudice del merito dovesse valutare: 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” (S.C. 26323/2014);*

- nella fattispecie relativa alla intercettazione di colloqui tra un avvocato sottoposto ad indagine e due suoi assistiti, anch'essi indagati, la S.C. ha ritenuto immune da censure la valutazione di *utilizzabilità delle intercettazioni motivata, in sede di riesame, con il fatto che i colloqui - tra l'altro, connotati da familiarità e confidenzialità - erano risultati estranei al rapporto professionale tra il legale e gli assistiti* (S.C. n. 42854/2014);
- "...la Corte ha ritenuto immune da censure un'ordinanza cautelare contenente *riferimenti non al contenuto di specifiche intercettazioni tra imputato e difensore, ma al mero fatto storico del contatto tra di essi intervenuto, al fine di individuare l'utilizzatore della utenza che aveva chiamato quella in uso al legale*" (S.C. n. 55253/16);
- è stata ritenuta l'**utilizzabilità** nei seguenti casi in cui emergeva il reato:
 - nella fattispecie in cui *l'intercettazione era stata attivata nello studio di un professionista con riferimento a conversazioni, estranee all'esercizio della funzione difensiva, integranti il reato di favoreggiamento personale* (S.C. n. 1472/98).
 - *"l'avvocato aveva preavvertito il suo cliente delle iniziative assunte dalle forze di polizia, fornendo consigli su come evitare la cattura e commettendo così il reato di favoreggiamento"* (S.C. n. 35656/2003);
 - *"la Corte ha ritenuto immune da censure la decisione impugnata, che aveva reputato esulanti dal mandato difensivo, e idonei a provare l'intraneità del ricorrente ad una associazione di stampo mafioso, i suggerimenti forniti al cliente circa le modalità per eludere le indagini mediante ricorso ad un passaporto falso onde rendersi latitante"* (S.C. n. 43410/2015).

2.4.2. I soggetti per i quali opera il divieto

Derivando il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni dalla garanzia di riservatezza dell'attività difensiva, l'**ambito dei soggetti tutelati dipende esclusivamente dalla natura della conversazione intercettata, così come verificabile anche a posteriori.**

Ne consegue:

- che *"lo svolgimento dell'attività difensiva non deve risultare necessariamente da uno specifico e formale mandato, conferito secondo le modalità previste dall'art. 96 cod. proc.pen., potendo desumersi l'esistenza di un mandato fiduciario anche dalla natura stessa dell'incarico, circostanza questa che può essere confermata dallo stesso contenuto delle captazioni, oltre che dalla documentazione prodotta dall'interessato"* (S.C. n. 10664/2002);
- che le garanzie *"si riferiscono, allo stesso modo, al difensore di fiducia e a quello di ufficio, attese, da un lato, l'assenza di ostacoli desumibili dalla lettera della disposizione e, dall'altro, la finalità di questa di assicurare l'effettività del diritto inviolabile di difesa sancito dall'art. 24 Cost.* (S.C. n. 1779/15, cc 10/12/2014);

- che *“l’inutilizzabilità sussiste quand’anche l’indagato non abbia ancora comunicato all’autorità procedente la nomina del difensore ai sensi dell’art.96 c.p.p., in quanto 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”* (S.C. n. 12944/2003);
- che, poiché *“il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni... è posto, tra gli altri, a tutela dell’avvocato ...e dell’esercizio della sua funzione, ancorché non formalizzato in un mandato professionale, purché detto esercizio sia causa della conoscenza del fatto, ben potendo un avvocato venire a conoscenza, in ragione della sua professione, di fatti relativi ad un soggetto del quale non sia difensore”...* il divieto è operativo *“quando le conversazioni o le comunicazioni intercettate siano pertinenti all’attività professionale svolta dai soggetti indicati nell’art. 200, comma primo, cod. proc. pen. e riguardino, di conseguenza, fatti conosciuti in ragione della professione da questi esercitata, a nulla rilevando il fatto che si tratti di intercettazione indiretta”* (S.C. n. 17979/2013).

2.4.3. Le modalità con cui opera il divieto

Sulla modalità con cui opera il divieto, è stato chiarito che la prescrizione contenuta nell’art.103 c.p.p. non si traduce *“in un divieto assoluto di conoscenza "ex ante", ma implica una verifica postuma del rispetto dei relativi limiti, la cui violazione comporta l’inutilizzabilità delle risultanze dell’ascolto non consentito”* (tra le tante, S.C. nn. 1472/2008, 20072/2003, 36600/2005, 38578/2008, 55253/2016)

2.5. Il Codice Deontologico degli Avvocati e la risoluzione del CSM del 29 luglio 2016

Dopo l’esame delle disposizioni di rango sovranazionale e nazionale è opportuno, a mero titolo orientativo, fare menzione di altri testi, di diversa natura e valore giuridico, provenienti dal Consiglio Nazionale Forense e dal Consiglio Superiore della Magistratura.

Il vigente **Codice Deontologico Forense**, adottato nella seduta del 31 gennaio 2014 (in vigore dal 16 dicembre 2014) contiene alcuni articoli di rilievo in questa sede:

- *Art. 9 – Doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza*
 1. *L’avvocato deve esercitare l’attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza.*
- *Art. 23 – Conferimento dell’incarico*
 -5. *L’avvocato è libero di accettare l’incarico, ma deve rifiutare di prestare la propria attività quando, dagli elementi conosciuti, desuma che essa sia finalizzata alla realizzazione di operazione illecita.*
 6. *L’avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti.*

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 35656 del 2003, nel ribadire i principi in precedenza ricordati (al par. 2.4) e l’utilizzabilità delle conversazioni che integrino esse stesse reato rileva *“Al*

riguardo è appena il caso di rilevare che, secondo il codice deontologico dell'avvocatura, approvato dal C.N.F. in data 17 aprile 1997, è inibito all'avvocato di fornire al cliente elementi di conoscenza finalizzati alla realizzazione di una condotta illecita (art. 36)”; si richiama la disposizione all'epoca vigente.

Il CSM, con la delibera del 29 luglio 2016 precisa che “dall'analisi di alcune circolari più volte citate emergono alcune misure di salvaguardia, che può essere opportuno che i dirigenti degli uffici requirenti valutino come buona prassi eventualmente da adottare, alla luce della concreta situazione organizzativa e delle risorse disponibili:

Intercettazioni di conversazioni dei difensori e di altri soggetti garantiti.

• *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”.*

3. Le linee guida

3.1. I principi delle linee guida

Il quadro normativo e giurisprudenziale descritto consente di individuare alcune linee guida per i magistrati dell'ufficio e per la polizia giudiziaria, con l'obiettivo di uniformare l'azione della Procura (e della polizia giudiziaria) e contemperare le esigenze investigative con la garanzia della libertà del mandato difensivo:

- a) **non è possibile prevedere, a tutela del mandato difensivo, un potere autonomo di interruzione dell'attività d'intercettazione in capo alla polizia giudiziaria**, in considerazione dell'assenza di norme in tal senso e dell'evidente necessità del controllo “successivo”, che ricade sotto la responsabilità del pubblico ministero.

Nel caso di intercettazione non consentita (ad esempio, perché relativa a un'utenza che si accerta, successivamente, essere utilizzata anche per l'esercizio di attività difensiva, pur in assenza di nomina fiduciaria) è necessario attivare immediatamente il controllo del pubblico ministero al quale spetta ordinare il “distacco” dell'utenza.

In ogni altro caso (ad esempio, conversazione tra chi esercita il mandato difensivo e l'indagato, ma anche con altra persona), è necessario procedere:

- alla verifica preliminare che l'interlocutore sia un “difensore”, circostanza non sempre di riscontro immediato. Si pensi all'ipotesi in cui la nomina non è stata formalizzata o non è nota alla polizia giudiziaria delegata agli ascolti o, ancora, al caso in cui vi sia la necessità di un

- riscontro sulla intestazione dell'utenza ovvero sull'impiego da parte del difensore di utenze diverse dalle proprie;
- alla verifica del contenuto della conversazione e della sua attinenza al mandato difensivo, da compiere con particolare cura qualora l'interlocutore sia un terzo non indagato (che abbia o meno rapporti di parentela con quest'ultimo);
 - ;alla verifica dell' utilizzazione della conversazione nei casi riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità, in precedenza ricordati (par. 2.4.1, 2.4.2);
- b) **è necessario prevedere l'intervento preliminare del pubblico ministero** che, una volta terminata la conversazione , possa impartire le opportune disposizioni alla polizia giudiziaria;
- c) **è necessario prevedere procedure per evitare, una volta accertata l'operatività della tutela prevista, la presenza nel fascicolo di atti che impedirebbero una efficace garanzia al difensore.** Tali procedure, per assicurare il rispetto sostanziale delle norme del codice di rito, dovranno operare quanto prima, dunque:
- se possibile, evitando in radice l'indicazione, pur sommaria, del contenuto di tali comunicazioni e conversazioni nel cd. brogliaccio della polizia giudiziaria, potendosi indicare *conversazione con il difensore, non utilizzabile*;
 - eventualmente, previa trascrizione della conversazione, disposta anche dal pubblico ministero. In tal caso, dopo l'accertamento da parte del P.M., che trattasi di *conversazione con il difensore, non utilizzabile*, la trascrizione non andrà allegata agli atti del procedimento; di conseguenza, l'atto dovrà essere custodito presso la segreteria del Procuratore, al protocollo riservato, fino al momento in cui non viene disposta - secondo il codice di rito - la "distruzione" dell'intercettazione. Il procedimento ora individuato, previsto da direttive adottate da altre Procure che sono state esaminate dal Consiglio Superiore della Magistratura, assicura un giusto bilanciamento tra le garanzie difensive e le esigenze di trasparenza e documentazione, oltre che di possibili successive verifiche (anche nel contraddittorio in sede di distruzione);
- d) **la procedura descritta sub c) può operare in tutti i casi in cui, per qualunque ragione, pervenga agli atti del procedimento la trascrizione di una *conversazione con il difensore, non utilizzabile*.** In tale ipotesi, per ragioni di trasparenza e documentazione, è necessario che "l'estrazione" dell'atto dal fascicolo ovvero l'eventuale attività diretta a omissare parte di un atto avvenga previa adozione di provvedimento che rimarrà agli atti del fascicolo. Anche in questo caso la soluzione adottata appare un giusto punto di equilibrio e bilanciamento tra gli interessi in rilievo.

3.2. Le linee guida adottate

Nei limiti in cui è possibile procedere a una generalizzazione delle situazioni rilevanti, si indicano i casi più ricorrenti e le linee guida adottate relative, ovviamente, al contenuto di conversazioni trascrivibili sulla base degli ordinari criteri di rilevanza per l'attività d'indagine (non dovendo essere trascritte, in ogni caso, quelle che non hanno rilievo investigativo).

a) Captazione indiretta di conversazione tra l'indagato, nei cui confronti sia in atto un'intercettazione, e il suo difensore

Deve essere esaminato, in primo luogo, il caso in cui colui che esercita il mandato difensivo (da individuare secondo i principi indicati in precedenza al par. 2.4.2) abbia colloqui con l'indagato aventi ad oggetto l'attività difensiva (come individuata al par. 2.4.1).

Le conversazioni tra l'indagato e il suo difensore captate nel corso di attività di intercettazione disposta nei confronti del primo, se aventi a oggetto la funzione difensiva, non sono utilizzabili, pur se non è intervenuta la nomina e a prescindere dall'apparecchio telefonico adoperato e dal luogo della captazione.

Tali conversazioni non devono essere riportate nei cd. brogliacci redatti dalla polizia giudiziaria, nei quali verrà apposta l'annotazione *conversazione con il difensore non utilizzabile*, né potranno, di conseguenza, essere riportate - in qualunque forma - nelle informative successivamente depositate.

Le fonic delle conversazioni resteranno agli atti del procedimento e saranno depositate sulla base delle disposizioni del codice di rito per i successivi adempimenti (ivi compresa l'eventuale distruzione).

Nei casi in cui sorga un dubbio di qualunque natura, a partire dalla rispondenza del contenuto della conversazione alla funzione difensiva, la polizia giudiziaria dovrà rivolgersi al pubblico ministero; in particolare:

- 1) se la conversazione non è stata ancora trascritta, interpellerà il magistrato assegnatario del procedimento per le opportune valutazioni (formulate dal PM eventualmente anche previo ascolto delle conversazioni). All'esito il PM potrà:
 - a. ritenere trattarsi *conversazione con il difensore non utilizzabile*, nel qual caso la polizia giudiziaria annoterà sul brogliaccio tale indicazione e procederà come indicato in precedenza: non potranno, di conseguenza, essere riportate - in qualunque forma - forma nelle informative successivamente depositate.
 - b. disporre, preferibilmente, la trascrizione della conversazione per potere esprimere una più articolata valutazione fondata sul reale tenore della conversazione.
- 2) se la conversazione è stata già trascritta (ipotesi residuale che può derivare da diverse evenienze) la polizia giudiziaria la sottoporà al magistrato assegnatario del procedimento per le sue valutazioni.

Nei casi in cui la conversazione sia stata trascritta (ipotesi *supra* nn. 1) lett. b), e 2), il documento sarà trasmesso con nota autonoma al pubblico ministero precedente. Se il Sostituto Procuratore riterrà la conversazione intercettata inutilizzabile:

- trasmetterà la nota alla Segreteria del Procuratore – con una succinta motivazione – per la conservazione agli atti del protocollo riservato. Il Procuratore apporrà il visto. Gli atti saranno distrutti se e quando il Giudice ordinerà la distruzione delle intercettazioni;
- informerà la polizia giudiziaria per le annotazioni ai suoi atti e a sul cd. brogliaccio ove non dovrà risultare alcuna menzione del contenuto della conversazione trattandosi di *conversazione con il difensore non utilizzabile*, di conseguenza non potranno essere riportate - in qualunque forma - nelle informative successivamente depositate.

Nel caso *supra* 1a) il Sostituto Procuratore informerà, il Procuratore della Repubblica della decisione adottata.

b) Captazione indiretta di conversazione tra persone (nei cui confronti sia in atto un'intercettazione) diverse dall'indagato e il difensore di costui

Vengono in rilievo conversazioni legittimamente in atto nei confronti di persone diverse dall'indagato col difensore dell'indagato stesso (o di uno degli indagati).

Queste conversazioni potrebbero avere ad oggetto, in tutto o in parte, il mandato difensivo (ad es. nel caso di conversazioni con familiari dell'indagato).

Anche in questo caso, nell'ottica di assicurare un'ampia e piena garanzia al diritto di difesa, può operare la tutela prevista, con le modalità indicate *supra* lett. a), pur se – di norma – sarà necessario procedere alla trascrizione per consentire al pubblico ministero di apprezzare il contenuto della conversazione e verificarne la rispondenza al mandato difensivo. E' evidente, infatti, che se la conversazione tra l'indagato e il suo difensore verte di norma sul mandato difensivo, tanto da essere l'ipotesi prevista testualmente “*Non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, ...né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite*”, diverso è il caso in cui l'interlocutore sia persona diversa dall'indagato.

Si suggerisce, dunque, di procedere come previsto alla lett. a), ma le conversazioni saranno trascritte dalla polizia giudiziaria (salva diversa indicazione del pubblico ministero assegnatario del procedimento) per consentirne la valutazione del contenuto e la rispondenza al mandato difensivo.

In considerazione della varietà delle ipotesi che si possono verificare e del più difficile diretto apprezzamento ci si riserva di riesaminare il tema alla luce della casistica che si verificherà.

c) Captazione in cui le persone, indagate o meno, si riferiscono al difensore (non presente)

Le conversazioni in cui non sia presente il difensore e che si riferiscono a costui, qualunque sia il contenuto e indipendentemente dai protagonisti (compresi l'indagato assistito dal difensore menzionato ovvero coindagati) vanno trascritte sulla base degli ordinari criteri di rilevanza per l'attività d'indagine. Naturalmente si procederà con la necessaria e consueta attenzione per evitare la trascrizione di conversazioni *ininfluenti*.

Nel caso in esame, pur interpretando nella massima estensione possibile le garanzie difensive, non vi è alcun margine per l'operatività dell'art. 103, comma 5, c.p.p. che fa riferimento univocamente al divieto di “intercettazioni relative a conversazioni o comunicazioni dei difensori”. Né possono richiamarsi disposizioni convenzionali o costituzionali.

d) Intercettazione diretta nei confronti del difensore

Di più agevole soluzione le ipotesi in cui vi sia un'intercettazione sull'utenza di chi esercita l'attività difensiva.

Difensore non indagato

E' evidente che quando risulta dal procedimento la nomina di un difensore non sarà richiesta alcuna intercettazione diretta in virtù della tutela descritta che discende direttamente dall'art. 103, comma 5, c.p.p.

E' possibile, però, che la nomina intervenga successivamente. In tale caso il PM, appena nota la circostanza, perché acquisita direttamente o riferita dalla polizia giudiziaria all'esito degli ascolti, provvederà a disporre l'interruzione dell'intercettazione.

Difensore indagato

Nel caso in cui siano autorizzate intercettazioni *dirette* nei confronti del difensore, quindi iscritto nel registro ex art. 335 cpp. (oppure in altri casi particolari, ad esempio in quanto persona offesa), le intercettazioni saranno *di regola* sempre utilizzabili e il relativo contenuto potrà essere riportato nei brogliacci e nelle informative successive.

Dovranno, però, essere escluse le conversazioni attinenti alla funzione difensiva con soggetti estranei alle indagini e relative all'attività professionale del difensore.

In caso di dubbio la polizia giudiziaria sottoporrà il contenuto della conversazione, trascritta e trasmessa con nota autonoma, alla valutazione del pubblico ministero procedente, il quale darà le opportune direttive, procedendo come indicato per le intercettazioni indirette nei confronti del difensore.

4. Comunicazioni

Il presente provvedimento sarà trasmesso ai Magistrati dell'Ufficio, al Consiglio Superiore della Magistratura, al Sig. Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Roma e, per opportuna conoscenza, al Sig. Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Tivoli.

Tivoli, 16 marzo 2017

Il Procuratore della Repubblica
dott. Francesco Menditto

