

FRANCESCO TRAPELLA

L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto

Tra le attività di indagine difensiva capaci di ingerirsi nella sfera privata del terzo c'è l'accesso ai luoghi privati o non aperti al pubblico. L'indagine si prefigge di individuare le norme che, a livello europeo e nazionale, dettano coordinate per risolvere il potenziale contrasto tra le esigenze di difesa del soggetto nel cui interesse è condotta l'inchiesta privata e il *right to privacy* del titolare dei luoghi o di chiunque altro sia toccato dall'atto investigativo.

The defensive access to private places and the third party's right to control personal data: an unresolved contrast.

The defensive access to private (or not open to public) places is able of intruding on the third party's private sphere. This study aims to identify the European and national rules dictating coordinates to resolve the potential conflict between the right of defence of the subject in whose interest the investigation is conducted and the right to privacy of the places owner or of anyone else touched by the investigation.

SOMMARIO: 1. Vecchi e nuovi diritti - 2. Definizioni e referenti costituzionali - 3. Indicazioni dall'Europa - 4. Garanzia giurisdizionale - 5. Una conclusione sul codice di condotta.

1. *Vecchi e nuovi diritti.* L'inquadramento delle indagini difensive nella cornice dei precetti costituzionali ed europei porta l'interprete a riflettere sui non sempre lineari rapporti con il diritto di difendersi provando, con il principio di parità delle armi e, di lì, su temi che ridondano sull'effettività del contraddittorio e, prim'ancora, sulla tenuta del modello accusatorio al quale almeno l'impianto originario del codice di rito voleva ispirarsi¹.

¹ Utilissimi spunti in questo senso, in PASTA, *I diritti individuali come limite alla libertà d'investigazione del difensore*, in *questa Rivista* (web), 2019, 3, 9 ss.; SURACI, *Le indagini difensive*, Torino, 2014, 11 ss.; TODARO, *Investigazioni difensive e giudizio abbreviato: principio del contraddittorio e pluralità di *leges probatoriae* nel sistema processuale penale*, in *Giur. cost.*, 2011, 1629; SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 498 ss.; LORENZETTO, *Dal difensore inquirente al difensore istruttore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1225 ss.; ZACCHÈ, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2005, 3382; GRIFANTINI, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *Cass. pen.*, 2004, 397; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2003, 210; TRIGGIANI, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2002, 215 ss.; MAZZA, *Fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, 1763; DI CHIARA, *Le linee prospettive del "difendersi ricercando": luci e ombre delle "nuove" investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 1 ss.; DE CARO, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, 3198; DI MAIO, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova, 2001, 173; NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*,

Gli approdi raggiunti nel primo ventennio di vigenza degli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. da una dottrina piuttosto critica quanto all'attitudine del mezzo esplorativo privato di realizzare le aspettative del legislatore del 2000² forniscono lo spunto per una riflessione inedita, sintetizzabile nel piano d'indagine appresso illustrato.

S'intende approfondire i rapporti tra l'inchiesta difensiva e la *privacy* - il "più onnicomprensivo" dei diritti³ - con attenzione particolare agli accessi ai luoghi indicati dall'art. 391-*septies* c.p.p. L'ipotesi da dimostrare permette una rilettura dei nodi cardinali di questo settore della materia processuale alla luce della peculiare semantica e delle specifiche categorie del diritto alla riservatezza⁴: invocandolo, i terzi interessati dall'ingerenza difensiva riescono ad opporsi all'atto investigativo e alla parte privata non resta che rivolgersi al giudice, pur senza la certezza di un responso favorevole e di validi strumenti per impugnare il possibile diniego; una dinamica, questa, che non trova rimedi né nelle fonti sovranazionali sulla protezione dei dati personali - il GDPR e la direttiva 2016/680/UE⁵ - né in quelle interne di recepimento⁶, e che conferma le diversità, sia strutturali che funzionali, tra l'investigazione difensiva e quella del pubblico ministero⁷.

in *Dir. pen. proc.*, 2001, 11; PRESUTTI, *Indagini difensive e «parità delle armi»*, in *Studi in onore di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, 607 ss.

² Ben sintetizzate da GIARDA, *Un cammino appena iniziato*, in *Le indagini difensive*, Milano, 2001, 3.

³ Compendiato nella felice locuzione «*right to be alone*» di WARREN, BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 4, 193.

⁴ Per un inquadramento generale di tali definizioni e categorie, ancorché risalente e, quindi, non riferibile allo strumentario di attuale vigenza, CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di Negri, Roma, 2007, 3 ss.

⁵ Interessanti riflessioni sulle potenzialità di questo strumento, in GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *questa Rivista* (web), 2019, 1, 1 ss. Esprime perplessità sull'efficacia dei rimedi europei, anche alla luce di orientamenti giurisprudenziali - interni e non - dubbi quanto alla capacità di conciliare riservatezza e prerogative difensive, VALENTINI, *Forme di privazione del diritto di difesa nello Stato senza diritto (ovvero: come un gioco di parole diventa realtà)*, *ivi*, 2020, 2, in partic. 15 ss.

⁶ E questo, a dispetto della congerie di norme - o, meglio, dell'«elefantica normativa», per dirla con ZENO ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Riv. dir. media*, 2018, 2, 4 - entrate in vigore in un tempo ristrettissimo e tutte rivolte a dare risalto e protezione ai dati personali e alla riservatezza su di essi.

⁷ Asimmetria, questa, che riduce il potenziale delle indagini difensive, a suo tempo inteso come «effettivo rimedio alla visione unilaterale del pubblico ministero in fase d'indagine»; il virgolettato è da PASTA, *Le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato dopo la riforma Orlando: due cause di un fallimento*, in *questa Rivista* (web), 2017, 2, 3.

Si profila, così, un conflitto tra diritti: “vecchi” – quelli connessi alla funzione difensiva, al giusto processo e, più in generale, all’idea di equità che lo riempie – e nuovi, collegati, cioè, ai risvolti, multiformi e in costante espansione, del *right to privacy*. Proprio per tale ragione il piano del lavoro viene articolato in un preliminare inquadramento delle situazioni contrapposte (par. 2), nell’esame delle fonti europee e, in particolare, dei problemi di applicazione al tema di studio (par. 3) e nell’analisi delle criticità che, a livello domestico, derivano dal laconico richiamo al giudice quale sostegno dell’accertamento privato (par. 4); seguiranno le conclusioni (par. 5) che, tra le altre cose, metteranno a fuoco talune questioni deontologiche ponibili al difensore nel contesto in esame.

2. Definizioni e referenti costituzionali. Il contrasto che insorge dal mancato consenso all’accesso difensivo da parte di chi abbia la disponibilità dei luoghi è tra posizioni giuridiche che ricevono diversa copertura dalle fonti superiori: quella costituzionale e le europee.

Il loro inquadramento, però, esige di cogliere anzitutto un tratto comune: nella Carta dei valori non ci sono direttive immediatamente riferibili alle indagini difensive⁸ e alla riservatezza⁹, pur essendo innegabile il loro rilievo e, quindi, la possibilità di ricavare dalla sistematica complessiva della Fonte superiore la valenza delle situazioni in analisi e, di lì, la loro collocazione tra i diritti individuali fondamentali¹⁰. Merita, allora, condurre un’operazione ricognitiva delle norme che consentono di avallare una tale affermazione.

Partendo dalle investigazioni della parte privata, con un semplice gioco di parole e prendendo a prestito la notoria locuzione di Vassalli¹¹, ha senso trattare di un *diritto di difendersi investigando*¹² e, quindi, orientare l’analisi verso i

⁸ SURACI, *Le indagini difensive*, cit., 56-57; SPANGHER, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris*, 2001, 530.

⁹ CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto alla) - D Diritto civile*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2; BARI-LE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 11; AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, 42.

¹⁰ All’entrata in vigore della legge sulle indagini difensive giungeva ad analoga conclusione, pur con riferimento ai previgenti assetti del diritto alla riservatezza, TONINI, *L’investigazione difensiva e la legge sulla privacy*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di Filippi, Padova, 2001, 251.

¹¹ VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 3 parlava – si sa – del «diritto di difendersi provando».

¹² Così pure GIALUZ, *Il diritto alla difesa tecnica della persona offesa*, in *Nuovi orizzonti del diritto alla difesa tecnica. Un itinerario tra questioni attuali e aperture del quadro normativo*, a cura di Negri, Re-

presupposti costituzionali del diritto di difesa e dell'esplorazione penale. Viene spontaneo rimandare all'art. 24, co. 2, Cost. letto alla luce del suo completamento naturale nelle indicazioni dettate dall'art. 111 Cost.¹³

In linea generale, infatti, non sarebbe possibile avverare il contraddittorio tra parti in posizione paritaria dinanzi al giudice (art. 111, co. 2, Cost.) o la dimensione dialogica nella formazione della prova (art. 111, co. 4, Cost.) senza concedere alla difesa un potere di ricerca e di raccolta delle evidenze analogo a quello riconosciuto al pubblico ministero¹⁴; nondimeno, l'indagine privata attua la previsione dell'art. 111, co. 3, Cost. laddove prescrive che l'accusato disponga del tempo e delle condizioni necessari a preparare la propria difesa e, in generale, ad acquisire elementi a favore¹⁵. La stessa giurisprudenza costituzionale valorizza queste premesse, ricordando che la disciplina *de qua* si propone di diminuire gli squilibri tra le parti e di delineare l'identico rilievo delle indagini di entrambe¹⁶, donde il nesso con il riformato art. 111 Cost.

non, Torino, 2017, 104; SURACI, *Le indagini difensive*, cit., 61; VERRINA, *Dall'unicità del fatto alla pluralità delle procedure*, in *La giustizia penale differenziata, I, I procedimenti speciali*, coord. da Giunchedi, Torino, 2010, 366; CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 118; CESARI, *Il minorente fonte di prova nel processo penale*, Milano, 2008, 90; PAULESU, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, Milano, 2008, 597; SIRACUSANO, *Investigazioni difensive*, cit., 500; DI CHIARA, *Le linee prospettiche*, cit., 6.

¹³ Si aderisce alla tesi per cui il "nuovo" art. 111 Cost. ha sostanzialmente recepito regole e principi già presenti nel sistema costituzionale, dando loro più forza, anche di fronte alle recrudescenze inquisitorie dei primi anni Novanta, e meglio esplicitando l'inviolabilità della posizione di cui si fa portatrice proprio l'art. 24, co. 2, Cost. Così, AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giustnaturalismo processuale in Europa*, in *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 141.

¹⁴ SURACI, *Le indagini difensive penali*, Pisa, 2021, 66; VENTURA, *Le indagini difensive*, Milano, 2005, 20.

¹⁵ Ricollegano le indagini difensive all'art. 111, co. 3, Cost., anzi affermando che quest'ultimo dia impulso all'attività inquirente privata, SAMMARCO, *Tempo e condizioni delle investigazioni difensive. Un caso di inesistenza del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 525; TONINI, *La prova penale*, Padova, 2000, 11.

¹⁶ Corte cost., 26 giugno 2009, n. 184, in *Giur. cost.*, 2009, 2039 ss., con commenti di AMODIO, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A proposito di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, 17 ss; GREVI, *Basta il solo «consenso dell'imputato» per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato?*, *ivi*, 2009, 3671 ss.; LOZZI, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, *ivi*, 2009, 2055 ss.; SPANGHER, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, *ivi*, 2009, 2062 ss.; UBERTIS, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072 ss. La pronuncia ha affrontato la risalente e complessa questione dell'ammissibilità delle risultanze investigative della difesa nel rito abbreviato: in questa sede non ci si sofferma sul punto per evitare un fuor d'opera; per un esame delle posizioni contrappo-

che, per l'appunto, la L. 7 dicembre 2000, n. 397 si proponeva espressamente di attuare¹⁷.

Il punto, quindi, è il rapporto tra l'inchiesta della procura e quella privata, il che induce a riflettere sul modo in cui quest'ultima partecipi alla completezza dell'accertamento che la Consulta ha connesso all'art. 112 Cost.¹⁸ Con maggiore precisione, conviene partire dall'art. 358 c.p.p. che enuncia un obiettivo forse utopistico nel pretendere che il pubblico ministero acquisisca anche risultanze favorevoli all'indagato: e questo, al di là dei riferimenti alla realtà empirica, poiché l'unilateralità della ricognizione accusatoria impedisce al titolare del fascicolo di guardare ai fatti apprezzando gli spunti che verrebbero da un confronto con i comprimari, con possibile pregiudizio per l'obiettività della ricerca¹⁹. Chiaramente una settorialità siffatta accentua profili incompatibili con il comando costituzionale di obbligatorietà²⁰.

L'*impasse* è superabile concependo l'indagine difensiva in funzione del dialogo *inter partes* e, quindi, potenziandone il ruolo in un confronto con il procuratore utile - *rectius*: necessario - ai fini delle scelte sull'azione. Sia, però, chiaro un dato: se si può collocare l'accertamento privato nell'alveo dei dettami sanciti dal combinato tra gli artt. 111 e 112 Cost., è bene sgombrare il campo da un duplice equivoco, e di tanto dovrà tenersi conto nell'affrontare i *themata* di questo studio.

Il primo. Le due inchieste si portano separatamente l'una dall'altra, nell'ignoranza di ciascuno dei soggetti rispetto agli elementi reperiti dall'antagonista²¹. Salve specifiche iniziative individuali, i due filoni investigativi non si incrociano almeno fino all'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.*, con difficoltà di intendere un frangente di reale integrazione tra i contributi raccolti dall'una e

ste, CASSIBBA, *La Corte costituzionale fa chiarezza sul regime di ammissione di atti e documenti nell'udienza preliminare*, in *Dir. pen. cont.* (web), 26 aprile 2011.

¹⁷ Si rinvia ai lavori preparatori della L. n. 397 del 2000 e, in particolare, al resoconto della seduta della II Commissione permanente (Giustizia) alla Camera dell'8 novembre 2000. I testi sono disponibili sul sito istituzionale leg13.camera.it.

¹⁸ Con l'ovvio riferimento a Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, 590.

¹⁹ Manifesta preoccupazioni in tal senso SIRACUSANO, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino, 2005, 36, nota 102.

²⁰ MELE, *Una norma inutile l'art. 358 c.p.p.?*, in *Cass. pen.*, 1997, 2407.

²¹ Sottolineano come questo aspetto esalti l'autonomia del pubblico ministero SIRACUSANO, *La completezza delle indagini*, cit., 360, nota 38; FILIPPI, *Le indagini difensive: tempi e spendibilità*, in *Studium iuris*, 2002, 182; DI CHIARA, *Le linee prospettive*, cit., 22; PIZIALI, *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano, 2001, 210.

dall'altra parte se non una volta che il procuratore sia già avviato a chiedere il rinvio a giudizio²².

Il secondo. La titolarità dell'azione resta del pubblico ministero che, oltre a beneficiare di uno strumentario sconosciuto al difensore, rimane l'unico titolare di un *munus publicum* estraneo al rappresentante dell'accusato²³. Di sicuro, questo approdo risentirà della nuova regola di giudizio della Cartabia²⁴ per cui, occorrendo per procedere una ragionevole prognosi di condanna - e, quindi, un compendio di elementi forieri di una maggiore precisione quanto al fatto da mandare a processo di quel che sarebbe stato senza il superamento del *favor actionis* da parte delle regole riformate²⁵ - è quanto mai auspicabile incrementare l'interazione tra accusa e difesa già nel segmento pre-processuale e, di lì, i poteri di quest'ultima a fini esplorativi.

La considerazione s'impone *pro futuro*: dagli argomenti sinora esposti si trae la conferma che, al di là degli intenti dei compilatori e dei nessi con i principi fondamentali del processo²⁶, non può ancora affermarsi un'equivalenza funzionale - ma nemmeno strutturale - tra le investigazioni del pubblico ministero e quelle dei privati²⁷. Altrimenti detto, benché da due decenni il *deficit* di parità che tocca il difensore inquirente sia noto e oggetto di studio, il problema resta per l'immobilismo di un legislatore che in nulla ha modificato la ma-

²² In termini analoghi ROMBI, *Fascicolo del pubblico ministero e investigazione integrativa*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 451.

²³ La conclusione non muta a considerare la riconoscibilità, in capo al difensore, della qualità di pubblico ufficiale quando certifica le risultanze dell'attività investigativa. *Amplius*, MANNA, *Il difensore come pubblico ufficiale: le controversie indicazioni provenienti dalla disciplina delle indagini difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1276; CERQUA, *Lo status del difensore nello svolgimento delle indagini difensive: pubblico ufficiale o persona esercente un servizio di pubblica necessità?*, in *Guida dir.*, 2003, 23, 63.

²⁴ Su cui si rimanda a SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della riforma Cartabia, tra una positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *questa Rivista* (web), 2022, 2, 1 ss.; FANUELE, *I nuovi criteri per la decisione di non luogo a procedere*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 958; DEL COCO, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, *ivi*, 2022, 83.

²⁵ Illustra l'impatto della riforma sotto questo punto di vista, esaminandone le premesse e i progetti, KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversione processuale e archiviazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 1, 51-52. In argomento, anche PALMA, *L'obbligo di esercizio dell'azione penale, carico giudiziario ed efficientamento del sistema: una prospettiva rispettosa del vincolo costituzionale*, in *questa Rivista* (web), 2021, 1, 4-5.

²⁶ Oltre alla bibliografia già in nota, MARZADURI, *Nel progetto sulle indagini difensive un contributo verso la "parità delle armi"*, in *Guida dir.*, 1999, 13, 13.

²⁷ Per questo aspetto la situazione è praticamente immutata rispetto a vent'anni fa. Valgono, quindi, le acute considerazioni di PRESUTTI, *Indagini difensive e «parità delle armi»*, cit., 607 ss. e, in particolare, nella parte conclusiva dello studio.

teria, lasciandone invariati i problemi di fondo²⁸: come a dire che, benché gli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. siano stati scritti per attuare il “nuovo” art. 111 Cost., l’obiettivo pare oggi lontano dall’essere raggiunto esattamente come lo era all’entrata in vigore della L. n. 397 del 2000²⁹.

Si tengano fermi questi punti per passare all’altro dei valori in contrasto secondo il piano dell’indagine annunciato nel paragrafo introduttivo.

Va subito sottolineato come si stia per entrare in un campo oggetto della pressante attenzione del normatore, sia nazionale che europeo³⁰: un intricato quadro di disposizioni regola il *right to privacy* con sguardo rivolto ai cambiamenti sociali, politici ed economici³¹, il che obbliga lo studioso a familiarizzare con una terminologia cangiante e con assetti variegati e in continua evoluzio-

²⁸ Non ha modificato la materia, né ha predisposto adeguati interventi di coordinamento con settori diversi, ma utili ad implementare le potenzialità investigative del difensore. Con alcuni esempi, nel d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, recettivo della direttiva 2014/41/UE sull’ordine europeo d’indagine, non s’è risolto il nodo dell’inchiesta privata all’estero (lo auspicava, invece, GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6, 1 ss.); ancora, i disposti codicistici che, nell’ultimo decennio, hanno governato la disciplina del teste vulnerabile non hanno risolto il problema della mancanza di norme sul momento, delicatissimo, del contatto tra il teste minorenni e il difensore inquirente: valgono ancora le perplessità espresse da CESARI, *Il minorenni fonte di prova*, cit., 88 a dispetto di un laconico art. 391-*bis*, co. 5-*bis* che si limita a prevedere l’affiancamento di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile e di un art. 391-*ter*, co. 3-*ter* che, però, riguarda le modalità di documentazione dei *dicta* testimoniali. A ciò s’aggiungano i tentennamenti che, nel tempo, hanno toccato i rapporti tra l’indagine difensiva e i riti speciali, abbreviato in particolare o le perplessità che residuano in luoghi ancillari della materia - es. processo minorile, agli enti o di prevenzione - nei quali si ricava solo in via interpretativa la possibilità per la parte privata di avviare e di condurre un’esplorazione autonoma.

²⁹ Non mancano ragioni - diremmo - culturali che determinano la sfiducia degli operatori verso tutto ciò che sfugge al monopolio investigativo del pubblico ministero: non troppo tempo fa G.i.p. Milano, 26 luglio 2017, n. 1044 ebbe a ricordare che le risultanze raccolte dal privato hanno meno valore delle s.i.t. acquisite dall’inquirente pubblico, poiché gli esaminati non avrebbero «alcun vincolo di dire la verità come dinanzi all’autorità giudiziaria». In tema, anche TAORMINA, *L’indagine*, Torino, 2021, 145 che conclude dicendo che il legislatore «non ha fatto l’unica cosa che avrebbe potuto fare: rendere determinante l’indagine difensiva allo stesso modo di quella pubblica».

³⁰ Contestualizza il diritto alla protezione dei dati personali nel GDPR e, in particolare, alla luce del Considerando n. 4, ricostruendo il richiamo alla funzione sociale lì invocata, RICCI, *Sulla “funzione sociale” del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2017, 586.

³¹ Non ultimo quelli legati alla digitalizzazione dei rapporti, il che porta a valutare l’esistenza di risvolti illeciti nel trattamento informatico dei dati personali. Senza procedere oltre su questo terreno, si rimanda alle riflessioni di GAMBINI, *Responsabilità civile e controlli del trattamento algoritmico*, in *Trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, a cura di S.I.S.Di.C., Napoli, 2020, 313 ss. o EAD., *Il danno (patrimoniale e non patrimoniale) da trattamento illecito di dati personali*, in *Studi in onore di Antonio Flamini*, a cura di Favale, Ruggeri, Napoli, 2020, 547 ss.

ne. Sotto questo profilo si versa in una situazione diametralmente opposta rispetto a quel che s'è visto per l'investigazione difensiva.

Tanto provoca, poi, una certa difficoltà nel definire la posizione giuridica in parola: il tradizionale approccio del *right to be alone* è desueto e non tiene conto dei modi - i più diversi - con cui nella società dell'informazione sia possibile conoscere, controllare, indirizzare o, al contrario, interrompere il flusso dei dati relativi a qualcuno³². Alla luce di ciò, ad esprimersi in una battuta, si può parlare della *privacy* come del diritto al controllo delle informazioni riguardanti la persona³³: esse rimangono disponibili all'interessato che può evitarne la pubblica divulgazione³⁴.

Ecco, allora, che è riduttivo esaurire il tema alla sola riservatezza, pur essendo quella pretesa ancora oggi parte della questione. Se all'inizio degli anni Sessanta, nell'esaminare i rapporti tra *privacy* e tutela penale, alla Consulta bastava parlare di una «sfera ... che deve essere rispettata nei limiti in cui lo consenta la tutela degli interessi della collettività nel campo della sicurezza, dell'economia e della finanza pubblica»³⁵, oggi l'obiettivo del ricercatore deve essere dare dignità costituzionale ad un diritto così peculiare - e, data la sua capacità di adattarsi ai cambiamenti sociali, sempre nuovo - come è quello in discorso.

Si tratta, infatti, di una situazione giuridica chiamata a misurarsi con nuove categorie, inimmaginabili per il Costituente. Così, oggi si può affiancare l'*habeas data* all'*habeas corpus* ed immaginare una nuova declinazione del concetto di libertà individuale nel *cyberspazio*³⁶; muta l'idea di domicilio e vi si comprende anche il recapito digitale che diventa, perciò, oggetto di tutela normativa: *more geometrico* cambiano i confini del diritto alla riservatezza³⁷; ripercussioni analoghe si sono, infine, prodotte su concetti - diremmo - tra-

³² RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*, in www.garanteprivacy.it, 13 settembre 2004.

³³ Cfr. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1098.

³⁴ In questo senso ALONGI, POMPEI, *Diritto della privacy e protezione dei dati personali. Il GDPR alla prova della data driven economy*, Roma, 2021, 24.

³⁵ Corte cost., 28 giugno 1963, n. 121, in *Foro it.*, 1963, I, 1811.

³⁶ La locuzione *habeas data* è di RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 27. Partendo da considerazioni simili alle nostre parla di un diritto sociale all'accesso alla rete CARETTI, *I diritti e le garanzie. Relazione presentata al convegno annuale AIC "Costituzionalismo e globalizzazione"* - Salerno, 22-24 novembre 2012, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³⁷ Come sottolinea, in tema di perquisizioni *online*, PARLATO, *Problemi insoluti: le perquisizioni online*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni: tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di Giostra, Orlandi, Torino, 2018, 302-303.

dizionali quali quelli di comunicazione, riunione o associazione: tutti regolati dalla Carta dei valori e tutti suscettibili di mutare forma per il massivo uso delle tecnologie informatiche³⁸. Rispetto ad ognuno di questi contesti - regolati nel loro nucleo essenziale dagli artt. 13 ss. Cost. - si registra l'interesse del singolo a mantenere il controllo del flusso di dati di sua pertinenza: è una pulsione che lo qualifica come persona e nei rapporti con i suoi comprimari, ormai essendo quella digitale una componente imprescindibile della società odierna; proprio per questo motivo il silenzio dei *conditores* su queste nuove accezioni³⁹, impreviste all'epoca in cui fu stesa la Costituzione, può essere colmato con un riferimento all'art. 2 Cost., già identificato come referente per il diritto alla riservatezza nei primi anni Settanta⁴⁰.

La chiosa è, infine, resa ancor più forte dalle parole della Consulta che, quasi vent'anni fa, definiva il *right to privacy* come «una serie di diritti personali attribuiti ad ogni singolo interessato, consistenti nel potere di controllare le informazioni che lo riguardano e le modalità con cui viene effettuato il loro trattamento»⁴¹. Impegnata a statuire sulla legittimità di una legge regionale - e, quindi, a delimitare le sfere di competenza tra Stato e Regioni *in subiecta materia* secondo l'art. 117, co. 2, lett. *l), m), r)* e 6, Cost. - la Corte non si sofferma sul parametro invocabile per la salvaguardia di quelle posizioni: il passaggio, tuttavia, merita perché si riconosce in capo ad ognuno un diritto alla disponibilità dei dati personali, evidentemente ascrivibile ad un progetto di

³⁸ Valgono le riflessioni sul diffuso impiego di tecnologie digitali e sull'impatto che le medesime producono sulla sfera delle libertà individuali compiute da PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela dell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 291.

³⁹ Facendo attenzione a non «inflazionare il contenuto di libertà personale facendovi refluire ciò che per disposto costituzionale è fuori dall'art. 13 Cost.» o ciò «che, per accettabili preoccupazioni garantistiche, vorremmo vedere comunque garantito». Il virgolettato è da PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 287. Per dirla con PERONI, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 70, il legislatore regola *le* libertà (al plurale) guardando a posizioni giuridiche anche estranee all'art. 13 Cost. che, però, toccano l'individuo; il singolare, invece, è riservato alla «libertà personale *strictu sensu* intesa». La copertura costituzionale delle prime situazioni va rinvenuta nell'art. 2 Cost. quali «nuovi» diritti qualificanti - lo si diceva - la dimensione del singolo sia a livello individuale, sia nei suoi rapporti con i consociati.

⁴⁰ Secondo una tecnica interpretativa che la Consulta dimostra di accogliere già da Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 316, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

⁴¹ Corte cost., 7 luglio 2005, n. 271, in *www.giurcost.org*, con nota di FOÀ, *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*.

tutela della concreta ed effettiva personalità del soggetto nella vita di relazione⁴². Si prende atto, insomma, del modo in cui la situazione in esame vive nell'ordinamento, si espande e, giorno dopo giorno, caratterizza la quotidianità di chiunque di noi.

Questa conclusione permette di chiudere la ricognizione sulle coordinate costituzionali che, ove applicate al tema di indagine, portano ad una doppia affermazione.

La prima riguarda i termini del conflitto valoriale sotteso all'ipotesi dell'art. 391-*septies* c.p.p. laddove il rifiuto all'accesso sia motivato da ragioni di riservatezza: si tratta, infatti, di un contrasto tra i diritti attinenti alla difesa dell'indagato e quelli afferenti alla più intima sfera personale del titolare dei luoghi. Una scelta ispirata a ragionevolezza obbliga il legislatore ad impedire il loro assoluto sacrificio e a muoversi tra i due estremi teorici dell'annullamento di qualsivoglia profilo di controllo sui dati di chi subisca l'accesso per le altrui esigenze difensive e dell'impedimento al piano investigativo della parte privata per l'inviolabilità della *privacy* di un soggetto non necessariamente interno alla vicenda in fase di accertamento⁴³. Soluzioni estreme, si diceva, che il legislatore ha rigettato, ponendo il giudice a garanzia delle posizioni in gioco (art. 391-*septies*, co. 1 e 3, c.p.p.)⁴⁴.

⁴² Quasi testualmente, AMATO, BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 288. In direzione analoga, già BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione. Artt. 1-12. Principi fondamentali*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 50.

⁴³ L'art. 391-*septies*, co. 1, c.p.p. parla, infatti, di colui che abbia la disponibilità dei luoghi, sottintendendo una casistica quanto mai varia: il proprietario, il conduttore, l'usufruttuario, una persona che, gratuitamente, utilizzi quegli spazi per un certo lasso di tempo, ecc. Non necessariamente si tratta di un soggetto che sia coinvolto nei fatti del processo. *Amplius*, FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2012, 156; TRIGGIANI, *Le indagini difensive*, cit., 359; CAMPANELLA, *L'attività difensiva di ricerca e d'individuazione degli elementi probatori: l'accesso ai luoghi*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, cit., 286.

⁴⁴ Cogliendo, così, la reale funzione di completamento dell'art. 391-*septies* c.p.p. rispetto al precedente art. 391-*sexies* c.p.p. ove non è richiesta la partecipazione giudiziale proprio per l'assenza di pericoli per la riservatezza dei terzi. Così, pure CONFALONIERI, *Art. 391-*septies**, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda, Spangher, II ed., Milano, 2001, t. I, 3476; analoghe considerazioni in SURACI, *Art. 391-*septies**, *ivi*, VI ed., Milano, 2023, t. II, 957. Parla di rapporto di genere a specie tra gli artt. 391-*sexies* e 391-*septies* DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Dalia, Ferraioli, Milano, 2002, 208.

Per un aspetto più generale, poi, si ricordi sempre che «nella mancanza di poteri coercitivi s'individua, infatti, un limite strutturale dell'attività del difensore», donde la diversità più marcata tra indagini del pubblico ministero e difensive. La citazione è di TESORIERO, *I poteri investigativi del difensore in occasione dell'accesso ai luoghi ex artt. 391 *sexies* e *septies* c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2007, 652.

La seconda considerazione torna sulle novità del digitale. Vari segnali inducono a ritenere che l'ordinamento si orienti all'equivalenza tra domicilio materiale ed informatico: sul piano sostanziale basti pensare all'art. 615-ter c.p. che tutela lo *ius excludendi alios* dai sistemi informatici protetti, con un meccanismo identico a quello normato dall'art. 614 c.p. per la violazione di domicilio⁴⁵; sotto il profilo processuale, la Cartabia eleva la notificazione telematica a regola (art. 148, co. 1, c.p.p.), sancendo, addirittura, il primato del domicilio digitale⁴⁶.

Se questo è l'indirizzo, il lemma «luoghi» dell'art. 391-septies, co. 1, c.p.p. – e, forse, ancor di più, quello del co. 3 – dovrebbe riferirsi anche ai contesti immateriali, ma proibiti al pubblico perché accessibili solo grazie al possesso di *password* o di particolari *software*.

In tal modo, il difensore potrebbe accertare il fatto e, di lì, reperirne le tracce od ogni altro elemento di interesse mediante rilievi tecnico-informatici, ammissibili ex artt. 391-sexies e 391-septies c.p.p. e finalizzati all'acquisizione di documenti o di qualsiasi altro dato nel sistema⁴⁷; così, almeno per questo tipo di contributi, sarebbe superato il *vulnus* normativo che, per il reperimento di risultanze da privati, impediva di ricorrere al disposto *de quo* perché riferito ad un generico accesso ai luoghi (fisici) e, ugualmente, inibiva il riferimento all'art. 391-quater c.p.p., poiché applicabile solo alle interlocuzioni con la pubblica amministrazione⁴⁸; in base a quella tesi al difensore inquirente rimaneva solo il rimedio degli artt. 367 e 368 c.p.p., con l'obbligatorio passaggio

⁴⁵ Descrive la fattispecie dell'art. 615-ter c.p. come *violazione del domicilio informatico* PIETROPAOLI, *Informatica criminale*, Torino, 2022, 4.

⁴⁶ Sull'idea di un recapito telematico, GALGANI, *Contributo per un rito penale dal volto digitale: gli assist offerti dalla legge delega "Cartabia"*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di Marandola, Milano, 2022, 52.

⁴⁷ Si è giustamente notato che l'art. 391-septies c.p.p., letto in combinato con l'art. 391-sexies, c.p.p., «si limit[a] ad estendere al difensore i soli poteri di ispezione, e non quelli di perquisizione», essendogli consentito solo di «procedere alla descrizione dei luoghi o delle cose, e di eseguire rilievi tecnici, grafici, planimetrici, fotografici o audiovisivi, redigendo apposito verbale». Ad estendere la nozione di luogo anche a quelli informatici, nulla vieterebbe al difensore di estrarre copia di dati presenti nel sistema, il che avverrebbe attraverso i rilievi tecnici menzionati all'art. 391-sexies c.p.p. e in richiamo al disposto successivo. Con un esempio e con una domanda, in fondo, retorica, se esplorando l'altrui domicilio digitale, il difensore si imbattersse in informazioni di suo interesse, che cosa gli impedirebbe di trattenere una copia, ad esempio con uno *screenshot*? Sarebbe lo stesso che procedere al rilievo fotografico legittimato dall'art. 391-sexies c.p.p. Il virgolettato è da MACRILLÒ, *Indagini tecnico-scientifiche e diritto di difesa*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio, Lupària, II ed., Milano, 2018, 245.

⁴⁸ *Refrain* piuttosto solido in giurisprudenza: si veda già Cass., Sez. II, 12 ottobre 2005, n. 42588, in *CED Cass.*, n. 232609.

per l'ufficio del pubblico ministero⁴⁹, invece non previsto dall'art. 391-*septies*⁵⁰.

La soluzione appena indicata, però, deriva dalla naturale evoluzione del sistema alla quale s'accompagna quella del *right to privacy*, estremamente permeabile ai cambiamenti sociali, politici ed economici. Ecco, allora, che ben si intende l'importanza del nostro interrogativo di fondo, utile a riportare il tema dei contatti tra l'indagante privato e i terzi soggetti estranei alla funzione pubblica sotto l'egida dei referenti costituzionali a presidio del controllo e della corretta circolazione dei dati personali, e senza snaturare le potenzialità dell'inchiesta difensiva. Lo studio va ora portato oltre confine, onde confermare le scelte sugli equilibri tra gli interessi in contesa alla luce della normativa europea.

3. *Indicazioni dall'Europa*. Ipotesi come quella da ultimo esaminata, dell'accesso difensivo agli altrui luoghi digitali, meritano una riflessione sugli strumenti a tutela della sfera privata del titolare di quei contesti: nell'evolversi dei concetti afferenti alla *privacy* è, allora, necessario guardare ai più recenti prodotti normativi europei e al modo in cui sono stati recepiti in Italia; di essi va indagata l'applicabilità ai rapporti con il difensore inquirente.

I primi riferimenti sono all'Unione europea⁵¹ e, in particolare, al GDPR⁵² e alla direttiva 2016/680/UE⁵³ che, abrogando la decisione quadro

⁴⁹ E, a ben vedere, permanendo pure opinioni inclini ad escludere la ricorribilità all'art. 368 c.p.p. per documenti che non siano corpo del reato o cose pertinenti al reato: secondo BRICCHETTI, *I luoghi dell'investigazione*, in *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000*, n. 397, Milano, 2000, 120 l'art. 368 c.p.p. «riguarda esclusivamente le richieste di sequestro probatorio ex articoli 253 e 365 c.p.p.».

⁵⁰ Per quanto CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 2012, 901, intendendo il contraddittorio «arma a due tagli», reputi sottinteso l'avviso al pubblico ministero. Anche ad aderire a questa lettura, però, si tratterebbe, giustappunto, di un avviso e non di una richiesta rigettabile dalla procura com'è quella dell'art. 367 c.p.p.

⁵¹ Per un esauriente inquadramento generale, CAPRARO, *Il procacciamento di dati "esteriori" alle comunicazioni*, in *Le indagini atipiche*, a cura di Scalfati, Torino, 2019, in partic. 132-135.

⁵² Pur tenendo sin d'ora presente che il GDPR non prevede, nel suo apparato sanzionatorio, la punizione di reati, ma solo di illeciti amministrativi, come evidenzia TRONCONE, *La rilevanza penale del trattamento dei dati personali*, in *questa Rivista* (web), 2021, 1, 7.

⁵³ Su cui BORGIA, *Il trattamento di dati personali ai fini di prevenzione, di indagine, di accertamento e di perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali: quali passi avanti alla luce dei recenti sviluppi?*, in *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, a cura di Mantelero, Poletti, Pisa 2018, 499; PULITO, *Il trattamento dei dati personali in*

2008/977/GAI⁵⁴, regola la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento e alla libera circolazione dei dati personali a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati.

Come per le fonti domestiche, anche per quelle sovranazionali è bene compiere un'operazione di inquadramento sistematico tra i referenti superiori: si attingerà, cioè, dai Trattati⁵⁵.

Il combinato tra l'art. 8, par. 1 della Carta di Nizza⁵⁶ e l'art. 16, par. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione esprime il diritto alla protezione dei dati personali, a replica e a completamento della più generale pretesa al rispetto della vita privata e familiare sancita dall'art. 7 della Carta di Nizza. L'*acquis* europeo accoglie, insomma, il *right to privacy*, elevandolo a posizione giuridica individuale degna di salvaguardia; in rima, per parte straburghese, sempre più netta è la tendenza giurisprudenziale di fare derivare dall'art. 8 C.E.D.U.⁵⁷ il diritto della persona di controllare l'utilizzo della propria immagine⁵⁸ e, più in generale, il flusso delle informazioni sul proprio conto⁵⁹.

Sia l'Unione, sia il Consiglio d'Europa si esprimono nel senso di considerare la riservatezza, l'*habeas data*, la tutela dell'immagine e della vita privata quali aspirazioni individuali bisognose di autonoma copertura. Ovviamente l'assunto va coordinato con le tipicità dei due sistemi, allorché, prendendoli singolarmente, si esclude un'affermazione universale – meglio: assoluta – del diritto⁶⁰ che resta, da un lato, vincolato agli obiettivi dei Trattati e, dall'altro,

ambito penale e l'uso del passenger name record per contrastare il terrorismo e altri gravi reati, in *Proc. pen. giust.*, 2018, 1140.

⁵⁴ *Amplius*, DI PAOLO, *La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm*, in *Cass. pen.*, 2010, 1978.

⁵⁵ GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, cit., 4; PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di Pizzetti, Bifulco, D'Acquisto, Naldi, Pollicino, Torino 2018, 5 ss.; BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di Kostoris, II ed., Milano 2017, 169-170.

⁵⁶ Equiparata ai Trattati ex art. 6, par. 1 del Trattato sull'Unione europea.

⁵⁷ Per una ricognizione, CISTERNA, *Cedu e diritto alla privacy*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, 193 ss.; TOMASI, *Art. 8*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova 2011, 315.

⁵⁸ Corte EDU, 7 febbraio 2012, von Hannover c. Germania, §96; Id., 15 gennaio 2009, Reklós e Davourlis c. Grecia, §§40-43; Id., 11 gennaio 2005, Sciacca c. Italia, §§29-31.

⁵⁹ Corte EDU, 17 ottobre 2019, López Ribalda e altri c. Spagna, §93; Id., 28 novembre 2017, Antovic e Mirkovic c. Montenegro, §§40-45.

⁶⁰ *Contra*, almeno in parte, GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, cit., 4 secondo la quale «il nucleo valoriale di ogni riflessione [...] non può che essere quello prepotentemente

soggetto alla logica del bilanciamento propria dell'argomentare casuistico della Corte dei diritti⁶¹.

Concentrandosi sulla piccola Europa, la premessa consente di meglio guardare al GDPR e alla direttiva 2016/680/UE.

Il primo punta a realizzare un trattamento dei dati personali «al servizio dell'uomo», adeguato alla «sua funzione pubblica» e rispettoso degli «altri diritti fondamentali»⁶² (Considerando n. 4), delle esigenze di «integrazione economica e sociale conseguente al funzionamento del mercato interno» (Considerando n. 5) e di quelle originate dall'evoluzione tecnologica e dalla globalizzazione (Considerando n. 6)⁶³. Il regolamento non si applica ai trattamenti effettuati per finalità di «prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro, e la prevenzione di, minacce alla sicurezza pubblica» (Considerando n. 19). Ad

posto in evidenza dal Trattato di Lisbona, ossia la legittimazione ad una tutela tanto autonoma quanto intensa del diritto alla protezione dei dati personali. Diversamente dall'interesse a lungo registrato per una tutela dei dati personali meramente strumentale ad assicurare una loro libera circolazione all'interno della Comunità Economica Europea, sia l'art. 8 § 1 della Carta dei Diritti dell'Unione che l'art. 16 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione tutelano il diritto alla protezione dei dati personali *ex se*, facendolo finalmente assurgere a diritto fondamentale di ogni soggetto fisico residente nell'Unione».

È indubbio che la Carta di Nizza e il Trattato sul Funzionamento indichino un diritto individuale e ne proclamino la tutela; lo è del pari, però, che il diritto derivato piega gli strumenti di protezione alle esigenze di volta in volta espresse nei Considerando: esigenze che, in modo inevitabile, ricalcano gli obiettivi dell'Unione. Certo, al di là di questo, i disposti unionisti, opportunamente coordinati con quelli derivanti dalla convergenza tra le norme C.E.D.U. e la giurisprudenza strasburghese, servono a definire il *maximum standard* della posizione in parola e a confermarne, per quella via, la rilevanza anche nei rapporti di diritto domestico.

⁶¹ Un esempio per tutti: la divulgazione a mezzo stampa delle immagini private di una persona già apparsa altrove; tale circostanza – dice la Corte – va considerata per valutare la concreta infrazione dell'art. 8 C.E.D.U., potendola, in teoria, pure escluderla dato il dominio pubblico delle informazioni diffuse ai suoi danni. In tema, Corte EDU, 1 luglio 2021, *Hájovský c. Slovacchia*, §48; Id., 7 febbraio 2012, *Axel Springer AG c. Germania*, §92.

⁶² La protezione dei dati personali e il loro corretto trattamento sono posizioni suscettibili di essere bilanciate con le altre istanze enunciate dal Considerando n. 4. Coglie questo aspetto FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2017, 17-18, ponendolo in relazione alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo (Corte giust. UE, 24 novembre 2011, cause riunite C-468/10 e 469/10, *ASNEF e FECEMD*; Id., 9 novembre 2010, cause riunite 92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke e Eifert*; Id., 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*). Nella stessa direzione, qualificando il *right to privacy* come diritto dal contenuto relativo proprio perché suscettibile di essere soggetto a bilanciamento, PIRAINO, *Il regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, *ivi*, 369 ss.

⁶³ Un più ampio inquadramento del GDPR e delle sue finalità, in STANZIONE, *Il Regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e diritto privato*, 2016, 1249 ss.

essi e alla disciplina della circolazione dei dati raccolti a quei fini è dedicata la direttiva 2016/680/UE, adottata con lo scopo di costruire un «quadro giuridico solido e coerente» affiancato da adeguate misure attuative (Considerando n. 4) capaci di tenere conto, di nuovo, dell'evoluzione tecnologica e delle sfide lanciate dalla globalizzazione (Considerando n. 3)⁶⁴.

Tenendo sullo sfondo queste coordinate, si può passare senza ulteriori mediazioni al nostro interrogativo iniziale per comprendere, cioè, se sia possibile ricondurre il particolare scenario dell'indagine difensiva al GDPR o alla direttiva 2016/680/UE e trarre, da lì, spunti utili al bilanciamento degli interessi dell'indagato e, nel caso qui inizialmente posto, del titolare dei luoghi indicati dall'art. 391-*septies* c.p.p.

Sicuramente si sta trattando di un contesto rilevante sul piano degli artt. 7 e 8, par. 1 della Carta di Nizza e 16, par. 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione: è indubbio che, accedendo a luoghi privati o non aperti al pubblico - e, ancor di più, ad estendere la nozione di "luoghi" come proposto alla fine del paragrafo che precede - il difensore possa tenere condotte potenzialmente confliggenti con l'altrui diritto alla protezione dei dati personali⁶⁵. Se questo spiega l'importanza della questione, non aiuta nella scelta dello strumentario più idoneo, visto che sia il GDPR, sia la direttiva 2016/680/UE aprono con un richiamo ai Trattati nelle parti testé analizzate (v. Consideran-

⁶⁴ Questi obiettivi permettono di superare la limitata operatività della decisione quadro 2008/977/GAI, applicabile solo ai rapporti transfrontalieri di cooperazione penale. Così, SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 86-87. *Contra* SORRENTINO, *Il controllo del garante per la protezione dei dati personali e l'autorità giudiziaria secondo le più recenti norme eurolunitarie*, in www.questionegiustizia.it che circoscrive il portata della direttiva 2016/680/UE al solo ambito che già era proprio del provvedimento *ante* Lisbona.

⁶⁵ Donde la possibilità del rifiuto paventata dall'art. 391-*septies*, co. 1, c.p.p. e la più stringente disciplina del co. 3. Solleva perplessità in ordine alla compatibilità dei rifiuti (della pubblica amministrazione per ciò che concerne l'art. 391-*quater* c.p.p. e dei privati per quel che riguarda il tema di studio) con le esigenze di celerità dell'indagine difensiva BERNARDI, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive (I) - Legge 7 dicembre 2000, n. 397 (G.U. 3 gennaio 2001, n. 2) - Le attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 220. Lo stesso Autore, prima dell'entrata in vigore della L. n. 397 del 2000, si poneva analogo problema, rilevando come la scarna normativa previgente non tenesse in conto della necessità di un'inchiesta tempestiva a vantaggio della parte privata: ID., *Indagini difensive e utilizzo degli elementi probatori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 125.

Afferma la prevalenza secondo il criterio di specialità degli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. sulla normativa in materia di *privacy*, CRISTIANI, *Guida alle indagini difensive nel processo penale. Commento analitico alla Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino, 2001, 92. Vero è, però, che questa riflessione precede di parecchio l'odierna normativa eurolunitaria e, quindi, merita di essere rimmovata e contestualizzata all'attualità.

do n. 1 di entrambi i provvedimenti)⁶⁶.

Bisogna, allora, approfondire i disposti.

La direttiva 2016/680/UE regola una serie di adempimenti cui è chiamata l'*autorità competente* quale *titolare del trattamento* nelle situazioni di contatto con i terzi, connesse all'accertamento penale.

I sintagmi in corsivo sono stati evidenziati appositamente e conviene leggere le definizioni che di essi dà l'art. 3, nn. 7⁶⁷ e 8⁶⁸: se ne trae che il testo disciplina la gestione dei dati da parte di soggetti legittimati all'esercizio di pubblici poteri. Resta, quindi, da vedere se il difensore indagante possa essere contemplato in questa categoria, pur anticipando sin d'ora notevoli difficoltà nel dare un riscontro affermativo.

Manca, infatti, nel diritto unionista un provvedimento a governo dell'inchiesta privata: non è certo un'attività vietata – e, anzi, è perfettamente riconducibile alla tutela delle prerogative difensive –, ma gli ostacoli nel reperire un comune denominatore tra le diverse esperienze giuridiche nazionali – alcune delle quali saldamente ancorate alla tradizione del giudice istruttore e, quindi, impermeabili all'idea di una parte privata in prima linea nell'esplorazione⁶⁹ –

⁶⁶ Entrambi, infatti, mirano a «che l'individuo abbia piena consapevolezza in ordine alle modalità con le quali sono trattate tutte quelle informazioni generate e circolanti» e che lo riguardano. Il virgolettato è di CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, cit., 1105.

⁶⁷ Vi si legge: «7) «autorità competente»: a) qualsiasi autorità pubblica competente in materia di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica; o b) qualsiasi altro organismo o entità incaricati dal diritto dello Stato membro di esercitare l'autorità pubblica e i poteri pubblici a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica».

⁶⁸ Secondo il n. 8 è titolare del trattamento «l'autorità competente che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o dello Stato membro, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua nomina possono essere previsti dal diritto dell'Unione o dello Stato membro».

⁶⁹ Si pensa al sistema francese, su cui, *amplius*, GALANTINI, *Profili della giustizia penale francese*, Torino, 1988, *passim*. La preponderanza del *juge d'instruction* rende impensabili attività investigative sottratte a quella figura, al punto che un difensore che si avventurasse nell'interlocuzione con una persona informata dei fatti rischierebbe – si pensi! – di essere accusato di subornazione. Utili approfondimenti pure in CAPPELLO, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo*, a cura di Filippi, Gualtieri, Moscarini, Scalfati, Torino, 2010, 293 ss. Per uno sguardo complessivo sulle diverse esperienze europee, CULTRERA, *La normativa sulle investigazioni difensive in altri Paesi dell'Unione europea*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, a cura di Camaldo, Milano, 2018, 127 ss.

bloccano, almeno per ora, il progetto di una regolamentazione comune⁷⁰. Questo già basta a chiudere la partita, data la consueta peculiarità dell'atto eurounitario, inapplicabile a trattamenti «effettuati per attività» di accertamento «che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (art. 2, par. 3, lett. a)).

A nulla varrebbe, poi, rammentare che l'art. 1, par. 3 della direttiva 2014/41/UE permette al difensore di sollecitare l'emissione di un OEI⁷¹, dato che una tale facoltà non viene coordinata con un riconoscimento del potere investigativo privato⁷² e che il paragrafo chiude con un rimando espresso alle normative interne, sì che l'impulso dell'accusato va collocato - si legge - «nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale».

La conclusione è, da ultimo, confermata dal d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, attuativo della direttiva 2016/680/UE ed inapplicabile ai trattamenti effettuati nelle attività di politica estera e di sicurezza comune o - di nuovo - alle forme investigative estranee al diritto unionista (art. 1, co. 3, lett. a)): tanto ne conclama l'indifferenza rispetto alle indagini del difensore⁷³.

La ricerca vira, così, sul GDPR e sulla normativa interna di adeguamento: il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101⁷⁴, di modifica del c.d. codice della *privacy*⁷⁵.

S'incontra subito una duplice difficoltà. Per parte europea, l'art. 2, par. 2, lett. a) del GDPR ne esclude l'operatività ai trattamenti che non rientrano nella

⁷⁰ Non senza difficoltà nel coordinamento con altre parti della normativa eurounitaria: quella dell'ordine d'indagine, *in primis*. Così, CIMADOMO, *Ordine europeo di indagine e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di Bene, Lupária, Marafioti, Torino, 2016, 225.

⁷¹ E - si badi - non di presentare direttamente all'autorità di esecuzione un ordine finalizzato alla collaborazione investigativa, come ricorda SPAGNOLO, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di Daniele, Kostoris, Torino, 2018, 92.

⁷² GRIFANTINI, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 2.

⁷³ A cui - s'anticipa - resta solo il GDPR, come pure sembrano concludere BACCARI, CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 720, nota 22.

⁷⁴ Su cui DEL NINNO, *Il decreto legislativo 101/2018 di modifica e coordinamento del Codice della Privacy al GDPR: uno sguardo di insieme sul nuovo quadro normativo nazionale sulla tutela dei dati personali*, in www.dirittoegiustizia.it. Desta perplessità la scelta del legislatore domestico di non riscrivere il codice della *privacy* alla luce del GDPR, ma di limitarsi a correggerlo: a questo serve il d.lgs. n. 101 del 2018. Ne scaturisce una disciplina composita e di difficile esegesi sistematica. Critica sul punto, GALGANI, *Giudizio penale, habeas data*, cit., 3, nota 3.

⁷⁵ Cioè del codice in materia di protezione dei dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

sfera delle norme europee: il fraseggio è pressoché identico a quello della direttiva 2016/680/UE e risponde sempre al principio di attribuzione sancito dall'art. 5 del Trattato sull'Unione⁷⁶. Sul piano nazionale, poi, il d.lgs. n. 101 del 2018 ha abrogato l'art. 24 d.lgs. n. 196 del 2003 dedicato, alla lett. *f*), alle indagini difensive, senza scrivere una disposizione equivalente: il codice della *privacy* ammetteva il trattamento dei dati personali senza consenso, con esclusione della diffusione, quando fosse necessario per l'investigazione privata o, più in generale, per fare valere e difendere un diritto in sede giudiziaria⁷⁷.

Analizzando partitamente le questioni annunciate, sotto il primo profilo si può notare che il GDPR, diversamente dalla direttiva 2016/680/UE, si atteggia a normativa generale, applicabile in un contesto non certo dettagliato com'è quello della ricognizione penale compiuta dai titolari delle pubbliche funzioni⁷⁸. Bisogna, quindi, ricordare che l'investigazione difensiva serve – anzi, esprime – una posizione – il diritto di difesa – di rilievo senz'altro europeo⁷⁹, per cui non se ne può asserire la neutralità rispetto alle prescrizioni unioniste.

Così, coordinando il GDPR e la direttiva 2016/680/UE, a parità di clausole si traggono conclusioni diverse: le indagini private restano fuori dal secondo provvedimento, poiché si tratta di un modulo procedurale estraneo al suo particolare ambito di applicazione; non è così, invece, per il regolamento che

⁷⁶ Tra i tanti, per una ricognizione sul principio, LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pubbliche amministrazioni nel diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2017, 15.

⁷⁷ In argomento, COMI, *Investigazioni difensive e circolazione delle informazioni. Ruolo del difensore e regole di comportamento*, in *questa Rivista* (web), 2011, 2, 2. L'Autore compie un interessante *excursus* sulla normativa ulteriormente previgente, ricordando come l'art. 22, co. 4, L. 31 dicembre 1996, n. 675 ammettesse il trattamento dei dati personali per mano del difensore nell'ambito regolato dall'art. 38 disp. att. c.p.p., purché con l'autorizzazione del garante. La modifica è stata funzionale a soddisfare in pieno le necessità del difensore indagante, concepito, in quella sede, come pubblico ufficiale e, quindi, come portatore di un interesse di rilievo comune. In tema, Cass., Sez. un., 27 giugno 2006, n. 32009, in *CED Cass.*, n. 234214.

⁷⁸ Combinando l'art. 1, par. 1 e l'art. 2, par. 1 GDPR emerge proprio questo, che si tratta di una normativa genericamente vocata alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla loro libera circolazione. Così, FARALLI, *La privacy dalle origini ad oggi. Profili storico-filosofici*, in *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, a cura di Zorzi Galgano, Milano, 2019, 7.

⁷⁹ Appena un cenno merita l'evolversi del pensiero giuridico unionista sui temi della difesa e sulla salvaguardia dei diritti del singolo senza, però, tradire le preoccupazioni per la sicurezza comune. Utili riflessioni, cessato il periodo transitorio *post* Lisbona, in CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 4, 70 ss.

vale per ogni settore di generico interesse per l'Unione⁸⁰.

Ferma la premessa, occorre concentrarsi sul recepimento delle nuove norme nel sistema domestico.

Al superamento dell'art. 24, lett. *f*), d.lgs. n. 196 del 2003 è seguita una sostanziale delegificazione del rapporto tra il difensore inquirente e l'altrui *right to privacy*: l'argomento, infatti, è stato definitivamente rimesso alle regole deontologiche, promovibili dal garante a mente dell'art. 2-*quater* d.lgs. n. 196 del 2003⁸¹.

Merita evidenziare come *ante* GDPR esistesse già un *Codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti dei dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive*, adottato il 6 novembre 2008⁸² a mente degli artt. 12 e 135 d.lgs. n. 196 del 2003; di esso è, poi, stata affermata la compatibilità al GDPR⁸³ così che, ad oggi, costituisce la principale fonte nella materia di nostra pertinenza.

L'importanza del codice deontologico, però, si svela a pensare che lo stesso è conforme e, quindi, accoglie i principi europei, che valgono e s'impongono al difensore indagante: per primo, quello di *accountability* lo vincola a realizzare un trattamento rispettoso del regolamento e ad adottare misure che gli consentano di dimostrare il suo sforzo in tal senso⁸⁴; dopodiché i dati debbono

⁸⁰ E, quindi, pure per il trattamento di dati per finalità relative alla tutela giudiziaria dei diritti, come rimarca DI RESTA, *La nuova "privacy europea". I principali adempimenti del regolamento UE 2016/679 e profili risarcitori*, Torino, 2018, 85.

⁸¹ Il d.lgs. n. 101 del 2018 ha abrogato l'art. 12 d.lgs. n. 196 del 2003 e ha inserito l'art. 2-*quater*, ora in analisi, che si muove in sostanziale continuità con esso; ancora, è venuto meno l'art. 135 d.lgs. n. 196 del 2003 che investiva il garante del compito di promuovere la sottoscrizione di regole deontologiche per l'indagine difensiva. Ci si chiederà, allora, che cosa sia mutato. Da un lato, il nuovo art. 2-*quater* lascia una clausola aperta, evitando la tassativa classificazione delle materie da regolare com'era *ante* GDPR; dall'altro, viene meno l'art. 24, lett. *f*) e, quindi, l'esclusione *ex lege* del consenso al trattamento nel settore *de quo*, donde la definitiva delegificazione del tema. In questi termini, BUSIA, *Il ruolo dell'autorità indipendente per la protezione dei dati personali*, in *Persona e mercato dei dati*, cit., 326.

⁸² Provvedimento del garante n. 60 del 6 novembre 2008, in G.U. 24 novembre 2008, n. 275.

⁸³ Si veda il provvedimento del garante del 19 dicembre 2018, pubblicato in G.U. 15 gennaio 2019, n. 12.

⁸⁴ Tant'è che l'art. 5, par. 2, GDPR, nella versione italiana, parla di *responsabilizzazione*. Il termine piace poco a FABERI, *Privilegio contro l'autoincriminazione e accountability. Alcuni profili problematici*, in *questa Rivista* (web), 2021, 2, 2 che preferisce la versione originale nel combinato con i lemmi «*lawfulness*» e «*fairness*» del par. 1 che, nel loro complesso, costituiscono i pilastri del trattamento dei dati personali.

A tal proposito parla di una «categoria rivisitata dalla modernità» TRONCONE, *La rilevanza penale del trattamento dei dati personali*, cit., 20, menzionando JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2006.

essere gestiti secondo i criteri di liceità, correttezza, trasparenza, integrità, esattezza e riservatezza evincibili dal GDPR nei limiti di quanto sia necessario al perseguimento degli obiettivi fissati dal titolare⁸⁵ e secondo le finalità preventivamente stabilite⁸⁶.

Da questo rilievo, poi, derivano alcune considerazioni sul ruolo del giudice e sulla condotta del professionista che saranno meglio sviluppate nel prosieguo del lavoro. Per ora si può chiudere sui referenti europei con un rilievo – diremmo – di tecnica normativa.

Subito dopo Lisbona si notava come l'Unione fosse finalmente legittimata a servirsi delle direttive per la tutela dei diritti dell'imputato e delle vittime e per assicurare, così, il mutuo riconoscimento di decisioni giudiziarie basate su una condivisa visione del procedimento penale⁸⁷; la tipologia di provvedimento prevista dall'art. 82, par. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione preserva, poi, la sovranità degli Stati che, in materia di giustizia criminale, continuano ad avere l'ultima parola quanto alle modalità attuative degli obiettivi fissati a livello europeo⁸⁸.

Ebbene, questi rilievi non valgono per lo specifico tema di questo studio: se pure, teoricamente, le investigazioni difensive potrebbero rientrare nell'art.

Si concentra sulla valutazione del rischio e sulla predisposizione di adeguate misure preventive secondo quanto previsto dal GDPR, in particolare dall'art. 24, D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali nel riformato quadro normativo: un primo commento al D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, in *questa Rivista* (web), 2019, 1, 17-18.

⁸⁵ Si può parlare all'uopo di un principio di pertinenza, secondo D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali nel riformato quadro normativo*, cit., 17.

⁸⁶ Il GDPR impone al titolare del trattamento un obbligo di *compliance* volto ad evitare gli illeciti, anche penali, derivanti dalla violazione delle regole europee. Il meccanismo – si noterà – segue la logica oggi operante nel diritto d'impresa e porta gli interessati alla predisposizione di veri e propri modelli organizzativi attuabili in funzione di “scudo” preventivo. Ben prima del GDPR approfondiva questo nesso, con sguardo ovviamente rivolto al sistema “231” ed esaminando l'opportunità di inserire i reati contro la *privacy* nell'elenco degli artt. 24 ss. d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, II ed., Milano, 2010, 216.

⁸⁷ CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, cit., 76.

⁸⁸ Senza indugiare sul tema, onde evitare di uscire fuori traccia, si rinvia alla preoccupata analisi di SIRACUSANO, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *questa Rivista* (web), 2016, 3, 11 che già rilevava le difficoltà di coniugare il progetto di una “procedura penale europea” e le spinte degli Stati, ciascuno geloso del proprio modello processuale. In argomento, pure RAFARACI, *Il controllo giurisdizionale delle attività del pubblico ministero europeo e l'innesto delle indagini nel procedimento nazionale*, in *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del Convegno (Milano, 24-26 ottobre 2014)*, a cura dell'ASPP, Milano, 2015, 327.

82, par. 2, lett. *b)*, *d)* e, forse, anche *a)*⁸⁹ del Trattato sul Funzionamento dell'Unione, il silenzio del legislatore europeo sul punto impone scelte esegetiche diverse: in mancanza di una normativa di dettaglio la soluzione è attingere da quella generale che, però, ha forma e sostanza di regolamento. Una fonte *self-executing* si afferma nell'accertamento penale, riducendo proporzionalmente i margini concessi al normatore interno per bilanciare i diversi interessi in contesa. È quasi un paradosso che, però, segue al disinteresse, non solo nostrano, per gli equilibri tra i soggetti dell'indagine: l'uno – il pubblico ministero – che agisce sui dati dei terzi secondo una direttiva cui, a livello domestico, s'è data attuazione curandosi bene di mantenere la fisionomia, le potenzialità e, quindi, i poteri delle procure; l'altro – il difensore – che, nel trattamento, è legato da una serie di obblighi stringenti e non derogabili, al pari di chiunque altro sia impegnato in attività prive di carattere esclusivamente personale o domestico (cfr. art. 2, par. 2, lett. *c)*, GDPR); da ultimo, non v'è stata possibilità ulteriore per il normatore nazionale che ricalcare le prescrizioni d'oltre confine in un decreto di *adeguamento* – e, si badi, non di attuazione – e in una serie di codici di condotta.

4. *Garanzia giurisdizionale.* L'art. 391-*septies* c.p.p. assegna al giudice il ruolo di garante delle prerogative di chi indaga⁹⁰: il difensore può, infatti, sollecitare

⁸⁹ Questo, ad esempio, se alla direttiva OEI avesse fatto seguito un'esplicita competenza difensiva all'attività d'indagine. Oltre alla bibliografia già in nota, v. anche MARCHETTI, *Ricerca e acquisizione probatoria all'estero: l'ordine europeo di indagine*, in *questa Rivista* (web), 2018, 2, 18; ZANETTI, *L'ordine europeo di indagine penale. La richiesta dall'estero*, in *Processo penale e regole europee. Atti, diritti, soggetti e decisioni*, vol. II, a cura di Ruggieri, Torino, 2018, 45; CAMALDO, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *Cass. pen.*, 2017, 4196 ss.; DANIELE, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*, cit., 301.

⁹⁰ Questo, poiché in gioco ci sono interessi costituzionalmente protetti che, nella fattispecie, prevalgono. Così, PASTA, *I diritti individuali come limite alla libertà d'investigazione del difensore*, cit. 30. L'Autore parla di «un'imposizione giudiziale che incide sui diritti dei terzi senza che vi sia il sicuro soddisfacimento di un interesse pubblico»: il difensore, infatti, si riserverebbe «la facoltà di valutare l'utilità del verbale, che non deve essere necessariamente prodotto, per la posizione dell'assistito».

A nostro avviso, però, quest'ultimo rilievo non basta per affermare l'evenienza di un'attività estranea al soddisfacimento di interessi pubblici: tale è, infatti, quello all'indagine completa che deriva proprio dall'art. 112 Cost. e al quale – s'è detto – l'inchiesta difensiva è comunque servente. Al pari di un pubblico ministero che potrebbe ritenere inutile parte del materiale raccolto, il rappresentante della difesa compirebbe analogo ragionamento per escludere dalla propria provvista elementi a favore dell'assistito. In entrambi i casi, però, l'esplorazione di ogni possibile percorso di logica ricostruzione dei fatti – an-

un decreto di autorizzazione per l'accesso ai luoghi, sufficiente a superare il mancato consenso di colui che ne abbia la disponibilità (co. 1); allo stesso modo, l'autorità giurisdizionale può essere chiamata a verificare le peculiari circostanze dettate dal co. 3 per l'ingresso nei luoghi di abitazione e nelle loro pertinenze⁹¹.

La sintetica formula normativa merita di essere sviluppata lungo la strada della ragionevolezza, riconoscendo al giudice una funzione ulteriore, di latore del corretto bilanciamento tra i contrapposti interessi in gioco. Il suo provvedimento, quindi, deve tenere in conto le opposte posizioni dell'investigatore⁹² e del terzo dissenziente, ammettendosi pure una rivalutazione del caso qualora le ragioni che motivavano l'originaria decisione vengano meno in un secondo momento⁹³.

Occorre esaminare *funditus* i parametri in uso al giudice per replicare alla richiesta difensiva di autorizzazione.

Da un lato, c'è la *necessità dell'accesso* secondo la terminologia dell'art. 391-septies, co. 1, c.p.p. Di primo acchito il lemma "necessario" potrebbe tradursi con uno afferente al campo semantico della rilevanza, intesa come nesso tra l'attività investigativa e il contenuto dell'accusa⁹⁴: così, l'ingresso nei luoghi sarebbe concesso in quanto utile all'indagine⁹⁵. La solidità dell'approdo è, però, solo apparente, almeno a considerare l'uso che dell'aggettivo "rilevante" viene fatto dal codice di rito: riferito alle prove, esso si sostanzia nella relazione tra due tipologie di proposizioni fattuali, quelle che descrivono l'oggetto della

che di quelli, poi, rivelatisi irrilevanti - consente di averare i precetti di effettività e di completezza dell'accertamento.

⁹¹ Non essendo, invece, necessario l'intervento giudiziale se c'è il consenso del titolare dei luoghi: così, VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 110; RUGGIERO, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, 297.

⁹² Che ha l'onere di esprimerle nella richiesta di autorizzazione, come correttamente sottolinea DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l'accesso ai luoghi*, cit., 214, pur nel silenzio dell'art. 391-septies, co. 1, c.p.p.

⁹³ Sulla revocabilità del decreto, CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto" ad opera del difensore, ovvero nuovi profili del "sopralluogo giudiziario" della difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 816.

⁹⁴ È di questo avviso PASTA, *I diritti individuali*, cit., 30.

⁹⁵ Il termine viene usato con una certa disinvoltura pure in giurisprudenza proprio per sottolineare l'utilità che un dato contributo può avere nell'avanzamento dell'inchiesta e non senza confusione con concetti, sì, contigui, ma comunque diversi, quale quello genericamente inteso di pertinenza. Per un esempio di questo indirizzo, Cass., Sez. III, 14 settembre 2016, n. 38141, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 361, con nota di MICHELAGNOLI, *Nuove prospettive e vecchi silenzi in tema di opposizione all'archiviazione della persona offesa*.

prova - e, quindi, il risultato al quale aspira la parte che ha interesse all'acquisizione dell'evidenza - e quelle che individuano il *thema probandum*⁹⁶. Ora, durante le indagini preliminari il tema di prova non è stato ancora cristallizzato in uno o più capi di imputazione⁹⁷: l'addebito è fluido e suscettibile di continue modifiche, legate al naturale evolversi dell'esplorazione: negare l'assunto significherebbe obbligare il pubblico ministero a seguire un unico percorso investigativo, magari quello intrapreso per primo, con conseguente infrazione del principio di completezza; analogamente, significherebbe costringere il difensore entro i confini dell'ipotesi tratteggiata dal procuratore, con l'ovvia contraddizione legata alla sua esigenza di cercare fatti nuovi, che possano mutare la prospettiva accusatoria.

In definitiva, quindi, nella fase preliminare non ha senso trattare della rilevanza semplicemente perché non esiste ancora uno dei due termini dell'apposito giudizio di relazione.

La necessità dell'atto investigativo va, allora, intesa secondo l'interesse di chi lo compie e, cioè, in quanto sia funzionale a conseguire un'utilità nel procedimento apprezzabile in rapporto alla sua posizione⁹⁸. Pensando all'inchiesta privata e alla specifica situazione descritta dall'art. 391-septies, co. 1, c.p.p., il giudice dovrà autorizzare l'accesso non tanto e non solo poiché sia utile a reperire materiale in grado di confutare o di confermare i fatti in addebito, quanto piuttosto perché sia un'attività potenzialmente capace di portare beneficio alla posizione dell'indagato, anche se attraverso ipotesi sin lì sconosciute alla procura.

⁹⁶ Rilevanza come giudizio di relazione, quindi. Così, TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 54; CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 19. Per un'analisi del concetto e dei relativi orientamenti dottrinali, VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012, 78 ss.

⁹⁷ Si può leggere quanto segue pure tenendo conto di quegli indirizzi che affermano la piena coincidenza del concetto di rilevanza con quello di pertinenza rispetto al *thema probandum*: così, ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, Torino, 2010, 75; DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specificazione*, Milano, 2005, 220; CATALANO, *La prova d'alibi*, Milano, 1998, 17; GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, Padova, 1992, 151; NOBILI, *Art. 190*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da Chiavario, Torino, 1990, 394.

⁹⁸ D'altra parte in più luoghi dell'ordinamento si ascrive all'interesse la fisionomia di criterio di accesso alla tutela giurisdizionale: così, MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 164. Guardando all'accertamento penale, coglie l'importanza del concetto e le difficoltà nel definirlo CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare*, Torino, 2014, 3 ss.

Sulla difesa grava un onere argomentativo in tal senso: quanto più precisamente sarà adempiuto, tanto più facile per il giudice sarà assentire all'accesso⁹⁹ e fissarne le modalità organizzative secondo le esigenze dell'istante¹⁰⁰.

Così letto il requisito della necessità, è facile collegarlo alla *ratio* della norma, rivolta a garantire *in primis* l'esercizio del diritto di difesa: con un esempio, è talmente forte la vocazione del disposto che è ormai accettata l'idea di un'istanza preventiva da parte del difensore che esprima la funzionalità dell'atto alle esigenze dell'indagato e che tema il dissenso del terzo o, addirittura, sue condotte idonee a modificare lo stato dei luoghi e a disperdere, così, le prove¹⁰¹: una puntuale declinazione di tali concrete ragioni asseconda l'accoglimento della richiesta. Insomma, il presupposto in argomento è quello che più di tutti esprime il primo dei valori in possibile conflitto: quello che permea l'intera architettura dell'indagine difensiva e al quale si contrappone la pretesa di riservatezza *lato sensu* concepita del titolare dei luoghi.

L'aver riconosciuto valenza costituzionale ed europea al *right to privacy* in ogni sua forma non è una fattore privo di conseguenze sul *munus* giudiziale. Anzitutto, la provvista di evidenze non autorizzata od indebitamente offensiva dei diritti del terzo va tacciata di inutilizzabilità poiché condotta *contra legem* o, forse meglio, *contra Constitutionem*¹⁰²: per la particolare fisionomia del vi-

⁹⁹ Trattandosi, nella grande maggioranza dei casi, di un giudice senza fascicolo, che decide sulla base dei contenuti della richiesta e senza conoscere il compendio dell'indagine condotta, sin lì, dal pubblico ministero.

¹⁰⁰ Così, VENTURA, *Le indagini difensive*, cit., 110.

¹⁰¹ In questi termini SURACI, *Le indagini difensive*, cit., 288; LORUSSO, *Indagini difensive*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di Garuti, Torino, 2009, 523; CONFALONIERI, *La ricostruzione della "scena del delitto"*, cit., 815; DEAN, *La richiesta di documentazione*, cit., 214; GUALTIERI, *Le investigazioni del difensore*, cit., 182; PAOLOZZI, *Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Torino, 2001, 3511.

¹⁰² Analogamente SURACI, *L'attività difensiva*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da Spangher, Marandola, Garuti, Kalb, vol. II, Torino, 2015, 873. In senso contrario, BISCARDI, *Art. 391 septies c.p.p.*, in *Atti processuali penali. Patologie, sanzioni, rimedi*, a cura di Spangher, Milano, 2013, 2091.

Strutturalmente il vizio somiglia a quello che deriva dalla raccolta di dichiarazioni *ex art. 391-bis c.p.p.* contro le prescrizioni del co. 3. Anche in questo caso, infatti, il difensore si ingerisce nella sfera privata del singolo e deve farlo nel rispetto dei suoi diritti, evitando modalità inutilmente invasive: l'elenco degli avvertimenti e degli adempimenti previsti dagli artt. 391-bis e 391-ter c.p.p. serve esattamente a questo (così pure, Cass., Sez. III, 30 maggio 2018, n. 24320, reperita sul portale *italgiure*).

zio, così grave da essere rilevato anche d'ufficio¹⁰³, al giudicante spetta un controllo sull'*an* e sul *quomodo* dell'incursione difensiva che, evidentemente, non può ingerirsi negli ambiti dei terzi più di quanto sia necessario¹⁰⁴.

Va, poi, ricordato come i rapporti tra *privacy* e inchiesta privata siano governati dal GDPR e, quindi, da una fonte autoapplicativa rispetto alla quale né il legislatore, né gli attori del processo hanno poteri derogatori: in capo al giudice grava l'incombente di accertarsi se il progetto di accesso annunciato dal rappresentante della difesa sia o meno conforme al regolamento; per converso, la parte è onerata dal porsi il problema del contatto con gli altrui dati personali e del loro trattamento durante o in conseguenza dell'ingresso nei luoghi dell'art. 391-*septies* c.p.p.

Quest'ultima eventualità è ancora più avvertita nella situazione delineata dal terzo comma¹⁰⁵: lì - è noto - non basta il connotato necessario dell'accesso, ma occorre la sua direzione alla ricerca di tracce e di altri effetti materiali del reato¹⁰⁶.

Si è discusso in dottrina se, in quel caso, basti il consenso del titolare dei luoghi: in effetti il co. 3 non fa menzione di un intervento del decidente¹⁰⁷; senz'altro, quando l'interessato accetti la presenza del difensore, il sistema non richiede l'espletamento di altre formalità¹⁰⁸: rimane, però, l'inderogabilità

¹⁰³ E con tutte le implicazioni portate da questa specifica ipotesi patologica, per cui, *amplius*, GALANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1998, 690 ss.

¹⁰⁴ Il livello necessario è stato da ultimo definito dalla Consulta: oltre a ricordare Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, qui già citata, è opportuno rammentare questo passaggio di Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, in *www.processopenaleegustizia.it*: «anche il diritto inviolabile protetto dall'art. 15 Cost. può subire limitazioni o restrizioni in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione». Al solito, la soluzione sta nel giudizio di ragionevolezza e, quindi, nel bilanciamento - giustappunto, ragionevole - tra esigenze tutte protette dalle fonti superiori. In argomento, affrontando un simile spunto in materia di intercettazioni, ALVINO, *La circolazione delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in *Sist. pen.*, 2020, 5, 247.

¹⁰⁵ Rimarca la necessità di tutelare l'altrui riservatezza nell'ipotesi del co. 3 SURACI, *L'attività difensiva*, cit., 874.

¹⁰⁶ Secondo CORDERO, *Procedura penale*, cit., 899 quest'ultima formula va intesa in senso estensivo, comprendendovi ogni segno utile all'indagine.

¹⁰⁷ Oltre alla bibliografia *supra* già in nota, esamina le carenze del disposto *in subiecta materia* TRANCHINA, *L'investigazione difensiva*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2001, 169.

¹⁰⁸ Trattandosi della forma probabilmente più tipica di consenso dell'avente diritto, come sottolinea pure TAORMINA, *L'investigazione*, cit., 148.

del GDPR e delle fonti ad esso collegate, sì che ben si potrebbero censurare con l'inutilizzabilità i materiali acquisiti a seguito di un accesso difensivo condiviso nell'*an* con il terzo, ma, poi, portato in violazione dei suoi diritti sui dati personali.

Con una riflessione speculare a quella che chiudeva il paragrafo precedente, si può ora concludere con un nuovo sguardo sulle fonti.

Un semplice cenno di teoria generale induce a sottolineare come il giudice sia controllore della prova¹⁰⁹, in quanto tutore di quelle forme al di fuori delle quali non c'è processo¹¹⁰. Le vicende del *right to privacy* "all'europea" e l'impossibilità di ricondurre la tutela dei dati di terzi durante l'indagine difensiva ad un referente diverso dal GDPR impongono di riscontrare le attuali ipotesi di ricerca in un'ottica multilivello: in altri termini, bisogna prendere atto della delegificazione operata dal d.lgs. n. 101 del 2018 e del dato che è un codice di condotta ad implementare il regolamento europeo per quel che riguarda questa particolare modalità investigativa. Così, appurato che un accesso inutilmente invasivo esita nell'inutilizzabilità delle informazioni reperite per la palese violazione dei parametri costituzionali ed europei, se ne deduce che sia il difensore, sia il giudice debbono parametrare la correttezza dell'operazione sui disposti deontologici promossi dal garante, che costituiscono il reale strumento attuativo del GDPR nel settore *de quo* e che inducono a concludere l'invalidità delle evidenze acquisite in loro spregio.

Sintetizzando al massimo, in questo ambito il sintagma «legge» dell'art. 191, co. 1, c.p.p. va letto come «legge e codici deontologici» e si apre ad una fonte di rango secondario, non senza dubbi in punto di legalità¹¹¹.

De iure condendo, è auspicabile un duplice piano di azione: a livello europeo, di avvio di iniziative utili a superare l'odierno silenzio sull'indagine privata; per parte nazionale, di definizione *ex lege* delle norme minimali di condotta che vincolino il difensore inquirente. Con questo augurio non rimane che

¹⁰⁹ Sviluppa il concetto in direzione analoga DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, in partic. 16-17.

¹¹⁰ Si sta ovviamente citando NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete principi"?*, in *Crit. dir.*, 1994, 67.

¹¹¹ Almeno ad intenderlo come principio a presidio dell'«equilibrio costituzionale delle fonti e dei poteri, in assenza del] quale ci troveremmo di fronte ad un soggetto» - il giudice - «pericolosamente deresponsabilizzato». La considerazione tra virgolette è di LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.* (web), 10 giugno 2015, 2.

analizzare il codice deontologico, con lo scopo di tirare le fila di un discorso che – lo si dice sin d’ora – si mantiene ancora lontano da salde prospettive di chiusura.

5. Una conclusione sul codice di condotta. Il codice di condotta consta di quattro capi (*Disposizioni generali, Trattamenti da parte di avvocati, Trattamenti da parte di altri liberi professionisti e ulteriori soggetti e Trattamenti da parte di investigatori privati*) e di undici articoli.

Con riferimento all’accesso ai luoghi dell’art. 391-*septies* c.p.p. vengono in gioco nella loro interezza: è, sì, vero che il co. 1 attribuisce al solo difensore la facoltà di chiedere l’autorizzazione giudiziale¹¹²; lo è ugualmente che nulla, nel prosieguo, vieta al rappresentante della parte di delegare uno degli altri soggetti dell’investigazione difensiva al materiale ingresso nei luoghi, con la possibilità di un suo contatto con i dati dei terzi¹¹³. Si considerano, perciò, tutte le categorie alle quali si applicano le regole deontologiche¹¹⁴: avvocati o praticanti avvocati (art. 1, co. 1, lett. *a*), investigatori privati (art. 1, co. 1, lett. *b*), consulenti ed altri professionisti che, su specifico mandato, trattino i dati personali per le finalità – per quel che qui interessa – di indagine privata (art. 1, co. 2).

I principi del GDPR sono richiamati dall’art. 2, co. 1¹¹⁵ e vincolano il titolare del trattamento, individuabile nel singolo professionista, nella pluralità di co-difensori o, comunque, di concorrenti nell’attività quali consulenti o domiciliatari, o nell’associazione (o società) tra professionisti (art. 2, co. 2)¹¹⁶. Even-

¹¹² LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., 523.

¹¹³ DEAN, *La richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e l’accesso ai luoghi*, cit., 214 sottolinea l’onere argomentativo del difensore, su cui già ci siamo intrattenuti; esso sarebbe ancora più forte a causa del laconico art. 391-*septies* c.p.p. Occorrerebbe, poi, sempre esplicitare – dice l’Autore – la legittimazione al compimento dell’indagine; questo – si crede – non smentisce il nostro ragionamento, poiché, come peraltro previsto dall’art. 327-*bis* c.p.p., il difensore delegherebbe un sostituto o un investigatore all’ingresso nei luoghi, mantenendo sempre su di sé la titolarità dell’atto investigativo.

¹¹⁴ E che, in rima con l’art. 2 GDPR, sono soggetti impegnati in attività di carattere non personale, né domestico, quali esecutori di un contratto di prestazione d’opera intellettuale. Così, MIRONE, *La privacy dell’avvocato*, in *Social network e diritto*, a cura di Fondazione Aiga Tommaso Bucciarelli, Torino, 2021, 153.

¹¹⁵ Da applicarsi «sulla base di un’attenta valutazione sostanziale e non formalistica delle garanzie previste» (art. 2, co. 1) e dei rischi connessi al trattamento.

¹¹⁶ Vale anche qui il distinguo tra il *titolare del trattamento* e il *responsabile del trattamento*, definito dall’art. 4 GDPR come «la persona fisica o giuridica, autorità pubblica, servizio o altro organismo che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento». Il secondo, quindi, opera sotto la diretta autorità del primo: in letteratura si distingue tale ultima posizione da quella dell’*autorizzato*, che non

tuali sostituti o delegati sono investiti di puntuali ed adeguate istruzioni scritte¹¹⁷, impartite dal titolare (art. 2, co. 3).

Merita attenzione l'elenco di attività che impongono «idonee cautele» per prevenire l'ingiustificata raccolta, utilizzazione o conoscenza di dati (art. 2, co. 4)¹¹⁸.

Si tratta dell'acquisizione, anche informale, di notizie, dati e documenti confidenziali o che possono, comunque, portare rischi per gli interessati (lett. *a*), dello scambio di corrispondenza, anche telematica (lett. *b*), dell'esercizio di attività autonome da più persone all'interno degli stessi spazi (lett. *c*), dell'uso di dati di cui è dubbio l'impiego lecito (lett. *d*), dell'uso e della distruzione di dati riportati su particolari supporti, anche elettronici, o documenti (la lett. *e*) elenca, a titolo di esempio, registrazioni audio/video, tabulati di flussi telefonici e informatici, consulenze tecniche e perizie, relazioni di investigatori privati), della custodia di materiale documentato ma non utilizzato in un procedimento (lett. *f*), delle ricerche su banche dati ad uso interno, specie se consultabili dal titolare anche da remoto (sempre lett. *f*), dell'acquisizione di dati e documenti da terzi (lett. *g*) e della conservazione di atti relativi ad affari definiti (lett. *h*).

Una presunzione di lecito e corretto utilizzo vale per i dati estratti da pubblici registri, elenchi, albi o atti conoscibili da chiunque (art. 2, co. 6, lett. *a*) e da quanto acquisito nell'ambito di indagini difensive, «in particolare» ai sensi degli artt. 391-*bis*, 391-*ter* e 391-*quater* c.p.p.¹¹⁹, con obbligo di conservazione secondo i principi del GDPR dei dati acquisiti sulla base di un conferimento

agisce in rapporto immediato con il titolare, pur prendendo contatto con i dati. Così, TAVERNITI, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2021, 89-90.

¹¹⁷ La forma scritta è qui, evidentemente, prevista *ad probationem* e serve a dimostrare l'adempimento degli oneri formali che gravano sul difensore che - s'è detto - resta sempre e comunque il principale responsabile della gestione dei dati nell'ambito dell'indagine. Su questi temi, v. anche FULCO, BOLOGNINI, *Deontologia privacy per avvocati e investigatori privati*, Milano, 2009, *passim*.

¹¹⁸ L'ipotesi va coordinata con quanto previsto dall'art. 9 GDPR per il trattamento dei dati particolari, vietato a meno che occorra accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria od ogniqualvolta le autorità esercitano funzioni giurisdizionali (par. 2, lett. *f*). L'indagine difensiva può senz'altro essere compresa in questa previsione. Così, MARTORANA, *Il trattamento dei dati personali nell'attività investigativa. Adempimenti e misure di sicurezza per l'investigazione nel rispetto della privacy*, Milano, 2022, 50.

¹¹⁹ E - prosegue la norma - «evitando l'ingiustificato rilascio di copie eventualmente richieste», così scongiurando il pericolo di un'indebita diffusione di informazioni riservate. Così, MIRONE, *La privacy dell'avvocato*, cit., 157.

accidentale e per quelli eccedenti o non pertinenti (art. 2, co. 6, lett. *b*)¹²⁰.

Va utilmente notato come il co. 4 elenchi attività di abituale compimento per il difensore inquirente, anche durante o in conseguenza dell'accesso ai luoghi non pubblici; nondimeno, il co. 6, lett. *b*) enuncia una serie di possibili contesti di inchiesta privata e nulla vieta di comprendervi anche quello previsto dall'art. 391-*septies* c.p.p.¹²¹, con la conseguenza che l'adempimento degli oneri difensivi formali - e di quello argomentativo in particolare - imposti per la richiesta di autorizzazione all'accesso assicura il giudizio di corretto e lecito trattamento, in conformità ai principi europei. Si tratta, insomma, di una presunzione assoluta che allinea le previsioni codicistiche nostrane a quelle continentali.

La chiosa è, però, solo apparentemente lineare. Occorre, infatti, tornare sul ruolo del giudice al quale - s'è detto - va riconosciuta una funzione di garanzia del corretto bilanciamento tra gli interessi in conflitto.

Qualora il decidente ritenesse non adempiuto il dovere del difensore di spiegare la necessità dell'accesso e di illustrarne le modalità, prevedendone talune non indebitamente invasive dei diritti di terzi, l'unica opzione sarebbe il rigetto della richiesta di autorizzazione. Nell'ipotesi di errore giudiziale, però, la difesa non avrebbe rimedi per fare valere il proprio interesse: il codice, infatti, non ha previsto strumenti impugnatori utilizzabili all'occorrenza¹²².

Il *vulnus* per la posizione processuale favorita dall'indagine è evidente; altrettanto macroscopici sono gli strascichi che un diniego non dovuto produrrebbe sul prosieguo dell'accertamento. Ecco, allora, che bene sarebbe cogliere

¹²⁰ Con un maggiore grado di precisione, la norma impone la distruzione del materiale acquisito indebitamente o inutile perché eccedente o non pertinente; qualora, però, non sia possibile estrapolare e cestinare quelle informazioni, esse confluiscono in un contesto comune alle altre raccolte e debbono essere conservate nel rispetto di quanto prescritto dal GDPR e dalle regole deontologiche. Su questi aspetti e sul nesso con i principi sul trattamento espressi dal Considerando n. 39 del GDPR, ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020, 106, nota 294.

¹²¹ Il sintagma «in particolare» induce a pensare che il riferimento agli artt. 391-*bis*, 391-*ter* e 391-*quater* c.p.p. sia solo esemplificativo e che possa, perciò, essere ampliato, comprendendo anche gli altri strumenti investigativi in uso al difensore laddove, ricorrendo ad essi, sia a rischio l'altrui diritto al controllo sui propri dati personali: s'è visto che il rischio è quanto mai concreto pensando agli accessi dell'art. 391-*septies* c.p.p.

¹²² Su questo la dottrina è unanime: il dato, infatti, traluce dall'assenza di previsioni normative idonee allo scopo. Per tutti, SURACI, *L'attività difensiva*, cit., 869; LORUSSO, *Investigazioni difensive*, cit., 521; BISCARDI, *Art. 391 septies*, cit., 2090.

l'abnormità di un tale provvedimento giudiziale¹²³, espressivo di una scorretta amministrazione del caso¹²⁴ e, quindi, bisognoso di essere espunto dal sistema¹²⁵: scegliendo questo percorso interpretativo, il ricorso alla Suprema Corte sarebbe ammesso ogni volta in cui il giudice bloccasse in modo non motivato il progetto investigativo del difensore e, quindi, pure nel caso in cui, sbagliando, lo tacciasse di mettere in pericolo la riservatezza dei terzi toccati dall'accesso.

La riflessione sul punto è senz'altro utile e conferisce effettività alle previsioni del codice di condotta che, altrimenti, resterebbero una semplice indicazione, di cui il giudice potrebbe pure non tenere conto, forte dell'insoddisfacente formula dell'art. 391-*septies* c.p.p.

Letto in quest'ottica, quindi, il compendio di regole deontologiche diventa guida di correttezza per l'indagine: proprio per questo - s'è detto - non piace che venga espresso da una fonte *sub*-legislativa.

Forti di queste premesse, si esaurisca l'esame delle prescrizioni comportamentali.

Gli obblighi di informativa¹²⁶, di corretta conservazione, cancellazione, comunicazione e diffusione dei dati¹²⁷ sono espressi dagli artt. 3, 4 e 5 del codice

¹²³ Definibile come il vizio che affligge l'atto espressivo dell'usurpazione del potere di chi lo ha steso: in questi termini, ovviamente, ALOISI, *Impugnazioni nel processo penale*, in *N. dig. it.*, IV, Torino, 1938, 855 o ID., *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1952, 44.

¹²⁴ LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Napoli, 1961, 768 definiva l'abnormità «una utilissima categoria per la corretta amministrazione della giustizia».

¹²⁵ Perché non coerente con esso e, quindi, adatto a metterne in pericolo la sopravvivenza. Così, ESCOBEDO, *Atto giudiziale inesistente ed amnistia*, in *Giust. pen.*, 1938, IV, 680. L'Autore elabora la teoria della non contraddizione richiamando NICOLINI, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, Napoli, 1828, 446.

¹²⁶ Per cui si rinvia all'art. 13 GDPR su cui D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali nel riformato quadro normativo: un primo commento al D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, cit., 17; LABIANCA, *Il sistema delle tutele nel regolamento europeo n. 679/2016 sulla protezione dei dati personali*, in *Cybercrime*, a cura di Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa, Milano, 2019, 978.

¹²⁷ Ancora una volta la struttura del codice deontologico segue quella del GDPR e le sue categorie, *in primis* quelle che compongono la definizione di trattamento. Si legga l'art. 4, par. 2: è tale «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione». Operazioni che vanno compiute nel rispetto dei principi espressi dagli artt. 5 ss. GDPR. *Amplius*, D'AGOSTINO, *La tutela penale dei dati personali*, cit., 35. Per un esame dei risvolti penalistici di questa definizione, MANNA, DI FLORIO, *Riser-*

deontologico, richiamando con costanza i principi generali del GDPR; secondo l'art. 6, infine, sono possibili accertamenti ispettivi per la verifica del rispetto degli obblighi attinenti alla *privacy*: ad essi partecipa il presidente del Consiglio dell'Ordine forense o un suo delegato, in rima con quel che l'art. 103 c.p.p. prevede per le ispezioni e per le perquisizioni negli spazi del difensore.

L'art. 7 estende quanto s'è visto per il titolare del trattamento ai liberi professionisti che prestino consulenza o assistenza unitamente o su delega dell'avvocato (lett. *a*) e ai soggetti dell'art. 1, co. 2 (lett. *b*)).

Agli investigatori privati sono dedicati, invece, gli artt. 8-11, espressivi dei medesimi obblighi di informativa (art. 11) e di corretta conservazione e comunicazione dei dati (art. 10) che valgono per il titolare¹²⁸.

L'investigatore privato è vincolato alle istruzioni del difensore, a cui deve rendere conto periodicamente (art. 8, co. 6), e non può intraprendere indagini di propria iniziativa (art. 8, co. 2); può avvalersi di collaboratori e sostituti solo se di essi sia stata data indicazione al conferimento dell'incarico (art. 8, co. 4) e sul loro operato ha un dovere di costante vigilanza (art. 8, co. 5). La gestione dei dati da parte sua segue i precetti dell'art. 2, co. 1 (art. 8, co. 1).

L'art. 9, infine, richiama i principi di liceità, trasparenza e correttezza nell'acquisizione di dati personali, da parte dell'investigatore, presso altri titolari del trattamento (lett. *a*), nel ricorso ad attività lecite di rilevamento, anche a distanza, e di audio/videoripresa (lett. *b*) e nella raccolta di dati biometrici (lett. *c*). Attività, queste, che ben possono compiersi nell'ambito di un accesso a mente dell'art. 391-*septies* c.p.p.

L'*excursus* sulle regole di condotta conferma la contraddizione annunciata nel tentativo di individuare le fonti utili a riscontrare le ipotesi di ricerca fissate nella parte introduttiva di questo studio. Le previsioni deontologiche, infatti, integrano il codice di rito, ma non ne fanno parte; attuano il GDPR e s'impongono quali parametri - ancorché interposti - di utilizzabilità dei materiali acquisiti dal difensore indagante, ma non sono fonti di legge; esprimono linee guida di comportamento per il giudice e per gli altri soggetti dell'accertamento, ma non sono presidiate da previsioni sanzionatorie. C'è,

vatezza e diritto alla privacy: in particolare la responsabilità per omissione dell'internet provider, in *Cybercrime*, cit., 892.

¹²⁸ Regole che vanno coordinate con quanto previsto dalla normativa primaria (codice di rito, codice penale e T.U.L.P.S.) e dai provvedimenti, di natura deontologica, della *Federpol*.

insomma, un problema che origina dalle difficoltà di coordinamento con le disposizioni europee a tutela del *right to privacy* nel procedimento penale e che è amplificato dalla stasi sofferta, da almeno vent'anni, dal sistema domestico dell'inchiesta difensiva.

Sono problemi - e lo s'è già detto - che meritano una riflessione a livello europeo prima che nazionale; allo stato, possono trovare soluzione solo in via interpretativa, ora cercando di adeguare il lessico del rito criminale alle sempre nuove forme del diritto al controllo sui dati personali, ora tentando di adattare le previsioni deontologiche alle categorie della procedura penale, ivi comprese quelle sanzionatorie: si tratta, però, sempre di opzioni esegetiche che, come tali, sfuggono all'univocità di un dettato normativo che, allo stato, manca.