

Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito Soluzioni “poco convincenti” che pongono in pericolo lo “spazio protetto” per l’esercizio dell’attività difensiva

Fabrizio Siracusano

1. Il documento redatto dal Procuratore della Repubblica di Catania, riguardante la *Tutela delle comunicazioni dei difensori con i loro assistiti*¹, detta le linee comportamentali che i magistrati che compongono la Procura etnea dovrebbero seguire nella gestione di una delle questioni più spinose fra quelle che attengono alla fisiologica contrapposizione degli interessi di chi svolge la funzione inquirente e di chi esercita quella defensionale².

L’esigenza di stilare un decalogo regolamentare *in subiecta materia* conferma l’esistenza di una dilagante e disarmante prassi operativa. Benché il documento appaia animato dal proposito di arginare tale fenomeno, tramite un’asserita “rigorosa osservanza” delle disposizioni poste a tutela delle libertà delle comunicazioni fra difensori e loro assistiti, le soluzioni individuate sembrano denunciare un’effettiva incapacità di discostarsene. Le indicazioni prospettate nel *vademecum* (e suggerite da un’opinabile interpretazione giurisprudenziale)³, infatti, anziché puntare sulla stigmatizzazione dei ricorrenti abusi captativi e individuare soluzioni per ridurre la frequenza, suonano quale meccanismo di regimentazione di un itinerario che, stante alla lettera delle norme codicistiche, sarebbe vietato e i cui risultati – patologicamente acquisiti – inutilizzabili.

È bene da subito evidenziare come l’art. 103, co. 5, c.p.p., norma su cui s’incentrano le attenzioni e le soluzioni avanzate nel documento, 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»⁴. La perentoria indicazione, impartita agli organi investigativi dal Titolare della Procura etnea, di «non interrompere» l’attività di captazione «per il solo fatto che uno dei soggetti sia il difensore» e di provvedere, sempre e comunque, alla sua documentazione (integrale o attraverso mera annotazione a seconda che si tratti – dopo la valutazione di quanto già “illegittimamen-

¹ Integralmente in www.archiviopenale.it

² Una questione fra le più “tormentate”, per dirla con L. FILIPPI, *Un inquietante pronuncia che annienta il divieto di intercettazione nei confronti del difensore*, in *Cass. Pen.*, 2001, 3459.

³ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 3 giugno 2008, Gagliardi, in *Mass. Uff.*, n. 241510.

⁴ Così evidenzia, da ultimo, 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, 25.

te” captato - di colloqui vertenti o meno su attività difensiva) muove, pertanto e sul solco di un costante indirizzo giurisprudenziale, in direzione opposta rispetto alla *lictera legis*. Le soluzioni prospettate nel *vademecum* - tra le quali l’attivazione della procedura di distruzione delle comunicazioni intercettate e della relativa documentazione, qualora queste vertano «su attività difensiva» - postulano un’opera di “selezione” da parte del pubblico ministero e, perciò, un’incursione dell’antagonista processuale in un’area che il legislatore gli ha perentoriamente precluso; a prescindere dalla natura “diretta” o “indiretta” dell’intercettazione.

2. Secondo un *clichet* che pare ormai purtroppo consolidato, la violazione delle garanzie elementari nel processo italiano si verifica, il più delle volte, non tanto in conseguenza di disposizioni legislative che tali garanzie pongano in pericolo ma, piuttosto, attraverso interpretazioni giurisprudenziali che stravolgono o vanificano i divieti processuali; o, addirittura, mediante l’instaurazione di vere e proprie “prassi” che, in contrasto con la corretta interpretazione di una disposizione di legge, la rendono di fatto inoperante. Anzi: proprio laddove non necessita lo specifico apporto esplicativo, stante l’assoluta nitidezza del dettato normativo, s’annida il rischio di letture che finiscono con il neutralizzarne la stessa *ratio* ispiratrice. Queste interpretazioni, spinte da inopinate esigenze di efficientismo giudiziario, eludono il rigore della norma e conferiscono un’apparente veste di legittimità a scelte operative come quelle “sponsorizzate” dal documento qui analizzato.

La pratica dell’ascolto, da parte degli investigatori, di conversazioni che intercorrono tra l’avvocato e il proprio assistito - sebbene paludate da una formale occasionalità dell’attività captativa, in quanto effettuata sulle utenze in uso al “cliente” legittimamente intercettato - e aventi ad oggetto il merito del procedimento, sembra aver assunto negli ultimi anni vaste dimensioni. La prassi in questione viene fondata su una discutibile interpretazione delle disposizioni di legge (come detto, avallata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione⁵), secondo la quale sarebbe inoperante il divieto legislativo di sottoporre a captazione le conversazioni dell’avvocato con il proprio assistito in quanto ad essere intercettata, si dice, è l’utenza dell’indagato e non quella del suo legale⁶.

⁵ Orientamento giurisprudenziale che L. FILIPPI, *op. cit.*, 3465, non esita a definire “pericoloso”.

⁶ Sul punto cfr. Cass., Sez. VI, 18 maggio 2005, Romeo, in *Guida dir.*, 2005, 39, 97. Il divieto, invero, opererebbe a più ampio raggio. Esso prescinde, infatti, dalle utenze tanto di partenza quanto di arrivo della conversazione intercettata (di questa opinione è G. LOCATELLI, *Il compimento di atti di indagine presso gli studi legali*, in *Il Fisco*, 1994, 8791).

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 sarebbe, 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, co. 5, c.p.p. Se ciò è avvenuto, lo si deve ad una mera casualità: un *vulnus*, comunque, rimuovibile attraverso il congegno dell'inutilizzabilità dei risultati così acquisiti.

Muovendo da tale formalistica giustificazione, e secondo il criticabile *iter* suggerito dalla Suprema Corte di cassazione, il divieto siglato dal quinto comma dell'art. 103 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. L'affidamento ad una valutazione *ex post* del contenuto delle comunicazioni telefoniche intercettate tra l'indagato ed il proprio difensore produrrebbe, così, un duplice effetto: sarebbe viatico idoneo a "recuperare" la garanzia violata attraverso l'inutilizzabilità del prodotto, illegittimamente raccolto, a fini probatori (*ex* comma 7 del medesimo art. 103 c.p.p.); renderebbe, *a contrario* ed *ex post*, "legittima" e proficua la captazione in quanto rivelatasi idonea all'acquisizione di una nuova *notitia criminis* (a volte attribuibile al medesimo avvocato) e, in ogni caso, perché ritenuta avulsa da qualsiasi legame fisiologico all'esercizio dell'ufficio difensivo e non attinente, pertanto, alla funzione.

Di che temere, sostanzialmente, se a valle del divieto opererebbe, comunque, la sanzione dell'inutilizzabilità laddove il vaglio postumo all'attività vietata ne avesse confermato l'illegittimità?

Non può sfuggire, però, che l'affermazione, apparentemente "garantista", secondo cui le conversazioni sono comunque inutilizzabili processualmente, non rappresenta che un modo per vanificare il principio con l'apparenza di rispettarlo. Conformandosi a tale impostazione gli investigatori e gli inquirenti continueranno ad ascoltare "impunemente" le conversazioni tra il difensore e il proprio assistito con la "scontata riserva" (di questo, infatti, si tratta) che tali telefonate - se intercettate illegittimamente (secondo tale valutazione postuma) - non saranno utilizzate processualmente. Secondo un percorso che, in sostanza, svuota di significato prescrittivo l'art. 103, co. 5, c.p.p.; in contrasto con la regola ermeneutica che tende a conferire operatività ad ogni disposi-

zione vigente in assenza di indicazioni contrarie che, nel caso, non si rinven-
gono⁷.

Le indicazioni contenute nel *vademecum* paiono, purtroppo, legittimare e di
conseguenza incentivare tale *modus operandi*.

3. Questo itinerario, pur se “legittimato” da un costante indirizzo giurispru-
denziale, non convince affatto. Non già perché contrastante rispetto ad una
non pretesa sorta di immunità di chi esercita la professione forense; ma in
quanto il sistematico aggiramento del divieto “a priori” conduce ad
un’evidente lesione della funzione difensiva e all’erosione della necessaria
segretezza che dovrebbe animarne l’incedere⁸.

È di certo condivisibile la premessa in forza della quale l’art. 103, co. 5, c.p.p.
non può valere quale sbarramento assoluto e indiscriminato ad un’attività di
captazione che coinvolga un soggetto esercitante la professione forense: la
norma tutela non il ruolo in astratto ricoperto, bensì la funzione in concreto
esercitata. Guarda al difensore non nella sua staticità, ma nella sua dimensio-
ne operativa e limitatamente alla “relazione professionale” con il soggetto le
cui conversazioni sono legittimamente captate⁹. La disposizione risponde, in
sostanza, all’esigenza di preservare uno «spazio protetto»¹⁰ per l’esercizio
dell’attività difensiva e non certo di favorire la creazione di «santuari - perché
inespugnabili - criminali»¹¹. Proprio in considerazione del fatto che oggetto
della tutela non è il professionista in quanto tale ma nella misura in cui svolge
a favore di un soggetto la propria attività, l’art. 103, co. 5, c.p.p. coinvolge
nell’alveo del divieto l’intera *équipe* difensiva (difensore, investigatore privato,
consulente tecnico e suo ausiliario). La disposizione è, cioè, posta a presidio
non solo dell’attività del difensore ma anche di tutte quelle attività, pure di
natura tecnica, necessarie all’espletamento della funzione difensiva¹².

⁷ A. SCALFATI, *Ricerca della prova e immunità difensive*, Padova, 2001, 288, segnala la diversità della locuzione normativa, dove non si afferma che non possono essere utilizzate le intercettazioni ma, in modo più radicale, che queste «non sono consentite».

⁸ Sottolinea, infatti, F.R. DINACCI, *op. cit.*, 20, come il “segreto” costituisca un elemento strumentale rispetto all’attività della difesa.

⁹ Il divieto posto dall’art. 103, co. 5, c.p.p., in buona sostanza, integra una tutela *ad personam* e *ad acta*, ma non nel senso di privilegio corporativo cui fa riferimento A. NAPPI, *Commento a Cass., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 505, Grollino*, in *Cass. Pen.*, 2000, 914.

¹⁰ Cfr. G. FRIGO, *Sub art. 103 c.p.p.*, in E. Amodio, O. Dominioni (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Milano, 1989, 569.

¹¹ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 299.

¹² Sull’argomento F. R. DINACCI, *op. cit.*, 21.

L'impostazione più sopra criticata, emergente dal documento del Procuratore capo di Catania, sembra muovere da un'errata percezione (o, comunque, da una non adeguata considerazione) della *ratio* sottesa al divieto di captazione di cui si parla: non (solo) quella di evitare che sia utilizzata come prova il "prodotto" di un'intercettazione "illegittima", ma soprattutto di creare una sfera di salvaguardia dei colloqui avvocato/assistito (o, nella più ampia dimensione sopra individuata, fra coloro che concorrono alla funzione difensiva e soggetto interessato), a tutela del diritto di difesa; uno "schermo" che impedisca agli organi investiganti di entrare in possesso di informazioni riservate circa l'attività defensionale. Attività che deve potersi esplicare con la certezza che nessuno possa conoscerne i connotati, le iniziative, le impostazioni. Diversamente opinando, potrebbero entrare nel patrimonio conoscitivo dell'organo inquirente notizie, confidenze e strategie difensive che, legittimamente, si pretende di mantenere "segrete": siano esse concernenti l'ambito del procedimento nel quale le intercettazioni telefoniche vengono eseguite; siano esse attenenti, eventualmente, ad altra vicenda giudiziaria in cui il medesimo legale esercita il patrocinio in favore dello stesso cliente¹³. È evidente, d'altronde, che tale divieto, nella sua perentoria formulazione, si fonda sulla naturale "presunzione" che l'interlocuzione fra indagato e proprio difensore non possa che vertere su questioni strettamente connesse allo sviluppo di una qualche strategia difensiva: indipendentemente da quale sia il procedimento all'interno del quale l'attività di ricerca della prova è stata avviata.

Lo stretto legame esistente fra la garanzia sancita dall'art. 103, co. 5, c.p.p. e la funzione alla cui tutela la norma è preposta, inoltre, impone di estenderne l'operatività anche alle ipotesi in cui l'intercettazione sia casuale: diversa conclusione risulterebbe palesemente contraddittoria e paradossalmente illogica¹⁴. L'esigenza di tutela della funzione difensiva non può che prescindere, infatti, dal dato relativo all'utenza sottoposta a controllo: sia essa quella del legale ovvero quella del cliente indagato.

È possibile superare un limite imposto da basilari esigenze di tutela delle prerogative difensive sol perché appare astrattamente "possibile" che il colloquio

¹³ Circa l'operatività del divieto anche nel caso in cui l'attività difensiva concerna un procedimento diverso da quello in cui è disposta l'intercettazione v. Cass., Sez. VI, 11 aprile 2001, Ghini, in *Cass. Pen.*, 2001, 3456.

¹⁴ Analoghe considerazioni, relativamente all'intercettabilità di conversazioni che vedono coinvolto il Presidente della Repubblica, sono formulate da M. PETRINI, *Intercettazioni telefoniche senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo*, in questa *Rivista*, 3, 2012, 5.

fra un difensore e il proprio cliente possa esulare dal perimetro del rapporto professionale? La valutazione postuma può giovare a recuperare, in chiave di utilizzabilità, il risultato della captazione ma non a rigenerare “catarticamente” un’attività che resta, comunque, illegittima perché vietata.

4. Ma vi è di più. Una visione d’insieme dell’intera disposizione normativa posta a tutela delle “garanzie di libertà del difensore” suggerisce più accurate riflessioni.

L’art. 103 c.p.p., nel suo complesso, è contraddistinto dal fatto che singoli atti d’indagine e/o a valenza probatoria sono esperibili in modo significativamente più ristretto rispetto ai casi ordinari: sia per quanto concerne le forme la cui inosservanza da luogo a nullità (*ex* comma 3, relativamente alle ispezioni, perquisizioni e sequestri nell’ufficio del difensore); sia per ciò che riguarda gli esiti reperibili e valutabili (ai sensi dei commi 2 e 6, limitatamente a carte, documenti e corrispondenza che costituiscano corpo di reato). All’interno di tale perimetro di “tutela rafforzata” l’unico caso di assolutezza del divieto è previsto proprio per le intercettazioni, stabilendosi viceversa per gli altri mezzi di ricerca della prova soltanto limiti, seppur rigorosi, alla loro effettuazione.

L’adesione alla discutibile interpretazione della “valutazione postuma” - offerta dalla giurisprudenza di legittimità e sposata dal documento del titolare della Procura etnea - comporterebbe, paradossalmente, che perquisizioni, sequestri e controlli sulla corrispondenza verrebbero disposti in deroga (restrittiva) alla disciplina ordinaria; mentre le intercettazioni, di contro, verrebbero effettuate come in ogni altro caso, con l’unica condizione del controllo *ex post* sull’utilizzabilità.

È evidente, invece, che il legislatore, inibendo la ricerca tramite l’intercettazione e non solo l’uso probatorio, abbia voluto impedire proprio questa attività di ricognizione, setaccio e valutazione del materiale captato¹⁵ che il *vademecum* impone agli operatori.

5. La perentoria “esortazione” a non interrompere l’attività di captazione solo in ragione della qualifica soggettiva di uno degli interlocutori e della relazione professionale fra questo e il proprio assistito - in quanto la comunicazione potrebbe non rientrare nel circuito di tutela offerto dalla garanzia di inviolabilità e potrebbe financo svelare la sussistenza di fatti reato ascrivibili al difenso-

¹⁵ Di questa opinione è A. CRISTIANI, Sub *art. 103 c.p.p.*, in M. Chiavario (coord. da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. I, Torino, 1989, 475 s.

re - rischia, inoltre, di immutare il tradizionale ambito di legittima operatività delle intercettazioni: strumento investigativo coniato al fine di fornire l'indispensabile apporto alla prosecuzione di un'indagine vertente su di un determinato fatto di rilevanza penale. Il perimetro di operatività dello strumento disciplinato dall'art. 266 e seguenti c.p.p. non può che rimanere quello di un'attività imposta dall'esigenza di dare vigore al prosieguo delle indagini relative ad un reato per il quale sussista un quadro indiziario connotato da gravità. L'intercettazione, cioè, non può che essere saldata alla progressione di una ben definita indagine relativa ad una determinata ipotesi di reato: postula l'esistenza di una *notitia criminis* e non può essere strumentalmente piegata a finalità di ricerca della stessa. Il reperimento, tramite l'attività di captazione, di una nuova notizia di reato può costituire un'occasionale evenienza, ma non rappresentare *ex ante* la causa dell'intercettazione. La funzione preventiva è, infatti, esogena rispetto al mezzo di ricerca della prova disciplinato dagli artt. 266 e seguenti c.p.p.: se così fosse si opererebbe un chiaro sviamento dalla funzione normativamente assegnata allo strumento investigativo.

Imporre, comunque, l'ascolto e la registrazione fra indagato e difensore - onde consentire la valutazione postuma circa la reale attinenza della comunicazione alla funzione esercitata dal legale - realizza un'evidente sovrapposizione di questa inusuale istanza "preventiva", che si vuole assegnare all'intercettazione, rispetto alla tutela dello "spazio protetto" riservato all'esercizio dell'attività difensiva: "spazio" che risulterebbe irrimediabilmente invaso nel caso di riscontro "positivo" di attinenza del colloquio. L'interesse alla prova deve, invece, necessariamente cedere il passo all'insopprimibile tutela della riservatezza delle conversazioni e comunicazioni funzionali allo svolgimento del mandato difensivo.

L'art. 103, co. 5, c.p.p., in definitiva, tende a risolvere il potenziale conflitto tra l'interesse a reperire eventuali prove e acquisire *notitiae criminis* e l'interesse a salvaguardare determinate posizioni soggettive nel procedimento: e lo risolve in favore di quest'ultimo. Inibisce l'intercettazione *tout court*, e non il solo uso del materiale emergente dalla stessa¹⁶: è un limite assoluto all'attivazione del mezzo di ricerca della prova e non un semplice impedimento all'utilizzo dei risultati di un atto di indagine¹⁷.

¹⁶ Così G. BISCARDI, *Intercettazioni e garanzie di libertà del difensore*, in *Giust. pen.*, 2002, III, c.132.

¹⁷ Sul punto v. l'approfondita analisi di A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 131.

6. Non pare, pertanto, discutibile che la captazione di conversazioni telefoniche fra una persona indagata (la cui utenza è stata, legittimamente, posta sotto controllo) e il proprio difensore, costituisca una palese violazione del divieto stabilito dall'art. 103, co. 5, c.p.p.: un divieto che, in quanto tale, non può che operare *ex ante* rispetto all'attività vietata, e che non può essere "emendato" attraverso una successiva declaratoria di inutilizzabilità probatoria del contenuto delle conversazioni stesse; l'inutilizzabilità, infatti, non può che collocarsi *ex post*, quale rimedio postumo attivabile solo quando il divieto non ha patologicamente operato. L'attività di captazione, anche se foriera di risultati utilizzabili (perché palesemente estranei alla funzione o integranti, essi stessi, notizia di reato), resta in ogni caso illegittima e, per tale ragione, da non incentivare. È bene, infatti, evidenziare come la stessa possibilità, concessa dall'art. 103, co. 7, c.p.p. di "recuperare" (in ben delimitate ipotesi) i risultati delle intercettazioni non vale ad affrancare l'attività captativa che resta, per stessa ammissione del legislatore, affetta da originaria e irrimediabile "illegittimità": un'illegittimità congenita che non può mai essere "sponsorizzata", magari perché spinta dall'aspettativa di un *male caeptum bene retentum*. Tale incentivazione all'ascolto e alla documentazione (anche nella forma minimale dell'annotazione) si porrebbe, tra l'altro, in aperto contrasto con il disposto dell'art. 124 c.p.p.

La *lictera legis* imporrebbe, così, un percorso ben definito: colui che sta eseguendo l'intercettazione telefonica, legittimamente disposta su un'utenza, non appena si avveda della "qualità" di uno dei soggetti comunicanti rispetto al proprio interlocutore¹⁸, dovrebbe immediatamente interrompere l'ascolto e la registrazione¹⁹, dando atto nel "brogliaccio" di quanto occorso. Un diverso modo di procedere - così come indicato nel *vademecum* - risulterebbe, invece, invasivo della modalità di gestione del rapporto fra avvocato e proprio assistito: un rapporto non più gestibile attraverso i normali canali di comunicazione; specie in un settore, quello dell'esercizio della funzione difensiva, in cui la libertà della comunicazione assume un connotato di assoluta essenzialità. La consapevolezza di poter essere sempre e comunque intercettabile porrebbe, infatti, a repentaglio la persistenza del rapporto fiduciario qualora proprio l'illegittima captazione diventasse il canale informativo dell'organo inquirente relativamente a fatti e circostanze riferite dal cliente al proprio difenso-

¹⁸ A prescindere, tra l'altro, dalla formale investitura già comunicata all'autorità giudiziaria (cfr. Cass., Sez. V, 18 febbraio 2003, Ricciotti, in *Guida dir.*, 2003, 22, 73).

¹⁹ Di questa opinione è, fra gli altri, L. FILIPPI, *op. cit.*, 3466 s.

re: tradendo quella certezza derivante dall'invalidità del limite imposto dall'art. 103, co. 5, c.p.p. e la conseguente "inviolabilità" della garanzia tutelata da tale disposizione. Spoglierebbe, cioè, il difensore della garanzia di poter svolgere in modo libero e sereno il mandato professionale²⁰.

Si realizzerebbe, in buona sostanza, un ribaltamento della prospettiva che fisiologicamente anima l'art. 103, co. 5, c.p.p.: non più un difensore inteso quale necessario consulente legale del proprio assistito (e come tale degno di essere tutelato nell'intangibilità delle comunicazioni con il proprio cliente), bensì un avvocato che, quale destinatario delle più "intime" confidenze del cliente (magari riguardanti fatti di un qualche rilievo penale), si trasforma in indispensabile tramite per l'approvvigionamento o per la verifica di qualsiasi *notitia criminis*.

²⁰ In questi termini G. BISCARDI, *op. cit.*, 137.