

ROSSELLA LANDI

Avvocato alla sbarra: quali le garanzie di libertà del difensore?

Un clima di sospetto aleggia sull'immagine dell'avvocatura. *Quid iuris*, se il sospetto si insinua negli inquirenti? La risposta è nell'art. 103 c.p.p., ma non per la Cassazione.

A lawyer on the stand: what are the safeguards of freedom?

An atmosphere of suspicion looms over the image of lawyers. Quid iuris, if that suspicion insinuates in the public prosecutors? The answer lies in the art. 103 c.p.c., although not according to the Supreme Court.

SOMMARIO: 1. Dei sospetti sul mandato difensivo. - 2. Dottrina e giurisprudenza sulla littera legis dell'art. 103 c.p.p. - 3. C'è un avvocato a Varese... - 4. Osservazioni conclusive.

1. *Dei sospetti sul mandato difensivo.* L'“Avvocato alla sbarra” inserito nel titolo rende necessaria una premessa su cosa sia, o meglio non sia, oggetto del presente contributo: non è un breviario apologetico della classe forense, né - si spera - uno sterile commento all'art. 103 c.p.p.

È, invece, il tentativo di rispondere agli interrogativi insinuati sulla effettiva estensione delle norme a garanzia del mandato difensivo dalle recenti cronache, non solo giudiziarie. Invero, se dell'art. 103 c.p.p. la rubrica non lascia adito ad interpretazioni, altro è da dirsi in relazione al significato del testo in sé. A titolo esemplificativo, il sesto comma vieta, in principio, ogni forma di controllo sulla corrispondenza tra difensore ed assistito, se riconoscibile dall'esteriorità e purché non si abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato, eppure, solo a fine anno scorso il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del visto di censura - *rectius*, della forma di controllo - della corrispondenza “di giustizia” tra chi vive in regime di 41 *bis* o.p. e gli avvocati nominati a difesa¹. La risonanza mediatica della questione, facilitata da *geniali* uscite giornalistiche stando alle quali i diritti dovuti, e forse tardivamente riconosciuti, al rapporto difensivo fornirebbero il lasciapassare a propagazioni collusive², ha finito con alimentare il generale clima di

¹ Corte cost., n. 18 del 2022. L'Europa è arrivata prima, v. Corte EDU, 24 aprile 2002, A.B. c. Paesi Bassi, ric. n. 37328/97.

² La sentenza è ovviamente stata oggetto di annotazioni da parte del versante dottrinale e di quello giornalistico. Uno dei commenti pubblicati ha tuttavia finito per suscitare quasi più interesse mediatico delle parole dei giudici di Palazzo della Consulta, segnatamente quello a firma di Mascali, intitolato «*La Consulta cancella la censura sulla corrispondenza tra i detenuti al 41-bis e avvocati. Geniale: così i boss potranno ordinare omicidi e stragi per lettera*», in *IlFattoQuotidiano*. Pronte e mordaci sono state le risposte del fronte attaccato, che ha condannato un simile abuso della libertà di parola, tanto in relazione al

sospetto che pare aleggiare sulla figura dell'avvocato, storicamente assimilato ad un olimpico Hermes perché abile a piegare il senso delle parole, ora altresì perché messaggero degli dèi³, *pardon* delle carceri.

Con ciò, non si nega che (anche) gli avvocati siano in grado di commettere errori di rilievo penale che, se debitamente accertati, comportano l'applicazione di sanzioni di vario tenore e varia natura. E, tuttavia, del ruolo difensivo tali errori sono biasimevoli riverberi patologici, non indicativi di quell'essenza che la Costituzione riassume nel singolo sintagma «*difesa*». Carta costituzionale alla mano, infatti, mentre è postulata l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento, nulla è detto sulla *bouche de la défense*, sull'avvocatura, cui paradossalmente si fa cenno solo in relazione alla magistratura⁴. A fronte di ciò, almeno tre sono le conseguenze a trarsi: la prima, nel remoto caso in cui si addivenisse ad una riforma costituzionale in materia, le norme rubricate "avvocatura" dovrebbero essere collocate in prossimità del Titolo IV, Parte Seconda⁵; la seconda, intanto per i Padri costituenti la figura dell'avvocato rileva, in quanto essa incarna funzionalmente il diritto alla difesa⁶; la terza, ogni integrazione e spiegazione della funzione difensiva va cercata altrove, segnatamente nella legge ordinaria. Non è ovunque così, né deve esserlo. Basti guardare all'ordinamento portoghese, che conferisce peso costituzionale alle garanzie di libertà del difensore che il nostro legislatore affida, invece, al codice di rito. In quell'ordinamento, le immunità necessarie all'esercizio del mandato difensivo sono sì dettate dalla legge ordinaria, ma

decoro e alla dignità della offesa classe forense, quanto in relazione alla deriva giustizialista che taluni giornalisti vorrebbero vedere nelle aule dei tribunali.

Merita menzione, per il crisma di ufficialità, la immediata *Nota CNF al Direttore de Il Fatto Quotidiano su articolo 25.01.2022*.

³ Si allude all'icona disegnata da Platone: «*Hermes è dio interprete, messaggero, ladro, ingannatore nei discorsi e pratico degli affari, in quanto esperto nell'uso della parola; suo figlio è il logos*». PLATONE, *Cratilo*, 407e-408d.

⁴ La mancanza di un titolo o anche solo di una norma espressamente dedicati all'avvocatura costituisce una scelta legislativa non obbligata, basti richiamare alla mente il dibattito sostenuto in sede costituente sull'argomento difesa tecnica. Allora, l'On. Mastrojanni aveva suggerito l'interpolazione del periodo «*essa è affidata agli avvocati*», tuttavia la votazione aveva preferito ridurre il portato costituzionale all'essenziale. V. Atti dell'Assemblea costituente, Prima Sottocommissione, seduta del 17 settembre 1946, 51.

⁵ Andrebbe interpolato l'art. 111 Cost., secondo il più recente disegno di legge in materia, S.1199, presentato il 4 aprile 2019.

⁶ Quello affidato dalla Costituzione alla proclamazione di cui all'art. 24 è «*compito estremamente impegnativo ed al contempo estremamente vago*», secondo MARZADURI, *Inviolabilità della difesa e trasformazioni del processo*, in *Leg. pen.*, 2019, 1.

assicurate da una tutela estrinsecata a livello costituzionale proprio in ragione della riconosciuta essenzialità di quel mandato rispetto all'amministrazione della giustizia.⁷ In ottica comparatistica andrebbe opportunamente evidenziato come la Carta portoghese evochi la figura dell'avvocato in diverse disposizioni, ma quel che tiene conto di marcare in questa sede è come un rapporto indiscusso, quale quello tra funzione difensiva e amministrazione della giustizia, sia lì giudicato come essenziale e qui come esiziale.

In virtù di un art. 24 Cost. solo implicito, deve condannarsi con ancora maggiore fermezza e categoricità l'opinione *vulgaris* che, dalla premessa che i sospetti nutriti nei confronti di un difensore possano talvolta rivelarsi legittimi e fondati, voglia inferire la conclusione della legittimità e della fondatezza di ogni addebito che attinga un esponente della difesa tecnica, quasi per una istituzionale collusione.

Tanto è detto in relazione ai sospetti mediatici.

Quid iuris, invece, dei sospetti degli inquirenti sul titolare del mandato difensivo?

2. *Dottrina e giurisprudenza sulla littera legis dell'art. 103 c.p.p.* La risposta al quesito giuridico è semplice: il rispetto delle disposizioni di legge, delle forme e delle garanzie in essa prescritte consente agli inquirenti di indagare nella direzione degli avvocati e a quest'ultimi di preservare la propria deontologia anche sotto indagine.

A tal fine, a rilevare è l'art. 103 c.p.p., che non assevera l'immunità del difensore a fronte di ogni sospetto solo perché difensore, né schermo studi legali e corrispondenza di giustizia a prescindere, ma contiene il raggio di azione degli inquirenti, nella misura in cui subordina questo a garanzie formali e materiali. In estrema semplificazione, ispezioni e perquisizioni attingono legalmente l'ufficio del difensore se e quando detto difensore sia imputato, ai fini dell'accertamento del reato attribuitogli, e per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o ricercare cose o persone specificamente predeterminate. A pena di nullità, l'autorità giudiziaria ne dà preventivo avviso al Consiglio dell'Ordine forense del luogo, affinché il presidente o un consigliere suo delegato possano assistere alle operazioni, alle quali procede personalmente il

⁷ All'art. 208 della *Constituição da República portuguesa* si legge: «a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça».

giudice o, nel corso delle indagini preliminari e su motivato decreto autorizzativo di quello, il pubblico ministero. Tali operazioni, comunque, non possono sfociare nel sequestro di carte o documenti relativi alla difesa, a meno che essi non costituiscano corpo del reato. La negligenza di anche solo una di tali cautele o la mancanza dei presupposti di una simile interferenza nell'ufficio del difensore determina l'inutilizzabilità dei risultati, comminata dal settimo comma dell'articolo. La medesima sanzione processuale coinvolge ogni forma di controllo sulla corrispondenza di giustizia nonché l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra difensore e assistiti⁸.

Invero, l'articolo in esame si dirama in diverse norme giuridiche, «*tutte coordinate alla tutela della funzione difensiva*»⁹, di cui è necessaria una esegesi che muova sin dalla prima di esse. In chiave grafica, il primo comma è bipartito in due capoversi, introdotti dalle lettere *a* e *b*, dipendenti dal categorico enunciato «*le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono consentite solo*», quando (a) e per (b). In chiave ermeneutica, ciò suggerisce una lettura che intende, al primo capoverso, selezionare la circostanza d'apertura dell'ufficio difensivo alla ricerca della prova, mentre al secondo ne disegna teleologicamente i confini di legittimità. Ragionando in tal senso, la ricerca della prova presso l'ufficio del difensore è consentita solo quando detto difensore, o un collaboratore di studio, sia imputato, per fini strettamente inerenti al reato ascritto ed ai relativi effetti materiali. È dunque *in nuce* indi-

⁸ Nel dettaglio, l'art. 103, co. 5, c.p.p. enuncia che «*non è consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori [...], né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite*». Il successivo co. 7, aggiunge che «*fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta*».

Secondo voci di dottrina, la garanzia è strutturata «*in chiave anticipatoria*», nel senso che all'orecchio inquirente non deve arrivare comunicazione alcuna tra difensore e difeso, nella misura in cui la norma porrebbe la presunzione che l'interlocuzione, quantunque informale, non possa che vertere su questioni strettamente connesse alla difesa: SIRACUSANO, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 1.

Secondo altre, quello al comma quinto non è un veto all'ascolto, bensì un mero divieto d'uso *post eventum* del materiale fonico attinente ad una difesa lecita: CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1990, 119.

⁹ Tratto da *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in GU n. 250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93.

spensabile all'accesso che negli spazi difensivi operi un imputato o, *ex art. 61 c.p.p.*, una persona sottoposta alle indagini preliminari.

La lettura più semplice, tuttavia, non incontra il favore prevalente dei giuristi, i quali, di contro, optano per una interpretazione avversativa dei menzionati capoversi¹⁰. In tale illustrazione, gli avvocati in astratto attingibili da mezzi di ricerca delle prove sarebbero due: l'imputato o indagato nel procedimento in cui è disposto l'atto perquisitivo o ispettivo e l'incaricato della difesa della persona nei cui confronti si procede penalmente. L'articolata perifrasi esplicativa della seconda figura è intenzionale e mira a riassumere contrasti dottrinali e giurisprudenziali, placati dalle Sezioni unite¹¹ nel senso della globalità del rapporto avvocato-assistito e della genericità del rimando ad un procedimento. In altre parole, il difensore garantito dall'art. 103 c.p.p. non sarebbe solo quello intervenuto, giusto mandato difensivo, nel rapporto processuale nel quale è disposta l'attività di ricerca, come vorrebbe un recessivo orientamento basato sulla *sedes materiae*¹², bensì quel «*professionista, iscritto all'albo degli avvocati [e procuratori], che abbia assunto la difesa di assistiti, anche fuori del procedimento in cui l'attività di ricerca, perquisizione e sequestro viene compiuta*»¹³. Secondo la motivazione nomofilattica, infatti, «*non c'è nessuna ragione, né letterale, né logica, né sistematica*» a sostegno della compressione delle garanzie.

Alla luce di tanto, ispezioni e perquisizioni negli uffici dei difensori sarebbero consentite “solo” quando i medesimi sono coinvolti da un procedimento penale o quando essi assumono un mandato difensivo, pure estraneo al procedimento in atto: come a dire, in ogni caso.

¹⁰ Così FRIGO, *Sub art. 103*, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Amodio - Dominioni, I, Milano, 1989, 659.

Tiene conto di annotare, tuttavia, che la tecnica redazionale del codice di rito del 1989 adopera gli elenchi alfabetici per elementi che non si pongono in rapporto di alternatività ma di coesistenza. A titolo esemplificativo, l'art. 552 c.p.p., nel dettare il contenuto del decreto di citazione a giudizio fa uso di capoversi dalla *a* alla *h*, eppure, in relazione a quella norma, non esiste interpretazione che legga l'articolo in termini di *aut a aut b* e via dicendo.

¹¹ Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, PM c. De Gasperin, Rv. 195626.

¹² Questo il più corposo argomento dell'orientamento di Cass., Sez. VI, 22 gennaio 1992, Grassi, in *Cass. pen.*, 1991, II, n. 246, 721.

¹³ In tal senso Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1992, Gemma, in *Cass. pen.*, 1993, n. 1187, 2020.

Sia dato notare come una posteriore, più unica che rara, pronuncia estenda le garanzie del difensore agli avvocati in un procedimento “altro”, «*e quindi anche in procedimenti civili*», così Cass., Sez. V, 19 marzo 1997, Spinapoliche, Rv. 208068.

Se tale è l'estensione giurisprudenziale dell'*an* delle attività di ricerca della prova di cui al primo comma, diverso discorso riguarda il *quomodo*, regolato nei successivi secondo, terzo e quarto. Nel dettaglio, l'art. 103, co. 3 e 4, c.p.p. prescrive le modalità cui l'autorità giudiziaria deve attenersi affinché la ricerca sia legittima e gli esiti processualmente utilizzabili. Di base, alla polizia giudiziaria non può essere delegata la ricerca¹⁴, della quale, a pena di nullità, deve essere edotto l'Ordine forense affinché un suo esponente possa attendere alle medesime e, se lo richiede, ottenere copia del provvedimento.

Aderendo all'orientamento di legittimità sul primo comma, o comunque prendendone atto, deve concludersi che le disposizioni in esame, da originari meri aspetti procedimentali, costituiscano ora l'essenza stessa delle garanzie di libertà del difensore, da assicurarsi ad ogni difensore il cui ufficio sia d'interesse *ex art.* 103, co. 1, c.p.p.

Tuttavia, di antitetico avviso è, ancora una volta, la giurisprudenza che, con un fronte compatto di decisioni, esclude l'applicabilità delle garanzie dell'art. 103 c.p.p. allorché i mezzi di ricerca della prova siano funzionali all'accertamento di un reato per il quale è il difensore stesso ad essere indagato¹⁵.

Travisando il significato della citazione, si direbbe che «*non c'è nessuna ragione, né letterale, né logica*» che giustifichi una simile esclusione. Al contrario, non un sintagma, non una virgola di quell'articolo consente di avallare il *dictum* della Cassazione¹⁶. A tutto voler concedere, un barlume di giustificazione è offerto dal sistema, laddove si riconosce alle indagini un certo grado di segretezza¹⁷. Ma un barlume resta tale e, difatti, proprio in ottica sistematica non mancano contro argomentazioni: dalla constatazione che il quarto com-

¹⁴ Alla p.g. possono comunque essere affidate le operazioni materiali, purché sotto la direzione e il controllo del p.m. procedente.

¹⁵ Cass., Sez. V, 26 settembre 2018, Stasi, Rv. 274383; Id., Sez. II, 16 maggio 2012, Marsala, *ivi*, 253263; Id., Sez. V, 5 dicembre 2011, Ranieri, *ivi*, 252147; Id., Sez. II, 16 maggio 2006, P.m. in proc. Castellini, *ivi*, 234858; Id., Sez. V, 4 giugno 2003, Daccò, *ivi*, 228326.

¹⁶ Perfettamente in linea con quella «*consapevolezza che ormai la giurisprudenza è in grado di dire e fare qualunque cosa, tramite pronunzie che calpestano il metodo, i principi e il codice*», presagita da GAITO, VALENTINI, *Stato senza diritto e difesa smaterializzata: la sostanziale inutilità del diritto alla prova*, in *questa Rivista*, 2020, 3, 2.

¹⁷ «*Fa eccezione al suindicato principio il caso dell'avvocato che sia sottoposto ad indagini, nel quale riprende, ovviamente, vigore il criterio di segretezza, che informa la fase investigativa e la natura di atto a sorpresa della perquisizione, essendo le predette garanzie poste a garanzia del diritto di difesa dell'imputato/indagato*», si legge in Cass., Sez. V, 26 settembre 2018, Stasi, cit.

ma, diversificando l'autorità esecutiva delle attività di ricerca, evidenzia come esse non siano appannaggio della sola fase investigativa, al semplice fatto che perché una comunicazione al CoA sia preventiva è sufficiente che l'autorità, già sul posto, sigilli l'accesso all'ufficio, "stalli" le operazioni ed attenda il tempo materiale all'arrivo di un consigliere.

Ciononostante, l'esclusione reggerebbe sulla considerazione che *«atteso che il soggetto attivo del reato non è la persona assistita bensì una persona che esercita la professione legale, non viene in rilievo la tutela della funzione difensiva e dell'oggetto della difesa»*¹⁸. Orbene, se un avvocato è sottoposto ad indagine o a processo, la toga vestita può essere estranea ai fatti, eppure, stante il rilievo mediatico che la mera iscrizione a registro degli indagati di un "Avv." tende a riscuotere - in barba alla segretezza, [N.d.A.] - sarebbe *naïve* credere che non una macchia possa finire su quella toga, o sulla categoria che la veste¹⁹. Allora, l'intervento - o la facoltà di intervenire - di una rappresentanza forense garantirebbe non già l'avvocato indagato o imputato, bensì il bene giuridico "difesa", nel versante collettivo della categoria ed in quello individuale delle nomine difensive che l'inquisito vanta.

D'altronde, all'*«oggetto della difesa»* è fatto unico riferimento nell'art. 103, co. 2, c.p.p., che riguarda genericamente figure professionali che gravitano attorno ad un procedimento, ivi inclusi i difensori, e che, pertanto, potrebbero detenere carte o documenti ad *«immunità reale»*²⁰; diversamente, ogni altro adempimento gravante sull'autorità inerisce al solo difensore e alla sua proiezione spaziale, ufficio o ventiquattrore che sia²¹.

Comunque, stando alla giurisprudenza di Piazza Cavour, *«la regola della necessità dell'avviso ex art. 103 c.p.p., comma 3»* non vige se l'avvocato è sotto inchiesta giudiziaria, mentre *«è ristabilita quando lo studio professionale risultati cointestato ad altro avvocato nominato difensore di fiducia del professioni-*

¹⁸ Risalente, ma avva del menzionato fronte, Cass., Sez. II, 12 novembre 1998, Benini, Rv. 211914.

¹⁹ E che deve vestire *«con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa»*, ai sensi dell'art. 9 Codice Deontologico Forense, GU n. 241 del 16-10-2014.

²⁰ CORDERO, *op. cit.*, 118.

²¹ Cass., Sez. V, 15 dicembre 2016, n. 8031, Cherchi, non mass., per la quale *«la "borsa professionale" deve essere assimilata allo spazio in cui in uno studio o archivio sono custoditi gli atti difensivi»*.

sta indagato e non sottoposto in quel momento ad indagini, con la conseguente nullità degli atti compiuti ove quelle prescrizioni non siano rispettate»²².

A fronte di una simile creatività, gli interrogativi sul significato non già della norma di rito, quanto dell'art. 101, co. 2, Cost. si sprecano. Non sembra infatti che il senso fatto palese dall'art. 103 c.p.p.²³ consenta di introdurre, tra gli uffici *perquisendi*, quelli di difensori non interessati dal procedimento né, *a fortiori*, che esso consenta una ragionevole differenziazione tra difensori garantiti e difensori estromessi in ragione di pendenze penali, trattandosi in ambo i casi di mandatarî difensivi.

Ancor più che, come si anticipava, le stigmatizzate guarentigie procedimentali²⁴ si risolvono – in virtù dell'estensione data dalla giurisprudenza al primo comma – meramente nel previo avviso e nella riserva soggettiva.

Altissima voce dottrinale, commentando l'articolo in esame, ammoniva che «*l'ipergarantismo suicida equivale alla rabbia forcaiola; figure speculari d'una sindrome che esplode nei due sensi*»²⁵. In apertura del contributo, si è manifestata l'intenzione di non inveire acriticamente a difesa della classe forense, di non assumere toni “*ipergarantisti*”. Alla luce della ricognizione giurisprudenziale in materia, vale la pena di domandarsi, tuttavia, se perorare le residuali garanzie dell'art. 103 c.p.p. possa essere tacciato di ipergarantismo o se piuttosto siano le statuizioni restrittive, e letteralmente *contra legem*, della giurisprudenza di legittimità ad essere in odore di forca.

3. *C'è un avvocato a Varese...* ma potrebbe essere ad Arezzo, Enna, Potenza, ovunque: accade che un esercente la professione forense (o meglio, l'ufficio di un difensore) sia di interesse investigativo.

L'avvocato attenzionato sarebbe inserito in una rete di rapporti con propri assistiti «*che va ben oltre l'incarico di difensore di fiducia*»²⁶, inquadabile, per il p.m. procedente, nel reato di cui all'art. 416 c.p. Nel perimetro associativo, stando alla prospettazione accusatoria, ricadrebbe in sostanza l'esecuzione di una serie di mandati difensivi, piegati a fini illeciti nella misura in cui avrebbe-

²² Ancora, Cass., Sez. V, 26 settembre 2018, Stasi, cit. Conf., Id., Sez. VI, 18 febbraio 2009, P.m. in proc. Bonomi, Rv. 243854.

²³ Art. 12 Prel.

²⁴ Altro è da dirsi in relazione alle garanzie di natura sostanziale o reale, dettate dai commi 2, 5 e 6, solo rasantate dalla presente trattazione.

²⁵ CORDERO, *op. cit.*, 220.

²⁶ Si legge nell'ordinanza emessa a norma dell'art. 324 c.p.p., d'abbrivio a questo commento.

ro consentito al legale di veicolare pizzini da case circondariali del Sud Italia all'associazione del Nord, dove le informazioni giungevano al destinatario, detenuto, sodale, amante ed emerito assistito dell'avvocato attraverso i colloqui difensivi con altro detenuto, non intraneo e suo attuale assistito. Segnatamente, pare che l'altro detenuto avrebbe chiesto ed ottenuto di condividere la cella con l'emérito, plausibilmente per agevolare quel flusso informativo che il primo avrebbe poi versato in una lettera, inviata al legittimo difensore.

Agli inquirenti la pista è chiara e suggerisce un'attività di ricerca della prova nell'ufficio dell'avvocato. Altrettanto chiaro ad essi, nonostante l'orientamento degli Ermellini, è che debba procedersi nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 103, co. 3 e 4, c.p.p., pertanto, il p.m. chiede al g.i.p. la formale autorizzazione a perquisire lo studio legale, nonché a disporre l'eventuale sequestro probatorio²⁷. Ottenuto il decreto autorizzativo, il pubblico ministero ordina altresì perquisizione personale, dell'abitazione, delle autovetture e di quanto a qualsiasi titolo sia nella disponibilità del difensore-indagato. Immediata è la richiesta di riesame presentata dalla difesa del legale avverso la surroga dell'accusa all'autorità di cui all'art. 103, co. 4, c.p.p., tuttavia il procedimento incidentale si conclude con la conferma dei provvedimenti impugnati.

Alcune riflessioni.

Nell'esempio in questione, le garanzie di libertà dell'art. 103 c.p.p. sono estese ad un iscritto all'albo degli avvocati, sì indagato nel procedimento a cui inerisce la ricerca della prova ma altresì titolare di un mandato difensivo poli-

²⁷ Merita attenzione, per le radicali conclusioni argomentative, Cass., Sez. II, 19 novembre 2019, Lazzarone, n. 48395, non mass., dove la Corte ha a pronunciarsi sul ricorso della difesa di un avvocato, indagato, a carico del quale il p.m., dopo aver chiesto al g.i.p. autorizzazione a perquisire lo studio legale, ne aveva in corso d'opera esorbitato i contenuti, integrando il provvedimento a fini ablativi. Queste le poco condivisibili conclusioni: «*Deve, dunque, ritenersi che in maniera ultronea il P.m. abbia richiesto, ai sensi dell'art. 103, comma 4, cod.proc.pen., l'autorizzazione al Gip al fine di procedere a perquisizione dello studio legale del prevenuto di talché, il decreto autorizzativo del giudice che il Tribunale cautelare ha, comunque, reputato ottemperato [sic] in sede di esecuzione, non può essere individuato quale fonte di legittimazione dell'attività di ricerca della prova e del conseguente sequestro che, invece, trova esclusiva giustificazione nel decreto del P.m. originario e nella successiva integrazione disposta in sede di esecuzione*».

In breve, il ragionamento adottato dalla Corte è tale: pur prendendo atto del fatto che nelle Procure italiane più illuminate si osservino le norme di cui all'art. 103 c.p.p., tale osservanza è dai giudici valutata come "ultronea", nella misura in cui - non garantendo l'ordinamento (*rectius*, l'orientamento di legittimità) lo *status* di avvocato, sottoposto ad indagini - la richiesta del p.m. e il conseguenziale decreto autorizzativo motivato, ex co. 4, nulla apporterebbero alla scena giuridica e procedimentale, meramente ripetendo quanto *ab origine* legittimato dagli stessi inquirenti.

morfo, che riguarda, al passato, un presunto correo e, al presente, un assistito, “convivente” del primo ed alieno alla contestazione. Eppure, la ricerca nell’ufficio del difensore muove proprio da una carta che ha tale ultimo assistito quale mittente e che, verosimile corpo del reato secondo gli inquirenti, potrebbe essere conservata presso lo studio legale o nei terminali da esso accessibili. Dunque, aderendo alla lettera delle norme rilevanti, il difensore rientra, con tutta evidenza, nell’art. 103, co. 1, lett. a, c.p.p. Non vi fosse altro elemento, per la Corte di cassazione ciò significherebbe l’esclusione di diritto dalle garanzie dei commi seguenti.

All’avvocato alla sbarra, tuttavia, l’estensione delle garanzie si deve al fatto che l’oggetto della ricerca coincide con un «*oggetto della difesa*» ai sensi del co. 2, sequestrabile perché corpo del reato. Ebbene, proprio la natura della determinata cosa che si ricerca avrebbe dovuto condurre i giudici del riesame ad un esito differente, per l’agevole constatazione che una lettera, in quanto tale, possa essere conservata in ogni proiezione spaziale del difensore sottoposto ad indagine e che, ovunque reperita, essa possa avere contenuti defensionali strettamente riservati, magari non attinenti al reato associativo per il quale – va ribadito – l’assistito che scrive non è inquisito.

La difesa (del difensore, [N.d.A.]) trova il nodo e lo consegna al collegio del riesame mediante giusti rimandi europei, citando un arresto della Corte EDU, Kruglov *et al.* c. Russia, il cui esordio suona invero come un manifesto: «*The Court has repeatedly held that persecution and harassment of members of the legal profession strikes at the very heart of the Convention system*»²⁸.

“*Persecuzione*” e “*molestia*” costituiscono, dunque, l’esatto binomio lessicale selezionato dai giudici europei per condannare perquisizioni di case e studi di avvocati. Nessuno sottoposto ad indagini, potrebbe obiettarsi, e invece, tra i sedici ricorrenti “togati”, proprio il Kruglov è indagato nel procedimento per il quale è disposta l’attività di ricerca. Deve inoltre aggiungersi che l’arresto europeo riguarda membri dell’avvocatura, o più generalmente persone gravitanti l’ambito forense, non facendo riferimento alcuno a pendenti mandati difensivi, interni o esterni ai procedimenti che giustificano le perquisizioni. In definitiva, i giudici di Strasburgo non si impelagano nelle intricate interpretazioni ed interpolazioni tanto care alla nostrana giurisprudenza di legittimità.

²⁸ Corte EDU, 4 febbraio 2020, Kruglov *et al.* c. Russia, ric. n. 11264/04, § 125.

Nel merito, la Corte EDU evidenzia come, per determinare se le misure in oggetto siano «*necessary in a democratic society*», non possa eludersi un controllo bipartito, afferente in prima battuta all'esistenza o meno, nel diritto nazionale, di garanzie contro abusi e arbitrî, e alla effettività di quelle, verificando, in second'ordine, se nella specifica questione in esame quelle garanzie siano state osservate. Per facilitare il controllo, la Corte enuncia poi una serie di elementi da prendere in considerazione, riassumibili nell'obbligo di una motivazione soddisfacente del provvedimento, *ex ante* rispetto alla misura, e di un altrettanto soddisfacente riesame *ex post facto*²⁹.

Il riesame varesotto traduce ed elenca uno ad uno quegli elementi, aggiungendo - a mo' di *excusatio non petita* - che, ai sensi dell'art. 46 C.E.D.U., solo le sentenze a carico dell'Italia (perché Stato convenuto) e le sentenze pilota sono suscettibili di applicazione diretta nel nostro ordinamento.

A chiudere la parentesi europea, il collegio adito enumera le garanzie dell'art. 103 c.p.p. sancendo che, laddove pertinenti, le medesime sono state osservate nonostante l'accusa, pur fluida e provvisoria, riguardasse un 416 c.p. Invero, dagli atti emerge che il pubblico ministero aveva sì chiesto ed ottenuto autorizzazione a perquisire lo studio legale con le garanzie del caso, ma lo aveva fatto forse immemore di quale fosse l'oggetto della ricerca, ovvero una missiva astrattamente conservabile ovunque, ivi incluse tasche e abitazione privata, per le quali né p.m. né g.i.p. né Tribunale del riesame pensano alle garanzie di libertà del difensore. Tanto detto lascia francamente basiti, se si rammenta che la persona della cui difesa si tratta, il mittente, non è iscritto nel registro degli indagati per l'associazione in questione e che, pertanto, la possibilità che la lettera ricercata sia in nesso funzionale con l'accertamento del reato è almeno pari all'antitetica possibilità che essa altro non sia che il contatto tra un difeso *in vinculis* e il titolare del mandato difensivo, con conseguenziale lesione di un principio essenziale e, a norma della Costituzione, inviolabile.

²⁹ «*Elements to be taken into consideration in this regard are the severity of the offence in connection with which the search and seizure were effected, whether they were carried out pursuant to an order issued by a judge or a judicial officer or subjected to after-the-fact judicial scrutiny, whether the order was based on reasonable suspicion, and whether its scope was reasonably limited.*

The Court must also review the manner in which the search was executed, including - where a lawyer's office is concerned - whether it was carried out in the presence of an independent observer or whether other special safeguards were available to ensure that material covered by legal professional privilege was not removed.

The Court must lastly take into account the extent of the possible repercussions on the work and the reputation of the persons affected by the search».

A corredo di ciò va incidentalmente notato come, pur stanti le *ultronee*³⁰ garanzie accordate, la motivazione assegnata ai vari atti coinvolti sia carente e apodittica. Se l'apodissi inerisce al 103 c.p.p. e dunque alla parte "avvocato" della questione, le carenze si manifestano nella sostanza dell'atto perquisitivo. Quale sia la condotta materiale posta in essere, quale la compagine associativa, non è dato evincersi dall'ordinanza del riesame: in essa, si attinge *per relationem* alla richiesta inoltrata dal rappresentante dell'accusa, celando il massimo riserbo addirittura sui reati-fine che l'associazione - e dunque il titolare dello studio legale perquisito - si sarebbe prefissa o avrebbe commesso. Il solo *fumus* rilevato riguarda l'eventualità che quanto «*dettagliatamente indicato nel decreto*»³¹ del p.m., corpo del reato o effetti materiali dello stesso, «*si trovi[no] in un determinato luogo*»³², e segnatamente nelle prossimità fisiche e spaziali dell'avvocato indagato.

Una simile impostazione, violativa del primo, generale, strumento di garanzia avverso arbitrarie interferenze investigative nella vita privata e nel domicilio³³, suggerisce l'illegittimità dell'attività di ricerca in quanto tale, a prescindere dalla caratura professionale del soggetto perquisito. È necessario - e non reggono orientamenti di segno contrario - che la ricerca sia parametrata alla latitudine delle imputazioni, pur fluide in ragione della fase preliminare del procedimento³⁴. Anzi, proprio in virtù della instabilità delle imputazioni, cresce il peso specifico della motivazione in ordine agli elementi essenziali del fatto,

³⁰ V. nt. 24.

³¹ L'ammissibilità della tecnica di redazione *per relationem* è, da codificazione e giurisprudenza, condizionata. Tra le imprescindibili condizioni è annoverato il riferimento, recettizio o di semplice rinvio, ad altro atto del procedimento, legittimo e motivato in modo congruo «*rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione*». Cfr. Cass., Sez. II, 29 maggio 2018, Salcini, Rv. 274252. Nella fattispecie in esame, considerati i principi da bilanciare nonché l'espresso richiamo alla motivazione, tanto nella disposizione generale (art. 247 c.p.p.) quanto in quella particolare (art. 103 c.p.p.), sembra necessario, qualsiasi fossero gli argomenti spesi dal pubblico ministero con la mozione cautelare, che si procedesse ad una loro elencazione esplicita altresì nel decreto autorizzativo e, *a fortiori*, nell'ordinanza di riesame.

Stando alla giurisprudenza di legittimità, alla elencazione avrebbe poi dovuto seguire la effettiva valutazione degli elementi posti a fondamento della ricerca e del vincolo ablatorio, anche a fronte di quanto addotto dalla difesa del perquisito. In tal senso, Cass., Sez. II, 7 aprile 2022, Caruso, n. 17062, non mass.

³² Art. 247 c.p.p.

³³ Causa di nullità, eccezionale ai sensi dell'art. 182, co. 2, c.p.p., rapportabile altresì alla lettera dell'art. 8 C.E.D.U. In argomento, CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *Questione e giustizia, Speciale: la Corte di Strasburgo*, a cura di Buffa - Civinini, Milano, 2019, 317.

³⁴ Cass., Sez. VI, 13 marzo 2019, Bufano, Rv. 277061.

benché embrionali³⁵. Senza, il decreto è generico e la perquisizione scade in una impropria interferenza esplorativa, strumentalmente piegata alla ricerca della *notitia criminis* che, al contrario, dovrebbe esserne premessa³⁶.

A fronte di una insoddisfazione argomentativa *ex ante*, è legittimo attendersi – per suggerimento europeo – l'intervento nell'esecuzione del provvedimento di altre garanzie procedurali, in astratto idonee a «*controbilanciare le imperfezioni legate alla fase di emissione del mandato stesso*»³⁷. Segnatamente, per il nostro *perquisendo* assume nuovo rilievo la caratura professionale, alla quale deve essere garantita l'assistenza, nel corso delle operazioni, di personale terzo in grado di decidere sulla riservatezza difensiva e sulla rilevanza accusatoria delle carte e dei documenti conservati nel luogo ricercato³⁸: in breve, l'art. 103, co. 3, c.p.p.

In riferimento all'avvocato di Varese, resta inevasa la lezione europea relativa al controllo bipartito. Non solo. La Corte EDU sembra ignorata altresì laddove boccia l'adozione, da parte delle autorità giudiziarie domestiche, di ogni automatismo tra la necessità investigativa di cercare evidenze probatorie e l'ingresso in uno studio legale (o altro luogo ad esso assimilabile), sulla base del fondamentale bilanciamento tra la determinata ricerca, volta all'accertamento e alla repressione dei reati, ed i relativi effetti sul lavoro del singolo avvocato destinatario del provvedimento, nonché sull'immagine collettiva della professione forense³⁹. I riverberi esiziali di ispezioni e perquisizioni non sono questionabili e, per l'Europa, dovrebbero essere i giudici a farsi carico dei preliminari bilanciamenti. Del resto, sarebbe illusorio credere che gli inquirenti operino una simile valutazione prima di richiedere o procedere

³⁵ Corte EDU, 18 aprile 2013, Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Lussemburgo, ric. n. 26419/10, ove si attesta che libelli generici e formulati in «*maniera relativamente ampia*» conferiscono indebita carta bianca agli investigatori.

³⁶ SIRACUSANO, *Intercettazione di colloqui fra difensore e assistito. Soluzioni "poco convincenti" che pongono in pericolo lo "spazio protetto" per l'esercizio dell'attività difensiva*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 7.

³⁷ Corte EDU, 27 settembre 2018, Brazzi c. Italia, ric. n. 57278/11, § 43.

D'interesse, in ordine alle conseguenze sull'ordinamento italiano degli arresti europei, è il commento di FALATO, *(il)Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in *questa Rivista*, 2019, 3, 36: l'autrice evidenzia come, a fronte delle censure della Corte, andrebbe marcata la riserva di cui all'art. 13 Cost. in direzione giudiziale e non genericamente giudiziaria, così da inverare i controlli *ex ante facto* ed *ex post factum* che la Convenzione, nell'interpretazione di Strasburgo, postula.

³⁸ Corte EDU, Kruglov *et al.* c. Russia, cit.

³⁹ Ancora, in Kruglov *et al.* c. Russia, cit.

alla ricerca, essendo - amara - scienza comune che le loro modalità esecutive abbiano tendenze tutt'altro che discrete e misurate: quanto più il professionista è rinomato o l'indirizzo dello studio in centro città, tanto più pare doversi intervenire con spiegamento di volanti, fragore di sirene e qualche unità cino-fila, quasi come per il primo della lista ricercati di uno Stato di diritto.

4. *Osservazioni conclusive.* Non è questa la sede per contestare se qualche avvocato funga da messaggero carcerario, né per sostenere che un difensore non meriti di essere nel mirino di inveterati sospetti e giudizi inquisitori solo perché difensore. Quel che interessa è l'essenza e l'effettività delle garanzie che il codice di rito riconosce a chi espleta la funzione di difesa laddove quei sospetti abbiano natura investigativa. Al proposito, si è tentato di rispondere al quesito posto in apertura invertendo la logica argomentativa, muovendo dalla trattazione in diritto per poi addivenire al fatto.

In diritto, non c'è convergenza tra la rubrica dell'art. 103 c.p.p., le norme in esso codificate e le letture suggerite dalla giurisprudenza di legittimità, e ancor meno ce n'è a fronte del dettato europeo in tema.

In fatto, le divergenze interpretative sono tante e tali da riverberarsi negativamente sul diritto alla difesa, collettivamente e singolarmente inteso.

Mentre in Europa è chiaro che ogni direzionamento delle indagini verso uno studio legale penetri, anche solo in via potenziale, segreti e riservatezze legate al mandato difensivo, in Italia si interpreta oltre e contro la lettera normativa pur di incastrare l'Erme in toga. Eppure, il bilanciamento tra le due posizioni non solo non sembra impraticabile, ma addirittura è già versato in quell'art. 103 c.p.p. posto a garanzia delle libertà del difensore, che chiede l'iscrizione al mod. 21 dell'avvocato, o di un suo stabile collaboratore di studio, affinché gli inquirenti possano procedere alla ricerca di quanto pertinente al reato, avendo il giudice motivatamente autorizzato la medesima e reso edotto il locale Consiglio dell'Ordine.

Impraticabile non è, ma forse serve una condanna europea.