

SALVATORE FRATTALLONE

LE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE: PROCESSO PENALE,  
DEONTOLOGIA E TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI <sup>(\*)</sup>

1. La metamorfosi della professione di penalista

L'attività dell'Avvocato è, per sua intima natura, fondata sulla conoscenza, sull'utilizzo e sulla trasmissione delle informazioni: essa coincide sempre con il trattamento di dati personali!

In questa sede ci si propone d'analizzare i rapporti tra la disciplina

- delle *Investigazioni Difensive* di cui alla L. n. 397/2000,

- quella di cui al nuovo *Codice in materia di protezione dei dati personali*, anche noto come T.U. sulla *Privacy* (D.L.vo n. 196/2003), cui si aggiungono le specifiche norme delle *Autorizzazioni Generali* (A.G. n. 4, sul trattamento dei dati sensibili da parte dei liberi professionisti, e A.G. n. 6 del 2004, concernente gli investigatori privati) nonché il "Codice di deontologia e di buona condotta" che l'art. 135 del *Codice Privacy* prevede sia adottato «...per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla L. n. 397/2000 o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria...»,

- quella afferente alla *Deontologia forense*.

Il *Codice della Privacy*, invero, ha consacrato una sistematica eccezione di alcune norme fondamentali:

- l'art. 13, comma 5°, lett. b, esonera dall'obbligo di informativa al terzo interessato, quando i d.p. che lo riguardano non sono presso di lui raccolti;

- l'art. 24, comma 1°, lett. f, consente il trattamento dei d.p. senza il consenso dell'interessato;

- l'art. 26, comma 4°, lett. c., esclude la necessità del consenso, pur subordinatamente all'Autorizzazione preventiva del Garante, anche quando il trattamento di d.p. riguardi dati sensibili;

---

(\*) *Avvocato del Foro di Padova* (<http://www.frattallone.it>) - Docente al Master in Diritto della Rete, Università di Padova, Dip. Studi internazionali.

Relazione dell'intervento svolto a Verona il 20.04.2005 al Convegno "Deontologia e informazione: dalla codificazione all'informatizzazione degli studi legali".

Il presente articolo (tutti i diritti riservati) è tratto da un lavoro più ampio, di prossima pubblicazione nel Trattato: "Libera circolazione e protezione dei dati personali", prefazione di Stefano Rodotà, a cura di Rocco Panetta, Giuffrè 2005.

- l'art. 43, comma 1°, lett. c, legittima il trasferimento di d.p. anche al di fuori dell'Unione europea.

Il Codice della *Privacy* pone le attività tipiche del difensore **non al di fuori** dell'ambito di cogenza della disciplina del trattamento dei d.p., ma **opera un confronto "a monte" tra esigenze e valori contrapposti**, scegliendo di privilegiare – entro limiti precisi e tassativi – le necessità della difesa.

La difesa penale, in particolare, è stata protagonista di una emancipazione dei ruoli che può dirsi aver preso le mosse dall'entrata in vigore delle disposizione di attuazione al codice di procedura penale e non ancora terminata. È noto come al previgente Codice Rocco del 1930 fosse sconosciuto il concetto di "poteri d'indagine" attribuiti al difensore: il Codice Deontologico Forense prescriveva, a suo tempo, che «l'avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni» (cfr. l'art. 52 C.D.F., nel testo previgente). Ne derivarono, in passato, non poche sanzioni disciplinari (per il fatto «d'aver tenuto contatti» con i testi, «per qualsivoglia motivo», siccome trattatasi di contegno «non conforme alla dignità ed al decoro professionali»: cfr. C.N.F. 29.96.1985, in *Rass. For.* 1986, pag. 80). Allorquando venne introdotto l'art. 38 disp. att. C.P.P., vennero poste le premesse perché si potesse realizzare un'effettiva *par condicio* tra le parti: il difensore poteva avere contatti investigativi anteriormente al processo.

L'ultima e più significativa tappa di tale evoluzione è segnata 18.01.2001, data in cui venne abbattuto l'Art. 38 cit. – che per ben undici anni aveva consentito ai difensori di svolgere delle loro sia pur limitate indagini – ed entrò in vigore la nuova disciplina delle Investigazioni Difensive, finalmente innestata nel tessuto normativo del codice di rito penale. Si passò, così, dall'impiego della difesa "attiva" in un'ottica dibattimentale all'esercizio del diritto alla prova dispiegatesi lungo tutto l'iter procedimentale.

Ma sussiste il dovere di indagare? Il Difensore, in realtà, deve percorrere ed esplorare tutte le strade che, sulla scorta della sua esperienza e del suo personale intuito, possano portare ad individuare circostanze utili ai fini dell'attività investigativa, come precisato dall'art. 52 C.D.F. Egli non è gravato d'alcun obbligo di discovery dei risultati delle sue Investigazioni Difensive, poiché è libero d'optare sulla opportunità d'indagare, nonché di scegliere la direzione e l'oggetto della sua ricerca, trattandosi di una facoltà concessagli per l'esercizio del diritto difesa si cui all'art. 24 Cost.

Va precisato a chiare lettere, l'obbligo d'integrale produzione del

materiale di cui il difensore abbia deciso d'avvalersi: il Difensore-Indagante non può «selezionare» *ad libitum* il materiale favorevole al suo assistito, scremandolo da quello reputato contrario agli interessi dello stesso. La verbalizzazione e delle Investigazioni Difensive dev'essere perciò «integrale». In particolare, laddove si opti per la migliore forma di documentazione del colloquio, quella audiovisiva, va da sé che al verbale introduttivo dell'intervista (redatto in forma sintetica e nel quale si dia atto del colloquio con la persona interpellata e dei presenti, degli avvisi rivolti e delle operazioni svolte dal difensore), dovrà venire effettuata la produzione, al magistrato, degli esiti tutti delle indagini, dimettendo il nastro o il supporto (ad es., cd/dvd) con l'intera registrazione, senza che si possano tollerare *omissis* nel tracciato magnetico o digitale. Ciò anche in ossequio alla deontologia professionale, e segnatamente al rispetto dei canoni di lealtà e probità dell'esercizio della professione forense, puntualizzato come un preciso obbligo (cfr. la 13<sup>a</sup> delle Regole elaborate nel 2001 dall'U.C.P.I.).

Sin dai primi momenti s'è intuito quindi che la trasformazione della professione del penalista s'era irreversibilmente attuata, con un mutamento progressiva, passando dal concetto di «difendersi provando» a quello del «difendersi ricercando». S'è subito posto l'accento sul significato della autenticazione compiuta dal difensore ex art. 391-ter, co. 1° (autentica di sottoscrizione del dichiarante, da allegare alla propria relazione) e co. 2° (verbale dell'intervista, secondo le regole sulla stesura dei verbali di P.G., ma solo in quanto compatibili) C.P.P. Ma deve ritenersi insuperabile che il difensore sia un privato esercente un servizio di pubblica necessità (cfr., sul punto Cass. Sez. VI, 29.05.1986, Piersanti, in Cass. Pen., 1988, 454, s.m.; sentenza così massimata in Juris Data, ed. elettronica Giuffrè), restando i suoi verbali e relazioni qualificabili come atti del procedimento *non oggettivamente pubblici*. Ciò salve le eventuali ripercussioni sul piano deontologico, se si ometta d'investigare in casi in cui il successo della difesa sia stato compromesso dalla conclamata inerzia del difensore.

## 2. Le Investigazioni Difensive «tipiche»

La norma fondamentale del sistema delle Investigazioni Difensive è l'art. 327-bis C.P.P., che attribuisce al difensore il diritto di svolgere investigazioni difensive «tipiche», con pari dignità formale e sostanziale rispetto alle investigazioni della P.G. e del P.M.: la norma, tuttavia, non

esclude forme atipiche d'indagine, comunque volte alla ricerca ed all'individuazione preliminare delle fonti di prova, in quanto esse siano espressione d'una libertà costituzionale. L'avvocato è abilitato a ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito in ogni stato e grado del procedimento penale: in pendenza dello stesso, dopo la sua conclusione, nella fase preprocedimentale e, persino, in momenti ulteriori ed eventuali, in sede d'esecuzione e per la revisione.

L'avvio delle Investigazioni Difensive ha luogo dopo che l'assistito ha conferito al suo difensore uno specifico mandato scritto, officiandolo dell'incarico defensionale, dal quale tale facoltà scaturisce ex lege (art. 327-bis, I e II, C.P.P.): nessun altro mandato specifico necessita al difensore per poter svolgere le Investigazioni Difensive (art. 2, Regole U.C.P.I.). Il titolare del diritto alle Investigazioni non è l'assistito, ma il Difensore dell'indagato, dell'imputato, della persona offesa, degli enti e delle associazioni c.d. esponenziali, della parte civile costituita, del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria. Il medesimo art. 327-bis C.P., che ha esaltato il comprimario ruolo del difensore nella fase preliminare al giudizio, va coordinato con l'art. 391-nonies C.P.P., che riguarda *expressis verbis* l'eventualità che s'instauri un procedimento penale: il difensore, che abbia ricevuto un apposito mandato per tale evenienza, può svolgere Investigazioni Difensive. Il suo mandante potrà essere la persona che abbia motivo di ritenere d'essere sottoposta ad indagine, ovvero la vittima d'un reato (p.o.). In relazione a siffatto "stadio" del procedimento penale, peraltro, si pone l'esigenza di circoscrivere il dettato normativo, eccessivamente ampio, ad evitare un'interpretazione fuorviante del disposto normativo. Infatti, *non sono affatto chiari i limiti del potere d'indagine, né la tutela che debba essere apprestata alla riservatezza ai fini della protezione dei d.p.*: il punto d'equilibrio tra Privacy da un lato ed esigenze e poteri d'indagine del Difensore dall'altro va ravvisato nella peculiare finalizzazione delle I.D., talché può sostenersi che l'attività di ricerca deve teleologicamente: a) riguardare elementi «a favore del proprio assistito», b) da acquisire per scopo d'utilizzo nel procedimento penale, c) seguire un accadimento storico avente possibile rilevanza penale, d) ancorché si tratti di elementi sfavorevoli all'indagato, se utili alla prospettazione della difesa (della p.o.) che li acquisisce, e) restando comunque vietati gli atti che possano comportare l'autorizzazione o l'intervento del P.M. (artt. 391-bis<sup>10°-11°</sup>, 391-quater<sup>3°</sup>, 391-quinquies<sup>5°-7°-10°-11°</sup>, 391-septies, 391-decies<sup>3°</sup> C.P.P.). *Occorre perciò che sia circoscritto l'oggetto d'indagine e che essa venga svolta nei casi*

*consentiti. A tale scopo è necessaria l'enunciazione, nel mandato defensionale, dei fatti a cui le I.D. si riferiscono (art. 391–nonies C.P.P.), resa in modo sintetico ed evitando che ci si riferisca ad ipotesi di reato (cfr. 2° Regole U.C.P.I.). Nell'arco temporale successivo all'iscrizione del fatto nel registro degli indagati ma prima che il mandato difensivo sia stato depositato o comunicato all'A.G. (il c.d. «periodo bianco»), il difensore dovrà avere cura di munirsi d'incarico avente data certa, anche in considerazione del riserbo che può connotare le Investigazioni Difensive svolte durante tale delicata fase del procedimento (cfr. 2° Regole U.C.P.I.).*

Occorre indubbiamente porre attenzione ai fini della protezione degli altrui diritti soggettivi alla distinzione tra investigazioni autonome e quelle invece soggette ai poteri coercitivi dell'A.G., di cui all'Art. 391–nonies C.P.P. Vi sono Investigazioni Difensive che possono essere svolte dalla difesa in piena autonomia e riserbo (accesso a luoghi pubblici o aperti al pubblico) e quelle necessitanti di autorizzazione od intervento del P.M. o del giudice, ove manchi il consenso del terzo che ne sia interessato.

Il limite generale delle I. D. è proprio l'atto di consenso del soggetto con cui il difensore intenda porsi in contatto. In linea con l'introduzione di tale strumento giuridico s'è posto il Codice sulla Protezione dei dati personali, contemplando deroghe specifiche a favore delle Investigazioni Difensive.

La questione si è spostata dallo stabilire, volta per volta, che tipo di compensazione debba esservi tra diritto di difesa ed esigenza di protezione dei dati personali alla previsione legale d'un parametro. Una delle più rilevanti novità sottese alla novella del 2000 è il «metro» del consenso o no (del titolare dei diritti soggettivi) da eventualmente sacrificare: questo termine di raffronto con la L. 397/00 è la vera «quintessenza» del meccanismo giudiziario d'intervento dell'Autorità Giudiziaria, in modo lineare col sistema della tutela dei dati personali, che possono venire attinti dai relativi trattamenti attuati dal difensore.

Nell'ambito delle singole attività tipiche d'investigazione difensiva, vanno innanzitutto menzionate le tre forme in cui il difensore, a proprio insindacabile giudizio, è abilitato ad effettuare un'audizione: il colloquio informale, la richiesta d'una dichiarazione scritta, il colloquio documentato, che qui di seguito, ed in estrema sintesi, si richiamano.

Il colloquio informale è il primo atto tipizzato d'indagine, con cui il difensore ricerca delle «piste»: si tratta di una operazione “interna”, le cui risultanze non hanno alcun diretto impiego nel procedimento o nel processo; è un atto delegabile a tutti i soggetti della cui collaborazione il

penalista d'ordinario può avvalersi (art. 327-bis, III, C.P.P.), dei quali è opportuno dar atto nel «verbale di mera comparizione», che attesti altresì che sono stati ritualmente rivolti al «dichiarante coperto» le ammonizioni e gli avvisi di legge, ivi compreso quello di non rendere false dichiarazioni (ove già non contenuti nella lettera di convocazione).

Il rilascio di una dichiarazione scritta è il secondo atto tipico d'indagine, per il quale il legislatore ha adottato un modello assimilabile al «consenso informato» in materia sanitaria, fissando i connotati del «contatto» difensore/terzo-informatore secondo canoni di massima trasparenza, ad evitare ogni manipolazione. Come verrà illustrato per il caso del colloquio documentato svolto nello Studio del Difensore, si è specificamente esclusa ogni delega anche di tale atto d'indagine all'investigatore privato autorizzato. Inoltre, ne va assicurata una rigorosa procedura di documentazione (ex artt. 391-bis e 391-ter C.P.P.).

Il colloquio documentato, infine, è un atto a struttura «dialogica», mediante il quale il difensore acquisisce “prove a favore”: tale attività richiede la redazione di un verbale improntato ai criteri della completezza e della fedeltà, connotato dall'adeguamento ai canoni di stesura dei verbali dell'A.G. giudicante, in quanto siano compatibili.

La deontologia ha contribuito a delineare i contorni delle suddette attività, spesso troppo genericamente tratteggiati dal codice di rito.

In particolare, a partire dal 26.10.02, recependo in seno al Codice Deontologico le più salienti delle *Regole di Comportamento per le Investigazioni Difensive* approvate dalla Unione Camere Penali il 14.07.01, se ne è avuto un sostanziale arricchimento dell'Art. 52 C.D.F., vincolante per l'intera Avvocatura. Nell'art. 52 C.D.F. ora si ritrovano una serie articolata di previsioni: spetta al Difensore la valutazione doverosa sulla necessità e opportunità di svolgere le I.D., in relazione ad esigenza e obiettivi della sua difesa (punto 2.); la scelta sull'oggetto, modi e forme delle I.D. e uso dei risultati è attribuita al Difensore (punto 3.); per l'espletamento dell'incarico, il difensore può fornire ai suoi ausiliari le informazioni anche documentali, anche nell'ipotesi di intervenuta segretezza degli atti (punto 4.); egli deve raccomandare loro che agiscono sotto vincolo del segreto (punto 4.), cui è tenuto egli stesso, finché non ne faccia uso nel procedimento (salvo che ne effettui la rivelazione nell'interesse del proprio assistito: punto 5.); deve ricordargli l'obbligo di fornire gli esiti delle investigazioni solo a lui (punto 4.); è contemplata la riproduzione integrale delle informazioni assunte dal difensore, anche mediante fonografia, delle quali può essere disposta in

tale ultimo caso la documentazione in forma riassuntiva (punto 15.); non *deve* rilasciare una copia del verbale alla persona che ha reso le dichiarazioni né al suo difensore.

Sull'Avvocato incombono inoltre, ex Art. 9 C.D.F., pregnanti doveri di segretezza e riservatezza ed anzi si è ritenuto che il primo dovere «sia anche qualcosa di più del dovere di riservatezza che pure tutela un bene giuridico meritevole, tramite le nuove norme della legge *Privacy*» (cfr. Danovi, Commentario del codice deontologico forense, Giuffrè, 2°ed., 2004, 192).

La norma del punto 6 (canone I) presenta, quali parametri di un legittimo trattamento, gli stessi con i quali si è inteso dare tutela della riservatezza personale da parte de T.U. *Privacy*: Ora nell'art. 52 C.D.F. è scritto espressamente: <<il difensore ha altresì l'obbligo di conservare scrupolosamente e riservatamente la documentazione delle investigazioni difensive per tutto il tempo ritenuto necessario o utile per l'esercizio della difesa>>.

Insomma, un indubbio rafforzamento delle prescrizioni legislative è giunto dalla fissazione di canoni deontologici certi, richiamati dal nuovo testo dell'art. 52 C.D.F., con l'obiettivo di garantire correttezza e genuinità del contatto con la fonte informativa e, nel contempo, di tutelare il professionista non meno che la persona dallo stesso contattata.

Segnatamente, meritano il dovuto risalto, in tema di colloqui e di rilascio di dichiarazioni scritte: 1. la necessaria indicazione della propria qualità e della vicenda oggetto dell'indagine, ma senza alcun obbligo di rivelare il nome dell'assistito; 2. l'invio al soggetto da contattare d'un previo invito scritto, con invito altresì ad interpellare un proprio difensore se si tratta di sentire la P.O. od un minore con gli esercenti la potestà sullo stesso, affinché possano intervenire all'incombente; 3. le condizioni atte ad assicurare sincerità e naturalezza delle dichiarazioni.

La legge prevede che il difensore debba prestare, preliminarmente al dialogo, una serie di ammonimenti all'interlocutore. Pena l'inutilizzabilità delle dichiarazioni, nonché di sanzioni disciplinari (art. 391-bis, VI, C.P.P). In via paranormativa, le norme deontologiche elaborate da una delle più rappresentative associazioni dell'Avvocatura impongono l'onere, nei confronti della persona interpellata, di: a. invitarla a dire se versi nelle incompatibilità ex art. 1971 lett. c)-d), C.P.P; b. preavvertirla che, nel caso si rifiuto di comparire o rispondere il difensore potrà chiedere ed ottenere la coattiva convocazione dinanzi al P.M. od al G.I.P.; c. renderla consapevole che, qualora si avvalga della facoltà di non

rispondere e sia coindagata e coimputata o rivesta una delle qualità di cui all'art. 210 C.P.P. potrà essere citata davanti al giudice per essere sottoposta ad esame mediante incidente probatorio; d. avvisarla che le è riconosciuta la facoltà di non rispondere, se riveste la qualità di prossimo congiunto dell'indagato o dell'imputato; e. v'è l'onere d'estendere l'invito a comparire, anche per il mero colloquio preliminare, al difensore della persona offesa; f. laddove non ne disponga d'uno proprio, dovrà comunque invitare la stessa a consultarne uno, affinché possa opportunamente intervenire all'incombente; g. il difensore, è facoltizzato ad evidenziare all'interpellato che, sul piano morale e sociale, ha l'obbligo di concorrere utilmente alla ricostruzione dei fatti ed all'accertamento della verità, anche rendendo dichiarazioni al difensore; h. in forza della previsione di incompatibilità ad essere assunti come testimoni nel processo per gli ausiliari del P.M. e del Giudice nel medesimo procedimento (art. 197 C.P.P., lett. d.), sono inibiti atti d'indagine finalizzati ad assumere informazioni dagli ufficiali di P.G. o dall'agente di P.G. che abbia svolto funzioni d'ausiliario del P.M. ai sensi dell'art. 373, V, C.P.P.

Aggiungasi che, benché residuali rispetto ai predetti, altri precetti ancora, sempre di natura deontologica, sono stati contemplati da U.C.P.I., la quale ha evidenziato che il Difensore deve: fornire opportune e perentorie direttive ai suoi ausiliari; ricordare loro gli obblighi derivanti dalla legge penale e procedurale; sollecitarli al massimo rispetto delle norme poste a presidio della tutela dei dati personali per evitare ogni abuso; condividere la strategia inerente alle I.D. con l'eventuale codifensore; attenersi al precetto di non rilascio di copia del verbale altrimenti la violazione di tale divieto può costituire violazione del segreto professionale, se si verifica prima dell'effettivo impiego dell'atto nel procedimento, anche in una fase in cui gli atti non sono di per sé più coperti da segreto.

Passando ad esaminare le altre attività di "tipica" Investigazione Difensiva, la C.T.P. extraperitale e l'esame delle cose sequestrate, meritano innanzitutto un cenno. Il Consulente Tecnico del difensore è stato dotato d'un notevole potere, in quanto è stato legittimato, anche in momenti successivi a quello in cui fu eseguito un accertamenti tecnico irripetibile da parte della Pubblica Accusa ex art. 360 C.P.P., ad ispezionare cose e luoghi e financo persone, purché sia osservata la condizione del doveroso e massimo rispetto verso costoro, a salvaguardia della loro dignità. Se, di regola, l'attività del consulente è di tipo puramente esteriore, in via

eccezionale s'è previsto che quando si intenda compiere un'eventuale modificazione insanabile dell'oggetto da esaminare, v'è la necessità di procedere con un previo avviso al P.M. (art. 391–decies, III, C.P.P.).

Deontologia impone che la tutela del contraddittorio sia piena anche – ed in particolar modo – nell'ipotesi di accertamenti tecnici non ripetibili: incombe sul difensore e sul suo sostituto, infatti, il dovere d'avvisare senza ritardo tutti coloro – non solo il P.M., quindi!, ma anche le altre parti – nei cui riguardi l'ineundo atto possa esplicare effetto.

Sovviene, in tale evenienza, la prescrizione deontologica, secondo cui va in ogni caso curato da parte del Difensore che nulla sia mutato, alterato o disperso ( art. 52 C.D.F. punto 13.).

Sempre alla categoria delle Investigazioni Difensive “tipiche” va ricondotto l'accesso ai luoghi. Se trattasi di accesso a luoghi pubblici od aperti al pubblico, il difensore (come pure il suo ausiliario) può agire in piena autonomia. L'accesso o l'ispezione riguardanti, invece, luoghi privati o non aperti al pubblico richiedono necessariamente l'intervento vicario del giudice, ove manchi il consenso dell'avente diritto, che è onere del difensore documentare: il giudice è chiamato ad effettuare «un bilanciamento» tra l'interesse del privato/difensore (che invoca per fini difensivi la compressione dell'altrui diritto di signoria su una cosa determinata o su un certo luogo) e del privato/terzo (che ha il diritto di liberamente disporre). Infine, laddove tali penetranti attività ineriscano ad un'abitazione od alle sue pertinenze, l'autorizzazione del giudice è soggetta all'ulteriore presupposto che l'attività defensionale che l'istante intende effettuare riguardi l'accertamento delle tracce o degli altri effetti materiali del reato (art. 391–septies, u.c., C.P.P.). Norma deontologica impone, peraltro, che i soggetti della difesa descrivano la loro attività con un'apposita annotazione ed altresì che avvertano preliminarmente la persona che ha la disponibilità del luogo della loro qualità, della natura dell'atto da compiere, della possibilità d'essere autorizzati dal giudice all'accesso, se egli non vi consenta (cfr. art. 52 C.D.F. punti 12. e 13.).

Il codice di procedura penale, infine, ha tipizzato un altro atto di Investigazione Difensiva, la richiesta di documenti alla P.A. L'art. 391–quater C.P.P. prevede la facoltà del difensore, allo scopo di ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, di rivolgere un'istanza all'Amministrazione che formò un certo documento d'interesse o, se diversa, a quella presso la quale esso stabilmente si trovi, onde acquisirne copia a proprie spese, od anche solo a visionarlo. A fronte dell'eventuale rifiuto della P.A. a rilasciare la predetta copia del

documento, al difensore non resta che – in seconda battuta – rivolgersi al P.M. Oppure, la difesa può decidere d’esercitare le facoltà di sollecitare alla Procura l’adozione d’un sequestro probatorio (ex artt. 253 e 365 C.P.P.) e ove essa vi opponga un diniego, s’instaurerà la procedura ex art. 368 C.P.P. avanti il G.I.P. L’art. 391–quater C.P.P. subordina la richiesta di documenti alla P.A. alla loro riconducibilità funzionale alle Investigazioni Difensive; al di fuori di queste condizioni (laddove ad es. l’accesso al documento serva a rafforzare la linea difensiva, ma non sia strumento d’acquisizione di elementi di rilevanza probatoria), l’accesso andrà esercitato secondo la disciplina generale ex L. n. 241/90 come novellata dalla L. 15/05, in tema di procedimento amministrativo e di trasparenza dell’agire della P.A.

L’ampiezza dell’azione difensiva, slegata da un nulla–osta preventivo rilasciato da una giurisdizione di garanzia, potrebbe indurre taluno a ritenere che si possa verificare una ingiustificabile soggezione dei diritti dei cittadini, che verrebbero a trovarsi sforniti della cautela della valutazione comparativa tra il prevalente diritto garantito dall’art. 24 Cost. e la protezione, derivante da un intervento giudiziale, alla riservatezza ex art. 2 Cost.: ad evitare censurabili istanze d’accesso, paludate da Investigazioni Difensive, dovrà perciò essere rinvenuto un limite, un requisito finalistico delle I.D. ex art. 391–quater C.P.P., nella necessità di una espressa dichiarazione di concreta rilevanza del documento per la tutela dell’assistito nel procedimento penale.

Va sottolineato che ora, sul piano amministrativo, l’accesso *tout court* è oggi sempre garantito dalla L. 15/2005, anche quando si tratti di documenti recanti dati sensibili. In tale ultimo caso, ciò è tanto vero nei limiti in cui l’accesso sia strettamente indispensabile: tale requisito, con la connessa motivazione nell’istanza d’ostensione, non è richiesto dalla normativa penalistica, che ne prescinde proprio.

Volendo tratteggiare anche i «poteri» difensivi esercitabili nel procedimento penale ai fini dell’accesso, da parte dell’indagante, agli atti dello stato civile, va menzionata la novità apportata dall’ art. 177 D. L.vo 196/03 alla normativa sullo stato civile, con cui si sono recepiti i principi della giurisprudenza resa dal Garante sul punto.

Siccome non prevista dal codice di rito, *quid iuris* in caso di richiesta d’acquisizione d’un documento a «privati», che venga disattesa? L’Avvocato potrà invocare l’impulso dei poteri autoritativi del P.M. ex artt. 367 e 368 C.P.P. o sollecitare una mera richiesta d’esibizione ex art. 256 C.P.P.; potrà in alternativa esaminare il documento ex art. 366<sup>1</sup> C.P.P.,

se lo stesso sia stato già sottoposto a sequestro probatorio; potrà indirettamente ottenere copia del documento, sfruttando il diritto d'accesso ai luoghi ex artt. 391–sexies e 391–septies C.P.P., riproducendone il testo o fotografandolo; potrà infine richiedere alla «fonte», interpellata ex art. 391–bis C.P.P., se possieda o no il documento cercato, in caso affermativo allegandolo al redigendo verbale di colloquio ed ivi facendone menzione, o instando per l'esibizione/acquisizione ai sensi degli artt. 367 e 368 C.P.P. a P.M. e G.I.P. Sta di fatto che resta incomprensibile il silenzio della legge sulle Investigazioni Difensive circa l'ammissibilità di richieste a soggetti «privati» di documenti in loro possesso, salvo volerne reperire la ratio nella disciplina sulla privacy: il privato, quale «interessato», ha il potere di disposizione del dato che lo concerne e che è nella sua «sfera di signoria» e resta depositario del diritto di consentire o no l'esibizione del documento, vincibile solo col ricorso all'imbrigliato meccanismo predisposto dagli artt. 367 e 368 C.P.P.

### 3. *Acquisizione di tabulati di telefonia e captazione occulta di colloqui*

Alla disciplina dell'acquisizione di tabulati dai gestori di telefonia, non prevista affatto dal codice di rito, è specificamente dedicato, con l'intitolato conservazione di dati di traffico per altre finalità, l'Art. 132 del Codice Privacy.

Nel giugno 2003, all'atto dell'introduzione del T.U. sulla protezione dei dati personali, il legislatore italiano laconicamente aveva scelto di individuare una restrizione temporale, nella conservazione da parte dei fornitori dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, dei dati del traffico: trenta mesi era l'arco di tempo in cui si doveva assicurare la disponibilità dei cennati dati, per finalità d'accertamento e repressione dei reati. L'Art. 123 T.U. Privacy, inoltre, riproduceva il precedente Art. 4 del D.L.vo n. 171/98, seppure con apprezzabili novità: da un lato si stabiliva che i dati dovevano essere resi anonimi appena la comunicazione fosse cessata e, dall'altro, che la loro conservazione poteva essere solo semestrale, al fine della fatturazione (cfr. principio di *pertinenza e non eccedenza* del trattamento, ex Art. 11 T.U. *Privacy*).

Con la promulgazione della L. 45/2004 di conversione con modificazioni del D.L. 24.12.2003 n. 354 è stato varato il nuovo Art. 132 T.U. *Privacy*. In primo luogo, la nuova disciplina, fermo l'Art. 123<sup>2°</sup> T.U. *Privacy*, riguarda oggi espressamente il (solo) traffico «telefonico»: espunto l'aggettivo *telematico*, che il D.L. n. 354/03 aveva previsto, ora le

«altre comunicazioni elettroniche» (cui il traffico telematico è ovviamente riconducibile) restano soggette al termine di cui all'Art. 123<sup>o</sup> del Codice. Quindi, sembra essere divenuto quello di sei mesi il termine massimo per il compimento delle relative indagini. In secondo luogo, si è stabilito, in sede di conversione, che i due periodi di tempo entro cui può avvenire, sempre e solo per finalità d'accertamento e repressione dei reati, l'acquisizione dei dati di traffico telefonico, sono di soli 24 mesi ciascuno. Inoltre, presupposto insuperabile per l'acquisizione di tali d.p. è ora divenuto il Decreto motivato del Giudice, anche se questa esigenza si verifichi entro i primi 24 mesi: si è così rimossa l'anomalia (introdotta col D.L. 354/03) del rilascio dei dati al P.M. nel primo periodo, senza l'intervento giurisdizionale d'un magistrato «terzo»! Anche nel 2° periodo, poi, il Giudice non può intervenire *motu proprio*: è stata eliminata l'acquisibilità d'ufficio dei tabulati. Attesa l'odierna ed articolata disciplina, ci si domanda: quali sono le concrete modalità d'acquisizione dei dati della corrispondenza telematica? Oggi si deve, per analogia, applicare l'Art. 132 del Codice richiedendo, sempre e comunque, un Decreto motivato del Giudice? Parrebbe ragionevole.

Il Difensore *per avere i tabulati* può rivolgere *le seguenti istanze*:- può presentare al Giudice un'istanza analoga a quella cui deve fare ricorso il P.M. oppure può procedere all'acquisizione «diretta» dei dati di traffico telefonico relativi al proprio patrocinato in sede penale (in tal caso v'è il rinvio *per relationem* alle forme di cui all'Art. 391-quater C.P.P., per l'acquisizione di documenti da quel diverso ente che certamente è la P.A.). Al di là dei rimedi eventualmente esperibili per vincere il veto dei gestori, opposto ex Art. 8<sup>o</sup>, lett. f), secondo periodo, T.U. *Privacy*, pare che non possano venire rimessi alla loro discrezionalità la valutazione e l'apprezzamento della sussistenza d'un concreto ed effettivo pregiudizio per le Investigazioni Difensive. Il difensore, inoltre, è stato privato del potere di rivolgersi autonomamente al gestore, tra il 25° ed il 48° mese dalla comunicazione telefonica trattata: pertanto, nel regime c.d. «*derogatorio*», ogni richiesta difensiva va rivolta al Giudice. L'art. 132<sup>o</sup> T.U. *Privacy*, concludendone la disamina, ha prescritto che debbano essere adottati dai gestori delle apposite metodiche, in base a delle *prescrizione del Garante*, poste a garanzia dell'interessato ai sensi dell'Art. 17 del Codice.

Anche per tutto quanto attiene alla tematica delle registrazioni di colloqui intercorsi fra due o più persone – situazione, al limite con l'istituto delle intercettazioni, che nella pratica si verifica assai frequentemente – che impone di chiarire la rilevanza del consenso alla captazione occulta da

parte di uno dei dialoganti, non è stata dedicata un'apposita disciplina dalla novella sulle Investigazioni Difensive.

Soccorre perciò, al riguardo, la giurisprudenza, che dev'essere confrontata con il contenuto del Parere del Garante del 19.02.2002, relativo proprio ad una registrazione tra privati.

In particolare, va menzionata la decisione adottata da Cass. S.U. 28.05.2003 n. 36747 (dep. 24.09.2003, *Torcasio*), che ha il merito d'avere introdotto un principio di diritto capace potenzialmente di capovolgere l'assetto precedentemente consolidato.

Posto che non si ravvisano preclusioni d'ordine formale e che la captazione potrebbe sempre venire compiuta totalmente *in maniera occulta* da uno dei «dialoganti», tuttavia si dovrebbero sempre fare comunque salvi i divieti probatori posti dalla legge e, in particolare, l'art. 191 C.P.P., atteso che i vizi della prova possono trovare fondamento in tutto il *corpus normativo* vigente.

Poiché l'esenzione all'*obbligo di previa informativa* è stata espressamente stabilita dal comma quinto, lett. b), dell'art. 13 D.L.vo n. 196/03 in relazione alle *sole Investigazioni Difensive intese in senso stretto* (cioè quelle previste dalla L. n. 397/00) e per l'ipotesi che i dati personali siano appresi da soggetto diverso dal diretto interessato, la stessa esenzione deve ritenersi *esclusa* ogni qualvolta la registrazione del colloquio avvenga ad opera di soggetto che non rivesta la qualifica di legittimato alle Investigazioni Difensive, com'è il cliente dell'Avvocato, appunto.

Né varrebbe la scriminante dell'uso personale, di cui all'art. 5 T.U. *Privacy*, posto che il legislatore ha enucleato tale concetto con marcate differenze rispetto all'uso processuale (cfr. D.P.R. 309/1990 e art. 68 l.d.a. e L. 248/2000). Né a ciò osta l'Art. 160° T.U. *Privacy*, secondo il quale: «*La validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti, documenti e provvedimenti nel procedimento giudiziario basati sul trattamenti di d.p. non conforme a disposizioni di legge o di regolamento restano disciplinate dalle pertinenti disposizioni processuali nella materia civile e penale*».

Questa interpretazione è suffragata anche dal Garante per la protezione dei dati personali (Provvedimento 19.02.2002, in *Boll.* n. 25, anno VI, 02.2002, *Cittadini e Società dell'Informazione*, 17 e ss.), con cui s'è stabilito che va censurata come illegittima l'acquisizione di dati personali tramite ascolto o registrazione diretta od ancora mediante intercettazione da parte di investigatore privato, seppure attuata direttamente presso l'interessato: è infatti dovuta l'informativa all'interessato, in forza dell'Art. 13 T.U. *Privacy*.

#### 4. Conclusioni

La peculiare procedura d'esercizio ex Art. 8° T.U. Privacy dei diritti dell'interessato (che è colui cui si riferiscono anche indirettamente i dati personali oggetto del trattamento), contempla la facoltà per costui di rivolgere al Garante una «specifica segnalazione al Garante» allorché il trattamento venga effettuato per finalità di Investigazioni Difensive, anziché la consueta informale richiesta al Titolare del trattamento od al Responsabile oppure il ricorso per invocarne l'intervento autoritativo. In base al T.U. Privacy, se il difensore-investigante reputi sussistente il pregiudizio «effettivo» e «concreto» per le I.D. (art. 8 T.U.), potrà differire» l'accesso ai d.p. trattati presso il suo Studio Legale, benché ritualmente richiesto dall'interessato al Garante: si tratta di un limite legale all'esercizio dei diritti dell'interessato, rimesso al leale e prudente apprezzamento del penalista, che dovrà invocarlo *cum grano salis*.

Per altro verso, chi esercita l'attività forense è tenuto ad adempiere in via semplificata agli obblighi di legge sulla protezione dei d.p., di cui già si può essere chiamati a rispondere ex Art. 25 T.U. (cfr. Parere 03.06.04 del Garante al C.N.F.). Nell'ambito di tali oneri rientra la redazione del Documento Programmatico per la Sicurezza, che è una misura minima, la cui mancata adozione entro il 31.12.2005 (ex L. n. 26/2005) è penalmente sanzionata. Il 31.03.2006 è inoltre il momento finale per provvedere all'adeguamento degli strumenti elettronici impiegati per il trattamento dei dati personali, nei casi d'oggettiva inidoneità (alla data del 01.01.04) a realizzare le nuove misure minime di sicurezza (Art. 180, III, T.U.), la cui attestazione risulti da Atto a data certa anteriore al 31.12.05.

Bisogna dare atto che, allo stato, permangono ancora irrisolte molte domande in ambito di *data-protection*, che necessitano a breve d'una risposta. Come coniugare tutela dei d.p.«trattati» dallo studio legale ed invio e ricezione di documenti per via telematica e loro conservazione? Con che peculiari modalità e garanzie potranno essere compiute negli studi legali le ispezioni da parte degli incaricati del Garante? Qual è la sorte delle fono/videocassette e dei supporti digitali oggetto d'acquisizione ex Art. 391-bis C.P.P. contenenti dati personali dell'intervistato e di terzi? Quale la soglia di sicurezza da adottare ove si scelga di non "spenderle" nel procedimento penale? Come condensare, in concreto, l'informativa ex Art. 13 D.L.vo n. 196/03 con gli avvisi che il difensore deve rivolgere ex Art. 391-bis C.P.P. agli interessati al momento della raccolta dei d.p. all'atto delle Investigazioni Difensive? Sono

utilizzabili le registrazioni eseguite da un cliente in violazione delle norme sulla protezione dei dati personali?

Non va trascurato, sul punto, l'auspicio formulato dal Garante nell'ambito della Relazione per l'Anno 2000 (sezione "La raccolta di dati per finalità di difesa"), ove si è *expressis verbis* considerato che la discrasia tra i due settori normativi è «...per molti aspetti risolvibile sul piano meramente applicativo o su quello di nuove regole deontologiche», «soprattutto con riferimento alle garanzie, agli adempimenti ed ai limiti che i difensori, gli investigatori privati ed i consulenti tecnici (incaricati dai difensori) dovranno tenere presenti».

Per dirimere questi dubbi, al di là del contenuto delle Autorizzazioni Generali emanate dal Garante (la n. 4/04 concerne il trattamento per lo svolgimento delle Investigazioni Difensive), lo strumento d'elezione è il Codice di Deontologia e di Buona Condotta previsto dagli Artt. 12 e 135 D.L.vo n. 196/2003. Tale fonte, peraltro, non rivestirà affatto carattere deontologico ma assumerà valore normativo secondaria e verrà allegata al T.U. *Privacy*.

Per antonomasia il Palazzo di Giustizia è *la Casa delle Regole*: tutti coloro che operano professionalmente nel mondo giudiziario devono attenersi, loro per primi, ai precetti sulla protezione degli altrui dati personali. Ma v'è un limite alla compressione della funzione difensiva, che va ravvisato nella natura di rango costituzionale «primario» del diritto di difesa nel processo penale, ove estrinsecantesi in Investigazioni Difensive eseguite ai sensi della L. n. 397/2000. Esso è costituzionalmente tutelato dagli Artt. 24 e 111 Cost. ed è certamente di pari rango rispetto a quelli della salute e della vita sessuale (il c.d. «zoccolo duro della *Privacy*») **ogni qualvolta** l'attività difensiva sia svolta dall'Avvocato penalista nell'ambito delle Investigazioni Difensive.

*Avv. Salvatore Frattallone*