



*Procura della Repubblica presso il Tribunale di
TIVOLI*

Il Procuratore della Repubblica

Prot. n. 1030/2017

Tivoli, 23 giugno 2017

Oggetto: linee guida in tema di procedimento da seguire per la distruzione delle intercettazioni “inutilizzabili”, in particolare con riferimento alle conversazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo.

1. La continuità delle presenti linee guida con quelle adottate il 16 marzo 2016

In data 16 marzo 2017 sono state adottate da questa Procura *linee guida in tema di intercettazioni di conversazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo*¹. Contestualmente è stata emanata la direttiva alla polizia giudiziaria n. 2/2017 *In tema di intercettazioni di conversazioni tra l'indagato e il suo difensore*².

Nel rinviare integralmente ai citati provvedimenti, è opportuno ricordare che le linee guida, riservato a una fase successiva un più ampio provvedimento in materia di intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili per qualunque ragione, prendono in considerazione le intercettazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo. In sintesi, le linee guida:

- precisano il ruolo del pubblico ministero in questa delicata materia, prendendo atto della delibera del Consiglio Superiore della Magistratura del 29 luglio 2016, che ha diffuso i provvedimenti finora adottati da alcune Procure della Repubblica;

¹ Il provvedimento è pubblicato sul sito della Procura della Repubblica di Tivoli: http://www.procura.tivoli.giustizia.it/documentazione/D_5818.pdf

² La direttiva è pubblicata sul sito della Procura della Repubblica di Tivoli: http://www.procura.tivoli.giustizia.it/documentazione/D_5902.pdf.

- procedono alla ricognizione della normativa (Cedu, diritto dell'Unione Europea, Costituzione, disposizioni del codice di procedura penale) e degli orientamenti giurisprudenziali (della Corte costituzionale e della Corte di cassazione), con riferimenti anche al Codice Deontologico degli Avvocati e alla risoluzione del CSM del 29 luglio 2016;
- individuano alcuni principi cui ispirare i criteri applicativi da enucleare;
- fissano i criteri da seguire in sede applicativa in presenza dei casi più frequenti e tipizzabili:
 - a) captazione indiretta di conversazione tra l'indagato, nei cui confronti sia in atto un'intercettazione, e il suo difensore;
 - b) captazione indiretta di conversazione tra persone (nei cui confronti sia in atto un'intercettazione) diverse dall'indagato e il difensore di costui;
 - c) captazione in cui le persone, indagate o meno, si riferiscono al difensore (non presente)
 - d) intercettazione diretta nei confronti del difensore (ovviamente nei soli casi consentiti);

Le linee guida non disciplinano il procedimento per la distruzione dei risultati delle intercettazioni inutilizzabili e della relativa documentazione, rinviando a una fase successiva la relativa regolamentazione.

All'esito degli ulteriori dovuti approfondimenti si individuano oggi i criteri per procedere alla distruzione dei risultati delle intercettazioni inutilizzabili e della relativa documentazione, questione delicata (al pari del tema individuato nelle precedenti linee guida) venendo in rilievo ulteriori profili, a partire dalla possibilità dei difensori delle parti di interloquire sulla determinazione finale costituita dalla definitiva e irreversibile distruzione dei documenti in esame.

2. Il procedimento seguito per adottare le linee guida, i principi ispiratori delle linee guida

Il procedimento seguito per adottare le linee guida

Al consueto prezioso contributo dei magistrati dell'Ufficio si è aggiunta l'interlocuzione con l'Avvocatura di Tivoli che, pur ribadite in modo fermo posizioni diverse da quelle contenute nelle linee guida già emanate (a partire dalla tutela postuma dell'inutilizzabilità solo nel caso di intercettazione in esame "assolutamente imprevedibile ed inevitabile", dovendo altrimenti individuarsi modalità tali da impedire o interrompere la captazione), ha offerto il suo ragionato punto di vista sul procedimento da seguire per la distruzione dei risultati (e della documentazione) delle intercettazioni inutilizzabili. All'esito di un franco confronto, secondo l'Avvocatura va avviato immediatamente il procedimento ex art. 271, comma 3. Il procedimento ex art. 268 c.p.p. dovrebbe essere riservato ai soli casi in cui in capo al PM dovessero residuare dubbi di qualsivoglia tipo in ordine alla natura della conversazione captata ivi compreso quello della rispondenza al mandato difensivo.

È opportuno sottolineare che il confronto con l'Avvocatura Tiburtina si inserisce nel solco tracciato dal CSM con la delibera del 29 luglio 2016 *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni, in una logica di lealtà processuale ed in vista del perseguimento dell'obiettivo, che non può che essere comune, del contemperamento dei diritti costituzionali confliggenti*".

I principi a fondamento delle linee guida

Le presenti linee guida sono ispirate a principi analoghi a quelli individuati col provvedimento del 16 marzo 2017 (cfr. par. 3.1) che, al fine di evitare dubbi di sorta, è opportuno ribadire:

- a) la necessità di garantire nella misura più ampia possibile, sulla base della disciplina vigente e degli orientamenti giurisprudenziali, la tutela del mandato difensivo anche alla luce dell'art. 24 comma 2, della Costituzione e dell'art. 6, par. 3, della Cedu;
- b) l'impossibilità, allo stato, di prevedere un potere autonomo di interruzione delle operazioni d'intercettazione nel caso di captazione indiretta;
- c) la necessità, ove occorra, dell'intervento preliminare del pubblico ministero per qualunque determinazione da assumere in casi dubbi relativi a captazione indiretta;
- d) la necessità di evitare, nella massima misura possibile, la trascrizione di intercettazioni (indirette) che possano riferirsi all'espletamento del mandato difensivo, privilegiando il loro mero ascolto per assumere le necessarie determinazioni:
 - a. in primo luogo evitando la trascrizione, con l'indicazione nel cd. brogliaccio della polizia giudiziaria *conversazione con il difensore, non utilizzabile*;
 - b. eventualmente, e dunque in via residuale e nei soli casi "dubbi" perché di possibile rilievo secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione analiticamente indicata (al par. 2.4.1), previa trascrizione della conversazione per le determinazioni da assumere.
- e) la necessità di adottare procedure dirette ad evitare la presenza (o l'ulteriore presenza) nel fascicolo del procedimento di atti che vanificherebbero la garanzia al difensore pur dopo che il Pm ha ritenuto la loro inutilizzabilità e in attesa dell'intervento del Giudice;
- f) l'unica soluzione possibile prima dell'intervento del Giudice è sembrata quella di evitare che tali atti confluiscono nel fascicolo e, comunque, lo "stralcio" (provvisorio) con provvedimento succintamente motivato, con custodia in plico sigillato conservato al protocollo riservato del Procuratore; garantendo così l'impossibilità di visione e degli atti (e ascolto delle registrazioni) da parte di chiunque, atteso che il plico potrà essere solo consegnato al Giudice nel corso o all'esito del procedimento per la distruzione senza che si possa prima procedere ad apertura.

3. Il procedimento da adottare: ex art. 271 o 268 c.p.p.

Premessa

Il tema di maggior rilievo da affrontare è quello del procedimento da seguire per la distruzione della documentazione delle intercettazioni ritenute inutilizzabili per le ragioni in esame:

- sia se ritenute immediatamente non utilizzabili, già con l'indicazione nel cd. brogliaccio della polizia giudiziaria come *conversazione con il difensore, non utilizzabile*. Ipotesi che si verifica sia se la determinazione viene assunta autonomamente dalla polizia giudiziaria, sia se ciò avviene previa interlocuzione col pubblico ministero che può anche procedere al mero ascolto;
- sia se ritenute inutilizzabili dal pubblico ministero (con apposito decreto succintamente motivato come da par. 3.2, lett. a) n. 2) delle linee guida del 16 marzo 2017). Ipotesi da ritenersi residuale dopo l'emanazione delle linee guida di questa Procura, ma non eliminabile per le più diverse evenienze (ad es.: procedimento trasmesso per competenza da Procura che abbia adottato un diverso orientamento; audio non immediatamente comprensibile; audio con contenuto non facilmente comprensibile col mero ascolto; contenuto che sembra rientrare in una delle ipotesi di utilizzabilità previste dalla giurisprudenza di legittimità; ipotesi di cui alle linee guida del 16 marzo 2017 par. 3.2, lett. b). Peraltro, una eventuale più ampia casistica consentirà di individuare criteri più restrittivi al fine di ridurre al minimo trascrizioni poi ritenute inutilizzabili.

Per ragioni di ordine pratico si farà riferimento alle intercettazioni, comprendendovi le diverse forme di captazione disciplinate dall'art. 266 c.p.p.

Il procedimento ex art. 271 c.p.p.

Il procedimento previsto dall'art. 271 c.p.p. si riferisce:

- a intercettazioni individuabili univocamente: a) intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge; b) intercettazioni per cui non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268 commi 1 e 3 c.p.p. (comma 1);
- a intercettazioni *“relative a conversazioni o comunicazioni delle persone indicate nell'articolo 200 comma 1 quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione salvo che le stesse persone abbiano deposto sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati”* (comma 2).

Il pubblico ministero qualora ravvisi una delle ipotesi disciplinate da tale disposizione avanza la richiesta al giudice. Il Giudice, *“in ogni stato e grado del procedimento”*, dispone la distruzione (salvo che si tratti di corpo del reato) che avviene sotto il suo controllo (art. 269, commi 1 e 3, c.p.p.).

L'art. 269, comma 2, in tema di ordinaria conservazione dei risultati e verbali delle intercettazioni (fino alla sentenza non più soggetta ad impugnazione), fa espressamente salva l'ipotesi dell'art. 271 comma 3 c.p.p., senza alcun richiamo a un procedimento partecipato ma senza un'espressa disciplina.

Va ricordato, infine, che l'art. 103, comma 7, c.p.p. prevede espressamente, tra l'altro, che non possono essere utilizzati i risultati delle intercettazioni eseguite in violazione del comma 5 (quindi quelle tra difensore e indagato attinenti al mandato) con un richiamo espresso *“salvo quanto previsto ...dall'art. 271 c.p.p.”*.

Nulla si prevede, espressamente, sulle modalità con cui il Giudice perviene alla decisione, se con udienza partecipata o meno (cfr. oltre).

Il procedimento ex 268 c.p.p.

L'art. 268 c.p.p., commi 6, 7 e 8, unitamente all'art. 269 c.p.p., delinea quello che dovrebbe essere l'ordinario epilogo delle due diverse tipologie ordinarie di intercettazioni:

- intercettazioni rilevanti per il procedimento (e utilizzabili), perciò da trascrivere con perizia ed inserire nel fascicolo del dibattimento, perciò con udienza partecipata;
- intercettazioni non rilevanti per il procedimento che sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, sempre che *gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, non richiedano la distruzione, a tutela della riservatezza* che avviene con udienza partecipata nelle forme dell'art. 127 c.p.p.

Si parla, poi incidentalmente al comma 6 di intercettazioni inutilizzabili. Il Giudice, nell'esaminare le richieste formulate dalle parti, procede *“anche di ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima”*. Dunque, udienza partecipata, espressamente disciplinata attraverso un avviso assai breve, senza espressa normazione dell'esito dello “stralcio”; esito che potrebbe desumersi collocando queste intercettazioni inutilizzabili nelle categorie previste dall'art. 271 c.p.p. in precedenza ricordate.

Il procedimento, sempre partecipato, delineato (se pur con diverse modalità) dagli artt. 268 e 269 c.p.p. può così essere sintetizzato nel suo ordinario sviluppo:

- a) il pubblico ministero deposita i verbali di cui all'art. 268 commi 1 e 2 c.p.p., delle registrazioni e dei decreti (adottati dal Giudice e dal PM) entro 5 giorni dalle conclusioni delle operazioni, ovvero (come accade di norma) salvo che il Giudice non riconosca necessaria una proroga o il ritardo fino al termine delle indagini preliminari in questo caso se *“può derivare un grave pregiudizio per le indagini”* (comma 5).

Per la diffusa prassi applicativa il PM richiede e ottiene l'autorizzazione al ritardo del deposito non oltre il termine delle indagini preliminari e procede al deposito generalmente unitamente all'avviso ex art. 415-bis c.p.p. e indica in tale avviso le intercettazioni ritenute rilevanti.

Peraltro, nel caso di previa adozione di ordinanza applicativa di misura cautelare, l'indicazione avviene di norma attraverso il richiamo delle intercettazioni ivi menzionate (ovvero nella relativa richiesta di applicazione della misura); trattasi, perciò, delle uniche intercettazioni utilizzate e, dunque, che possono essere state ascoltate dalle parti nella fase incidentale cautelare (con diritto anche ad ottenerne copia).

Nel caso di richiesta di giudizio immediato di norma trattasi di “immediato cautelare”, sicchè si verte nell'ipotesi appena descritta: adempimento del deposito unitamente alla notifica dell'ordinanza applicativa della custodia cautelare, successivo richiamo delle intercettazioni ritenute rilevanti nella richiesta di giudizio immediato poi notificata unitamente al decreto che dispone il giudizio);

- b) ai difensori delle parti è immediatamente dato avviso che, entro il termine fissato dal pubblico ministero (cfr. comma 4), hanno facoltà di:
- 1) esaminare gli atti,
 - 2) e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche. La disposizione è chiara nel prevedere la sola facoltà di esame degli atti e di ascolto delle registrazioni, escludendo la facoltà di ottenere copia che, invece, sorge con la notifica dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. per gli indagati e i relativi difensori (ovvero del decreto che dispone il giudizio immediato);
 - 3) nonché (come si desume dalla norma) di indicare le conversazioni ritenute rilevanti.
- c) scaduto il termine, il giudice, esaminate le richieste delle parti, dispone:
- 1) l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicati dalle parti, sempre che non appaiano manifestamente irrilevanti;
 - 2) l' stralcio, anche di ufficio, delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio e sono avvisati almeno ventiquattro ore prima;
- d) disposta l'acquisizione ed eventualmente stralciate le registrazioni e i verbali inutilizzabili, il giudice dispone la trascrizione integrale delle registrazioni osservando le forme, i modi e le garanzie previsti per l'espletamento delle perizie. Le trascrizioni sono inserite nel fascicolo per il dibattimento (comma 7);
- e) dopo il provvedimento di acquisizione i difensori possono estrarre copia delle trascrizioni e delle registrazioni relative (comma 8);
- f) i verbali e le registrazioni non acquisite (perché irrilevanti) né dichiarate inutilizzabili sono conservati presso la segreteria del PM fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione, salvo che *gli interessati, quando la documentazione non è necessaria per il procedimento, non richiedano la distruzione, a tutela della riservatezza*. In quest'ultimo caso il Giudice provvede ai sensi dell'art. 127 c.p.p.

È nota l'esistenza di una prassi largamente diffusa volta ad evitare il ricorso a questa procedura. La selezione delle registrazioni rilevanti e la loro trascrizione è compiuta nelle udienze dibattimentali, in genere nella fase dedicata all'ammissione delle prove; talvolta quest'attività viene compiuta dinanzi al Gup.

In questa sede è sufficiente ricordare, come riconosciuto dal CSM nella delibera del 29 luglio 2016, che la prassi nasce da evidenti ragioni di economia processuale che potrebbero venire meno *“in modo mirato e non massivo, per garantire l'equo contemperamento degli interessi in gioco e il bilanciamento dei diritti di pari valore costituzionali, che entrano in contrapposizione”*.

In conclusione, il procedimento ora delineato consente la partecipazione dei difensori delle parti che possono apprezzare il contenuto delle intercettazioni (ascoltandole, ma non potendo ottenerne copia), avanzare richieste sull'acquisizione al fascicolo, ma anche sull'inutilizzabilità.

Emerge, comunque, una rilevante differenza tra:

- intercettazioni ritenute rilevanti dal giudice, prima solo ascoltate dalle parti, poi all'esito del provvedimento del giudice trascritte con perizia, con diritto all'estrazione anche di copia delle registrazioni e acquisizione al fascicolo del dibattimento;
- intercettazioni ritenute non rilevanti dal Giudice, solo ascoltate dalle parti, poi all'esito del provvedimento del giudice conservate dalla segreteria del PM fino alla sentenza irrevocabile per essere infine distrutte;
- intercettazioni ritenute inutilizzabili dal Giudice, solo ascoltate dalle parti, poi stralciate nel contraddittorio con avviso brevissimo, e da avviare ordinariamente alla distruzione con la definitività del provvedimento del Giudice;
- intercettazioni inutilizzabili di cui all'art. 271, commi 1 e 2, il cui procedimento di distruzione previsto dall'art. 271 comma 3 c.p.p. è fatto salvo dall'art. 269, comma 2, c.p.p.

Procedimenti relativi ad altre intercettazioni

Numerose disposizioni prevedono altre forme di conservazione e/o distruzione dei risultati e della documentazione delle intercettazioni.

È opportuno procedere a una mera sintesi di queste disposizioni per verificare se vi siano norme utili per definire la questione in esame.

L'art. 240 c.p.p. disciplina i supporti delle conversazioni o comunicazioni "illegalmente formati o acquisiti".

Per queste intercettazioni, che si possono definire illecite (termine utilizzato dal comma 6 dell'art. 240 c.p.p.) la norma in esame prevede:

- l'immediata secretazione da parte del pubblico ministero;
- il divieto di utilizzazione e di rilascio di copia;
- un procedimento per la distruzione avviato entro quarantotto ore dal pubblico ministero, con udienza partecipata ex art. 127 c.p.p. alle parti interessate entro le successive quarantotto ore;
- un provvedimento del Giudice sulla distruzione, eseguita immediatamente alla presenza di PM e parti con redazione di un verbale in cui non vi è alcun riferimento al contenuto delle conversazioni.

La l. n. 140/2003 relativa alle intercettazioni dei Parlamentari prevede, per quanto qui interessa:

- un procedimento partecipato, con rinvio all'art. 269 commi 2 e 3 c.p.p., delle intercettazioni "casuali" irrilevanti (art. 6, comma 1);
- un procedimento autorizzativo della Camera di appartenenza se l'Autorità Giudiziaria intende utilizzare le intercettazioni "casuali". Se l'autorizzazione è negata l'intercettazione è distrutta immediatamente e comunque non oltre dieci giorni dal diniego (art. 4, commi da 2 a 5). Il testo fa propendere per un procedimento di distruzione non partecipato;
- l'inutilizzabilità delle intercettazioni acquisite in violazione delle disposizioni dichiarata dal Giudice in ogni stato e grado del procedimento. Il testo, coincidente con quello dell'art. 271, comma 3, c.p.p. consente di fare riferimento al relativo procedimento trattandosi, comunque,

di intercettazioni “eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge” (cfr. anche oltre sent. Corte cost. n. 1/2013).

L’art. 266 disp. att. c.p.p. disciplina le intercettazioni preventive (non assimilabili in alcun modo alle intercettazioni di cui all’art. 266 c.p.p. (Corte cost. sent. n. 443/2004). Il Procuratore della Repubblica dispone la distruzione dei supporti e verbali all’esito della loro esecuzione e deposito, previa verifica della conformità dell’attività svolta con quella autorizzata (comma 3).

L’art. 25 ter d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992 disciplina altre intercettazioni preventive, assimilabili a quelle ora descritte, pur se non si prevede espressamente la modalità di distruzione.

L’art. 78 del d.lgs. n. 159/2011 disciplina le intercettazioni in materia di misure di prevenzione (personali) prevedendo che il procuratore della Repubblica che ha autorizzato le operazioni dispone, all’esito, la loro distruzione.

Non appaiono utili in questa sede le disposizioni contenute in **diverse leggi speciali** che prevedono forme particolari di autorizzazione alle intercettazioni (art. 7, comma 2, l. n. 219/1989 in materia di reati di cui all’art. 90 ascritti al Presidente della Repubblica), divieti derivanti da convenzioni internazionali e prerogative analoghe a quelle dei parlamentari (l. cost. n. 1/1948 relativa ai Giudici della Corte costituzionale), regolamentazioni particolari (l. cost. n. 1/1989 e l. n. 219/1989 per il Presidente del Consiglio dei ministri e dei ministri, pur se cessati dalle cariche), la mera estensione delle garanzie di cui all’art. 103 c.p.p. (art. 120 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 per gli operatori del servizio pubblico per le tossicodipendenze e delle strutture private autorizzate dell’art. 116 del medesimo provvedimento; art. 35 disp. att. c.p.p.).

In conclusione, l’esame sommario di alcune disposizioni in tema di intercettazioni presenti in leggi speciali fa emergere le seguenti linee direttrici:

- le intercettazioni preventive (disposte non per l’accertamento di un fatto reato) hanno una minore garanzia, sono autorizzate dal pubblico ministero che ne verifica la regolarità e procede tempestivamente alla loro distruzione;
- le intercettazioni illecite (la cui esecuzione costituisce reato) hanno un’autonoma disciplina;
- le intercettazioni irrilevanti o inutilizzabili (eseguite fuori dei casi previsti dalla legge) hanno una disciplina che rinvia in ampia parte alle disposizioni del codice di rito, 268 o 271 c.p.p.

4. L’interpretazione adottata

L’esame dei procedimenti previsti dagli artt. 268 e 271 c.p.p. (e da altre disposizioni) consente di individuare una soluzione sulla base dell’attuale legislazione e quadro interpretativo, eventualmente da rivedere all’esito delle concrete applicazioni, prassi operative e, soprattutto, decisioni del Giudice.

La finalità delle presenti linee guida è quella di individuare condotte uniformi della Procura della Repubblica, all’esito della condivisione con le colleghe e i colleghi, oltre che (per la

particolarità della materia come ricordato dal CSM nella citata delibera) previo confronto con l'Avvocatura. Le direttive individuate in questa sede richiedono, poi, la concreta verifica all'esito delle applicazioni pratiche e le decisioni del Giudice che adotta le determinazioni sull'utilizzabilità, stralcio, distruzione delle intercettazioni in considerazione dell'evidente ruolo centrale in presenza di intercettazioni eseguite nel procedimento penale ovvero in questo pervenute (perché illecite).

In presenza di disposizioni che non sempre appaiono chiare, i punti di riferimento per una interpretazione da adottare nelle linee guida (in mancanza di univoci precedenti o prassi applicative) si individuano:

- nel bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente garantiti, a partire dal diritto di difesa e dal principio del contraddittorio;
- nei casi dubbi, darsi rilievo al diritto di difesa, definito dal costituente "*inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*".

I principi enucleati già fanno propendere per il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., potendo collocarsi le intercettazioni in esame, all'esito della declaratoria di inutilizzabilità del pubblico ministero (eventualmente a conferma della prima valutazione della polizia giudiziaria sul fatto che trattasi "di colloqui tra difensore e assistito) e, dunque, previa verifica della sussistenza delle condizioni individuate dalla giurisprudenza di legittimità.

Non impedisce l'utilizzo del procedimento ivi previsto il riferimento al "processo" contenuto nell'art. 271, comma 3, c.p.p., trattandosi di dizione che può riferirsi in concreto anche al "procedimento", dunque alla fase delle indagini preliminari che, altrimenti, vedrebbero negata la possibilità di un intervento immediato del Giudice in presenza di intercettazioni inutilizzabili. Del resto lo stesso art. 268, comma 6, c.p.p. nel procedimento partecipato previsto nella fase delle indagini preliminari consente al Giudice lo stralcio delle intercettazioni ritenute inutilizzabili (cfr. in tal senso espressamente Corte cost. n. 1/2013).

Rimane da esaminare il tema della procedura da seguire nei casi di cui all'art. 271 c.p.p. non espressamente e analiticamente disciplinata. Come ricordato, non si fa esplicito riferimento ad udienza, partecipata o meno, a differenza delle altre (disparate) norme ricordate.

Soccorre, a questo punto, l'orientamento del Giudice delle leggi espresso nella sentenza n. 1/2013 che ha affrontato in modo approfondito il tema delle intercettazioni relative al Presidente della Repubblica di cui si chiedeva (ed è stata disposta) la distruzione ex art. 271 c.p.p. in quanto eseguite "*fuori dei casi consentiti dalla legge*".

La Corte costituzionale, messa in risalto la peculiarità della funzione svolta e la necessità di riservatezza "assoluta" di cui gode il Presidente della Repubblica nell'esercizio delle sue funzioni, cui consegue "*...l'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni casualmente effettuate di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica...*", enuclea alcuni principi utili per le presenti linee guida.

In estrema sintesi questo il ragionamento della Corte costituzionale:

- l'udienza "stralcio", di cui al sesto comma dell'art. 268 c.p.p. è "*strutturalmente destinata alla selezione dei colloqui che le parti giudicano rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti per cui è processo...la procedura partecipata di distruzione...riguarda per definizione conversazioni prive di rilevanza ma astrattamente utilizzabili, come risulta dalla clausola di esclusione inserita, riguardo alle intercettazioni delle quali sia vietata l'utilizzazione, in apertura del secondo comma dell'art. 269 cod. proc. pen*";
- l'art. 271 c.p.p. "*non impone la fissazione di una udienza camerale "partecipata", e neppure la esclude*";
- la scelta sull'udienza partecipata o meno discende dalla conseguenza logico-giuridica di quanto disposto dalla stessa norma nei primi due commi che fa riferimento a due diverse tipologie di inutilizzabilità perché fondata su due ragioni differenti;
- qualora l'inutilizzabilità sia procedimentale, derivi cioè "*... dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate: tali, in particolare, le prescrizioni degli artt. 267 e 268*" va svolta l'udienza partecipata ex art. 127 c.p.p. in quanto queste intercettazioni "*attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili. ... La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti*";
- qualora, invece, l'inutilizzabilità discenda da ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni" non va svolta alcuna udienza partecipata. Trattandosi di una protezione "assoluta" del colloquio per la qualità dei interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto (dunque da verificare) l'accesso delle altre parti del giudizio "*vanificherebbe l'obiettivo perseguito*";
- l'inutilizzabilità sostanziale riguarda: a) i casi di cui al secondo comma dell'art. 271 c.p.p., che espressamente richiama l'art. 200 c.p.p. (disponendo, così, il divieto di utilizzo di intercettazioni di comunicazioni o conversazioni di soggetti – tra cui il medico, l'avvocato, il ministro di confessioni religiose – "*quanto a fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione*"), b) il caso di intercettazione "*eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge*" indicate in modo disgiunto all'art. 271, comma 1, c.p.p.;
- la procedura non partecipata richiede, comunque, l'intervento del Giudice e, in ogni caso, l'Autorità "*giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica*".

In conclusione, accertata l'operatività della tutela prevista dall'art. 103 c.p.p., il PM deve richiedere al Giudice la distruzione delle registrazioni e della relativa documentazione. Il Giudice adotterà le proprie determinazioni che potranno essere:

- o di adesione alla linea interpretativa proposta e procedere con udienza non partecipata e, all'esito, se ritenute operanti le garanzie in esame, disporre la distruzione,

- ovvero decidere diversamente delineando una diversa soluzione.

Le parti avranno cognizione delle determinazioni assunte dal PM in quanto nel fascicolo sono inseriti la richiesta avanzata e (se in tal senso disporrà il Giudice) il provvedimento del Giudice (e il verbale di distruzione)

Delineata la procedura da seguire va individuato il momento in cui va avviata dal pubblico ministero.

Se la soluzione dell'immediato avvio appare discendere dai principi enucleati, gli effetti irreversibili della distruzione inducono a tentare di individuare, in questa prima fase applicativa (e prima di un orientamento interpretativo del Giudice), una soluzione fase in cui almeno i difensori degli indagati possano venire a conoscenza del procedimento al fine di consentire una possibile interlocuzione sulla scelta del PM attraverso istanze da presentare al Giudice.

5. Le linee guida adottate

Allo stato, in presenza di intercettazioni ritenute (e dichiarate dal PM) inutilizzabili, con specifico riferimento a quelle oggetto delle linee guida adottate il 16 marzo 2017, il pubblico ministero assegnatario seguirà il procedimento di distruzione con le seguenti modalità:

a) avvierà il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., con richiesta formulata al Gip contestualmente all'avviso ex art. 415 bis c.p.p. All'esito dell'eventuale consolidarsi di univoche interpretazioni da parte del Giudice sull'applicabilità del procedimento non partecipato la richiesta sarà avanzata appena possibile.

Nella richiesta al Gip saranno elencate le intercettazioni interessate con i dati essenziali per consentirne l'individuazione, senza sintesi alcuna del contenuto (dati del provvedimento autorizzativo, data e ora e utenza intercettata o estremi identificativi di comunicazioni informatiche o telematiche oggetto del deposito). Alla richiesta saranno allegati i documenti eventualmente stralciati ai sensi delle linee guida del 156 marzo 2017 (richiedendo al Procuratore della Repubblica il plico sigillato che li contiene) e si preciserà che le registrazioni sono custodite senza possibilità di ascolto. La richiesta e i documenti saranno consegnati alla segreteria del Gip evidenziando che trattasi di atti riservati e da custodire in modo adeguato (in attesa delle indicazioni che riterrà di impartire il Giudice).

Nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. si preciserà che è stata richiesto al Gip l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 271 c.p.p. con riferimento a intercettazioni inutilizzabili (senza ulteriori indicazioni).

Eventuali istanze dei difensori in ordine alle intercettazioni in esame saranno trasmesse immediatamente, con il parere, al Gip;

b) nel caso di richiesta di giudizio immediato, il PM avvierà contestualmente il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., con richiesta formulata al Gip All'esito del consolidarsi di

univoche interpretazioni da parte del Giudice sull'applicabilità del procedimento non partecipato la richiesta potrà essere avanzata anche prima.

Si procederà come indicato alla lett. a) in ordine al contenuto della richiesta avanzata al Gip, specificando che con separato provvedimento è stata avanzata istanza per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 271 c.p.p. con riferimento a intercettazioni inutilizzabili (senza ulteriori indicazioni).

La conoscenza dell'avvio del procedimento sarà nota con la notifica del decreto che dispone il giudizio (e della relativa richiesta) ai difensori. Eventuali istanze dei difensori in ordine alle intercettazioni in esame saranno trasmesse immediatamente, con il parere, al Gip.

È evidente che il Gip, ricevuta la richiesta, potrà in ogni momento adottare i provvedimenti che riterrà utili o necessari.

In ogni caso sarà richiesto al Procuratore della Repubblica il visto sui provvedimenti adottati

Appare superfluo individuare più analitiche previsioni atteso che sarà il Giudice a individuare le soluzioni alle diverse evenienze che potranno verificarsi.

6. La naturale provvisorietà delle linee guida

Si è posta in rilievo la necessità di verificare l'attuazione delle linee guida, sia di quelle adottate il 16 marzo del 2017 (potendo auspicabilmente individuarsi direttrici più precise dirette a delimitare al massimo l'apprezzamento del tenore delle conversazioni), sia delle presenti, anche alla luce della nuova normativa che dovrebbe essere adottata in tempi brevi.

La nuova disciplina delegata al Governo esime questa Procura dall'affrontare l'ulteriore tema delle intercettazioni non rilevanti che riguardino terzi, per le quali operano le ordinarie cautele di utilizzo solo se necessarie a fini di prova.

7. 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.

Il Procuratore della Repubblica
dott. Francesco Menditto

