

$$\frac{A_{I2}}{I_{4I}}$$

Il volume è pubblicato nell'ambito della ricerca nazionale PRIN 2005 in tema di *Protezione di dati personali e processo penale*, coordinata dal prof. Renzo Orlandi (al quale è subentrato il prof. Paolo Tonini) e condotta dalle unità dislocate nelle Università di Ferrara, Firenze, Roma "La Sapienza" e Trieste. L'opera raccoglie i risultati provvisori del primo anno di lavoro svolto dall'unità di ricerca locale presso l'Università degli Studi di Ferrara, sull'argomento: *Protezione dei dati personali e accertamento penale: verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*

Marina Paola Addis / Silvia Allegranza
Stefania Carnevale / Stefano Fratucello
Luca Morassutto / Francesco Bartolo Morelli

Protezione dei dati personali e accertamento penale

*Verso la creazione
di un nuovo diritto fondamentale?*

*a cura di
Daniele Negri*



Copyright © MMVII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-1070-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2007

Gli autori del volume:

- Marina Paola Addis* Dottoranda di ricerca in Diritto e processo penale –
Università di Bologna
- Silvia Allegrezza* Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale –
Università di Ferrara
- Stefania Carnevale* Ricercatore di Diritto processuale penale –
Università di Ferrara
- Stefano Fratucello* Dottore di ricerca in Diritto processuale penale –
Università di Ferrara
- Luca Morassutto* Dottore in Giurisprudenza – Università di Ferrara
- Francesco Bartolo
Morelli* Dottorando di ricerca in Comparazione e sistema
penale comunitario – Università di Ferrara
- Daniele Negri* Professore associato di Diritto processuale penale –
Università di Ferrara

INTRODUZIONE

di *Daniele Negri*

Potrà sembrare insolita e forse poco opportuna la scelta di pubblicare i risultati soltanto parziali di una ricerca ancora in corso, specie nel campo degli studi giuridici; abituati come siamo al lavoro solitario, i cui frutti cadono maturi dall'albero, spesso dimentichiamo quale contributo possa venire dall'esporre per tempo al vaglio della comunità scientifica i metodi adottati e le soluzioni provvisoriamente raggiunte. Due motivi ulteriori militano a favore di quest'uscita anticipata, in parte dovuti all'indubbio carattere sperimentale del nostro tema d'indagine, in parte legati al programma della ricerca nazionale, che affida all'unità ferrarese un compito preliminare rispetto a quello degli altri gruppi coinvolti. Difatti, verificare se il diritto alla protezione dei dati personali sia ascrivibile al novero di quelle libertà fondamentali capaci di imporre vincoli stretti all'accertamento penale, è incarico rischioso ma urgente per il processualista: si invadono discipline altrui, con il dubbio di non saperne maneggiare bene gli strumenti, a ciò costretti dalla carenza di studi specifici che misurino a fondo le ripercussioni sul processo penale derivanti dall'affermarsi, nell'ordinamento, di un diritto individuale al controllo dei propri dati.

La materia pretende in verità confini più nitidi di quanto non si sia disposti solitamente a concederle. C'è il tema pressoché quotidiano

del processo penale come fonte di informazioni divulgabili al pubblico; sono periodicamente ridiscussi i limiti legali da porre ai mezzi di intrusione, a fini probatori, nella sfera di riservatezza domestica o comunicativa dei singoli; ma ancora sfuggono, almeno alla legislazione processuale italiana, gli schemi adatti a regolare un fenomeno più insidioso, esaltato dalle potenzialità combinatorie della moderna tecnologia informatica: il procedimento penale in grado di funzionare, dalle prime indagini alla sentenza definitiva, quale meccanismo trasformatore di dati personali raccolti all'esterno, nell'ambito delle molteplici attività amministrative o di relazione sociale, quasi tutte ormai registrate da memorie elettroniche.

Quest'ultimo aspetto si è messo appunto al centro della riflessione, nella consapevolezza della primogenitura vantata al riguardo dalle fonti sopranazionali e della sensibilità maturata dalla giurisprudenza europea sui diritti dell'uomo; della elaborazione dogmatica e delle soluzioni normative sviluppatesi in area tedesca circa la tutela dell'autodeterminazione informativa; della sempre maggiore attenzione riservata al problema dalla nostra Autorità garante per la protezione dei dati personali, sia pure con evidenti difficoltà a indovinare la chiave d'accesso ad un ambiente giudiziario comprensibilmente geloso delle proprie conquiste. Che ne sarebbe infatti dell'accertamento penale, se dovesse rinunciare al flusso indiscriminato di notizie sulla persona reperibili negli archivi più disparati? Non sono già troppi i vincoli stabiliti a protezione delle libertà fondamentali dell'individuo, per aggiungerne di nuovi a salvaguardia di una situazione soggettiva di incerto spessore, qual è il diritto di ciascuno a mantenere il controllo sui dati personali?

Chi pensasse di trovare risposte nel *corpus* normativo conosciuto sotto il nome di "codice della *privacy*" (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), scoprirebbe presto che, con l'eccezione dei tabulati telefonici e telematici, esso dedica al trattamento dei dati nel processo penale clausole

piuttosto generiche, di sostanziale deroga alla propria disciplina in favore delle superiori «ragioni di giustizia». La crescente considerazione per le prerogative del singolo, d'altronde, deve oggi fare i conti con l'allarme sociale determinato dall'espandersi della criminalità internazionale, talché ogni discorso sull'incremento di garanzie individuali si tiene in un clima difficile, più disponibile a incoraggiare soluzioni di segno opposto.

Quand'anche tuttavia si negasse rilievo costituzionale al diritto di autodeterminazione informativa, inteso come possibilità per il cittadino di prevedere le molteplici destinazioni dei propri dati, bisognerebbe pur sempre riconoscere fondamento politico e razionale all'esigenza di porre limiti all'uso probatorio del profilo individuale ricostruito mediante la gestione di archivi elettronici, dove siano rintracciabili – poniamo – mete di viaggio, gusti ed abitudini, inclinazioni politiche e sessuali, condizioni di salute, impronte digitali e genetiche, segnalazioni di pubblica sicurezza o precedenti penali. Se ogni attività umana lascia segni privi di originaria destinazione a provare, ma suscettibili di acquisizione processuale in un momento successivo, nondimeno l'usura del tempo ha da sempre rappresentato un fattore indiretto di libertà capace di proteggere le condotte di vita da forme assolute di controllo pubblico a scopo preventivo o repressivo, tipiche dello Stato di polizia. Istituti giuridici come la prescrizione del reato e della pena o l'impegno ad assicurare la ragionevole durata del processo, d'altra parte, tendono ad evitare che la vicenda penale domini l'esistenza dell'individuo sino ad impedirgli il suo progetto di futuro, assecondando la stessa logica del tempo storico.

Vero è che, una volta fissati i limiti cronologici della prescrizione, la legge processuale si preoccupa poi di favorire l'accertamento penale, assicurando la conservazione degli elementi di prova per natura mutevoli: basti pensare alla *ratio* dell'incidente probatorio e alle ipotesi di lettura in caso di irripetibilità sopravvenuta dell'atto, oppure

anche, in qualche misura, all'autorizzazione del testimone a consultare documenti in aiuto della memoria. Con la circolazione incontrollata delle informazioni raccolte nelle banche dati siamo tuttavia di fronte ad un fenomeno assai diverso, perché totalizzante; ad esempio, l'essere esposti come individui a riprese visive mediante telecamere equivale a sostare, nelle azioni di ogni giorno, davanti ad un ricognitore potenzialmente perenne; il discorso vale a maggior ragione se l'accesso a certi luoghi è subordinato alla schedatura elettronica delle impronte digitali; e allo stesso modo, i sistemi automatici di pagamento lasciano tracce durevoli. Viene meno, allora, il carattere frammentario riscontrabile in concreto nell'attività di repressione dei reati, rispetto all'intero spazio vitale; di qui l'esigenza, premessa di maggiore libertà nelle relazioni sociali dominate dalla tecnica, di sostituire la caducità naturale dei segni quotidiani con adeguati limiti giuridici.

Si fa strada l'opportunità di imporre quantomeno termini massimi all'efficacia probatoria latente dei dati personali conservati presso archivi elettronici, termini commisurati alla gravità del reato e alla natura più o meno intima dell'informazione; il divieto d'uso processuale, nel caso di acquisizione tardiva, costituirebbe l'*extrema ratio* dopo che non abbiano funzionato le specifiche cautele settoriali intorno al trattamento dei dati e, in particolare, quando non sia prevista o non sia stata effettuata la cancellazione degli stessi entro un determinato periodo di tempo. A voler trarre una prima conclusione, si può dire che quella del diritto all'oblio rappresenta forse l'ottica da privilegiare, nel tentativo di individuare soluzioni processuali a garanzia dell'*habeas data*. Di qui muoverà – ragionevolmente – il prosieguo della nostra ricerca.

AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA E PROCESSO PENALE: LE COORDINATE COSTITUZIONALI

di *Stefania Carnevale*

SOMMARIO: 1. Il procedimento penale come «trattamento» di «dati personali». – 2. La ricerca di un fondamento costituzionale per il diritto all'autodeterminazione informativa. Il richiamo all'art. 2 Cost. come «clausola aperta». – 3. La lettura "in negativo" dell'art. 21 Cost. – 4. Il ricorso alle disposizioni sulla libertà personale, di domicilio e di corrispondenza.

1. *Il procedimento penale come «trattamento» di «dati personali».*

La normativa sul trattamento dei dati personali, dapprima con la l. 31 dicembre 1996, n. 575 e poi con il più articolato d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, consegna all'interprete nuove categorie semantiche e concettuali che impongono di rileggere, alla loro luce, l'intera disciplina del procedimento penale. Dal recente statuto della *privacy*, difatti, affiora una serie di situazioni soggettive, meritevoli di tutela ma potenzialmente contrastanti con le esigenze di accertamento dei reati, di cui l'ordinamento processuale trascura di tener conto.

La necessità di sondare le interrelazioni tra le due fonti sorge in particolare dalla natura «fondamentale» che il testo unico del 2003 assegna, in apertura, al diritto alla protezione dei dati personali, consacrandone l'autonomia rispetto a quelli alla riservatezza e all'identità personale (artt. 1 e 2 d.lgs. n. 196 del 2003)¹. Il perimetro della nuova area di tutela emerge in tutta la sua ampiezza dalle precisazioni successive, ai sensi delle quali il «dato personale» si identifica con ogni *informazione* relativa a persona fisica o giuridica, ente od associazione, individuata o individuabile, anche in via indiretta; mentre il «trattamento» consiste in ogni *operazione* o insieme di operazioni che comporti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati (art. 4).

Si tratta di definizioni capaci di attrarre nella propria orbita una gamma estremamente ricca di situazioni. La latitudine dei lemmi risulta poi ancora più estesa per effetto delle ulteriori puntualizzazioni del codice del 2003, che specifica come il «dato» da proteggere non sia necessariamente quello registrato in un archivio informatico e il «trattamento» possa essere effettuato anche senza l'ausilio di strumenti elettronici². Il nuovo diritto, che il legislatore espressamente ascrive tra quelli di rango fondamentale, aspira così ad abbracciare qualunque tipologia di informazioni relative a persone e tutti i possibili modi di trattarle. Salvo poi subire, nell'articolata disciplina che si dipana da quelle dichiarazioni d'apertura, delle compressioni anche piuttosto consistenti, allorquando la sua tutela si scontri con altre esigenze pri-

¹ D'ora innanzi, gli articoli privi di ulteriori indicazioni si intendono riferiti al d.lgs. n. 196 del 2003.

² Il trattamento automatizzato di dati è invece oggetto di specifica attenzione da parte delle fonti europee. V. in proposito il contributo di S. ALLEGREZZA.

marie, tra le quali campeggiano quelle di giustizia (artt. 46 s.) e di polizia (artt. 53 s.).

Applicando alla disciplina processuale le definizioni coniate dal legislatore del 2003, risulta allora evidente come l'accertamento penale, per sua natura alimentato dalla «raccolta», dalla «selezione», dall'«interconnessione» e dal «raffronto» di informazioni relative a persone identificate o identificabili, sia da considerare un ingranaggio tutto volto al trattamento di dati personali. Del resto, proprio dei modi di reperire informazioni, quasi sempre aventi carattere «personale», si occupa buona parte del codice di procedura, specie nelle parti – cruciali – in cui vengono regolamentati l'espletamento delle indagini e l'acquisizione delle prove. Le notizie possono essere acquisite fruendo di tutti i canali che la disciplina processuale consente di percorrere: escussione di testimoni, acquisizione di documenti, sequestro di beni, espletamento di indagini tecniche di varia natura su luoghi, persone e cose.

Non stupisce pertanto che l'analisi dei rapporti tra accertamento penale ed esigenze di riservatezza sia stata sinora prevalentemente affrontata guardando il processo come *oggetto* di informazione, ossia come evento suscettibile di attrarre la costante attenzione dei media³. Ben diversa è la prospettiva del processo quale *recettore* di informazioni⁴, nel quale questo studio intende porsi. È comprensibile che, in tale ottica, l'ordinamento processuale si disinteressi pressoché completamente delle esigenze di riserbo, incapaci di assurgere a limite generale per l'accertamento dei fatti⁵: l'indagine penalistica, osservata da

³ Su questo tema si rinvia alla fondamentale opera di G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, 2^a ed., Milano, 1989 e, più di recente, AA.VV., *Processo penale e informazione*, pubblicazione a cura dell'Università di Macerata, 2001.

⁴ La distinzione tra processo penale come recettore di informazioni e come oggetto di informazione è messa in luce da R. ORLANDI, *Il processo nell'era di internet*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 140.

⁵ Cfr. S. FIORE, *Riservatezza (diritto alla) – IV) dir.pen.*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1998, p. 17; M. PISANI, *La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*, in *Riv. it. dir.*

questo angolo visuale, si configura come una continua violazione del diritto alla riservatezza. L'evento criminoso, da cui sorge l'obbligo di accertamento delle responsabilità, fa scivolare in secondo piano l'esigenza soggettiva di impedire intrusioni nella vita privata, così come quella di non veder compromessi l'immagine e l'onorabilità, o fraintesa la personalità: tutte queste pretese finiscono per soccombere di fronte al soverchiante interesse alla repressione dei reati e alla punizione dei colpevoli. Basti pensare a come nel processo penale valga in via generale il dovere di rendere dichiarazioni, di mostrare documenti, di consegnare il materiale utile alla ricostruzione dei fatti, con il solo limite della pertinenza rispetto al tema da accertare.

È vero che anche la disciplina processuale non si esime dal considerare, in taluni casi, esigenze riconducibili al rispetto della privacy e dell'intimità, elevate ad argine per l'acquisizione indiscriminata di conoscenze: basti richiamare, a titolo esemplificativo, le limitazioni previste per l'introduzione nel domicilio (art. 251 c.p.p.), le precauzioni esigibili in occasione delle ispezioni personali (art. 245 c.p.p.), le cautele con cui gli inquirenti debbono maneggiare plichi chiusi e missive (artt. 254 e 353 c.p.p.), i rigorosi accorgimenti dettati per l'intercettazione di comunicazioni e conversazioni (artt. 266-271 c.p.p.), ma anche alcune delle ipotesi in cui al testimone è concesso di astenersi dal deporre (artt. 199 e 200 c.p.p.), o in cui è possibile opporsi ad una richiesta di esibizione di determinati documenti (art. 256 c.p.p.). Tuttavia, i valori sottesi alle ipotesi richiamate, pur in vario modo collegati al generico concetto di riservatezza, trovano origine in più precisi ambiti di rilievo costituzionale, quali la tutela del domicilio (art. 14 Cost.) e della corrispondenza (art. 15 Cost.), il libero esercizio della difesa (art. 24 Cost.), la protezione della salute (art. 32 Cost.) e

proc. pen., 1967, p. 785 s. Per una più recente panoramica dei diversi contesti in cui entrano in gioco i rapporti tra diritto alla riservatezza e disciplina processuale penale, v. M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003.

della dignità (art. 3 Cost.), la salvaguardia dei rapporti familiari (art. 29 Cost.) e della libertà di culto (art. 19 Cost.).

Ebbene, se al catalogo dei diritti fondamentali antagonisti all'accertamento penale dovesse aggiungersi quello alla protezione dei dati personali, inteso nell'ampia accezione accolta dal testo unico del 2003, potrebbero prodursi sull'ordinamento processuale effetti dirompenti. La disciplina del processo, difatti, omette del tutto di bilanciare tale diritto, di più recente riconoscimento rispetto all'entrata in vigore del codice di procedura, con l'interesse pubblico alla repressione dei reati.

Più che un diritto unitario, invero, lo statuto della *privacy* si premura di tutelare un fascio di situazioni soggettive, da cui si estrapola l'efficace concetto di «autodeterminazione informativa», traducibile nel bisogno di riaffermare la potestà del singolo sui dati a lui riferibili. L'espressione allude in particolare alla possibilità per l'individuo di controllare la circolazione delle informazioni che lo riguardano, seguendone i percorsi, verificandone gli usi, esigendone l'aggiornamento, la rettifica, la cancellazione. Il nuovo interesse meritevole di protezione si discosta così dal nucleo primigenio del diritto alla "privatezza", ossia l'esigenza, di segno negativo, di esclusione degli altri da certi ambiti e da certe conoscenze, per connotarsi piuttosto di valenze positive⁶: il baricentro della tutela si sposta dal bisogno di solitudine e discrezione alla necessità di esercitare un «controllo sui detentori delle informazioni, in una prospettiva caratterizzata da redistribuzione di potere sociale»⁷. Detto altrimenti, oggetto dell'attenzione legislativa non è più tanto l'aspirazione dell'individuo ad impedire la conoscenza di dati che lo riguardino, quanto di rendere

⁶ V. per tutti S. RODOTÀ, *La "privacy" tra individuo e collettività*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 545 s.

⁷ Così ancora S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 590. L'Autore si esprime anche in termini di «recupero della "sovranità su di sé"».

accessibile e trasparente il loro percorso, una volta che essi siano, per le più varie ragioni, sfuggiti alla sua esclusiva disponibilità.

In verità, allo stesso concetto di autodeterminazione informativa vengono talora assegnate sfumature di segno diverso: oltre ai profili appena evidenziati, riaffiorano tra i suoi contenuti le tradizionali istanze tese ad impedire il reperimento e la diffusione d'informazioni di carattere personale⁸. Ma poiché in questa parte i confini del diritto al controllo sul dato s'intersecano e si sovrappongono a quelli della riservatezza, nell'analisi che segue l'attenzione si appunterà prevalentemente sugli aspetti peculiari e distintivi della nuova nozione, quali il diritto di accedere alle raccolte dei dati, di verificarne le origini e gli scopi, di conoscere le modalità di trattamento, cessione e conservazione del materiale archiviato (artt. 7-17 del testo unico).

Sebbene il codice di procedura penale non mostri sensibilità verso simili pretese, della conciliazione tra di esse e le contrapposte esigenze dell'attività giudiziale si fa carico il d.lgs. n. 196 del 2003, che risolve il conflitto a tutto vantaggio del pubblico interesse all'accertamento degli illeciti penali: come accennato, quasi tutti i poteri riconosciuti alla persona cui il dato si riferisce arretrano sin quasi a svanire di fronte all'emergere di «ragioni di giustizia», o al cospetto dei compiti di «prevenzione, accertamento e repressione dei reati» (artt. 8 comma2 lett. *g* e *h*, 47, 53, 160 comma2 e 6)⁹. E tuttavia, se al diritto all'autodeterminazione informativa – come lascia intendere il codice della *privacy* – viene riconosciuto rango fondamentale¹⁰, si rende ne-

⁸ Mettono in luce il duplice aspetto del diritto all'autodeterminazione informativa, V. FROSINI, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in *Privacy e banche dei dati*, a cura di N. Matteucci, Bologna, 1981, p. 41; A. PACE, *Art. 21. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, a cura di G. Branca - A. Pizzorusso, Bologna, 2006, p. 159.

⁹ Cfr. il contributo di S. FRATUCELLO.

¹⁰ Critico sullo slittamento della tutela dalla persona umana al dato, è G.M. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania - P. Ridola, vol. II, Torino, 2006, p. 631.

cessario vagliare la compatibilità degli equilibri sommariamente disegnati dal legislatore del 2003 con i precetti costituzionali che si assumono coinvolti; e soprattutto sondare se l'ascendenza sovraordinata del diritto in parola non imponga dei ritocchi alla normativa processuale, semmai preceduti dal ricorso, già in via interpretativa, alla categoria delle prove incostituzionali.

Per rispondere a tali interrogativi occorre soffermarsi sulle disposizioni della Carta fondamentale usualmente richiamate per giustificare la caratura primaria dei diritti riconducibili al variegato concetto di *privacy*, con particolare riguardo a quello di autodeterminazione informativa: la natura e l'intensità delle conseguenze suscettibili di prodursi sulla disciplina del processo penale, difatti, varierebbero sensibilmente a seconda della matrice di volta in volta individuata.

2. *La ricerca di un fondamento costituzionale per il diritto all'autodeterminazione informativa. Il richiamo all'art. 2 Cost. come «clausola aperta».*

La ricerca di un supporto costituzionale per il catalogo di situazioni soggettive che gravitano intorno al concetto di *privacy* impegna la dottrina civilistica e costituzionalistica da oltre mezzo secolo, con esiti non sempre collimanti. La propensione ad ascrivere le nuove pretese alle fila delle primarie esigenze dell'individuo si è manifestata principalmente tra gli studiosi del diritto civile, intenzionati ad assicurare una tutela rafforzata ai nuovi diritti affacciatisi all'attenzione legislativa¹¹; più cauto, di regola, l'atteggiamento tenuto dai costituzionalisti,

¹¹ Soprattutto dai primi anni settanta, con gli studi di A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972; R. PARDOLESI, *Riservatezza: problemi e prospettive*, in *La responsabilità civile*, a cura di M. Spinelli, Bari, 1972, p. 310 s.; T. A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978.

che tendono a porre un freno a questa sorta di spinta dal basso, dalle fonti ordinarie verso quelle di rango superiore, di cui sono chiaro segnale le ricordate dichiarazioni d'esordio del codice del 2003.

Il tentativo di sussumere i bisogni emergenti nei precetti della legge fondamentale incorre in una prima, significativa difficoltà proprio a causa degli incerti confini della nozione di *privacy*. L'espressione, com'è noto, non individua un bene giuridico dai tratti determinati, ma rimanda piuttosto ad un proteiforme agglomerato di esigenze, che è andato negli anni infoltendosi¹²: vi si riconducono i concetti di riservatezza, identità personale, immagine, decoro, reputazione, tranquillità individuale, protezione dei dati¹³. L'aver riportato questo coacervo di situazioni differenti sotto un minimo comune denominatore ha indotto, per ognuno dei nuovi diritti bisognosi di tutela, a replicare gli stessi percorsi interpretativi e ad individuare le medesime radici costituzionali, portando a ricostruzioni non del tutto convincenti¹⁴.

D'altro canto, anche a voler limitare l'orizzonte dell'indagine al solo diritto all'autodeterminazione informativa, ci si scontra con un ulteriore inconveniente, dovuto alla smisurata ampiezza della nozione di «dato personale»¹⁵: sono suscettibili di rientrarvi gli elementi più disparati, come le generalità, l'attività professionale, lo status familiare, le informazioni sui redditi e sulla salute, le caratteristiche fisiche, la mappa genetica, i dati identificativi di comunicazioni telefoniche ed il loro contenuto, le notizie sulle operazioni bancarie, sugli spostamenti nello spazio e via proseguendo verso un elenco di conoscenze poten-

¹² A. CERRI, *Riservatezza (diritto alla) – III) dir. cost.*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1995, p. 3 s.

¹³ Cfr. A. PACE, *op. cit.*, p. 145 s.

¹⁴ V. ad es. A. SCALISI, *Il diritto alla riservatezza*, Milano, 2002, p. 10 s., 38 s. Dubita che lo schema tradizionale del diritto alla riservatezza possa essere utilizzato per regolare i rapporti tra l'individuo e le banche dati, G. GIACOBBE, *La responsabilità civile per la gestione di banche dati*, in *Le banche dati in Italia*, a cura di V. Zeno-Zencovich, Napoli, 1985, p. 70 s.

¹⁵ Cfr. S. SIMITIS, *Il contesto giuridico e politico della tutela della privacy*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 576.

zialmente illimitato. Simile latitudine semantica, come si cercherà di dimostrare, può rivelarsi un ostacolo all'individuazione di precisi parametri costituzionali in cui incasellare l'esigenza di protezione del dato.

A ciò si aggiunga l'esplicita attenzione dedicata dalla Carta fondamentale ad alcuni interessi palesemente antagonisti ai diritti di *privacy*, come quello a diffondere notizie tramite la stampa¹⁶, o quelli di accertamento giurisdizionale dei reati. Tutti elementi che concorrono a rendere difficoltoso il reperimento di una solida giustificazione costituzionale per le asserzioni che aprono il testo unico del 2003.

Ogni ragionamento sul tema, in ogni caso, deve fare i conti con l'annosa diatriba circa la natura «aperta» o «chiusa» del novero di quei «diritti inviolabili dell'uomo» che, ai sensi dell'art. 2 Cost., la Repubblica riconosce e garantisce. Come noto, si fronteggiano a riguardo due correnti di pensiero, assestate su posizioni differenti. Chi muove dalla premessa che la clausola possa abbracciare anche diritti non espressamente tutelati da altre norme costituzionali¹⁷ – essendo anzi sua funzione precipua assicurare alla legge fondamentale un dinamismo capace di renderla adattabile all'evolversi dei tempi – non esita a far confluire nel suo alveo tutte le proiezioni del concetto di *privacy*¹⁸: la riservatezza, l'immagine, l'identità personale e, da ultimo, l'autodeterminazione informativa¹⁹. A rafforzare l'assunto viene invocato anche il disposto dell'art. 3 comma 2 Cost., giacché l'impegno a

¹⁶ A. PACE, *op. cit.*, p. 136.

¹⁷ Su questa posizione, v. in particolare A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, p. 80 s. Cfr. anche D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, 1983, p. 371; G. BUSIA, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., I, 2000, p. 481.

¹⁸ Per una visione d'insieme sulle posizioni della dottrina civilistica sul punto, v. F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984.

¹⁹ Per la qualifica anche del diritto all'autodeterminazione informativa come diritto fondamentale, riconducibile all'art. 2 Cost., v. in particolare S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza*, cit., p. 588.

garantire il «pieno sviluppo della persona umana» presupporrebbe le capacità espansive della Costituzione, in grado di aprirsi ed offrire tutela ai diritti via via avvertiti come insopprimibili dal sentire sociale.

Ma è proprio l'indeterminatezza delle fonti da cui desumere la natura inviolabile dei nuovi bisogni individuali che induce altra corrente di pensiero ad esigere una maggiore aderenza al testo costituzionale, talché i diritti fondamentali potrebbero essere soltanto quelli contemplati dalle disposizioni ivi contenute²⁰. Individuare matrici esterne in grado di arricchirne il catalogo significherebbe infatti cedere a suggestioni giusnaturalistiche²¹, mediante il richiamo alla coscienza sociale, al sentire comune, alla costituzione materiale²², oppure sovvertire la gerarchia delle fonti appoggiandosi a norme sott'ordinate²³. I rischi di questa impostazione emergerebbero con evidenza qualora i nuovi diritti – come accade nel caso che stiamo esaminando – si ponessero in contrasto con quelli espressamente riconosciuti dalla Costituzione ed aspirassero ad incidere su di essi in senso limitativo, così da alterare la scala di priorità individuata dalla legge fondamentale²⁴.

²⁰ P. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, 1972, p. 728 s.; A. PACE, *Diritti «fondamentali» al di là della costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 4 s.; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed., Padova, 2003, p. 20 s.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 54 s.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989. V. altresì A. CATAUDELLA, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p. 32.

²¹ Non può tuttavia negarsi che le concezioni giusnaturalistiche fecero da sfondo alla scelta del termine «riconosce» che compare all'art. 2 Cost. Sul punto, v. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 10.

²² F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 5 s.

²³ Cfr. A. PACE, *Problematica*, cit., p. 24 s. ID., *La limitata incidenza della C.e.d.u. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p. 8 s.; F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 86 s. Per quanto concerne in particolare le convenzioni internazionali cui l'Italia abbia aderito – e nel campo qui in esame viene in rilievo in particolare l'art. 8 Cedu – si evidenzia come queste debbano al più essere utilizzate come supporto ermeneutico, utile per gettare luce sulle disposizioni costituzionali, mentre sarebbe precluso ricavarne direttamente un diritto inviolabile non contemplato dalla legge fondamentale.

²⁴ A. PACE, *Diritti «fondamentali»*, cit., p. 4; ID., *Problematica*, cit., p. 25. V. altresì R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, n. 14, p. 23 s.

Anche i fautori della “clausola chiusa”, beninteso, rifuggono da ogni pretesa di “pietrificazione” dei beni costituzionalmente protetti²⁵ ed insistono piuttosto sulla possibilità di sfruttare l’elasticità delle disposizioni esistenti, sì da valorizzarne appieno le potenzialità espansive²⁶. Vengono pertanto guardate con favore interpretazioni evolutive che diano conto dei nuovi bisogni di tutela, purché si resti ancorati a precisi parametri costituzionali²⁷. Del resto, non è difficile rivestire i “vecchi” diritti di nuovi significati²⁸: basta lasciar spazio a letture capaci di farne affiorare i contenuti impliciti, sfruttando la forza maieutica dell’art. 2 Cost. che, combinato con le norme esistenti, può operare come principio espansivo²⁹.

Con queste precisazioni, la distanza tra le due tesi risulta assai meno profonda di quanto potrebbe a prima vista apparire. Ciò non toglie che l’adozione dell’una o dell’altra impostazione si ripercuota in modo differente sulla questione dei rapporti tra protezione dei dati personali ed accertamento penale.

Accogliendo l’idea dell’autosufficienza dell’art. 2 Cost., anche l’esigenza di controllo sui dati personali potrebbe ottenere, in forza di questa sola norma, copertura costituzionale: militano in tal senso l’attenzione da tempo dedicata al tema dalle convenzioni internazionali³⁰, la crescente sensibilità del legislatore ordinario, le pulsioni della coscienza sociale. La conclusione, tuttavia, non esclude che tale pretesa individuale possa subire compressioni, anche significative, allorché entri in tensione con altri valori di rilievo fondamentale, con

²⁵ A. PACE, *Diritti «fondamentali»*, cit., p. 5; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 138 s.

²⁶ P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 55 s.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, 1989, p. 19.

²⁷ F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 92.

²⁸ Cfr. A. PACE, *Problematica*, cit., p. 25 s.

²⁹ P. BARILE, *Diritti dell’uomo*, cit., p. 56.

³⁰ V. contributo di S. ALLEGREZZA.

cui occorra bilanciarla. A questo proposito, conviene ricordare come la dottrina costituzionalistica individui una serie di condizioni cui il legislatore sarebbe tenuto a sottostare nell'apporre limitazioni a diritti di rango primario³¹: anzitutto l'erosione dovrebbe giustificarsi con l'esigenza di salvaguardare un altro interesse avente natura di «diritto inviolabile» o «dovere inderogabile»³²; l'apposizione del limite sarebbe poi da riservare a leggi generali ed astratte, con esclusione del ricorso a fonti di grado inferiore; il sacrificio dovrebbe infine apparire indispensabile al fine di tutelare il bene antagonista e non potrebbe comunque spingersi sino al punto di annullare il «nucleo essenziale» del diritto soccombente.

Orbene, le esigenze della giustizia penale, tendenzialmente configgenti con quelle di autodeterminazione informativa, sono senz'altro annoverabili tra i doveri costituzionalmente rilevanti, finanche dotati del crisma dell'«inderogabilità» (artt. 112, 25, 27, 111 Cost.). Il legislatore ordinario pare perciò legittimato a far prevalere le prime sulle seconde, nel rispetto delle condizioni appena ricordate. Si può allora immaginare come potrebbe sostenersene la ricorrenza, a difesa dell'attuale assetto normativo: la «necessità del limite» per la salvaguardia del valore contrastante appare facilmente invocabile quando le variabili in gioco sono la sicurezza pubblica, la repressione del crimine, la punizione di chi ha commesso un reato; mentre la sopravvivenza del «nucleo essenziale» del diritto sacrificato potrebbe essere asserita insistendo sulle – per vero scarse – garanzie che il codice del 2003 impone di rispettare anche quando il trattamento dei dati sia effettuato per ragioni di giustizia e lotta alla criminalità. Affermazioni senz'altro opinabili di fronte ad un potere statale di controllo sulle informazioni

³¹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 37 s.; D. MESSINETTI, *Personalità*, cit., p. 377 s.; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, p. 79 s.

³² Con tutte le difficoltà interpretative che tali concetti implicano: v. sul punto, *ex plurimis*, P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit. p. 53 s.; P. GROSSI, *Inviolabilità*, cit., p. 712 s.

personali sempre più pervasivo e penetrante; e che, proprio in forza dell'asserita natura fondamentale del diritto alla protezione dei dati, potrebbero essere assoggettate al vaglio della Corte costituzionale, ponendola in grado di individuare nuovi punti di equilibrio tra le istanze in contesa.

Un procedimento penale potrebbe così offrire l'occasione per lamentare l'eccessiva cedevolezza del diritto alla protezione del dato di fronte alle esigenze di prevenzione e accertamento dei reati. A tal fine, sarebbe forse sufficiente porre in luce come le uniche garanzie superstiti si risolvano in mere direttive, piuttosto generiche, rivolte ai detentori delle informazioni, senza che residui per l'interessato alcun potere d'incidere direttamente sui modi di gestire e conservare i dati che lo riguardano³³. Il "nocciolo duro" del diritto che stiamo considerando, così come risulta dall'intricato sistema di eccezioni predisposto dal testo unico, è da identificare, invero, nelle sole prescrizioni sulla liceità, correttezza, pertinenza, non eccedenza nel trattamento dei dati (art. 11), insieme al divieto di emanare provvedimenti sorretti unicamente dalla combinazione automatizzata di frammenti di conoscenze, da cui si pretenda di ricavare il profilo di una personalità (art. 14). Disposizioni la cui capacità d'incidenza sul terreno del procedimento penale è ridotta quasi a zero in ragione dei deboli poteri d'intervento lasciati al Garante (art. 160 comma2) e della clausola con cui si sancisce l'inidoneità delle eventuali violazioni perpetrate ad inficiare la validità, l'efficacia e l'utilizzabilità di atti e provvedimenti giudiziari (art. 160 comma6).

Ciononostante, a fronte del calibro dei valori con cui la nuova situazione soggettiva si pone in contrasto, è difficile ipotizzare che la Consulta giunga a censurare la vigente disciplina facendo leva esclu-

³³ Con la rilevante eccezione dei tabulati telefonici e dei dati relativi alla navigazione in internet, di cui si dirà *infra*, § 4.

sivamente sul disposto dell'art. 2 Cost.³⁴; così com'è arduo supporre che qualche corte di giustizia decida di far ricorso, su analoghe basi, al concetto di prova incostituzionale. Quel solo parametro non sembra insomma dotato di una forza sufficiente ad imporre una rivisitazione della disciplina processuale, paragonabile a quella intrapresa in Germania dopo le decisioni del *Bundesverfassungsgericht*³⁵. Stando così le cose, le ricadute dell'asseverata caratura costituzionale del diritto alla protezione del dato non parrebbero, nell'ambito che qui interessa, particolarmente incisive.

Le opinioni prevalenti, oltretutto, prediligono l'approccio maggiormente rigoroso alla questione di partenza, che impone di rinvenire ulteriori e più specifiche disposizioni costituzionali al fine di conferire rango fondamentale ai diritti di nuovo conio. Per quello di autodeterminazione informativa, l'opera di individuazione appare tuttavia irta di difficoltà.

3. La lettura "in negativo" dell'art. 21 Cost.

Uno dei parametri tradizionalmente invocati per giustificare la derivazione costituzionale dei diritti di *privacy* è l'art. 21 Cost.³⁶: la libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero, si sostiene, postula anche la possibilità di non manifestarlo; la norma, letta al negativo e portata alle sue massime potenzialità espansive, si presterebbe così ad

³⁴ Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di riservatezza e protezione del dato personale, si rinvia al contributo di F. MORELLI.

³⁵ V. contributo di M. ADDIS.

³⁶ Cfr. A. CERRI, *Libertà negativa di manifestazione del pensiero e di comunicazione – Diritto alla riservatezza: fondamento e limiti*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 610 s.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 231 s.; A. CATAUDELLA, *La tutela civile*, cit., p. 33 s.; ID., *Riservatezza (diritto alla) – I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991, p. 3; G.M. SALERNO, *op. cit.*, p. 636 s.

offrire tutela contro i comportamenti volti ad apprendere e diffondere notizie che si vorrebbero invece mantenere riservate.

Va anzitutto rilevato come simile rovesciamento di contenuti abbia destato comprensibili perplessità, dacché è discutibile, per preservare esigenze di riserbo, far leva sulla stessa disposizione che, in modo espresso, tutela l'interesse alla diffusione di notizie tramite i mezzi di informazione, per antonomasia antagonista a quello di riservatezza³⁷. Per tale via, i contrapposti beni da bilanciare troverebbero protezione in seno al medesimo precetto costituzionale, chiamato a garantire un diritto e il suo rovescio, con possibile insorgenza di conflitti "interni" di difficile composizione: la libertà negativa, in particolare, potrebbe erodere quella oggetto di esplicita attenzione legislativa e condurre al sovvertimento della scala di valori prospettata dal costituente.

Anche a voler respingere questa obiezione, si deve dare atto di come il preteso diritto a non manifestare il proprio pensiero, probabilmente per il suo carattere derivato, tende a soccombere di fronte ad una nutrita e variegata gamma di situazioni – ricondotte alle più disparate matrici costituzionali – in cui si prevede l'obbligo di comunicare informazioni³⁸. Neanche il richiamo all'art. 21 Cost., per la sua arrendevolezza, sembra allora in grado di condizionare le esigenze dell'accertamento penale, che, in caso di contrasto, finirebbero sempre per prevalere³⁹. Del resto è ben noto come il diritto di tacere in giudi-

³⁷ G. PUGLIESE, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 118; ID., *Diritto di cronaca e libertà di pensiero*, in *Foro it.*, 1958, I, c. 138 s.; cfr. altresì A. CERRI, *Riservatezza*, cit., p. 2 e 5.

³⁸ Si consideri ad esempio il dovere di comunicare al fisco informazioni relative ai propri redditi, o l'obbligo di fornire i dati necessari per le rilevazioni statistiche nazionali: queste ipotesi, insieme a molte altre in cui il diritto di non rendere dichiarazioni arretra di fronte ad esigenze concorrenti, sono elencate da A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 76 s.

³⁹ Basti in proposito rilevare come l'obbligo di deporre in giudizio, gravante sul teste, venga agevolmente giustificato alla luce dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e del diritto di difendersi provando di cui agli artt. art. 24 e 111 comma3 Cost.; il contributo testimoniale sarebbe inoltre indispensabile al funzionamento della macchina giudiziaria, il

zio trovi fondamento in tutt'altre radici, tra le quali spicca il diritto di difesa dell'imputato.

Se poi il risvolto negativo dell'art. 21 Cost. può adattarsi a corroborare il diritto alla riservatezza, è più arduo incardinarvi le esigenze di autodeterminazione informativa. Queste ultime si connotano di contenuti prevalentemente «positivi», sicché sarebbe riduttivo identificarle nella facoltà di non rivelare un'informazione. Con tutti i limiti della distinzione tra *liberty from* e *liberty to*⁴⁰, il diritto alla protezione del dato personale, così come tratteggiato dal recente testo unico, si lascia ascrivere più facilmente alla seconda categoria⁴¹, mentre la possibilità di non manifestare il proprio pensiero è tendenzialmente imputabile alla prima. Può difatti accadere che taluno voglia, o, come spesso accade in ambito giudiziale, debba comunicare qualcosa di sé, oppure non sia comunque in grado di impedire che notizie sul proprio conto trapelino. Il codice della *privacy* si concentra proprio su situazioni di tal genere, ove il dato, per le più varie ragioni, è già sfuggito dalla potestà dell'interessato, ma ciononostante resta assoggettabile a qualche forma di controllo, onde evitare che prenda a circolare indiscriminatamente, venga riportato in maniera errata, trattenuto oltre il tempo necessario, usato per scopi diversi da quelli per cui era stato in origine fornito.

Per riportare questi poteri sotto l'imperio dell'art. 21 Cost., parrebbe allora quasi più indicato rifarsi al suo esplicito e positivo significato, giacché la vigilanza sui modi di trattare il dato personale presuppone la sua fuoriuscita dalla sfera riservata dell'individuo. Forzando in

che chiamerebbe in causa anche gli artt. 101 s. Cost. Sul punto v. ancora A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 76, nt. 4.

⁴⁰ Si rinvia in proposito alle efficaci osservazioni di R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, cit., p. 16 s., p. 20 s.

⁴¹ Benché, come già evidenziato *supra*, § 1, allo stesso dritto all'autodeterminazione informativa si riconoscano valenze "negative", che però finiscono per assimilarlo, in questi aspetti, alle più tradizionali istanze di riservatezza.

questa diversa direzione la norma costituzionale, si potrebbe arrivare a sostenere che la manifestazione del pensiero, per essere davvero libera, implichi il diritto a controllarne i fruitori, gli usi, i tempi di conservazione. Anche questa soluzione appare tuttavia impraticabile.

Anzitutto si ritiene comunemente che il principio in parola riguardi le propalazioni rivolte a destinatari indeterminati, elemento, questo, che distingue la sua orbita di tutela da quella dell'art. 15 Cost.⁴²: già tale fattore rende la disposizione poco consona ad assicurare protezione alle ipotesi considerate dal codice del 2003. In ambito giudiziale, del resto, sarebbe del tutto stonato chiamare in causa la libertà di esprimere opinioni: da un lato perché spesso tale libertà manca, vigendo di regola obblighi di collaborare; dall'altro perché le opinioni personali sono in genere bandite dal perimetro dell'accertamento. Si consideri poi la distanza intercorrente tra i concetti di «pensiero» e «dato personale»; anche dilatando al massimo grado la prima locuzione, vi resterebbero irrimediabilmente escluse una grandissima quantità d'informazioni di cui il procedimento penale si nutre: è sufficiente richiamare quelle sanitarie, bancarie, fiscali, genetiche, piuttosto che le tracce elettroniche lasciate dalle carte di credito e dalla navigazione sul *web*, o le coordinate di localizzazione dei telefoni cellulari.

Occorre infine far cenno a come ancora nell'art. 21 Cost. sia stata da taluno individuata la matrice costituzionale dell'attività di gestione di archivi elettronici, senza dubbio tra le più perniciose modalità di trattamento dei dati personali⁴³. La tesi, autorevolmente osteggiata⁴⁴,

⁴² *Infra*, § 4.

⁴³ La tutela costituzionale si allargherebbe dall'*informazione* all'*informatica*, poiché la raccolta di dati sarebbe da considerare una condizione necessaria per la formazione di pensieri: v. A. TRAVERSI, *Il diritto dell'informatica*, Milano, 1985, p. 83 s.; G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione*, Milano, 1997, p. 82 s., con ulteriori richiami.

⁴⁴ A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 160 s. Per un cenno critico v. altresì F. GRIFANTINI, *Cronaca giudiziaria e principi costituzionali*, in AA.VV., *Processo penale e informazione*, cit., p. 62.

porterebbe in primo piano un'istanza evidentemente antagonista rispetto a quella dei soggetti cui l'informazione si riferisce e riprodurrebbe per i diritti alla protezione e alla raccolta del dato quella scomoda "convivenza" già evidenziata a proposito di diritto alla riservatezza e libertà di stampa.

4. *Il ricorso alle disposizioni sulla libertà personale, di domicilio e di corrispondenza.*

Accantonata questa via, occorre spostare l'attenzione sui parametri più di frequente chiamati in causa da chi propugna la rilevanza costituzionale delle situazioni soggettive germogliate dal concetto di *privacy*: si tratta delle norme dedicate alla libertà personale (13 Cost.), di domicilio (14 Cost.), di comunicazione e corrispondenza (15 Cost.)⁴⁵. Queste previsioni rivestono un particolare interesse nella prospettiva qui in esame: affrontano infatti espressamente la questione dei rapporti tra libertà individuale ed esigenze di intervento giudiziale, imponendo già a livello costituzionale una serie di rilevanti garanzie procedurali. Per di più, non si può porre in dubbio che i precetti in parola tutelino degli specifici ambiti di riservatezza, preservando l'individuo da indebite intrusioni nella sfera fisica, domestica, comunicativa. Va tuttavia appurato se il tenore delle disposizioni consenta di attrarre nel loro alveo anche il nuovo diritto alla protezione dei dati personali e con quali conseguenze sull'accertamento penale.

Si ha buon gioco nell'escludere la soluzione che si affidi all'art. 14 Cost. La norma può senz'altro essere annoverata tra i segni tangibili della sensibilità del costituente verso le esigenze di *privacy*, intesa pe-

⁴⁵ Cfr. T.A. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 42 s.; A. CATAUDELLA, *Riservatezza (diritto alla) – I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, 1991, p. 2 s.

rò nel suo originario significato di bisogno di isolamento. La libertà di domicilio, come è evidente, nel riferirsi ad un ambito spaziale ben definito, assicura tutela ad un profilo troppo specifico per poter accogliere le più ampie situazioni delineate dal codice del 2003. L'attenzione del legislatore ordinario alle esigenze di riserbo potrà certo fungere da stimolo per l'affermarsi di interpretazioni che estendano il significato di «domicilio» sino ad includervi aree diverse dalla sola dimora; oppure dilatino quello di «violazione» sì da considerarla perpetrata non solo con il fisico valicare un confine, ma anche mediante la captazione di immagini⁴⁶. L'art. 14 Cost. non potrà però essere chiamato utilmente in causa quando si tratti di riconoscere rango fondamentale al diritto alla protezione sul dato, secondo l'accezione in precedenza ricordata.

Un appiglio più calzante sembra invece offerto dall'art. 13 Cost., qualora lo si intenda riferito non solo alla libertà del corpo, ma anche a quella «morale» o «spirituale»⁴⁷. Una volta abbandonato l'ancoraggio alla sfera fisica, i confini del principio tendono ad espandersi sensibilmente, sino ad assorbire tutto ciò che impedisca l'autodeterminazione dell'individuo⁴⁸. In questo senso così lato, il concetto potrebbe prestarsi ad abbracciare anche la libertà dal controllo elettronico, dalle schedature occulte, dall'impalpabile rete di sorveglianza intessuta grazie alla conservazione e all'incrocio di informa-

⁴⁶ In questa direzione, Corte cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135. Significativa l'evoluzione che si registra in proposito nella giurisprudenza di legittimità: si segnalano da ultimo Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1213 s.; la sentenza è commentata, con ampi richiami di dottrina e giurisprudenza, da C. CONTI, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1347 s.

⁴⁷ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 111; G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969 (ristampa ed. 1967), p. 95 s.; A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 19 s.; M. BONETTI, *Riservatezza*, cit., p. 55 s.

⁴⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 112.

zioni⁴⁹: se la s'intende come possibilità di scelte autonome e consapevoli, la libertà rischia infatti di essere compromessa dal fitto reticolo di dati che rendano conoscibili e prevedibili i comportamenti individuali⁵⁰. Per sottolineare il bisogno di affrancarsi da queste nuove forme di controllo immateriale, si è parlato di «libertà informatica» o *habeas data*⁵¹, giungendo a considerare i dati attinenti alla persona come una sorta di sua propaggine.

Questo suggestivo modo d'intendere la libertà personale⁵², calato nella realtà del procedimento penale, porterebbe a conseguenze ingovernabili. L'art. 13 Cost., proprio con l'intento di presidiare più efficacemente quel bene primario dai rischi di compressione ad opera dei pubblici poteri, prescrive una serie di garanzie, stringenti e minuziose, chiamate ad operare soprattutto nel campo della giustizia penale, ove il conflitto tra individuo e autorità si manifesta in tutta la sua drammatica tensione. La riserva di legge rafforzata dalla previsione dei «casi e modi» delle restrizioni, il necessario intervento dell'autorità giudizia-

⁴⁹ Rischi da cui metteva già da tempo in guardia la dottrina americana. V. in particolare A. WESTIN, *Privacy and freedom*, New York, 1967, p. 69 s.; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma, 1974, p. 391 s.; ID., *Diritti inviolabili*, cit. p. 19 s.

⁵⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., p. 20.

⁵¹ Già negli anni ottanta configurata da V. FROSINI, *La protezione della riservatezza*, cit., p. 37 s., ove si afferma con nettezza: «che la libertà informatica faccia parte della libertà personale, dichiarata inviolabile dalla Costituzione italiana, è affermazione che non dovrebbe sollevare obiezioni» (p. 43). Le schedature elettroniche vengono così assimilate ora all'ispezione, ora alla detenzione, giacché «all'arbitrio di chi detiene abusivamente in prigione una persona, corrisponde [...] l'arbitrio di chi detiene, senza dovuta autorizzazione, quella che si vorrebbe chiamare la "identità informatica" di una persona» (p. 44). Sulla stessa linea, F. MODUGNO, *op. cit.*, p. 19 s. Il concetto di *habeas data* è altresì ripreso da T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Dir. inf.*, 2003, p. 487 s., il quale ne dà tuttavia una definizione oltremodo ampia, comprensiva del diritto di partecipare attivamente al circuito delle informazioni elettroniche tramite *web*.

⁵² Peraltro osteggiato dalla dottrina più rigorosa, che insiste nel sottolineare come il principio vada riferito alle sole restrizioni della libertà fisica, o equiparabili a queste quanto a gravità. V. in particolare A. PACE, *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 1974, p. 295; più di recente, ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, 2^a ed., Padova, 1992, p. 172 s. Un preciso rifiuto del concetto di *habeas data* si trova ancora, dello stesso Autore, in *Art. 21*, cit., p. 160, nt. 68.

ria che disponga con provvedimento motivato, i rigidi presupposti cui si vincolano le iniziative della polizia, l'imposizione di una convalida da emanare in tempi serrati e scanditi in modo preciso, sono condizioni da rispettare per ogni restrizione della libertà personale, anche diversa dalla detenzione, ispezione e perquisizione (art. 13 comma 2 Cost.). L'apertura della norma costituzionale a «qualsiasi altra» limitazione dello *status libertatis*, combinata con la proteiforme varietà dei dati personali e con l'attitudine dell'intero meccanismo processuale al loro «trattamento», condurrebbe all'obbligo di rispettare i requisiti costituzionali in occasione di pressoché ogni attività volta alla ricostruzione del fatto criminoso. Per qualsiasi operazione di reperimento, raccolta, elaborazione d'informazioni riguardanti persone determinate dovrebbe intervenire un provvedimento autorizzativo del magistrato o una sua successiva convalida, attestante la ricorrenza di una situazione di eccezionale necessità ed urgenza che non gli abbia consentito d'intervenire personalmente: la macchina giudiziaria sarebbe in tal modo destinata alla completa paralisi.

Se dunque da un punto di vista semantico il precetto in esame sarebbe in grado di assorbire i nuovi bisogni di tutela, sono proprio le cautele procedurali, imposte a livello sovraordinato, ad imporre una lettura restrittiva della disposizione: da esse risalta in modo vivido il carattere di *extrema ratio* di ogni sacrificio della libertà personale, nozione che non può quindi subire eccessive dilatazioni, se non a costo di eludere le (ineludibili) garanzie costituzionali⁵³.

Neppure le previsioni dell'art. 15 Cost., infine, si dimostrano capaci di offrire una soluzione del tutto appagante per la questione che stiamo analizzando: benché questa sia la disposizione più spesso uti-

⁵³ L'impossibilità di suddividere le previsioni dell'art. 13 Cost. in porzioni autonome, separando il principio di cui al comma 1 dalle regole espresse nei successivi capoversi, è rimarcata da A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, p. 5 s.

lizzata, anche dalla Corte costituzionale⁵⁴, quando si tratti di affermare le istanze di riservatezza nei confronti degli inquirenti, si ripropongono alcune delle difficoltà già emerse riguardo ai principi sino ad ora considerati.

Come accade con l'art. 14 Cost., ci si trova di fronte ad una norma senz'altro diretta a proteggere esigenze di «privatezza»⁵⁵, relative stavolta alle comunicazioni interpersonali. Ma è di nuovo difficile collocare nel suo raggio di tutela il diritto alla protezione dei dati: la disposizione si riferisce a concetti precisi e sedimentati, non facilmente traslabili alle nuove situazioni che abbisognano di copertura. I beni tutelati sono qui la «comunicazione» e la «corrispondenza», ossia forme di trasmissione del pensiero, di cui si vogliono garantire «libertà» e «segretezza», vale a dire l'assenza d'impedimenti o captazioni occulte⁵⁶. L'intento comunicativo, il contatto finalizzato alla trasmissione di enunciati significanti⁵⁷, demarcano i confini contenutistici del precetto considerato e lo rendono inidoneo, come rilevato a proposito dell'art. 21 Cost.⁵⁸, ad accogliere la grande varietà di dati che difettano di simile connotato.

Non va invero trascurato che proprio al disposto dell'art. 15 Cost. la Corte costituzionale ha ricondotto, con un notevole balzo logico, i tabulati recanti informazioni “estrinseche” sui colloqui telefonici⁵⁹ – elementi, questi, di per sé privi di contenuti comunicativi – segnando

⁵⁴ Per un'accurata disamina delle posizioni della giurisprudenza costituzionale si rinvia al contributo di F. MORELLI.

⁵⁵ V. per tutti A. CERRI, *Riservatezza*, cit., p. 5.

⁵⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 241.

⁵⁷ V. ancora Corte cost., sent. n. 135 del 2002.

⁵⁸ Gli artt. 15 e 21 Cost. mostrano a questo riguardo profili di contiguità: la prima delle due disposizioni si differenzia dalla seconda per la «segretezza» delle comunicazioni che considera, indirizzate a destinatari determinati cui s'intenda rivolgersi in via riservata. A riguardo, v. ancora A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 243 e 252 s.; A. CERRI, *Riservatezza*, cit., p. 5.

⁵⁹ Che la dottrina riteneva non riferibili alla «corrispondenza» e alle «comunicazioni»; così A. PACE, *op. ult. cit.*, p. 251.

un considerevole avanzamento verso la tutela del mero «dato»⁶⁰. Non-dimeno, le informazioni in questione mantengono pur sempre uno stretto collegamento con il rapporto di comunicazione intersoggettiva, di cui rivelano tempi, luoghi, durata, partecipi, laddove molte altre specie di notizie rilevanti per l'accertamento penale ne restano del tutto sprovviste (dati sanitari, fiscali, antropometrici, coordinate spaziali ricavabili dal telefono spento, etc.).

Non a caso, a seguito della presa di posizione della Consulta, la giurisprudenza di legittimità⁶¹ e lo stesso legislatore ordinario⁶² si sono ripetutamente soffermati su questo peculiare settore, tralasciandone altri⁶³: è stata l'appartenenza, autorevolmente sancita, dei dati esteriori del traffico telefonico all'ambito delle «comunicazioni riservate», ad imporre un ripensamento della disciplina processuale e a condurre all'introduzione di articolate regole sui modi di acquisirli e sui periodi entro cui conservarli⁶⁴. Si è in tal modo tracciato un importante percorso, che potrebbe dirsi pionieristico, verso il contemperamento della «protezione del dato personale» con le esigenze dell'accertamento penale; percorso che nulla vieta possa essere seguito dal legislatore anche per la raccolta di altri elementi conoscitivi, ma secondo scelte di opportunità politica non vincolate dalla legge fondamentale. Così è

⁶⁰ Corte cost., sent. 11 marzo 1993, n. 81; posizione successivamente ribadita con la sent. 17 luglio 1998, n. 281.

⁶¹ Val la pena qui ricordare solo le prese di posizione della Corte di cassazione in composizione allargata: Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *Cass. pen.*, 1999, p. 465; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Giur. it.*, 2001, p. 1707; Cass., Sez. Un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3259.

⁶² Art. 4 d.lgs. 13 maggio 1998, n. 171; art. 132 d.lgs. 196 del 2003, modificato poi dal d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, conv. in l. 26 febbraio 2004, n. 45 e poi di nuovo dal d.l. 27 luglio 2005, n. 144, conv. in l. 31 luglio 2005, n. 155.

⁶³ Critico su questo atteggiamento è F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, p. 67 s. Rivendica invece la specificità del settore delle comunicazioni telefoniche, A. CAMON, *L'acquisizione dei dati sul traffico di comunicazioni*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, p. 595.

⁶⁴ Che le soluzioni normative siano dovute al «convincimento che i dati esteriori delle comunicazioni sono protetti dall'art. 15 Cost.» è ribadito da A. CAMON, *op. cit.*, p. 601 s.

accaduto, difatti, per le tracce elettroniche lasciate dalla navigazione in internet, che l'ultima versione dell'art. 132 del codice della *privacy* assoggetta alla medesima disciplina dettata per i tabulati telefonici.

Traendo le fila di quanto sino ad ora osservato, nessuno dei parametri cui abitualmente si ricorre per attribuire rango fondamentale al diritto alla riservatezza sembra in grado di conferire analoga caratura alle poliedriche esigenze di autodeterminazione informativa, o quantomeno di imporre immediate modifiche all'ordinamento processuale finalizzate alla loro tutela.

Anche per i più risalenti bisogni di riserbo, d'altra parte, si fatica ancor oggi a riconoscere in modo netto un'ascendenza sovraordinata⁶⁵, alludendosi piuttosto a «valori dotati di rilievo costituzionale»⁶⁶, da ricavare mediante una lettura congiunta, sistematica ed evolutiva delle molteplici disposizioni coinvolte. Ma a misura che ci si distacca dalle aree di tutela espressamente contemplate dalla Carta fondamentale e il collegamento con i principi costituzionali diviene più flebile, la forza di resistenza dei diritti impliciti e derivati va diminuendo, talché l'opera di bilanciamento tenderà fatalmente a porli in secondo piano⁶⁷. Ciò sembra dover valere a maggior ragione per il diritto alla protezione dei dati personali⁶⁸, il cui legame con la Costituzione risulta ancora sfocato, forse anche per la difficoltà d'individuare il «nucleo essenziale», stemperato dall'ampiezza delle definizioni normative.

⁶⁵ Viene sempre usata in proposito una certa circospezione. Si veda ad es. A. PACE, *Art. 21*, cit., che afferma con cautela come «dagli enunciati della nostra Costituzione è, quantomeno implicitamente, desumibile una certa tutela per la riservatezza».

⁶⁶ G.M. SALERNO, *op. cit.*, p. 633.

⁶⁷ Cfr. G.M. SALERNO, *op. cit.*, p. 627, 642, 652. V. altresì R. BIN, *Diritti*, cit., p. 17, ove si osserva come la «tenuta» dei diritti sia destinata ad indebolirsi via via che ci si allontana dal nucleo centrale della protezione.

⁶⁸ La cui pretesa natura fondamentale è anzi talvolta apertamente osteggiata: v. in particolare A. PACE, *Art. 21*, cit., p. 165 s.