



CAMERA PENALE DI COSENZA
"AVVOCATO FAUSTO GULLO"



Aderente all'Unione delle Camere Penali Italiane

I LAVORI DEGLI OSSERVATORI **della Camera Penale di Cosenza**

Congresso Straordinario
Unione Camere Penali Italiane

Taormina, 18-20 ottobre 2019

INDICE

- Premessa: I nostri Osservatori, la nostra Camera Penale
 - “Riflessioni” a margine della sentenza della Corte EDU nel caso Viola c. Italia (n°2): concreta possibilità di riforma dell’art. 4-bis dell’Ordinamento Penitenziario oppure ennesima occasione persa? pag. 1
 - Ergastolo ostativo e diritti di chi “diritti più non ha!” pag. 3
 - “Riflessioni” sul famigerato art. 41-bis O.P. pag. 6
 - Suicidi in carcere pag. 9
 - Un’analisi costituzionalmente orientata dei più avanzati strumenti di captazione informatici: dalla pronuncia “Scurato” alla “riforma Orlando”
 - Introduzione pag. 11
 - Un caso pratico: la sentenza “Occhionero” pag. 12
 - Le coordinate normative e giurisprudenziali in materia di intercettazioni telematiche ed ambientali a mezzo captatore informatico pag. 13
 - Diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale: il difficile punto di equilibrio tra vecchi e nuovi paradigmi normativi e giurisprudenziali pag. 14
 - Punti di criticità e fattori di ostacolo alla tutela dell’individuo e delle sue prerogative intangibili pag. 19
 - Conclusioni pag. 25
 - Ancora costretti a discutere di parità tra accusa e difesa: osservazioni critiche a margine della sentenza della Suprema Corte, terza sezione penale, n°2048/18 pag. 27
 - La deontologia nelle investigazioni difensive: essere (e non solo fare l’)avvocato!
 - Un’equazione per un equivoco pag. 30
 - La deontologia nelle investigazioni difensive, tra “conquiste” e involuzioni pag. 31
 - Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive pag. 37
 - Riflessioni conclusive pag. 39
 - Il ruolo deontologico del difensore
 - Introduzione pag. 40
 - I mass media e il processo penale pag. 41
 - Brevi lineamenti procedurali: l’art. 114 c.p.p. pag. 42
 - Il ruolo del Magistrato pag. 44
 - Avvocature e media: il codice deontologico pag. 46
 - Osservazioni conclusive pag. 49
- ## I Protocolli tra la Camera Penale di Cosenza, le Istituzioni e la Pubblica Amministrazione
- Il Protocollo d’Intesa tra Camera Penale di Cosenza e Camera di Commercio Industria e Artigianato di Cosenza per garantire, all’azione difensiva, celerità e speditezza delle attività investigative del Difensore nel procedimento penale pag. 50
 - Il Protocollo “Difesa d’Ufficio”, elaborato di concerto con il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Cosenza: tra esigenze di speditezza processuale e diritto all’effettività della difesa tecnica d’ufficio pag. 52
 - Il Protocollo d’Intesa per lo svolgimento del programma di “Messa alla Prova” tra gli Uffici Giudiziari del Tribunale di Cosenza, l’Ufficio Esecuzione penale Esterna di Cosenza e la Camera Penale di Cosenza pag. 54

Premessa

I nostri Osservatori, la nostra Camera Penale.

Un'esperienza iniziata nell'anno 2016, con l'idea di tracciare un sentiero comune con l'UCPI: laboratori del diritto in cui far confluire le passioni dell'Avvocatura.

Nel corso del precedente Congresso, in Sorrento, abbiamo presentato la prima edizione dei "Lavori" dei nostri Osservatori. L'entusiasmo che ne ha caratterizzato la stesura è stato contagioso, ragion per cui abbiamo deciso di continuare in questa esperienza unica.

Riteniamo che i Congressi nazionali dell'UCPI siano fermento, soprattutto, per i nostri giovani iscritti, quotidianamente impegnati -oltre che in attività giudiziarie- nella realizzazione di un progetto -solo apparentemente- normale, ma, per verità, ambizioso: "essere (e non solo fare gli) avvocati".

Abbiamo ricordato, nei Lavori di Sorrento, gli anni in cui l'Avvocatura penalista -che protestava contro la volontà della Consulta di disapplicare, con la sentenza n° 255/92, il principio dell'oralità nel processo penale in nome dell'esigenza di non dispersione delle prove- veniva accusata di "eversione", persino dal Presidente della Repubblica, perché orgogliosamente affermava il proprio diritto di difendere i diritti, sottolineando che il diritto di critica e quello di sciopero "*non potevano rientrare nella categoria dello spirito dell'aggressione*".

Erano gli anni dei veri conflitti istituzionali tra il Giudice delle leggi, il legislatore e le sentinelle dei diritti e delle garanzie, gli Avvocati; anni in cui il fine (la non dispersione del "materiale" investigativo) pareva dover giustificare il mezzo (il sacrificio dell'oralità).

Sono trascorsi ventisette anni dalla famigerata sentenza 255/92.

Quel tentativo di ritorno al procedimento inquisitorio sembrava essere stato definitivamente debellato dalle efficaci "rivoluzioni democratiche" dell'Avvocatura che avevano condotto il legislatore costituente alla riforma dell'articolo 111, alla nascita del giusto processo.

Sembrava debellato!

Invece, era stato temporaneamente arginato.

Lo scorso 10 ottobre, i Giudici di legittimità, nel loro massimo Consesso, hanno "annullato senza rinvio" il giusto processo.

In nome del popolo italiano, l'oralità, nella sua peculiare accezione di formazione della prova nel contraddittorio tra le parti dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, da cui discende(va) la

necessità della rinnovazione delle prove assunte dal giudice diversamente composto, è stata relegata ad una *“inutile formalità, idonea soltanto ad allungare, talora a dismisura, e comunque irragionevolmente, i tempi del processo”*; sì, così è drammaticamente e testualmente scritto nella recente pronuncia delle Sezioni Unite n° 41736/2019.

In nome del popolo italiano, la sentenza potrà non essere più pronunciata dal giudice che ha personalmente assunto la testimonianza bensì da un giudice-notaio, quello della testimonianza documentata ossia il giudice che, pur non avendo partecipato al processo formativo della prova orale, avrà formato il proprio convincimento sulla base di prove da altri assunte.

Nuovamente i diritti fondamentali della persona sono sotto assedio.

Questa volta, però, l'Avvocatura è ancor più sola.

Ha dinanzi un legislatore che, con il “processo senza fine”, sta dimostrando insensibilità se non addirittura insofferenza per i principi della nostra Carta.

In questa solitudine, la forza dell'Avvocatura, quella ingiustamente ritenuta “eversiva” e che ha ispirato le lotte democratiche che hanno consentito la conquista del processo giusto, risiede nella cultura giuridica su cui fonda il nostro Stato di diritto.

In questi precisi termini, con i nostri Osservatori, dinanzi all'arretramento culturale che sta caratterizzando l'attuale legislatura ed il diritto vivente, saremo eversivi.

Cosenza, Taormina, 18-20 ottobre 2019

avv. Roberto Le Pera

*delegato dalla Camera Penale di Cosenza
ai rapporti con gli Osservatori*

**Il Consiglio direttivo
della Camera Penale di Cosenza**

“Riflessioni” a margine della sentenza della Corte EDU nel caso Viola c. Italia (n°2): concreta possibilità di riforma dell’articolo 4-bis dell’Ordinamento Penitenziario oppure ennesima occasione persa?

“Osservatorio sui rapporti tra Ordinamento interno e Giudici sovranazionali”

Responsabile: avv. **Pasquale Marzocchi**

Coordinatrice: avv. **Ilaria Commis**

Componenti: avv. **Pierfrancesco Fazzolari**; avv. **Eugenio Lucchetta**; avv. **Giuseppe Manna**; avv. **Alessandro Rendace**; avv. **Matteo Pietramala**.

L’attesa sulla sentenza (e relative motivazioni) della Corte Europea nel caso Viola c. Italia era frenetica e spasmodica quanto l’approdo di Ulisse ad Itaca. E come quasi sempre accade, la Corte Europea non ha deluso le aspettative degli ultimi, impavidi e speranzosi vessilli di garantismo giuspenalistico.

La pronuncia de qua, infatti, ha tutti i requisiti per passare alla storia del diritto interno e sovranazionale: i giudici di Strasburgo, come noto, nel caso del ricorrente Marcello Viola, erano chiamati a pronunciarsi per la prima volta sulla compatibilità della disciplina prevista per il cd. ‘ergastolo ostativo’ con l’art 3 della Convenzione. Lo hanno fatto con una pronuncia di condanna nei confronti dell’Italia che censura totalmente l’attuale fisionomia dell’ergastolo ostativo per **contrasto con il principio della dignità umana**, principio questo che irradia l’intero sistema di protezione dei diritti creato dalla Convenzione.

In particolare, a parere della Corte EDU, la disciplina dell’ergastolo ostativo non apre a concrete possibilità di liberazione del detenuto, eccessivamente limitate dalla preclusione condizionante.

La storia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, del resto, rappresentava una premonizione abbastanza attendibile: è principio consolidato, infatti, che la pena dell’ergastolo costituisce trattamento inumano quando la relativa disciplina interna escluda ogni possibilità di ‘liberazione’ (vd. su tutte *Vinter c. Regno Unito*, *Murray c. Paesi Bassi* e numerose altre).

Sebbene la Convenzione non censuri, di base, l’applicazione di una pena perpetua per la commissione di gravi delitti, tuttavia, affinché sia rispettato il divieto di cui all’art. 3 Cedu, è necessario che tale pena sia riducibile *de iure* e *de facto*: ovverosia è necessario che l’ordinamento assicuri un meccanismo di revisione della condanna alla pena perpetua che offra al condannato, decorso un certo periodo di detenzione, concrete possibilità di liberazione.

Posto ciò, nella disciplina prevista dall’ordinamento penitenziario italiano, qualora il condannato

all’ergastolo per uno dei gravi delitti di cui all’**art. 4-bis o.p. non collabori** con la giustizia ai sensi dell’**art. 58-ter o.p.** non ha alcuna possibilità di accedere ad una serie di benefici penitenziari (quali ad es. il lavoro all’esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione e, ai sensi della l. 203/1991, la liberazione condizionale). Pertanto, la mancata collaborazione genera, a tutti gli effetti, una presunzione assoluta di permanenza dei legami con l’organizzazione criminale – una presunzione assoluta di pericolosità sociale – e l’ergastolo finisce con il presentare «tutti i connotati di una vera e propria pena perpetua». (*G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, Manuale di diritto penale. Parte generale, VII ed., Giuffrè, Milano, p. 658.*)

Due i profili di censura evidenziati dalla Corte sulla *condicio* imposta dall’art. 4 bis o.p. e condivisi *tout court* dallo scrivente Osservatorio:

a) La **‘torbida autenticità e spontaneità’ della collaborazione**. La scelta del detenuto di collaborare o non collaborare non può, secondo la Corte, essere

intesa come libera e volontaria: la scelta del detenuto di non collaborare con la giustizia potrebbe non essere dettata da una permanente adesione ai “valori criminali”, ma piuttosto dal timore reverenziale di non intaccare la propria vita e quella dei familiari a seguito di una ipotetica collaborazione. Inoltre – prosegue la Corte EDU – non va trascurata l’ipotesi (tutt’altro che peregrina) di

una collaborazione con la giustizia determinata da finalità meramente opportunistiche: in tali casi, la scelta di collaborare non corrisponde ad una effettiva rivisitazione critica della propria condotta criminale o ad un’effettiva interruzione dei contatti con l’associazione mafiosa.

b) La Corte europea evidenzia, inoltre, come l’equiparazione operata dalla normativa italiana tra la mancata collaborazione con la giustizia e la presunzione assoluta di pericolosità del condannato finisca, di fatto, con il **parametrare la pericolosità del soggetto** esclusivamente al **momento della**

« ... la pronuncia ha tutti i requisiti per passare alla storia del diritto interno e sovranazionale ... »

commissione del fatto, senza tenere in alcuna considerazione l’eventuale percorso di reinserimento e gli eventuali progressi compiuti durante la fase dell’esecuzione della pena. Un tale assetto, peraltro, limita il ruolo dell’autorità giudiziaria alla verifica – in positivo o in negativo – dell’avvenuta collaborazione con la giustizia, senza alcuna possibilità di effettuare una valutazione individualizzata del percorso del singolo detenuto e dei progressi compiuti “sul cammino della risocializzazione”. Al contrario, invece, la personalità dell’individuo non è cristallizzata al momento dell’ingresso in carcere, ma può evolvere nel corso del percorso rieducativo e portare il detenuto ad una rivisitazione critica delle proprie condotte criminose: di tali cambiamenti, che potrebbero rendere non più giustificata la detenzione, occorre tenere conto. Le legittime esigenze di tutela della collettività e di prevenzione generale perseguite dal legislatore italiano – particolarmente pressanti dinanzi alla gravità del fenomeno mafioso – non possono, infatti, spostare il discorso di una virgola e giustificare deroghe all’art. 3 Cedu. (cfr, S. Santini in *Diritto Penale Contemporaneo*, ‘Anche gli ergastolani ostativi hanno una concreta “via di scampo”: dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana’).

Dubbi di pregio, autentici e fondati.

Ciò posto, è necessario comprendere quali siano o possano essere gli effetti di tale sentenza nell’ordinamento giuridico italiano. La Corte EDU, infatti, ha suggerito (imposto, sotto mentite spoglie) allo Stato italiano, quali misure adottare ai sensi dell’art. 46 § 1 Cedu, per conformarsi alla sentenza in parola.

Pur non trattandosi di una sentenza pilota, il caso Viola ha scoperto il vaso di Pandora e messo in luce un evidente ‘problema strutturale’. Proprio per tali motivi è necessario, a parere della Corte EDU, che l’ordinamento italiano adotti una **riforma legislativa** dell’ergastolo ostativo, che garantisca ai detenuti una concreta e reale possibilità di riesame della sentenza di condanna e di ottenere la liberazione, anche in assenza di collaborazione con la giustizia. Una tale riforma dovrà consentire, in particolare, all’autorità giudiziaria di valutare caso per caso se, nel corso del trattamento rieducativo, il detenuto abbia compiuto quei progressi, soprattutto in punto di rivisitazione critica della propria condotta criminosa, che non rendono più necessario il mantenimento del regime detentivo. (cfr, S. Santini, op. cit.)

Tuttavia, il problema non può e non deve tangere solo i detenuti condannati alla pena dell’ergastolo. **La problematica deve necessariamente ampliarsi a tutti i condannati per i soli reati cd. ‘ostativi’**: quest’ultimi non hanno alcuna possibilità di accesso a qualsivoglia misura alternativa o permessi premio a meno che non collaborino ex art. 58 ter o.p., altrimenti estremamente ridotte appaiono le loro possibilità di liberazione.

Si ritorna sempre su una delle norme più discusse degli ultimi trent’anni di legislatura italiana: l’art. 4 bis O.P..

Una mostruosa creatura giuridica sempre al limite della compatibilità costituzionale (ed oggi anche sovranazionale), come ogni preclusione normativa che si rispetti (mai pienamente tollerate dal sistema giuridico italiano).

Una norma che da originaria ‘eccezione’ oggi diventa ‘regola’, assumendo fisionomie simili ad un turgido calderone ove i giustizialisti di turno, per ottenere consensi pseudo-democratici e populistici, rifulgono i reati del ‘momento’.

Il discorso vira necessariamente su tali binari.

Possiamo asserire che il *dictat* della Corte EDU non pare essere argomento totalmente nuovo per il legislatore italiano. Non è la prima volta infatti che si affronta tale problematica (solo per citare alcune occasioni: la Commissione Palazzo del 2013, gli Stati Generali dell’esecuzione penale del 2015, la Riforma Orlando nel 2017, la riforma dell’ordinamento penitenziario del 2018).

Troppe occasioni perse. L’argomento il medesimo. Il problema oggettivamente c’è e si fa finta ogni volta di affrontarlo. Oppure non si ha il ‘coraggio’ di farlo?

La pronuncia oggi in commento rappresenta, invero, l’ennesima riprova dell’incapacità del Legislatore italiano di affrontare tale sensibilissimo argomento (così come tanti altri), costantemente demonizzato ma mai realmente combattuto; ed accresce, sotto altra prospettiva, il ruolo e la sempre più imponente capacità della giurisprudenza, interna e sovranazionale, di ‘legiferare’, di intervenire nelle sue forme più alte, per colmare carenze legislative attraverso storiche pronunce predittive e creative¹.

In definitiva, v’è l’assoluta necessità di un intervento legislativo riformatore, concreto e sensato che possa imbrigliare l’attuale conformazione dell’art. 4 bis O.P. e limitarlo alla funzione per cui è stato introdotto *ab origine*: una ‘eccezionale’ deroga al sistema garantistico dell’esecuzione penale italiana.

a cura dell’avv. Pasquale Mazzocchi

¹ In particolare, oltre alla sentenza in commento deve evidenziarsi che non molto tempo prima era stata sollevata questione di illegittimità costituzionale attualmente pendente innanzi alla Corte Costituzionale. Cfr, *ERGASTOLO OSTATIVO E PRECLUSIONE ALL’ACCESSO AI PERMESSI PREMIO: LA CASSAZIONE SOLLEVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN RELAZIONE AGLI ARTT. 3 E 27 COST.* - Cass., Sez. I, ord. 20 novembre 2018 (dep. 20 dicembre 2018), n. 57913, Pres. Santalucia, Est. Centonze, ric. Cannizzaro

Ergastolo ostativo e diritti di chi “diritti più non ha!”

“Osservatorio Carcere”

Responsabile: avv. **Valentina Spizzirri**.

Coordinatore: avv. **Giovanni Cadavero**.

Componenti: avv. **Giorgio Loccisano**, avv. **Chiara Penna**.

Contrariamente al senso comune diffuso nell'opinione pubblica, che ritiene che nessuno sia effettivamente condannato al “fine pena mai”, alla data del 12 ottobre 2016 i detenuti italiani condannati all'ergastolo erano 1.677, di cui a ben 1.217 sono stati riconosciuti reati “ostativi”, mentre solo 460 devono espiare ergastoli “normali”.

Quando si parla di ergastolo ‘ostativo’ ci si riferisce al peculiare regime previsto nell'ipotesi in cui l'individuo sia condannato all'ergastolo per uno dei gravi delitti di cui all' art. 4-*bis* o.p. (tra i quali figura quello di associazione di tipo mafioso ex art. 416- *bis* c.p.) e non collabori con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.

Quest'ultima disposizione, in particolare, definisce “persone che collaborano con la giustizia” coloro che “anche dopo la condanna, si sono adoperati per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati”. In assenza di collaborazione, pertanto, gli ergastolani non possono accedere ad una serie di benefici penitenziari, quali il lavoro all'esterno, i permessi premio, le misure alternative alla detenzione e, ai sensi della l. 203/199, la liberazione condizionale.

Ciò perché la mancata collaborazione con la giustizia genera una presunzione assoluta di permanenza dei legami con l'organizzazione criminale e dunque, una presunzione assoluta di pericolosità sociale.

L'ergastolo finisce, per tale ragione col diventare una vera e propria pena perpetua ed è per questo che con sentenza della Corte EDU (Sez. I, 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia, n. 2), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che l'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo risulta contraria al principio della dignità umana desumibile dall'art. 3 Convenzione EDU, in particolare nella parte in cui restringe alla sola

ipotesi di collaborazione con la giustizia la possibilità per il ricorrente di accedere alla liberazione condizionale. L' *iter* argomentativo compiuto per giungere a questa conclusione è particolarmente ricco di riflessioni.

Punto di partenza del ragionamento della Corte EDU è il richiamo ai principi elaborati in materia nelle note sentenze *Vinter e Hutchinson c. Regno Unito* e *Murray c. Paesi Bassi*: il sistema di tutela dei diritti creato dalla Convenzione non osta, di per sé, all'applicazione di una pena perpetua laddove siano commessi gravi delitti.

Tuttavia, affinché sia rispettato il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 Convenzione EDU, è necessario che tale pena sia riducibile *de iure* e *de facto*, vale a dire: è necessario che l'ordinamento assicuri un meccanismo di revisione della condanna alla pena perpetua che offra al condannato, decorso un certo periodo di detenzione, concrete possibilità di liberazione.

Difatti, il principio della dignità umana che discende dall'art. 3 Convenzione EDU – e che costituisce il “cuore” del sistema di protezione dei diritti convenzionale – impedisce di privare gli individui della propria libertà senza garantire loro, al contempo, la *chance* di poter, un giorno, riacquistare tale libertà.

Per valutare la (in-)compatibilità convenzionale della pena perpetua la Corte EDU si chiede, dunque, se l'ergastolo ‘ostativo all' italiana’ sia effettivamente modificabile.

« ... la Corte Europea
ha ritenuto
che l'attuale disciplina
dell'ergastolo ostativo
risulti contraria al principio
della dignità umana ... »

A tal riguardo, la Corte europea ritiene che l'art. 4-bis o.p. non precluda in maniera assoluta e con effetto automatico la possibilità per l'ergastolano di accedere alla liberazione condizionale, pur subordinando tale possibilità alla scelta di collaborare con la giustizia. Tuttavia, i giudici di Strasburgo nutrono perplessità sia in ordine al carattere libero di una tale scelta, sia in ordine all'adeguatezza dell'equazione: mancata collaborazione con la giustizia = presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato.

A parere dei giudici di Strasburgo, tra l'altro, la scelta del detenuto di collaborare o non collaborare non può essere intesa come libera e volontaria.

Inoltre – prosegue la Corte europea – non va trascurata l'ipotesi (tutt'altro che peregrina) di una collaborazione con la giustizia determinata da finalità meramente opportunistiche: in tali casi, la scelta di collaborare non corrisponde ad una effettiva rivisitazione critica della propria condotta criminale o ad un'effettiva interruzione dei contatti con l'associazione mafiosa.

Ed invero, l'equiparazione operata dalla normativa italiana tra la mancata collaborazione con la giustizia e la presunzione assoluta di pericolosità del condannato finirebbe, di fatto, con il parametrare la pericolosità del soggetto esclusivamente al momento della commissione del fatto, senza tenere in alcuna considerazione l'eventuale percorso di reinserimento e gli eventuali progressi compiuti durante la fase dell'esecuzione della pena.

Un tale assetto, peraltro, limita il ruolo dell'autorità giudiziaria alla verifica – in positivo o in negativo – dell'avvenuta collaborazione con la giustizia, senza alcuna possibilità di effettuare una valutazione individualizzata del percorso del singolo detenuto e dei progressi compiuti “sul cammino della risocializzazione”.

Al contrario, invece, la personalità dell'individuo non è cristallizzata al momento dell'ingresso in carcere, ma può evolvere nel corso del percorso rieducativo e portare il detenuto ad una rivisitazione critica delle proprie condotte criminose: di tali cambiamenti, che potrebbero rendere non più giustificata la detenzione, occorre tenere conto.

Le legittime esigenze di tutela della collettività e di prevenzione generale perseguite dal legislatore italiano – particolarmente pressanti dinanzi alla gravità del fenomeno mafioso – non possono, infatti, spostare il discorso di una virgola e giustificare deroghe all'art. 3 Convenzione EDU.

Insomma, la scelta del legislatore italiano di considerare la collaborazione con la giustizia quale unica prova possibile della dissociazione del

detenuto rende “non ridicibile” di fatto la pena dell'ergastolo ‘ostativo’, privando così il condannato della possibilità di ri-guadagnare, un giorno, la progressiva apertura all'esterno del carcere.

Né depone in senso contrario, a parere della Corte EDU, il fatto che, oltre alla scelta di collaborare, il sistema italiano consenta al detenuto di ottenere la grazia del Presidente della Repubblica o la sospensione dell'esecuzione della pena per motivi di salute.

La prima, infatti, non è mai stata concessa ad un “ergastolano ostativo”, la seconda, invece, è una sorta di ultima spiaggia, destinata a dare voce ad esclusive istanze di carattere umanitario.

Tuttavia, come ha cura di precisare la Corte di Strasburgo, il riconoscimento della violazione dell'art. 3 Convenzione EDU non significa che al detenuto debba essere riconosciuta una prospettiva di liberazione immediata: il caso Viola ha in verità messo in luce un problema strutturale dell'ordinamento giuridico italiano.

Proprio per tali motivi è necessario che l'ordinamento italiano adotti (preferibilmente per via legislativa) una riforma dell'ergastolo ostativo, che garantisca ai detenuti una concreta e reale possibilità di riesame della sentenza di condanna e di ottenere la liberazione anche graduale, anche in assenza di collaborazione con la giustizia e passando, sempre attraverso il vaglio dell'organo a ciò preposto: il Giudice.

Una tale riforma dovrà consentire, in particolare, all'autorità giudiziaria di valutare caso per caso se, nel corso del trattamento rieducativo, il detenuto abbia compiuto quei progressi, soprattutto in punto di rivisitazione critica della propria condotta criminosa, che non rendono più necessario il mantenimento del regime detentivo. Un tale meccanismo deve – peraltro - consentire al detenuto di sapere, sin dall'inizio dell'esecuzione della condanna, a partire da quale momento e a quali condizioni potrà essere presa in considerazione la sua domanda di liberazione condizionale.

Insomma, compito dello Stato – che, ovviamente, sul punto dispone di un certo margine di apprezzamento – è quello di prevedere uno strumento che consenta di giungere concretamente alla prova della propria dissociazione anche attraverso condotte diverse rispetto a quelle di collaborazione con la giustizia.

Uscendo così dal pericoloso recinto dell'automatismo preclusivo che informa l'istituto. L'obbligo di prevedere un tale meccanismo non significa però che, in concreto, ciascun detenuto debba ottenere la liberazione condizionale: **ogni condannato deve poter domandare la**

« ... ogni condannato deve poter domandare la liberazione, ma non per forza ottenerla laddove egli costituisca ancora un pericolo per la società ... »

liberazione, ma non per forza ottenerla laddove egli costituisca ancora un pericolo per la società.

Se dunque, da un lato, la Corte costruisce il giudizio sulla necessità di revisione della condanna, dall'altro, non fa cenno alla problematica della necessaria riabilitazione del condannato, la quale è oggetto di riflessione solo nell'opinione del giudice parzialmente dissenziente.

È evidente che quest'ultimo prende atto che l'ergastolo senza possibilità di liberazione condizionale è incompatibile con la necessità di reinserimento sociale del condannato, in quanto la pena perpetua è l'antitesi della reintegrazione, poiché incide irrimediabilmente sul destino di un soggetto, espellendolo per sempre dal contesto sociale.

Sarebbe, pertanto necessario, un divieto assoluto della pena perpetua vista l'importanza della riabilitazione, evitando le negative conseguenze del carcere a vita e aiutando i detenuti a scontare in modo costruttivo la propria pena con l'obiettivo del reinserimento nel contesto sociale. Se questo è, dunque, l'attuale orientamento della Corte Europea in materia di ergastolo 'perpetuo', nel nostro ordinamento potrebbe essere avviato un meccanismo di modifica della disciplina, se non di abolizione dell'ergastolo ostativo.

L'occasione 'mancata' – di cui si è già ampiamente occupato codesto Osservatorio – è rappresentata dalla recente deriva della c.d. Riforma Orlando, la quale in più punti aveva affrontato in modo sensibile il tema degli automatismi e preclusioni [quale l'ergastolo ostativo] presenti all'interno della legislazione penitenziaria che si pongono in netto contrasto con i principi costituzionali in tema di rispetto della dignità umana, spostando l'attenzione sul recupero della centralità delle misure alternative alla detenzione, ormai quasi desuete.

Il fallimento di una riforma – potenzialmente – influente era stato attribuito al mutato quadro politico dello scorso anno, che immediatamente aveva bloccato ogni iniziativa di riforma sull'ordinamento penitenziario.

Il problema, dunque, oggi sollevato dalla Corte Europea con il caso Viola non può suscitare

alcuno stupore poiché ampiamente preannunciato ed analizzato.

La fondatezza di quanto, sinora, argomentato è stata – oltremodo – ribadita nella giornata di ieri dalla *Grand Chambre*.

Il Governo – difatti – aveva proposto ricorso avverso la decisione della Corte EDU per il caso Viola, basando le proprie argomentazioni difensive sulla specificità della situazione in Italia, rispetto al fenomeno mafioso.

Il ricorso motiva la ragione delle norme rigide sull'ergastolo, spiegando che esse riguardano solo alcuni reati molto gravi - mafia, terrorismo, pedopornografia - e consentono una strategia severa contro chi, aderendo a un'organizzazione mafiosa o terroristica, si pone l'obiettivo di destabilizzare lo Stato.

La Grande Camera non ha accolto le tesi proposte dal Governo italiano e ha rigettato il ricorso, ribadendo che l'istituto dell'ergastolo ostativo si pone in netto contrasto con l'art. 3 della Convenzione EDU.

Da qui l'invito, non vincolante, all'Italia di rivedere la legge.

Il presente intervento, non chiuderà con le usuali prospettive *de iure condendo*, di cui si è già ampiamente discusso e i quali contorni sono ormai conosciuti, ma si limiterà ad evidenziare che l'ergastolo 'ostativo' rappresenta un problema che, anche alla luce della decisione Viola, non può più essere ignorato ed inizia a destare preoccupazione anche tra i non addetti ai lavori, tanto da scomodare, persino, Papa Francesco, il quale attraverso un mirabile intervento ha dichiarato che: *'l'ergastolo non è la soluzione ai problemi, ma un problema da risolvere [...], servono sentieri di umanità per trasformare le porte blindate in percorsi di conversione, riabilitazione, rinnovamento umano e sociale, altrimenti le carceri diventano polveriere di rabbia, anziché luoghi di recupero. Perché se la dignità viene definitivamente incarcerata, non c'è più spazio, nella società, per ricominciare e per credere nella forza rinnovatrice del perdono.*

È indubbio che ci si trova di fronte ad una occasione storica di reclamare un sistema della esecuzione penale effettivamente funzionale alla risocializzazione, innanzitutto informando ed educando l'opinione pubblica cosicché si possa giungere, prima, alla conoscenza e, poi, alla consapevolezza.

a cura degli avvocati
Giorgio Loccisano e Chiara Penna

“Riflessioni” sul famigerato 41-bis O.P.

“Osservatorio Carcere”

Responsabile: avv. **Valentina Spizzirri**.

Coordinatore: avv. **Giovanni Cadavero**.

Componenti: avv. **Giorgio Loccisano**, avv. **Chiara Penna**.

Se il CARCERE rappresenta una grave criticità nel sistema giustizia, il cd. regime di carcere duro racconta una realtà davvero allarmante che conferma quanto l'Italia sia ormai divenuta la tomba del diritto e non già la culla, per come amava definirlo Sciascia.

Correva l'anno 1986 quando veniva introdotto l'art. 41 bis nel nostro ordinamento penitenziario, a seguito della cattura di numerosi terroristi, al precipuo scopo di fronteggiare *casi eccezionali di rivolta o altre gravi situazioni di emergenza* mediante una sospensione delle ordinarie regole di trattamento del detenuto; facoltà riconosciuta in capo al Ministro della Giustizia per un tempo limitato, quanto bastava per ripristinare l'ordine carcerario violato.

Nel 1992, dopo gli eventi del tragico periodo estivo, il Governo Andreotti – Martelli si determinava per un drastico irrigidimento del dettato normativo, con l'aggiunta del comma 2, che estendeva la facoltà del Ministro di Giustizia di applicare il regime detentivo speciale anche *per gravi motivi di ordine e sicurezza pubblica* con tutte le restrizioni necessarie e funzionali a soddisfare le esigenze *de quibus* ed impedire, così, i collegamenti con la criminalità organizzata.

Il regime di carcere duro presentava, *ictu oculi*, una natura strutturalmente “ibrida”, partecipando ai presupposti applicativi sia delle misure di prevenzione sia delle misure di sicurezza.

Si comprendeva subito che ci si trovava di fronte ad un'arma letale, la peggiore.

Un aumento esponenziale dei suicidi e riapertura delle strutture carcerarie più temute.

Una risposta, quella dello Stato, a cui non si era preparati.

Nasce come strumento di repressione dalla durata temporanea per divenire, oggi, uno strumento di “costrizione” dalla durata perpetua, la cui finalizzazione è senza dubbio indurre alla collaborazione.

De iure condendo, si appalesa indefettibile un ripensamento del regime 41-bis O.P. in termini costituzionalmente orientati.

Si sono susseguite, nel tempo, molteplici pronunce della Consulta, della Corte di legittimità e, da ultimo, della Corte di Strasburgo, perché le limitazioni imposte a chi è sottoposto al regime 41 bis incidono, sempre più, sulla vita quotidiana senza avere nulla a che fare con la sicurezza.

Nel dettaglio, plurime pronunce di illegittimità costituzionale di norme dell'ordinamento penitenziario,

al precipuo scopo di tutelare diritti che erano stati sacrificati; solo per citarne alcuni, del diritto di difesa, del diritto alla salute, del diritto all'istruzione, del diritto all'informazione e dei diritti del detenuto lavoratore relativi al rapporto di lavoro.

È stato un percorso lungo quello fatto del Giudice delle leggi per adeguare progressivamente l'ordinamento penitenziario alla Costituzione.

A titolo esemplificativo, tra i vari limiti imposti ed esorbitanti dalla funzione propria del regime differenziato, si pensi al divieto cuocere cibi di autonomamente.

Giorgio Lattanzi, ha presieduto la composizione della Consulta il 26 settembre 2018, redigendo la sentenza n° 186, con la quale è stato il divieto citato dichiarato illegittimo perché in contrasto con l'art. 3 Cost. per disparità di trattamento nei confronti di detenuti sottoposti al regime differenziato di cui al 41 bis; con l'art. 27 Cost. per contrarietà al senso di umanità che deve caratterizzare l'esecuzione della pena nonché evidente ostacolo alla funzione rieducativa della stessa; da ultimo con l'art. 32 Cost. perché non consentirebbe al detenuto di seguire la dieta più appropriata per le proprie condizioni di salute psico – fisiche.

Risulta, oltremodo, lapalissiano che il divieto *de quo* non assolve né al compito di impedire contatti con le consorterie criminali né svolge una funzione di prevenzione, ma ha il sapore – amaro – di una vera e propria afflizione di carattere arbitrario;

Non è revocabile in dubbio che troppo spesso accade che la Consulta debba intervenire per colmare i *vulnera* legislativi per la pigrizia manifestata il nostro legislatore. Sul punto, appare illuminante l'intervento di Giorgio Lattanzi, raffinato costituzionalista, in occasione dell'evento inaugurale del viaggio nelle carceri della Corte Costituzionale svoltosi a Rebibbia il 4 ottobre 2018, durante il quale ha ribadito l'urgenza di recuperare il ruolo centrale della nostra Carta Costituzionale, la quale rappresenta in molti casi un indispensabile strumento di tutela che impedisce

« ... nasce come strumento di repressione della criminalità organizzata per divenire, oggi, uno strumento di “costrizione” a collaborare con la giustizia... »

abusi e prevaricazioni, afferma che *la Costituzione si rivolge a tutti, anche a chi è detenuto, e garantendone i diritti, vuole che la detenzione non avvenga senza regole e non sia rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'Amministrazione penitenziaria; voglio dire che alla base della nostra Costituzione c'è la persona, con la sua insopprimibile dignità.*

Ed invero, la Consulta, pronunciandosi più volte in subjecta materia, ha ritenuto il regime 41 bis compatibile con i principi costituzionali a due condizioni:

- nessuna restrizione della libertà ulteriore rispetto a quelle derivanti dalla detenzione;
- mai violare il divieto di trattamenti inumani e degradanti e mai vanificare la finalità precipua della pena.

E ciò in perfetta sintonia con quanto stabilito graniticamente dalla Corte di Strasburgo (vedi, tra gli altri, il caso Viola vs Italia), la quale fornisce un quadro chiaro ed inequivocabile di come dovrebbe funzionare il sistema di esecuzione della pena in uno Stato che possa definirsi “giuridicamente civile”: *la dignità umana costituisce il fondamento su cui si è costruito il complesso sistema dei diritti umani in ambito europeo e che non sia negoziabile, risultando incompatibile con i principi convenzionali privare una persona della sua libertà, senza lavorare e senza fornirgli una possibilità di recuperare, un giorno, la sua libertà; esprimendo seri dubbi sull'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale della persona condannata, anche perché non è sempre detto che la collaborazione sia il segno di un vero cambiamento o prova esclusiva di effettiva dissociazione dall'ambiente criminale.*

Non può tacersi, sul punto, il pensiero espresso dal noto giurista Giovanni Fiandaca, quale indiscussa espressione della dottrina italiana, che ha rilasciato, di recente, il suo contributo sul quotidiano “IL FOGLIO”: *nessun uomo è perduto per sempre, e quindi anche ogni delinquente è potenzialmente capace di miglioramento grazie ad interventi di tipo rieducativo. La costituzione, dunque, rispecchia una visione antropologica non pessimistica, ma aperta per ogni essere umano alla speranza di possibili miglioramenti futuri. La lotta contro le mafie non può essere assolutizzata (...).*

Passando alla statistica, aggiornata al mese di febbraio 2019, consegnata dal Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, Mauro Palma, in occasione delle visite nelle 12 aree italiane dedicate al 41 bis, sono complessivi 748 anime detenute al regime speciale (738 uomini e 10 donne); di questi, solo 363 (di cui quattro donne), non tutti ergastolani, hanno una posizione giuridica definitiva. Nel rapporto del Garante si parla quindi di *gravi criticità, di una*

eccessiva severità, di una mera afflizione in contrasto con la finalità rieducativa della pena.

Il nodo gordiano e pericoloso sta nel fatto che nell'opinione pubblica, ma soprattutto nell'ambito politico – giudiziario, il regime di carcere duro è divenuto simbolo della lotta alla criminalità organizzata, qualcosa di indiscutibile, che non necessita di alcuna verifica di compatibilità costituzionale e sovranazionale.

Per non parlare delle aree riservate del regime 41 bis, ancora più aspre, inumane e degradanti.

Preme un interrogativo: *quid iuris* al regime di 41 bis sotto il profilo sanitario – psichiatrico?

Una piaga dilagante e paralizzante del sistema penitenziario italiano.

Se la realtà allarmante del carcere di Cosenza ci consegna, al mese di febbraio 2019, i seguenti numeri: 256 detenuti di cui 45 stranieri; solo uno psichiatra per 6 ore settimanali; quindi 2,2 ore per ogni 100 detenuti di cui 71 in terapia.

Ed invero, in regime differenziato esiste solo un centro detentivo specializzato a Torino che non prevede l'area 41 bis; capita, tra le tante, anche di essere visitati in sei mesi da 12 psichiatri diversi, in assenza di un *continuum* diagnostico/curativo degno di nota.

Ultima riflessione: oggi l'unico Tribunale di Sorveglianza che decide sulla revoca dei decreti applicativi 41 bis è quello di Roma, in deroga alle comuni regole sulla competenza territoriale.

La scelta è stata fatta, verosimilmente, per assicurarsi un orientamento giurisprudenziale granitico, sbilanciato verso le ragioni dell'autorità rispetto a quelle della libertà individuale.

In passato, accadeva – di rado, ma accadeva – che un Tribunale di sorveglianza revocasse ad un detenuto il regime del 41-bis (si pensi al caso Viola che nel 2016 ha ottenuto l'accoglimento del reclamo dal Tribunale di Sorveglianza dell'Aquila), essendo prova a carico dell'amministrazione provare la rottura di legami con organizzazione criminale sulla base di elementi fattuali precisi concreti ed attuali e non limitandosi a sostenere che l'organizzazione di “appartenenza” è ancora attiva; ovvero che il prevenuto non avesse dato segni evidenti di resipiscenza né prova tangibile di volere collaborare con la giustizia.

Il magistrato “coraggioso” che si era limitato ad applicare la legge, si trovava ben presto nel tritacarne mediatico: la stampa, a cui non manca mai una sponda parlamentare, diffondeva la notizia in maniera distorta (come avviene quasi sempre), scandalizzando l'opinione pubblica.

È evidente che, se un magistrato di sorveglianza decide di revocare il carcere duro è perché ha verificato, nel caso concreto, che non ricorrono più i presupposti per la sua applicazione: il cordone ombelicale tra quel detenuto e la società criminale è stato definitivamente reciso.

Tuttavia, visto che a giustificarne la proroga è la circostanza che non siano venuti meno i collegamenti con l'associazione criminale, tenuto conto che il mero decorso del tempo non costituisce elemento sufficiente per escluderli, si fa leva su elementi “sintomatici” positivizzati al comma 2 bis dell'art. 41 bis O.P. che la riforma del 2009 ha elevato a vere e proprie presunzioni legali, così da trasferire l'onere della prova sul detenuto.

Orbene, anche se la Corte costituzionale ha negato l'inversione dell'onere probatorio, affermando che *il provvedimento di proroga deve contenere una adeguata motivazione basata su specifici ed autonomi elementi di fatto ed escludendo motivazioni apparenti*, la realtà è ben diversa: si registrano circa il 90% di rigetti da parte del Tribunale sorveglianza Roma dei reclami proposti avverso i decreti applicativi e/o i provvedimenti di proroga con decisioni fondate sempre sulle stesse argomentazioni, quasi dei pre – stampati coperti da una sorta di giudicato; qualora si propone gravame di legittimità e, di rado, la Corte di legittimità annulla con rinvio, per mancata valutazione argomenti difensivi benché più se nuovi, ci si ritrova sempre al cospetto del medesimo Tribunale che, ovviamente, non farà il passo indietro.

Negli ultimi anni, sono davvero poche (al massimo tre) le pronunce di annullamento con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Sorveglianza di Roma emanate dalla I sezione della Corte Suprema che rappresentano la conferma di quanto avviene nella “prassi quotidiana” (vedi, tra gli altri, il caso Trovato, sentenza n°26178 del 24/05/2019)

Leggendo l'interessante arresto di legittimità appena richiamato, colpisce il fatto che i magistrati di sorveglianza – sulla scorta di un ragionamento logico/giuridico incongruo - non abbiamo minimamente preso in considerazione le censure difensive incentrate su elementi nuovi che potevano condurre ad escludere l'attualità di collegamenti con la consorteria criminale di appartenenza nonché la permanenza della pericolosità sociale del prevenuto e, dunque, il venir meno della *ratio* e dello scopo che giustifica il mantenimento del trattamento detentivo differenziato. I Giudici della Cassazione affermano con estrema chiarezza che il controllo di legalità del Tribunale di Sorveglianza sul decreto di proroga (...) consiste nella verifica della capacità del soggetto di mantenere collegamenti con la criminalità organizzata, della sua pericolosità sociale e del collegamento funzionale tra le prescrizioni imposte e la tutela delle esigenze di ordine e sicurezza (...); aveva il dovere di esaminare la sopravvenienza di fatti nuovi dimostrativi dell'assenza di pericolosità sociale del condannato

Vi è di più.

Accade spesso che i Giudici del Tribunale di Sorveglianza non conoscono, anche per carenza di

organico, il reale percorso dei detenuti e/o i loro eventuali cambiamenti, con un parametro di valutazione in ordine alla persistenza della pericolosità sociale davvero labile.

Sul punto, la Corte EDU, pronunciandosi sul tema dell'ergastolo ostativo, cristallizza un dato non più trascurabile: *la personalità di un soggetto condannato non rimane fissa nel momento in cui il reato è stato commesso; può evolversi durante la fase di esecuzione della pena, al punto di consentire all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità; riconoscendo in capo al giudice il diritto/dovere di verificare se il detenuto si è evoluto ed ha progredito sulla via del cambiamento e se il mantenimento della detenzione abbia ancora un senso.*

Si appalesa fortemente avvertita una rivoluzione culturale, prendendo le mosse da una sensibilizzazione dell'opinione pubblica e promuovendo il cd. Carcere – impresa, ovvero incentivando il lavoro dei detenuti (siano o meno condannati) dentro e fuori il carcere, per scongiurare un trattamento prossimo alla definizione di tortura.

Ci si chiede: può rappresentare un orientamento giuridico -culturale il trattamento penitenziario riservato dallo Stato norvegese all'autore della “strage di Oslo”?

È stato comminato il massimo della pena, cioè 21 anni, perché l'ergastolo non esiste.

Decorsi i quali, il condannato sarà sottoposto ad un nuovo giudizio finalizzato alla verifica della permanenza ed attualità della pericolosità sociale, in base al percorso intramurario di mutamento/maturazione eventualmente portato a termine.

Solo qualora emerga con certezza granitica -ed è prova a carico della Procura- la persistenza della pericolosità, il condannato dovrà scontare altri cinque anni di carcere e così di seguito; ma senza alcuna negazione aprioristica di una apertura verso “il fuori” e sempre nell'ottica, imprescindibile, del recupero.

Colpiscono le parole di uno dei tanti detenuti ristretti al regime di 41 bis (per circa 10 anni, tra una proroga ed un'altra), compendiate in una lettera scritta e pubblicata sulla rivista Ristretti orizzonti: sono riuscito a fare un percorso e oggi sono qui, ho fatto tanti passi avanti; lasciatemi dire alla fine che la vendetta, l'odio e la rabbia, sono i peggiori nemici di noi stessi; io non ho odio per le istituzioni, ma sono arrabbiato per il trauma subito dai miei figli. Io spero che almeno si salvino i figli del presente, i figli del passato hanno ricevuto tanto, troppo male. Ieri sera un famoso politico diceva che bisogna inasprire ancora di più il 41 bis: ma l'unico modo per inasprire ancora il 41 bis credo che sia solo mettere di nuovo la pena di morte”.

a cura dell'avv. Valentina Spizzirri

Suicidi in carcere

“Osservatorio Carcere”

Responsabile: avv. **Valentina Spizzirri**.

Coordinatore: avv. **Giovanni Cadavero**.

Componenti: avv. **Giorgio Loccisano**, avv. **Chiara Penna**.

Il numero dei suicidi in ambito penitenziario è di molto superiore rispetto alla frequenza con cui purtroppo si tolgono la vita le persone libere.

In alcuni casi è vero che molti detenuti erano affetti da malattie invalidanti e ricoverati in Centri Clinici Penitenziari, ma sono stati registrati molti casi di suicidio anche tra soggetti non gravemente malati.

Cercare la giustificazione di tali gesti nel disturbo mentale o nella tossicodipendenza non è, dunque, la strada giusta per affrontare il problema, così come poco efficaci appaiono gli interventi punitivi nei confronti di chi sopravvive. Il tentativo di suicidio compiuto in carcere è, infatti, punito disciplinarmente (come avviene anche per gli atti di autolesionismo, il tatuaggio, il piercing), riconducendo l'azione a quanto stabilito dall' art. 77 del Regolamento esecutivo Ord. Pen. e prevedendo sanzioni ex art. 39 Ord. Pen. come il richiamo, l'isolamento e l'esclusione dalle attività.

Al fine di rispondere adeguatamente al fenomeno, si dovrebbe piuttosto ragionare sulle motivazioni che spingono al compimento di tali azioni, sul momento in cui si verificano, sulla ragione per cui un soggetto è ristretto, ma soprattutto sulle condizioni delle carceri italiane. Se infatti l'ingresso in carcere ed i giorni immediatamente seguenti sono un momento nel quale il rischio suicidio appare molto elevato,

restano alti anche i numeri dei suicidi di chi è giunto quasi a fine pena, poiché l'elemento che accomuna i suicidi è la mancanza totale di prospettive nell'animo del detenuto.

Non solo, i detenuti per omicidio (che sono il 2,4% di tutti i detenuti, tra attesa di giudizio ed espiazione pena) rappresentano ben il 13% dei casi di suicidio registrati, con un numero di suicidi più alto tra i soggetti autori di omicidi in famiglia, mentre quasi inesistente risulta il suicidio tra i responsabili di delitti maturati nell'ambito della criminalità organizzata.

Ancora, si uccidono più gli italiani che gli stranieri se si considera che su una presenza straniera del 30% circa sul totale dei detenuti, i suicidi degli stranieri sono il 16%.

Tuttavia, questa percentuale potrebbe essere sottostimata, in considerazione della maggiore difficoltà a raccogliere notizie sulle morti dei detenuti stranieri, spesso privi di qualsiasi rete di sostegno.

Del resto anche il numero complessivo dei suicidi è probabilmente sottostimato, dal momento che tra i detenuti esiste, ad esempio, la pratica del drogarsi inalando il gas delle bombolette per alimenti e l'esito mortale di tale condotta viene spesso considerato dall'amministrazione penitenziaria come atto involontario, anche se non di rado si tratta di suicidio.

Si dovrebbe agire, pertanto, per tutti i detenuti ed all'interno di tutti gli Istituti, in termini di prevenzione poiché la mancanza di prospettive che si ingenera in chi è ristretto è data dalla sensazione di non poter trascorrere utilmente la detenzione.

Il tempo della pena è, infatti, spesso tempo vuoto, vissuto in Istituti sempre più cadenti e affollati, dove i progetti formativi vengono ostacolati e dove si sopravvive senza alcuna dignità sociale, la cui compressione elide la qualità della persona.

Al contrario, proprio il nome di queste persone è pubblicamente ed inesorabilmente associato a vicende criminali che restano impresse nella memoria della gente anche dopo una sentenza di assoluzione.



... il tentativo di suicidio

compiuto in carcere

viene punito con

l'isolamento e

l'esclusione dalle attività ...



Non a caso circa un terzo dei soggetti suicidi aveva un'età compresa tra i 20 e i 30 anni e, più di un quarto, un'età compresa tra i 30 e i 40 (in queste due fasce d'età il totale dei detenuti è, rispettivamente, il 36% e il 27%); forse proprio per l'incapacità di affrontare una vita carceraria vissuta in questi termini e per l'impossibilità di intravedere un futuro dopo la detenzione.
Dal dossier Morire in (di) carcere 2000 – 2019:

Morire di carcere: dossier 2000-2019

*Suicidi, assistenza sanitaria disastrosa,
morti per cause non chiare, overdose*

Detenuti morti dal 2000 al 2019:
per cognome, età, data e luogo del decesso

Anni	Suicidi	Totale morti
2019	36	100
2018	67	148
2017	52	123
2016	45	115
2015	43	123
2014	44	132
2013	49	153
2012	60	154
2011	66	186
2010	66	185
2009	72	177
2008	46	142
2007	45	123
2006	50	134
2005	57	172
2004	52	156
2003	56	157
2002	52	160
2001	69	177
2000	62	167
Totale	1.089	2.984

*Aggiornamento al 14 ottobre 2019

Nel dettaglio le statistiche dei suicidi in carcere mostrano i seguenti numeri:
dal 2009 al 2019: **600 suicidi**.

Mentre dal 31 Agosto 2009 al 2016: 423 suicidi.
Di cui:

- 326** per impiccagione,
- 64** con il gas,
- 20** con l'avvelenamento
- 6** con il soffocamento.

La fascia di età su cui le sofferenze del carcere hanno avuto maggiore incidenza è quella tra i 30 e

i 44 anni:

- 66** i casi di suicidi in età compresa tra i 30 e i 34 anni,
- 66** tra i 25 e i 29 anni,
- 65** tra i 35 e 39,
- 63** tra i 40 e i 44.

Le fasce meno colpite sono quelle tra i 17 e 19 anni (5 casi) e dai 60 in su (9 casi).

Elemento che incide, poi, in maniera direttamente proporzionale sul tasso di suicidi è il sovraffollamento carcerario.

L'unico modo per migliorare le condizioni di vita all'interno del carcere sarebbe, oltre affrontare il complesso problema del sovraffollamento, incentivare il ruolo e la presenza degli educatori, al fine di garantire il reinserimento e la risocializzazione del detenuto nonché l'umanità della pena, secondo quanto previsto dal dettato costituzionale di cui all'art. 27.

La tutela della salute di questi soggetti è, infatti, preciso dovere etico, oltre che giuridico, poiché la condanna a pena detentiva non deve implicare la compromissione dei diritti umani fondamentali.

a cura dell'avv. Chiara Penna

Un'analisi costituzionalmente orientata dei più avanzati strumenti di captazione informatici: dalla pronuncia “Scurato” alla “riforma Orlando”

“Osservatorio Corte Costituzionale e Processo penale”

Responsabile: avv. **Amelia Ferrari**

Coordinatore: avv. **Pietro Sammarco**

Componenti: avv. **Germana Bruni**; avv. **Alessia Celestino**; avv. **Pasquale Filippelli**;
avv. **Santo Orrico**; avv. **Vanessa Piluso**; avv. **Evy Reda**;
avv. **Ilaria Salerno**; avv. **Anna Spada**; avv. **Federica Sicilia**; avv. **Pierpaolo Turco**

Introduzione

La nostra società appare sempre più capillarmente ed incessantemente controllata da una sorta di “*big brother*” tecnologicamente avanzato; conseguentemente, anche il modo di svolgere le indagini e di affrontare i processi penali è, oramai, cambiato.

La consapevolezza di chi gravita attorno al mondo della giustizia deve essere, infatti, oggi, quella di un sistema di prevenzione e repressione dei reati sempre più all'avanguardia, all'insegna di *big data*, intercettazioni telefoniche/ambientali, consulenze tecniche, sistemi *trojan* di vario tipo, videoriprese ecc.. Tuttavia, è bene rilevare come, quella stessa rivoluzione tecnologica che ha inevitabilmente travolto anche le dinamiche processual-penalistiche, ha visto, quale altra faccia della stessa medaglia, il moltiplicarsi di quelle istanze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, quali la libertà nelle comunicazioni, la dignità personale, la riservatezza ed inviolabilità del domicilio.

Nelle vicende giudiziarie di rilevanza penale, sempre più al centro di un contesto di generale spettacolarizzazione e mediatizzazione dei processi, la tutela della *privacy* delle parti e dei terzi è, infatti, risultata, negli ultimi anni, troppo spesso soccombente.

« ... La nostra società appare

(sempre più) controllata

da una sorta

di “*big brother*”

tecnologicamente avanzato ... »

Oggi, chiunque di noi vive immerso nella tecnologia, portando con sé dispositivi in grado di raccogliere costantemente informazioni sulle proprie abitudini di vita e frequentazioni.

Ogni *device*, fisso o portatile, già di per sé strumento di raccolta di informazioni, può, infatti, diventare strumento di intrusione nella vita quotidiana del suo detentore, mediante lo sfruttamento della tecnologia *open source*, in grado di controllare periferiche audio, video ed il sistema Gps integrato.

Sul punto, proprio l'utilizzo sempre più diffuso da parte delle Procure del cd. *trojan* di Stato, quale *malware* inoculato in dispositivi elettronici ed in grado di assumerne il totale controllo da remoto, ha portato la giurisprudenza di legittimità ad assumere una posizione di garanzia rispetto agli esiti dell'attività investigativa in tal modo svolta, in ossequio, peraltro, al principio di non dispersione della prova.

A tal proposito, emblematiche risultano essere due pronunce della Suprema Corte; in una¹, i giudici di legittimità avevano ritenuto lecito l'utilizzo di un captatore informatico per l'attivazione da remoto della telecamera di un telefono cellulare, nella misura in cui fossero stati rispettati i principi elaborati nella sentenza *Prisco*²; in un'altra, la Suprema Corte non aveva, invece, ritenuto di qualificare come *trojan* un captatore informatico adoperato quale *keylogger*, attesa la mancata configurabilità di “*un'attività di monitoraggio in tempo reale dell'attività svolta sullo schermo*”.

Per lungo tempo, dunque, in assenza di un riferimento normativo che ne regolamentasse ed autorizzasse l'utilizzo, la legittimazione del *trojan* è, pertanto, passata attraverso la frammentazione giurisprudenziale delle sue funzionalità, nel tentativo di ricondurre l'ambito operativo del singolo strumento informatico di captazione nel contesto legislativo fino a quel momento esistente.

¹ Cass. civ. sentenza n. 27100/2015.

² Cass. civ. S. U., n. 26975/2006, secondo cui le videoriprese di immagini non rientrerebbero nel concetto di intercettazione e potrebbero essere assunte nel processo penale come prove atipiche, salva l'ipotesi in cui la videoregistrazione risulti effettuata in luoghi di privata dimora.

Tuttavia, il risultato è stata un'interpretazione ermeneutica assai miope che ha rischiato di privare i cittadini di un'adeguata tutela di alcuni tra i più importanti diritti di matrice costituzionale.

Un caso pratico: la sentenza "Occhionero".

La Suprema Corte, con sentenza n. 48370/2017, ha rigettato i ricorsi proposti avverso l'ordinanza di conferma dell'applicazione della custodia cautelare in carcere nei confronti dei fratelli Giulio e Francesca Maria Occhionero, entrambi indagati per i reati di cui agli artt. 494, 615-ter, 617-quater e 617-quinquies c.p., perché, capo A), accedendo abusivamente alla casella di posta elettronica in uso allo studio legale dell'avv. Ernesto Stajano e sostituendosi alla persona del legale, ponevano in essere, inviando all'ENAV un messaggio di posta contenente in allegato un virus informatico, atti idonei all'accesso abusivo al relativo sistema informatico contenente dati relativi alla sicurezza pubblica nel settore dell'aviazione civile, nonché, all'intercettazione delle comunicazioni telematiche al suo interno; inoltre, capo B), per i reati di cui agli artt. 615-ter, 615-quater e 617-quinquies c.p., perché, accedendo abusivamente a caselle di posta elettronica appartenenti a professionisti del settore giuridico ed economico, ad autorità politiche e militari di importanza strategica, nonché utilizzate dallo Stato e da altri enti pubblici, mediante installazione del predetto virus informatico, acquisivano notizie riservate o dati personali e sensibili.

Ad indagare sulla vicenda dei fratelli Occhionero era stata la Procura di Roma, la quale, all'esito delle indagini condotte dagli agenti del C.N.A.I.P.I.C. (*Centro nazionale anticrimine informatico per la Protezione delle Infrastrutture Critiche*) della Polizia Postale e delle Comunicazioni, era riuscita a ricostruire una vera e propria centrale di *cyberspionaggio* posto in essere dagli indagati per monitorare istituzioni, pubbliche amministrazioni, studi professionali, imprenditori, politici di primo piano e massoni.

Attraverso l'apporto investigativo degli specialisti della Polizia Postale, ed anche grazie alla collaborazione fornita dall'Fbi, era, infatti, stato possibile sbloccare i server utilizzati negli USA dai due fratelli e ricostruire l'intera rete creata su almeno 9 computer riconducibili agli indagati.

Circa 3,6 milioni i messaggi di posta elettronica carpiri a partire dal 2004, oltre 6000 gli utenti che potrebbero essere stati vittime di spionaggio, di cui circa 1900 quelli identificati.

Un'inchiesta che, tuttavia, non ha mai completamente accertato gli scopi dell'attività di *hackeraggio* posto in essere dai fratelli Occhionero.

A dispetto delle ipotesi iniziali, che vedevano l'intento criminoso degli indagati finalizzato ad acquisire informazioni riservate sui grandi appalti ovvero proteso alla realizzazione di proficui investimenti in borsa, il Gip, all'atto dell'emissione del provvedimento cautelare, aveva ritenuto lo scopo

perseguito dagli indagati "*legato a giochi di potere all'interno del Grande Oriente d'Italia, come d'altra parte testimoniato dal tenore di alcune conversazioni oggetto di captazione*".

Una vicenda, quindi, molto più ampia di *cyberspionaggio*, all'insegna di un diretto collegamento tra le condotte ascritte ai fratelli Occhionero ed "*interessi illeciti oscuri*", desumibili, stando a quanto sostenuto dal Gip nella medesima ordinanza di custodia cautelare, dagli indizi raccolti in altre inchieste relative alla cd. P4.

Un dato è, però, emerso in maniera inconfutabile: i fratelli Occhionero avevano gestito una "*botnet*", ovvero, una rete di computer infettati con un *malware* chiamato "*Eyepyramid*", a partire dal quale e seguendo la traccia informatica lasciata dallo stesso, gli investigatori erano riusciti a risalire, avvalendosi di particolari tecniche di *criminal forensics*, alla suddetta rete *botnet* (la quale, in particolare, sfruttando il *malware*, era riuscita ad acquisire da remoto il controllo dei computer e dei sistemi informatici delle vittime, tra le quali figuravano, come detto, istituzioni ed importanti esponenti politici).

Le complesse indagini condotte dal Servizio di Polizia Postale e delle Comunicazioni e protrattesi per diversi mesi, avevano, infatti, consentito di individuare una rete *botnet* molto ben strutturata, frutto di un attacco informatico del tipo APT (*Advanced Persistent Threat*), pensata per sfruttare *ad hoc* un *malware* particolarmente insidioso, capace di far acquisire da remoto il controllo del sistema informatico bersaglio e consentire la sottrazione dei contenuti dai dispositivi infettati.

Nello specifico, era stato accertato che, a partire dal 2011 e fino all'agosto del 2016, i fratelli Occhionero avevano schedato i computer di circa 18.327 target, realizzando, grazie alle infezioni andate in porto in 1793 *hackeraggi*, la sottrazione delle password e di una grande mole di dati riservati, i quali erano stati, poi, archiviati con metodo spionistico e suddivisi sotto 122 campi di interesse, quali, "*politica*", "*affari*", "*massoneria*" ecc...

Un'attività di dossieraggio illecito che andava avanti da anni e che, peraltro, stando alle risultanze delle indagini condotte, non era mai cessata durante tutto il periodo di osservazione compiuto dagli organi inquirenti.

A riprova della continua evoluzione del *malware* era, infatti, stato riscontrato che nel mese di luglio 2016 erano state addirittura aggiunte due nuove classi aventi il compito, rispettivamente, di creare alert in base ad una lista di parole chiave e di geolocalizzare la vittima in base all'indirizzo IP.

A finire nella rete di *hackeraggio* occulto erano stati soggetti che, a vario titolo, gestivano e rappresentavano la funzione pubblica e che, per tale ragione, si trovavano in possesso di informazioni particolarmente sensibili e strategiche ovvero di particolare valore in determinati ambiti finanziari; di qui, dunque, la conseguente contestazione agli

indagati, da parte della Procura della Repubblica di Roma, dei reati di procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato, accesso abusivo a sistema informatico aggravato ed intercettazione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche. L'ingegnere nucleare Giulio Occhionero ha, tuttavia, sempre continuato a respingere tutte le accuse pendenti a suo carico, sostenendo, pochi giorni dopo l'arresto, in sede di interrogatorio, di essere stato lui stesso vittima di uno spionaggio posto in essere dalla Polizia Postale.

A compendio del quadro indiziario, era, peraltro, emerso, nel corso di alcune verifiche bancarie e patrimoniali condotte, sia in Italia che all'estero, dagli organi inquirenti, che i due fratelli Occhionero, pur risultando di fatto "nullatenenti", conducevano una vita agiata e dispendiosa, nel tentativo di rimettere in piedi un *network* di quattro società aventi sede in *Regent Street* a Londra, tutte formalmente inattive, ma che facevano riferimento proprio a Giulio Occhionero.

Trattasi, dunque, di una complessa attività di indagini che, partita dalla segnalazione al C.N.A.I.P.I.C. (*Centro Nazionale Anticrimine Informatico per la Protezione delle Infrastrutture Critiche*), di una mail indirizzata ad un amministratore di rilievo di un'infrastruttura critica nazionale (contenente il *malware Eyepyramid*), e coordinata dalla Procura della Repubblica di Roma, avrebbe condotto all'emissione di due provvedimenti di custodia cautelare in carcere nei confronti dei fratelli Occhionero, sulla legittimità dei quali, proprio con la pronuncia in commento, la Suprema Corte è stata chiamata ad esprimersi.

Le coordinate normative e giurisprudenziali in materia di intercettazioni telematiche ed ambientali a mezzo captatore informatico

La decisione in commento, al di là del grande risalto e clamore mediatico avuto, offre lo spunto per una riflessione in chiave ermeneutica.

Intervenuta in un momento successivo all'emanazione della sentenza Scurato delle Sezioni Unite, la pronuncia in commento precede, peraltro, di poco, l'emanazione del provvedimento di attuazione della legge delega in materia di intercettazioni (ed, in particolare, di utilizzo dei captatori informatici), legge n. 103/2017.

La vicenda processuale nasceva, come detto, dalla denuncia del responsabile della sicurezza dell'ENAV, Francesco Di Maio, il quale, ricevuta una e-mail da tale studio legale Stajano, quale mittente sconosciuto, decideva di trasmetterla, senza aprirla, alla *Mentat Solutions srl* (quale società operante nel settore della sicurezza informatica e nell'analisi sui *malware*).

Effettuata, quindi, dalla predetta società esterna opportuna analisi tecnica e riscontrata, effettivamente, la presenza di un *malware*, la mail veniva, immediatamente, segnalata al Cnaipic.

Avviate, dunque, le indagini da parte della Procura di

« ... il *modus operandi* degli inquirenti, aveva portato la difesa a lamentare l'inutilizzabilità dei risultati ... »

Roma, le operazioni poste in essere dal nucleo speciale di Polizia Postale consentivano di ricondurre l'invio della mail contenente il virus informatico all'indirizzo IP riferibile a Giulio Occhionero.

In particolare, gli esiti dell'intercettazione telematica condotta sul computer dell'indagato avevano, infatti, consentito di ricostruire le dinamiche dei fatti.

Appurato l'acquisto da parte dell'indagato, dal 2010 al 2015, della licenza relativa al software utilizzato dal *malware*, gli inquirenti erano riusciti a risalire agli indirizzi IP e ad alcuni server statunitensi utilizzati dagli indagati per captare e memorizzare i *files* abusivamente prelevati dai computer infettati dal virus.

Nello specifico, tra i dati captati vi era una cartella contenente un *database* chiamato *Infopyramid.accdb*, nel quale erano riportati nomi, cognomi, indirizzi di posta, domini web, password inerenti il settore politico ed economico, nonché, enti pubblici e società esercenti servizi di pubblica utilità.

Proprio dal flusso di dati intercettati dal computer di Giulio Occhionero era, infatti, emerso che questi, utilizzando il *malware*, si era introdotto in sistemi informatici protetti, estraendone dati personali e riservati.

Tuttavia, proprio tale *modus operandi* da parte degli inquirenti, aveva portato la difesa degli indagati a lamentare, dinanzi la Suprema Corte, l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telematiche effettuate dagli organi inquirenti mediante captatore informatico.

Pertanto, i giudici di Piazza Cavour erano chiamati ad affrontare e risolvere una questione rispetto alla quale la giurisprudenza di legittimità aveva, peraltro, già in passato cercato di fornire una soluzione.

La difesa degli indagati, tra gli altri motivi di doglianza (quali, la lamentata violazione degli artt. 292, comma 2, lett. c), e 309, comma 9, ultimo inciso, c.p.p., per mancanza, nel provvedimento genetico della misura, dell'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi, nonché, il mancato raggiungimento della soglia di gravità indiziaria, la violazione di legge in ordine alle esigenze cautelari e la mancanza di pronuncia in ordine alla nullità dell'ordinanza cautelare stante la mancata fissazione del termine di durata delle indagini, prescritta dall'art. 292, comma 2, lett. d), c.p.p.), aveva, infatti, contestato l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telematiche effettuate in luogo di privata dimora, mediante, in particolare,

l'installazione del captatore informatico nel computer fisso dell'indagato, collocato nella sua abitazione. Secondo la tesi difensiva, tale inutilizzabilità sarebbe, infatti, dipesa sia dai principi affermati dalle Sezioni unite nella pronuncia Scurato (sentenza n. 26889/2016, nella quale la Suprema Corte aveva stabilito il divieto, al di fuori dei procedimenti relativi a criminalità organizzata, di tutte quelle intercettazioni effettuate mediante *trojan*, in luogo di privata dimora), sia dalla circostanza che, nel caso di specie, non si sarebbe, comunque, trattato di intercettazioni di flussi telematici ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p. (ovverosia, di dati in transito dal PC alla rete), ma di captazione in tempo reale di un flusso di dati intercorso su un determinato schermo o all'interno di un supporto, con ciò dovendosi ritenere integrata non un'operazione di intercettazione, bensì, un'attività di perquisizione/ispezione, con acquisizione (sequestro) della copia, o meglio della fotografia, di un documento statico (*screenshot*) che compare a video o è prelevato dal supporto.

« ... il virus trojan riesce ad infettare, attraverso una richiesta di download, un dato apparecchio informatico, con il precipuo fine di intercettare e carpire qualsiasi dato ... »

Diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale: il difficile punto di equilibrio tra vecchi e nuovi paradigmi normativi e giurisprudenziali

Prima di esaminare la pronuncia delle Sezioni Unite³, presa in considerazione dalla sentenza in commento per la risoluzione del caso in esame, si ritiene, tuttavia, necessario fare un ulteriore passo indietro e mettere a fuoco non soltanto il perimetro nel quale l'intervento della Suprema Corte andava collocandosi ma, altresì, le ragioni che hanno portato il cd. *trojan horse* a diventare fondamentale alleato nelle investigazioni penali.

Analogamente al leggendario cavallo di Troia che, grazie all'ingegno di Odisseo, era riuscito ad introdursi, con l'inganno, all'interno delle mura di Troia e ad espugnarla, il virus *trojan* riesce ad infettare, attraverso, ad esempio, un'ingannevole richiesta di download, un dato apparecchio informatico, con il precipuo fine di intercettare e carpire qualsiasi dato che ivi possa trovarvi.

Il mezzo di intercettazione in esame, sfruttando le potenzialità intrusive di un *software* in grado di

penetrare a distanza ed in modo occulto nel dispositivo elettronico portatile può, infatti, consentire agli inquirenti lo svolgimento di tutta una serie di attività di controllo del dispositivo medesimo. In altri termini, inviando un simile virus informatico, è possibile installare negli *smartphone*, nei *tablet* e nei computer un software in grado di consentire il controllo dell'apparecchio da una postazione remota; l'ufficiale di polizia giudiziaria che opera tale controllo può, quindi, decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera; visualizzare quel che appare sullo schermo; monitorare la navigazione internet; perquisire i *files* contenuti nell'*hard disk* o salvati in *cloud*; accedere alle applicazioni di posta elettronica e di messaggia; visualizzare i messaggi inviati e ricevuti ed intercettare quelli in entrata e uscita; intercettare le conversazioni telefoniche; attivare il microfono ed effettuare intercettazioni ambientali nel raggio di una decina di metri dall'apparecchio; attivare la videocamera e riprendere quanto viene inquadrato.

In particolare, con riferimento all'utilizzo del captatore informatico in ambito investigativo è, altresì, utile distinguere tra due diverse modalità operative: quella *online search* e quella *online surveillance*.

I programmi appartenenti alla prima categoria consentono, infatti, di fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico individuato come obiettivo e di trasmettere i relativi dati, in tempo reale o ad intervalli prestabiliti, agli organi di investigazione, tramite la rete internet in modalità nascosta e protetta; attraverso i programmi *online surveillance* è, invece, possibile captare il flusso informatico intercorrente tra le periferiche video, microfono, tastiera, webcam ed il microprocessore del dispositivo bersaglio, consentendo al centro remoto di controllo di monitorare in tempo reale tutto ciò che viene visualizzato sullo schermo (c.d. *screenshot*), digitato sulla tastiera (c.d. *keylogger*) o pronunciato al microfono.

Proprio con riferimento a tale ultimo tipo di operazioni, partendo da una precedente pronuncia della Sesta sezione penale⁴ (secondo la quale l'intercettazione da remoto delle conversazioni tra presenti, con l'attivazione, tramite il cd. agente intrusore informatico, del microfono di un apparecchio telefonico *smartphone*, poteva ritenersi legittima solo se il relativo decreto autorizzativo avesse individuato con precisione i luoghi in cui eseguire tale attività captativa), le Sezioni Unite della Suprema Corte erano state, infatti, chiamate a stabilire, in via definitiva, se la mancanza di ogni indicazione circa i luoghi interessati dall'intercettazione – o, meglio, la mancanza di limitazioni spaziali alle captazioni ambientali –

³ Cass. pen., Sez. un., sentenza 28 aprile 2016 (dep.1 luglio 2016), n. 26889, Pres. Canzio, Rel. Romis, Imp. Scurato.

⁴ Cass., Sez. VI pen., sentenza 26 maggio 2015, dep. 26 giugno 2015, n. 27100, Pres. Milo, Rel. Di Salvo, Imp. Musumeci.

determinasse o meno l'illegittimità del decreto autorizzativo e la conseguente inutilizzabilità delle conversazioni captate.

A ben vedere, può, infatti, accadere che, attraverso la captazione delle conversazioni tra soggetti presenti nel luogo in cui è ubicato, in un dato momento, l'apparecchio portatile, e, più precisamente, attraverso l'installazione da remoto di un captatore informatico, ossia di un *software* collocato all'interno del dispositivo elettronico, venga, di fatto, autorizzata un'intercettazione ambientale attraverso il controllo occulto del microfono (il quale funge, quindi, come una vera e propria cimice informatica).

A tal proposito, nella pronuncia Scurato, era stato osservato che, sebbene fortemente invasive, per tale genere di intercettazioni non fosse possibile accogliere il principio in base al quale il relativo decreto di autorizzazione avrebbe dovuto individuare con precisione i luoghi in cui poter eseguire l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti, atteso che non solo il medesimo principio non era desumibile dalla legge, ma che, in ogni caso, lo stesso non risultava sancito dalla giurisprudenza di legittimità quale requisito significativo e funzionale alla tutela dei diritti in gioco (ovverosia, artt. 14 e 15 Cost. e art. 8 CEDU), e dal momento che neppure la stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo ne faceva espressa menzione⁵.

Posto, tuttavia, che tale tipo di intercettazione, nonostante le peculiari caratteristiche tecniche, poteva essere ricompreso nell'ambito delle intercettazioni c.d. "ambientali" (e, quindi, nel raggio di applicazione della disciplina di cui all'art. 266, comma 2, c.p.p.), si trattava di stabilire la legittimità delle intercettazioni tra presenti avvenute in abitazioni o luoghi privati, atteso che rispetto alle stesse l'art. 266, comma 2, c.p.p., consentiva la captazione (in ambiente) solo se vi era fondato motivo di ritenere che ivi fosse in atto un'attività criminosa.

È bene, innanzitutto, osservare come il nostro ordinamento giuridico non conosca una nozione unitaria di «intercettazione di comunicazioni», dal momento che tale espressione compare in diverse norme tra loro eterogenee (si pensi, da un lato, alle disposizioni sui delitti contro l'inviolabilità dei segreti, dall'altro a quelle in materia di mezzi di ricerca della prova).

In particolare, per come ebbero a precisare nel 2003 le Sezioni unite⁶, si può parlare di "intercettazione" in relazione ad operazioni tecniche che consistano nella captazione occulta e contestuale di una

comunicazione o conversazione (anche informatica o telematica), tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, nonché, attuate da un soggetto terzo mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato.

Posta una tale definizione, appare subito evidente che il più moderno strumento del captatore informatico, è ben in grado di compiere non solo "intercettazioni di comunicazioni" ma anche altre attività da questa nettamente differenti, quali: l'acquisizione di corrispondenza giacente, già preconstituita e, dunque, non contestualmente captata; l'acquisizione dei dati attinenti al traffico telefonico o dei *log files*, quali dati esterni al contenuto di una conversazione telefonica o telematica; la registrazione di immagini, tramite attivazione della *webcam*; l'estrapolazione di dati, non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni, ma già formati e contenuti nella memoria del *personal computer* o che in futuro potranno essere ivi memorizzati.

Trattasi, peraltro, di attività che, sebbene diverse dalle intercettazioni, erano già state oggetto di interesse da parte della Suprema Corte; ad esempio, quanto alla registrazione di immagini (sia pure realizzata con strumenti tecnologici differenti), si distingueva, oltre alla natura dei luoghi, anche la natura dei comportamenti (comunicativi o non comunicativi)⁷; oppure, ancora, quanto all'estrapolazione di dati (non attinenti alla corrispondenza e non aventi ad oggetto un flusso di comunicazioni), trattasi di questione che era già stata affrontata nella sentenza Virruso⁸.

Pertanto, proprio da quanto finora illustrato, emerge ancora più chiaramente come, accanto a tutta una serie di problematiche connesse all'operatività concreta del *trojan*, le Sezioni unite, nella richiamata pronuncia del 2016, avessero cercato di affrontare e risolvere l'ulteriore nodo centrale della "valenza da attribuire all'individuazione - e conseguentemente all'indicazione nel provvedimento che autorizza l'attività investigativa in oggetto - del "luogo" nel cui ambito deve essere svolta la "intercettazione di comunicazioni tra presenti", oggetto di previsione dell'art. 266, comma 2, c.p.p."

Applicando allo strumento del captatore informatico il principio di diritto espresso nella sentenza Musumeci⁹ (in virtù della quale sussisterebbe un obbligo normativo di precisazione, nel decreto di autorizzazione, del luogo nel quale sono consentite le captazioni di comunicazioni tra presenti, con la

⁵ Sul punto si vedano Cass., Sez. VI pen., n. 3541 sentenza 5 novembre 1999, n. 3541, nonché, Cass., Sez. I pen., sentenza 25 febbraio 2009, n. 11506.

⁶ Cass. pen. Sez. Unite, sentenza 24 settembre 2003, n. 36747.

⁷ Sul punto si veda Cass. pen. Sez. Unite, sentenza 28 luglio 2006, n. 26795.

⁸ Cass. Sez. V pen., sentenza 14 ottobre 2009, n. 16556, nella quale la Suprema Corte aveva riconosciuto la legittimità dell'attività autorizzata dal P.M., e consistita nel prelevare e copiare documenti memorizzati sull'"hard disk" del computer in uso all'imputato, in quanto avente ad oggetto non un "flusso di comunicazioni", richiedente un dialogo con altri soggetti, ma "una relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico", ossia "un flusso unidirezionale di dati" confinati all'interno dei circuiti del computer, la quale attività di captazione andava qualificata come prova atipica, sottratta alla disciplina prescritta dagli artt. 266 ss. cod. proc. pen..

⁹ Cass. pen. Sez. VI, sentenza 26 maggio 2015, n. 27100.

conseguenza che l'intercettazione ambientale dovrebbe avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* nel provvedimento di autorizzazione e non, al contrario, in qualunque posto si trovi il soggetto), sarebbe dovuta discenderne, a stretto rigore, l'illegittimità dell'intercettazione ambientale disposta in tutti i luoghi ove si fosse trovato il dispositivo informatico portatile (infettato dal *trojan*), in quanto, per ciò stessa, potenzialmente lesiva della tutela del domicilio.

Le Sezioni unite (e già, precedentemente, la relativa ordinanza di rimessione), si erano, tuttavia, occupate di mettere bene a fuoco alcune lacune del ragionamento giuridico sotteso alla richiamata sentenza Musumeci, prima tra tutte quella di non aver adeguatamente considerato la norma speciale derogatrice, ex art. 13 del d.l. n. 152/1991 (convertito dalla legge n. 203/1991) che, per le intercettazioni domiciliari in procedimenti per delitti di criminalità organizzata, escludeva espressamente il requisito autorizzativo previsto dall'art. 266, comma 2, secondo periodo, c.p.p., e, cioè, la sussistenza di un fondato motivo di ritenere che nei luoghi di privata dimora si stesse svolgendo l'attività criminosa.

Così risolta, quindi, la questione specifica sottoposta al proprio vaglio, le Sezioni Unite, in un ulteriore passaggio argomentativo della pronuncia *de qua*, avevano, peraltro, escluso, in una prospettiva *de iure condito*, la possibilità di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., a mezzo captatore informatico, facendo, in particolare, leva su due argomenti: da un lato, la necessità di un adeguato controllo del giudice al momento dell'autorizzazione; dall'altro, l'esigenza di mitigare il rischio di una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora.

Il che portava, di contro, a ritenere, quantomeno, legittime l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi rientranti nella previsione di cui all'art. 614 c.p. e nei quali si stia svolgendo l'attività criminosa, ove preventivamente indicati (in termini precisi) nella richiesta di intercettazione; l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata, in luoghi diversi da quelli ex art. 614 c.p., allo stesso modo preventivamente indicati nella richiesta di intercettazione.

Pertanto, nella prima delle suddette ipotesi, dal momento che lo stato dell'arte consente agevolmente di attivare da remoto il microfono di un dispositivo portatile preventivamente infettato da un *trojan*, sarebbe possibile richiedere al giudice di autorizzare l'intercettazione di comunicazioni tra presenti in un luogo preventivamente indicato dal pubblico ministero nel quale, sia pure rientrante in uno di quelli ex art. 614 c.p., si stia svolgendo l'attività criminosa.

In questa evenienza, dunque, non sarebbe impedito il controllo del giudice al momento dell'autorizzazione,

né si correrebbe il concreto rischio di dar vita ad una pluralità di intercettazioni tra presenti in luoghi di privata dimora, dal momento che non soltanto tale luogo verrebbe così preventivamente indicato al giudice ma sarebbe, anche, tecnicamente identificabile dagli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'esecuzione delle operazioni di captazione e di ascolto mediante il ricorso al cd. "*positioning*" (quale localizzazione in tempo reale del dispositivo oggetto di intercettazione, tramite la collaborazione del gestore di telefonia) e/o anche a seguito di localizzazione effettuata dallo stesso *trojan* tramite captazione del segnale GPS del dispositivo portatile di interesse investigativo.

Così, allo stesso modo, sarebbe possibile identificare anche il momento nel quale il dispositivo dovrebbe fuoriuscire da tale ambito locale, al fine di terminare la captazione tramite disattivazione del microfono; il tutto compendiato da apposito verbale delle operazioni compiute (peraltro, analogamente a quanto già avveniva per le operazioni di registrazione ed ascolto delle conversazioni tra presenti captate a mezzo di microspia installata nell'ambiente da monitorare).

Allo stesso modo, nella seconda ipotesi, relativa all'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante utilizzo del *trojan*, in procedimenti diversi da quelli relativi a criminalità organizzata ed in luoghi distinti da quelli ex art. 614 c.p., occorre, peraltro, rilevare che, già per costante giurisprudenza, si riteneva sufficiente l'indicazione, in uno con il destinatario della captazione, della tipologia di ambienti (diversi dai luoghi di privata dimora) in cui eseguirla, anche qualora la stessa fosse stata effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria, così riconoscendosi la "dinamicità" delle intercettazioni.

Tuttavia, nonostante l'intervento delle Sezioni Unite, tanti risultavano ancora i nodi da sciogliere; in un momento storico in cui la comunicazione a distanza risultava progressivamente destinata a svolgersi per mezzo di strumenti informatici, in grado di sottoporre l'individuo ad un penetrante controllo e di coinvolgere, altresì, in tale forma di sorveglianza anche quei soggetti vicini alla persona intercettata (ed anche all'interno di un domicilio e non solo in luoghi pubblici o aperti al pubblico), il mezzo tecnologico in esame richiedeva, accanto all'applicazione giurisprudenziale, anche e soprattutto un intervento legislativo *ad hoc*, onde poter, conseguentemente, giungere, ad una compiuta regolamentazione, nonché, ad un definitivo bilanciamento delle esigenze

« ... il mezzo tecnologico in esame
richiedeva anche e soprattutto
un intervento legislativo
ad hoc ... »

investigative con la garanzia di quei preminenti diritti individuali coinvolti.

Al riguardo, già prima del progetto di riforma della giustizia penale, confluito nella legge delega n. 103/2017, le prime applicazioni dei captatori informatici nelle indagini penali avevano sollecitato alcune iniziative parlamentari finalizzate ad introdurre una normativa *ad hoc* recante casi e modi dell'azione investigativa per mezzo di programmi informatici inoculati da remoto.

Nel corso dei lavori parlamentari per la conversione del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, "*Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale*", convertito con modificazioni dalla L. 17 aprile 2015, n. 43, era stata proposta una modifica dell'art. 266-bis c.p.p., volta all'inserimento delle parole "*anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico*".

Successivamente, era stato, altresì, presentato un emendamento che mirava a circoscrivere l'area operativa del nuovo strumento alle indagini per i delitti di cui agli artt. 270-bis, 270-ter, 270-quater e 270-quinquies c.p., commessi con le finalità di terrorismo di cui all'art. 270-sexies.

Tuttavia, tali proposte non erano state approvate in sede di conversione, con modificazioni, del D.L. n. 7 del 2015, ad opera della L. n. 43 del 2015.

In un tale quadro normativo, giova, in ogni caso, rammentare che anche la giurisprudenza di legittimità aveva in più occasioni affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 266, comma 2, c.p.p., in relazione all'art. 14 Cost..

Al riguardo, nella sentenza n. 135 del 2002, il Giudice delle leggi aveva affermato testualmente: "*il riferimento, nell'art. 14 Cost., comma 2, alle "ispezioni, perquisizioni e sequestri" non è necessariamente espressivo dell'intento di "tipizzare le limitazioni permesse, escludendo a contrario quelle non espressamente contemplate; poiché esso ben può trovare spiegazione nella circostanza che gli atti elencati esaurivano le forme di limitazione dell'inviolabilità del domicilio storicamente radicate e positivamente disciplinate all'epoca di redazione della Carta, non potendo evidentemente il Costituente tener conto di forme di intrusione divenute attuali solo per effetto dei progressi tecnici successivi"*, sottolineando, altresì, che: "*l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 8), né nel Patto*

internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata - ancorché priva di efficacia giuridica - per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti Europei".

Sostanzialmente, dunque, era stato escluso che l'art.14 Cost., potesse contenere divieti costituzionali assoluti in materia di intercettazioni foniche all'interno di luoghi di privata dimora e che lo stesso potesse essere invocato a prescindere dalle leggi ordinarie in materia di intercettazioni.

Allo stesso modo, la giurisprudenza di legittimità aveva già avuto modo di escludere la ravvisabilità di profili di incostituzionalità dell'art. 266 c.p.p., nella parte in cui lo stesso avrebbe comportato l'utilizzo di intercettazioni disposte nei confronti di persone estranee al decreto emesso ex art. 267 cod. proc. pen.¹⁰.

Nonostante, però, lo sforzo ermeneutico ed interpretativo delle Sezioni Unite, molte risultavano ancora le questioni rimaste irrisolte e, soprattutto, prive di una regolamentazione *ad hoc*; ragion per cui, proprio nel solco delle lacune lasciate all'indomani della pronuncia delle Sezioni Unite, si era fatta strada la legge delega n. 103/2017, nel tentativo di disciplinare l'utilizzo dei captatori informatici.

Analogamente a quanto sinora esposto, anche la Suprema Corte, nella pronuncia in esame, nell'apprestare la soluzione giuridica alla questione sollevata dalla difesa degli indagati in ordine all'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telematiche effettuate in luogo di privata dimora, era partita, innanzitutto, dalle indicazioni fornite dalle Sezioni Unite nella sentenza Scurato, le quali, si ribadisce, avevano escluso la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., a mezzo di captatori informatici, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all'art. 13 d.l. 152/1991, conv. in l. 203/1991¹¹.

Pertanto, stando alle indicazioni fornite dalle Sezioni unite della Suprema Corte:

- di regola, il decreto autorizzativo delle intercettazioni tra presenti avrebbe dovuto contenere la specifica indicazione dell'ambiente nel quale la captazione sarebbe dovuta avvenire soltanto laddove si fosse trattato di luoghi di privata dimora (in cui tali intercettazioni ambientali possono, infatti, essere effettuate, in base alla disciplina codicistica, soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa);
- per le intercettazioni tra presenti, da espletare in luoghi diversi da quelli indicati dall'art. 614 c.p., sarebbe, invece, dovuto essere sufficiente che il

¹⁰ Al riguardo si veda Cass., Sez. 1, sentenza del 12 novembre 1997, n. 3133, secondo cui, le esigenze costituzionali incardinate negli artt. 14 e 15 della Costituzione sarebbero garantite proprio dal preventivo controllo dell'Autorità giudiziaria circa l'ammissibilità e le modalità dell'intercettazione.

¹¹ Nel percorso motivazionale seguito, le Sezioni unite, affermano, infatti, l'impossibilità di prevedere, all'atto dell'autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico deve essere introdotto, e, quindi, la conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l'effettivo rispetto del presupposto, previsto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., che in detto luogo si stia svolgendo l'attività criminosa, sottolineando come, quest'ultimo, sia, comunque, un presupposto, non richiesto dall'art. 13 del d.l. 152/1991.

decreto autorizzativo avesse indicato il destinatario della captazione e la tipologia di ambienti dove eseguirla; l'intercettazione sarebbe, infatti, rimasta utilizzabile anche qualora fosse stata effettuata in un altro luogo rientrante nella medesima categoria.

Tuttavia, attraverso un ulteriore passaggio interpretativo (ed è qui che, seppur con dei punti di domanda ai quali si cercherà di dare risposta nelle osservazioni che seguono, dovrebbe cogliersi la portata innovativa della pronuncia in commento), la Suprema Corte, dopo aver precisato che l'arresto delle Sezioni unite faceva riferimento, in via esclusiva, alle intercettazioni tra presenti, ne desumeva un ulteriore principio in chiave ermeneutica; in merito all'utilizzo del *trojan*, non avendo il supremo organo nomofilattico escluso la legittimità dell'uso di tale strumento captativo per le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora dove si stia svolgendo l'attività criminosa e, soprattutto, non avendola esclusa per le ulteriori forme di intercettazione, i giudici di legittimità ne desumevano, nella pronuncia in commento, il principio *a contrario*, in base al quale sarebbero potute, dunque, ritenersi legittime e, quindi, pienamente utilizzabili, quelle intercettazioni telematiche effettuate ai sensi dell'art. 266-bis, cod. proc. pen..

A sostegno delle proprie argomentazioni, osservava la Suprema Corte che la medesima legge di attuazione della riforma del processo penale aveva inteso delegare al governo la disciplina di dettaglio delle sole intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, attesa, probabilmente, la maggiore invasività di tale modalità di intercettazione.

Ne derivava, dunque, secondo il ragionamento adottato dalla Suprema Corte, l'inapplicabilità, nel caso in esame, di quel limite posto dalle Sezioni Unite all'utilizzabilità del *trojan horse* soltanto, appunto, per le intercettazioni tra presenti (anche considerato, continuava la Suprema Corte, che desumere da tale approdo giurisprudenziale un principio generale applicabile anche alle captazioni telematiche oggetto del ricorso in esame, non avrebbe configurato una lecita operazione ermeneutica).

A ben vedere, una tale interpretazione, confortata dal dato letterale dell'art. 266-bis c.p.p., in virtù del quale: *“Nei procedimenti relativi ai reati indicati nell'articolo 266, nonché a quelli commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche, è consentita l'intercettazione del flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi”*, avrebbe potuto, effettivamente, giustificare un ambito di applicazione ampio della norma in questione, atteso, infatti, che l'art. 266-bis c.p.p., parla di *«flusso di comunicazioni relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra*

più sistemi», (con ciò, ricomprendendo accanto ai flussi aventi ad oggetto “scambi” comunicativi, anche quelli interni ad un sistema telematico ed informatico); tuttavia, è proprio il dato letterale della disposizione, a norma della quale non sarebbero richiamati i limiti dettati dall'art. 266, comma 2, c.p.p., che potrebbe concretizzare un rischio per la tutela del domicilio di matrice costituzionale, aprendo, infatti, la strada ad una tesi di grande impatto ma non priva di criticità se si considera che in molti casi l'utilizzo del pc potrebbe avvenire (ed effettivamente avviene) in luoghi di privata dimora.

È bene, altresì, rammentare che la difesa degli indagati aveva sollevato un ulteriore aspetto; nei motivi di ricorso era stato, infatti, rilevato come l'attività di intercettazione non avesse avuto ad oggetto flussi telematici ai sensi dell'art. 266-bis c.p.p., ma la captazione in tempo reale di un flusso di dati intercorso su un determinato schermo o all'interno di un supporto, tale per cui avrebbero dovuto trovare applicazione le norme sulla perquisizione e sul sequestro.

A ben vedere trattasi di tematica, questa, che, già precedentemente alla pronuncia in commento, era risultata ampiamente dibattuta in seno alla giurisprudenza di legittimità.

La Suprema Corte, in una pronuncia del 2012¹², aveva affrontato le problematiche sottese alla cd. perquisizione informatica.

Ricomprendendovi anche l'espedito tecnico del *trojan*, il giudice di legittimità aveva, infatti, ritenuto che un siffatto *modus operandi*, integrasse un'attività investigativa del tutto avulsa dallo schema disegnato dagli artt. 247 e ss. c.p.p., conservando della perquisizione soltanto il *nomen juris*.

Dovendo, quindi, ritenersi integrato un mezzo atipico di ricerca della prova, ne derivava che la verifica della sua legittimazione processuale avrebbe, conseguentemente, richiesto un vaglio di compatibilità con le garanzie che limitano la compressione dei diritti costituzionalmente tutelati, di cui agli artt. 14 e 15 Cost. (sul presupposto della doppia riserva di legge e di giurisdizione).

Peraltro, già nel 2006, con la sentenza Prisco¹³, la Suprema Corte aveva associato le videoriprese di comportamenti a contenuto non comunicativo alla medesima atipicità dei mezzi di prova di cui all'art. 189 c.p.p., stabilendo l'illiceità dello strumento istruttorio *de quo* allorché lo stesso fosse stato acquisito in violazione di quei diritti di rango costituzionale.

A detta della Suprema Corte, laddove la videoripresa avesse “fotografato” luoghi idonei ad ingenerare aspettativa di riservatezza in chi vi si fosse intrattenuto (privé piuttosto che toilette di un locale pubblico), pur essendosi al di fuori delle stringenti guarentigie poste a tutela dell'inviolabilità del privato

¹² Cass. civ. Sez. IV, n. 19618/2012.

¹³ Cass. civ. S. U., n. 26975/2006.

domicilio, non per questo l'attività investigativa si sarebbe potuta sottrarre alla riserva di giurisdizione. Pertanto, tornando al nodo centrale delle perquisizioni ed ispezioni online, qualora si aderisse all'orientamento che vede nelle stesse un mezzo atipico di ricerca della prova piuttosto che una particolare modalità esecutiva degli strumenti tipizzati dal codice, verrebbe da sé l'illiceità dell'elemento probatorio eventualmente raccolto, il quale non potrebbe mai entrare nel processo ex art. 189 c.p.p., in quanto formato in violazione del diritto costituzionale all'inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost..

In casi del genere, dovrebbe, infatti, ritenersi integrata un'intrusione nella massima sfera privata della persona, anche considerato che la perquisizione online va ad incidere su apparati tecnici sussumibili nel concetto di domicilio informatico (così come elaborato in sede giurisprudenziale), al quale il legislatore ha inteso apprestare la medesima dignità e tutela del domicilio fisico, essendone null'altro che la proiezione virtuale.

Tuttavia, nella richiamata sentenza Virruso¹⁴, la Suprema Corte aveva, al contrario, riconosciuto legittimazione indiretta ai mezzi atipici di ricerca della prova, risolvendo, tuttavia, il problema non tanto dal lato dello strumento di captazione utilizzato, quanto dal legittimo ingresso nel processo dell'elemento probatorio così raccolto, ai sensi dell'art. 189 c.p.p..

In particolare, la Suprema Corte aveva escluso che il ricorso al captatore informatico, espediente tecnico in grado di intercettare e clonare in tempo reale il flusso unidirezionale di informazioni (presenti e future), veicolato dall'utilizzatore sul proprio computer attraverso i comuni software di videoscrittura, potesse ritenersi in conflitto con le tutele garantite dagli artt. 14 e 15 della Costituzione.

Una soluzione che, sebbene immune da perplessità per quanto concerne le censure inerenti alla violazione del diritto di segretezza delle comunicazioni (trattandosi, piuttosto, di apprensione di flussi d'informazione certamente a contenuto non comunicativo), non altrettanto convincente appariva rispetto a quelle possibili censure dell'art. 14 Cost., dettato in tema di inviolabilità del domicilio.

« ... la Suprema Corte aveva escluso che il ricorso al captatore informatico [...] potesse ritenersi in conflitto con le tutele garantite dagli artt. 14 e 15 della Costituzione ... »

Al fine di valutare se tale mezzo atipico di ricerca della prova presentasse punti di conflitto con il diritto costituzionale all'inviolabilità del domicilio, la Suprema Corte avrebbe dovuto, infatti, considerare non la collocazione spazio-materiale del sistema informatico bensì la possibilità o meno di ritenere che l'apparato interessato potesse costituire proiezione del domicilio fisico del privato che ne faceva uso (quale conclusione da escludersi soltanto laddove si fosse trattato, ad esempio, di un computer messo a disposizione di una platea indifferenziata di utenti e destinato all'effettuazione di operazioni non aventi alcuna attinenza con la sfera strettamente personale del suo fruitore).

In tutti gli altri casi, laddove si fosse, in tal modo, concretizzata un'ingerenza domiciliare, la captazione unidirezionale di informazioni si sarebbe dovuta, pertanto, ritenere illecita in quanto effettuata in assenza, *de iure condito*, di una norma attuativa della riserva di legge fissata dall'art. 14 Cost., e, per l'effetto, la prova così formata non avrebbe dovuto avere alcuna possibilità di filtrare nel processo attraverso le maglie (eccessivamente dilatate) dell'art. 189 c.p.p..

Invero, allo stesso modo, anche nella pronuncia in commento, la Suprema Corte non ha affrontato direttamente la questione posta alla propria attenzione, ma si è limitata ad osservare, sulla base di un rilievo strettamente formale, come, a dispetto dell'onere sugli stessi gravante e del principio di specificità delle impugnazioni, i ricorrenti non avessero precisato quali tra i dati captati fossero da intendersi colpiti dalla sanzione dell'inutilizzabilità, nonché, tanto meno chiarito la loro incidenza sul complessivo compendio indiziario già valutato.

In altri termini, la Suprema Corte, anziché qualificare l'attività di acquisizione dei dati presenti nell'hard disk del computer degli indagati (stabilendone la loro collocazione nell'ambito della categoria delle intercettazioni, nei termini della sentenza Scurato, ovvero della prova atipica, nei termini della pronuncia Virruso, oppure, ancora, nell'ambito operativo dei provvedimenti di perquisizione e sequestro, con tutte le problematiche sottese), ha preferito non prendere posizione sulla base di un rilievo, come detto, meramente formalistico, con tutte le perplessità che una simile scelta potesse destare.

Punti di criticità e fattori di ostacolo alla tutela dell'individuo e delle sue prerogative intangibili

La Suprema Corte, limitandosi ad una mera ricognizione delle possibili categorie entro le quali ricomprendere lo strumento del captatore informatico (senza, tuttavia, optare per alcuna di esse), ha, di fatto, lasciato sostanzialmente irrisolte le problematiche sottese all'utilizzo dello strumento *de quo*.

Invero, trattasi di problematiche che già da tempo avevano, peraltro, suggerito la necessità di un intervento legislativo *ad hoc*.

¹⁴ Cfr. nota n. 6.

Base costituzionale della pronuncia in commento sono gli artt. 14 e 15 Cost., quali disposizioni che, attraverso la tutela del domicilio e delle comunicazioni, non fanno altro che porre in essere una tutela indiretta di quell'aspetto dell'intimità della persona che proprio nel domicilio e attraverso la comunicazione trova una sua manifestazione.

Non a caso, l'art. 15 Cost., non mira, infatti, a proteggere la riservatezza dei contenuti delle comunicazioni, quanto, invece, la segretezza della comunicazione in sé.

A ben vedere, le comunicazioni costituiscono, infatti, uno dei modi attraverso cui l'intimità di una persona si esprime in forma autentica.

Invero, trattasi di una garanzia del diritto al rispetto della vita privata che già l'art. 8 CEDU (a norma del quale: "Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza"), aveva inteso assicurare ad ogni individuo, in vista del sereno sviluppo e della libera realizzazione della sua personalità.

Orbene, muovendo da tali premesse, anche nel nostro ordinamento, a partire dalla richiamata sentenza Scurato del 2016, era sorta la necessità di un intervento legislativo *ad hoc*, capace di tracciare definitivamente una linea di confine tra la libertà dei cittadini e l'invasione delle pubbliche autorità in materia di intercettazioni.

A tal proposito, già la legge di riforma del processo penale, Legge n. 103/2017, aveva delegato al governo l'emanazione di disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni, in particolare dei difensori nei colloqui con l'assistito, e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 Cost.¹⁵

Tre, in particolare, le istanze riformatrici delle quali la legge delega si era fatta portavoce: innanzitutto, garanzia di quelle esigenze di giustizia e sicurezza; contemperamento del requisito di pubblicità del processo, da un lato, e del segreto istruttorio, dall'altro; tutela della *privacy* e del diritto alla riservatezza delle parti e dei terzi a qualunque titolo coinvolti nel procedimento.

Una legge che, nel complesso, si era, dunque, fatta carico del delicato compito di tracciare i confini di un rapporto tra elementi tutti fondanti il nostro sistema

democratico, rispetto al quale, peraltro, molti erano stati i tentativi e le istanze di riforma avanzate negli anni passati.

Le forze politiche alternatesi al governo del paese avevano, infatti, già più volte provato ad elaborare alcune proposte di riforma della normativa in materia di intercettazione di comunicazioni e conversazioni¹⁶, tutte però, fino all'emanazione del decreto di attuazione della legge delega n. 103/2017, rimaste sempre inattuato.

Il legislatore, preso atto dei più moderni e sofisticati strumenti di captazione aveva, infatti, dovuto, ad un certo punto, far fronte alle correlate esigenze di *privacy* avanzate dalle parti e dai terzi (in particolar modo, da coloro i quali soltanto occasionalmente coinvolti nelle attività di intercettazione e di indagine), andando a disciplinare per la prima volta l'utilizzo dei cd. captatori informatici.

Se da un lato, infatti, l'utilizzo delle più moderne tecnologie informatiche è in grado di offrire al sistema giustizia, peraltro tacciato di una sempre maggiore lentezza ed inefficienza, una preziosa risorsa investigativa da impiegare nella lotta contro il crimine, dall'altro lato, però, proprio in quanto fortemente invasive dell'altrui sfera privata, le stesse richiedono di essere gestite con molta cautela, nell'ambito di confini normativi ben delineati.

Orbene, a tracciare il perimetro di operatività di tali strumenti informatici era stata, appunto, la legge n. 103/2017, la quale all'art. 1, commi 82 e ss., accanto a quei principi di tutela della riservatezza delle informazioni carpite mediante le intercettazioni, aveva inteso delegare al Governo la regolamentazione delle intercettazioni effettuate mediante i captatori informatici (cd. *Trojan horses*).

In particolare, nella richiamata legge delega era stato previsto che il controllo parlamentare sull'attività dell'Esecutivo dovesse realizzarsi per il tramite dei pareri rafforzati, espressi dalle Commissioni Giustizia dei due rami del Parlamento: vale a dire che se il Governo non avesse inteso conformarsi alle condizioni formulate, avrebbe dovuto nuovamente inviare il testo per il parere alle Commissioni, motivandone il mancato accoglimento¹⁷.

Tuttavia, nessuna problematica si sarebbe posta in tal senso atteso che, le considerazioni critiche contenute

¹⁵ Nello specifico, alla base delle istanze riformatrici della legge delega n. 103/2017, vi erano prescrizioni idonee ad incidere anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni (secondo una precisa scansione procedimentale nella selezione del materiale intercettativo, nel rispetto del contraddittorio tra le parti e fatte salve le esigenze di indagine), avuto speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, nonché, delle comunicazioni, comunque, non rilevanti a fini di giustizia penale.

¹⁶ Nel tentativo di estendere la disciplina legislativa delle intercettazioni anche all'utilizzo dei captatori informatici, già il d. l. 18 febbraio 2015, n. 7, si era proposto, nell'ambito del contrasto al terrorismo, di inserire all'art. 266-bis c.p.p., la possibilità di eseguire le intercettazioni informatiche anche attraverso l'impiego di strumenti o di programmi informatici per l'acquisizione da remoto delle comunicazioni e dei dati presenti in un sistema informatico. Tuttavia, la proposta di modifica, nonostante un emendamento che ne aveva limitato l'applicazione soltanto ai delitti commessi con finalità di terrorismo, non era stata approvata in sede di conversione.

¹⁷ A tal proposito, autorevoli autori si sono espressi nel senso di una delega in bianco, attesa l'evidente ampiezza e genericità dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge delega, inidonei a conferire al governo i necessari parametri per poter esplicitare la sua funzione di legislatore secondario; è stato osservato come, con la legge in parola, è come se il Governo avesse sostanzialmente delegato sé stesso, con ciò destando non poche perplessità in ordine ad una compiuta attuazione di quella riserva di legge e di giurisdizione prevista dagli artt. 13, 14 e 15 Cost. Nel momento in cui l'Esecutivo viene munito della delega legislativa, infatti, i suoi atti (di attuazione della medesima) acquisiscono valore di legge senza che gli stessi debbano passare nuovamente per l'approvazione del Parlamento; i pareri che quest'ultimo, per mezzo delle Commissioni, è chiamato ad esprimere rispetto allo schema di decreto legislativo non sono vincolanti per il Governo, il quale può anche determinarsi in maniera difforme senza che l'esercizio del potere acquisito subisca ripercussioni e fermo restando, quale unico vincolo, i principi e criteri direttivi espressi con la legge di delegazione (ex art. 76 Cost.); tuttavia (e questo, a ben vedere, lo si poteva già desumere un po' dalle maglie più o meno larghe della legge delega, un po' dalla sostanziale identità tra l'autore di quanto contenuto all'interno della delega legislativa e soggetto chiamato a darvi attuazione), appariva abbastanza remota la possibilità che il legislatore della riforma potesse, dunque, contravvenire a sé stesso, sul punto si vedano M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni, penale contemporaneo.it, 20 giugno 2017.

nel parere condizionatamente rilasciato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, sarebbero state accolte pressoché integralmente nel testo governativo poi approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 29 dicembre 2017.

Nel dettaglio, il comma 82 dell'articolo unico della legge n. 103/2017, recitava espressamente: "Il Governo è delegato ad adottare decreti legislativi per la riforma della disciplina in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni e di giudizio di impugnazione nel processo penale nonché per la riforma dell'ordinamento penitenziario, secondo i principi e criteri direttivi previsti dai commi 84 e 85".

In particolare, quanto al progetto di riforma della materia delle intercettazioni, ciò che fin dalla legge delega emergeva, nell'ambito di un più ampio progetto di riforma della giustizia penale, era l'intento, forse poco ponderato dal legislatore, di sposare un'evoluzione tecnologica in grado di condizionare ineluttabilmente, oltre alle abitudini di vita quotidiana degli individui, anche l'attività investigativa funzionale al perseguimento dei reati.

Nel calderone delle istanze di riforma, sembrava mancare nella legge delega una debita considerazione del livello di intrusività e delle potenzialità apprensive che le intercettazioni effettuate per mezzo di tecnologie informatiche erano in grado di esprimere.

Tuttavia, malgrado le perplessità sorte già ad una prima lettura della legge delega, non si può, comunque, prescindere, ai fini di una compiuta analisi della più recente riforma in materia di intercettazioni, da una disamina delle linee strutturali tracciate dalla medesima legge, onde comprendere appieno la costruzione di questo "nuovo" mezzo di ricerca della prova.

Per ciò che interessa ai fini del presente elaborato, non si può, in particolare, prescindere dalla lettura della disposizione contenente tutte le linee guida utili in vista dell'attuazione della parte della delega legislativa inerente lo strumento del captatore informatico, ovvero sia la lettera e) del richiamato comma 84.

Nel disciplinare le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, il predetto comma aveva, infatti, previsto che: 1) l'attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice; 2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell'articolo 348, comma 4, del codice di procedura penale, su indicazione della polizia giudiziaria operante che è tenuta a indicare l'ora di

inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all'articolo 268 del medesimo codice; 3) l'attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all'articolo 614 del codice penale soltanto qualora ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all'articolo 266, comma 1, del codice di procedura penale; in ogni caso il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il server della

procura così da garantire originalità e integrità delle registrazioni; al termine della registrazione il captatore informatico venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante; 5) siano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti

legislativi di cui al presente comma, che tenga costantemente conto dell'evoluzione tecnica al fine di garantire che tali programmi si limitino ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia; 6) fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, limitatamente ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d'urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendono impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini; 7) i risultati intercettativi così ottenuti possano essere utilizzati a fini di prova soltanto dei reati oggetto del provvedimento autorizzativo e possano essere utilizzati in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento dei delitti di cui all'articolo 380 del codice di procedura penale; 8) non possano essere in alcun modo conoscibili, divulgabili e pubblicabili i risultati di intercettazioni che abbiano coinvolto occasionalmente soggetti estranei ai fatti per cui si procede.

Orbene, benché legge di delegazione (e, pertanto, precipuamente diretta a tracciare le linee guida ed i principi generali della materia, lasciando alla fase attuativa la legislazione di dettaglio), dalla lettura della

« ... ciò che emergeva
era l'intento di sposare
un'evoluzione tecnologica
in grado di condizionare
anche l'attività
investigativa ... »

disposizione, emerge come il legislatore si fosse, in realtà, preoccupato di fornire rispetto a tale "nuovo" strumento uno spazio tecnico-operativo in verità già molto preciso e puntuale, senza, tuttavia, interrogarsi sulla reale natura di tale particolare mezzo di ricerca della prova, né sugli effetti che esso avrebbe potuto portare, col tempo, in ambito investigativo.

Un tecnicismo giuridico che, molto probabilmente, era apparso necessario ai fini della collocazione del captatore informatico all'interno di un quadro normativo già ben strutturato e, allo stesso tempo, in vista di un nuovo delicato bilanciamento tra le potenzialità investigative connesse all'evoluzione tecnologica e le esigenze di garanzia di quei valori di rango costituzionale, quali l'inviolabilità del domicilio, la libertà e riservatezza delle comunicazioni e, più in generale, il diritto alla privacy.

Tuttavia, un dato emerge inconfutabile: da una legge di delega alla riforma dello strumento delle intercettazioni (e, più in generale, da un progetto di riforma della giustizia penale), ci si sarebbe aspettati qualcosa di più di un eccesso di dettagli di tipo tecnico. In primo luogo, un chiarimento da parte del legislatore in ordine alla classificazione delle intercettazioni a mezzo *trojan horse* (ovvero, mediante altra tipologia di virus informatico), onde comprendere se le stesse fossero o meno da intendersi quali intercettazioni ambientali.

Proprio l'impiego investigativo di programmi *trojan horse* (potenzialmente in grado di prendere il controllo completo del dispositivo "infettato", accedendo a tutte le informazioni in esso ricavabili, siano esse già presenti all'interno dello stesso ovvero carpirli attraverso l'uso del *device* come "cimice"), non poteva, peraltro, non sollevare interrogativi importanti rispetto ai margini di compressione che il contrapposto interesse individuale alla riservatezza avrebbe potuto sopportare (e che, anche laddove non direttamente riconducibile al presidio domiciliare di cui all'art. 14 Cost., ovvero a quello comunicativo in senso stretto, ex art. 15 Cost., avrebbe, comunque, pur sempre, potuto trovare tutela nell'ambito del più ampio presidio costituzionale di cui all'art. 2).

A fronte di tutti i possibili impieghi del virus *trojan*, lo sforzo sistematico e regolatore del legislatore contemporaneo è, pertanto, sembrato piuttosto minimo. Il fatto stesso di aver utilizzato l'espressione (punti 1 e 3 del comma 84, lett. e)), "*attivazione del dispositivo*", in luogo di installazione a fini investigativi

del virus informatico, la dice lunga su come di tale potenzialità intrusiva il legislatore della riforma ben fosse, in realtà, già consapevole nel momento in cui redigeva il testo della legge delega, ma – ciononostante – non abbia, comunque, suggerito l'opportuno bilanciamento tra persecuzione dell'illecito e garanzie per l'individuo (al di là, peraltro, del mero giudizio postumo di utilizzabilità processuale dei risultati ottenuti attraverso un impiego costituzionalmente discutibile di tecnologie informatiche in ambito investigativo).

A titolo meramente esemplificato, attraverso l'uso dei virus informatici, gli inquirenti ben potrebbero, infatti, potenzialmente acquisire non soltanto il controllo del microfono integrato sul dispositivo elettronico, ma anche l'uso della *webcam* (con la conseguenza che, attraverso il controllo a distanza della telecamera, si potrebbero oltrepassare i limiti di legittimità del mezzo di captazione ambientale di comunicazioni ed incidere anche su beni giuridici ulteriori rispetto a quelli vulnerati con le sole apprensioni acustiche), nonché, tracciare gli spostamenti del sospettato attraverso il sistema GPS integrato, oppure, ancora, prendere cognizione del flusso di comunicazioni *e-mail*, VoIP o *chat* (in tal modo, finendo l'attività di ricerca della prova per diventare anche captazione informatica o telematica, ex art. 266-bis c.p.p.).

Pertanto, andando a regolare solo un impiego "acustico" dei virus *trojan* in ambito investigativo (per di più, separando concettualmente il momento dell'installazione del programma da quello dell'attivazione dello stesso¹⁸), il legislatore della riforma ha, di fatto, lasciato che attività rimaste ai margini del nuovo tipo di intercettazione ambientale – quali, ad esempio, il pedinamento GPS o l'intercettazione informatica ex art. 266-bis c.p.p. – potessero in futuro essere utilizzate come veri e propri canali attraverso cui aprire la strada ad un uso a fini intercettativi dei dispositivi (già infettati) che si trovino nella disponibilità della persona da attenzionare.

Orbene, proprio nel tentativo di dare una risposta a tutte quelle istanze di riforma che da circa vent'anni gravitavano attorno al tema della captazione "multimediale"¹⁹, nonché, evitare che le valutazioni in ordine alla sempre maggiore intrusività di tali nuovi strumenti investigativi continuassero ad essere lasciate alla sensibilità interpretativa dei giudici, il decreto legislativo 29 dicembre 2017 n. 216²⁰, ha dato concreta attuazione alla richiamata legge delega.

¹⁸ In particolare, a fronte dell'implicita distinzione fatta all'interno dei richiamati criteri direttivi nn. 1 e 3 dell'art. 1, comma 84, lett. e), legge n. 103/2017, tra attivazione del captatore (consentita solo nel caso in cui si stia indagando per un'ipotesi di reato contemplata ai commi 3 bis e 3 quater dell'art. 51 c.p.p., oppure, fuori da tali ipotesi e con riferimento ai luoghi di cui all'art. 614 c.p., nel caso in cui sia raggiunta la prova che ivi si stia svolgendo attività criminosa), ed installazione del medesimo all'interno del dispositivo-bersaglio, sembrerebbe che proprio quest'ultima possa costituire, per come evincibile dal silenzio serbato dalla legge di delegazione al riguardo, attività libera.

¹⁹ Ci si riferisce, in particolare, a tutte le questioni che sono sorte intorno al tema delle apprensioni audiovisive in ambito intercettativo, considerate a partire dalla storica Sentenza Greco del 1997 (cfr. Cass., Sez. VI, sent. 10 novembre 1997, n. 4397), nonché, in base ai successivi approdi giurisprudenziali costituiti dalla Sentenza Prisco del 2006 (cfr. Cass., S.U., 28 marzo 2006-dep. 28 luglio 2006, n. 26795), e dai paralleli pronunciamenti della Consulta (cfr. C. cost., 11-24 aprile 2002, n. 135 e C. cost., 16 maggio 2008, n. 149).

²⁰ Pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 8 dell'11 gennaio 2017, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e), della legge 23 giugno 2017, n. 103.

Ad ispirare il progetto di riforma era stata, fin dall'inizio, la necessità di riorganizzare le norme processuali in tema di intercettazioni, al fine non soltanto di garantire la tutela della *privacy* dei soggetti coinvolti, ma, soprattutto, garantire la tutela degli interessi in gioco, tutti tra loro contrapposti ma, comunque, ugualmente delicati e meritevoli della massima considerazione da parte del legislatore²¹.

A riprova della particolare urgenza e delicatezza dell'intervento in materia di intercettazioni, la legge delega aveva, infatti, previsto un termine di adozione di soli tre mesi, a fronte del maggior termine, pari ad un anno, usualmente fissato per l'adozione degli altri decreti.

Un dato era, infatti, apparso inconfutabile: in un'epoca di globale ripensamento dei rapporti tra esigenze di accertamento di fatti penalmente rilevanti e rispetto dei diritti dei cittadini, la disciplina delle intercettazioni aveva indubbiamente acquistato assoluta centralità, atteso che poche altre disposizioni previste dal codice di procedura penale consentivano, con efficacia pari allo strumento di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni, la prevenzione e repressione dei reati.

Di qui, dunque, il bisogno avvertito dal legislatore di intervenire nella materia delle intercettazioni, stante l'esigenza di far fronte a potenziali compromissioni di diritti non solo di primaria rilevanza sul piano costituzionale ma, altresì, percepiti come tali anche a livello sociologico e culturale.

In linea con i criteri delega dettati dalla legge n. 103/2017, il decreto lgs. n. 216/2017, ha inteso regolare le condizioni di utilizzo del captatore informatico, quale strumento molto sfruttato nella prassi investigativa ma fino a quel momento sfornito di specifiche disposizioni.

Modulando la possibilità di ricorrere a tale mezzo di indagine sulla scorta della tipologia di reato per il quale si procede, la scelta legislativa è stata quella di prevedere un utilizzo più permissivo per i delitti di particolare allarme sociale di cui ai commi 3-bis e 3-quater dell'art. 51 c.p.p., nonché, prevedere, ai fini di un legittimo utilizzo del *trojan horse*, l'operatività dei medesimi limiti già dettati per le intercettazioni telefoniche ed ambientali, ex artt. 266 ss. c.p.p..

In ossequio ai principi di delega, il decreto *de quo* ha, in particolare, previsto che le intercettazioni ambientali, anche domiciliari, siano sempre ammesse solo nei procedimenti iscritti per i reati di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.; viceversa, negli altri casi, che l'intercettazione domiciliare sia consentita solo in caso di svolgimento in ambito domestico dell'attività criminosa.

« ... il trojan o captatore informatico è stato equiparato alle intercettazioni ed è, quindi, divenuto uno strumento di indagine ... »

Ad emergere è, pertanto, la centralità del decreto autorizzativo del giudice, nel quale dovrà essere specificamente motivata la necessità di ricorrere a tale invasivo strumento di indagine in luogo di altri. Inoltre, sarà sempre il g.i.p. ad individuare i momenti ed i luoghi nei quali gli operatori di polizia giudiziaria potranno concretamente attivare il microfono.

D'altra parte, che il microfono potesse essere utilizzato soltanto con attivazione da remoto e non già con il semplice inoculamento del virus nel dispositivo bersaglio era già stato espressamente previsto nei principi di delega, così come in tali principi era stato esplicitato che il captatore dovesse essere utilizzato nel rispetto dei limiti imposti dal giudice nel provvedimento autorizzativo (pena l'inutilizzabilità delle risultanze, ex art. 271 c.p.p.).

Nel complesso, dunque, trattasi di una regolamentazione recante le modalità di utilizzo del captatore (cfr. art. 4 del decreto n. 216/2017), che ha inteso intervenire sul testo degli artt. 266, 267, 268, 270 e 271 c.p.p..

In tal modo, il *trojan* o captatore informatico è stato, infatti, sostanzialmente equiparato alle intercettazioni ed è, quindi, divenuto, a tutti gli effetti, uno strumento di indagine.

Tuttavia, per meglio analizzare e comprendere la portata dirompente del predetto strumento di ricerca della prova, sarà utile, innanzitutto, partire dalla definizione di *trojan*: trattasi di un *malware* (ovvero, *malicious software*), occultamente installato dall'inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva, il quale consente in ogni momento all'attaccante di captare tutto il traffico dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrandone le attività, di perquisire gli *hard disk* e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare tutto quanto digitato sulla tastiera, nonché, fotografare le immagini e i documenti visualizzati.

Trattasi, quindi, di un *software* che, a differenza di altri strumenti invasivi, può essere installato ed attivato sul dispositivo da intercettare in maniera occulta e a

²¹ Trattasi, peraltro, di aspetti che già il Presidente della Commissione giustizia Camera dei deputati, XVIIa legislatura, aveva perfettamente evidenziato in riferimento al rilevante intervento operato dal Legislatore sul "sistema" intercettazioni.

*« ... il P.M. potrà disporre,
con decreto motivato,
l'intercettazione tra presenti
mediante inserimento di captatore
informatico su dispositivo
elettronico portatile soltanto
nei procedimenti per i delitti ... »*

distanza, attraverso, ad esempio, una *e-mail*, un'applicazione di aggiornamento o un sms.

Diversamente dagli altri strumenti di captazione, il *trojan* consente, peraltro, una pluralità di operazioni intrusive che vanno dall'accesso (con facoltà di copia) ai dati memorizzati nel dispositivo, alla registrazione del traffico dati in arrivo o in partenza (incluso quanto digitato sulla tastiera), nonché, alla registrazione delle telefonate e videotelefonate e, soprattutto, all'attivazione delle funzioni microfono e/o telecamera indipendentemente dalla volontà dell'utente.

Proprio tale ultima operazione intrusiva consente, quindi, la captazione e registrazione delle comunicazioni che avvengono entro il raggio di azione del captatore, sfruttando l'abitudine oramai pressoché unanime di portare sempre con sé almeno uno dei più diffusi dispositivi digitali, quali *smartphone, tablet, Apple watch* o *Google glass*.

Trattandosi, dunque, di modalità di intercettazione di natura sostanzialmente ambientale, si pone il correlato bisogno di temperare le esigenze investigative di repressione dei fenomeni criminali, chiaramente avvantaggiate dall'uso delle nuove tecnologie informatiche, con la garanzia dei diritti individuali, nella misura in cui dal loro utilizzo possa derivare una lesione alle prerogative della persona.

Difficile negare, dunque, che di un intervento legislativo vi fosse effettivamente bisogno, soprattutto al fine di disciplinare i nuovi strumenti di captazione informatici e rintracciare il giusto punto di equilibrio tra esigenze investigative e tutela della riservatezza individuale.

A tal proposito, l'intervento legislativo volto a codificare l'utilizzo del predetto strumento ha inteso rispondere all'accorato appello che, all'indomani della nota sentenza Scurato delle Sezioni Unite, molti studiosi di diritto processuale penale avevano rivolto al legislatore affinché quest'ultimo intervenisse a regolamentare una materia altamente insidiosa e fortemente invasiva dei diritti fondamentali delle libertà dei cittadini, di cui agli artt. 14, 15 Cost. e 8 CEDU.

Nello specifico, per quanto concerne la disciplina normativa dettata in materia di intercettazione di

comunicazioni e conversazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, il decreto di attuazione della riforma *de qua* ha previsto che le comunicazioni intercettate debbano essere trasferite, dopo l'acquisizione delle necessarie informazioni in merito alle condizioni tecniche di sicurezza e di affidabilità della rete di trasmissione, esclusivamente verso gli impianti della procura della Repubblica; in particolare, durante il trasferimento dei dati dovranno essere operati controlli costanti di integrità, in modo da assicurare la corrispondenza tra quanto intercettato e quanto trasmesso e registrato. Il verbale di cui all'art. 268 c.p.p. deve, altresì, dare atto delle ragioni tecniche impeditive del contestuale trasferimento, nonché, della successione cronologica degli accadimenti captati e delle conversazioni intercettate. Al termine delle operazioni deve, poi, provvedersi alla disattivazione del captatore con modalità tali da renderlo inidoneo a successivi impieghi, dando atto della relativa operazione nel medesimo verbale.

Per quanto concerne i limiti di ammissibilità, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile è consentita quando è possibile l'intercettazione di conversazioni e comunicazioni telefoniche e, nel caso di luoghi di cui all'art. 614 c.p., se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

L'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre consentita, invece, nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p..

Altresì, nei procedimenti per i delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile solo quando vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa (cfr. art. 6, co. 2, D. Lgs. 216/2017).

Nei casi di urgenza, il decreto del G.i.p. che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile deve indicare le ragioni che rendono necessaria tale modalità di svolgimento delle indagini e, laddove si proceda per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., anche l'indicazione dei luoghi e del tempo in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Il pubblico ministero potrà, peraltro, disporre, con decreto motivato, l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su

dispositivo elettronico portatile soltanto nei procedimenti per i delitti di cui al richiamato articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, indicando anche le ragioni di urgenza che rendano impossibile attendere il provvedimento del giudice (restando, invece, immutata la disciplina sulla convalida del decreto).

I risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

Non sono, in ogni caso, utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo, potendo, a tal proposito, il giudice, in ogni stato e grado del processo, disporre che la relativa documentazione venga distrutta, salvo che la stessa costituisca corpo del reato.

Delineato, dunque, il quadro normativo di riferimento, come per qualsiasi altra novella legislativa anche le sorti del decreto attuativo della legge delega n. 103/2017 sono consegnate nelle mani dei suoi protagonisti, ovverosia polizia giudiziaria, pubblici ministeri, giudici ed avvocati, ciascuno dei quali chiamato ad assolvere al proprio ruolo.

Tuttavia, già ad una prima lettura delle nuove disposizioni sovengono talune perplessità.

La disciplina del *trojan*, complici i limiti della legge delega, non affronta, infatti, tutta una serie di tematiche legate ad un uso dello stesso che vada al di là della mera regolamentazione della sua attivazione su dispositivo portatile.

Si lascia, in altre parole, alle procure ed alla giurisprudenza il compito di definire modalità, regole ed effetti dell'uso del captatore per quelle attività di ispezione, perquisizione, sequestro e quant'altro potrebbe essere possibile acquisire con lo strumento *de quo*.

Conclusioni

A ben vedere, trattasi, dunque, di una "nuova" modalità attraverso cui espletarsi un "vecchio" mezzo di ricerca della prova, caratterizzata, tuttavia, da specifiche peculiarità e da un *quid pluris* rispetto alle ordinarie potenzialità insite nello strumento delle intercettazioni.

L'elaborazione del concetto di intercettazione si deve, come detto, alla giurisprudenza di legittimità, la quale ha inquadrato tale strumento di ricerca della prova "nella captazione occulta e contestuale di una

*comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere gli altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo alla stessa e mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato*²²."

Ben si comprende, dunque, come, più di ogni altro mezzo di ricerca della prova e, a maggior ragione, a fronte dell'utilizzazione di strumentazione informatica altamente sofisticata, il mezzo delle intercettazioni rappresenti una potenziale minaccia per quei diritti inviolabili, quali la libertà e segretezza delle comunicazioni, la tutela della riservatezza e della *privacy*.

Volendo partire da un modello di riferimento, la Corte costituzionale tedesca, in una nota sentenza del febbraio 2008, ha sancito un apposito diritto fondamentale, quale "il diritto all'uso riservato e confidenziale delle tecnologie informatiche", strettamente correlato alla dignità della persona, matrice di tutti i diritti fondamentali.

Tuttavia, dall'altro lato, per come diffusamente rilevato nel presente elaborato, tali libertà devono, in ogni caso, subire una limitazione, sia pure in termini ragionevoli, in nome della protezione di quell'interesse alla prevenzione e repressione dei reati, ugualmente meritevole di tutela.

Peraltro, proprio dall'analisi della più recente riforma attuata in materia, nonché, dall'evoluzione normativa e giurisprudenziale di riferimento, è emerso come, già a partire dalla pronuncia Scurato delle Sezioni Unite, fossero state offerte soluzioni parziali alle problematiche connesse all'utilizzo dei captatori informatici, dirimendo, sia il legislatore che la prassi applicativa, soltanto in parte i dubbi sorti intorno all'utilizzo del cd. *virus trojan*.

Il nocciolo della questione si è, infatti, rivelato il difficile inquadramento sistematico dell'attività captativa condotta tramite strumenti di controllo a distanza, in termini sia di legittimità dello strumento *ex se*, che delle sue correlate applicazioni e ripercussioni sulla *privacy* delle parti e dei soggetti coinvolti nel relativo procedimento.

Prescindendo dalle scelte adottate dal legislatore in attuazione della delega di cui alla legge n. 103/2017, già le soluzioni adottate dalla Suprema Corte nella pronuncia in commento avevano destato fin dall'inizio non poche perplessità.

È bene, infatti, rilevare come, sul piano della qualità ed estensione delle garanzie normativamente apprestate, i mezzi di prova e/o di ricerca della prova richiedono che la loro formazione avvenga sotto il controllo e la supervisione, sin dalla fase delle

²² Cassazione penale, Sezioni Unite, sentenza 24 settembre 2003, n. 36747.

indagini, di un organo giurisdizionale terzo.

Rispetto alla cd. prova atipica ovvero alle perquisizioni, ispezioni e sequestri (rispetto ai quali il vaglio di legittimità risulta rimesso alla sola verifica *ex post* dinanzi al Tribunale della libertà), lo strumento delle intercettazioni, ex art. 266-bis c.p.p., è, infatti, subordinato (fatti salvi i limitati casi di urgenza, comunque destinati ad essere valutati in sede di convalida) all'autorizzazione preventiva del Gip.

Tuttavia, tale preventivo vaglio giurisdizionale risulta concretamente messo a repentaglio ogniqualvolta che dall'utilizzo di *software* informatici altamente pervasivi possa discendere un'attività molto più simile alle predette operazioni di perquisizione, ispezione e sequestro (seppur eseguite in una forma, per così dire, telematica).

Un dato appariva, dunque, oramai inconfutabile: in una materia governata da un rigido principio di tassatività, l'impiego del captatore informatico non poteva, infatti, continuare a trovare legittimazione soltanto in sede giurisprudenziale, attraverso interpretazioni più o meno estensive, ma necessitava, al contrario, di una specifica regolamentazione da parte del legislatore.

L'attività di monitoraggio della navigazione in rete, quasi come una sorta di pedinamento virtuale, l'attivazione da remoto della *webcam* e le videoriprese di comportamenti anche non comunicativi all'interno del domicilio (i quali sarebbero dovuti, come tali, già ricadere nell'ambito del divieto stabilito dalla sentenza Prisco), apparivano inevitabilmente idonei ad attentare a quella vita privata e familiare dell'individuo. Sul punto, le Sezioni unite, nella sentenza Scurato, legittimando parzialmente l'intrusione informatica, si erano, infatti, limitate ad affrontare soltanto uno dei profili inerenti le plurime funzionalità connesse al captatore informatico (ovverosia, la sola intercettazione di comunicazioni tra presenti).

Diversamente da ciò, vi sarebbe, invece, stata, a monte, la necessità di affrontare la questione, molto più pregnante, della costituzionalità dell'intrusione informatica in relazione a tutti i possibili utilizzi del captatore medesimo; una questione, peraltro, che, allo stato, permane ancora aperta.

Con ciò non si vuole, comunque, negare che per un'efficace prevenzione e repressione dei reati è pur sempre necessario che la tecnologia del contrasto al crimine si mantenga, quantomeno, allo stesso livello della tecnologia adoperata dal crimine medesimo; tuttavia, ed è la nostra Carta costituzionale a richiederlo fermamente, è necessario stabilirne i correlati limiti d'uso a tutela dei diritti fondamentali della persona, devolvendo al legislatore il compito di farsi carico della relativa regolamentazione.

A tal proposito, la giurisprudenza aveva cercato di calare la captazione informatica nella trama del

nostro codice di rito, omettendo, tuttavia, di considerare almeno quattro ambiti di operatività del *virus trojan*, altamente pervasivi della riservatezza individuale: il cd. pedinamento virtuale; le ispezioni e perquisizioni informatiche; le intercettazioni di telecomunicazioni e sequestro di corrispondenza *on line*; le intercettazioni ambientali telematiche.

Dinanzi a poteri investigativi idonei ad incidere in maniera tanto profonda sulla vita privata e familiare degli individui, la necessità doveva, pertanto, essere quella di un ritorno ai criteri di proporzione e necessità già stabiliti dalla CEDU per le intercettazioni ordinarie, attraverso l'adozione di norme in grado di elevare il livello di garanzia e preservare la trasparenza del controllo giurisdizionale.

In conclusione, una considerazione racchiude in sé l'essenza del presente elaborato: nella consapevolezza di un presente dominato dal progresso tecnico-scientifico e di un'era tecnologica progressivamente destinata ad alterare i caratteri tipici del processo penale, è il sistema giuridico che deve essere in grado di adattarsi, adeguarsi e plasmarsi alla realtà contingente, in un rapporto costante con l'evoluzione e le mutate esigenze della società contemporanea.

Il diritto, specie quello penale, non può restare estraneo al progresso scientifico e tecnologico; tuttavia, lo sforzo del legislatore deve essere proteso ad apprestare a quei diritti fondamentali, che di volta in volta vengano in rilievo, una tutela progressiva, in grado di stare al passo con l'evoluzione tecnologica e di rispondere, altresì, alla più moderna sfida rappresentata dal difficile raggiungimento di un punto di equilibrio nel rapporto di costante tensione di quei diritti costituzionalmente garantiti con l'esigenza, anch'essa di rango costituzionale, di un efficace perseguimento dei reati.

a cura della dott.ssa Alessia Celestino
Patrocinatore Legale

Ancora costretti a discutere di parità tra accusa e difesa: osservazioni critiche a margine della pronuncia della Suprema Corte, terza sezione penale, n° 2049/18

“Osservatorio Investigazioni Difensive”

Responsabile: avv. **Giuseppina Carricato**.

Coordinatore: avv. **Martina De Giacomo**.

Componenti: avv. **Gaetano Maria Bernaudo**, avv. **Roberto Borrelli**, avv. **Fabrizio Loizzo**.

Con sentenza depositata nel mese di gennaio 2019, la Corte di Cassazione è “tornata” ad occuparsi di investigazioni difensive e, in particolare, di utilizzabilità dei verbali delle dichiarazioni assunte dalle persone informate sui fatti.

Lo ha fatto in termini innovativi, che hanno rivoluzionato i principi consolidati nella precedente elaborazione giurisprudenziale.

Il tema, come premesso, non è nuovo alle deliberazioni dei Giudici di legittimità: natura ed effetti processuali dell’atto redatto dal difensore ai sensi degli articoli 391-bis, 391-ter cpp. e relative ipotesi di nullità e/o inutilizzabilità.

Del tutto rinnovata è, però, questa volta, la prospettiva in cui la Corte lo ha affrontato e risolto; facendo ricorso ad un *excursus* dell’istituto, compendioso ma incisivo, che ha rappresentato l’occasione per restituire al difensore la propria

“dignità” di parte processuale in grado di contemperare le esigenze di garanzie della legalità -in ambito costituzionale e sociale- con il presidio dei diritti di libertà (dei singoli individui che a lui si affidano per riceverne assistenza legale).

L’interrogativo sotteso alla *quaestio juris* è specifico e circoscritto: gli atti formati dal difensore sono equipollenti, quanto a natura ed effetti processuali, dunque a valenza probatoria, a quelli formati dall’Ufficio di Procura (o da loro delegati)?

Le due categorie sono soggette all’applicazione della medesima disciplina, anche, in tema di nullità e/o inutilizzabilità?

Positiva la risposta fornita dalla S.C. con la recente sentenza 2049/18; la soluzione è stata, però, tutt’altro che scontata, tanto da richiedere, preliminarmente, ampia ed articolata dissertazione motivata dall’esigenza, così testualmente la S.C., di “*inquadrare natura e modalità delle investigazioni difensive svolte dalla difesa ex art. 391 bis, e documentate ex art. 391 ter cod. proc. pen.*”.

Si preannuncia la conclusione della Corte, che ha assegnato “all’atto redatto dal difensore la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal Pubblico Ministero”.

Tale *decisum* è supportato da argomenti di carattere normativo e giurisprudenziale: su tutti, i rilievi espressi dalle Sezioni Unite in ordine all’inquadramento della condotta del difensore che “*documenta e poi utilizza processualmente le*

informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa, verbalizzate in modo incompleto o non fedele, in quanto l’atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero”, **condotta integrante la fattispecie delittuosa di cui all’articolo 479 c.p., ossia “Falsità ideologica in atto pubblico”** (Cass. Pen. SS.UU. n° 32009 del 27 giugno 2006).

Corollario di tale conclusione è il mutamento di *status* del difensore nello svolgimento dell’attività di investigazione difensiva: da esercente un servizio di pubblica necessità, ex art. 359 c.p., assume la veste di pubblico ufficiale allorquando

« ... all’atto redatto dal difensore
la stessa natura e gli stessi effetti
processuali del corrispondente
verbale redatto dal
Pubblico Ministero ... »

procede alla formazione del verbale contenente le dichiarazioni assunte dalle persone informate sui fatti, ai sensi degli articoli 391-bis, 391-ter c.p.p.

Un ulteriore dato normativo milita a sostegno dell'equipollenza tra il verbale formato dal difensore e quello redatto dal Pubblico Ministero: la previsione incriminatrice di cui all'articolo 371-ter c.p.

Ed infatti, non a caso, immediatamente dopo l'art. 371-bis c.p. -che punisce chiunque renda false informazioni al P.M.- il legislatore, già con la Legge n. 397/2000, ha inteso normativizzare la punizione della condotta di "*False informazioni al difensore*" in relazione al soggetto che renda dichiarazioni mendaci nell'ambito dell'attività di verbalizzazione ex artt. 391-bis, 391-ter c.p.p.

È evidente che tale fattispecie di reato sarebbe del tutto vana qualora si postulassero, da parte del difensore, facoltà di verbalizzazione incompleta e/o infedele ovvero di modifica arbitraria delle dichiarazioni ricevute.

Ne consegue che, nell'esercizio delle peculiari attività di investigazione difensiva, il difensore incontra più di una limitazione alla propria libertà; trattasi di limiti evidentemente funzionali ad assicurare all'atto compiuto valore ed effetti probatori equiparabili a quelli di verbali ed atti provenienti dalla pubblica accusa.

È così che - ferma restando l'assenza di un vero e proprio dovere di cooperazione nella ricerca della verità ed il riconoscimento del diritto di ricercare, acquisire ed utilizzare soltanto gli elementi utili alla difesa del proprio assistito - al difensore non è consentito di manipolare le informazioni ricevute né tantomeno di verbalizzare soltanto quelle favorevoli all'assistito.

Tali limiti e divieti sono contemperati, però, dalla garanzia di una duplice facoltà, finalizzata a preservare l'integrità della tutela difensiva: (a) non procedere alla verbalizzazione in seguito al preventivo colloquio, (b) omettere l'utilizzo processuale del verbale contenente elementi non utili ovvero, addirittura, sfavorevoli alla difesa.

L'originalità e singolarità della pronuncia in esame risiede in un ulteriore profilo.

Il recupero della attendibilità e valenza probatoria dei risultati delle investigazioni difensive è perseguito e realizzato, anche, mediante il riferimento a valori propriamente deontologici della funzione difensiva: fedeltà e lealtà!

Il verbale formato dall'avvocato è attendibile e, dunque, idoneo ad assumere la medesima efficacia probante del corrispondente atto

redatto dal Pubblico Ministero, in quanto (anche) il difensore è soggetto ad un "**obbligo di fedeltà**" nella verbalizzazione.

Il richiamo operato dalla Suprema Corte è inevitabilmente evocativo -benché non espressamente dichiarato nella stessa pronuncia- del dovere di fedeltà sancito dall'articolo 10 del Codice deontologico, che impone all'avvocato, tra l'altro, di svolgere la propria attività, non solo, a tutela dell'interesse della parte assistita, quanto, soprattutto, "**nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa**".

Non a caso, infatti, l'art. 10 del Codice deontologico è rubricato "dovere di fedeltà" e non "obbligo di fedeltà".

L'**obbligo** indica la necessità di soddisfare, con il comportamento imposto dalla legge, l'interesse specifico di uno o più soggetti: obbligo di fedeltà del difensore nell'interesse specifico dei soggetti coinvolti *nella verbalizzazione stessa*.

Il **dovere**, invece, richiama l'esigenza di perseguire, mediante il comportamento imposto dalla legge, un interesse generale e collettivo: dovere di fedeltà del difensore nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale *del diritto di difesa*.

È questo, a ben vedere, il maggior limite alla "libertà" della funzione difensiva: il rilievo costituzionale e sociale della difesa stessa, nel cui rispetto assoluto l'avvocato è tenuto ad esercitare il *munus* difensivo e che è idoneo (questo stesso limite) a preservarne l'esercizio da ogni forma di arbitrarietà.

E neppure è un caso, forse, che tale limitazione derivi proprio dall'ambito deontologico, ossia da quello stesso *humus* etico-normativo che delle indagini difensive ha consentito l'origine e favorito lo sviluppo.

Possono ritenersi, così, neutralizzate, mediante un percorso argomentativo di elevata raffinatezza giuridica -quale quello che connota la sentenza 2049/18- le ragioni di "diffidenza e sospetto" quasi ontologicamente connaturali all'approccio valutativo dei verbali delle dichiarazioni assunte dal difensore nello svolgimento delle proprie prerogative investigative.

Ecco, allora, che l'inversione di tendenza rispetto al passato è finalmente netta.

Del tutto antitetica era stata, difatti, la soluzione fornita alla questione dalla precedente pronuncia n° 6524/2011, sez. II, che aveva affermato, perentoriamente e senza eccezione alcuna, il seguente principio: "**In tema di indagini difensive, sono inutilizzabili, perché assunte in**

violazione delle modalità previste dall'art. 391 tre cod. proc. pen., comma 3, le informazioni documentate nel verbale mancante di sottoscrizione alla fine di ogni foglio".

La fonte di tale rigoroso obbligo di sottoscrizione su ogni foglio era stata ravvisata nell'articolo 137 comma 1 c.p.p. dai Giudici di legittimità, i quali avevano escluso, di contro, l'applicabilità della disposizione di cui all'articolo 142 c.p.p. (norma che sancisce la nullità del verbale soltanto nelle ipotesi di incertezza assoluta sulle persone intervenute al compimento dello stesso o di totale mancanza di sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo redige) sul presupposto dell'estraneità dell'attività difensiva ad "un ambito istituzionale ed ontologicamente garantito da imparzialità".

La conclusione era -e lo è stata sino a pochi mesi addietro- giuridicamente allarmante, oltre che per lo svilimento della funzione difensiva che ne derivava, affermato in termini tutt'altro che larvati, per l'assoluta mancanza di coerenza sistematica rispetto ai consolidati argomenti -di ordine normativo e giurisprudenziale- sopra richiamati.

Sostenere l'estraneità dell'attività di investigazione difensiva ad un "ambito istituzionale ed ontologicamente garantito da imparzialità" equivale a negare e disconoscere, su tutti, lo *status* di pubblico ufficiale che la stessa giurisprudenza di Legittimità ha attribuito al difensore nonché, addirittura, il valore nomofilattico della pronuncia 32009/2006, che ha sancito la punibilità, in ordine al reato di *"falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atto pubblico"* ex art. 479 c.p., del difensore che incorra nella verbalizzazione incompleta ovvero infedele.

Al contrario, il profilo della coerenza sistematica interna è quello di maggiore risalto e pregio nella soluzione adottata dalla recente sentenza 2049/18: deve trovare applicazione, anche per gli atti delle indagini difensive, "la norma dell'art. 142, cod. proc. pen. (valida anche per i verbali del P.M.) che prevede la nullità del verbale <<se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto>>. Infatti il difensore assume la veste di pubblico ufficiale nella documentazione delle dichiarazioni delle persone informate sui fatti È questa, del resto, l'unica norma che prevede l'invalidità di un verbale, e la giurisprudenza non può creare una norma specifica per il solo verbale

redatto ex art. 391-ter cod. proc. pen."

La conclusione scaturente da tali premesse è talmente chiara ed ineccepibile, in ambito giuridico, da non prestarsi a diverse interpretazioni o a future rivisitazioni: ***"l'atto redatto dal difensore ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal Pubblico Ministero e può ritenersi nullo solo se vi è incertezza assoluta sulle persone intervenute o se manca la sottoscrizione dell'Avvocato o del sostituto che lo ha redatto, e non anche se l'informatore dichiarante non ha sottoscritto l'atto foglio per foglio"***.

Ed ora basterà tale faticosa elaborazione giurisprudenziale a chiarire, finalmente, che il nostro sistema è incentrato sul principio costituzionale della "parità d'armi" tra accusa e difesa?

a cura di tutti i Componenti
l'Osservatorio Investigazioni Difensive

La deontologia nelle investigazioni difensive: essere (e non solo fare l')avvocato!

“Osservatorio Investigazioni Difensive”

Responsabile: avv. **Giuseppina Carricato**.

Coordinatore: avv. **Martina De Giacomo**.

Componenti: avv. **Gaetano Maria Bernaudo**, avv. **Roberto Borrelli**, avv. **Fabrizio Loizzo**.

1. Un'equazione per un equivoco.

Questa breve relazione è ispirata dall'esigenza di una serena quanto obisettiva puntualizzazione dei principi di matrice deontologica che sovrintendono a quel particolare campo di intervento dell'avvocato penalista rappresentato dalle investigazioni difensive.

E già in premessa si sottolinea che la particolare caratterizzazione che si è loro qui attribuita non è in funzione della natura delle facoltà che possono essere attivate d'iniziativa dal difensore sul terreno della ricerca e della formazione della prova, bensì in conseguenza dell'aura di diffidenza da cui nella prassi applicativa esse sono ammantate.

Perché non è certamente un caso, ad esempio, che il codice deontologico, all'art. 55 - la cui disamina si rimanda al successivo paragrafo - contempli espressamente il divieto per il difensore e per i soggetti da lui eventualmente delegati di “... corrispondere alle persone, interpellate ai fini delle investigazioni, compensi o indennità sotto qualsiasi forma, salva la facoltà di provvedere al rimborso delle sole spese documentate”.

E verrebbe, rizzelandosi, di ribattere: e c'era proprio bisogno di una norma che, con la minaccia di severe sanzioni, ingiungesse ad un avvocato di non tenere letteralmente al soldo una fonte di prova? E che, nel prevedere il rimborso delle sole spese documentate, parificasse tra le righe il legale allo Stato, quando rifonde delle stesse voci quei soggetti che, per la loro qualificata funzione, vengono chiamati ad intervenire nel processo?

Evidentemente sì.

E neppure lo è, un caso, che il legislatore, nel progetto di riforma ormai in dirittura d'arrivo, abbia sostanzialmente subordinato la richiesta di definizione del procedimento nelle forme del rito abbreviato, avanzata immediatamente dopo il deposito del risultato delle indagini difensive, al

decorso di un termine non superiore a sessanta giorni - che è però facoltà del p.m. invocare - e finalizzato allo svolgimento di indagini suppletive, sia pure limitatamente ai temi introdotti dalla difesa.

Proprio questa disposizione dell'impianto di riforma tuttora in gestazione assume per la riflessione che si propone una significativa valenza, legata com'è, nella sua *ratio* ispiratrice, ad uno dei principi cardine della professione forense, e perciò trasfuso al I comma dell'articolo 1 del codice deontologico: il principio del contraddittorio.

La norma in parola richiama l'avvocato al dovere di assicurare la regolarità del giudizio e del contraddittorio. Non solo dunque a rivendicarlo, ma ad assicurarlo, nel rispetto delle regole che governano il giudizio.

Ed è opportuna a questo punto una precisazione, che è poi l'autentica chiave di volta di tali note.

L'avvocato non è il garante della libertà; è il tutore del diritto alla libertà.

Lo scolpisce a chiare lettere il codice deontologico nell'*incipit* dell'art. 1.

*« ... l'avvocato non è
il garante della libertà;
è il tutore
del diritto alla libertà ... »*

Il che vuol dire, nelle povere parole di cui si è capaci, che è unicamente dalle regole che egli attende per il proprio assistito, nel e dall'ordinamento, il riconoscimento di tale condizione, ovvero il disconoscimento della richiesta di compressione e, pertanto, di compromissione della medesima. La sua, ancora più succintamente, è insomma una domanda di legalità, non di libertà; che ne è semmai l'approdo, non il varo.

L'avvocato è un operatore del processo, e nel processo del diritto, e col diritto per la libertà.

E' un'equazione, questa, imprescindibile che ha, non per incognita o variabile, in uno Stato di diritto quale è il nostro, ma come dato certo: le regole, tra cui anche quelle deontologiche.

Ed è su di esse che ci si vuole appuntare; ed è sui principi nelle stesse enucleati che ci si vuole

soffermare: per comprendere se può esser valida un'altra equazione, questa volta incentrata specificamente sulle indagini difensive, e sulla loro tenuta e considerazione dentro e fuori il processo, per rimediare, ad esempio, alla stortura che, di fronte ad una richiesta di accesso agli atti inoltrata ad una p.a., ci si senta rispondere che è necessario corredarla di apposita autorizzazione rilasciata dall'Autorità Giudiziaria.

In realtà, ne basterebbe una di norma, insieme al richiamo che può collegarsi. Si tratta dell'art. 12 del codice deontologico, intitolato "Dovere di diligenza". Nel disposto è invero contenuto un altro termine oltre alla diligenza, e in anticipo peraltro su quest'ultima: la coscienza. Volendone ricavare l'omologa situazione giuridica a carico dell'avvocato, risulterebbe una locuzione che probabilmente i redattori del codice hanno reputato un pleonaso, ma che per il fine che qui ci si propone non potrebbe essere invece più azzeccata: dovere di coscienza.

Senza farla troppo filosoficamente lunga, e per questo giocando anche sulla costruzione della parola, si è sempre pensato alla co-scienza come a quella consapevolezza che l'essere umano ha di sé in rapporto agli altri, e che è tanto più elevata quanto più egli, pur nella sua specificità, è in grado di riconoscere o di disconoscere ai propri simili ciò che vorrebbe o non vorrebbe per sé stesso.

Ora, l'avvocato ce l'ha come dovere quello di sentire gli altri, ma non come altri diversi da sé, ma come proiezioni in sé degli altri.

E' con questa considerazione del prossimo, prossima alla propria di sé, che l'avvocato assurge al ruolo non solo di tutore della propria clientela, ma di affidatario, ossia di portatore di fiducia, della intera collettività. Per tale ragione, gli si domandano comportamenti consoni, secondo le stesse norme deontologiche, pure nella vita privata; quando possa risulterne compromessa la reputazione personale o la immagine della professione forense.

È bene infatti chiarirsi che sentire l'altro secondo l'accezione proposta significa comprenderlo, non compenetrarlo.

Tutti gli altri doveri sono come i cerchi concentrici che si espandono in acqua dopo avervi lanciato un sasso: perché tale relazione dell'avvocato col prossimo in tanto è viva e foriera di fiducia in quanto egli, in questa sua vera e propria missione, sia onesto, probo, degno, decoroso, professionale, competente, aggiornato, corretto, rispettoso; in un aggettivo soltanto, responsabile, e in due ancora più specializzanti e definitivi

sostantivi: Uomo o Donna.

Solo quando la collettività ne sarà persuasa, l'equivoco che inficia le investigazioni difensive eclisserà dietro l'equazione: il rispetto di tutte le regole che le disciplinano è uguale al rispetto del loro risultato nel processo.

Un'equazione, in definitiva, per un equivoco.

2. La deontologia nelle investigazioni difensive: tra "conquiste" e involuzioni.

2.1 Il ruolo dei precetti deontologici nell'affermazione delle facoltà investigative del difensore: aperture e preclusioni.

I precetti deontologici, da sempre, hanno massima espressione ed estrinsecazione proprio nel settore delle investigazioni difensive.

In tale ambito, sebbene non assurgano a fonte del diritto sotto un profilo strettamente formale, svolgono una funzione di integrazione e innovazione rispetto alla disciplina contenuta nel codice di rito.

Questa funzione ha determinato il progressivo sgretolamento del carattere sussidiario precedentemente assunto dalle norme deontologiche rispetto a quelle di diritto positivo e la correlata acquisizione, da parte della deontologia, di una funzione paranormativa.

V'è, però, che, pur a fronte di tale "mutato" ruolo e della rinnovata, maggiore incidenza della deontologia sulle norme di diritto positivo, la prima continua ad essere priva di forza cogente e di efficacia tutelabile dinanzi all'autorità giudiziaria.

Che sia anche questo un fattore di "debolezza" delle investigazioni difensive?

Certo è che, mentre l'inosservanza delle norme processuali in tema di indagini difensive conduce all'inutilizzabilità del materiale acquisito, la violazione di quelle deontologiche rileva esclusivamente sotto un profilo disciplinare.

Accanto alla deontologia, con la funzione paranormativa sopra citata, la materia annovera un sistema delle fonti estremamente composito.

Esso si radica, anzitutto, nella Carta costituzionale; l'articolo 24 sancisce, al comma 2, l'inviolabilità della difesa "in ogni stato e grado del procedimento".

Ma il principio cardine è posto dall'articolo 111 Cost, non a caso modificato dalla Legge costituzionale n° 2/1999, in materia di "giusto processo".

Il ruolo preminente sul terreno delle investigazioni difensive è affidato ai principi della "parità tra le parti" e del "contraddittorio nella formazione della prova".

Quale giusto processo, in effetti, in assenza di contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale?

Quale giusto processo, senza garanzia, per l'accusato, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore?

Nell'articolo 111 Cost. risiede, dunque, in tale chiave interpretativa, il fondamento costituzionale per l'approvazione di una disciplina normativa coerente dell'attività investigativa compiuta dal difensore, che si è concretizzata nell'emanazione di una serie di interventi legislativi, culminati nella Legge n° 397/2000.

Pacifica è la collocazione delle norme deontologiche al di fuori dell'alveo delle fonti del diritto: incontrovertibile ne è l'assenza della forza cogente tipica degli atti normativi.

Quale ruolo assegnare, dunque, alla deontologia e ai suoi precetti?

Quale efficacia nei confronti del professionista, difensore/investigatore nell'ambito del procedimento penale?

La deontologia è etica; e con l'etica si fonde per colmare gli spazi lasciati vuoti dal legislatore con i plurimi interventi "a singhiozzo" che hanno riguardato la materia delle investigazioni del difensore.

Non è un caso che, proprio in tale ambito, tanto nuovo e delicato quanto estraneo alla tradizione forense, i precetti deontologici abbiano costituito un punto di riferimento imprescindibile per gli avvocati penalisti.

Ed è dall'intrinseca delicatezza della materia che discende la necessità degli stessi difensori di riferirsi a parametri comportamentali ben precisi e determinati nello svolgimento di tale qualificata

attività.

Perché il richiamo alla deontologia?

La risposta non è univoca e non può avere alcuna pretesa di esaustività.

Innanzitutto perché svolgere investigazioni nell'interesse e in difesa del proprio assistito è, non solo, legittimo, quanto, soprattutto, doveroso ai fini di una diligente esecuzione del mandato; *recte*, ai fini del pieno e compiuto esercizio del diritto di difesa, di cui l'accezione del "difendere provando" costituisce corollario ineludibile.

L'estraneità di tale dimensione alla tradizione forense è esemplificata da un dato oggettivo: soltanto a partire dal 1988 si sono lentamente e progressivamente delineate, nel nostro ordinamento, norme a presidio delle facoltà del difensore.

Il peculiare ruolo assunto dalla deontologia in tale ambito si manifesta, in modo pregnante, nei rapporti che intercorrono tra i due sistemi di norme: codicistiche, da un lato, deontologiche, dall'altro.

E si estrinseca con maggiore "prepotenza" proprio nella materia in esame, ove i precetti deontologici non svolgono soltanto la funzione, propriamente accessoria, di parametro etico-professionale, bensì quella di precursori degli interventi legislativi che si sono susseguiti nel corso degli anni.

Tra i due sistemi normativi - codicistico e deontologico - intercorre, dunque, un rapporto biunivoco: dalla deontologia al diritto e dal diritto alla deontologia.

Per tale ragione, la disamina delle norme deontologiche incidenti sulle investigazioni difensive procederà attraverso il costante raffronto - al fine di evidenziarne le reciproche interrelazioni - tra l'evoluzione delle norme processuali e quella dei correlativi precetti deontologici.

2.2 La deontologia come "limite" all'attività di investigazione del difensore: il Codice del 1930.

Il concetto di deontologia come limite all'evoluzione e all'affermazione delle facoltà di investigazione difensiva non si pone in antitesi con quello, sin qui affermato, di spinta propulsiva all'emanazione degli interventi legislativi che hanno contribuito alla formazione di una disciplina organica della materia.

Un inciso.

Di materia riteniamo debba, correttamente, parlarsi poiché le indagini difensive non sono e non si esauriscono in un dato istituto del diritto penale processuale vigente.

“

... svolgere investigazioni nell'interesse e in difesa del proprio assistito è, non solo, legittimo, quanto, soprattutto, doveroso ...

”

Le investigazioni del difensore costituiscono la massima espressione del diritto di difesa.

Rappresentano la più nobile modalità di esercizio della funzione difensiva.

Quella del “difendere provando”; purché - ed è qui la peculiarità della funzione della deontologia in tale ambito - nel rigoroso rispetto dei precetti deontologici; se non altro perché, come annotato, sono esse stesse (le indagini difensive), in taluni casi, un dovere deontologico.

Ma torniamo ad occuparci del tema centrale dell'indagine.

La deontologia quale limite.

Siamo nella vigenza del sistema processuale inquisitorio. Codice di procedura penale del 1930.

Il difensore è mero garante dei diritti dell'imputato in relazione alle attività svolte dal Pubblico Ministero e dall'Organo giudicante nel corso del procedimento penale.

La concreta operatività del diritto alla prova e, con esso, dell'indagine difensiva è infrenata dalla ritenuta censurabilità e dalla concreta previsione di sanzioni disciplinari per il comportamento del difensore che abbia intrattenuto colloqui sui fatti di causa con i soggetti indicati quali testimoni, anche se in favore del proprio assistito¹.

La *ratio* sanzionatoria di siffatti comportamenti risiedeva nella ritenuta contrarietà degli stessi ai principi di correttezza e lealtà nonché della dignità e del decoro professionale².

Il paradosso del sistema si ravvisava nella specificazione, da parte del Consiglio Nazionale Forense, del *genus* delle condotte idonee a integrare l'illecito: giammai i soli contatti suscettibili di limitare la libertà, la sincerità e la obiettività del testimone, bensì, anche, il mero colloquio, nella convinzione che ogni contatto fosse tale da determinare una condizione obiettiva di suggestioni e turbamenti dell'animo degli stessi testimoni, anche senza il concorso attivo del professionista.

Si profilava, così, un'evidente distonia del sistema: alla facoltà delle parti private di richiedere al giudice istruttore o a quello del dibattimento l'ammissione dei testimoni, prevista nel Codice, si contrapponeva la preclusione, dettata dalle norme deontologiche, della verifica preventiva in ordine all'utilità dell'elemento di prova.

Un approccio così restrittivo deve essere correttamente inquadrato nella struttura inquisitoria del Codice Rocco e del rito penale dell'epoca, il cui fulcro era costituito essenzialmente dalla discussione finale piuttosto che dalla fase istruttoria di raccolta e acquisizione della prova.

È, questo, nonostante il capovolgimento del sistema da inquisitorio in accusatorio, un retaggio della nostra cultura giuridica ancora troppo vivo e latente nella classe forense per poter dare compiuta attuazione a prerogative e facoltà in tema di investigazioni difensive?

Una “incrostazione” ancora non rimossa da parte dell'Avvocatura e di tutti gli operatori del diritto e dell'ordinamento giudiziario? Forse.

[2.3 Il ruolo spiegato dalla deontologia rispetto alla formulazione dell'articolo 38 norme att. cpp. L'articolo 38 quale parametro di liceità deontologica dell'attività di indagine del difensore.](#)

Lo scenario processuale in materia di diritto alla prova inizia a mutare con l'affermazione e l'introduzione dei caratteri del sistema accusatorio all'interno del nuovo codice di procedura penale.

L'articolo 2 della Legge n° 81 del 16 febbraio 1987, recante “*Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale*”, conteneva direttive, principi e criteri di connotazione manifestamente accusatoria, quali la “massima semplificazione nello svolgimento del processo”, la “adozione del metodo orale”, la “partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento”.

Principio di parità enunciato, però, nelle premesse e tradito nei fatti, nella fattiva e concreta affermazione.

In effetti, a fronte di una disciplina analitica e dettagliata dell'attività investigativa da parte del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria (contenuta nel Libro V del Codice di rito), il nuovo Codice dedicava una sola disposizione all'attività investigativa del difensore.

L'articolo 38 delle norme di attuazione.

Ed era, soprattutto, la collocazione sistematica a rivelare il chiaro intento del legislatore di attribuire alle facoltà investigative della difesa

¹ N. TRIGGIANI, “Le investigazioni difensive”, Milano, 2002, pp. 10 ss

² Cons. Naz. Forense del 8 gennaio 1976; Cons. Naz. Forense del 29 giugno 1985, in “Rass. Forense”, 1986, 80, m. 798: “È principio consolidato di deontologia professionale che non sia conforme alla dignità e al decoro professionali il comportamento dell'avvocato che, per qualsivoglia motivo, avvicini il testimone per acquisire notizie sui fatti di causa”.

rilievo marcatamente secondario: all'esterno del corpus codicistico, nelle disposizioni di attuazione, approvate con D. L.vo n° 271/1989.

Confermava e avvalorava tale rilievo, infine, il contenuto della norma, formulata in termini estremamente generici e lacunosi.

Il comma 1: *“Al fine di esercitare il diritto alla prova previsto dall'articolo 190 del codice, i difensori, anche a mezzo di sostituti e di consulenti tecnici, hanno facoltà di svolgere investigazioni per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito e di conferire con le persone che possano dare informazioni”*.

Il secondo: *l'attività di investigazione difensiva “può essere svolta, su incarico del difensore, da investigatori privati autorizzati”*.

Ne era immediatamente evidente la natura di norma programmatica, priva di effettivo contenuto precettivo innovativo.

Ne era, ancor più, manifesta la *ratio*: la previsione delle facoltà investigative del difensore veniva ancorata al diritto alla prova sancito dall'articolo 190 cpp. e non al diritto di difesa di cui all'articolo 24 Cost. ovvero ai principi del giusto processo enucleati nell'articolo 111.

Un velato - e neppure tanto - tentativo di disconoscerne il fondamento costituzionale?

Ad ogni modo, della disposizione di cui all'articolo 38 norme att. cpp. la giurisprudenza di Legittimità ha esaltato, sin dall'introduzione, i plurimi profili di debolezza e fallacia³.

La disposizione taceva del tutto in merito ai temi di maggiore “sensibilità” tecnica dell'attività di indagine del difensore, e precisamente: (a) ai soggetti che il difensore avrebbe potuto contattare, (b) alle modalità di svolgimento dei colloqui e della relativa documentazione, (c) al regime di utilizzabilità processuale dei risultati delle investigazioni compiute dal difensore (ovvero dai suoi ausiliari).

In tali lacune si è inserita la Suprema Corte che, nella citata pronuncia della sezione feriale, ha svilito e depotenziato la portata dei risultati delle investigazioni difensive mediante il ricorso alla cosiddetta *“teoria della canalizzazione”*: in estrema sintesi, tutti gli elementi probatori, ivi comprese le risultanze delle indagini difensive, dovevano essere - giustappunto - “canalizzati” sul P.M, essendo questi, nella fase delle indagini

preliminari, *“non parte, bensì l'unico organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta ed al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibile rilevanza penale”*.

L'effetto era devastante (benché in linea con la tradizione forense): il difensore era destituito - *recte*, continuava ad essere destituito - del potere di assumere autonomamente l'elemento di prova. Accanto a questi profili di carenza, la previsione dell'articolo 38 ha, però, avuto un indiscutibile merito: ha scalfito il divieto deontologico per il difensore di intrattenere contatti con il potenziale testimone.

Lo stesso Consiglio Nazionale Forense, successivamente all'entrata in vigore del nuovo Codice, manifestava un atteggiamento di apertura e sensibilizzazione all'espletamento di attività di indagine difensiva, quale naturale estrinsecazione del diritto alla prova.

Si ribadisce, alla prova; non ancora, si badi, del diritto di difesa!

In tale panorama, si profilava, sempre più stringente, l'esigenza di una disciplina e di una regolamentazione analitica ed organica della materia; non solo e non tanto per l'estrema genericità ed elasticità della formulazione dell'articolo 38 norme att. cpp, quanto, soprattutto, per arginare gli elevati rischi del difensore di incorrere nella commissione di illeciti penali e, su tutti, nel reato di favoreggiamento personale.

Derive che la Commissione Parlamentare Antimafia stigmatizzava, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del 1989 e, dunque, dell'articolo 38, nella Relazione presentata al Parlamento in data 10 ottobre 1990: *“Infatti il rapporto con i testimoni, e l'indagine su quanto essi sanno, mettono il difensore in una situazione nella quale il discrimine tra richiesta di informazioni e suggerimento della risposta desiderata può diventare sottile. Tanto più che, spesso, il contatto con il teste verrà procurato da parenti, amici e, non raramente, da complici dell'accusato. È auspicabile che vengano a formarsi chiare regole deontologiche soprattutto per le garanzie che il difensore corretto ha il diritto di preconstituirsi tanto nei confronti della persona con cui ha preso contatto, quanto nei confronti dello stesso assistito”*⁴.

³ Cass. pen. sez. feriale, 18 agosto 1992, ric. Burrafato

⁴ “Il nuovo processo penale e la criminalità mafiosa. Relazione della Commissione parlamentare antimafia: relatore on. Luciano Violante, in Cass. pen., 1990, 2056 ss.

2.4 La disciplina normativa: la Legge n° 332/1995 e l'introduzione dei commi 2-bis e 2-ter dell'articolo 38 norme att. cpp. La Legge "Carotti" n° 479 del 16 dicembre 1999.

L'intervento del legislatore, invocato da più parti all'indomani dell'emanazione del nuovo Codice di rito penale, si concretò nella Legge n° 332 del 08 agosto 1995, recante "Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa".

La novità più incisiva nella cornice normativa dell'epoca è rappresentata dall'inserzione, nell'articolo 38 citato, dei commi 2-bis e 2-ter.

La portata dirompevole di tale *novum* legislativo risiede nella tensione al superamento della "teoria della canalizzazione", oltre che nel tentativo di "ripianare" le lacune insite nell'originaria formulazione della norma.

Il disposto del comma 2-bis: "il difensore della persona sottoposta alle indagini o della persona offesa può presentare direttamente al giudice elementi che egli reputa rilevanti ai fini della decisione da adottare".

Il successivo comma 2-ter: "la documentazione presentata al giudice è inserita nel fascicolo relativo agli atti di indagine in originale o in copia, se la persona sottoposta alle indagini ne richiede la restituzione".

Si conseguiva, così, l'agognato obiettivo di svincolare le facoltà difensive in materia di investigazione dal "filtro" del Pubblico Ministero.

A fronte di tale "conquista", però, continuavano a restare irrisolti i precedenti nodi problematici relativi al regime di utilizzabilità ed alla valenza probatoria del materiale acquisito dal difensore nello svolgimento della propria attività di indagine.

Permaneva, dunque, l'esposizione del difensore ad elevati rischi in termini sia di sanzioni disciplinari sia di incriminazione in ordine ai reati in tema di amministrazione della giustizia.

L'esigenza di codificazione diveniva, pertanto, sempre più impellente.

Fu così che si pervenne all'elaborazione di una codificazione, d'intesa tra il Consiglio Nazionale

Forense e il Consiglio direttivo dell'Unione delle Camere penali italiane, riuniti in seduta comune in data 30 marzo 1996; il risultato fu l'approvazione di un *corpus* di diciassette articoli, **di cui ben tredici dedicati alla disciplina delle indagini difensive**: le "Direttive deontologiche dell'Unione delle Camere Penali Italiane", specificamente rubricate "Direttive Deontologiche sui temi dei Rapporti con i colleghi, Rapporti con la Stampa e Indagini difensive", approvate a Catania il 30 marzo 1996 e chiaramente antesignane delle attuali "Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive", di cui si tratterà nei successivi paragrafi⁵.

Il progetto si segnalava per essere, senza dubbio, la prima codificazione analitica e rigorosa della materia delle investigazioni del difensore, con l'indiscutibile pregio di sopperire all'assenza di altrettante chiare disposizioni normative (codicistiche).

Iniziava a prospettarsi una prima inversione di tendenza rispetto al passato: l'obbligo di osservanza delle disposizioni contenute nelle "Direttive" costituiva indice di genuinità e correttezza, con conseguente estensione dell'indirizzo giurisprudenziale in tema di inutilizzabilità dei risultati delle indagini difensive.

Ulteriore e considerevole apporto legislativo in materia si concretizzò con l'approvazione della Legge "Carotti", n° 479 del 16 dicembre 1999, recante "Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense".

Questa volta l'incidenza fu diretta alle norme del codice di rito.

L'apporto fu proteso al riconoscimento al difensore delle prerogative d'investigazione all'interno dell'impianto codicistico; giammai, come precedentemente avvenuto, al di fuori di esso, nelle norme di attuazione ovvero in testi e

« ... il difensore può presentare
direttamente al giudice elementi
che egli reputa rilevanti ai fini della
decisione da adottare... »

⁵ Testo reperibile su Cass. pen., 1996, pp. 1357 ss, con introduzione di G. FRIGO, "Primi passi del Codice deontologico del difensore penale", pp. 1355 ss.

documenti elaborati d'iniziativa e d'impulso delle istituzioni del mondo forense.

L'impronta più incisiva, in senso riformista, riguardò le disposizioni di cui agli articoli 415-bis, 431, 493 comma 3 e 555 comma 4 del codice di procedura penale:

- il nuovo il nuovo articolo 415 *bis* c.p.p. dispone che l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, fatto notificare dal pubblico ministero, qualora non debba formulare richiesta di archiviazione, alla persona sottoposta alle indagini e al difensore prima della scadenza del termine previsto dall'articolo 405, comma 2, c.p.p., anche se prorogato, deve tra l'altro contenere l'avvertimento che l'indagato ha facoltà entro il termine di venti giorni, di *“presentare memorie, produrre documenti, depositare **documentazione relativa ad investigazioni del difensore**”*;

- l'articolo 431 c.p.p. contenente la disciplina in materia di formazione e contenuto del fascicolo per il dibattimento, veniva novellato, con l'aggiunta, al comma 2, della previsione secondo la quale *“Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, **nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva**”*;

- identica previsione era inserita nell'articolo 493 comma 3 c.p.p. in tema di richieste prova, per cui, in termini testualmente omologhi alla disposizione di cui all'articolo 431, *“Le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, **nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva**”*;

- analoga facoltà era prevista nell'articolo 555 comma 4 c.p.p., con riferimento al procedimento davanti al Tribunale in composizione Monocratica.

2.5 La Legge n° 397 del 7 dicembre 2000: l'invocata disciplina codicistica delle investigazioni difensive diviene realtà.

La spinta propulsiva all'emanazione della Legge del 2000 è segnata dall'introduzione dei principi del “giusto processo” nel novellato articolo 111 della Carta costituzionale.

Il testo di legge si compone di venticinque articoli, ripartiti in tre capi:

- *“Modifiche al codice di procedura penale”*,

- *“Modifiche al codice penale”*⁶,

- *“Norme di attuazione”*.

Una vera e propria irruzione nella struttura e nella sostanza del rito: l'abrogazione dell'articolo 38 delle norme di attuazione e la collocazione della disciplina delle investigazioni difensive, per la prima volta, all'interno dello stesso codice.

Precisamente, nel libro V, titolo VI-bis, rubricato *“Investigazioni difensive”*.

È evidente che non si è trattato di una mera scelta sistematica da parte del legislatore.

L'intento (almeno in linea programmatica) è manifesto: conferire alle indagini della difesa pari dignità formale e sostanziale rispetto a quelle del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria.

L'opzione rivela l'esigenza di dare concreta attuazione ai principi del “giusto processo”.

La disciplina delle prerogative investigative della difesa, contrapposte ai tradizionali strumenti di indagine appannaggio del magistrato inquirente, è condensata in nove articoli del codice di procedura penale.

Nove norme che racchiudono anni di tentativi, parziali e lacunosi, di traguardi intermedi faticosamente raggiunti, di aspettative deluse e osteggiate, non solo, dal naturale antagonista (in senso processuale) della difesa, quale è il Pubblico Ministero, ma perfino dagli stessi Ordini forensi (emblematici gli originari divieti deontologici).

La disciplina codicistica si sostanzia in una triplice tipizzazione delle facoltà del difensore: (a) le attività che questi può compiere, (b) le relative modalità di documentazione, (c) l'utilizzazione processuale degli stessi elementi.

La regolamentazione legislativa ha reso necessario un “rinnovamento” sul parallelo fronte deontologico: con delibera adottata in via d'urgenza il 17 novembre 2000, la Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane sospendeva l'efficacia delle regole di cui agli articoli 5, 6, 7, 8, 9 comma 2, 10 e 11 delle precedenti “Direttive” del 1996, poiché ritenute incompatibili con il nuovo assetto normativo.

Con ulteriore deliberazione urgente del 16 gennaio 2001, la Giunta delle Camere penali, all'indomani dell'entrata in vigore della Legge n° 397/2000, varava le cosiddette “Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive”, definitivamente approvate dal

⁶ Si segnala, incidentalmente, che sul versante del diritto penale sostanziale la Legge n° 397/2000 ha introdotto nuove fattispecie incriminatrici a tutela dell'attività di indagine difensiva: l'articolo 371 ter c.p. sanziona la condotta del soggetto informato dei fatti che rende dichiarazioni false al difensore; l'articolo 379 bis c.p. sanziona la rivelazione indebita di notizie segrete concernenti un procedimento penale.

« ... il conferimento dell'incarico professionale, rilasciato con atto scritto, legittima il difensore a svolgere investigazioni difensive senza necessità di specifico mandato ... »

Consiglio dell'Unione delle Camere penali il 14 luglio 2001 e tuttora vigenti, salve marginali modifiche apportate dal Consiglio delle Camere penali il 19 gennaio 2007.

È un *corpus* di sedici articoli, in cui la materia deontologica, nell'ambito delle investigazioni difensive, è totalmente ridisegnata.

3. Le Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive.

Il Consiglio delle Camere Penali, su proposta della Giunta dell'Unione del 19 Aprile 2001, approvava, come annotato, le «Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive».

“Regole di comportamento”!

Scelta di denominazione che non è lasciata al caso; che ha, infatti, il merito di rimarcare la *ratio* sottesa alla stesura del lavoro.

L'Unione delle Camere Penali ha voluto fornire al penalista che si appropria alle attività di investigazione difensiva, non solo, avvertenze puramente deontologiche, bensì norme di comportamento che finiscono per identificarsi in vere e proprie “strategie” da adottare, addirittura sopperendo alle lacune del codice di rito.

Un primo raffronto codicistico è sicuramente offerto dall'articolo 327 *bis* c.p.p. - norma processuale cardine in tema di investigazioni difensive - che detta disposizioni generali in ordine alla legittimazione (comma 1: «*Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro*»), alla durata (comma 2: «*La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione*») e ai soggetti facultati al loro svolgimento (comma 3: «*Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici*»).

Il testo approvato dall'Unione si suddivide in quattro parti, rispettivamente intitolate «Regole generali» (artt. 1-7), «Regole per le indagini da fonti dichiarative» (artt. 8-13), «Disposizioni relative agli accessi ai luoghi, alla ispezione di cose e agli accertamenti irripetibili» (artt. 14 - 15) e «Disposizioni finali» (articolo 16).

L'articolo 1, al primo comma, statuisce l'applicabilità delle norme contenute nel *Codice deontologico forense* nello svolgimento delle investigazioni difensive, rammentando al difensore, in particolare, il *dovere di probità, fedeltà, competenza e verità*.

Al fine di garantire l'effettività del diritto di difesa, il secondo comma dello stesso articolo avverte come non sia consentita, nell'ambito dell'attività di investigazione difensiva, alcuna distinzione connessa alla natura, di fiducia o di ufficio, dell'incarico ricevuto.

Per quanto attiene alla «*legittimazione alle investigazioni difensive*», l'articolo 2 comma 1 dispone che «*il conferimento dell'incarico professionale, rilasciato con atto scritto, legittima il difensore a svolgere investigazioni difensive senza necessità di specifico mandato*».

L'atto di nomina, dunque, conferisce al difensore, senza che occorran ulteriori formalità, la legittimazione allo svolgimento delle investigazioni difensive.

Il passaggio è cruciale: la legittimazione deriva dalla sola qualità di DIFENSORE del professionista.

Da questo primo confronto emerge *prima facie* che la regola deontologica chiarisce la portata della corrispondente regola processuale - contenuta nel sopracitato articolo 327 *bis* c.p.p. - che sembrerebbe essere suscettibile di una interpretazione più restrittiva.

La portata del principio è di tutta evidenza: lo svolgimento di attività investigativa non necessita di un mandato *ad hoc* poiché rientra a pieno titolo nell'attività di difesa tecnica, della quale costituisce una naturale estrinsecazione. È proprio l'articolo 2 ad esplicitare nitidamente questo concetto: l'attività investigativa quale attività “ordinaria”, non eccezionale, del difensore.

Si osservi inoltre come l'articolo 327 *bis* cpp, al comma 1, definisca il compimento di attività di investigazione difensiva in termini di *facoltà*: secondo le norme processuali il difensore è libero di scegliere se effettuare simili indagini, non essendovi obbligato da alcuna norma di diritto sostanziale o processuale.

Sul versante deontologico si assiste, invece, ad un vero e proprio capovolgimento di prospettiva: il

riferimento è all'articolo 3, intitolato «*Dovere di valutazione*», che recita: «*Il difensore, fin dal momento dell'incarico e successivamente fino alla sua conclusione, ha il dovere di valutare, in relazione alle esigenze e agli obiettivi della difesa, la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni, sia ai fini delle determinazioni inerenti alla difesa stessa, sia per l'ipotesi di un impiego dei risultati nel procedimento, secondo le forme, i tempi e i modi previsti dalla legge*».

Il diritto processuale, quindi, attribuisce al difensore, in termini di facoltà, ciò che le norme deontologiche gli impongono come dovere.

È pur vero che la regola citata tratta di *dovere di valutazione* in merito al compimento o meno di attività di indagine, ma tale dovere non può che proiettarsi in avanti ed espandersi - nel caso in cui la valutazione abbia dato esito positivo - traducendosi in un vero e proprio *dovere di svolgimento* delle indagini ritenute necessarie.

Difatti, l'articolo 3 prevede il dovere di valutazione non solo allo scopo di presentare in giudizio gli elementi di prova raccolti dalla difesa, ma anche - e, si aggiunge, soprattutto - al fine di predisporre una *strategia difensiva*, indipendentemente dalla loro effettiva utilizzazione nel corso del procedimento.

Ecco, allora, che si eternalizza e prende forma il principio secondo cui le *Regole di comportamento* dettate dall'Unione finiscono per diventare delle vere e proprie strategie che il difensore valuta di adottare!

L'articolo 327-bis c.p.p. individua i soggetti delle indagini difensive, precisando che il difensore può conferire incarico ad un sostituto, a consulenti tecnici e a investigatori privati autorizzati. Sul punto, le *Regole di comportamento* forniscono, ancora una volta, precisazioni risolutive.

L'articolo 4, rubricato «*Direzione delle investigazioni*», precisa, infatti, che la decisione di iniziare e terminare le investigazioni, le scelte sull'oggetto, sui modi e sulle forme di esse *competono* al difensore, in accordo con l'eventuale co-difensore.

I commi 3 e 4 dello stesso articolo sanciscono, altresì, che il medesimo difensore è tenuto a rammentare ai suoi ausiliari gli obblighi di legge, con particolare riguardo a quelli relativi agli avvertimenti alle persone con le quali occorre conferire, e a fornire agli stessi informazioni e copie degli atti, *vincolandoli al segreto*.

Questa disposizione sortisce un duplice effetto: per un verso, tende a *responsabilizzare* il titolare delle indagini, affidandogli il compito di assicurare che le investigazioni da lui delegate ad

altri soggetti siano svolte secondo *correttezza e ritualità*; per altro verso, *integra* la disciplina codicistica, sul punto silente, assegnando al difensore il diritto-dovere di porre gli ausiliari in condizione di adempiere al mandato.

Il parallelismo con l'articolo 55 del Codice deontologico è doveroso; il comma 4 di detta disposizione stabilisce che il difensore, nel caso in cui dimandi lo svolgimento delle attività investigative a sostituti, collaborati, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici, «*può fornire agli stessi tutte le informazioni e i documenti necessari per l'espletamento dell'incarico, anche nella ipotesi di segregazione degli atti, imponendo il vincolo del segreto e l'obbligo di comunicare esclusivamente a lui i risultati dell'attività*».

I due precetti tendono verso una finalità comune ed univoca: demandare, in via esclusiva, al titolare della difesa la direzione delle attività investigative.

Si muove nella medesima direzione l'articolo 4, comma 5, lett. c), che introduce l'onere per il difensore di comunicare per iscritto a consulenti e investigatori il loro dovere di rifiutare altri incarichi relativi alla medesima vicenda, senza il suo consenso.

La regola scaturisce dalla realistica esigenza di evitare inopportuni travasi di elementi acquisiti durante le indagini svolte separatamente su incarichi di difensori diversi.

Tra le regole deontologiche generali si colloca l'articolo 5, relativo alle «*Informazioni tra difensore e persona assistita*»: «*Nell'ambito dei rapporti informativi con la persona assistita al fine di coordinare la difesa tecnica e l'autodifesa, il difensore, oltre ad attingere eventuali notizie utili per apprezzare la necessità o l'opportunità di svolgere investigazioni difensive, valuta l'esigenza di comunicare tempestivamente alla persona medesima tale apprezzamento, anche con riguardo alle spese prevedibili per le relative attività*».

La disposizione ha carattere squisitamente deontologico, essendo riconducibile al tema dei rapporti intercorrenti tra professionista e cliente. Merita di essere sottolineato, però, il pregevole richiamo alle esigenze di coordinamento tra difesa tecnica e autodifesa, nell'ottica di una stretta collaborazione tra i soggetti del rapporto professionale.

L'articolo 6 comma 1 ribadisce il dovere del difensore di mantenere il segreto sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ritenga di farne uso diretto nel

procedimento in una fase in cui gli atti non sono coperti dal segreto.

Doveroso, ancora una volta, il richiamo e il raffronto con l'articolo 55 comma 3 del Codice deontologico, che testualmente recita: *"Il difensore deve mantenere il segreto sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento, salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse della parte assistita"*.

L'articolo 7, infine, in termini del tutto sovrapponibili alla previsione contenuta nel comma 7 del citato articolo 55 Codice deontologico, vieta la corresponsione di compensi o indennità alle persone che rendano dichiarazioni o diano comunque la loro disponibilità per consentire atti d'indagine; a queste spetta soltanto il rimborso delle spese documentate.

4. Riflessioni conclusive

L'auspicio della presente disamina, svolta sotto il profilo deontologico delle investigazioni difensive, è quello di evidenziarne e analizzarne, in chiave critica, punti di forza e fattori di debolezza, non senza rivendicarne, però, l'origine sofferta e travagliata.

L'analisi non può non impattare contro la - ancora attuale - precarietà, sotto il profilo pratico-operativo, delle investigazioni del difensore.

V'è senz'altro un fondamento di verità nella concezione secondo la quale l'attività probatoria a fini di difesa è ancora riguardata con diffidenza e sospetto di inquinamento della verità processuale.

Innegabile è, però, un altro, concorrente, dato: la mancanza di una cultura dell'investigazione privata.

Così come è, parimenti, indubitabile che le resistenze residuino e persistano, anche, in seguito all'introduzione della Riforma; emblematica, sul punto, la pronuncia della Corte costituzionale n° 184/2009 in materia di investigazioni private e rito abbreviato.

Il superamento della questione di costituzionalità non è rimasto, con tale divisamento, immune da conseguenze pregiudizievoli per la difesa e l'esercizio dei suoi diritti: il valore probatorio delle investigazioni ne è risultato, in un certo senso, depotenziato e affievolito poiché ne è stata vigorosamente affermata la necessità di sottoposizione ad un rigoroso vaglio di attendibilità.

La ragione di tale canone di valutazione è, quasi, sconcertante: in quanto formate fuori dal

contraddittorio! Come se non lo fossero, alla stessa stregua, le sommarie informazioni acquisite dal Pubblico Ministero, pienamente utilizzabili per espressa scelta dell'imputato nell'ambito del giudizio abbreviato.

Ed esprime certamente un indirizzo di sfavore, da parte della Consulta, il riferimento all'attendibilità; canone di valutazione che dovrebbe, invero, permeare il vaglio del Giudice rispetto all'intero incarto probatorio, non solo e non particolarmente in relazione alle investigazioni della difesa.

Un dato è certo: necessita un completamento, anche normativo, ma, *in primis*, "di mentalità e cultura dell'investigazione difensiva" da parte di tutti gli operatori della giustizia: l'esito della "scommessa" è rimesso allo stesso difensore-investigatore, dunque, alle sue capacità professionali e, su tutto, ai risvolti deontologici della sua attività.

In questo spazio si muove, oggi, il difensore con le sue indagini: tra l'introduzione della disciplina e il suo futuro; fallace o incisivo? Dipende; dal suo saper essere Avvocato.

a cura di tutti i Componenti
l'Osservatorio Investigazioni Difensive

Il ruolo deontologico del difensore

“Osservatorio Mass Media e Processo penale”

Responsabile: avv. **Elena Florio**

Coordinatore: avv. **Gabriele Posteraro**

Componenti: avv. **Raffaele Brescia**; avv. **Francesco Tenuta**; avv. **Emma Tropea**

1. Introduzione

Ogni collettività, che sia democraticamente organizzata, ha un impellente bisogno di credere nella “sua” giustizia.

Qualunque consorzio umano, inesorabilmente stretto tra la necessità di conoscere, di giudicare e di punire comportamenti incompatibili con la sua stessa sopravvivenza, individua i soggetti e le procedure che, nel contesto storico culturale in cui si colloca, appaiono il modo migliore per avvicinarsi alla verità.

La credibilità della giustizia e della funzione giurisdizionale si basa su una circolarità virtuosa: il potere legislativo fissa le regole della civile convivenza e il procedimento per accertarne eventuali violazioni; un organo terzo, previamente individuato dalla legge, applica le norme al caso concreto; la collettività controlla come la giustizia è amministrata in suo nome e, se ritiene non soddisfacente l’operato di chi giudica, cerca, per il tramite dei propri rappresentanti politici, di cambiare le norme che individuano le condotte antisociali o quelle che regolano il procedimento giurisdizionale di accertamento della commissione.

Si riattiva, così, il moto circolare che esprime la vitalità democratica e civile di un Paese.

L’apprezzabilità o meno dell’operato di chi amministra la giustizia, non può prescindere, però, dalla conoscenza di come viene applicato e pronunciato il diritto.

Una conoscenza che, oggi, il cittadino acquisisce attraverso la pubblicità mediata dei mezzi di informazione. È per il tramite dei media, infatti, che la giustizia raggiunge il cittadino. E non il contrario.

Tale “approvvigionamento” mediatico è di certo qualitativamente inferiore alla pubblicità immediata del processo: chi si reca ad assistere ad un processo e, in genere, al dibattimento, sceglie quale processo seguire, quando seguirlo, su quale atto processuale soffermare la propria attenzione (prova dichiarativa o documentale), quanti e quali

argomenti adottati dall’accusa e dalla difesa ritiene validi.

Il racconto della vicenda giudiziaria, invece, riguarda spesso e volentieri solo la fase non pubblica del procedimento. Qualcuno tra gli operatori della giustizia sceglie su quale procedimento in corso far trapelare notizie; a sua volta l’operatore dell’informazione seleziona, tra le tante notizie fornitegli, quali pubblicare, quando pubblicarle e come “farle risaltare” agli occhi dei cittadini.

La giustizia, insomma, viene percepita più per come appare e per come viene rappresentata dai mass media.

È su tale rappresentazione che questo Osservatorio intende interrogarsi, al fine di comprenderne gli effetti, le ripercussioni, le ricadute sul processo penale e su tutti i soggetti del processo.

Partendo da una prima constatazione: dall’informazione sul processo si è passati al processo celebrato dai e sui mezzi di informazione.

Accade sempre più spesso, infatti, che l’inchiesta giornalistica sui fatti di cronaca, si tramuti in un vero e proprio processo mediatico. Il diffondersi di processi paralleli sugli organi di stampa e in tv ha prodotto l’effetto distorto di una sempre maggiore tendenza, da parte

dell’opinione pubblica, a percepire taluni giornali o talune trasmissioni televisive come il “luogo” preferito per la ricerca della prova e per la celebrazione di un processo più immediato e più diretto rispetto a quello che si svolge nella aula di tribunale, appesantito da procedure formali, poco comprensibili ai più.

Il processo penale e quello mediatico rischiano, di fatto, di confondersi l’uno con l’altro, poiché entrambi appaiono come il luogo in cui si ricostruisce un accadimento passato attraverso le tracce, le testimonianze, le dichiarazioni. Non solo. Ma nel confronto tra i due, è la dimensione più formale e solenne del processo ordinario che rischia di non essere adeguatamente compresa. E con essa, il prodotto del processo, cioè la sentenza.

*« ... la giustizia viene
percepita più per come
appare e per come
viene rappresentata
dai mass media ... »*

Si registra, insomma, una certa insofferenza per la giustizia “istituzionale”, intessuta di “liturgie” e passaggi procedurali, rispetto a un accesso “più diretto” alla verità, che sembra maggiormente assicurato dai microfoni e dagli obiettivi sulle fonti. E l’unica verità risulta quella fornita dai mass media.

Si comprende, allora, l’importanza della funzione dei mezzi di informazione nel nostro Paese e la necessità che tale funzione sia svolta in modo serio, responsabile e, soprattutto, “secondo verità”.

Il richiamo al rispetto delle norme deontologiche di tutti i protagonisti del processo e di quanti sono chiamati a raccontarlo, è, dunque, assolutamente doveroso, ma, soprattutto, è necessario ad esercitare correttamente e senza distorsioni, il diritto-dovere di informare i cittadini.

2. I mass media e il processo penale

Anche il mondo degli operatori della comunicazione non è esonerato dal rispetto delle regole deontologiche sulla rappresentazione corretta dei fatti e del processo.

La pubblicità immediata, ossia la prassi di recarsi in udienza per constatare come viene esercitata la giurisdizione e cosa accade nel processo, è stata sostituita da quella mediata. Sono i fatti che raggiungono, per il tramite dei media, i cittadini e non il contrario.

E viste le potenzialità del mezzo di informazione, la possibilità di “conoscere” la giustizia è esponenzialmente aumentata. Se il cittadino del primo Novecento poteva recarsi ad assistere al massimo a qualche processo famoso nell’arco dell’intero anno, oggi, invece, riesce quotidianamente a seguire numerosi procedimenti sui mezzi di comunicazione di massa.

Agli organi di informazione viene affidato, dunque, un compito forse ancora più importante rispetto agli altri protagonisti del processo (avvocati e magistrati): trasferire la conoscenza di come si amministra la giustizia.

Essi rappresentano l’anello di congiunzione tra il fatto e la collettività. Essi consentono alla collettività l’esercizio di quella sovranità che, secondo l’art. 1 Cost., “*appartiene al popolo*”.

Il dovere di verità, a cui si deve attenere il giornalista è un principio fondamentale su cui si regge una società democratica.

Oggi giorno, però, si assiste ad un’informazione giudiziaria non sempre oggettiva e cristallina.

Il racconto giudiziario assume, sempre più spesso, una intonazione prevalentemente colpevolista.

Numerosi sono i passaggi narrativi, da cui si ricava il messaggio di implicita responsabilità dell’indagato e/o dell’imputato.

Il baricentro del procedimento penale, vale a dire il dibattimento - dove si formano le prove per decidere in ordine alla responsabilità penale di un soggetto - viene improvvisamente anticipato nella fase delle indagini preliminari (alla notizia di reato, all’informazione di garanzia, alle intercettazioni, alle misure cautelari).

È facile comprendere come tali atti pre-dibattimentali, finiscano per inoculare nell’opinione pubblica convincimenti colpevolisti che, spesso, neppure la smentita giudiziaria o una sentenza di assoluzione, riescono a sradicare.

Non solo!

I cittadini, oramai, non scegliendo quale processo “andare a seguire” o a quale udienza dibattimentale partecipare, subiscono passivamente, in qualità di lettori o telespettatori, la selezione di quelli meritevoli di essere rappresentati, in base alle propensioni, alla sensibilità, alle inclinazioni di carattere culturale e ideologico dell’operatore dell’informazione; alle inclinazioni di carattere culturale e ideologico o, peggio ancora, agli interessi del proprietario del mezzo di informazione.

L’esigenza di ottenere sempre maggiore consenso - o piuttosto maggiore audience - ha trasformato i giornali o le trasmissioni televisive, in vere e proprie “fiction”, caratterizzate dalla spettacolarizzazione della vicenda processuale; caratterizzate da informazioni assolutamente parziali e unilaterali, spesso in violazione delle norme penali a tutela del segreto investigativo.

Si rivelano, infatti, sempre più frequentemente e con maggiore facilità e superficialità, informazioni riservate, tanto da far apparire ormai desuete o, peggio ancora, “abrogate” le norme che presidiano alla segretezza investigativa.

E a ciò contribuiscono tutti i protagonisti del procedimento penale - magistrati, avvocati, operatori di polizia giudiziaria - che, invece di salvaguardare e rispettare i limiti alla segretezza e i divieti di pubblicazione, che presidiano la primigenia fase delle indagini, forniscono notizie riservate per una evidente esigenza di auto-legittimazione del proprio operato.

I giornalisti, da parte loro, divulgano poi tali notizie, pregiudicando irreversibilmente delicatissime indagini, per meri interessi commerciali.

Una spasmodica ricerca di notizie e una propensione a voler pubblicare tutto, subito e comunque, che certamente finisce per propinare

alla collettività notizie incomplete, non sapientemente collegate, non criticamente analizzate.

Specie se si considera, altresì, la scarsa preparazione giuridica della stragrande maggioranza degli addetti all'informazione giudiziaria, a causa del quale, sovente, si trasmettono solo "notizie" in forma "sensazionalistica" (la c.d. "informazione spettacolo") e pochissima conoscenza in ordine alle "cose" vere della giustizia.

E la collettività, attraversata dal gioco vorticoso delle notizie, satura di informazione, ma povera di conoscenza, assuefatta e stanca, spesso finisce per rinunciare ad esercitare qualsiasi discernimento critico.

Tanta approssimazione e la erronea rappresentazione della giustizia, finisce inesorabilmente per creare distorsioni, e nel processo penale, e nell'intero sistema giudiziario. In primo luogo, perché lo "scontro giudiziario" tra accusa e difesa si traduce in un contraddittorio spurio, volto non già a convincere il giudice, ma l'opinione pubblica.

È sconcertante, ad esempio, ascoltare nei salotti televisivi interi brani di intercettazioni.

È sconcertante che, ancor prima che un giudice possa ricostruire il significato di quelle conversazioni - specie nei casi in cui il linguaggio adoperato sia criptico - i mass-media, in barba a qualsiasi regola, abbiano già provveduto a pubblicare stralci, se non interi brani oggetto delle intercettazioni; che abbiano già provveduto ad emettere verdetti "**che ricadono implacabilmente sullo svolgimento del processo**" tanto da far esigere alla folla "*che la prova diventi sociale, che si rispetti la sua domanda di giustizia, che la vicenda processuale acquisti finalità etiche in quanto proiezione delle sue speranze. E questo potrebbe anche non coincidere con l'obiettivo di verità che costituisce la risposta giudiziaria classica*"¹.

Per quanto riguarda le distorsioni sull'intero sistema "giustizia", è indubbio che gli atti d'indagine finiscono per caricarsi di un'attendibilità o, peggio ancora, di una parvenza di definitività che non possono avere: l'informazione di garanzia finisce per essere associata all'imputazione, il rinvio a giudizio alla condanna di primo grado, la misura cautelare restrittiva all'esecuzione di pena.

La giustizia percepita, sommariamente dispensata dalla carta stampata o dal tubo catodico, rischia, dunque, non solo di essere quella più facilmente e direttamente fruibile, ma anche quella più vera e più giusta.

Più vera e più giusta di quella istituzionale; più vera e più giusta di una sentenza emessa al termine di un giusto processo.

Lo scadente profilo qualitativo di larga parte dell'informazione giudiziaria, il protagonismo e il sensazionalismo da essa indotti, l'uso distorto e strumentale cui spesso la stessa si presta, rischia di corrodere un bene vitale per ogni democrazia moderna: la fiducia del popolo nella giustizia amministrata in suo nome.

Risulta, pertanto, assolutamente indispensabile un intervento riformatore, che restauri le linee fisiologiche di un giusto processo e consenta di evitare, al contempo, che i protagonisti del processo penale, con le loro azioni, possano accrescere l'idea di una giustizia abulica, claudica, inaffidabile.

3. Brevi lineamenti procedurali: l'art. 114 c.p.p.

Prima di analizzare il complesso rapporto tra i soggetti del processo ed i mass media, occorre soffermarsi su alcuni aspetti concernenti l'obbligo di segretezza degli atti di indagine. Le notizie relative all'attività di indagine compiuta dalla Polizia Giudiziaria per l'accertamento e la repressione dei reati rivestono grande rilievo sociale.

Pertanto, ai fini dell'esercizio del diritto di cronaca gli organi di informazione possono pubblicare e divulgare tali notizie. La pubblicazione non deve però compromettere il corretto svolgimento del processo e il diritto delle persone in esso coinvolte al rispetto della propria dignità e della propria riservatezza.

Proprio per evitare che la diffusione di notizie relative alle indagini possa incidere sulla obiettività della decisione del giudice e ledere irrimediabilmente la reputazione degli indagati, il codice vigente prevede agli artt. 114, 115 e 329 c.p.p. i casi in cui esiste un obbligo del segreto su tali atti.

La fase delle indagini preliminari, dove la polizia giudiziaria si colloca quale organo di indagine, ha l'obiettivo di ricercare cose e tracce pertinenti al reato e di individuarne l'autore. Sarà solo in dibattimento che gli elementi probatori

¹ Fulvio Gianaria-Alberto Mittone, "L'Avvocato necessario", Einaudi Editore, Torino, 2007

acquisiranno dignità di prova, attraverso la garanzia del contraddittorio tra difesa e accusa.

È in tale ambito che si colloca l'art 329 del c.p.p. relativamente al segreto di indagine.

Nel codice del 1930 il segreto aveva per oggetto tutti gli atti preistruttori ed istruttori, estendendosi temporalmente all'intera fase istruttoria. Invece, nel vigente sistema, sono coperti dal segreto i singoli atti di indagine preliminare.

Occorre precisare che, in via generale, gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria (a iniziativa o su delega) sono segreti fino a quando l'indagato non può averne conoscenza e comunque non oltre la chiusura delle indagini preliminari (art. 329 comma 1, artt. 405 e 407 c.p.p.). L'obbligo, che riguarda anche i testimoni e le parti private, cessa a partire dal momento in cui la persona sottoposta alle indagini può avere conoscenza dei singoli atti. Poiché la conoscibilità dell'atto da parte dell'indagato fa venire meno il segreto, il problema si sposta sulla esatta individuazione degli "atti conoscibili".

Non vi è dubbio di come tali siano gli atti assunti con la presenza della persona sottoposta alle indagini; altrettanto conoscibili sono gli atti c.d. garantiti, cioè gli atti ai quali il difensore ha diritto di assistere, con o senza preavviso, atteso che la conoscenza da parte del difensore deve essere ritenuta equivalente a quella dell'indagato (artt. 360, 364, 365 c.p.p.). Pertanto, ove il difensore sia stato presente al compimento dell'atto, il segreto viene meno da tale momento, altrimenti, nel caso in cui il difensore sia stato assente, il segreto viene meno dal momento del deposito del verbale (es. perquisizione, sequestro, ispezione, ecc.), con conseguente avviso ex art. 366 c.p.p.

Non è coperta dal segreto la diffusione della notizia dell'arresto dell'indagato, salve le ipotesi di segretezza. All'inverso, invece, e sempre, le sommarie informazioni rese alla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 351 c.p.p. da persona informata sui fatti, sono coperte da segreto fino al momento in cui il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione, depositando il fascicolo delle indagini (artt. 405, 408, 416 co.2 c.p.p.). Solo il deposito del fascicolo e l'avviso di conclusione delle indagini ex art. 415-bis c.p.p. consente all'imputato di poter acquisire conoscenza dell'atto.

Tuttavia, la regola generale subisce due eccezioni, praticamente contrapposte: quando è necessario per la prosecuzione delle indagini il pubblico ministero può, in deroga a quanto previsto dall'art. 114 c.p.p. consentire, con decreto motivato, la pubblicazione di singoli atti o di parti di essi coperti da segreto (art. 329 co.2 c.p.p.) ovvero disporre il divieto di pubblicazione di singoli atti non più coperti dal segreto o comunque il segreto per singoli atti quando l'imputato lo consente o quando la conoscenza può ostacolare le indagini riguardanti altre persone (art. 329 co.3 lett. a, b. c.p.p.).

Gli atti di cui all'art. 329 c.p.p. presuppongono, infatti, già l'acquisizione della notizia di reato e la sua comunicazione, quindi, un'attività di informazione già avvenuta che ha dato vita al procedimento penale. Relativamente a tali atti gli Ufficiali e Agenti di Polizia Giudiziaria non sono sottoposti all'obbligo del segreto, che si riferisce solo al compimento degli atti di indagine, ma sono tenuti al segreto come qualsiasi impiegato dello Stato.

Sul punto la Corte di Cassazione ha chiarito che non sussiste un principio generalizzato e inderogabile di segretezza delle indagini che impedirebbe al pubblico ministero di rendere palese tutta l'attività di indagine già svolta e da svolgere, ben potendo essere disposta la "discovery" quando ciò sia necessario per la prosecuzione delle investigazioni².

*« ... non sussiste un principio
generalizzato e inderogabile
di segretezza delle indagini... »*

Il c.p.p. contiene, invece, una deroga al principio generale di cui all'art. 114 c.p.p., atteso che consente al P.M. di imporre il divieto di pubblicazione del contenuto di notizie ancorché non più coperte da segreto. Il legislatore, al fine di dare piena attuazione alla tutela della riservatezza del procedimento penale *stricto sensu*, ha previsto, accanto al regime di segretezza sopra illustrato, il divieto di pubblicazione degli atti e di immagini di cui all'art. 114 c.p.p..

² Cass., Sez. Un., 16 giugno 1995, Maccari, in C.E.D. Cass.N. 201209. L'art. 329 comma 3 lett. b).

*« ... è sempre consentita
la pubblicazione del contenuto
degli atti non coperti da segreto
a guisa d'informazione ... »*

Tra i due istituti non vi è piena coincidenza, nel senso che per gli atti coperti da segreto assoluto (atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria fino a quando non sono conoscibili dall'indagato) vige un divieto assoluto di pubblicazione sia con riferimento al contenuto che al testo (art. 114 co. 1 c.p.p.). Per gli atti non coperti da segreto sussiste un divieto limitato di pubblicazione che è assai circoscritto e viene meno man mano che, in relazione allo svolgimento del procedimento, viene meno la ragion d'essere del divieto, che è quella di assicurare il corretto, equilibrato e sereno giudizio del giudice del dibattimento, attuato anche attraverso le norme che gli consentono di venire legittimamente a conoscenza del testo degli atti di indagine e secondo le regole previste in un processo tipicamente accusatorio (art. 114 commi 2, 3 e 4 c.p.p.).

Peraltro, è sempre consentita la pubblicazione del contenuto degli atti non coperti da segreto a guisa d'informazione (art. 114 co. 7 cpp). Il nuovo codice di procedura penale distingue, quindi, nettamente tra atto del procedimento e suo contenuto e non vi è perfetta equiparazione tra ciò che diviene conoscibile all'interno del procedimento e la sua divulgabilità.

Dal coordinamento degli artt. 329 e 114 c.p.p. discende che la estinzione del segreto c.d. interno sugli atti di indagine, cioè quello relativo alla pubblicazione del contenuto degli atti, ritenuto dal legislatore inidoneo a inficiare il prosieguo del procedimento, mantiene fermo il c.d. segreto esterno, cioè quello relativo alla pubblicazione dell'atto, così come documentato.

Tuttavia, anche per quello che riguarda gli atti coperti da segreto assoluto, occorre una rigorosa interpretazione dell'ambito di operatività del divieto poiché l'atto di indagine non può automaticamente coincidere con il fatto che ne costituisce l'oggetto e, pertanto, non rientra nel divieto di pubblicazione l'espletamento di attività procedurali che si sostanziano in fatti storici direttamente percepibili, talché una notizia attinta direttamente da un testimone di un avvenimento, in quanto tale non tenuto al segreto, è liberamente divulgabile con il mezzo stampa.

Al contrario, se detta notizia è tratta dalle dichiarazioni fatte dalla stessa persona alle autorità preposte alle indagini, la sua divulgazione costituisce reato. D'altro canto, invece, l'avvenuta diffusione da parte di altri di notizie di atti di indagine coperte da segreto non fa venire meno la segretezza e quindi il divieto di pubblicazione poiché con la successiva divulgazione viene dato all'atto maggior risalto e diffusione.

La segretezza degli atti di indagine subisce alcune significative deroghe collegate alla volontà del legislatore di assicurare la cooperazione tra organismi istituzionali e la circolazione degli atti tra procedimenti connessi e collegati.

Del resto, la giurisprudenza ha più volte precisato come il giornalista non può riportare pedissequamente passi di atti giudiziari che, secondo l'art. 114 c.p.p., possono essere pubblicati soltanto riportandone per riassunto il contenuto.

4. Il ruolo del Magistrato

È pur vero che i magistrati condividono con gli altri cittadini il diritto di manifestare il proprio pensiero, anche nel corso di un procedimento penale. Ciò non toglie, tuttavia, che tale diritto debba essere esercitato nel rispetto della funzione giudiziaria e dei doveri ad essa connessi. Occorre, in altri termini, individuare un punto di equilibrio fra l'esercizio di quel diritto e il dovere di imparzialità.

E, a tal riguardo, assumono rilievo decisivo proprio i principi sottesi alla deontologia del magistrato.

Principi, quest'ultimi, che sono stati individuati con chiarezza nel codice etico dell'Associazione Magistrati, il quale, proprio all'art. 6, disciplina i rapporti tra il magistrato, la stampa e gli altri mezzi di comunicazione di massa.

In esso è stabilito che: 1) il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività d'ufficio; 2) quando occorre garantire la corretta informazione, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati; 3) non partecipa a trasmissioni nelle quali sappia che le vicende di procedimenti giudiziari in corso saranno oggetto di rappresentazione in forma scenica; 4) nel rilasciare le dichiarazioni ed interviste si ispira a criteri di equilibrio, dignità e misura e uguale cautela osserva in ogni scritto e in ogni dichiarazione destinati alla diffusione.

Principi, quest'ultimi, che non sempre, però, sono puntualmente osservati.

Il successo del processo mediatico è, infatti, un mix di violazione del segreto e di abuso della libertà di informazione, che spesso viene favorito dal narcisismo di alcuni magistrati, che non disdegnano la ribalta mediatica.

Il circolo vizioso – tra alcuni magistrati e alcuni mezzi di informazione – viene considerato un dato di fatto difficilmente confutabile e - specie dopo le inchieste di Tangentopoli - con caratteri sistemici. Sono oramai cristallizzati i rapporti privilegiati tra taluni magistrati e taluni giornalisti; la comunicazione – diretta o indiretta - da parte dei primi di atti e, soprattutto, di documentazione facente parte del fascicolo giudiziario prima del deposito o nell'immediatezza dello stesso; l'enorme risalto mediatico delle vicende giudiziarie viste dalla prospettiva dell'accusa, con rappresentazione unilaterale e, il più delle volte, demonizzante dell'indagato; la sostituzione del giudizio mediatico a quello dei Tribunali; la circostanza che le sentenze di tipo assolutorio sono, il più delle volte, minimizzate se non ignorate.

È pur vero che sui magistrati si scaricano le incalzanti sollecitazioni dei giornalisti, che vogliono sapere tutto e subito, per dare in pasto, ad una collettività avida di informazione, i primissimi spezzoni di un procedimento penale.

Ma è altrettanto vero che gli stessi magistrati, sempre più spesso e con facilità e disinvoltura, rivelano informazioni riservate, trincerandosi, poi, dietro ragioni di trasparenza, di corretta informazione, di controllo da parte della pubblica opinione sul loro agire. Ma la verità è che l'indiscrezione giudiziaria non è mai disinteressata.

Ancora.

Accade spesso che vengano indette conferenze stampa, nel corso delle quali gli stessi magistrati riferiscono le risultanze di attività investigative, ancora in fase di indagini preliminari e, in taluni casi, perfino i nominativi di indagati, ancora ignari dell'esistenza di un procedimento penale a loro carico.

Neo – indagati che vengono presentati come colpevoli, in palese violazione **non solo del segreto istruttorio, ma, soprattutto, del principio di non colpevolezza, costituzionalmente tutelato.**

Un principio, quest'ultimo, che viene parimenti mortificato, dal malcostume di consentire video riprese di persone tratte in arresto, in esecuzione di ordinanze cautelari, esibite davanti alle telecamere in manette e messe alla "gogna mediatica".

Prassi, questa, non solo illegittima, sussistendo il divieto di pubblicare immagini di tal fatta, ma che lede profondamente la dignità di chi si trova coinvolto: un vero e proprio trofeo presentato agli occhi dell'opinione pubblica, con lo stigma del "presunto colpevole", prima che venga messo nelle condizioni di provare a difendersi nella sede naturale di un processo, nel contraddittorio tra accusa e difesa, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale.

È il trionfo del "sensazionalismo", che è utile a tutti : agli interessi commerciali, a quelli di potere.

Una persuasione occulta esercitata da una certa sintassi delle immagini, disposte in eloquente e maliziosa sequenza. Talvolta, il sapiente coordinamento del commento orale, in uno alle riprese che indugiano sul dolore della vittima o dei congiunti, che si soffermano su particolari del delitto o su aspetti discutibili della vita privata dell'indagato, finiscono per avere la perentorietà di una sentenza di condanna, senza possibilità di appello.

Nemmeno l'esito assolutorio porrà rimedio alle distorsioni del sistema di informazione, non solo perchè alle sentenze assolutorie l'informazione dedica distratta e marginale attenzione, ma anche perchè nei resoconti giornalistici finiscono dati estranei alla *res iudicanda*, che riguardano la vita privata e talvolta intima dell'accusato, che restano indifferenti all'esito del procedimento.

Non va poi certamente dimenticato il grave pregiudizio di immagine per l'indagato/imputato, poiché gli aspetti privati della sua vita si riverseranno in rete, restandovi per sempre e risultando accessibili attraverso i comuni motori di ricerca, anche solo digitando il nome dell'interessato.

È indubbio che il processo mediatico, a cui anche gli organi inquirenti sembrano guardare con estremo interesse, altera le condizioni minime del "giudicare", in nome di una malintesa trasparenza.

Una trasparenza, che viene rivendicata in occasione di qualsivoglia vicenda processuale per poter mostrare tutto, sin dall'inizio delle indagini, senza darsi neppure la pena di attendere l'avvio del processo.

Così, però, si stravolgono tutte le regole processuali (a partire da quelle sul segreto investigativo e/o istruttorio) che sono dettate a garanzia dei diritti fondamentali e del libero e indipendente esercizio della giurisdizione.

Quello che il cittadino a volte ignora è che i diritti, le garanzie, le cautele assunte nei confronti dell'accusato dei reati più odiosi, sono in realtà i suoi diritti, le sue garanzie, le sue cautele.

Occorre, dunque, che anche la magistratura superi la stagione della spettacolarizzazione dei processi, al fine di evitare atteggiamenti non misurati, che rischiano di appannare non solo e non tanto la loro imparzialità e la loro professionalità, ma anche e, soprattutto, ciò che la giustizia fa, ciò che la giustizia decide, ciò che la giustizia stabilisce.

5. Avvocature e media: il codice deontologico.

In linea con quanto detto sin qui, e passando al tema che più ci (pre)occupa, il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile.

In verità, il nuovo Codice approvato dal CNF prevede una sanzione in ogni sua parte: o mediante una disposizione di chiusura nel titolo I dedicato ai principi generali (art.20), o specificamente in ogni disposizione (artt.23-73).

Pare quindi evidente che tutta la disciplina ad esso inerente sia ispirata ad esigenze di tutela del pubblico interesse, in assoluta coerenza con la necessità costituzionale della difesa nel processo, e con la funzione anch'essa "pubblica" (e non più meramente privata) del difensore, tra l'altro per come espressamente afferma il Codice deontologico all'art.9 ("Doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza")³.

Tant'è, che sovente ed a giusta ragione si indica nell'art 21 della Costituzione la disposizione da cui partire per affrontare l'ampio tema di cui si discute.

Il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto od altro mezzo di diffusione, nell'ottica dell'avvocato, è però argomento da utilizzare con cautela, indagando sulla ratio più autentica della norma, ed evitandone così ogni lettura distorsiva. Esistono infatti oggi molteplici sfaccettature e molteplici ragioni che spingono il difensore a dare un proprio contributo ai mezzi di comunicazione.

È chiaro dunque che innanzi alle multiformi rappresentazioni del mondo reale, il legislatore trovi delle difficoltà oggettive e fors'anche ineliminabili.

Ma è forse proprio per questo che l'esigenza di certezza non può prescindere dall'accertamento del caso concreto, secondo una logica "centripeta" (cioè di ritorno al principio generale), come unica garanzia di coerenza dell'intero sistema ordinamentale.

Si pensi alla (necessaria) genericità del novellato art. 18 Cod. Deont.

Tale disposizione, derubricata come "doveri nei rapporti con gli organi di informazione" infatti, testualmente afferma: "1. Nei rapporti con gli organi di informazione l'avvocato deve ispirarsi a criteri di **equilibrio e misura**, nel rispetto dei doveri di **discrezione e riservatezza**; con il **consenso della parte assistita, e nell'esclusivo interesse di quest'ultima**, può fornire agli organi di informazione notizie purché non coperte dal segreto di indagine. 2. L'avvocato è tenuto in ogni caso ad assicurare l'anonimato dei minori".

Come ricordato, l'art 20 afferma poi che la violazione di cui ai precedenti articoli costituisce illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi di cui ai titoli successivi del codice.

Ed ancora, l'art. 57, "doveri dell'avvocato": "1. L'avvocato, fatte salve le esigenze di difesa della parte assistita, nei rapporti con gli organi di informazione e in ogni attività di comunicazione, non deve fornire notizie coperte dal segreto di indagine, spendere il nome dei propri clienti e assistiti, enfatizzare le proprie capacità professionali, sollecitare articoli o interviste e convocare conferenze stampa"; si poggia poi l'accento sulla specifica tutela del minore (co.2) e prevedendo esplicitamente la sanzione della sospensione da due a sei mesi dall'esercizio della professione in caso di violazioni (co.3).

Tale disposizione "specifica, integra, tipizza, per quanto possibile, i doveri già previsti dall'art 18 nell'ambito dei principi generali e li valorizza, come criteri conducenti questo rapporto, oggi spesso patologico e degenerato, con il mondo dei media quelli dell'equilibrio, della misura, della discrezione, della riservatezza, con il dovere di assicurare in ogni caso l'anonimato dei soggetti minori d'età (ed al riguardo, innovando rispetto alla già licenziata bozza del codice, è stato inserito ora il comma 2 in diretta saldatura col principio già espresso in sede di art.18)"⁴.

³ Dalla Relazione Illustrativa al Codice, pag 1-4, www.consiglionazionaleforense.it

⁴ Dalla Relazione Illustrativa al Codice, www.consiglionazionaleforense.it

L'art 57 dunque, è norma di chiusura dell'intero sistema, che esplicita in maniera definitiva una serie di concetti già espressi nelle norme precedenti, dal richiamo ai doveri di segretezza e riservatezza (art.13), al divieto di accaparramento della clientela (art.37), fino alla salvaguardia dell'interesse del cliente e della immagine della professione forense (dedsumibili in via comparativa dagli artt.9-13-18).

Tutte le norme citate (artt.13-18-57) poggiano poi su un concetto interessante per il tema che ci occupa, vale a dire le "esigenze di difesa della parte assistita". In particolare, l'art.57 la inserisce in via di eccezione ("fatte salve le esigenze...").

Anche questa è una espressione piuttosto generica, soprattutto perché non si comprende bene come possa determinarsi *ex ante* una siffatta opportunità, se non nella mera convinzione di un difensore, che però proprio per questo potrebbe avere dei risvolti imprevisi o contrari, con buona pace dunque proprio di quei "diritti" o comunque di quelle "circostanze utili alla difesa" che la norma intendeva preservare.

Se poi si accetta quel pensiero un po' complottista ma dotato anche di crudo realismo per cui, ad esempio, ogni trasmissione televisiva, ogni "processo mediatico", ogni invito che si fa al difensore di questo o quell'imputato a parlare in TV, costituisca in vero una "trappola" a cui il difensore non deve abboccare⁵, pare del tutto evidente come la deroga *incidenter tantum* posta dall'art.57 debba trovare un'applicazione del tutto residuale.

Ciò che dev'esser chiaro, ad ogni modo, è che "esigenze di difesa della parte assistita" non equivale a "esigenze dell'assistito", (né certament "del difensore"!): è già nel codice il marcato accento al processo, come unica sede naturale della difesa.

Ed allora, da una parte la necessaria genericità delle affermazioni di principio, dall'altra parte i relativi problemi connessi alla reazione sanzionatoria dell'ordinamento, con l'inevitabile conclusione che l'accertamento di ogni violazione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice disciplinare.

Sul tema peraltro era già intervenuta la Suprema Corte a Sezioni Unite, in funzione dirimente, senza però riuscire nell'audace intento di fugare ogni dubbio⁶.

Non è però questo l'unico problema interpretativo che si rinviene nel Codice.

Si pensi ad esempio all'art.1: "1. L'avvocato tutela, **in ogni sede**, il diritto alla libertà, l'inviolabilità e l'effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio."

E' difficile non rilevare l'incongruenza: la tutela "in ogni sede" dell'inviolabilità ed effettività della difesa sembra per un verso giustificare un utilizzo diffuso dei mezzi d'informazione per il difensore, il quale nel processo deve badare solo a che il contraddittorio sia regolare, norma che costituisce un chiaro ritorno alle ragioni dell'art.111 della Costituzione.

Ma forse è proprio per questo che ci si sarebbe aspettati una maggiore incisività del legislatore nello specificare meglio i concetti di "decoro", "dignità", piuttosto che "esigenze della difesa".

Questo dunque il quadro normativo e deontologico di riferimento.

E' chiaro anche che ogni interprete non può astenersi da una lettura complessiva dell'ordinamento, in un'ottica comparativista, né può astrarsi al punto tale da evitare ogni contatto, ed ogni scontro, con la realtà dei fatti.

L'inarrestabile ascesa dei mass media nel processo è forse una diretta conseguenza dei profondi cambiamenti imposti dal C.N.F (ma non solo) al ruolo dell'avvocato.

Si è spesso detto che nei Paesi di *civil law* ed in particolare in Italia, l'avvocatura ha sempre mantenuto un ruolo distaccato rispetto a tutto ciò che riguardava i media, sia nel processo, sia per ciò che attiene agli strumenti pubblicitari.

D'altra parte, se l'inchiesta amaramente descritta come "Tangentopoli" avvenisse oggi, probabilmente l'opinione pubblica riconoscerebbe forse gli illustri imputati anche attraverso i propri difensori, come avviene oggi per tutti i processi di grande clamore mediatico,

⁵ G. Flora

⁶ Cass. Sez. Un. n.9097 del 3 maggio 2005 "In tema di giudizi disciplinari, le deliberazioni con le quali il Consiglio Nazionale Forense procede alla determinazione dei principi di deontologia professionale e delle ipotesi di violazione degli stessi costituiscono regolamenti adottati da un'autorità non statale in forza di autonomo potere in materia che ripete la sua disciplina da leggi speciali, in conformità dell'art. 3, secondo comma, delle disposizioni sulla legge in generale, onde, trattandosi di legittima fonte secondaria di produzione giuridica, va esclusa qualsiasi lesione del principio di legalità, considerando altresì come tanto la tipologia delle pene disciplinari quanto l'entità delle stesse tra un minimo ed un massimo, ove graduabili, siano prestabilite dalla normativa statale. Né incide sulla legittimità costituzionale delle norme con le quali l'Ordine individua i comportamenti suscettibili di sanzione la mancata, specifica indicazione di tutte le ipotizzabili azioni ed omissioni lesive del decoro e della dignità professionali, poiché anche in tema di illeciti disciplinari, stante la stretta affinità delle situazioni, deve valere il principio - più volte affermato in tema di norme penali incriminatrici "a forma libera" - per il quale la predeterminazione e la certezza dell'incolpazione sono validamente affidate a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice (nella specie, quello disciplinare) opera".

dal “delitto-Scazzi” al “caso-Bossetti”, tanto per fare alcuni esempi.

Ciò è chiaramente il sintomo di un profondo cambiamento, e fors’anche di un eccessivo appiattimento alle ragioni della mediatizzazione, influenzato probabilmente anche da motivi di opportunismo, più che di opportunità, sin troppo evidenti se si consideri l’evoluzione legislativa in tema di “informazioni pubblicitarie” che riguardano l’avvocatura.

Eppure fino a qualche anno fa qualche illustre autore aveva addirittura così sentenziato: “La pubblicizzazione dell’attività professionale è vietata perché ritenuta rispondente a criteri mercantili, antitetici al prestigio della professione e al rapporto fiduciario che ne è alla base; e di fatto la pubblicità introduce un elemento di suggestione e di amplificazione che è del tutto estraneo all’attività legale”⁷.

Lo stesso C.N.F., qualche tempo prima, appariva ugualmente netto nella chiusura: “Il ripudio di mezzi pubblicitari di ogni genere costituisce tradizione e vanto dell’avvocatura italiana che nel corso dei decenni ha sempre confermato il rifiuto di emulazione diverse da una dignitosa gara di meriti dimostrati attraverso le opere e lo studio”⁸.

Sulla materia evidentemente ha inciso non soltanto l’art 49 del Trattato CE, che vieta ogni restrizione alla libera circolazione dei Servizi, ricomprendendo in essi anche l’attività libero- professionale, che aveva portato ad una parziale apertura operata dallo stesso C.N.F. con l’introduzione dell’art.17 bis del Codice deontologico sugli strumenti di pubblicità consentiti, ma soprattutto la l. 4 agosto 2006, n.248 (c.d. decreto -Bersani) che statuisce all’art.2 lett b) l’abrogazione di tutte le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono il divieto, anche parziale di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo ed i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall’ordine”.

Nonostante le iniziali remore o i tentativi di ridimensionamento operati dal C.N.F. avverso la

nuova disciplina⁹, la nuova normativa statale ha inciso profondamente sul nuovo Codice Deontologico, una prima volta proprio nel 2006, con l’introduzione dell’art.17 bis, una seconda volta con la modifica dell’art.35 nella odierna formulazione del Codice, che recepisce in toto le più recenti determinazioni dell’Antitrust¹⁰.

Ed invero, con delibera del C.N.F. del 22 gennaio 2016, si optava per una modifica in senso estensivo della norma sui doveri d’informazione, aggiungendo, al comma 1, la dizione “quali che siano i mezzi utilizzati per rendere le stesse” (riferendosi alle informazioni date dal difensore sulla propria attività professionale), e soprattutto sopprimendo i commi 9 e 10, disposizioni che avevano un carattere marcatamente restrittivo circa l’utilizzo di siti web a fini pubblicitari¹¹.

E così, mutando il suo orientamento costante sul tema, anche alla luce dei suddetti interventi legislativi (D.L. 248/06 e successivamente l’art.10 della l. n.247/12 in tema di pubblicità degli avvocati), si è ritenuta lecita la pubblicità “con qualunque mezzo”, con i soli limiti di trasparenza, verità, correttezza e con il limite piuttosto generico di quella comparativa, ingannevole, denigratoria o suggestiva per come indicato dalla nuova formulazione dell’art 35 C.D.F.

Emblematica è in tal senso è una delle più recenti determinazioni del C.N.F. : la sentenza n. 243/17, a proposito di un ricorso di un avvocato contro una delibera del C.O.A. di riferimento che aveva reputato non corretto dal punto di vista deontologico il suo messaggio pubblicitario¹².

A ciò si aggiunga, ritornando solo per un attimo a quanto già detto circa l’art.18, che non è più soggetta ad alcuna autorizzazione del Consiglio dell’Ordine la prassi di tenere o curare rubriche fisse di approfondimento giuridico su giornali, Tv o Radio, fermo restando i principi di correttezza e decoro dallo stesso enunciati, oltre che per l’appunto i doveri di corretta informazione (art 35) ed il divieto di accaparramento di clientela (art.37), il quale appare francamente, ed a queste condizioni, svuotato di ogni senso.

In definitiva, dunque, è forse proprio con il meccanismo pubblicitario che l’avvocatura ha di fatto sdoganato i

⁷ Remo Danovi, “Corso di ordinamento professionale e deontologia”, 1995, da www.diritto.it/docs

⁸ C.N.F., decisione del 23 aprile 1991 n.56

⁹ Comunicazione CNF a tutti gli Ordini del 4 settembre 2006

¹⁰ Decisione Antitrust n.25487 del 15 giugno 2015

¹¹ I commi soppressi così recitavano: “L’avvocato può utilizzare, a fini informativi, esclusivamente i siti web con domini propri senza reindirizzamento, direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell’Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso.-10. L’avvocato è responsabile del contenuto e della sicurezza del proprio sito, che non può contenere riferimenti commerciali o pubblicitari sia mediante l’indicazione diretta che mediante strumenti di collegamento interni od esterni al sito.”

¹² Si apprezza testualmente: “... alla luce della evoluzione normativa sopra ricordata, non può (più) considerarsi contrario al decoro ed alla correttezza un messaggio pubblicitario che contenga tutti gli elementi richiesti dalla norma deontologica (art 17 bis C.D. previgente) e che solo enfatici (come indubbiamente fa il contenuto del box pubblicitario pubblicato al ricorrente e di cui al capo di incolpazione) quello del corrispettivo che, tra l’altro, come noto, costituisce un elemento contrattuale di interesse primario per il cliente e, quindi, un elemento fondamentale per un’informazione pubblicitaria professionale corretta e completa. Per di più, nel caso di specie, l’importo indicato nel messaggio pubblicitario (“da euro 800,00”), risulta congruo in quanto proporzionato all’impegno qualitativo e quantitativo richiesto dalla prestazione (separazioni e divorzi contrattuali con accordo già raggiunto)” cui lo stesso si riferisce....”.

suoi rapporti con i media, con la deontologia, nei termini in cui l'abbiamo conosciuta ed apprezzata, che "sembra crollare davanti al Dio Denaro, con mutamenti verso quell'ottica mercantile da sempre osteggiata"¹³. Né, come detto, paiono dirimenti i pur autorevolissimi interventi della Corte di Cassazione sul tema, la quale ha sovente posto il richiamo ai principi di dignità e decoro della professione come limiti per una corretta informazione, ma che di fatto appaiono richiami piuttosto deboli di fronte alle manifeste esigenze di certezza e di rigore nell'accertamento dei casi più problematici¹⁴.

6. Osservazioni conclusive

Tra gli obiettivi iniziali di questo lavoro c'era quello di proporre un'indagine seria ed approfondita sul tema dei rapporti tra avvocatura e media.

Giudizio questo, che non può spettare certo a chi ha offerto in questa sede il proprio contributo.

Tra l'altro, questo breve studio pare tutt'altro che risolto, ma al contrario in continuo aggiornamento ed in costante evoluzione.

Certo che un "Osservatorio" della Camera Penale ha in sé una componente di forte dinamismo, "fisico" oltre che intellettuale, se non altro perché "l'osservazione" non ha mai carattere finito ed a volte è persino invisibile agli occhi.

Ciò che però deve esser chiaro, come già specificato altrove, è che il rapporto con i media può alterare in maniera sensibile anche i profili processuali, perché è questione che coinvolge tutti i soggetti del processo.

E coinvolge il processo stesso, perché mina la sua credibilità pubblica, e per questa via mette in pericolo ogni processo democratico, è un attacco allo Stato di Diritto.

È necessario dunque che, nella diversità delle funzioni, si torni a concorrere, a partecipare attivamente al sistema -giustizia con coscienza ed anche, superando ogni forma dubitativa, con maggiore solitudine.

Per ciò che attiene specificamente al ruolo del difensore, nonostante gli orientamenti estensivi dati dal C.N.F. negli ultimi anni, in linea con quanto previsto dal legislatore, è auspicabile un atteggiamento maggior rigore nel rapporto con i media, verso i quali l'avvocato ha solo apparentemente tutto da guadagnare, e ciò tanto nel processo, quanto fuori da quello.

Appare dunque chiaro che la mediatizzazione del processo non può più evocarsi evidenziando, come spesso si fa in modo piuttosto semplicistico, tutte le colpe di una Procura, o di un Giudice.

Non basta più interrogarsi sul se la mediatizzazione di un processo sia qualcosa che il difensore è sempre costretto a subire, ma bisognerebbe anche chiedersi se essa abbia anche dei risvolti ulteriori, fors'anche

non voluti, o se, anche solo a volte, possa costituire un'onda favorevole, da sfruttare magari con disincanto, sia nel processo che al di fuori di quello, come forma di autolegittimazione del difensore stesso oltre che del suo lavoro, in un senso cioè non troppo dissimile da quanto spesso si evidenzia polemicamente per altri gli soggetti del processo.

Anche l'avvocato, spesso in veste di "esperto di diritto", è troppo presente sullo schermo: sciorina regole, le traduce in modo da renderle accessibili, parla del suo processo o persino di un processo a cui non ha mai partecipato.

Oltretutto, come argutamente qualcuno ha già messo in rilievo, "l'attrazione fatale" verso i media tende più a pregiudicare che ad esaltare le ragioni della difesa, specialmente quella dell'imputato, perché l'opinione pubblica è spesso fonte di squilibrio tra le parti del processo: ha molto più mordente, è molto più vendibile, la notizia che accusa taluno di aver commesso un crimine efferato, piuttosto che quella che l'indagato non c'entri nulla¹⁵.

È molto più facile e apparentemente corretto ascoltare la diretta voce della persona offesa o dell'Ufficiale di P.G. in una trasmissione televisiva, piuttosto che formarsi un'opinione ascoltando il suo esame e controesame, spesso spigoloso, rotto da questioni processuali, pieno di insidie spesso non facilmente comprensibili per lo spettatore.

Altri hanno invece amaramente osservato, a proposito della crisi di credibilità che costringe l'avvocatura moderna, che "nell'imperfetto mondo reale, tra compiaciute autocelebrazioni, sbandierati ed autoincensanti successi professionali, la normalizzazione del gioco al ribasso per competere, il sistema sopravviva, come un magma incandescente, di schemi troppo semplici e dilaganti prassi elusive che poco hanno a vedere con la nobiltà dei principi cardine finora indicati"¹⁶, riferendosi proprio alla mortificazione neanche troppo velata dei principi espressi dal codice deontologico.

Comunque la si pensi, ogni momento di incertezza può trovare la sua soluzione in un atteggiamento di maggiore responsabilità e di maggiore consapevolezza del proprio ruolo.

In fondo, l'avvocato ha sempre una fiducia a cui obbedire.

E la fiducia non è semplicemente un "prezzo".

È l'attesa incerta di un assistito, è quella di ogni cittadino, tanto più in un'epoca di imbarazzante godimento collettivo per la gogna mediatica.

a cura di tutti i componenti
l'Osservatorio Mass Media e Processo penale

¹³Da un articolo a cura dell'Avv. Antonino Ciavola, 23 maggio 2016 consultabile su www.altalex.com

¹⁴Ex multis si veda Cass Sez. Un., 18 novembre 2010 n.23287.

¹⁵Massimo Bordin, intervento all'incontro presso la Camera Penale di Firenze dal titolo "Lo spettacolo della consapevolezza. Prassi, media, fiction"; <https://www.radioradicale.it/scheda/492376/lo-spettacolo-della-consapevolezza-prassi-media-fiction>

¹⁶da "Compensi degli avvocati: l'insostenibile leggerezza della concorrenza sleale", di A. Ciavola e A. Matricardi, Altalex, 7.05.18, pag. 3

Il Protocollo d'Intesa tra Camera Penale di Cosenza e Camera di Commercio Industria e Artigianato di Cosenza per garantire, all'azione difensiva, celerità e speditezza delle attività investigative del Difensore nel procedimento penale.

“Osservatorio Rapporti con le Istituzioni”

Responsabile: avv. **Francesco Rosapane**
Coordinatore: avv. **Endria Greco**
Componenti: avv. **Ernesto Granieri**
avv. **Stefano Pellegrino**

“Osservatorio Investigazioni Difensive”

Responsabile: avv. **Giuseppina Carricato**
Coordinatore: avv. **Martina De Giacomo**
Componenti: avv. **Gaetano Maria Bernaudo**
avv. **Roberto Borrelli**
avv. **Fabrizio Loizzo**

Premessa

L'avvocato penalista quale “sentinella” della corretta applicazione della legge.

È stato questo il nostro punto di partenza, che ci ha ispirato ad un'azione sinergica con la Pubblica Amministrazione.

Abbiamo constatato, difatti, che, nell'ambito delle attività difensive, tra cui le indagini previste dagli articoli 327-bis e 391-quater cpp, i tempi della Pubblica Amministrazione confliggevano con le esigenze di celerità spesso imposte dal corretto e tempestivo esercizio del diritto di difesa.

Dunque, abbiamo ritenuto necessaria la ricerca di disponibilità, in termini istituzionali, finalizzata a consentire l'attuazione delle garanzie dei soggetti del procedimento penale (indagati, imputati, condannati, parti offese, parti civili).

A tale istanza ha dato risposta la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Cosenza, con la quale abbiamo instaurato un rapporto di reciproca e proficua collaborazione.

Di concerto con l'Ufficio di Presidenza e l'Ufficio del Segretariato Generale della stessa Camera di Commercio, nelle persone, rispettivamente, del dr. Klaus Algieri e della dr.ssa Erminia Giorno, i componenti dei nostri Osservatori hanno elaborato, a seguito di numerose sessioni di confronto e studio, il *Protocollo d'Intesa* “volto ad un'azione sinergica tra la Pubblica Amministrazione e l'Avvocatura penalista di Cosenza, con particolare riguardo alle attività d'indagine difensiva concernenti i dati e le informazioni in possesso della Camera di Commercio e alla loro diffusione”.

Un progetto -quello di garantire celerità e speditezza dell'azione difensiva- che si è trasformato in operativa realtà, consentendo, agli avvocati del Foro cosentino, di accedere on-line, in tempo reale ed in ambito nazionale, al “patrimonio informativo” delle Camere di Commercio, oltre che di effettuare telematicamente gli adempimenti amministrativi per ottenere il rilascio e la trasmissione, mediante posta elettronica certificata, degli atti e dei documenti

richiesti dalla difesa con semplice istanza trasmessa telematicamente alla Camera di Commercio.

In questo modo, con il Protocollo di seguito accluso, abbiamo ritenuto di contribuire a costruire quel “laboratorio” del Foro penalista cosentino, di cui facciamo parte unitamente agli altri Osservatori della Camera Penale di Cosenza.

PROTOCOLLO D'INTESA

tra

La CAMERA DI COMMERCIO, INDUSTRIA, ARTIGIANATO E AGRICOLTURA di COSENZA, di seguito denominata Camera di Commercio di Cosenza, rappresentata dal Presidente Klaus Algieri, domiciliato per la carica presso la sede della Camera di Commercio, in via Calabria n. 33, in Cosenza;

E

la “CAMERA PENALE AVVOCATO FAUSTO GULLO di COSENZA”, di seguito denominata Camera Penale di Cosenza, rappresentata dal Presidente, avv. Antonio Feraco, domiciliato, per la carica, nella Sede della Camera Penale, in Cosenza, Piazza Gullo, nel Palazzo di Giustizia (pec: camerapenedicosenza@pec.giuffre.it).

Articolo 1

(Finalità)

Il presente “Protocollo” è volto ad un'azione sinergica tra la Pubblica Amministrazione e l'Avvocatura penalista di Cosenza, con particolare riguardo alle attività d'indagine difensiva concernenti i dati e le informazioni in possesso della Camera di Commercio e alla loro diffusione.

Articolo 2

(Soggetti)

La Camera di Commercio di Cosenza, ai sensi della legge n.580/1993, come modificata dal D. Leg.vo n. 219 del 25/11/2016, è preposta allo svolgimento di determinate funzioni istituzionali, tra cui:

a) pubblicità legale generale e di settore, mediante la tenuta del Registro delle Imprese, del Repertorio economico amministrativo, ai sensi dell'articolo 8, e degli altri Registri ed Albi attribuiti dalla legge alle Camere di Commercio;

b) formazione e gestione del "Fascicolo informatico di impresa" in cui sono raccolti i dati relativi alla costituzione, all'avvio ed all'esercizio delle attività d'impresa, nonché funzioni di punto unico di accesso telematico in relazione alle vicende amministrative riguardanti l'attività d'impresa, ove a ciò delegate su base legale o convenzionale;

La Camera Penale di Cosenza è associazione aderente all'Unione Nazionale delle Camere Penali Italiane, Organo istituzionalmente preposto alla tutela dei diritti costituzionali degli individui; funzione che è esercitata mediante il riconoscimento dell'Avvocato penalista quale "sentinella" della corretta applicazione della legge. In seno alla Camera Penale, sono stati costituiti, nell'anno 2016, tredici "Osservatori della Camera Penale di Cosenza", che rappresentano il "laboratorio" del Foro penalista cosentino, tra cui, per quel che concerne il presente "Protocollo", l'*Osservatorio Investigazioni Difensive* e l'*Osservatorio Rapporti con le Istituzioni*".

Articolo 3

(Pianificazione concordata)

La Camera di Commercio di Cosenza e la Camera Penale di Cosenza, di seguito definite "Parti", recepiscono *in toto* i *considerata* dei citati Osservatori *Investigazioni difensive* e *Rapporti con le Istituzioni*, riguardanti la necessità di uno stabile rapporto di reciproca collaborazione per consentire l'attuazione delle garanzie dei Soggetti del procedimento penale (indagati, imputati, condannati, persone offese, parti offese, parti civili), nei termini previsti dagli artt. 327-bis e 391-quater del codice di procedura penale.

Per questa ragione, la Camera di Commercio di Cosenza si impegna al rilascio di atti e documenti pubblici -in quanto regolarmente depositati presso il Registro Imprese in conformità al DPR n.581/1995- ai difensori dei menzionati Soggetti, nell'esercizio delle facoltà previste dai richiamati articoli 327-bis e 391-quater del codice di rito penale, mediante:

a. la promozione e la diffusione del servizio "Telemaco", che consente agli utenti registrati di accedere on-line al "patrimonio informativo" delle Camere di Commercio, in tempo reale ed in ambito nazionale, oltre che effettuare telematicamente gli adempimenti amministrativi;

b. il rilascio e la trasmissione, mediante posta elettronica certificata, degli atti e dei documenti - qualora gli stessi non risultino archiviati otticamente - che il difensore richiederà con semplice istanza scritta, rivolta telematicamente alla Camera di Commercio, alla quale sarà allegata la documentazione inerente all'incarico difensivo.

Articolo 4

(Costi)

I costi del servizio Telemaco seguono le indicazioni del "listino" Infocamere.

Le richieste trasmesse con pec saranno assoggettate ai diritti di segreteria previsti dalla legge per il rilascio a sportello. L'attuazione del presente Protocollo non prevede oneri a carico delle "Parti".

Articolo 5

(Sinergie)

Le parti si impegnano a realizzare una serie di sinergie volte a valorizzare studi e approfondimenti su tematiche culturali e scientifiche collegate alla sicurezza ed alla legalità, per l'arricchimento del territorio locale, anche attraverso l'organizzazione di progetti, convegni, seminari e/o attraverso la partecipazione a bandi comunitari, nazionali (es. PON Legalità), regionali e locali per reperimento delle risorse utili allo svolgimento dei compiti di cui ai punti precedenti. In particolare, le parti si impegnano a valutare la partecipazione al PON legalità secondo il protocollo stipulato tra l'Unioncamere e l'Autorità di gestione del Ministero dell'Interno, nonché di individuare e sviluppare sistemi di accesso digitali che consentano una migliore fruizione del servizio come l'utilizzo delle applicazioni mobili (cosiddette app). Al riguardo si rimanda ad una convenzione sottoscritta dalle parti firmatarie del presente protocollo per normare le modalità di accesso e di utilizzo dei sistemi informativi che verranno sviluppati.

Articolo 6

(Durata e verifica)

Il presente Protocollo, con decorrenza dalla data della sottoscrizione, ha durata triennale; si intenderà tacitamente rinnovato, qualora non intervengano espresse volontà; sarà sottoposto, con cadenza semestrale, alla verifica generale congiunta dello stato di attuazione, anche ai fini degli aggiornamenti e delle eventuali modifiche.

Articolo 7

(Divulgazione del Protocollo d'intesa)

La Camera di Commercio e la Camera Penale di Cosenza si impegnano a dare la massima diffusione all'iniziativa promossa con il presente "Protocollo".

Il Protocollo “Difesa d’Ufficio”, elaborato di concerto con il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Cosenza: tra esigenze di speditezza processuale e diritto all’effettività della difesa tecnica d’ufficio

“Osservatorio Rapporti Avvocatura-Uffici Giudiziari, per il rispetto del protocollo d’udienza e dei doveri del difensore d’ufficio”

Responsabile: avv. **Maria Celeste Parisella**

Coordinatore: avv. **Matteo Cristiani**

Componenti: avv. **Alessandra Adamo**; avv. **Amabile Cuscino**;
avv. **Elvira Domanico**; avv. **Laura Facciolla**

Premessa

Riteniamo -convintamente- che la difesa d’ufficio costituisca l’espressione più nobile dell’Avvocatura.

La difesa in prima linea.

In trincea.

Dunque, la massima specializzazione nella difesa “emergenziale”.

In molti casi, nessun termine per la predisposizione di una corretta e adeguata strategia difensiva.

In tanti altri, persino, l’impossibilità di una proficua interlocuzione con l’assistito.

Il difensore d’ufficio, nella solitudine della sua difesa, ha con sé esclusivamente il suo studio, il suo sapere; ancor più ed ancor prima, il suo “essere Avvocato”.

A tutela, dunque, dell’indagato/imputato, che ha diritto, non tanto -o meglio, non solo- al difensore, bensì alla difesa qualificata, abbiamo costituito, con il nostro Consiglio dell’Ordine, gruppi di lavoro per la redazione di linee-guida tese a rendere effettivo tale diritto.

Gli articoli 97 del codice di procedura penale, 29 e 30 delle Disposizioni di attuazione dello stesso codice di rito, 11 del “Regolamento per la tenuta e l’aggiornamento dell’elenco unico nazionale degli avvocati iscritti negli albi disponibili ad assumere le difese d’ufficio” hanno costituito il comune denominatore delle sessioni di studio.

In seguito agli incontri istituzionali con i Dirigenti gli Uffici Giudiziari del Tribunale di Cosenza e della locale Procura della Repubblica, abbiamo redatto il protocollo per la difesa d’ufficio.

Con un particolare titolo, in grado di coniugare efficacemente diritto di difesa ed efficienza del “sistema giustizia”: **“Protocollo per contemperare, nelle udienze pubbliche e camerali, l’esigenza di speditezza processuale con il diritto all’effettività della difesa tecnica d’ufficio”**.

PROTOCOLLO PER CONTEMPERARE, NELLE UDIENZE PUBBLICHE E CAMERALI, L’ESIGENZA DI SPEDITEZZA PROCESSUALE CON IL DIRITTO ALL’EFFETTIVITÀ DELLA DIFESA TECNICA D’UFFICIO

Il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Cosenza e la Camera Penale di Cosenza “*Avvocato Fausto Gullo*” congiuntamente al Presidente del Tribunale di Cosenza (anche in qualità di Coordinatore dell’Ufficio del Giudice di Pace), al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cosenza, al Presidente della Sezione Penale del Tribunale di Cosenza, al Presidente della Sezione Gip-Gup del Tribunale di Cosenza, all’Ufficio di Sorveglianza di Cosenza,

premesso che

- il Consiglio Nazionale Forense, successivamente all’entrata in vigore del Decreto legislativo n° 6 del 31 gennaio 2015 (pubblicato su G.U. n. 29 del 5 febbraio 2015, che ha modificato l’art. 29) delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale e sostituito il comma 2 dell’art. 97 del codice di procedura penale), al fine di garantire l’effettività della difesa di ufficio, ha emanato, nella seduta del 22 maggio 2015, il “Regolamento per la tenuta e l’aggiornamento dell’elenco unico nazionale degli avvocati iscritti negli albi disponibili ad assumere le difese di ufficio” -di seguito semplicemente Regolamento- nonché ha elaborato, in data 15 luglio 2016, il testo delle “Linee guida nazionali interpretative per l’applicazione delle disposizioni legislative e regolamentari in materia d’ufficio” predisposte dalla Commissione difesa di ufficio e patrocinio a spese dello Stato” -di seguito Linee guida- successivamente approvato in data 30 novembre 2016, tra gli altri, dalla Commissione difesa d’ufficio dell’Unione Camere Penali Italiane;

- la disciplina riguardante l’istituto della Difesa d’ufficio, prevista negli articoli 97) del codice di

procedura penale, 29) e 30) delle disposizioni di attuazione dello stesso codice di rito, è stata condensata nell’articolo 11) del Regolamento, che costituisce un vero e proprio decalogo dei “Doveri del difensore d’ufficio”, riportati nei seguenti termini: obbligo di prestare il patrocinio; impossibilità, senza giustificato motivo, di rifiutare l’assistenza o di interromperla; dovere di comunicare alla parte assistita le facoltà previste in tema di difesa d’ufficio; tutela dei diritti dell’assistito sino alla nomina di un difensore di fiducia; dovere, in caso di impedimento, di dare tempestiva e motivata comunicazione all’Autorità procedente ovvero di incaricare della difesa un avvocato iscritto nell’Elenco unico nazionale degli avvocati iscritti negli Albi disponibili ad assumere le difese d’ufficio, di seguito, anche, “Elenco”; immediata reperibilità, nel caso di inserimento nei turni giornalieri per gli arrestati, gli imputati detenuti, gli atti e le sostituzioni urgenti; obbligo di portare a compimento il mandato anche in caso di avvenuta cancellazione nei termini richiamati dalla lettera g) del citato articolo 11);

- nello stesso articolo 11) del Regolamento, al comma 3, è rivolta, agli avvocati iscritti nell’Elenco, la specifica “raccomandazione” di: *... sollecitare il Giudice – anche tramite il Consiglio dell’Ordine, la Camera Penale di appartenenza o il CNF – a limitare il ricorso alle sostituzioni ex art. 97 comma 4 c.p.p. in nome della effettività della difesa tecnica*”; parimenti, l’articolo 6) comma 1 delle Linee guida, prevede che: *“i difensori di ufficio e i COA sono destinatari di un dovere di vigilanza sull’indiscriminato ricorso, da parte del Giudice, alla sostituzione ex art. 97 comma IV e saranno tenuti a sollecitare il Giudice stesso a fare uso della predetta sostituzione in via eccezionale, al fine di evitare che tale strumento si traduca nella negazione della effettività della difesa tecnica con conseguente pregiudizio per l’imputato”*;

considerato che

- il Consiglio Nazionale Forense, al fine di tutelare concretamente il diritto dell’accusato (privo di difensore di fiducia) ad un’adeguata e specialistica difesa tecnica d’ufficio, ha previsto, al citato articolo 6 comma 2, la “menzione”, da parte del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati, degli inadempimenti del difensore d’ufficio segnalati dall’Autorità Giudiziaria;

tutto ciò premesso e considerato

le Parti sottoscrittrici il presente Protocollo si impegnano ad osservare quanto segue.

1. Con riferimento ai casi previsti dall’articolo 97 comma 1 del codice di procedura penale - ferma restando la perentoria ed inderogabile disciplina

codicistica in tema di nomina del difensore di ufficio dell’indagato/imputato che non abbia nominato un difensore di fiducia o ne sia rimasto privo per qualsiasi ragione- il Giudice, nel corso dell’udienza (pubblica o camerale cd. partecipata) dovrà procedere alla nomina del difensore d’ufficio esclusivamente mediante il “Servizio Centro Nomine Difese d’Ufficio” (cd. call center); parimenti procederanno il Pubblico Ministero e la Polizia Giudiziaria nel corso delle rispettive attività giudiziarie.

2. Con riguardo alle fattispecie disciplinate dall’articolo 97 comma 4 del codice di procedura penale - ferma restando la perentoria ed inderogabile disciplina codicistica in tema di nomina del difensore di ufficio dell’indagato e dell’imputato che non abbiano nominato un difensore di fiducia o ne siano rimasti privi per qualsiasi ragione- il Giudice, nel corso dell’udienza (pubblica o camerale cd. partecipata), dovrà procedere alla nomina del difensore d’ufficio esclusivamente mediante il “Servizio Centro Nomine Difese d’Ufficio” (cd. call center).

2.1. Il Giudice, nel corso dell’udienza (pubblica o camerale cd. partecipata), solo nel caso in cui non possa designare il difensore d’ufficio mediante il “Servizio Centro Nomine Difese d’Ufficio” (cd. call-center), procederà a detta designazione mediante la consultazione dell’Elenco dei nominativi dei difensori d’ufficio di turno, che sarà trasmesso, a cura del COA di Cosenza, tempestivamente e comunque non oltre quindici giorni precedenti la data di ogni udienza (pubblica o camerale cd. partecipata), ai Dirigenti dei diversi Uffici Giudiziari del Tribunale di Cosenza

2.2. Fermo restando le previsioni di cui al precedente punto 2.1), esclusivamente nel caso in cui il difensore d’ufficio di turno indicato nell’Elenco non sarà presente in udienza, il Giudice procederà alla designazione del difensore d’ufficio immediatamente reperibile in aula, ai sensi dell’articolo 97 comma 4 del codice di procedura penale.

2.2.1. Al fine di rendere, comunque, certa ed effettiva l’immediata assistenza in udienza da parte del difensore d’ufficio designato mediante la consultazione dell’Elenco nei termini del precedente punto 2.1), sarà garantita, da parte del COA di Cosenza e della Camera Penale di Cosenza, la presenza in aula del/i difensore/i di turno, nei termini che saranno disciplinati dagli stessi COA e Camera Penale.

Il Protocollo d'Intesa per lo svolgimento del programma di “Messa alla Prova” tra gli Uffici Giudiziari del Tribunale di Cosenza, l'Ufficio Esecuzione Penale Esterna di Cosenza e la Camera Penale di Cosenza

“Osservatorio Carcere”

Responsabile: avv. **Valentina Spizzirri**.

Coordinatore: avv. **Giovanni Cadavero**.

Componenti: avv. **Giorgio Loccisano**, avv. **Chiara Penna**.

Premessa.

La predisposizione – da parte dell'Osservatorio Carcere – del “Protocollo d'Intesa per lo svolgimento del programma di Messa alla Prova” risponde alla esigenza pregnante di uniformare - all'interno della stessa sede giudiziaria - l'iter di definizione del procedimento attraverso l'istituto previsto dall'art. 168bis, c.p.

L'idea nasce dall'impulso degli avvocati e degli altri addetti ai lavori, quotidianamente, alle prese con i frequenti dubbi che, ancora, dopo cinque anni dall'entrata in vigore della legge 28.04.2014, n. 67, ruotano intorno alla sospensione del procedimento con messa alla prova.

L'istituto *de quo* – difatti – mettendo a confronto diverse componenti dell'amministrazione della giustizia, che operano in maniera e con strumenti diversi, ha – spesso – creato prassi applicative che si discostavano da quelli che sono i dettami del codice penale e del codice di rito.

Il rischio era – dunque – quello ledere il diritto di difesa degli indagati/imputati e soprattutto di definire e decidere in modo completamente diverso, fattispecie e procedimenti analoghi se non addirittura identici, ad evidente violazione dell'art. 3, Cost.

Per queste semplici quanto importanti ragioni, si è adottato un tavolo tecnico tra le componenti in intestazione che – nel rispetto della disciplina codicistica – è intervenuto sulle criticità evidenziate da ciascuna parte firmataria ed ha predisposto un documento completo che, successivamente alla ratifica, garantirà uniformità di giudizio, economia processuale e speditezza nella definizione dei procedimenti.

Infine, occorre segnalare che il Protocollo in questione è intervenuto sul delicato tema della tutela assicurativa degli indagati/imputati durante lo svolgimento dei lavori di pubblica utilità, indicando le modalità secondo cui le associazioni e gli enti pubblici aderenti potranno regolarizzare le posizioni assicurative dei lavoratori.

Attualmente, il Protocollo è in attesa di ratifica innanzi all'Osservatorio sulla giustizia penale istituito presso la Presidenza del Tribunale di Cosenza.

Introduzione.

La legge 28.04.2014, n. 67, pubblicata su G.U. Serie Generale 2.05.2014, nr. 100, ha introdotto ‘per gli adulti’ l'istituto della messa alla prova e le norme che lo disciplinano [contemplate al capo II (artt. 3-8)] sono in vigore dal 17.05.2014.

Le finalità dell'istituto della messa alla prova emergono

dal medesimo testo legislativo, quando ivi si fa esplicito riferimento agli obiettivi più ampiamente riparatori verso la collettività e verso la persona offesa e quando si fa esplicito riferimento alla finalità del ‘reinserimento sociale’ dell'indagato/imputato.

A tali finalità va aggiunta quella evidente di deflazione dei procedimenti penali, come è palese ad esempio nella previsione di una messa alla prova ‘anticipata’ su iniziativa del Pubblico Ministero ancora prima che l'interessato sia stato iscritto nel registro degli indagati. Pertanto, nel rispetto di tali finalità le parti firmatarie, ritenendo che la collaborazione tra magistrati, U.E.P.E e Avvocati possa consentire al nuovo istituto di ottenere i risultati che il legislatore si è proposto, hanno individuato le linee guida e le modalità esecutive dell'istituto della messa alla prova di seguito indicate, sottoscrivendo il presente Protocollo al fine di:

- predisporre delle indicazioni per l'applicazione della nuova disciplina della messa alla prova e facilitare il compito dei diversi soggetti chiamati a dare attuazione all'istituto nell'interesse del singolo e della collettività;
- garantire all'imputato il diritto all'informazione sull'istituto e sulle modalità di accesso alla messa alla prova in conformità alla normativa europea (Direttiva 2012/13/UL del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012);
- agevolare l'accesso all'istituto predisponendo una procedura trasparente e condivisa per l'attuazione della messa alla prova, anche rendendo fruibili i moduli per l'istanza e specificando la documentazione necessaria;
- deflazionare il sistema giudiziario e contrastare il sovraffollamento carcerario, mediante un percorso alternativo al dibattimento, che, se svolto con esito positivo, comporterà l'estinzione del reato.

PROTOCOLLO per la SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA (LEGGE 28 APRILE 2014 N. 67)

L'istanza di programma di trattamento per messa alla prova [modello MAP 1] va presentata in originale, all'U.E.P.E. di Cosenza [se competente in base alla residenza e/o domicilio dell'indagato/imputato], personalmente ovvero dal difensore munito di procura speciale. E' auspicabile che sia lo stesso imputato/indagato, se libero, a depositare la predetta domanda al fine di poter effettuare immediatamente il colloquio iniziale con gli operatori specializzati dell'U.E.P.E.

Tale richiesta dovrà essere sempre accompagnata dalla documentazione comprovante i dati ivi dichiarati in modo da consentire lo svolgimento della 'indagine' e la 'elaborazione' delle considerazioni, che l'UEPE è chiamata a fare ai sensi dell'art. 141 *ter*, disp. att. c.p.p.

In particolare la richiesta dovrà essere corredata dei seguenti dati:

- a) dati anagrafici dell'imputato/indagato;
- b) autocertificazione relativa alla residenza o al domicilio;
- c) recapito telefonico e/o di cellulare dell'imputato/indagato;
- d) indicazione relative allo svolgimento di attività lavorativa, di studio, di disoccupazione, inabilità lavorative riconosciute;
- e) eventuale documentazione proveniente dai servizi socio-sanitari che consenta di ritenere superabili condizioni che potrebbero essere ritenute ostative all'ammissione al beneficio, quali lo stato di tossico/alcool dipendenza o la presenza di patologie;
- f) dichiarazione di assenza di condizioni ostative all'attivazione della copertura assicurativa, indispensabile allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità (es. straniero extracomunitario privo di permesso di soggiorno, inabilità assoluta a prestare attività lavorativa);
- g) indicazioni relative all'eventuale risarcimento alla persona offesa/proposta di risarcimento alla persona offesa/proposta adesione ad un programma di mediazione penale;
- h) indicazione del numero R.G.N.R., dell'eventuale numero di ruolo generale dibattimento, delle norme violate, dell'ufficio giudiziario procedente;
- i) indicazione dell'eventuale data di udienza;
- j) dichiarazione di disponibilità dell'ente (acquisibile anche nel corso del procedimento) ove avverrà la prestazione di lavoro di pubblica utilità o l'attività di volontariato di rilievo sociale da svolgersi presso Stato, Regioni, Comuni e/o presso Enti o Organizzazioni di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato non necessariamente convenzionati;
- k) autocertificazione dell'imputato/indagato attestante: di non avere mai fruito, in precedenza, della messa alla prova; di non avere mai formulato richieste di messa alla prova in altri procedimenti ovvero di avere richieste pendenti di messa alla prova in altri procedimenti (nel qual caso, indicherà numero di R.G.N.R. e Autorità Giudiziaria).

Alla stessa domanda, ove già acquisita, sarà – inoltre – allegata la dichiarazione di disponibilità dell'ente presso il quale si svolgerà il lavoro di pubblica utilità ovvero l'attività di rilievo sociale.

Ove ciò non sia possibile per esigenze temporali verrà presentata soltanto l'istanza di elaborazione del programma di trattamento con riserva [da parte del difensore] di individuare nel più breve tempo l'ente pubblico o privato disponibile.

L'U.E.P.E. s'impegnerà a formare un elenco – consultabile dal difensore - degli enti pubblici o privati convenzionati o comunque disponibili ad accogliere

presso le loro sedi gli indagati/imputati.

L'U.E.P.E. rilascerà l'attestazione dell'avvenuta presentazione della richiesta, con numero di protocollo e data, ed, in attesa delle disposizioni provenienti da parte del Giudice competente, non predisporrà alcun programma.

All'udienza nella quale verrà presentata la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, e comunque prima dell'apertura del dibattimento, al Giudice dovrà essere prodotta l'istanza di trattamento con attestazione di deposito dell'U.E.P.E. ed i relativi allegati.

N.B.: L'istanza di programma di trattamento per messa alla prova [modello MAP 1] deve, a pena di inammissibilità, essere presentata al Giudice al momento della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova. Il difensore non può accedere all'istituto della messa alla prova con riserva di presentare l'istanza presso l'UEPE competente.

Il Giudice valuterà l'ammissibilità della richiesta sulla base dei seguenti elementi:

- a) che non ricorrano le condizioni per una pronuncia ex art. 129 c.p.p.;
- b) che sussistano i presupposti di ammissibilità di cui agli artt. 464 quater e 168 bis c.p.p., vale a dire che si tratti di procedimento per reati puniti con pena edittale pecuniaria o detentiva pari nel massimo a quattro anni o dei delitti di cui al comma 2 dell'art. 550 c.p.p.;
- c) l'imputato/indagato abbia espresso il suo consenso;
- d) l'imputato /indagato non sia stato già ammesso alla prova;
- e) non ricorra uno dei casi di cui agli articoli 102,103,104,105 e 108 c.p.;
- f) se possa essere prevedibile - tenuto conto del reato contestato e della personalità dell'imputato e delle altre informazioni a disposizione - che questi 'si asterrà in futuro dal commettere ulteriori reati'.

Nel caso di delibazione positiva, il Giudice rinvierà non prima di 3 mesi, per consentire la predisposizione del programma di trattamento.

Il provvedimento del Giudice contenente l'esito della decisione circa l'ammissibilità dell'istanza, verrà comunicato immediatamente via PEC o - in subordine - via fax all'U.E.P.E. competente a cura della Cancelleria del Giudice.

L'U.E.P.E. - ricevuta nel frattempo la disponibilità dell'ente da parte dell' indagato/imputato o del proprio difensore - convocherà l'indagato/imputato per la redazione del programma di trattamento, che verrà sottoscritto contestualmente.

L'U.E.P.E. trasmetterà, in tempo utile per l'udienza, alla cancelleria del Tribunale il programma di trattamento elaborato d'intesa con l'imputato/indagato.

Il Giudice, ricevuto il programma di trattamento, potrà integrarlo o modificarlo, nella nuova udienza, con le modalità previste, anche con riferimento ad eventuali percorsi di mediazione che saranno indicati dall'U.E.P.E solo in relazione all' effettiva presenza di risorse adeguate.

La durata dello stesso sarà stabilita tenuto conto:

- della pena edittale prevista, sulla base della quale si procederà con le modalità di seguito riportate;

- dell'indagine socio-familiare e della disponibilità delle risorse, con particolare riferimento al lavoro di pubblica utilità.

Qualora la decisione sia positiva, l'imputato sottoscriverà il verbale di messa alla prova, avanti all' U.E.P.E. di Cosenza entro 20 giorni dalla comunicazione del provvedimento. L'UEPE, provvederà alla trasmissione del verbale al Giudice competente ed all'Ente che accoglierà il soggetto interessato [via PEC ovvero per e-mail ordinaria in caso di enti privati]. Tale verbale dovrà indicare con precisione la data di inizio del periodo di messa alla prova.

L'U.E.P.E. controllerà l'effettiva attuazione del programma di trattamento, con le modalità proprie del servizio ed, una volta terminato il periodo di messa alla prova, invierà al Giudice la relazione finale entro un mese dalla conclusione della stessa.

DISPOSIZIONI FINALI:

Attuazione:

Durante la messa alla prova, l'U.E.P.E. controllerà l'attuazione del Programma di trattamento con le modalità proprie del servizio e relazionerà al Giudice in caso di eventi critici comunicati dall'Ente ove si svolge il lavoro di pubblica utilità ovvero verificati dall'U.E.P.E. nel corso dei contatti periodici con l'interessato. In caso di rifiuto del soggetto allo svolgimento della prestazione, l' U.E.P.E. ne darà immediata comunicazione al Giudice, per la decisione di cui all'articolo 168 *quater*, c.p.

L'U.E.P.E., inoltre, relazionerà alla conclusione della misura sulla regolarità del suo svolgimento entro un mese dalla conclusione e – comunque - in tempo utile per l'udienza di valutazione della messa alla prova, previa acquisizione agli atti di copia del registro delle presenze e relazione dell'Ente dove si è svolto il lavoro di pubblica utilità.

La relazione richiamata dovrà essere completa ed esaustiva per consentire al giudice un'adeguata valutazione ai fini della decisione. Dovranno essere indicati il contegno dell'indagato/imputato, la disponibilità nello svolgere i lavori di pubblica utilità, la collaborazione con l'Ufficio, il numero di colloqui o contatti avuti durante lo svolgimento della *probation* e, comunque, il comportamento complessivo tenuto durante l'intero arco di svolgimento della messa alla prova. L'operatore dell'UEPE potrà, in base alle proprie risultanze, fornire comunicazioni utili al Giudice, sulla base delle quali si potrà agevolmente dedurre che l'indagato/imputato si asterrà dal commettere nuovi reati.

Si precisa che la durata della sospensione del procedimento può non coincidere con la durata del lavoro di pubblica utilità, che come si è detto costituisce un elemento del Programma di Trattamento, certamente necessario e imprescindibile, ma effettuabile anche in un periodo di tempo inferiore alla durata della complessiva sospensione del procedimento con messa alla prova, che comprende anche ulteriori elementi procedurali.

Deroghe al programma:

Eventuali modifiche di carattere sostanziale degli impegni previsti nel Programma di trattamento saranno decise dall'Autorità Giudiziaria competente, su istanza di parte presentata all'U.E.P.E., debitamente motivata. L'U.E.P.E. inoltrerà con le proprie valutazioni al giudice, il quale potrà provvedere anche senza fissare udienza, previa acquisizione del parere del P.M., e ne darà informazione all'U.E.P.E. che informerà l'interessato.

Il semplice spostamento di giornate di lavoro presso l'Ente di inserimento, concordato con l'Ente e tale da lasciare invariata la quantità di LPU complessivamente effettuata, non necessita di autorizzazione, bensì verrà annotata dall'Ente e comunicata all'U.E.P.E. dall'interessato.

Revoca o riduzione del periodo di messa alla prova:

L' U.E.P.E. informerà il Giudice di ogni anomalia nell'andamento della misura e potrà proporre al Giudice la revoca o la riduzione del periodo di messa alla prova secondo quanto stabilito alla normativa vigente [art.141^{ter} disposizioni attuazione c.p.p.].

Estinzione del reato:

All'esito della valutazione del periodo di messa alla prova svolto, ove il Giudice dichiara l'estinzione del reato, la Cancelleria competente invierà all'U.E.P.E. il provvedimento di estinzione, necessario all'U.E.P.E. per motivi amministrativi, tra i quali l'annotazione nella Banca Dati SDI, entro e non oltre il termine di 30 giorni dall'ordinanza che dichiara estinto il reato.

Copertura assicurativa:

L'art. 1, comma 86, della legge di Bilancio 2017 ha esteso l'operatività del Fondo di cui all'art. 1, comma 312, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 anche al lavoro di pubblica utilità svolto nell'ambito del processo penale. Pertanto, l'INAIL ha emanato la circolare n. 8 del 17 febbraio 2017 stabilendo le linee guida che i soggetti promotori dovranno seguire per l'attivazione della copertura assicurativa.

I soggetti firmatari, dunque, si impegnano a dare piena attuazione alle norme in materia di copertura assicurativa per i soggetti interessati, invitando gli Enti ad attivare la copertura assicurativa nei termini previsti dalla legge.

Osservatorio carcere della Camera Penale:

L'Osservatorio Carcere della Camera Penale di Cosenza predisporrà un'attività di monitoraggio della effettiva attuazione del protocollo di intesa. I Giudici, gli operatori dell'UEPE e gli Avvocati potranno indirizzare all'Osservatorio tutte le questioni [tramite mail all'indirizzo osservatoriocarceri@gmail.com] ed i problemi collegati all'attuazione delle norme sull'istituto della messa alla prova. L'Osservatorio si impegnerà nel prendere ogni iniziativa opportuna, anche con riunioni tra gli operatori coinvolti ed, in ogni caso, dopo il primo semestre dal varo del presente protocollo si procederà ad una prima verifica sulla tenuta delle presenti indicazioni e sulla necessità di modifiche ed integrazioni



CAMERA PENALE "AVV. FAUSTO GULLO"



Piazza Fausto e Luigi Gullo
c/o Palazzo di Giustizia
87100 Cosenza

camerapenedicosenza@gmail.com

camerapenedicosenza@pec.giuffre.it



www.camerapenalecosenza.it