

**Conversione in legge del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, recante  
“Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni”**

**Audizione del Consiglio Nazionale Forense**

Roma, li 4 febbraio 2020

**RILIEVI CRITICI E PROPOSTE DI MODIFICA**

**SOMMARIO:** 1. *Premessa.* - 2. *Il divieto di intercettare conversazioni tra persona intercettata e difensore: insufficienza della “sanzione” della inutilizzabilità delle stesse ove il divieto sia violato.* - 3. *Il rafforzamento della garanzia della riservatezza dei soggetti estranei alle indagini.* - 4. *Conclusioni.*

**1. Premessa.**

Il Consiglio Nazionale Forense ha seguito sempre con minuziosa e doverosa attenzione gli iter parlamentari che hanno condotto, soprattutto nell’ultimo biennio, all’adozione di diversi provvedimenti normativi nell’ambito della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni.

Durante tutto questo percorso, che trova ora nel decreto legge 161 - qui in analisi - una ulteriore ipotesi di riforma, il Consiglio ha avuto ben chiara la delicatezza dell’oggetto dell’intervento normativo: il tema delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni a fini di indagine si pone infatti al crocevia di una serie di diritti e interessi costituzionalmente rilevanti di importanza primaria. Per un verso, infatti, è doveroso assicurare ai soggetti del procedimento e del processo penale - ivi compreso il difensore, coerentemente con il modello accusatorio - ogni più ampio mezzo ai fini di più efficaci indagini sulla commissione di reati, e di una formazione della prova efficiente, specie sul piano della tutela del contraddittorio, come impone l’art. 111 della Costituzione; per altro verso, la tutela delle esigenze di indagine non può spingersi fino alla compressione di alcuni diritti inviolabili, come quelli alla difesa e alla riservatezza, ed anzi ad essi deve rimanere strettamente funzionale.

**Tra gli aspetti senz’altro positivi** rilevabili dal decreto in analisi, si segnalano, in particolare:

**a)** la maggiore attenzione, seppur comunque non bastevole, dedicata alla tutela della riservatezza e della reputazione delle persone intercettate, attraverso l'introduzione del divieto assoluto di pubblicazione delle intercettazioni acquisite irregolarmente (cfr. il nuovo articolo 114, comma 2-*bis*, c.p.p.) e la previsione - di cui al nuovo art. 268, comma 2-*bis*) che il Pubblico ministero istruzioni e vigili affinché non vengano trascritte - se non sono essenziali ai fini delle indagini - le espressioni lesive della reputazione e della riservatezza degli intercettati;

**b)** la maggiore attenzione al ruolo e ai poteri del difensore, con una più robusta disciplina dei diritti di avviso, visione ed estrazione di copia dei verbali delle intercettazioni sia in sede di indagini preliminari (cfr. i nuovi commi 6 e 8 dell'art. 268, che disciplinano detti poteri in forma più ampia rispetto ai previgenti e abrogati artt. 268 *bis* e *ter*), sia in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari (cfr. il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 415-*bis*), sia in sede di disciplina del giudizio immediato (cfr. il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 454). **Al riguardo, come aspetto non positivo, si osserva che viene meno la previsione di cui all'art. 293, comma 3, in merito al diritto del difensore di esaminare ed estrarre copia dei verbali delle intercettazioni a seguito del deposito di ordinanza di applicazione di misura cautelare.** Non è peraltro chiaro se detta previsione possa ritenersi assorbita dai nuovi commi 6 e 8 dell'art. 268 ed è pertanto auspicabile una chiarificazione in merito.

**Tra gli aspetti negativi** (oltre a quello di cui *supra*, punto 1, lett. b), si segnalano, in particolare:

**a)** in linea generale, l'estensione della (più afflittiva) disciplina delle intercettazioni prevista per i delitti di corruzione del pubblico ufficiale per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni anche ai delitti di corruzione dell'incaricato di pubblico servizio;

**b)** il nuovo articolo 270, comma 1-*bis*, ai sensi del quale le intercettazioni tra presenti captate in via informatica possano essere utilizzate in indagini riguardanti delitti diversi da quelli per cui si procede, ove essi rientrino tra i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., o tra i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

## **2. Il divieto di intercettare conversazioni tra persona intercettata e difensore: insufficienza della “sanzione” della inutilizzabilità delle stesse ove il divieto sia violato.**

Un secondo ordine di rilievi investe il conflitto tra intercettazione delle comunicazioni e tutela della riservatezza delle conversazioni tra l’avvocato difensore ed il cliente/assistito.

La garanzia di una comunicazione libera e non soggetta a controlli tra avvocato e cliente è immediatamente funzionale all’effettività del diritto di difesa, ed il particolare pregio di tali comunicazioni – come anche del rapporto professionale nella sua interezza – è già riconosciuto in più parti dall’ordinamento, dalla legge professionale e dalla deontologia forense. Ci si riferisce, *in primis* alla normativa relativa **al segreto professionale e alla riservatezza** che si pone come baluardo invalicabile alle interferenze di ogni genere e di ogni tenore nel rapporto avvocato/assistito.

In particolare, il segreto professionale - che trova indiretto riconoscimento nel diritto di difesa protetto dall'articolo 24 della Costituzione oltreché in altre norme di carattere processuale (cfr. art. 200 c.p.p., relativo all’obbligo di deposizione su quanto l’avvocato abbia conosciuto "per ragione" della propria professione) - relativamente ai limiti posti alle intercettazioni tra avvocato e difensore è previsto dal comma quinto dell’art. 103 c.p.p. per cui non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori, degli investigatori privati autorizzati ed incaricati in relazione al procedimento, dei consulenti tecnici e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite.

Si aggiunga la previsione di cui all’art. 6 (*Segreto professionale*)<sup>1</sup> della legge sull’Ordinamento Forense (n. 247 del 2012) di rango primario e quella deontologica di cui all’art. 13 (*Dovere di segretezza e riservatezza*)<sup>2</sup> del Codice Deontologico Forense.

---

<sup>1</sup> **Art. 6 - Segreto professionale** (l. 247 del 2012)

1. L'avvocato è tenuto verso terzi, nell'interesse della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e del massimo riserbo sui fatti e sulle circostanze apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche nei confronti dei dipendenti e dei collaboratori anche occasionali dell'avvocato, oltre che di coloro che svolgono il tirocinio presso lo stesso, in relazione ai fatti e alle circostanze da loro apprese nella loro qualità o per effetto dell'attività svolta. L'avvocato è tenuto ad adoperarsi affinché anche da tali soggetti siano osservati gli obblighi di segretezza e di riserbo sopra previsti.

3. L'avvocato, i suoi collaboratori e i dipendenti non possono essere obbligati a deporre nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della professione o dell'attività di collaborazione o in virtù del rapporto di dipendenza, salvi i casi previsti dalla legge.

4. La violazione degli obblighi di cui al comma 1 costituisce illecito disciplinare. La violazione degli obblighi di cui al comma 2 costituisce giusta causa per l'immediato scioglimento del rapporto di collaborazione o di dipendenza.

<sup>2</sup> **Art. 13 - Dovere di segretezza e riservatezza** del Codice Deontologico Forense

L'avvocato è tenuto, nell'interesse del cliente e della parte assistita, alla rigorosa osservanza del segreto professionale e al massimo riserbo su fatti e circostanze in qualsiasi modo apprese nell'attività di rappresentanza e assistenza in

A presidio della tutela della riservatezza tra avvocato e assistito non mancano numerosi disposizioni di *soft law*<sup>3</sup> e pronunce delle Corti europee dalle quali si evince che la tutela del segreto professionale dell'avvocato riveste il rango di principio giuridico generale avente natura di diritto fondamentale.

Si pensi da ultimo, solo per fare un esempio, al rilievo attribuito alla protezione del segreto professionale - oggetto di particolare tutela - anche ove entri in concorrenza con interessi di altrettanto rilievo, come mostra in particolare la disciplina in tema di contrasto al riciclaggio che - sia nella sua dimensione sovranazionale che interna - sottrae le attività e le comunicazioni coperte da segreto professionale all'obbligo di denuncia ai fini della normativa antiriciclaggio (art. 35, comma 5 del D. Lgs. n. 90/2017 che riproduce la previsione di cui all'art. 12, comma 2 del D. Lgs. n. 231/2007).

Un riconoscimento di tale particolare valore delle comunicazioni tra avvocato e cliente è presente anche nella disciplina che qui ci occupa, seppure con taluni limiti che devono in questa sede essere sottolineati criticamente.

In particolare, l'art. 2 del D. Lgs. n. 216/2017 è intervenuto sul comma 7 dell'art. 103 del c.p.p., a rafforzare la garanzia sinora rappresentata dalla inutilizzabilità delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra avvocato e cliente, effettuate in violazione del comma 5 del medesimo articolo. Oltre alla sanzione della inutilizzabilità, è infatti previsto ora che il contenuto di tali intercettazioni non possa essere trascritto, nemmeno parzialmente, nel verbale delle operazioni e che la relativa documentazione venga distrutta, salvo che costituisca corpo del reato (ai sensi dell'art. 271, comma 3, cui l'art. 103, comma 7 rinvia).

Sebbene le disposizioni appena richiamate realizzino una tutela speciale delle conversazioni e comunicazioni tra avvocato e cliente, queste non sono tuttavia poste pienamente al riparo dalle conseguenze pregiudizievoli di una non avveduta attività di intercettazione: la sanzione della inutilizzabilità, e il divieto di trascrizione non impediscono infatti che il contenuto delle conversazioni intercettate in violazione del divieto di cui all'art.

---

*giudizio, nonché nello svolgimento dell'attività di consulenza legale e di assistenza stragiudiziale e comunque per ragioni professionali.*

<sup>3</sup> La CCBE Charter of Core Principles of the European legal profession del 2006 (principle 6), il Code of conduct for European lawyers del 1988 (sub 2.3), la Recommendation Rec(2000)21 of the Committee of Ministers to member states on the freedom of exercise of the profession of lawyer del 2000 (principle I.6), la European Parliament resolution on the legal professions and the general interest in the functioning of legal systems del 2006 (whereas E and H), e le United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers del 1990 (principle 8 and 22).

103, comma 5, c.p.p. venga comunque a conoscenza dell'accusa, che potrebbe trarne - non la prova ma - una fonte di prova o un elemento indiziario.

Appare dunque indispensabile rafforzare l'effettività del divieto di intercettazione - con ogni mezzo - delle comunicazioni e delle conversazioni tra avvocato e cliente, ad esempio imponendo **l'immediata interruzione dell'intercettazione (spegnimento dei sistemi informatici utilizzati) o della captazione (spegnimento del dispositivo elettronico portatile) e, ove ciò non avvenga, la loro immediata distruzione, ad opera degli stessi soggetti delegati alle operazioni, al fine di evitare *ab origine* che anche solo le tracce delle suddette comunicazioni entrino in ogni forma, e seppur provvisoriamente, nel fascicolo del procedimento.** Deve inoltre essere rilevata, sempre a tale proposito, l'assenza di una sanzione (a parte la già richiamata sanzione "intraprocessuale" della inutilizzabilità).

**A ciò si aggiunga la necessità che il divieto di intercettare difensore e assistito rivesta carattere assoluto e non ammetta compressioni<sup>4</sup>: il divieto va esteso a tutte le conversazioni o comunicazioni dei difensori, anche a quelle che non riguardino indiscriminatamente tutte le conversazioni di chi riveste tale qualifica, e per il solo fatto di possederla, e non solo le conversazioni che attengono alla funzione esercitata.**

Se è vero, come è vero, difatti, che la *ratio* della regola posta dall'art. 103 c.p.p. va rinvenuta nella tutela del diritto di difesa, tuttavia non può essere rimesso al giudice la valutazione sul rapporto (amicale o professionale) tra i due soggetti e sul contenuto del colloquio. Vanno, allora, individuati casi tassativi e tipici ovvero criteri ben definiti che circoscrivano il perimetro della riconducibilità del colloquio alle ipotesi in cui l'assistito tenda ad ottenere consigli difensivi professionali o piuttosto stia meramente confidandosi: il conferimento di incarico professionale, nelle forme di cui alla legge sull'ordinamento professionale, potrebbe, ad esempio, costituire un limite all'intercettazione a prescindere comunque, da una formalizzazione della nomina<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sulla necessità di garantire un interesse ritenuto meritevole di tutela, dal diritto di difesa al diritto alla riservatezza che assiste determinati colloqui, si rinvia a **Corte cost., 15 gennaio 2013, n. 1, Pres. Quaranta, Rel. Silvestri e Frigo.**

<sup>5</sup> *La sanzione dell'inutilizzabilità delle conversazioni captate ricorre quand'anche l'indagato non abbia ancora comunicato all'autorità procedente la nomina del difensore ai sensi dell'art. 96, in quanto ciò che rileva ai fini dell'operatività del divieto di intercettazione «è la natura del colloquio e non la formalizzazione del ruolo del difensore»* (C., Sez. VI, 4.7.2006, Spahija, in Mass. Uff., 234865; C., Sez. VI, 4.5.2005, Assinnata, in Mass. Uff., 232266; C., Sez. V, 18.2.2003, Ricciotti, in Mass. Uff., 224251; C., Sez. VI, 16.12.2002, Favi, in GI, 2004, 1472), *non estendendosi però a qualsivoglia comunicazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio* (C., Sez. II, 28.5.2014, Canestrone, in Gdir, 2014, 34-35, 57).

### **3. Il rafforzamento della garanzia della riservatezza dei soggetti estranei alle indagini.**

In via preliminare, come già più volte sostenuto, si sottolinea la necessità di irrobustire e rendere pienamente effettiva – attraverso puntuali previsioni di divieto di intercettazione, assistite da sanzioni altrettanto efficaci – la garanzia della riservatezza dei soggetti estranei alle indagini. Nella medesima prospettiva, e sempre in relazione alla tutela della riservatezza, si segnala la necessità di provvedere ad un coordinamento delle previsioni in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni con la nuova disciplina della protezione dei dati personali, recata dal regolamento (UE) 2016/679 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

La disciplina di cui in parola, di certo migliorativa rispetto alla disciplina ora vigente almeno nella parte in cui viene meno l’iniziale valutazione discrezionale della polizia giudiziaria chiamata a decidere su cosa trascrivere e cosa annotare per il Pubblico ministero, non salvaguarda il necessario bilanciamento tra esigenze di giustizia e tutela dei dati personali che è rimesso alla valutazione, prima del Pubblico ministero, e poi del Giudice.

In particolare:

- viene demandato al Pubblico Ministero il compito di ordinare la trascrizione delle intercettazioni “*quando ne ritiene la rilevanza per i fatti oggetto di prova*” (comma 2-ter) e sul punto, il nuovo comma 2-bis, 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 sensibili dalla legge, salvo che si tratti di intercettazioni rilevanti ai fini delle indagini;
- viene demandato all’apprezzamento del Giudice la rilevanza delle intercettazioni ai fini del procedimento (intercettazioni che, ad ogni buon conto, sarebbero pure già state oggetto di trascrizione) qualora la parte chieda la distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni non necessarie al procedimento.

A ciò aggiungasi che l’art. 2 D.L. n. 161/2019 concretizza un impiego così ampio del captatore informatico - strumento che può captare le voci di chiunque si intrattenga con il suo portatore, di qualunque argomento parli e ovunque si trovi, persino nei domicili altrui – tale da porsi in evidente contrasto con la tutela effettiva della riservatezza.

Anche in questo caso, pertanto, è necessario prevedere idonee garanzie - tanto sul piano della disciplina delle modalità di acquisizione, quanto sul piano della sanzione per i casi di acquisizione irregolare, da porsi in capo ai delegati alle operazioni - al fine di assicurare l'immediata interruzione della captazione o, eventualmente, la distruzione immediata dei dati estranei all'indagine, o comunque acquisiti in violazione della riservatezza dei soggetti coinvolti.

#### **4. Conclusioni.**

Alla luce delle innovazioni normative da ultimo sintetizzate, devono pertanto, anche ora ed in questa sede, essere ribadite le preoccupazioni e le perplessità manifestate in relazione alla complessiva disciplina delle intercettazioni con particolare riguardo:

- a)** alle intercettazioni dei colloqui tra avvocato/difensore e cliente/assistito, in qualunque caso e con qualunque strumento avvengano;
- b)** all'indiscriminato utilizzo di captatori informatici.

Relativamente alle intercettazioni dei colloqui tra avvocato/difensore e cliente/assistito, se appare apprezzabile lo sforzo di rafforzare il divieto, nondimeno continua a essere non effettivo: le conversazioni fra l'avvocato e il suo assistito, restano sì inutilizzabili ma che in realtà la pubblica accusa potrà continuare ad acquisire, con la possibilità - per i meno corretti - di ascoltarle comunque, e di svelare in modo indebito la strategia difensiva.

Il ricorso al captatore informatico, del quale va rilevato il carattere estremamente invasivo, che sconsiglia nettamente di estenderne l'utilizzo, deve essere sottoposto a limiti chiari e precisi tale da poter essere previsto, e conseguentemente autorizzato, solo in presenza di un consistente numero di gravi indizi ed escludendo in radice che possa esserne consentito l'uso per la ricerca a strascico di eventuali reati ulteriori e diversi rispetto a quelli per cui si procede.