ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/05/2013

All'indirizzo http://www.diritto.it/docs/35018-l-art-391-nonies-c-p-p-brevi-cenni-sui-profili-di-criticit-applicativa

Autore: Antonio Di Tullio D'Elisiis

L’art. 391 nonies c.p.p.: brevi cenni sui profili di criticità applicativa

L'art. 391 *nonies* c.p.p.: brevi cenni sui profili di criticità applicativa.

Antonio Di Tullio D'Elisiis

Come è noto, l'art. **391 *nonies* c.p.p.**, introdotto nel codice di rito a seguito dell'entrata in vigore della **legge, 7 dicembre 2000, n. 397**, stabilisce che l'attività investigativa del difensore prevista dall'art. **327 *bis* c.p.p.**[1], previo conferimento di un mandato con sottoscrizione autenticata (ai sensi dell'art. **39 disp. att. c.p.p.**)[2] contenente "*la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce*", può essere svolta anche dal difensore "*per l'eventualità che si instauri un procedimento penale*" ad eccezione "*degli atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria*"[3].

Tale norma giuridica, così strutturata, riveste una grande importanza nel nostro ordinamento giuridico sicchè "*consente alla persona che potrebbe essere sottoposta ad indagini - o che è già tale, pur in assenza di formale e legittima comunicazione della pendenza del procedimento - di approntare tempestivamente la propria strategia difensiva, ricercando, individuando e raccogliendo elementi di prova utili a tal fine, senza attendere la prima comunicazione del procedimento, la quale potrebbe essergli notificata, ex art. 415- bis c.p.p., quando ormai le indagini preliminari sono concluse*"[4].

1Norma intitolata "*Attività investigativa del difensore*" così modulata:
"*1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI-bis del presente libro.*
2. La facoltà indicata al comma 1 può essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione.
3. Le attività previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici".

2Come giustamente puntualizzato da **Silvia Sandano** nell'opera "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*". *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, 449.

3Sull'argomento, **Di Bitonto**, *Art. 391*-nonies, in **Lattanzi - Lupo**, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. V, *Giuffrè*, 2003, p. 439; **Triggiani**, *Le investigazioni difensive*, Giuffrè, 2002, p. 192; **De Caro**, *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal Codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3219.

In tal guisa il difensore è messo nelle condizioni di tutelare gli interessi dell'assistito ancor prima che si incardini formalmente un procedimento penale ad esempio, "*per chiedere ed ottenere la riapertura delle indagini dopo l'archiviazione, o la revoca di una sentenza di non luogo a procedere; può compiere attività di indagine integrativa dopo la presentazione della richiesta di rinvio a giudizio e prima dell'udienza preliminare (art. 419 c.p.p.), ovvero dopo il rinvio a giudizio (art. 430 c.p.p.), nonché al fine di chiedere la riapertura delle indagini dopo l'archiviazione del procedimento o la revoca di una sentenza di non luogo a procedere*"[5] o, nel caso in cui l'assistito sia attinto da una misura cautelare, al fine di produrre elementi favorevoli all'indagato direttamente al Giudice *de libertate*[6] o ancora, nel caso in cui "*possa essere richiesta la revisione*"[7] e, precisamente, allorquando vengano ricercati elementi di prova "*per l'eventuale promuovimento del giudizio di revisione della sentenza di condanna*"[8] ed infine, allorquando "*possano essere instaurati procedimenti davanti al giudice dell'esecuzione o alla magistratura di sorveglianza*"[9].

4**Nicola Triggiani**, "*La L. 7 dicembre 2000, n. 397 ("Disposizioni in materia di indagini difensive"): prime riflessioni*", *Cass. pen.*, 2001, 7-8, 2057.

5**Ercole Aprile**, "*Nuove prospettive nel processo penale dopo l'entrata in vigore della L. N. 397 del 2000 sulle indagini difensive*", *Dir. famiglia*, 2002, 02, 611.

6Sull'argomento, cfr. **Cass. pen., sez. VI, 24/02/03, n. 19502**.

7**Art. 2, co. IV, lett. c),** delle **regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive**.

8**Cass. pen., sez. I, 5/12/06, n. 1599**.

9**Art. 2, co. IV, lett. d),** delle **regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive**. Sull'utilizzo di una norma deontologica per integrare la portata applicativa di un precetto normativo milita quel costante orientamento nomofilattico che ne ravvisa la possibilità affermando che le statuizioni del codice deontologico "*hanno la natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi*" (*Ex plurimibus*, **Cass. civ., sez. un., 17/06/10, n. 14617**).

Infatti, è evidente che, con la suddetta scelta legislativa, si è inteso tutelare una situazione altrimenti priva di protezione legislativa qualora "*la notizia di reato non sia ancora pervenuta al pubblico ministero o, comunque, che questi non l'abbia iscritta nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p.*"[10] o laddove l'attività venga "*svolta dal difensore a favore del proprio assistito che non sia "iscritto" nell'ambito di procedimento in corso contro persone diverse o contro ignoti*"[11] "*in considerazione del fatto che il meccanismo predisposto dagli artt. 335, 369 e 415- bis c.p.p. risulta inadeguato a garantire le esigenze della difesa e probabilmente in contrasto con la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., laddove si prevede che la persona accusata di un reato debba essere, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico*"[12].

Dopo siffatta doverosa premessa di ordine teleologico, corre l'obbligo di rilevare che un primo profilo di criticità, che caratterizza questo istituto, riguarda il modo con cui deve essere conferito il mandato posto che la norma giuridica in commento si limita a stabilire, come suesposto, che il mandato, per l'eventualità che si instauri un procedimento penale, deve essere rilasciato con sottoscrizione autenticata e deve contenere la nomina del difensore e l'indicazione dei fatti ai quali si riferisce.

Orbene, per quanto attiene i fatti da menzionare nell'incarico, secondo parte della dottrina, è sufficiente "*un'esposizione sintetica del fatto storico a cui ancorare l'indagine difensiva*"[13] pure perchè nessuna "*sanzione di carattere processuale è prevista nell'ipotesi in cui il difensore ometta l'indicazione dei fatti nel mandato*"[14].

10**Cass. pen., sez. IV, 14/10/05, n. 46270**.

11*Ibidem.*

12**Nicola Triggiani**, "*La L. 7 dicembre 2000, n. 397 ("Disposizioni in materia di indagini difensive"): prime riflessioni*", *Cass. pen., 2001*, 7-8, 2057.

13Sul punto, v. **Bernardi**, *Le attività d'indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 210.

14**Silvia Sandano**, "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*". *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, 449.

A tal proposito, soccorre l'art. **2, co. II,** delle **regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive** secondo cui il mandato deve contenere "*i fatti ai quali si riferisce in modo sintetico al solo fine della individuazione dell'oggetto di tale attività, con esclusione di ogni riferimento ad ipotesi di reato*".

E' evidente che, una indicazione di questo tenore, anche alla stregua di questa norma deontologica, se, da un lato, "*non deve essere troppo generica, sì da non consentire un sia pur minimo collegamento tra l'incarico professionale e l'episodio illecito*"[15], dall'altro lato, non deve essere talmente precisa da " *"costringere" l'interessato a scoprire anzitempo le proprie carte e le proprie strategie difensive*"[16].

Per quanto concerne invece le limitazioni volte a determinare il campo entro cui poter svolgere le indagini espressamente previste da questo dettato normativo (visto che, come *ut supra* enunciato, non possono essere posti in essere atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria), le ragioni di siffatta legislativa sono dovute sia alla luce del fatto che "*non essendovi ancora un procedimento penale non è possibile individuare una corrispondente autorità giudiziaria cui rivolgersi per porre in essere determinati atti o della quale rendere possibile la partecipazione al compimento degli atti medesimi*"[17], sia perché vi è una "*insuperabile differenza tra funzione d'accusa e difesa*"[18] siccome, per un verso, "*nello svolgimento delle sue investigazioni il difensore non gode dei poteri coercitivi esercitabili invece dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari, tant'è che qualora debba avvalersi dell'ausilio o della collaborazione di terze persone e queste si rifiutino, egli è costretto a rivolgersi all'autorità giudiziaria*"[19]e, per altro verso,

---

15**Enrico Aprile, Pietro Silvestri**, "*Le indagini preliminari e l'archiviazione*"; seconda edizione, *Giuffrè editore*, 2011, pag. 546.

16*Ibidem*.

17*Giorgio Spangher*, *Trattato di procedura penale*, *UTET*, 2009, pag. 500.

18**Antonella Follieri**, "*Sui limiti dell'attività investigativa preventiva*", *Cass. pen*., 2006, 12, 4105.

19*Ibidem*.

mentre "*il pubblico ministero è organo che esercita una pubblica funzione nell'interesse generale, il difensore è un libero professionista qualificabile, certo, come esercente un servizio di pubblica necessità, ma che agisce in piena libertà e che è soggetto a limiti normativi (deontologici, legislativi) solo in quanto liberamente decida di intraprendere iniziative investigative nell'interesse del proprio assistito*"[20].

Di talchè ne consegue come non sia "*possibile il rispetto della seconda delle condizioni dettate dal comma 4 del citato art. 222, e cioè la comunicazione all'autorità giudiziaria procedente del conferimento dell'incarico all'investigatore privato*"[21] ovvero, come più volte suesposto, "*lo svolgimento di atti che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, vale a dire del pubblico ministero o del giudice*"[22] quali:

- la richiesta di autorizzazione affinché il consulente tecnico possa esaminare le cose sequestrate od oggetto di ispezioni ovvero di intervenire nelle ispezioni[23]; "*ipotesi in cui l'impossibilità può dirsi in re ipsa poiché, in assenza di procedimento, non può esservi alcun sequestro né ispezione*"[24];
- la richiesta di autorizzazione per conferire, ricevere dichiarazioni o assumere informazioni da persona detenuta[25];
- la richiesta rivolta al pubblico ministero di audizione del potenziale testimone che

---

20*Antonella Follieri* la quale, nell'opera "*Sui limiti dell'attività investigativa preventiva*", edita in Cass. pen., 2006, 12, 4105, cita, a sua volta, **Dragone**, *Le indagini preliminari e l'udienza preliminare*, in **Fortuna - Dragone - Gassone - Giustozzi**, *Nuovo manuale pratico del processo penale*, *Cedam*, 2002, p. 562.

21**Enrico Aprile, Pietro Silvestri**, "*Le indagini preliminari e l'archiviazione*"; seconda edizione, *Giuffrè editore*, 2011, pag. 651.

22**Cass. pen., sez. IV, 14/10/05, n. 46270**.

23**Art. 233, co. I *bis*, c.p.p.** .

24**Elisa Lorenzetto**, "*Dal difensore inquirente al difensore istruttore, Genesi, evoluzioni e involuzioni del diritto di difendersi indagando*", pag. 97, dottorato di ricerca, tratto da http://www.opensT.A.R.ts.units.it/dspace/bitstream/10077/2636/4/tesi%20lorenzetto.pdf.

si sia avvalso della facoltà di non rispondere o di non rilasciare la dichiarazione scritta al difensore[26];

- la richiesta d'incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona anzidetta o dell'esame delle persone sottoposte ad indagini o imputate nello stesso procedimento, in procedimenti connessi o per reati collegati[27];
- la richiesta al pubblico ministero di acquisire o sequestrare documenti detenuti dalla pubblica amministrazione nell'ipotesi che questa abbia opposto un rifiuto alla richiesta del difensore[28];
- la richiesta volta ad accedere ai luoghi privati o non aperti al pubblico[29].

Dunque, gli atti, di cui è consentito lo svolgimento, sono riconducibili, "*in sostanza, al colloquio non documentato, alla ricezione di dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni dal potenziale testimone, alla richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione ed all'accesso ai luoghi pubblici o aperti al pubblico*"[30] nonché ai

---

25**Art. 391 *bis*, co. VII, c.p.p. .**

26**Art. 391 *bis*, co. X, c.p.p. .**

27**Art. 391 *bis*, co. XI, c.p.p. .**

28**Art. 391 *quater* c.p.p. .**

29**Art. 391 *septies* c.p.p. .**

30**Cass. pen., sez. IV, 14/10/05, n. 46270**.

pareri espressi dai consulenti a mezzo di relazione scritta[31] sempreché non sia necessario esaminare uno degli oggetti menzionati nell'art. **233, co. I *bis*, c.p.p.** stante il fatto che "*le facoltà investigative tecniche consentite al difensore attengono ad attività meramente ricognitive e visive finalizzate alla raccolta di dati descrittivi*"[32] ovvero, allorchè nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo **351 comma 1-*ter*, c.p.p.** vengano assunte informazioni da persone minori, potendosi il difensore all'uopo avvalere "*di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile*"[33]; viceversa, tale potere dispositivo viene meno, oltre nei casi summenzionati, perfino "*quando le persone che il difensore intende intervistare si avvalgono della facoltà di non rispondere (art. 391-bis commi 10 e 11 c.p.p.), ovvero quando esse siano detenute (art. 391-bis comma 7 c.p.p.); nel caso di rifiuto da parte della pubblica amministrazione di fornire i documenti richiesti dal difensore (art. 391-quater comma 3 c.p.p.); nel caso in cui il difensore abbia la necessità di accedere a luoghi privati o non aperti al pubblico e non vi sia il consenso di chi ne ha la disponibilità (art. 391-septies comma 1 c.p.p.)*"[34].

Inoltre, uno specifico profilo di criticità da affrontare a questo punto della disamina, è quello di comprendere se, nel caso previsto dall'art. **391 *quater* c.p.p.**, sia fattibile, nel caso di investigazione preventiva e qualora la p.a. apponga un rifiuto alla richiesta di accesso formulata dalla difesa, impugnare un

---

31In tale senso, per le indagini difensive *tout court*, **Cass. pen., sez. IV, 26/03/04, fonti: Zacchia 2005, 4, 514 (s.m.)**.

32**De Caro**, *Percorsi legislativi e poteri della parti nel processo penale: dal codice* Rocco *alla riforma delle investigazioni.*

33**Art. 391 *bis*, comma V *bis*, c.p.p.** .

34**Antonella Follieri**, "*Sui limiti dell'attività investigativa preventiva*", *Cass. pen.*, 2006, 12, 4105.

eventuale provvedimento di diniego dinnanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. **116, decreto leg.vo, 2/07/10, n. 104** (da ora in poi indicato con la dicitura **c.p.a.**) ovvero attivare la procedura prevista dall'art. **25, co. IV,** della **legge, 7 agosto 1990, n. 241** posto che, dal combinato disposto *ex* artt. **22, co. I, lett. b) - 24, co. VII, della legge, 7 agosto 1990, n. 241**, si evince come ogni persona che abbia "*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*" e "*la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici*" può chiedere l'accesso agli atti (fermo restando che se è vero che, "*nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*[35]*, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*", è altrettanto vero che "*l'accesso cosiddetto defensionale, cioè propedeutico alla miglior tutela delle proprie ragioni in giudizio (già pendente o da introdurre), ovvero nell'ambito di un procedimento amministrativo, riceve protezione preminente dall'ordinamento atteso che, per espressa previsione normativa (art. 24 Cost.), prevale su eventuali interessi contrapposti, in particolare sull'interesse alla riservatezza dei terzi, financo quando sono in gioco dati personali sensibili e, in alcuni casi, anche dati ultrasensibili*"[36]).

Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha affermato che la "*mera possibilità di effettuare attività riconducibile alle c.d. investigazioni difensive, non esclude, ricorrendone i diversi presupposti, l'esercizio del diritto di accesso in sede amministrativa, ai sensi degli artt.*

35Tale disposizione legislativa, infatti, prevede che, quando "*il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile*".

36**T.A.R. Catania Sicilia, sez. II, 17/01/13, n. 114**.

22 ss., l. n. 241 del 1990"[37] escludendo tuttavia che si possa azionare uno dei rimedi previsti dal codice del processo amministrativo; invero, è stato stimato "*legittimo il diniego di accesso ai documenti opposto ad un'istanza proposta dall'interessato ai sensi dell'art. 391 quater c.p.p. e non ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, atteso che ai sensi dell'art. 391 quater comma 3, c.p.p. detta istanza deve essere presentata per iscritto al pubblico ministero e, ove quest'ultimo non ritenga di aderire, al giudice per le indagini preliminari*"[38] e contestualmente rilevato, quindi, come logica conclusione, che il sistema normativo prevede, per detta ipotesi, "*un mezzo di tutela giurisdizionale demandato a diverso giudice, e non al giudice avente giurisdizione per la fattispecie del diniego di accesso disciplinato dalla legge n. 241/90*"[39].

Nello specifico, i giudici amministrativi, preso atto che l'art. **391 *quater* c.p.p.** "*non rimanda affatto alle norme processuali di cui all'art. 25, legge 7 agosto 1990, n. 241*"[40], ne fanno discendere la conclusione secondo la quale "*il legislatore ha inteso tenere distinte le procedure di acquisizione di documenti dalla pubblica amministrazione effettuate da un lato, nell'ambito di investigazioni difensive volte ad individuare elementi di prova per un processo penale, eventuale o già in corso; dall'altro, nell'ambito dell'esercizio del diritto di accesso ai sensi della legge n. 241/90, che è generalmente riconosciuto a chi sia titolare di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata alla documentazione richiesta (art. 22, comma 1, lett. a],*

37**T.A.R. Napoli Campania, sez. VI, 2/01/13, n. 15**.

38**Consiglio di Stato, sez. IV, 26/04/07, n. 1896**.

39*Ibidem*.

40**T.A.R. Milano, Lombardia, 17/10/06, n. 2013**.

l. n. 241/90) ed é finalizzato non ad individuare elementi di prova per un processo penale, ma ad attuare la trasparenza e a verificare l'imparzialità dell'operato della pubblica amministrazione"[41].

Da ciò la giustizia amministrativa è giunta alla conclusione secondo cui per un verso, si "*tratta di due sistemi giuridici diversi, con finalità diverse e che trovano ciascuno, nell'ambito della propria disciplina, compiuta e precisa regolamentazione, tra le quali il legislatore non ha previsto collegamenti od interferenze*"[42] e, per altro verso, "*tale diversa regolamentazione ridonda in una diversa competenza giurisdizionale per l'una e l'altra fattispecie*"[43] denotando a tale riguardo che sugli "*atti del processo penale è infatti competente il Giudice Penale, mentre il T.A.R. può prendere cognizione dei provvedimenti emessi dalla pubblica amministrazione a conclusione di uno specifico procedimento amministrativo che, in questo caso, non esiste*"[44].

Ebbene, sebbene tale approdo ermeneutico sia formalmente ineccepibile siccome aderente al dato testuale delle norme succitate, con esso però sembra trascurarsi il fatto che, in materia di giurisdizione esclusiva, per espresso dettato normativo, la competenza spetta al solo giudice amministrativo[45] anche perchè l'art. **391 *nonies* c.p.p.** inibisce al difensore, come suesposto, solo il

---

41*Ibidem*.

42*Ibidem*.

43*Ibidem*.

44*Ibidem*.

45**Art. 133, co. I, lett. a), n. 6, c.p.a.** .

compimento di atti "*che richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria*" ma non la possibilità che si possa impugnare innanzi ad un giudice amministrativo un provvedimento con il quale viene impedito al difensore di accedere ad un determinato atto rilevante per le indagini che sta svolgendo ma il cui compimento dell'atto in sé (quale è quello di "*chiedere i documenti in possesso della pubblica amministrazione e di estrarne copia a sue spese*") non implica il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria (ma semmai di quella sola amministrativa).

Tuttavia, allo stato, a fronte di tale "*sbarramento*" ermeneutico, sarebbe opportuno, allorquando si volesse esperire una attività investigativa preventiva nei casi previsti dall'art. **391 *nonies* c.p.p.**, formalizzare una domanda di accesso agli atti evidenziando l' "*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*"[46] richiamando l'art. **391 *quater* c.p.p.** solo al fine di "*completare la prospettazione del complesso degli strumenti di tutela che l'interessato potrebbe utilizzare a salvaguardia della propria posizione*"[47].

Ad ogni modo, sarebbe altresì doveroso, al fine di risolvere una volta per tutte tale questione giuridica, emendare il **comma III** dell'art. **391 *quater* c.p.p.** inserendo il seguente inciso: "*e, nel caso di attività investigativa preventiva, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale nelle forme e nei modi stabiliti dal codice del processo amministrativo*" e contestualmente, solo per evitare l'insorgere di eventuali contrasti ermeneutici, modificare il **primo comma** dell'art. **391 *nonies* c.p.p.**, aggiungendo dopo la locuzione "*con esclusione degli atti che*

46**Art. 22, co. I, lett. b), l. n. 241/90**.

47**T.A.R. Milano Lombardia, sez. III, 2/08/10, n. 3322**.

richiedono l'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria", il seguente periodo: "*salvo quanto previsto dall'art. 391 quater, comma 3, c.p.p.*".

Altra problematica da vagliare è quella di stabilire, come ed in che modo, le indagini preventive possano essere svolte senza ledere la *privacy* dei soggetti coinvolti negli accertamenti.

A tal proposito corre l'obbligo di rilevare che l'art. **13, co. V, del decreto legislativo, 30/06/03, n. 196** (in seguito indicato con la dicitura **Codice della *privacy***) stabilisce come non sussista un previo obbligo giuridico di informare l' "*interessato o la persona presso la quale sono raccolti i dati personali*" - così come richiesto dal primo comma di questa disposizione legislativa - ove i "*dati sono trattati ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397, o, comunque, per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento*".

Si tratta quindi di comprendere se tale dettato normativo sia applicabile ugualmente nel caso di attività di investigazione preventiva.

Ebbene, la risposta è positiva giacchè il Garante per la protezione dei dati personali, con **parere** (**prot. n. 22457**), non a caso intitolato "***sintesi dei principali adempimenti in materia di protezione di dati personali nello svolgimento dell'attività forense***" ed inviato al Consiglio Nazionale Forense il **3/06/04**, una volta rilevato che le "*disposizioni che agevolano il lavoro dell'avvocato per effetto del bilanciamento operato dal Codice tra il diritto di difesa e gli altri diritti e libertà fondamentali delle persone interessate non operano solo durante lo svolgimento di un giudizio necessariamente già instaurato*" e che in "*senso analogo dispone anche la legge n. 397/2000 per ciò che attiene al rapporto tra indagini difensive e procedimento penale*", ha stabilito che le "*disposizioni del Codice possono essere utilmente applicate anche nella fase propedeutica all'instaurazione del giudizio, se l'attività è finalizzata effettivamente ed*

esclusivamente a verificare l'esistenza di un diritto da tutelare in giudizio o l'eventualità di tale utile difesa nel giudizio medesimo".

Di talchè sarà applicabile estensivamente anche al caso in esame:

- la facoltà prevista dall'art. **132, co. III, decreto legislativo, 30/06/03, n. 196** ossia la possibilità per il difensore di chiedere i dati relativi al traffico telefonico da un fornitore pure se tale regola giuridica ne circoscrive la portata applicativa al solo legale "*dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini*":

- la prerogativa contemplata dall'art. **7** del **decreto appena succitato** ovvero quella che inibisce al soggetto interessato il diritto di "*ottenere la conferma dell'esistenza o meno di dati personali che lo riguardano*" qualora da ciò "*possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*"[48] non essendo richiesto il suo consenso se il trattamento dei suoi personali è necessario "*ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*"[49];

- il diritto riconosciuto al difensore dall'art. **2, co. VI, lett. b), delibera garante per la protezione dei dati personali, n. 275 del 24/11/08** di utilizzare lecitamente "*atti, annotazioni, dichiarazioni e informazioni acquisite nell'ambito di indagini difensive, in particolare ai sensi degli articoli 391-bis, 391-ter e 391-quater del codice di procedura penale*" sicchè, come emerge dal **punto n. 5), lett. b) del Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali effettuato per svolgere investigazioni difensive o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria** allegato a questa delibera, il consenso dell'interessato "*non va richiesto per adempiere a obblighi di legge e che non*

48**Art. 8, co. II, lett. f), Codice della *privacy*.**

49**Art. 24, co. I, lett. f), Codice della *privacy*.**

occorre, altresi', per i dati anche di natura sensibile utilizzati per perseguire finalita' di difesa di un diritto anche mediante investigazioni difensive" "*sia per i dati trattati nel corso di un procedimento, anche in sede amministrativa, di arbitrato o di conciliazione, sia nella fase propedeutica all'instaurazione di un eventuale giudizio, anche al fine di verificare con le parti se vi sia un diritto da tutelare utilmente in sede giudiziaria, sia nella fase successiva alla risoluzione, giudiziale o stragiudiziale della lite*".

Resta all'opposto a carico del difensore:

- l'obbligo sancito dall'art. **6, co. II,** della **delibera n. 275** di attestare "*al fornitore di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico la sussistenza del pregiudizio effettivo e concreto che deriverebbe per lo svolgimento delle investigazioni difensive dalla mancata disponibilita' dei dati, senza menzionare necessariamente il numero di repertorio di un procedimento penale" "evitando l'ingiustificato rilascio di copie eventualmente richieste" distruggendo, qualora ciò sia possibile, i "dati eccedenti e non pertinenti rispetto alle finalita' difensive*";

- il dovere fissato dal codice deontologico su indicato e precisamente, da un lato, in generale, di "*rispettare i diritti, le liberta' fondamentali e la dignita' delle persone interessate, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identita' personale e al diritto alla protezione dei dati personali (articoli 1 e 2 del Codice)*" e, dall'altro lato, nello specifico, "*di rispettare, se si tratta di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, il principio del «pari rango», il quale giustifica il loro trattamento quando il diritto che si intende tutelare, anche derivante da atto o fatto illecito, e' «di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalita' o in altro diritto o liberta' fondamentale e inviolabile» (articoli 24, comma 1, lettera f) e 26, comma 4, lettera c) del Codice; aut. gen. nn. 2/2007, 4/2007 e 6/2007; Provv. del Garante del 9 luglio 2003)*";

- l'impegno stabilito dall'art. **52, commi V e IV** del **Codice Deontologico Forense** ossia il dovere per il difensore "*di mantenere il segreto professionale sugli atti delle investigazioni difensive e sul loro contenuto, finché non ne faccia uso nel procedimento,*

salva la rivelazione per giusta causa nell'interesse del proprio assistito" e, "*quando si avvalga di sostituti, collaboratori di studio, investigatori privati autorizzati e consulenti tecnici*", di raccomandare pure "*il vincolo del segreto e l'obbligo di comunicare i risultati esclusivamente al difensore*";

il rispetto di altri doveri non correlati con il tema della *privacy* e, tra i più importanti di questi, senza nessuna pretesa di completezza espositiva, vanno ricordati i seguenti:

- l'onere imposto dall'art. **14, co. I** del **Codice Deontologico Forense** di non "*introdurre intenzionalmente nel processo prove false*" (che peraltro potrebbe determinare anche conseguenze penali[50]) e, in particolare, di "*non assumere a verbale né introdurre dichiarazioni di persone informate sui fatti che sappia essere false*" il quale, inoltre, se da un lato, non implica una assunzione di responsabilità per l'avvocato "*per la ricostruzione dei fatti fornitagli dal cliente*"[51], dall'altro lato, non esime tuttavia il legale dall'astenersi, come appena scritto, "*da accuse consapevolmente false*"[52] siccome costituisce un suo fondamentale dovere quello "*di contribuire all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia*"[53] perfino se il

---

50E, segnatamente, nella misura in cui ne ricorrano i presupposti, il delitto di cui all'art. **374 c.p.** (**frode processuale**), quello di cui all'art. **374 *bis* c.p.** (**false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria**) o, ancora, il reato di cui all'art. **377 c.p.** (**intralcio alla giustizia**) o l'illecito penale di cui all'art. **377 *bis* c.p.** (**induzione a non rendere dichiarazioni o a rendere dichiarazioni mendaci all'autorità giudiziaria**).

51**Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. VERMIGLIO, rel. LANZARA), sentenza del 27 novembre 2009, n. 124**.

52*Ibidem*.

53**Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Perfetti, Rel. Mariani Marini), sentenza del 2 marzo 2012, n. 35**.

"*difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391 bis non hanno obbligo di denuncia relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attività investigative da essi svolte*"[54] e tra questi, quello che potrebbe facilmente emergere, è quello previsto dall'art. **371 *ter* c.p.** (**false dichiarazioni al difensore**) che sanziona la condotta di chi, nelle ipotesi previste dall'art. **391 bis, commi 1** e **2, c.p.p.**, non essendosi avvalso della facoltà di cui alla **lettera d)** del **medesimo articolo**[55], "*rende dichiarazioni false*";

- il suo impegno di dare tutte "*le disposizioni necessarie per realizzare condizioni idonee ad assicurare la genuinità delle dichiarazioni*"[56].

A questo punto dell'analisi, proprio perché si sta trattando del profilo deontologico inerente l'attività professionale svolta dall'avvocato *in subiecta materia*, si pone il problema di comprendere se il difensore possa agire, esso stesso, in qualità di parte allo scopo di potere compiere per suo conto una attività investigativa preventiva o se, viceversa, una condotta di tal tipo sia foriera di conseguenze sul piano disciplinare.

Sul punto, la **Cassazione** a **Sezioni Unite** (civili), con la sentenza n. **139** del **10/01/06** ha escluso siffatta eventualità affermando che le investigazioni difensive "*non possono essere svolte dalla parte del processo, quand'anche questa sia abilitata all'esercizio professionale di avvocato*" posto che nel "*processo penale, infatti, vige il principio dell'inviolabilità della difesa tecnica in ogni stato e grado del giudizio, la quale*

54**Art. 334 *bis* c.p.p. .**

55Ovverossia della "*facoltà di non rispondere o di non rendere la dichiarazione*".

56Art. **12** delle **regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive.**

esclude che la parte, pur se abilitata all'esercizio della funzione di avvocato, possa essere difesa da se stesso".

Ed allora, a fronte di tale precipua argomentazione, si dovrebbe in qualche modo appurare se tale assunto decisorio sia ancora attuale visto che la **legge, 31/12/12, n. 247** ("*nuova disciplina dell'ordinamento forense*"), all'art. **13**, statuisce che l' "*avvocato puo' esercitare l'incarico professionale anche a proprio favore*"; pertanto, posto che non vi dovrebbero essere dubbi sul fatto che il mandato previsto dall'art. **391 *nonies*, co. II, c.p.p.** ha anch'esso evidente natura professionale dal momento che l'art. **327 *bis*, co. I, c.p.p.** prevede che il difensore ha facoltà di svolgere investigazione fin "*dal momento dell'incarico professionale*", bisogna verificare se nel futuro vi sarà un mutamento della giurisprudenza sul punto anzi, sarebbe appropriato, ad umile avviso di chi scrive, che il Consiglio Nazionale Forense si esprima su tale particolare aspetto anche perché, come è noto, *"«le norme deontologiche forensi costituiscono fonti normative integrative di precetto legislativo» (Cass., sez. un., sent. 20 dicembre 2007, n. 26810), che – come tali – vanno interpretate a' sensi degli artt. 12 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile*"[57].

Ciò posto, un'altra problematica da affrontare è quella di appurare se tale potere di indagine possa essere esercitato non solo a favore del "*potenziale*" indagato ma pure nell'interesse delle altre parti private quale, ad esempio, la parte offesa.

Infatti, è stato autorevolmente sostenuto che "– *atteso il generico riferimento al "difensore" contenuto nell'art. 391 nonies, comma 1, c.p.p. – è ragionevole ritenere che questa possa essere svolta non soltanto dal difensore della (potenziale) persona sottoposta alle indagini ma anche da quello della (potenziale) persona offesa, in vista di un'eventuale denuncia o querela, del (potenziale) danneggiato del reato e di chiunque ritenga di poter essere*

57Consiglio Nazionale Forense (rel. Cardone), parere del 23 aprile 2009, n. 9.

chiamato ad assumere la veste di parte privata in un processo penale non ancora instaurato"[58].

Tra l'altro, a sostegno di questo assunto scientifico, non si può non rilevare come siano molteplici i diritti riconosciuti alla parte offesa nella fase procedimentale e, a tale riguardo, senza nessuna pretesa di completezza espositiva, possono citarsi le seguenti disposizioni legislative: "*l'art. 90 c.p.p. ("la persona offesa del reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di cassazione, indicare elementi di prova. La persona offesa minore, interdetta per infermità di mente o inabilitata esercita la facoltà e i diritti ad essa attribuiti a mezzo dei soggetti indicati negli artt. 120 e 121 c.p. Qualora la persona offesa sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge sono esercitabili dai prossimi congiunti di essa"), l'art. 369 c.p.p. che prevede l'invio dell'informazione di garanzia anche alla persona offesa, l'art. 101 c.p.p. per cui "la persona offesa dal reato, per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti, può nominare un difensore", l'art. 394 c.p.p. ("la persona offesa può chiedere al pubblico ministero di promuovere un incidente probatorio. Se non accoglie la richiesta, il pubblico ministero pronuncia decreto motivato e lo fa notificare alla persona offesa"), l'art. 401 c.p.p. che attribuisce alla persona offesa il diritto di assistere all'incidente probatorio, l'art. 410 c.p.p. che prevede l'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, l'art. 459 che consente alla persona offesa, che abbia presentato querela, di impedire al pubblico ministero di presentare la richiesta di emissione del decreto penale di condanna, l'art. 572 c.p.p. per cui la persona offesa può presentare richiesta motivata al pubblico ministero di proporre impugnazione ad ogni effetto penale, l'art. 21 d.lgs 28 agosto 2000, n. 274, che, nel procedimento davanti al giudice di pace, consente alla*

58**Giorgio Spangher**, il quale, nell'opera *Trattato di procedura penale*, edito da *UTET*, nel 2009, a pag. 500, richiama, a sua volta, **Arru**, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in **FILIPPI** (a cura di), *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Padova, 2001; pag. 509; **Ventura**, *Le indagini difensive*, *Giuffrè*, 2005, 52. *Contra* **Gualtieri**, *Le investigazioni del difensore*, *Cedam*, 2003, 116.

persona offesa di sollecitare la citazione a giudizio dell'imputato mediante ricorso immediato al giudice"[59], l' "*art. 335 c.p.p. consente alla persona offesa ed al suo difensore di ottenere la comunicazione delle iscrizioni nel registro delle notitiae criminis* (…), *l'art. 414 c.p.p. consente alla persona offesa di sollecitare la riapertura delle indagini*"[60], l'art. **360, co. III, c.p.p.** che consente al consulente nominato dalla parte offesa, nel caso in cui debbano essere compiuti accertamenti tecnici non ripetibili, il "*diritto di assistere al conferimento dell'incarico, di partecipare agli accertamenti e di formulare osservazioni e riserve*" nonché il "*diritto di interloquire sulla richiesta di proroga del termine delle indagini, pure partecipando alla eventuale udienza camerale fissata dal G.i.p. a norma dell'art. 406 commi 3 e 5 c.p.p.;* (…) *ed ancora, al diritto a sollecitare il procuratore generale ad avocare le indagini ai sensi degli artt. 412 comma 1, e 413 c.p.p.*"[61].

Inoltre, ad ulteriore riprova della bontà di tale tesi argomentativa, vi è finanche la "*formula utilizzata dall'articolo 327bis, che fa riferimento genericamente al «difensore»*"[62] e all'assistito e da ciò ne consegue pertanto che "*il diritto del difensore di svolgere attività investigativa preventiva deve intendersi esteso agli altri soggetti della difesa, in forza del rinvio all'art. 327- bis c.p.p. nella sua interezza*"[63].

59**Gilberto Lozzi**, *Lineamenti di procedura penale*, *Giappichelli editore*, Torino, seconda edizione, 2009, pag. 62.

60**Silvia Sandano**, "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*", *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, 449.

61**Ercole Aprile**, "*Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*", *Cass. pen.*, 2003, 05, 1722.

62**Fausto Izzo**, "*Indagini difensive e atti irripetibili*", *D&G*, 2004, 15, 86.

63**Nicola Triggiani** che, nell'opera "*La L. 7 dicembre 2000, n. 397 ("Disposizioni in materia di indagini difensive"): prime riflessioni*" edita su *Cass. pen.*, 2001, 7-8, 2057, cita, a sua volta, i

Del resto, perfino ragioni di logica e buon senso militano a favore di questo costrutto argomentativo sicchè "*la (presunta) persona offesa, la quale intenda presentare una denuncia o una querela, ha interesse a che il difensore cui si rivolge possa svolgere investigazioni difensive da allegare ad esse prontamente, in modo che il pubblico ministero riceva un importante contributo per la ricostruzione e l'accertamento dei fatti*"[64] così come il difensore ha parimenti interesse a fare una indagine di questo tenore allo scopo di consigliare adeguatamente "*il proprio cliente in ordine alla presentazione o meno di una denuncia o di una querela, e, persino, allo scopo di verificare la fondatezza di quanto in precedenza riferitogli dal suo assistito*"[65] e, ad avviso di chi scrive, al fine di evitare che possa essere ritenuto non vero quanto riferito dall'assistito in quegli atti (con il conseguente rischio, a carico di quest'ultimo, di essere incriminato per il delitto di calunnia).

Sicchè ne deriva che non può ritenersi sufficiente, per addivenire ad una diversa opzione ermeneutica, il fatto che la locuzione "*parte offesa*" sia stata espressamente prevista "*nel testo dell'art. 38 delle disposizioni di attuazione dopo le modifiche apportatevi dalla novella dell'agosto 1995*"[66] (con la **legge n. 335**), non

---

seguenti autori: **Magi**, *Le indagini difensive. Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, *Esselibri*, 2000, p. 36; **Randazzo**, *Le indagini della difesa dopo la legge 7 dicembre 2000, n. 397,* Milano, 2001, p. 37.

64**Nicola Triggiani**, "*La L. 7 dicembre 2000, n. 397 ("Disposizioni in materia di indagini difensive"): prime riflessioni*", *Cass. pen.*, 2001, 7-8, 2057.

65**Ercole Aprile**, "*Nuove prospettive nel processo penale dopo l'entrata in vigore della L. N. 397 del 2000 sulle indagini difensive*", *Dir. famiglia*, 2002, 02, 611.

66**Andrea Tronci**, "*La tutela del cittadino imputato: dalla Carta europea dei diritti fondamentali alle nuove disposizioni sulle indagini difensive. Linee guida della legge n. 397 del 2000 e modifiche al codice penale*", *Cass. pen.*, 2001, 7-8, 2046.

comparendo viceversa "*nella norma in esame, né in alcuna delle altre che compongono il nuovo titolo VI- bis del libro V del codice, salvo il comma 8 dell'art. 391- bis c.p.p.*"[67] non potendosi dimenticare, come appena evidenziato, che l'art. **327 *bis* c.p.p.** si riferisce all'assistito *tout court* e non al solo potenziale indagato così come l'art. **391 *octies*, co. IV, c.p.p.**, dal canto suo, prevede che il "*difensore può, in ogni caso, presentare al pubblico ministero gli elementi di prova a favore del proprio assistito*" (non limitandone perciò la facoltà ad una sola parte procedimentale).

Non è del resto condivisibile, ad umile avviso dello scrivente, l'assunto scientifico secondo cui la parte offesa non potrebbe avvalersi di tale facoltà perché "*non titolare di un diritto alla prova*"[68] siccome, così argomentando, "*si trascura per un verso, che il diritto dell'offeso di indicare elementi di prova ai sensi dell'art. 90 c.p.p. non può ridursi ad un flatus vocis e, per altro verso, che tanto la formula adottata dall'art. 38 comma 1 disp. att. c.p.p., quanto quella analoga dell'art. 327-bis c.p.p. appaiono riferite non già all'esercizio immediato, bensì alle finalità di attuazione del medesimo diritto, tale da non potersi trarre in dubbio che la persona offesa sia ben in grado di perseguire quegli scopi vuoi in fase preliminare, vuoi dopo aver acquisito la qualità di parte civile*"[69] visto che quest'ultima regola legislativa ha ampliato "*notevolmente lo spazio*

67*Ibidem*.

68**Silvia Sandano** che, nell'opera "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*", edita su Riv. *It. dir. e proc. pen. 2003, 1-2, 449*, richiama, a sua volta, i seguenti studiosi: **G. Santalucia**, *Persona offesa e attività di investigazione*, in *Giust. pen.*, 2001, III, p. 449 ss.; **A.A. Arru**, *L'attività investigativa difensiva preventiva*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di **L. Filippi**, Padova, 2001, p. 319 ss.. Prima della **l. n. 397/2000**, **G. Biscardi**, *Investigazioni difensive tra attualità e prospettive future*, in *Diritto penale e processo*, 1998, p. 1435.

69**Silvia Sandano** che, nell'opera "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*", edita su *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, 449, richiama, a sua volta, il susseguente autore: **G. Ruggiero**, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Diritto penale e processo*, n. 8/2002, p. 931.

temporale disponibile alla difesa per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito"[70].

E' evidente inoltre che conferire un potere di questo livello anche alla parte offesa confermerebbe la crescente valorizzazione del ruolo attribuito dal nostro ordinamento giuridico alla vittima del reato alla quale, come suesposto, "*da un lato, sono stati riconosciuti innovativi poteri di impulso processuale (si pensi, soprattutto, all'innovativo istituto del ricorso immediato al giudice), dall'altro sono stati attribuiti importanti poteri di interlocuzione ai fini dell'applicazione delle disposizioni relative alla possibile definizione alternativa del procedimento penale, attraverso l'attivazione di 'meccanismi' di tipo risarcitorio o riparatorio: si vuol fare riferimento agli istituti della esclusione della punibilità nei casi di particolare tenuità del fatto (art. 34 d.lg. n. 274/2000) e della estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (art. 35 d.lg. n. 274/2000)*"[71] i quali, complessivamente considerati, rappresentano il logico corollario del potenziamento di questa parte privata nel sistema processuale nei termini espressi dalla Corte di Cassazione di un soggetto deputato ad un' "*attività di controllo, connessa all'obbligatorietà dell'azione penale, con la quale si mira a conseguire risultati di correttezza e linearità nello svolgimento delle indagini e nelle determinazioni consequenziali al loro epilogo*"[72] e, in quello espresso dal Giudice delle

---

70**Silvia Sandano**, "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*", *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, 449.

71**Ercole Aprile**, "*Nuove prospettive nel processo penale dopo l'entrata in vigore della L. N. 397 del 2000 sulle indagini difensive*", *Dir. famiglia*, 2002, 02, 611.

72**Cass. pen., sez. III, 9/06/96, fonti: Giust. pen. 1998, III, 651**.

leggi, nell'accezione di un "*costante coinvolgimento della persona offesa nel procedimento*"[73] (almeno per il ruolo che siffatta parte riveste nel "*processo davanti al giudice di pace*"[74]).

Trapela dunque dal Codice *Vassalli* una figura procedimentale antitetica a quella contemplata dal previgente Codice *Rocco* ove, come è notorio, era "*riservato alle parti private, ed in specie la persona offesa («un postulante senza diritti», secondo Cordero), un ruolo marginale di meri sollecitatori delle iniziative dell'autorità pubblica*"[75].

Per di più, l'art. **2, co. III, delle regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive**, nel limitarsi a stabilire che "*la previsione del comma 2* (ovvero quella, che, come suesposto, specifica come debba essere redatto l'incarico defensionale nel caso di investigazioni preventive, ndr.) *non si applica al mandato rilasciato dalla persona offesa del reato*" chiarisce semplicemente che, per questo peculiare caso, la nomina può avvenire senza particolari vincoli formali ma non significa che sia impedito alla parte offesa, per mezzo del suo legale, di investigare in via preventiva.

Peraltro, ad ennesima conferma di questa tesi giuridica, soccorrono considerazioni di ordine giuridico sovra-nazionale visto la sempre più crescente importanza che viene conferita alla vittima del reato pure in sede comunitaria.

Ad esempio, a livello normativo, in materia di c.d. *soft law*, vi sono gli articoli **2** e **3** della **decisione quadro del Consiglio del 15 marzo del 2001** relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (**2001/220/GAI**) i quali,

---

73**Corte Cost., 6/02/07, n. 28**.

74*Ibidem*.

75**Ercole Aprile**, "*Nuove prospettive nel processo penale dopo l'entrata in vigore della L. N. 397 del 2000 sulle indagini difensive*", *Dir. famiglia*, 2002, 02, 611.

impongono rispettivamente che ciascun Stato membro, da un lato, preveda "*nel proprio sistema giudiziario un ruolo effettivo e appropriato delle vittime*" al fine di riconoscere "*i diritti e gli interessi giuridicamente protetti con particolare riferimento al procedimento penale*" e, dall'altro lato, garantisca la "*possibilità per la vittima di essere sentita durante il procedimento e di fornire elementi di prova*".

Nella stessa direzione teleologica, si colloca il **Trattato di Lisbona** che, nell'individuare le norme giuridiche che possono "*facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie* (…) *nelle materie penali aventi dimensione transnazionale'*"[76], include pure quelle inerenti i *"diritti delle vittime della criminalità*"[77].

Anche sul versante della giurisprudenza comunitaria, seppur con un indirizzo non ancora uniforme, è stato affermato che l'art. **6** della **Convenzione Europea dei Diritto dell'Uomo** deve essere applicato pure ai "*ai procedimenti che riguardano contestualmente la fondatezza dell'accusa penale e l'aspetto civile del caso*"[78] sicchè i giudici comunitari hanno ritenuto necessario che vengano salvaguardati "*i diritti delle vittime e il ruolo che spetta loro nel contesto del procedimento penale*"[79].

76**Art. 69 A, par. 2-I, Trattato di Lisbona.**

77**Art. 69 A, par. 2-II, Trattato di Lisbona.**

78**Corte Europea dei Diritti dell'Uomo** (in seguito indicato con il termine **Corte EDU**), **sez. Grande Chambre, 12/02/04, n. 47287**.

79*Ibidem*. *Contra* **Corte EDU, 20/03/09, fonti: Cass. pen. 2009, 7-8, 3217**: "*la vittima di un reato non gode di un diritto al processo penale (cfr. Helmers c. Svezia, 29 ottobre 1991, § 29): non garantisce il diritto della parte offesa a vedere punito il responsabile di un reato, neppure sotto il profilo della mancata tutela del diritto costituente il bene giuridico protetto dalla norma penale (cfr. Calvelli e Ciglio c. Italia, in questa rivista, 2002, p. 3249, in materia di prescrizione in un procedimento per omicidio colposo derivante da colpa medica); non garantisce né il diritto alla "vendetta privata", né la proponibilità di azioni popolari (Karaosmanoglu c. Belgio, 20 gennaio 2005, dec.)*".

A tale proposito, sempre in questa sede, è stato rilevato che se è vero che gli "*imperativi inerenti alla nozione di processo equo non sono necessariamente i medesimi nelle controversie relative a diritti e obblighi di carattere civile e nei casi relativi ad accuse penali*"[80], è altrettanto vero che il "*requisito della parità delle armi, inteso come giusto equilibrio tra le parti, vale, in via di principio, sia per il processo civile che per il processo penale*"[81] nel senso che è doveroso "*offrire a ciascuna parte una ragionevole opportunità di presentare la propria causa prove incluse in condizioni che non la pongano in posizione di netto svantaggio rispetto all'avversario'*[82].

Dunque, alla stregua di tale approdo ermeneutico, ne discende che la ipotetica parte offesa (sempreché si costituisca parte civile) al pari del potenziale indagato (laddove costui divenga imputato) deve essere messo in condizione di acquisire tutte le prove o meglio le fonti di prova qualora si vengano a formare prima che inizi un eventuale procedimento e ciò al fine di potere adeguatamente tutelare i propri interessi civilistici in sede penale.

Infine, "*con riferimento al difensore delle altre parti private, infine deve ammettersi l'attitudine all'indagine anche prima dell'esercizio dell'azione penale e dell'effettiva assunzione della qualità di parte processuale, trattandosi di attività finalizzata a reperire elementi utili onde valutare, in primis, l'opportunità di una successiva costituzione e, sciolta positivamente tale opzione, la strategia da adottare per potere efficacemente esercitare il diritto*

80**Corte EDU, 27/10/93, n. 274**.

81*Ibidem*.

82*Ibidem*.

alla prova e alla controprova del processo"[83] così analoghe considerazioni militano per quanto concerne il difensore "*sia del danneggiato - che non sia anche parte offesa – dal reato, sia degli altri soggetto successivi di assumere la veste di responsabile civile o di civilmente obbligato alla pena pecuniaria a processo instaurato*"[84].

Da ultimo, in virtù del richiamo all'art. **327-*bis*, c.p.p.**, compiuto *tout court* dall'art. **391 *nonies*, co. I, c.p.p.** (e dunque, anche in riferimento al terzo comma di questa norma giuridica), il diritto di svolgere indagini preventive deve intendersi esteso anche "*ai sostituti, ai consulenti tecnici ed agli investigatori privati*"[85] che, per quanto concerne i primi, deve ritenersi riconoscibile pure alla luce del combinato disposto *ex* artt. **101 – 102 c.p.p.**[86] .

83**Elisa Lorenzetto**, "*Dal difensore inquirente al difensore istruttore, Genesi, evoluzioni e involuzioni del diritto di difendersi indagando*", pag. 78, dottorato di ricerca, tratto da: http://www.opensT.A.R.ts.units.it/dspace/bitstream/10077/2636/4/tesi%20lorenzetto.pdf,.

84**Elisa Lorenzetto**, "*Dal difensore inquirente al difensore istruttore, Genesi, evoluzioni e involuzioni del diritto di difendersi indagando*", pag. 78, dottorato di ricerca, tratto da: http://www.opensT.A.R.ts.units.it/dspace/bitstream/10077/2636/4/tesi%20lorenzetto.pdf che, a sua volta, richiama, tra i fautori di questa teoria, **Ventura**, *Le indagine difensive*, Torino 2005, pagg. 26 e 28; invece, tra i contrari, **Gualtieri**, *Le investigazioni del difensore*, Padova, 2002, pag. 83. Una via mediana è intrapresa da **Ercole Aprile** che, nell'opera "*Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale*", edita su *Cass. pen.*, 2003, 05, 1722, sostiene all'opposto che deve essere "*posto in rilievo come la genericità della disposizione dettata dall'art. 327-bis comma 1 c.p.p. (« il difensore ha facoltà di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito ») consente di affermare che il difensore che intende compiere atti di investigazione può essere tanto il patrocinatore del soggetto sottoposto ad indagini o dell'imputato, quanto quello della persona offesa o delle associazioni e degli enti esponenziali; al contrario, è da escludere che tali facoltà possano essere esercitate dal difensore del mero danneggiato prima che lo stesso si sia costituito parte civile*".

85**Silvia Sandano**, "*La nuova disciplina sull'indagine difensiva. L'esperienza inglese*", *Riv. It. dir. e proc. pen.* 2003, 1-2, 449.

86L'art. **101, co. I, c.p.p.**, difatti, stabilisce che la "*persona offesa del reato, per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti, può nominare un difensore*" così come l'art. **102, co. I, c.p.p.**, dal canto suo, statuisce, in egual misura, che il "*sostituto esercita i diritti e assume i doveri del difensore*".

In conclusione, non vi sono particolari profili di criticità affinchè l' attività investigativa preventiva possa essere svolta altresì dalle altre parti private anche se, per dovere di chiarezza normativa, sarebbe opportuno inserire un apposito comma all'art. **391 *nonies* c.p.p.** che preveda espressamente tale ipotesi giuridica.

Ricapitolando infine quanto espresso in precedenza, l'istituto qui esaminato è sicuramente di notevole importanza siccome mette in condizione la parte di poter articolare la propria difesa nella maniera più compiuta possibile proprio perchè ha la possibilità di investigare ancor prima che si instauri un procedimento penale; quindi, la ricostruzione ermeneutica illustrata in questo articolo è sicuramente condivisibile sicchè la più idonea a garantirne una sua completa applicazione.