

Relazione avv. Giulia Ferrarese

DEONTOLOGIA, PROCESSO CIVILE E TRATTAMENTO DATI

Richiamo brevemente alcuni adempimenti richiesti dalla normativa sulla protezione dei dati con particolare riferimento al corretto trattamento dei dati nell'ambito del processo ed evidenziando altresì i limiti di ammissibilità di una prova nel processo civile con riferimento alla normativa sul trattamento dei dati.

L'informativa

a) al cliente

Il primo adempimento richiesto dalla normativa sulla privacy è l'informativa.

E' sempre necessario dare l'informativa ai clienti: può essere data anche in forma orale e, ove vi siano difficoltà a renderla direttamente, può anche essere spedita.

b) ai terzi

Nell'ambito che qui ci interessa (e cioè il processo) non è necessario dare l'informativa ai terzi di cui veniamo a trattare dati.

Mi riferisco in particolare alla controparte ovvero ai testimoni, al terzo chiamato ovvero ad altri soggetti di cui si abbia necessità di trattare i dati nell'ambito del processo.

Il riferimento normativo è l'art. 13, 5° comma D.Lgs. nr. 196/03 che, per l'ipotesi in cui i dati non siano raccolti presso l'interessato (art. 13, 4° comma D.Lgs. cit.), esonera dall'obbligo di rendere l'informativa all'interessato medesimo se il dato è trattato "per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il tempo strettamente necessario al loro perseguimento".

Il consenso e l'attività giudiziale

Come noto, non è nemmeno necessario raccogliere il consenso del cliente né di terzi soggetti quando si trattano i loro dati (senza peraltro diffonderli) "per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il tempo strettamente necessario al loro perseguimento" (art. 24, 1° comma,

lett. g D.Lgs nr. 196/03 e art. 26, 4° c. lett. c).

I dati sensibili relativi a terzi possono essere trattati, ove ciò sia strettamente indispensabile, per l'esecuzione di specifiche prestazioni professionali richieste da clienti (vedi autorizzazione generale del Garante per i professionisti).

E' poi consentito trattare alcuni dati particolarmente sensibili di terzi soggetti (per la precisione i dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale del terzo) solo se il diritto da noi tutelato in sede giudiziaria è di rango almeno pari a quello alla riservatezza (o meglio alla protezione dei propri dati) vantato dal terzo ovvero qualora venga da noi tutelato un diritto della personalità o un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

Il che implica una valutazione comparativa fra opposte esigenze e diritti.

Le stesse considerazioni vanno fatte per il trattamento di dati in attività propedeutica a quella giudiziale.

Diverse, e più problematiche, sono invece le regole per il trattamento dei dati nell'attività stragiudiziale, di cui peraltro in questa sede non ci occupiamo.

Le modalità di trattamento dei dati

L'art.11 D. Lgs. nr. 196/2003 detta inderogabili norme per il trattamento dei dati in genere.

Il secondo comma espressamente sanziona con l'inutilizzabilità il trattamento svolto in difformità da quanto prescritto.

L'art. 11, e ne illustrerò appresso le conseguenze, si applica anche al trattamento dei dati per ragioni di giustizia (art. 47).

Altra norma di riferimento per un corretto trattamento dei dati è l'art. 26, 4° comma, lett. c) D. Lgs. cit.

Il conflitto tra privacy e processo

Il primo problema da risolvere è quello del potenziale conflitto tra la tutela della riservatezza e la tutela del diritto di difesa.

Osservo al riguardo che la tutela della privacy costituisce un diritto relativamente nuovo per il nostro ordinamento e che non esiste una norma costituzionale che espressamente lo contempli.

Questo diritto ha peraltro trovato un riconoscimento espresso nelle norme comunitarie ed è ora assunto a diritto pienamente riconosciuto dalla nuova Costituzione Europea.

Lo stesso Decreto Legislativo 196/2003 (così come la precedente legge del 1996) è normativa che nasce dalla necessità di applicare direttive comunitarie.

In genere, nel conflitto tra diritto di difesa e diritto alla tutela della riservatezza dei propri dati personali si riconosce la prevalenza del primo (ritenuto di rango superiore) rispetto al secondo.

In tal senso vanno lette le esenzioni contenute nell'art. 13, V° comma D. Lgs. 196/03 (per l'informativa) e le esenzioni di cui agli artt. 24 e 26 (per il consenso).

Questo però non significa che il trattamento dei dati nell'ambito del processo sia svincolato da qualsiasi limite e sia consentito sempre e comunque.

Infatti, come più avanti ribadiremo, un limite esiste ed è quello che il dato sia trattato nel rispetto delle modalità di cui all'art. 11 D. Lgs. cit.

Questo limite vale per le parti, il Giudice ed i suoi ausiliari.

Peraltro, come chiariremo meglio oltre, la normativa sulla privacy non ha voluto dar luogo ad automatici effetti caducatori degli atti processuali (basati su trattamenti di dati non conformi alla normativa) per effetto dei poteri amministrativi dell'autorità Garante (art. 160, V e VI comma D.Lgs cit.).

In altre parole, non si è voluto accordare al Garante il potere di riesaminare e privare di efficacia provvedimenti giudiziari emesso sulla base di atti e documenti interessati da violazioni della normativa sulla privacy, anche se l'Autorità non è stata privata della possibilità di intervenire per accertare eventuali violazioni del trattamento dei dati ex art. 11 D. Lgs. cit.

L'istruzione probatoria

Vogliamo ora occuparci del trattamento e della protezione dei dati personali nel processo civile con particolare riferimento all'istruzione probatoria.

Esiste un limite generale all'assunzione ed acquisizione delle prove nel processo, da porsi in relazione all'eventuale illiceità della loro formazione od assunzione ed alla eventuale indisponibilità della prova.

Questo limite ha fatto sì che si enucleasse il concetto di prova illecita, da intendersi come prova vietata perché contraria a divieti di legge. La tematica della prova illecita (a volte ingiustamente trascurata nella pratica) non può essere confusa né assorbita in quella delle cd. prove atipiche (quelle non espressamente previste dalla legge).

La violazione di qualunque divieto di legge comporta l'inutilizzabilità della prova, senza che la stessa possa rientrare nel novero delle prove atipiche, aggirando il divieto normativo.

Nella tematica che ci interessa, va evidenziato che l'art. 11 D. Lgs. cit.

pone dei precisi limiti “assoluti” al trattamento del dato personale, anche qualora il dato sia utilizzato come prova nel processo: la prova assunta in violazione di questa norma è pertanto una prova contraria ad un espresso divieto di legge e quindi una prova illecita.

La conseguenza è che, qualora detta prova sia entrata nel processo, il Giudice, nè ricorrendo al concetto di prova atipica nè ricorrendo ai suoi poteri istruttori e nemmeno facendo ricorso a valutazioni sulla attendibilità, potrà mai considerare lecita una prova assunta in violazione dei criteri dell’art.11 (poiché diversamente si finirebbe per consentire che le parti possano violare liberamente un divieto di legge al fine di esercitare un diritto ed il Giudice stesso finirebbe per ritenere ammissibile e rilevante ciò che dalla legge è vietato, consentendo alle parti di ottenere un risultato illecito).

D’altro canto, se fosse vero il contrario, si dovrebbe concludere che il Giudice possa porre a fondamento della propria decisione fatti o atti basati su trattamenti di dati non consentiti o che allo stesso sia dato il potere di valutare o far assumere prove che alle parti sono vietate.

Invece l’art. 11 è un limite valido anche per il trattamento dei dati effettuato “per ragioni di giustizia”.

Alcuni autori e parte della giurisprudenza hanno invece ricercato una soluzione compromissoria, finendo per avvantaggiare il concetto di prova atipica.

Il Ricci, in un recente convegno tenutosi a Verona, ha distinto tra divieti e divieti definendo prova illecita quella assunta in violazione di divieti espressi ovvero di garanzie fondamentali della persona.

Sarebbero invece prove nulle (e non illecite) quelle assunte in violazione di divieti posti nell’interesse della parte e non attinenti a principi di ordine pubblico (ad esempio prove in violazione dei limiti di cui agli artt. 2721 e segg. c.c. ovvero in violazione del disposto di cui all’art. 246 c.p.c.).

L’illiceità della prova è rilevabile in ogni momento e rende inutilizzabile ed inefficace la prova mentre la nullità è rilevabile entro determinati limiti temporali (di regola la prima udienza successiva).

Anche aderendo alla costruzione del Ricci, se ne deduce che la prova assunta in violazione dell’art. 11 D. Lgs. cit. è una prova illecita in quanto viola un espresso divieto di legge, posto a garanzia di uno dei diritti fondamentali dell’individuo (riconosciuto a livello di Costituzione europea).

La prova assunta in violazione della normativa sulla privacy è prova illecita

Si può in conclusione affermare che la violazione della normativa in materia di protezione dei dati personali comporta l'illiceità della prova.

Se è infatti vero che il diritto di difesa in giudizio in linea di principio prevale sulla tutela della riservatezza (tanto che abbiamo sopra ricordato le esenzioni contenute nel T.U. sulla privacy in relazione all'obbligo di informativa e consenso allorché il trattamento è posto in essere per far valere un diritto in sede giudiziaria), ciò non è vero sempre e comunque e va in ogni caso raccordato con la tematica delle prove illecite .

Anche nei casi di esenzione restano infatti sempre valide e vanno osservate nel trattare i dati le norme riguardanti la liceità nel trattamento e specificatamente l'art. 11 D. Lgs.

Pertanto, un dato è legittimamente trattato in un processo se rispetta queste condizioni:

- è trattato in modo lecito: cioè conformemente alle disposizioni del codice della privacy nonché alle disposizioni del codice civile (il trattamento non deve essere contrario a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume);
- è trattato secondo correttezza;
- è trattato per scopi determinati (non è consentita la raccolta di dati come attività fine a se stessa), legittimi e compatibili con gli scopi per i quali sono raccolti;
- è esatto (cioè preciso e rispondente al vero) e, se necessario, va aggiornato;
- è pertinente (in relazione all'attività difensiva svolta), completo (non nel senso di raccogliere il maggior numero possibile di informazioni ma bensì di fornire una informazione esatta e che tenga conto dei vari profili), non eccedente (rispetto alle finalità di difesa);
- è conservato per il tempo strettamente necessario in relazione alla finalità di difesa per il quale è raccolto.

Se non sono osservate queste condizioni il trattamento è illecito ed i dati non possono essere utilizzati (art. 11, 2° comma D. Lgs.) mentre la prova è parimenti da considerarsi illecita ed inutilizzabile.

Inoltre, per i dati cd. supersensibili (quelli idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale) va rispettato il disposto dell'art. 26, 4° comma lett. c) D. Lgs. che consente il trattamento di detti dati solo quando si agisce per la difesa di un diritto di rango almeno pari a quello della tutela della riservatezza del terzo (cui i dati si riferiscono) ovvero di un diritto della personalità o di altro diritto o libertà fondamentale ed inviolabile.

Prove costituenti e prove precostituite

Nell'ambito delle prove illecite possiamo distinguere tra prove costituenti e prove precostituite.

Con riferimento alle prove costituenti (confessione, giuramento, testi) si può ritenere che il Giudice non possa porre a fondamento della sua decisione una prova illecitamente raccolta (nemmeno – come detto – facendo ricorso al concetto di prova atipica o richiamando il libero convincimento del Giudice nella valutazione del contegno delle parti) e se ha ammesso per errore ed espletato una prova illecita non ammissibile dovrebbe revocare l'ordinanza e privare di ogni efficacia quella prova nella valutazione dei fatti ai fini del giudizio.

Lo stesso è a dirsi per le prove precostituite (quali quelle documentali) di cui si lamenta l'illecita acquisizione (ad esempio quelle di cui la parte che le ha prodotte non riesca a provare il legittimo possesso).

Occorre peraltro osservare che (salva l'ipotesi di produzioni effettuate oltre i termini di cui all'art. 184 c.p.c.) la prova documentale – a differenza di quella costituenda – non è oggetto di provvedimento di ammissione ed entra direttamente a far parte del processo.

Il Giudice pertanto dovrà limitarsi a ritenere i documenti prodotti privi di efficacia probatoria perché illecitamente acquisiti.

Fattispecie di illiceità della prova per violazione della privacy

Come sopra precisato, va premesso che l'utilizzo di documenti forniti dal cliente (e che contengono dati di terzi) per finalità di difesa in giudizio è in linea di massima consentito e non vi è nemmeno necessità di rendere informativa o raccogliere il consenso del terzo cui i dati si riferiscono.

Tuttavia, un primo profilo che viene in rilievo in relazione alle produzioni documentali è quello della acquisizione del documento.

La legittima acquisizione del documento si può infatti ritenere una delle condizioni richieste dall'art. 11 per il corretto trattamento dei dati laddove alla lettera a) precisa che i dati devono essere trattati (e quindi acquisiti) in modo lecito e secondo correttezza.

Il problema apparentemente non sorge per il dato contenuto in un documento in possesso del cliente, in quanto l'art. 5, 3° comma D. Lgs. 196/03 esonera le persone fisiche dall'applicazione del codice sulla privacy in relazione al trattamento dei dati effettuato per uso esclusivamente personale.

In questo caso, le tematiche sulla corretta acquisizione del documento non interessano la parte (persona fisica) sotto il profilo di possibili violazioni delle disposizioni della normativa sulla privacy, salvo ripresentarsi allorché il documento venga utilizzato nel processo dall'avvocato, con la conseguente necessità di valutare anche il contenuto dello stesso (la sua

pertinenza, esattezza, attualità etc., valutate secondo i criteri dell'art.11). Restano inoltre aperte le tematiche sulla legittimità del possesso, in ossequio al principio generale riportato da una ormai datata Sentenza della Corte di Appello di Milano per cui “non può essere riconosciuta efficacia probatoria a documenti pervenuti in possesso del produttore attraverso una attività illecita, non potendosi ammettere che una parte consegua con una attività illecita ciò che lecitamente non potrebbe procurarsi”.

Il dato rilasciato da un terzo per poter entrare nel processo tramite un documento deve essere stato legittimamente acquisito dalla parte o dal suo legale.

Infatti, per l'acquisizione di documenti dalla P.A. valgono le norme sull'accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 59 e 60 D. Lgs.

Se la P.A. dovesse rilasciare al legale (o alla parte) documenti in violazione di quanto previsto da dette norme (ad esempio documenti contenenti dati idonei a rilevare lo stato di salute o la vita sessuale di terzi in violazione del disposto dell'art. 60 D. Lgs.) la prova documentale acquisita sarebbe illecita perché rilasciata in violazione del T.U. sulla privacy e quindi non utilizzabile in causa.

Il trattamento del dato personale –indipendentemente dalle modalità di acquisizione - è inoltre – come detto - sempre vincolato al rispetto delle modalità indicate dall'art. 11 D.Lgs. 196/03 nonché dei limiti previsti dall'art. 26, 4° c. lett. c).

Bisognerà pertanto valutare se il documento che si intende produrre sia pertinente alle finalità di difesa in concreto perseguite, non eccedente rispetto a dette finalità e se sia esatto.

Conterrebbero, ad esempio, dati personali non esatti una visura non aggiornata, sentenze di condanna non confermate, accertamenti di redditi parimenti non confermati. Potrebbe essere eccedente la produzione di fotografie che ritraggano persone estranee al processo e ne rivelino dati sensibili o altri dati non pertinenti (ad esempio acquisiti al processo solo per gettare discredito su una parte o per mettere in dubbio l'attendibilità di un teste).

Si deve pertanto affermare che il Giudice possa e debba vagliare le deduzioni istruttorie delle quali le parti chiedono l'ammissione anche per impedire possibili violazioni della normativa a tutela della privacy, in quanto altrimenti darebbe accesso a prove illecite.

Ricordo nuovamente all'uopo che l'art. 47 D. Lgs. cit. esonera i trattamenti effettuati dal magistrato e dagli uffici giudiziari (cancellerie e

segreterie) dal rispetto di diverse norme del codice in materia di protezione dei dati (artt. 9,10, 13,16, 18-22, 37 etc.), ma non dall'osservanza delle modalità di trattamento dei dati di cui all'art. 11 D. Lgs. Pertanto – come detto - in caso di violazione di tale norma, alla fine del processo, anche per il magistrato (al pari dell'avvocato) si possono aprire profili di responsabilità civile. Peraltro, qualora nel giudizio sia stato effettuato un trattamento in violazione della normativa sulla privacy che non sia stato rilevato dal giudice (ed anche se detta violazione sia stata accertata dal Garante), gli atti e documenti interessati dalla violazione non restano automaticamente cadutati, ma la loro validità ed efficacia è disciplinata dalle pertinenti disposizioni processuali in materia civile o penale e dai rimedi dalle stesse previsti (l'art. 160 D. Lgs.). Quanto detto per il Giudice e per le parti ed i loro difensori vale ovviamente anche per le attività del CTU e dei CTP e degli altri ausiliari del Giudice.

Profili deontologici

Veniamo ora al profilo deontologico che viene in rilievo nel rapporto tra la nostra professione e la privacy.

Appare opportuno premettere la diversa estensione dei concetti di segreto professionale e di riservatezza. La tutela della riservatezza dei dati è un diritto del cliente o del terzo (che ha avuto riconoscimento anche nella Carta Costituzionale Europea) con un oggetto ben specificato; il segreto professionale è un dovere del legale verso il suo cliente, di contenuto negativo e riguardante uno specifico fatto conosciuto dal legale in virtù del rapporto fiduciario professionale e che deve rimanere segreto.

Questo, invece, non accade necessariamente per i dati personali protetti dalla legge sulla privacy, poiché gli stessi possono riguardare terzi soggetti verso i quali non si è tenuti ad alcun segreto e con i quali non si ha alcun rapporto fiduciario; questi dati possono essere conosciuti, pur rimanendo riservati, e su tale riservatezza l'interessato ha diritto di esercitare il controllo.

Il segreto inoltre può essere violato volontariamente solo dal professionista o dai suoi collaboratori, la riservatezza può essere violata da terzi anche contro la volontà o all'insaputa del professionista o dei suoi collaboratori.

Infine, il segreto può essere oggetto di rinuncia da parte del cliente, mentre nemmeno il consenso dell'interessato rende legittimo il trattamento dei dati in violazione della normativa sulla privacy.

Tracciata questa distinzione, non è dato comprendere come, in nome del solo segreto professionale, possa essere richiesta da alcuni avvocati una sorta di “esenzione” dell’avvocatura dal rispetto della normativa sulla privacy.

L’Avvocato non può, anche sotto il profilo deontologico, omettere di adottare le misure minime per la corretta conservazione dei dati nell’interesse del cliente o del terzo. L’adozione di tali misure, ritenute oramai necessarie anche per comune esperienza, corrisponde alla necessaria osservanza dei precetti di legge, oltre che all’osservanza dei doveri di riservatezza e di correttezza nei rapporti con lo stesso (artt. 6 e 9 cod. deont.) e costituisce una legittima aspettativa del cliente.

Parimenti, può sussistere responsabilità deontologica nelle ipotesi in cui l’Avvocato violi le disposizioni penali previste dalla normativa sulla protezione dei dati o compia un trattamento illecito dei dati in violazione dell’art. 11 D. Lgs. 196/03 o delle prescrizioni di cui all’autorizzazione generale (nr. 4/2004) sul trattamento dei dati sensibili da parte dei professionisti.

Anche la provenienza illecita del dato espone l’avvocato ad illecito deontologico.

Se il dato proviene dal cliente sussisterà l’illecito solo se è provata la consapevolezza da parte dell’avvocato della provenienza illecita o se non sussistono ragionevoli circostanze di fatto che facciano presumere il legittimo possesso del dato da parte del cliente.

Ciò peraltro non esime dall’obbligo deontologico di compiere ogni altra valutazione necessaria ai fini del rispetto dei precetti di legge sopra riportati. Il dato di provenienza lecita può infatti far nascere responsabilità deontologica se il suo utilizzo avviene per scopi che non siano compatibili rispetto a quelli per cui è stato raccolto o se viene dimesso senza alcun rapporto di pertinenza con l’oggetto della pratica, se non è aggiornato, non è esatto, è incompleto o eccedente rispetto alle finalità od infine perché non più utilizzabile in quanto sono cessati gli scopi per i quali è stato raccolto.

Vorrei infine evidenziare che il codice deontologico (art. 9, ult. comma) contiene un principio comune anche all’art. 11 D. Lgs. cit. laddove dispone che la divulgazione dei dati della parte assistita (ove consentita) sia “limitata a quanto strettamente necessario per il fine tutelato”.

Concluderei pertanto osservando che molti degli obblighi introdotti dalla normativa sulla privacy non sono del tutto nuovi alla deontologia forense (il dovere di lealtà e correttezza, il dovere di segretezza e riservatezza, il

dovere di verità) e caratterizzano da tempo la formazione dell'avvocato.

Bibliografia: “Le prove atipiche nel processo civile” di Giancarlo Maero, p. 121 e segg; “La protezione dei dati personali nel giudizio civile” di Giovanni Buonomo; “Il contratto sull’attività giudiziaria da parte del garante per la protezione dei dati personali: limiti e problemi di costituzionalità” di Federico Sorrentino; “Le prove illecite nel processo civile” di G.F. Ricci; “Diritto alla riservatezza e diritto all’autodeterminazione” di Pasquale Giuseppe Macrì.

Avv. Giulia Ferrarese
Verona

Commissione Privacy
dell’Unione Triveneta Ordini