

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

4/2024

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

LEGAL PRIVILEGE ALL'ITALIANA: PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO* ALLA LUCE DELL'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELLA VICENDA "FONDAZIONE OPEN"

di Fabio Cagnola e Marco Guarino Bagnasco

Una recente sentenza della Corte costituzionale ha affermato l'ampiezza della garanzia posta dall'art. 15 Cost., ricomprendendo nel concetto di corrispondenza tutelato da tale norma le comunicazioni veicolate mediante e-mail e messaggi WhatsApp non solo quando ancora in fase di trasmissione, ma altresì una volta che siano pervenute all'indirizzo del destinatario. La pronuncia porta con sé rilevanti ripercussioni relativamente alla segretezza della corrispondenza tra avvocato e assistito, aprendo a possibili scenari d'illegittimità costituzionale degli artt. 103, co. 6, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p.. Tali tematiche offrono altresì lo spunto per svolgere alcune riflessioni de iure condendo in ordine alla configurabilità, nell'ordinamento italiano, di un legal privilege tale da garantire altresì la corrispondenza tra l'avvocato e il proprio assistito nell'ambito stragiudiziale.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La pronuncia della Corte costituzionale. – 3. Possibili profili di incostituzionalità. – 4. Prospettive *de iure condendo*.

1. Introduzione.

Chiamata a pronunciarsi su di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato nell'ambito della nota vicenda "Fondazione Open", la Corte costituzionale, con sentenza n. 170/2023¹, ha offerto rilevanti spunti interpretativi in ordine alla garanzia di libertà e segretezza delle comunicazioni apprestata dall'art. 15 Cost..

Le riflessioni svolte dal Giudice delle leggi portano nuova linfa – nonché, a parere di chi scrive, spinte fortemente innovative – all'annoso dibattito circa la configurabilità, nell'ordinamento giuridico italiano, di una sorta di *legal privilege* a copertura della corrispondenza tra l'avvocato e il proprio assistito.

¹ Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170.

2. La pronuncia della Corte costituzionale.

Come anticipato, la pronuncia in commento si innesta sulla nota vicenda “Fondazione Open”, relativa, tra le altre, a ipotesi di finanziamento illecito ai partiti politici e traffico di influenze illecite.

Il Senato della Repubblica aveva sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze, avendo tale ufficio acquisito agli atti del procedimento penale n. 3745/2019 R.G.N.R. corrispondenza scritta (segnatamente, messaggi di testo WhatsApp ed e-mail) intercorsa tra il Sen. Matteo Renzi e terzi. Ciò sarebbe avvenuto – lamentava il ricorrente – in carenza della previa autorizzazione della Camera di appartenenza dell’indagato, con conseguente menomazione delle sue prerogative di cui all’art. 68, co. 3, Cost.².

Per quanto d’interesse in questa sede, con ricorso introduttivo e memoria depositata a ridosso dell’udienza pubblica, il Senato della Repubblica argomentava che alla nozione di corrispondenza rilevante ai sensi degli artt. 15 e 68, co. 3, Cost., debba darsi un’accezione ampia, tale da ricomprendere, oltre alla tradizionale corrispondenza cartacea, altresì le comunicazioni veicolate mediante strumenti di tipo telematico e informatico.

In tal senso deporrebbe l’orientamento della giurisprudenza di legittimità, che, nel tracciare il distinguo tra i delitti di cui agli artt. 616 (relativo alla violazione, sottrazione e soppressione della corrispondenza) e 617 *quater* c.p. (relativo all’intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche), individua l’elemento di discriminazione nell’oggetto di tutela: nel primo caso, esso consisterebbe nella comunicazione nella propria fase “statica” (*i.e.*, pensiero già comunicato o da comunicare fissato su supporto fisico), nel secondo, esso sarebbe riferibile alla comunicazione nella propria fase “dinamica” (*i.e.*, pensiero in corso di trasmissione)³.

Tanto varrebbe a sconfessare l’impostazione – peraltro fatta propria dalla resistente – secondo cui l’art. 254 c.p.p. esaurirebbe la disciplina del sequestro di corrispondenza, soggiacendo l’acquisizione della corrispondenza già consegnata (o ancora da spedire) alla più permissiva disciplina di cui all’art. 234 c.p.p.. Per converso, non potrebbe prescindere dal rilievo che la corrispondenza già consegnata possa formare oggetto di sequestro documentale presso il destinatario ai sensi dell’art. 253 c.p.p.; tale constatazione parrebbe deporre nel senso dell’esistenza di uno spettro di tutela della

² Recita l’art. 68 Cost.:

«1. I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell’esercizio delle loro funzioni.

2. Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell’atto di commettere un delitto per il quale è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza.

3. Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.».

³ Si veda, per tutte, Cass. pen., Sez. V, 29 settembre 2020, n. 30735.

corrispondenza che copre la comunicazione tanto nella sua fase statica, quanto in quella dinamica⁴.

Il Senato della Repubblica riteneva poi priva di pregio – in quanto potenzialmente foriera di un aggiramento delle garanzie di cui agli artt. 15 e 68, co. 3, Cost. mediante un mero *escamotage* ermeneutico – la tesi secondo cui la tutela apprestata dall’art. 15 Cost. sarebbe limitata alla sola corrispondenza *in itinere*, e destinata a venir meno una volta che il destinatario ne abbia preso conoscenza. Diversamente, il ricorrente osservava come le menzionate disposizioni costituzionali debbano essere interpretate nel senso che le garanzie di libertà e segretezza della corrispondenza non si esauriscano fin tanto che essa conservi il proprio carattere di attualità (*i.e.*, permanga l’interesse degli interlocutori a mantenere riservato il fatto stesso della corrispondenza, nonché, a maggior ragione, il suo contenuto)⁵.

Il ricorrente traeva da tali rilievi le logiche conseguenze, calandole nella realtà pratica della corrispondenza a mezzo elettronico o informatico e concludendo che l’inquadramento della corrispondenza nella sua fase statica come mero documento frustrerebbe le istanze di tutela costituzionali proprio e soprattutto con riguardo ai mezzi di trasmissione del pensiero oggi più largamente utilizzati (*i.e.*, i canali elettronici o informatici)⁶.

Per altra parte, la Procura fiorentina chiedeva il rigetto del ricorso ovvero la declaratoria d’inammissibilità dello stesso.

La resistente fondava le proprie richieste – *inter alia* – sul consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che attribuisce ai dati informatici conservati nella memoria di un *device* natura documentale ai sensi art. 234 c.p.p., sottraendo la loro acquisizione alla disciplina dell’art. 254 c.p.p.. Segnatamente, la Corte regolatrice è costante nell’affermare che e-mail, SMS e comunicazioni di messaggistica istantanea conservano la propria natura di corrispondenza solo in quanto la comunicazione sia *in itinere*; di converso, una volta che il messaggio sia stato ricevuto e memorizzato nel *device* del destinatario (*e.g.*, *smartphone* o computer), questo perderebbe il proprio carattere di attualità, degradandosi a mero documento *ex art.* 234 c.p.p., come tale acquisibile agli atti del procedimento penale al di fuori dei limiti posti dalla disciplina posta dall’art. 254 c.p.p. in materia di sequestro di corrispondenza (ovvero

⁴ Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170, § 1.3 del *Ritenuto in fatto*, ove si afferma che «occorrerebbe considerare che l’art. 254 cod. proc. pen. [...] si occupa esclusivamente (del sequestro di corrispondenza, n.d.r.) che interviene quando la stessa è in transito dal mittente al destinatario, determinando così un’interruzione del flusso informativo; laddove, invece, la corrispondenza già recapitata può formare oggetto di sequestro documentale presso il destinatario ai sensi del precedente art. 253 cod. proc. pen. [...] in perfetta analogia con la distinzione, dinanzi ricordata, tra profilo dinamico e profilo statico della comunicazione».

⁵ *Ibid.*, § 1.5 del *Ritenuto in fatto*.

⁶ *Ibid.*, § 4.2 del *Ritenuto in fatto*, ove si afferma che «la tesi della trasformazione della corrispondenza in mero documento per effetto della sua lettura metterebbe in pratica nel nulla la tutela costituzionale nei confronti proprio delle forme di corrispondenza oggi più diffuse, come la posta elettronica e i servizi di messaggistica istantanea, al cui invio segue immediatamente la ricezione».

dall'art. 266 *bis* c.p.p. in materia di intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche)⁷.

Ulteriormente, la Procura di Firenze contrastava la tesi del ricorrente secondo la quale una comunicazione dovrebbe ritenersi coperta dall'egida dell'art. 15 Cost. per tutto il tempo in cui essa si connota di attualità (*i.e.*, per tutto il tempo in cui mittente e destinatario ripongono un interesse alla sua libertà e riservatezza), enfatizzando come una tale impostazione comporterebbe un eccessivo grado di incertezza applicativa delle norme ancorate alla nozione di corrispondenza (o da essa comunque influenzate)⁸.

A fronte di tali contrapposte prospettazioni, la Corte costituzionale ha accolto il ricorso proposto dal Senato della Repubblica e, per l'effetto, dichiarato il difetto di attribuzione della Procura fiorentina all'acquisizione agli atti del procedimento penale della corrispondenza e-mail e WhatsApp intercorsa tra il Sen. Matteo Renzi e soggetti terzi.

Il Giudice delle leggi ha colto l'occasione per offrire importanti – e, potenzialmente, definitivi – chiarimenti circa il perimetro del concetto di comunicazione tutelato dall'art. 15 Cost., nonché la natura del contenuto comunicato soggetto a garanzia⁹.

Nel motivare la propria decisione, i giudici di Palazzo della Consulta ribadiscono anzitutto la latitudine della nozione di corrispondenza costituzionalmente rilevante, descrivendola come un «*concetto ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione del pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza*»¹⁰.

Svolto l'ulteriore rilievo preliminare per cui la corrispondenza informatica (comprensiva di messaggi WhatsApp e posta elettronica) deve ritenersi assimilabile a quella cartacea chiusa¹¹, e, pertanto, ricompresa nel perimetro di garanzia dell'art. 15 Cost., la Corte individua quindi il tema centrale: se conservino il carattere dell'attualità – e ricadano quindi nell'alveo di tutela costituzionale – anche le e-mail e i messaggi

⁷ Si vedano, *ex pluribus*, Cass. pen., Sez. II, 1° luglio 2022, n. 39529; Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417; Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2021, n. 17552.

⁸ Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170, § 5.1 del *Ritenuto in fatto*, ove si chiarisce ulteriormente che dalla prospettazione del Senato della Repubblica deriverebbe una «*inaccettabile incertezza nell'applicazione delle norme che alla nozione di corrispondenza si richiamano: se la valutazione in ordine all'attualità del messaggio comunicativo rientra nella sfera psichica del mittente e del destinatario, sarebbe oltremodo problematico per il pubblico ministero determinare ex ante se, nel caso di specie, egli si trovi o meno in presenza di corrispondenza.*».

⁹ G. GUZZETTA, *La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull'art. 15 della Costituzione nella sentenza n. 170 del 2023*, in *federalismi.it*, 9 agosto 2023, n. 21, p. 82.

¹⁰ Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170, § 4.2 del *Considerato in diritto*.

¹¹ *Ibid.*, ove, nel dettaglio, la Corte motiva affermando che l'assimilabilità delle due modalità di corrispondenza trova conforto nel fatto che, analogamente a quanto assicurato dalla busta chiusa nel caso nella corrispondenza cartacea, «*la riservatezza della comunicazione [...] è qui assicurata dal fatto che la posta elettronica viene inviata a una specifica casella di posta, accessibile solo al destinatario tramite procedure che prevedono l'utilizzo di codici personali; mentre il messaggio WhatsApp, spedito tramite tecniche che assicurano la riservatezza, è accessibile solo al soggetto che abbia la disponibilità del dispositivo elettronico di destinazione, normalmente protetto anch'esso da codici di accesso o altri meccanismi di identificazione.*».

WhatsApp già ricevuti, letti e conservati nella memoria del *device* del destinatario¹². Il nodo interpretativo che il Giudice delle leggi si propone di sciogliere consiste, in altri termini, nello stabilire se la copertura dell'art. 15 Cost. sia limitata alla sola fase "dinamica" della corrispondenza ovvero si estenda altresì a quella "statica".

La Consulta risolve tale interrogativo facendo propria l'interpretazione propugnata dal Senato della Repubblica (*i.e.*, estensione della garanzia costituzionale alla fase "statica" della corrispondenza). Nel dettaglio, sviluppando un *argumentum ad absurdum*, il Giudice costituzionale giunge alla lapidaria constatazione che «*degradare la comunicazione a mero documento* (come tale, acquisibile ai sensi dell'art. 234 c.p.p., n.d.r.) *quando non più in itinere, è soluzione che se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui l'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione*»¹³.

Rifiutata così un'interpretazione (*i.e.*, quella avallata dalla Procura di Firenze, indirizzata nel senso della limitazione della tutela della corrispondenza alla sola fase "dinamica") che condannerebbe all'estinzione la garanzia posta dall'art. 15 Cost.¹⁴, e richiamati i precedenti in cui la Corte EDU ha interpretato l'art. 8 CEDU come tutelante entrambe le fasi della corrispondenza informatico-telematica¹⁵, la Corte costituzionale conclude affermando che «*analogamente all'art. 15 Cost., quanto alla corrispondenza della generalità dei cittadini, anche, e a maggior ragione, l'art. 68, terzo comma, Cost. (tutela, n.d.r.) la corrispondenza dei membri del Parlamento – ivi compresa quella elettronica – anche dopo la ricezione da parte del destinatario, almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento "storico"*»¹⁶.

La pronuncia analizzata appare non solo condivisibile in quanto persuasiva nel procedimento logico-giuridico mediante il quale perviene alle proprie conclusioni, ma altresì meritevole di plauso poiché tesa a una lettura evolucionistica delle disposizioni costituzionali, tale da consentire un'espansione dei diritti fondamentali coerente e armonica all'innovazione tecnica¹⁷.

Al contempo, è fuori dubbio che il provvedimento commentato, pur innestandosi sulla tematica delle prerogative parlamentari assicurate dall'art. 68, co. 3, Cost., rechi in sé approdi ermeneutici che travalicano la controversia sulla quale i giudici di Palazzo della Consulta sono stati chiamati a pronunciarsi. Il tema pregiudiziale risolto in tal sede (*i.e.*, l'ampiezza della garanzia della libertà e della segretezza della corrispondenza riconosciuta dall'art. 15 Cost.) involge, infatti, spunti interpretativi suscettibili di riverberarsi su ambiti dell'ordinamento (*e.g.*, la guarentigia della corrispondenza tra

¹² *Ibid.*, § 4.3 del *Considerato in diritto*.

¹³ *Ibid.*, § 4.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ G. GUZZETTA, *op. cit.*, p. 85.

¹⁵ Si veda, per tutte, Corte EDU, Grande Camera, 5 settembre 2017, Barbulescu c. Romania.

¹⁶ Corte cost., 22 giugno 2023, n. 170, § 4.4 del *Considerato in diritto*.

¹⁷ G. GUZZETTA, *op. cit.*, p. 84 ss..

difensore e assistito di cui si dirà al § 3 subito *infra*) più ampi della mera tutela della libertà dello svolgimento della funzione parlamentare.

3. Possibili profili di incostituzionalità.

Se, da un lato, l'intervento della Corte costituzionale ha il merito di chiarire l'ampiezza applicativa dell'art. 15 Cost. alla luce dell'evoluzione tecnica dei mezzi di comunicazione, al contempo esso offre rilevanti spunti di riflessione in ordine alla garanzia di libertà e segretezza che assiste la corrispondenza tra avvocato e proprio assistito.

Più specificamente, la pronuncia del Giudice delle leggi evidenzia – a parere di chi scrive – elementi di criticità costituzionale dell'art. 103, co. 6, c.p.p. (inteso sia singolarmente, sia nel suo combinato disposto con l'art. 35 disp. att. c.p.p.).

Al fine di meglio apprezzare la portata dirimpente di tale arresto giurisprudenziale, è utile ricostruire brevemente l'assetto normativo ed ermeneutico della tutela della corrispondenza difensore-assistito esistente alla vigilia della pronuncia in commento (del cui contenuto si è analiticamente detto al § 2 *supra*).

Nel disciplinare le garanzie di libertà del difensore, l'art. 103, co. 6, c.p.p. – presidiato dalla comminatoria d'inutilizzabilità di cui al comma successivo – vieta il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore «*in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni*», salvo che l'autorità giudiziaria non abbia motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato.

Una notazione preliminare è dovuta circa l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione: se, da un lato, non pare dubitabile che essa si applichi anche al difensore dell'indagato in forza dell'art. 61, co. 1, c.p.p., dall'altro, la dottrina appare divisa circa la possibilità di estendere tale garanzia al difensore della persona offesa e delle altre parti private del procedimento¹⁸.

Il filone interpretativo orientato nel senso di limitare la garanzia in parola alla corrispondenza intercorsa tra l'imputato (o indagato) e il proprio difensore pare preferibile alla luce dell'inequivocità del tenore letterale della norma; all'interno dello

¹⁸ In senso favorevole, M. BOLOGNARI, *Art. 103 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. ILLUMINATI - L. GIULIANI, Wolters Kluwers, Milano, 2020, p. 348, ove si afferma: «*la maggiore delicatezza della posizione dell'indagato-imputato non deve indurre a ritenere che le garanzie siano riferibili soltanto al suo difensore; infatti, la genericità del riferimento contenuto nella disposizione in commento permette di estendere la tutela anche ai legali delle parti private e della persona offesa*»; in tal senso, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 297 e G. FRIGO, *Art. 103 c.p.p.*, in AA.VV., *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, vol. I, a cura di E. AMODIO - O. DOMINIONI, Giuffrè, Milano, 1989-1990 p. 658). In senso sfavorevole, F. DELLA CASA - G. P. VOENA, *Soggetti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO - V. GREVI, 3^a ed., CEDAM, Padova, 2006, p. 155-156, ove si osserva: «*per quanto concerne la corrispondenza tra l'imputato [...] e il proprio difensore, l'art. 103 comma 6° – si tratta dell'unica disposizione non riferibile ai difensori delle altre parti – stabilisce il divieto di sequestro e di ogni altra forma di controllo: sempre che, da un lato, la corrispondenza sia riconoscibile grazie alle puntuali indicazioni prescritte dall'art. 35 commi 1°, 2° e 3° disp. att., dall'altro l'autorità giudiziaria non abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato*».

stesso art. 103 c.p.p., infatti, sono contenute disposizioni (segnatamente, i commi da 1 a 5) che si riferiscono ai difensori senza ulteriori specificazioni in ordine al soggetto in favore del quale costoro svolgono la propria attività. Tanto pare sufficiente ad affermare – in considerazione del principio per cui *ubi lex voluit, dixit, ubi noluit, tacuit* – che la limitazione soggettiva della garanzia di cui all’art. 103, co. 6, c.p.p. sia frutto di una deliberata scelta del legislatore e, come tale, non dia luogo a una lacuna superabile in via ermeneutica (mediante, ad esempio, un’interpretazione analogica *in bonam partem*).

Sempre in tema di individuazione dei soggetti destinatari della garanzia in commento, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di interrogarsi sulla latitudine della nozione di difensore; nello specifico, muovendo dal comune assunto che la *ratio* dei divieti posti dall’art. 103 c.p.p. debba rinvenirsi nella tutela non già del libero svolgimento della professione forense, bensì del diritto alla difesa sancito dall’art. 24 Cost.¹⁹, sono maturati, in seno alla Suprema Corte, due distinti orientamenti.

Un primo e più risalente indirizzo giurisprudenziale individua il bene tutelato dalla norma nel diritto di difesa inteso nella propria accezione strettamente processuale, ossia come svolgimento delle prerogative del difensore in relazione a un determinato rapporto difensivo e nell’ambito di una precisa vicenda giudiziaria²⁰. Il risultato di tale opzione interpretativa è quello di limitare le guarentigie difensive esclusivamente a quanti rivestono il ruolo di difensore nel medesimo procedimento nel quale deve essere svolta l’attività investigativa; di converso, rimarrebbero al di fuori dello spettro di tutela i soggetti che svolgano o abbiano svolto l’ufficio in favore dell’imputato (o indagato) in procedimenti diversi²¹.

Per altra parte, secondo un indirizzo maggiormente garantista e oggi prevalente, le guarentigie di cui all’art. 103 c.p.p. coprirebbero non solo il titolare di un mandato difensivo²² nell’ambito del procedimento in cui si deve procedere al sequestro della corrispondenza, ma altresì l’avvocato che presta la propria attività difensiva – da intendersi come comprensiva di iniziative preventive quali le indagini difensive *ex art. 391 bis ss. c.p.p.* – in favore dell’imputato (o indagato) in altri procedimenti²³.

¹⁹ In questo senso, si veda, per tutte, Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 25, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2020, ove si chiarisce che «*le guarentigie previste dall’art. 103, non introducendo un principio immunitario di chiunque eserciti la professione legale, sono applicabili unicamente se devono essere tutelate la funzione difensiva o l’oggetto della difesa*».

Sul fronte dottrinale, sia consentito il rinvio, *ex multis*, a S. CIANI, *Ancora qualche puntualizzazione sulle garanzie di libertà del difensore*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 869; A. CRISTIANI, *Art. 103 c.p.p.*, in M. CHIAVARIO, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, UTET, 1997, p. 473; G. TRANCHINA, *Garanzie nuove per la difesa tecnica nel processo penale di domani*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 473.

²⁰ Cass. pen., Sez. II, 5 aprile 1995, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2244; Cass. pen., Sez. VI, 22 gennaio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, p. 721.

²¹ M. VIOLANTE, *Art. 103 c.p.p.*, in AA.VV., *Codice di procedura penale commentato*, vol. I, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, 6ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, p. 1431.

²² La giurisprudenza prevalente ritiene che l’operatività delle garanzie di cui all’art. 103 c.p.p. non sia subordinata al conferimento di uno specifico e formale mandato difensivo, potendo detto mandato desumersi dalla natura stessa dell’incarico; si vedano, in tal senso, Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 10664; Cass. pen., Sez. V, 17 aprile 2001, n. 8963.

²³ Cass. pen., Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 25, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2020, ove si chiarisce che il divieto di

Ricostruito in questi termini il perimetro soggettivo di applicazione dell'art. 103, co. 6, c.p.p., è ora possibile soffermarsi sui limiti oggettivi della sua operatività.

Sul punto, il dato letterale della norma risulta quantomai ermetico: oggetto di tutela è la corrispondenza tra imputato e difensore «*in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni*», eccettuati i casi in cui l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che essa costituisca corpo del reato.

L'art. 35 disp. att. c.p.p. colora di significato l'inciso menzionato disciplinando i requisiti formali al ricorrere dei quali la corrispondenza tra imputato (o indagato) e proprio difensore può ritenersi tutelata ai sensi dell'art. 103, co. 6, c.p.p..

Già prima della pronuncia in commento, il combinato disposto degli artt. 103, co. 6, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p. si palesava anacronistico, non consentendo altra interpretazione se non quella di ritenere le comunicazioni veicolate mediante mezzi informatico-telematici (e.g., e-mail e sistemi di messaggistica istantanea) escluse dalla sfera di guarentigie che assiste la corrispondenza tra l'imputato (o indagato) e il proprio difensore.

Tale nodo problematico – potenzialmente dirompente – è rimasto tuttavia per lungo negletto nell'applicazione pratica, venendo superato – come si vedrà subito *infra* – dalla giurisprudenza di legittimità mediante il menzionato *escamotage* ermeneutico²⁴ consistente nell'enfaticizzazione della natura documentale delle comunicazioni informatico-telematiche e, pertanto, la loro acquisibilità ai sensi dell'art. 234 c.p.p., superando così i più stringenti limiti posti dagli artt. 254 e 266 *bis* c.p.p.²⁵

Al netto del canone di riconoscibilità individuato dall'art. 103, co. 6, c.p.p. e analiticamente disciplinato dall'art. 35 disp. att. c.p.p.²⁶, il cardine logico della

sequestro «*non è subordinato alla condizione che tale atto sia disposto dall'a.g. nello stesso procedimento in cui si svolge l'attività difensiva o che questa sia ancora in corso*»; cfr., in senso conforme, Cass. pen., Sez. IV, 3 aprile 2014, n. 23002; Cass. pen., Sez. VI, 12 marzo 2001, n. 20295.

Sul fronte dottrinale, sia consentito il rinvio, *ex multis*, a F. DINACCI in *Diritto penale e processo*, 2012, suppl. 6, p. 22; C. PAPAGNO in *Diritto penale e processo*, 2004, p. 1121;

²⁴ Si veda la nota a piè di pagina n. 7 *supra*.

²⁵ Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2023, n. 38678, ove si afferma che «*i messaggi whatsapp e gli sms conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ex art. 234 c.p.p., sicché è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non applicandosi né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza ex art. 254 c.p.p.: infatti, non si è in presenza della captazione di un flusso di comunicazioni in corso, bensì della mera documentazione ex post di detti flussi*». Cfr., *ex pluribus* in senso conforme, Cass. pen., Sez. V, 14 febbraio 2023, n. 24824; Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417; Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 2019, n. 1822.

²⁶ Recita l'art. 35 disp. att. c.p.p., rubricato «*Corrispondenza e colloqui telefonici del difensore con l'imputato*»:

«1. Ai fini di quanto previsto dall'art. 103 comma 6 del codice, la busta della corrispondenza tra l'imputato ed il suo difensore deve riportare:

- a) il nome e il cognome dell'imputato;
- b) il nome, il cognome e la qualifica professionale del difensore;
- c) la dicitura «*corrispondenza per ragioni di giustizia*» con la sottoscrizione del mittente e l'indicazione del procedimento cui la corrispondenza si riferisce.

2. Quando il mittente è il difensore, la sottoscrizione è autenticata dal presidente del consiglio dell'ordine forense di appartenenza o da un suo delegato.

3. Se l'imputato è detenuto, l'autorità che ne ha la custodia appone il proprio timbro o firma sulla busta chiusa che già

disposizione è dato dal concetto di corrispondenza, sul quale la giurisprudenza di legittimità, costituzionale e sovranazionale (*i.e.*, Corte EDU) ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni.

Partendo dalla giurisprudenza della Consulta, essa appare costante nell'inquadrare la corrispondenza di cui all'art. 15 Cost.²⁷ come concetto lato, comprensivo di ogni comunicazione del pensiero umano tra due o più interlocutori determinati, la cui tutela prescinde dalla natura del mezzo tecnico utilizzato. Dall'ampiezza dell'interpretazione offerta dal Giudice delle leggi consegue l'estensibilità della garanzia costituzionale a qualsiasi strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, ivi inclusi quelli elettronici e informatici, inconoscibili al costituente al tempo della compilazione della Carta fondamentale²⁸.

Non è di secondo momento rilevare che il costante orientamento ora richiamato risulta pacificamente avallato dalla giurisprudenza sovranazionale: nell'esegesi dell'art. 8 CEDU²⁹, la Corte di Strasburgo è infatti ferma nel ricomprendere nel perimetro di tutela della corrispondenza anche le comunicazioni veicolate coi più moderni mezzi

reca le indicazioni suddette, senza che ciò ritardi l'inoltro della corrispondenza.

4. *Alla corrispondenza tra l'imputato detenuto e il suo difensore, recante le indicazioni stabilite nei commi 1 e 2, non si applicano le disposizioni dell'art. 18 commi 8 e 9 della L. 26 luglio 1975 n. 354 e degli artt. 20 comma 1 e 36 commi 7 e 8 del D.P.R. 29 aprile 1976 n. 431.*

5. *Ai fini di quanto previsto dall'art. 103 comma 5 del codice, quando sono autorizzati colloqui telefonici tra l'imputato detenuto e il suo difensore, come risultante dall'indicazione del relativo procedimento, non si applica la disposizione dell'art. 37 comma 8 del D.P.R. 29 aprile 1976 n. 431.».*

²⁷ Recita l'art. 15 Cost.:

«1. La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

2. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.».

²⁸ Si veda Corte cost., 12 gennaio 2023, n. 2, ove si afferma che *«la Costituzione tutela la libertà (e la segretezza) della corrispondenza, che all'epoca costituiva l'archetipo di riferimento, ma estende la garanzia ad ogni forma di comunicazione, aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata. Al tempo stesso, in termini generali, le regole attinenti al mezzo che, per comunicare, venga di volta in volta utilizzato sono cosa in sé diversa dalla disciplina relativa al diritto fondamentale ora in esame: anzi, sempre in termini generali, ben può dirsi che limitazioni relative all'uso di un determinato mezzo o strumento non necessariamente si convertono in restrizioni al diritto fondamentale che l'impiego di quel mezzo o strumento consenta, per avventura, di soddisfare»;* cfr., in senso conforme, Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20; Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81; Corte cost., 15 novembre 1988, n. 1030.

²⁹ Recita l'art. 8 CEDU, rubricato *“Diritto al rispetto della vita privata e familiare”*:

«1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.».

tecnologici, quali e-mail³⁰, SMS³¹ e sistemi di messaggistica istantanea mediante internet (e.g., WhatsApp o Telegram)³².

Nonostante l'inequivocità e la costanza di tali indirizzi, la Corte di Cassazione storicamente assume, una posizione assai più restrittiva nella definizione del concetto di corrispondenza.

Segnatamente, è orientamento consolidato della Corte regolatrice quello per cui e-mail, SMS e comunicazioni di messaggistica istantanea conservano la propria natura di corrispondenza solo in quanto la comunicazione sia *in itinere*; di converso, una volta che il messaggio sia stato ricevuto e memorizzato nel *device* del destinatario (e.g., *smartphone* o computer), questo perderebbe il proprio carattere di attualità, degradandosi a mero documento *ex art. 234 c.p.p.*, come tale acquisibile agli atti del procedimento penale al di fuori delle angustie dell'art. 254 c.p.p. in materia di sequestro di corrispondenza (ovvero dell'art. 266 *bis* c.p.p. in materia di intercettazione di comunicazioni informatiche o telematiche)³³.

A ulteriore erosione delle garanzie procedurali dell'art. 254 c.p.p. (e, conseguentemente, della nozione di corrispondenza rilevante anche ai sensi dell'art. 103, co. 6, c.p.p.), la Suprema Corte ha altresì escluso che possano sussumersi nel concetto di corrispondenza i messaggi di posta elettronica non inviati dall'utente e sostanti nella casella "bozze" dell'*account* di posta elettronica ovvero in spazi *cloud* come Dropbox o Google Drive³⁴.

La sostenibilità dell'indirizzo interpretativo ora richiamato – opinabile già in tempi anteriori al 2023 – risulta definitivamente compromessa dalla pronuncia in commento. Infatti, come illustrato al § 2 *supra*, il *dictum* di tale sentenza non pare lasciare dubbi in ordine al fatto che l'attualità della comunicazione (*ergo*, la riconducibilità della stessa all'interno del concetto di corrispondenza) non venga meno per la semplice circostanza che il messaggio di posta elettronica (ovvero la comunicazione inoltrata mediante sistemi di messaggistica istantanea) sia stata ricevuta dal destinatario sul proprio *device*, bensì permanga fin tanto che gli interlocutori conservino un interesse al mantenimento della riservatezza della conversazione.

Ricostruito in questi termini l'assetto normativo ed ermeneutico della tutela della corrispondenza tra avvocato e proprio assistito vigente sino alla vigilia della commentata pronuncia (e, per vero, tutt'ora in essere), è ora possibile soffermarsi sulle tensioni in punto di legittimità costituzionale poste in luce dall'intervento dei giudici di Palazzo della Consulta.

Il primo potenziale profilo d'incostituzionalità attiene all'estensione soggettiva del divieto di sequestro e controllo della corrispondenza. Come accennato *supra*, dal

³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 5 settembre 2017, Barbulescu c. Romania, § 72; Corte EDU, Sez. IV, 3 aprile 2007, Copland c. Regno Unito, §41.

³¹ Corte EDU, Sez. V, 17 dicembre 2020, Saber c. Norvegia, § 48.

³² Corte EDU, Grande Camera, 5 settembre 2017, Barbulescu c. Romania, § 74.

³³ Si vedano, *ex pluribus*, Cass. pen., Sez. II, 1° luglio 2022, n. 39529; Cass. pen., Sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417; Cass. pen., Sez. V, 10 marzo 2021, n. 17552.

³⁴ Cass. pen., Sez. IV, 28 giugno 2016, n. 40903.

tenore letterale della disposizione si trae che la garanzia difensiva è riferita esclusivamente alla corrispondenza intrattenuta tra imputato (o indagato, in forza dell'art. 61, co. 1, c.p.p.) e proprio difensore, mentre nulla viene detto in ordine al difensore della persona offesa e delle altre parti private del procedimento penale.

A voler escludere, per le suesposte ragioni (*i.e.*, la lettura sistematica della norma induce a ritenere che l'omesso riferimento ai soggetti da ultimo menzionati sia frutto di una deliberata scelta del legislatore e, pertanto, non dia luogo a una lacuna in senso tecnico), che il vuoto di tutela sia superabile per mezzo di un'interpretazione analogica *in bonam partem*, l'art. 103, co. 6, c.p.p. sembra offrire il fianco a una censura di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 15, 24, co. 2, e 111, co. 2, Cost.; censura, questa, che ancor più pare persuasiva alla luce di quanto statuito dai giudici della Consulta nella sentenza n. 170/2023.

Atteso l'ampio spettro che la Corte costituzionale attribuisce alla garanzia di libertà e segretezza della corrispondenza sancita dall'art. 15, Cost., non si comprende per quale motivo tale tutela – che il Giudice costituzionale riconosce pariteticamente alla generalità dei consociati – debba trovare un'applicazione diversificata nell'ambito processuale. Sfuggono, in altri termini, le ragioni che dovrebbero indurre a ritenere ragionevole e giustificato un trattamento differenziato delle parti processuali penali che da luogo – nei fatti – a una lesione del diritto di difesa e della parità d'armi processuale sanciti dagli artt. 24, co. 2, e 111, co. 2, Cost., vietando, da un lato, l'apprensione *tout court* della corrispondenza tra imputato (o indagato) e proprio difensore, ma consentendola, dall'altro, con riferimento agli altri attori del procedimento penale (*e.g.*, persona offesa, parte civile, responsabile civile).

Amnesso e non concesso di voler ritenere infondata – in quanto superabile in via analogica – tale censura, si ritiene che l'intervento della Consulta abbia posto in luce un secondo profilo d'illegittimità costituzionale, attinente all'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 103, co. 6, c.p.p. letto in combinato disposto con l'art. 35 disp. att. c.p.p..

L'art. 103, co. 6, c.p.p. vieta il sequestro e ogni controllo della corrispondenza tra l'imputato (o indagato) e il proprio difensore «*in quanto riconoscibile dalle prescritte indicazioni*», e sempreché l'Autorità Giudiziaria non abbia fondato motivo di ritenere che essa costituisca corpo del reato.

Dal canto suo, come accennato *supra*, l'art. 35 disp. att. c.p.p. colora di significato l'inciso menzionato disciplinando i requisiti formali al ricorrere dei quali la corrispondenza tra imputato (o indagato) e proprio difensore può ritenersi coperta dalla garanzia di cui all'art. 103, co. 6, c.p.p..

Ai fini che qui interessano, è di non secondo momento constatare che il tenore letterale dell'art. 35 disp. att. c.p.p. allude – a più riprese e in modo inequivoco – alla corrispondenza cartacea; segnatamente, il riferimento è ai commi 1 (ove si elencano i requisiti formali della «*busta della corrispondenza*») e 3 (ove, disciplinando l'ipotesi dell'imputato detenuto, si dispone che l'autorità che ne ha la custodia apponga «*il proprio timbro o firma sulla busta chiusa*» recante comunque le indicazioni di cui all'art. 35, co. 1, disp. att. c.p.p.).

L'incontrovertibilità del dato testuale ne preclude il superamento mediante interpretazione costituzionalmente orientata e, contestualmente, produce l'effetto di limitare la tutela della segretezza della corrispondenza tra l'imputato (o indagato) e il proprio difensore dipendentemente dal mezzo di comunicazione prescelto: la corrispondenza cartacea potrà, dunque – ricorrendo i requisiti formali posti dalla norma di attuazione del codice di rito – essere assistita dalla guarentigia di cui all'art. 103, co. 6, c.p.p.; di converso, la corrispondenza informatico-telematica risulta, ad oggi, strutturalmente insuscettibile di essere attratta entro tale sfera di tutela.

Questo essendo il quadro normativo vigente, non sfugge come, all'indomani dell'intervento del Giudice delle leggi, le menzionate disposizioni si candidino all'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 15 e 24, co. 2, Cost..

La Corte costituzionale – doverosamente confrontandosi con l'evoluzione tecnologica dei mezzi attraverso i quali il pensiero umano viene veicolato – ha infatti espressamente ricondotto la corrispondenza informatico-telematica entro il perimetro di garanzia dell'art. 15 Cost.; ciò in quanto la corrispondenza conservi il carattere dell'attualità (*i.e.*, permanga l'interesse degli interlocutori a mantenerne la segretezza). Come ampiamente illustrato al § 2 *supra*, da ciò deriva la tutela della corrispondenza in questione non solo nella sua (per vero, assai ridotta) dimensione “dinamica” (*e.g.*, e-mail o messaggi di testo inviati mediante sistemi di messaggistica istantanea in corso di trasmissione), ma altresì in quella “statica” (*e.g.*, e-mail già pervenute nell'*inbox* del destinatario ovvero messaggi di testo inviati mediante sistemi di messaggistica istantanea già memorizzati nel *device* del destinatario).

Se tanto vale per i rapporti tra consociati *tout court*, non si vede perché – *a fortiori* – altrettanto non debba valere per il rapporto qualificato che lega l'imputato (o indagato) al proprio difensore.

In forza di tali considerazioni, il combinato disposto degli artt. 103, co. 6, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p. sembra palesarsi illegittimo in relazione agli artt. 15 e 24, co. 2, Cost. nella parte in cui, con evidente pregiudizio all'esercizio del diritto di difesa, limita l'operatività del divieto di sequestro e controllo della corrispondenza tra l'imputato (o indagato) e il proprio difensore alle sole ipotesi in cui la trasmissione del pensiero umano venga veicolata mediante il mezzo cartaceo, e non anche quello informatico-telematico, ad oggi assolutamente preponderante. Segnatamente, la denunciata lesione dell'art. 24, co. 2, Cost. va ravvisata alla luce della circostanza che – nella pratica quotidiana del diritto – parte rilevante dell'attività difensiva (*e.g.*, interlocuzioni preliminari tra avvocato e assistito, elaborazione degli argomenti difensivi e condivisione di documenti e informazioni utili all'espletamento del mandato) viene oggi svolta proprio nell'ambito della corrispondenza informatico-telematica tra l'avvocato e il proprio assistito.

In conclusione, si ritiene di accogliere con favore l'intervento del Giudice delle leggi teso a chiarire l'ambito applicativo dell'art. 15 Cost.

Tale pronuncia sembra infatti aprire la strada – candidando all'incostituzionalità alcune disposizioni del codice di rito – a un (non più rinviabile) rafforzamento delle guarentigie che assistono lo svolgimento dell'attività dell'avvocato, quantomeno in pendenza di un procedimento penale ovvero di un'indagine difensiva *ex artt. 391 bis ss.*

c.p.p., e sempreché l'avvocato sia stato investito di mandato difensivo nei termini chiariti dalla prevalente giurisprudenza di legittimità³⁵.

Non è di secondo momento constatare che l'odierno legislatore pare avvertito – quantomeno, di una parte – delle criticità ora evidenziate.

L'art. 2, co. 1, lett. a), del disegno di legge sulla giustizia penale – attualmente all'esame della seconda Commissione Giustizia della Camera dei Deputati – prevede infatti l'introduzione di un comma 6 *bis* all'art. 103 c.p.p., recante un divieto di «*acquisizione di ogni forma di comunicazione, anche diversa dalla corrispondenza, intercorsa tra l'imputato e il proprio difensore, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato*»³⁶.

In questa sede, si ritiene d'interesse segnalare come il *dossier* relativo a tale iniziativa legislativa sembri rivelare come lo stimolo originario all'intervento normativo vada rintracciato – tra l'altro (se non, addirittura, in via principale) – nella commentata sentenza della Corte costituzionale. Brevemente delineato l'obiettivo di rafforzamento delle garanzie dell'attività difensiva, nel documento in parola si fa infatti esplicito riferimento alla pronuncia con la quale il Giudice delle leggi ha «*fatto propria una nozione ampia di corrispondenza, comprendendo al suo interno "ogni comunicazione del pensiero umano tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla comunicazione in presenza"*»³⁷.

Allorché tale iniziativa venisse consacrata in diritto positivo, verrebbe risolto all'origine il denunciato profilo di frizione costituzionale tra il combinato disposto degli artt. 103, co. 6, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p. e gli artt. 15 e 24, co. 2, Cost.. La disposizione, infatti, attrarrebbe espressamente nell'orbita del divieto di acquisizione le comunicazioni informatico-telematiche tra l'imputato (o indagato) e il proprio difensore; ciò – si badi – a prescindere (a monte) dalla loro sussumibilità nel concetto di corrispondenza, nonché (a valle) dalla loro aderenza al canone di riconoscibilità di cui all'art. 35 disp. att. c.p.p.

In ogni caso, occorre rilevare che tale intervento normativo (almeno nella sua forma attuale) non sarebbe comunque idoneo a risolvere il potenziale profilo d'incostituzionalità relativo all'estensione soggettiva del divieto di sequestro e controllo della corrispondenza di cui si è detto *supra*. In perfetta continuità con la norma vigente, infatti, la disposizione di nuovo conio presenterebbe un tenore letterale tale da non consentire un'estensione della garanzia difensiva a soggetti ulteriori rispetto all'imputato (o indagato, in forza dell'art. 61, co. 1, c.p.p.) e proprio difensore (e.g., persona offesa e relativo difensore), conseguentemente frustrando i diritti loro riconosciuti dagli artt. 3, 15, 24, co. 2, e 111, co. 2, Cost.

³⁵ Si veda la nota a piè di pagina n. 22 *supra*.

³⁶ Atto Senato n. 808 approvato in Senato in data 13 febbraio 2024, Atto Camera n. 1718, attualmente in esame in seconda Commissione Giustizia, recante «*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*».

³⁷ *Dossier* al disegno di legge n. 1718 Atto Camera, p. 22-23.

4. Prospettive *de iure condendo*.

Le riflessioni svolte nei §§ *supra* inducono a indugiare, in ultimo, sulla tematica della configurabilità, nell'ordinamento italiano, di una sorta di *legal privilege*, suscettibile di tutelare l'attività dell'avvocato non solo all'interno dello scacchiere processuale (già coperto – seppur in misura insoddisfacente per le ragioni illustrate nel § 3 *supra* – dal combinato disposto degli artt. 103 c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p.), ma altresì nella sua funzione di consulente legale.

L'esperienza quotidiana della professione forense (in particolare, per quanto qui d'interesse, nell'ambito penale) evidenzia infatti un costante incremento nella domanda di assistenza stragiudiziale, la quale può assumere, di volta in volta, la forma del parere giuridico ovvero della consulenza nei più disparati ambiti della *compliance*.

Pare superfluo osservare che l'efficace svolgimento di tali attività presuppone una libera e trasparente comunicazione – che, nella larga maggioranza dei casi, verrà veicolata da corrispondenza informatico-telematica – tra il professionista e il proprio assistito; comunicazione, questa, che fisiologicamente può implicare la trasmissione di dati, informazioni e notizie potenzialmente rivelatrici di condotte penalmente illecite poste in essere dalla parte assistita.

Al fine di prevenire il rischio che l'assistito – nel (tutt'altro che infondato) timore di una possibile futura acquisizione documentale *ex art. 234 c.p.p.* – assuma atteggiamenti di reticenza nei confronti del professionista, con conseguente frustrazione dell'utilità dell'attività da questi prestata, diviene dunque cruciale assicurare alla corrispondenza relativa all'assistenza stragiudiziale una garanzia analoga a quella approntata dagli artt. 103, co. 6, c.p.p. e 35 disp. att. c.p.p. (nella forma che tali norme assumerebbero a valle delle auspiccate declaratorie di incostituzionalità di cui al § 3 *supra*).

Tuttavia, anche a voler conferire alla tutela della corrispondenza tra avvocato e assistito la più ampia latitudine risultante dalle frizioni costituzionali portate alla luce dalla pronuncia della Consulta, appare insuperabile (mediante qualsivoglia tecnica ermeneutica) la constatazione che, ad oggi, tale garanzia sia limitata al solo ambito processuale; per converso, nell'attuale assetto normativo (anche se considerato nella prospettiva di traduzione in diritto positivo dell'emendamento di cui si è detto al § 3 *supra*) non pare rinvenibile alcuna disposizione a presidio della libertà e segretezza della corrispondenza tra avvocato e assistito nel contesto stragiudiziale.

Essendo l'intervento legislativo l'unico strumento utile a superare la denunciata lacuna, ogni riflessione sul tema deve essere intesa non già *de iure condito*, bensì *de iure condendo*.

Pare lecito auspicare che il legislatore, muovendo proprio dagli spunti offerti dalla decisione della Consulta, ponga rimedio ai *deficit* di tutela riscontrabili su entrambe le linee normative nel prossimo futuro; nel compiere tale operazione, spunti utili potrebbero trarsi dall'ordinamento statunitense, foriero di una forte tradizione in tema di *legal privilege*.

Sul punto, basti solo segnalare incidentalmente che il sistema in questione conosce due distinte *doctrines* in tema tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle

informazioni condivise tra cliente e avvocato: l'*attorney client privilege* da un lato e la *work product doctrine* dall'altro³⁸.

L'*attorney client privilege*, in particolare, sembra essere il costrutto giuridico dal quale il legislatore italiano – considerato il vigente assetto normativo – potrebbe trarre le indicazioni di maggiore interesse, tanto in relazione al contesto giudiziale, quanto a quello stragiudiziale.

Esso tutela le informazioni che, congiuntamente: *i)* costituiscano o rivelino il contenuto di una comunicazione proveniente dal cliente o da un suo rappresentante; *ii)* siano destinata a un avvocato o a un suo rappresentante; *iii)* siano confidenziali; *iv)* siano state comunicate nella prospettiva di ottenere una consulenza legale.

Allorché tali condizioni siano soddisfatte, il cliente diviene unico titolare del privilegio (*i.e.*, soggetto al quale è rimessa la scelta circa l'opposizione dello stesso), producendo l'effetto che l'autorità giudiziaria non possa imporre a terzi l'ostensione dell'informazione da esso coperta. L'unica eccezione a tale tutela si configura allorché «*the lawyer's services were used to further a crime or a fraud of the client*»³⁹, ossia in un'ipotesi che appare in tutto simile a quella – disciplinata dall'ultima parte dell'art. 103, co. 6, c.p.p. – in cui la corrispondenza costituisca essa stessa corpo del reato.

Venendo infine alla *work product doctrine*, essa consiste in costrutto giuridico che, pur connotandosi per un ambito di applicazione più ristretto di quello dell'*attorney client privilege*, presenta margini di sovrapposizione con lo stesso.

Il privilegio in questione si applica ai prodotti del lavoro dell'avvocato, nonché a ogni manifestazione del suo pensiero relativamente a una data controversia, siano essi incorporati in supporti fisici ovvero in equivalenti forme intangibili. Non è di secondo momento osservare che tale istituto – presentando tratti di analogia con la garanzia attualmente apprestata dall'art. 103, co. 6, c.p.p., che, come visto *supra*, esplica i propri effetti esclusivamente relazione a contesti processuali – vede la propria operatività limitata alle ipotesi in cui i prodotti del lavoro dell'avvocato siano stati predisposti in vista di una controversia già identificabile.

³⁸ Per ogni più ampia illustrazione, si consenta il rinvio a M. KAISER - S. GILSON, *Attorney client privilege in the United States*, in *The legal privilege (un)covered*, voiadvocaten.it, 2023, p. 198 ss.

³⁹ *Ibid.*, p. 200.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**