

## QUESTIONI APERTE

---

### Garanzie del difensore

#### La decisione

**Garanzia del difensore - Perquisizione studio legale - Sequestro probatorio - Legittimità** (C.p.p., artt. 103, 324).

*Il Tribunale del riesame ritiene infondata l'impugnazione dei decreti di autorizzazione della perquisizione e dell'eventuale sequestro presso l'abitazione e relative pertinenze di un difensore in quanto non possono estendersi a tale luogo le garanzie di cui all'art. 103 c.p.p., né ritenersi le suddette operazioni lesive delle garanzie sovranazionali fissate dall'art. 8, par. 2, della CEDU, sia con riferimento alla riserva di legge, sia con riferimento alla giustificazione dell'ingerenza, fondata sull'esigenza di prevenzione dei reati.*

TRIBUNALE DI VARESE, SEZIONE PENALE IN FUNZIONE DI GIUDICE PER IL RIESAME, 24 febbraio 2022.

### Le garanzie di libertà del difensore tra formalismo interpretativo e effettività della legalità processuale

Brevi spunti di riflessione sulla tutela della legalità processuale, alla luce del principio di effettività, delle garanzie di libertà (art.103 c.p.p.) in tema di valutazione dei limiti e della legittimità della perquisizione e del sequestro presso lo studio del difensore.

*The guarantees of freedom of the defender between interpretative formalism and the effectiveness of procedural lawfulness*

*Brief reflections on the protection of procedural legality, in light of the principle of effectiveness, of the guarantees of freedom (Article 103 of the Italian Criminal Code) regarding the assessment of the limits and legitimacy of the search and seizure at the lawyer's office.*

**SOMMARIO:** 1. Riflessi della “coesione assiologica” delle garanzie di libertà (art.103 c. p. p) e del modello normativo della motivazione. - 2. La particolare funzione di garanzia della motivazione per una valutazione razionale in concreto dei requisiti normativi dei decreti invasivi delle garanzie della difesa. - 3. Il *quid pluris* delle garanzie di libertà (art.103 c.p.p.) rispetto a quelle delineate in generale in tema di sequestri e perquisizioni (art. 253 c.p.p.).

1. *Riflessi della “coesione assiologica” delle garanzie di libertà (art. 103 c. p. p) e del modello normativo della motivazione.* Ancora una volta si ripropone il tema della tutela del principio di legalità processuale: se essa, cioè, debba essere valutata sul piano dell'effettività piuttosto che su quello del mero rispetto formale delle norme, con riguardo specifico all'attività di concretizzazione

della giurisprudenza delle fattispecie astratte.

L'occasione è offerta questa volta dall'ormai annoso problema della definizione dei limiti posti all'attività di ricerca probatoria del pubblico ministero rispetto alle garanzie di libertà del difensore, nei termini fissati dall'art.103 c.p.p. con formulazione chiara, ma ovviamente suscettibile di letture diverse a seconda delle diverse ideologie dell'interprete, più o meno sensibile alle ricadute applicative del significato attribuito al *dictum* normativo e al rilievo assegnato alla necessità della *coesione assiologica*<sup>1</sup> delle norme chiamate in causa dalla specifica fattispecie processuale.

Al di là dell'apparente sufficienza dell'apparato argomentativo, il discorso giustificativo della decisione del tribunale del riesame riflette i limiti di una lettura meramente formale delle norme poste a presidio delle garanzie di libertà e una valutazione restrittiva dell'ambito applicativo delle stesse.

In primo luogo, è semplicistica la sbrigativa espunzione ermeneutica delle regole europee di cui all'art 8 della CEDU e della giurisprudenza sovranazionale in quanto asseritamente già recepite dalla disciplina dell'art.103 c.p.p., e, quindi, osservate *dai provvedimenti emessi dal GIP e dal PM di Varese*

Il complessivo ragionamento si fonda, così, sul presupposto, meramente formale, che *il capo di incolpazione - pur provvisorio -...riguarda un reato, come l'art.416 c.p., da ritenersi ...caratterizzato da quella gravità richiamata dalla giurisprudenza sovranazionale, a fondamento della legalità della perquisizione e del sequestro, anche per quanto attiene al disposto dell'art. 8 CEDU, circa il rispetto della riserva di legge e la giustificazione dell'ingerenza, fondata*

---

<sup>1</sup> Intesa come armonia assiologica tra principi che governano la medesima materia nell'ambito del complessivo ordinamento processuale, come puntualizzato da GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, 293

*sull'esigenza di prevenzione dei reati.*

In realtà l'argomento è circolare e dà per scontata l'ipotizzata sussistenza della fattispecie di cui all'art.416 c.p. benché le censure dell'atto di impugnazione abbiano ad oggetto proprio l'esistenza del *fumus commissi delicti* e la correlata adeguatezza della motivazione dei decreti autorizzativi.

Il sillogismo decisorio si fonda, cioè, su una premessa indimostrata o comunque sottoposta allo scrutinio del giudice dell'impugnazione. con specifico riguardo alla legittimità degli atti invasivi della sfera delle guarentigie di libertà della difesa; scrutinio che viene anticipato ancor prima della sua dimostrazione con motivazione che risente dell'approccio formalistico che si traduce in un discorso giustificativo meramente apparente.

In tal senso la corretta premessa in ordine all'orientamento della giurisprudenza *con riguardo al sequestro probatorio e alla motivazione* (fol.4), incentrata sull'affermazione che *“il predetto onere motivazionale non si estende a costruire un vero e proprio capo di incolpazione ...essendo sufficiente (e al contempo necessario) che almeno dal testo complessivo del provvedimento possano evincersi ... i fatti specifici contestati* (fol.5), si risolve in un argomento dialettico che elude il dovere di motivare imposto al giudicante.

A tenore della lettura costituzionalmente orientata dell'art.192 c.p.p., infatti, esso comporta l'obbligo di dare conto dei *“risultati acquisiti”* e dei *“criteri adottati”*, secondo parametri razionali e nell'ambito di un modello di argomentazione organizzato in forma dialettica, come esplicitamente previsto dal combinato disposto degli art.192 e 546, comma1 lett.e) c.p.p., che prescrive l'enunciazione delle *ragioni per le quali il giudice non ritiene attendibili le prove contrarie.*

2. *La particolare funzione di garanzia della motivazione per una valutazione razionale in concreto dei requisiti normativi dei decreti invasivi delle guarentigie della difesa.* Detto altrimenti, il modello normativo di motivazione è saldamente ancorato ai requisiti di una valutazione razionale *in concreto* dei requisiti normativi dei provvedimenti giurisdizionali decisori.

È pur vero che “*il sindacato del giudice del riesame ...deve essere limitato alla verifica dell’astratta possibilità di assumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato, il fumus necessario per la ricerca della prova è quello inerente all’avvenuta commissione dei reati, nella loro materiale accezione, e non già alla colpevolezza del singolo*”. Ma tanto non significa che non si debba avere riguardo alla riconducibilità della condotta dell’indagato all’ipotesi criminosa che giustifica il mezzo di ricerca della prova, peraltro particolarmente insidioso ove, come nella specie, attinga la tutela, di rango costituzionale, della libera esplicazione del ministero di difesa.

D’altronde il dettato normativo non a caso specifica che le *ispezioni e le perquisizioni presso gli uffici dei difensori sono consentite solo limitatamente ai fini dell’accertamento del reato loro attribuito* (art.103, comma 1 lett. a) c.p.p.), *per ricercare tracce o altri elementi materiali del reato o cose o persone specificamente predeterminate* (art.103, comma 1 lett. b) c.p.p.), e che *non si può procedere a sequestro di carte o documenti relativi all’oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato* (art.103, comma 2 c.p.p.).

La formula normativa, perciò, per un verso conferma l’orientamento della giurisprudenza che esclude la sufficienza legittimante della mera finalità esplorativa del mezzo di ricerca<sup>2</sup>; per altro verso, accentua la necessità della

---

<sup>2</sup> Come sottolineato Cass., Sez. V, 21 giugno 2018, V.C., Rv, n. 28721e ribadito recentemente da Cass., Sez. V, 7 ottobre 2020, n. 608, *ivi*, n. 27988.

valutazione in concreto dei presupposti delle misure investigative già indicati in generale dall'art.253 c.p. p, in quanto ancorati alla "realtà fattuale" e non solo "virtuale"<sup>3</sup> sia dell'ipotesi criminosa, sia della sua attribuibilità al difensore indagato.

Si discosta, invece, da tali confini ermeneutici, o comunque ne aggira la portata assiologica, la decisione del riesame, laddove assume (fol.5) che il suo sindacato "*deve essere limitato alla verifica dell'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato ...sicché il fumus necessario per la ricerca della prova è dunque quello inerente all'avvenuta commissione dei reati nella loro materiale accezione, e non già alla colpevolezza del singolo e, quindi sulla mera possibilità del rapporto [ del corpo di reato e delle cose oggetto del vincolo]con il reato*".

La ritenuta sufficienza della mera possibilità del rapporto con il reato del corpo di reato e delle cose pertinenti ad esso, svuota il contenuto garantista dei menzionati limiti normativi all'applicabilità del mezzo di ricerca della prova posti a tutela del libero esercizio della difesa e fa da *pendent* all'affermazione che il *fumus necessario per la ricerca della prova è dunque quello inerente all'avvenuta commissione dei reati nella loro materiale accezione e non già alla colpevolezza del singolo*.

Ma non basta.

3. *Il quid pluris delle garanzie di libertà (art.103 c.p.p.) rispetto a quelle delineate in generale in tema di sequestri e perquisizioni (art. 253 c.p.p.)*. Siffatto ragionamento contrasta, altresì, con la coesione assiologica del sistema nor-

---

<sup>3</sup> In tali termini già a suo tempo, Cass., Sez. un., 20 novembre 1996, Bassi e altri, in *Cass. pen.*, 1992, 1673.

mativo che contrassegna le garanzie di libertà della difesa, delineate dall'art.103 c.p.p. rispetto alla generale previsione dell'art.253 c.p.p., che emerge, da un canto, dalla previsione che le “carte” o i “documenti”, se attengono all'oggetto della difesa sono sequestrabili solo se costituiscono corpo di reato (comma 2 art.103 c.p.p.); dall'altro dalla centralità della tutela soggettiva più che dell'ambito oggettivo di operatività delle garanzie.

L'estensione delle garanzie a tutti quei luoghi “presso” i quali i difensori - e gli altri soggetti ad essi equiparati - conservino la documentazione inerente all'attività difensiva, ribadisce, infatti, che le guarentigie di libertà della difesa - a differenza della disciplina delineata dall'art. 253 c.p.p. - sono collegate direttamente anche alle persone<sup>4</sup>.

È erronea, quindi, l'affermazione del riesame secondo cui sarebbe legittima l'attività “*di perquisizione e sequestro presso l'abitazione e relative pertinenze della predetta [Avv. XXX], oltre ai locali ed autovetture nella sua disponibilità, a qualsiasi titolo in quanto si tratta di attività che sono estranee all'ambito applicativo di cui all'art.103 c.p.p....che rimangono assoggettate alle regole generali*”.

È inconferente. altresì, il riferimento all'art-8, par.2 della CEDU per dedurne la pretesa legittimità delle attività in parola, sia perché nella specie sarebbero state rispettate le condizioni del riferimento alla riserva di legge; sia perché il decreto e il sequestro del P.M. avrebbero come base normativa gli artt.247,

---

<sup>4</sup> Secondo l'indirizzo enunciato da Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, De Gasperini, in *Cass. pen.* 1994, 2020, ribadito più recentemente, nel solco di un orientamento consolidato, da Cass., sez. IV, 3 aprile 2014, Trotta, Rv., n. 262235, secondo cui in caso di riferibilità all'ipotesi di attività difensiva svolta in un diverso procedimento rileva il divieto in parola *anche quando l'attività diretta al sequestro si svolge in luogo diverso dall'ufficio*. Nell'ampio panorama della letteratura in argomento, cfr, *ex multis*, GRI-FANTINI, *Il segreto difensivo nel processo penale*, Torino 2001, DINACCI, *Le garanzie di libertà del difensore tra tutela costituzionale e difficoltà operative*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, *Gli Speciali*, 19-28.

250 e 253 c.p.p. e l'ingerenza sarebbe fondata sull'esigenza della prevenzione dei reati.

L'argomento è meramente retorico. È sufficiente, infatti, sottolineare che la fattispecie in esame rientra *ictu oculi* nella specifica previsione dell'art.103 c.p.p., stranamente dimenticata dal provvedimento impugnato, che, come è noto, contiene un *quid pluris*, con riguardo alle garanzie di libertà della difesa rispetto al richiamato combinato disposto degli artt.247, 250 253 c.p.p.

Inoltre, è *ius receptum* che per corpo di reato ai sensi dell'art, 253 c.p.p. comma 2 devono intendersi “*le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso nonché le cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo per cui secondo l'art.103 c.p.p., comma 7, il sequestro che esuli da detti limiti non può essere utilizzato*”<sup>5</sup>.

Nonostante tale chiaro *dictum* della giurisprudenza il provvedimento del riesame assume (fol.5) che nei decreti impugnati “*si rinviene la positiva qualificazione dei beni da sottoporre a vincolo come corpo di reato*”, ma trascurando di verificarne, poi, la necessaria *specificazione e individuazione dei beni qualificabili come corpo del reato*, indispensabile per la verifica della legittimità del mezzo di ricerca probatoria all'esito della perquisizione e del sequestro, con conseguente vizio che vulnera la completezza della motivazione.

Il decreto del tribunale elenca, poi, “*alcune evidenze probatorie idonee a corroborare l'incolpazione formulata nei confronti della ricorrente*”, peraltro di dubbia valenza dimostrativa o comunque concludente dell'assunto investigati-

---

<sup>5</sup> In tali termini, nel solco di un indirizzo consolidato, Cass. Sez. V, 7 ottobre 2020, n. 608, cit., che ha precisato, altresì, che “*Non è quindi sufficiente a superare il divieto, assistito dalla sanzione dell'inutilizzabilità di cui al comma 7 dello stesso articolo, la mera utilità probatoria dell'oggetto del sequestro, perché la legge esige un quid pluris che giustifichi l'interferenza nel rapporto professionale cliente/difensore, e cioè che l'atto o documento appreso costituisca, esso stesso, corpo di reato*”.

vo, che induce, però, il giudicante ad affermare che “*la preesistenza di tali elementi, comunque emergenti ad provvedimenti impugnati, è tale da escludere che, nella specie, ci si trovi in presenza di un sequestro dettato da fini meramente esplorativi*” (fol.6).

L’indisponibilità del verbale di esecuzione del sequestro e la rilevata assenza di riferimenti da parte del tribunale del riesame sullo specifico punto, impongono il rinvio alle indicazioni del decreto del GIP, anche perché richiamato espressamente dal tribunale, circa la sussistenza dei requisiti richiesti dall’art.103 c.p.p.

Ebbene, il decreto del GIP fa riferimento, al riguardo, alle “*intercorse comunicazioni scritte mediate dal citato DP, suscettibili di costituire corpo di reato...anche sotto forma di registrazione informatica, residente su dispositivi dello studio legale o in ambiti telematici da esso accesso accessibili; nonché a “luoghi e ambiti nei quali ....può essere autorizzata la perquisizione finalizzata al sequestro probatorio, anche in formato digitale, della lettera inviata da DP all’Avv. XXX il 24 gennaio 2022”*”.

Il giudizio di suscettibilità di qualificazione come corpo di reato degli elementi investigativi oggetto del potenziale sequestro da parte dei verbalizzanti operanti avrebbe richiesto *a fortiori* una puntuale eventuale conferma nella motivazione del giudice dell’impugnazione che, invece, è del tutto assente, con conseguente vizio dei requisiti di legge del sequestro probatorio presso lo studio del difensore.

In definitiva il provvedimento in discorso sconta il pregiudizio derivante dalla presunta esistenza di un sodalizio criminoso, che traspare dalla conclusione secondo cui “*lo stesso GIP ha ravvisato i tratti di un sodalizio suscettibile di rientrare nell’orbita applicativa dell’art. 416 c.p.*”, che condiziona il procedi-

mento valutativo relativo al rispetto delle garanzie di libertà del difensore di cui all'art.103 c.p.p., secondo il noto e ricorrente automatismo psicologico che tende a tutelare i risultati investigativi piuttosto che le garanzie dei diritti soggettivi processuali, con deplorevole sacrificio del modello normativo della motivazione, mediante una lettura formalistica della disciplina legale di riferimento.

**ALFREDO BARGI**