

$$\frac{A_{I2}}{330}$$

Concetta Giunta

**LA LIBERTÀ
E LA SEGRETEZZA
DELLE COMUNICAZIONI
NELLA COSTITUZIONE
ITALIANA**



Copyright © MMXI
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

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

ISBN 978-88-548-3823-9

*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: gennaio 2011

Quanto, e quanto correttamente penseremmo
se non pensassimo per così dire in comune con altri
a cui comunichiamo i nostri pensieri,
e che ci comunicano i loro?

I. Kant, *Che cosa significa orientarsi nel pensiero*,
A 235, Adelphi, 1996 pp. 62-3

Capitolo I

Contenuto e struttura della libertà di comunicazione e del diritto alla segretezza

1. Pluralità di situazioni giuridiche tutelate nell'art. 15 della Costituzione.....	13
1.1. La corrispondenza: nozione costituzionale.....	14
1.2. La nozione di corrispondenza nella legislazione vigente.....	18
1.3. Le altre forme di comunicazione.....	20
1.4. Le caratteristiche essenziali della comunicazione.....	21
1.5. Le caratteristiche accidentali.....	24
2. Comunicazione e manifestazione del pensiero: la tesi dell'indipendenza delle fattispecie.....	27
2.1. La comunicazione come <i>species</i> della manifestazione del pensiero.....	31
3. La libertà di segretezza e comunicazione: struttura.....	34
4. La libertà di segretezza.....	40
4.1. La segretezza come diritto di libertà.....	45
4.2. Libertà elettorale e segretezza del voto.....	47
5. I confini temporali della tutela della libertà di comunicazione e del diritto alla segretezza.....	48
5.1. Il diritto alla segretezza dopo la morte.....	53

5.2. La segretezza sui dati esteriori delle comunicazioni.....	54
6. Il diritto ai mezzi di comunicazione.....	58
7. La tutela della libertà ed i nuovi mezzi di comunicazione	62
7.1. I casi-limite tra comunicazione e manifestazione del pensiero: la <i>pay-tv</i>	63
7.2. Le <i>chat</i>	65
8. La protezione <i>multilevel</i> . Struttura dei diritti civili nella CEDU e nella Carta di Nizza.....	67
8.1. L'efficacia giuridica della CEDU e della Carta di Nizza.....	69
8.2. La libertà di comunicazione nella CEDU e nella Carta di Nizza.....	73

Capitolo II

La titolarità della libertà di comunicazione e del diritto alla segretezza nella Costituzione italiana

1. La titolarità attiva.....	79
1.1. Limiti alla titolarità del diritto: il detenuto.....	82
1.2. Il fallito.....	86
1.3. Limitazioni previste per le persone affette da infermità mentale.....	90
1.4. Limitazioni previste per i militari.....	92
1.5. La libertà di comunicazione dei minori di età.....	95
1.6. La libertà di comunicazione dei coniugi.....	98
2. Titolarietà del diritto delle persone giuridiche private e pubbliche....	101
3. I soggetti passivi: l'efficacia <i>erga omnes</i> della libertà e della	

segretezza delle comunicazioni.....	104
-------------------------------------	-----

Capitolo III

Le garanzie previste a tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni

1. L'inviolabilità.....	107
2. La riserva di legge.....	114
3. La riserva di giurisdizione.....	117
3.1. La motivazione.....	118
4. La mancanza di poteri d'intervento diretto dell'autorità di pubblica sicurezza. L'art. 15 in Assemblea Costituente.....	120

Capitolo IV

I limiti alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni

1. Le libertà di comunicazione e di segretezza come libertà individualistiche.....	125
1.1. Necessità di distinguere i limiti alla comunicazione dai limiti alla segretezza.....	127
2. Limiti alla libertà di comunicazione desumibili dall'art. 21 Cost.: la proprietà del pensiero.....	129
2.1. Il buon costume.....	130
2.1.1. Comunicazioni lesive del buon costume.....	133

3. Limiti tratti da altre norme costituzionali: l'altrui pari dignità sociale.....	136
3.1. Limiti a tutela dell'autorità e del prestigio dello Stato.....	138
3.2. Limiti desumibili dall'art. 23 della Costituzione.....	140
3.3. L'ordine pubblico.....	142
4. Il fondamento costituzionale delle comunicazioni "obbligate".....	146

Capitolo V

Limiti alla libertà di segretezza: le comunicazioni intercettate

1. Le intercettazioni come mezzo di ricerca della prova.....	149
1.1. La disciplina legislativa.....	151
2. Le intercettazioni nel procedimento penale: <i>vulnus</i> alla segretezza delle comunicazioni e garanzia del segreto investigativo.....	155
2.1. La violazione del segreto istruttorio e la divulgazione di atti non coperti dal segreto.....	160
2.2. Efficacia della disciplina processuale. La violazione del divieto di pubblicazione.....	163
2.3. La pubblicazione di atti non coperti dal segreto a garanzia del processo. Segretezza delle comunicazioni e diritto di cronaca.....	165
3. La segretezza delle comunicazioni dei parlamentari: la riforma dell'art. 68 Cost.	168
3.1. L'attuazione legislativa: la l. n. 140 del 2003. Le intercettazioni dirette.....	170
3.2. Le intercettazioni "indirette" e le intercettazioni "fortuite".....	171

3.2.1. Dubbi circa la legittimità costituzionale dell'art. 6 l. n. 140 del 2003.....	173
3.2.2. La sentenza n. 390 del 2007.....	176
3.2.3. La non configurabilità delle intercettazioni fortuite.....	179

Contenuto e struttura della libertà di comunicazione e del diritto alla segretezza

SOMMARIO: 1. Pluralità di situazioni giuridiche tutelate nell'art. 15 della Costituzione – 1.1. La corrispondenza: nozione costituzionale. – 1.2. La nozione di corrispondenza nella legislazione vigente. 1.3. Le altre forme di comunicazione. – 1.4. Le caratteristiche essenziali della comunicazione. – 1.5. Le caratteristiche accidentali. – 2. Comunicazione e manifestazione del pensiero: la tesi dell'indipendenza delle fattispecie. – 2.1. La comunicazione come *species* della manifestazione del pensiero. – 3. La libertà di corrispondenza e comunicazione: struttura. – 4. La libertà di segretezza. - 4.1. La segretezza come diritto di libertà. – 4.2. Libertà elettorale e segretezza del voto. – 5. I confini temporali della tutela della libertà di comunicazione e del diritto alla segretezza. – 5.1. Il diritto alla segretezza dopo la morte. – 5.2. La segretezza sui dati esteriori delle comunicazioni. – 6. Il diritto ai mezzi di comunicazione. – 7. La tutela della libertà ed i nuovi mezzi di comunicazione. – 7.1. I casi-limite tra comunicazione e manifestazione del pensiero: la *pay-tv*. – 7.2. Le *chat*. – 8. La protezione *multilevel*. Struttura dei diritti civili nella CEDU e nella Carta di Nizza. – 8.1. L'efficacia giuridica della CEDU e della Carta di Nizza. – 8.2. La libertà di comunicazione nella CEDU e nella Carta di Nizza.

1. Pluralità di situazioni giuridiche tutelate nell'art. 15 della Costituzione

Con un evocativo riferimento agli studi di PUGLIATTI sulla proprietà¹, anche una riflessione sulla libertà di comunicazione sembra dover principiare da una critica all'uso del singolare.

Com'è noto, la disciplina costituzionale delle libertà utilizza formulazioni di tipo diverso a seconda del diritto di cui trattasi. A disposizioni che hanno come soggetto i titolari della libertà (alternativa-

¹ PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964.

mente *tutti o i cittadini*)², se ne contrappongono altre il cui soggetto grammaticale è la libertà stessa: sono quelle, in particolare, in cui alla libertà si riconosce il carattere dell'inviolabilità³.

Tra quelle di quest'ultimo tipo, l'art. 15 è l'unico in cui l'inviolabilità è declinata al plurale, essendo riconosciuta non solo alla libertà, ma anche alla segretezza.

Non solo, il tentativo di individuare l'ambito materiale cui la disposizione fa riferimento mostra subito un ulteriore "plurale": libertà e segretezza sono, infatti, attributi sia della corrispondenza sia di ogni altra forma di comunicazione.

Ora, per riferirsi alla norma contenuta nell'articolo 15 Cost., si usa spesso, ellitticamente, l'espressione "libertà di comunicazione", che sono poi i termini di confine della locuzione utilizzata dal Costituente per individuare il soggetto (*rectius*, i soggetti) dell'inviolabilità («La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili»).

Il primo passo che si intende compiere è sciogliere l'ellissi per dare autonomo e specifico risalto ad ognuno dei termini che compongono quella che, *prima facie*, potrebbe erroneamente apparire come una doppia endiadi: libertà e segretezza; corrispondenza e comunicazione.

Si principierà proprio da questi ultimi due termini, dal momento che è ad essi che si riferiscono la libertà e la segretezza. Solo dopo ci si addenterà nel binomio che desta maggiori problemi interpretativi, nel tentativo di chiarire il numero di situazioni giuridiche tutelate dalla disposizione in esame.

1.1. *La corrispondenza: la nozione costituzionale*

Per delimitare l'ambito materiale tutelato, appare anzitutto opportuno verificare quale fosse, nella legislazione vigente al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, il significato dei concetti di

² Molti dei diritti costituzionali sono disciplinati specificando la relativa titolarità, la quale può essere in capo a: *tutti* (ad esempio, gli artt. 19 e 21), ovvero *tutti i cittadini* o, semplicemente, *i cittadini*, ovvero *ogni cittadino* (ad esempio, gli artt. 3, 16, 17, 18).

³ Ci si riferisce, chiaramente, oltre che all'art. 15 Cost. – oggetto della presente trattazione –, all'art. 13 («la libertà personale è inviolabile»); all'art. 14 («il domicilio è inviolabile»); all'art. 24, secondo comma («la difesa è diritto inviolabile»).

corrispondenza e di comunicazione, e quale evoluzione esso abbia successivamente subito.

Nel tentativo di ricostruire la portata della nozione giuridica di corrispondenza nel momento in cui essa fu inserita nel testo costituzionale, ci si imbatte, in primo luogo, nell'art. 18 del r. d. del 18 aprile 1940 n. 689, a norma del quale erano da ritenersi compresi nella nozione di corrispondenza «le lettere, i biglietti postali, le cartoline postali semplici e con risposta pagata, le cartoline illustrate, le partecipazioni, le fatture commerciali, le stampe, gli estratti di conto delle amministrazioni, le stampe periodiche⁴, i campioni di merci ed i pacchetti».

Il successivo art. 19 enucleava, dalla più ampia categoria immediatamente prima descritta, la nozione di “corrispondenza epistolare”, precisando che «agli effetti dell'art. 1 del codice postale si considera corrispondenza epistolare qualsiasi invio fornito di indirizzo, contenente comunicazioni con carattere attuale e personale»⁵.

Un'ulteriore nozione di corrispondenza nota alla legislazione vigente all'entrata in vigore della Costituzione era quella contenuta nell'art. 616 c.p., il quale disponeva (prima della modifica operata dall'art. 5, l. 23 dicembre 1993, n. 547), al quarto comma, che «agli effetti delle disposizioni di questa sezione per corrispondenza s'intende quella epistolare, telegrafica o telefonica».

La nozione penalistica era dunque più ampia.

Ai sensi dell'art. 616 c.p., infatti, rientrava nel concetto di corrispondenza non solo quella epistolare in senso stretto e le altre corrispondenze cartacee contemplate dal codice postale, ma anche quella telegrafica o telefonica.

Lo scenario presentava, dunque, due concetti di corrispondenza dotati di una differente estensione: ad una nozione (quella del codice po-

⁴ Per quanto riguarda le stampe periodiche, è da ritenere che, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, queste siano da intendersi tutelate dall'art. 21 che disciplina autonomamente la stampa quale mezzo di diffusione del pensiero, e non siano dunque da considerare più come corrispondenza. A meno che le stampe periodiche non abbiano destinatari determinati: ad esempio, l'invio di rendiconti periodici ai membri di una società sull'attività svolta dalla medesima. È infatti la determinatezza dei destinatari a permettere di distinguere il pensiero comunicato da quello manifestato, come si avrà modo di chiarire (cfr. § 2.1. di questo capitolo).

⁵ Non è chiaro, tuttavia, come fosse possibile stabilire, a priori, il carattere attuale e personale di una corrispondenza epistolare, specie ove si trattasse di invii chiusi.

stale) necessariamente circoscritta alle comunicazioni effettuabili per mezzo del servizio postale, se ne accostava un'altra (la nozione penalistica), la quale teneva conto di tutti i fenomeni comunicativi a distanza allora conosciuti⁶.

La diversità in oggetto si traduce, a seconda della nozione che della corrispondenza si intenda accolta dal Costituente, in conseguenze, sul piano della disciplina costituzionale, altrettanto diversificate.

Le differenziazioni maggiori si avvertono con riguardo, soprattutto, alle comunicazioni a distanza diverse da quelle effettuate per mezzo del servizio postale.

Se si ritenesse accolta la nozione di corrispondenza contenuta nel codice postale, le comunicazioni telegrafiche, telefoniche, etc. risulterebbero tutelate dall'art. 15 Cost. in quanto "altre forme di comunicazione" e non in quanto corrispondenza.

Al contrario, trasferendo sul piano costituzionale lo spettro comunicativo considerato dal codice penale alla stregua di corrispondenza, vi rientrerebbero anche le altre comunicazioni a distanza.

La distinzione è gravida di conseguenze sul piano della disciplina in quanto, benché "le altre forme di comunicazione" siano, al pari della corrispondenza, oggetto di tutela da parte dell'art. 15 Cost., la specifica ed autonoma menzione di quest'ultima induce, in applicazione del canone ermeneutico *ut magis valeat*, ad attribuirle un *plus* di garanzia che deriva proprio dalla nozione stessa di corrispondenza, come comunicazione per eccellenza, idonea a trasmettere un pensiero a persone determinate, ed a farlo *segretamente*.

La differenza consiste nella circostanza che, mentre nelle altre forme di comunicazione la tutela è subordinata all'esistenza di un pensiero, la corrispondenza è garantita a prescindere dal suo contenuto. In altri termini, «la busta suggellata è giuridicamente qualificata come corrispondenza epistolare, e quindi tutelata dall'art. 15 Cost., in

⁶ Il dubbio riecheggia quello che la dottrina costituzionalistica si è posta in relazione alla nozione costituzionale di domicilio. Anche in quel caso la scelta era tra due nozioni di domicilio parimenti vigenti al momento dell'entrata in vigore della Costituzione: la nozione civilistica, più ristretta e quella, più estesa, accolta dal codice penale. Per una ricostruzione delle motivazioni che, anche in quel caso inducono la quasi totalità degli autori ad optare per la seconda ricostruzione, cfr., per tutti, BARILE-CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, partic. 861 s.