

Il mio intervento, di tipo introduttivo rispetto a quello dei colleghi che seguono, vuole occuparsi dell'inquadramento costituzionale del diritto alla riservatezza e delle necessità di tutela che ne scaturiscono.

Innanzitutto, quando si parla genericamente di diritto alla riservatezza od alla privacy, si fa riferimento al concetto di dato personale, quale risulta dalla normativa comunitaria e — per l'Italia — dal d. lgs. n. 196 del 2003, al concetto di trattamento di questo dato ed alla necessità che ciò avvenga con il consenso del titolare, salvi i casi (che sono molti) di trattamento senza consenso. Se ci si pensa, è su questi tre momenti (definizione di dato, definizione di trattamento, necessità o meno del consenso) che si articolano sempre i maggiori problemi applicativi. La prassi di questi anni mostra l'emersione di numerose sfaccettature del diritto alla riservatezza, come il c.d. diritto all'autodeterminazione informativa, alla integrità ed alla sicurezza dei propri dati, e così via: tutte *species* riconducibili all'unico *genus*.

Ciò detto in generale, ogni più specifica riflessione deve muovere dalla previa risposta alla seguente domanda: il diritto alla riservatezza che rango ha? È un diritto fondamentale?

La risposta è affermativa.

La risalente dottrina italiana riconduceva la riservatezza all'art. 2 Cost.: riconduzione per nulla appagante perché l'art. 2 Cost. è un contenitore generico che non pone nessuno standard di tutela.

Ma rispetto a tale posizione si sono oggi fatti passi da gigante. Il diritto alla riservatezza si trova infatti menzionato in due fondamentali atti normativi internazionali.

Il primo è l'art. 8 CEDU che, come noto, sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare e vieta ogni ingerenza che non sia prevista dalla legge e non sia proporzionata alla protezione di una serie di interessi da ritenersi di rango pari o superiore a quello inciso.

Sappiamo che posizione occupa oggi la CEDU nel sistema delle fonti di diritto italiano: quella di fonte c.d. interposta o *sub*-costituzionale, come la Corte costituzionale ha ormai chiarito con una giurisprudenza costante, a partire dal 2007.

Il secondo, non meno importante, è l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE che, ancor più precisamente del precedente testo normativo, è rubricato "protezione dei dati di carattere personale", e impone che il trattamento dei dati avvenga sempre con il consenso dell'interessato o in base ad altro fondamento legittimo previsto dalla legge. L'art. 8.2 della Carta afferma anche che «*il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*» (norma peraltro troppo debole per fondare una riserva di giurisdizione, alludendo solamente alla *Authority* di settore).

La Carta è diritto comunitario pieno: ciò è espressamente affermato dall'art. 6 TUE (*post* Lisbona), secondo cui la Carta ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (il TUE ed il TFUE).

Non tratto — non essendo questa la sede idonea — del problema di incrocio tra queste due fonti (CEDU e diritto comunitario), che avverrà quando l'UE aderirà alla Convenzione europea, adesione di cui sono in corso i negoziati (cfr. ancora art. 6 TUE).

Dalle due fonti normative appena citate si ricava un elemento che non era possibile predire quando lo sguardo del giurista abbracciava solamente l'orizzonte nazionale, cioè l'art. 2

Cost.: la regolamentazione del diritto alla riservatezza, l'individuazione delle modalità con cui si estrinseca l'esercizio di tale diritto (trattamento, consenso, eccezioni al consenso) deve avvenire con legge (c.d. riserva di legge). La CEDU addirittura pone una riserva di legge contenutistica, pone il principio di proporzionalità: le limitazioni al libero esercizio del diritto non solo debbono essere di matrice parlamentare, ma debbono essere frutto di un bilanciamento, debbono essere emanate per tutelare un bene quantomeno di rango analogo.

Il primo innegabile dato fondamentale è quindi che oggi l'esercizio del diritto alla riservatezza e, quel che più interessa, le limitazioni al suo esercizio debbono essere previste dalla legge (secondo una riserva di legge di tipo contenutistico).

Applichiamo ora tale conclusione generale all'ambito di interesse, cioè al processo penale.

In realtà oggi dovrebbe essere lo stesso processo penale a soggiacere ad un rigido principio di legalità, di riserva di legge: è infatti l'art. 111 Cost. a parlare di giusto processo *regolato dalla legge*. Dottrina e giurisprudenza però non hanno ancora ricavato da tale disposizione le dovute conseguenze.

Anche senza invocare tale ultima base normativa, però, sono le due norme sovranazionali già esaminate ad imporre la conclusione che ogni limitazione del diritto alla riservatezza, anche nel processo penale, è soggetta a riserva di legge (di tipo contenutistico). Conseguentemente, le limitazioni che i pubblici poteri possono imporre al libero esercizio del diritto debbono trovare fondamento nella legge; altrimenti detto, gli atti di investigazione che incidono sulla riservatezza dei soggetti che, spesso loro malgrado, partecipano al processo penale (soprattutto alle fasi iniziali di questo, alle indagini), debbono essere previamente disciplinati dal legislatore.

Ulteriore pilastro che si accompagna alla riserva di legge è la riserva di atto motivato dell'autorità giudiziaria. Il problema se esso sia o meno un requisito predicabile per ogni diritto fondamentale, pure non ricompreso negli artt. 13-15 Cost. è complesso e non può essere qui affrontato.

Si prosegua, invece, nel ragionamento sulla riserva di legge.

La domanda cui occorre dare risposta è: se non si rispetta la riserva di legge, che succede? Se, cioè, i pubblici poteri pongono in essere delle intrusioni nella riservatezza di privati cittadini con modalità non previste dalla legge, quali sono le conseguenze? Ancor più precisamente: si supponga che la tecnologia metta a punto un nuovo modo di intrusione nel diritto fondamentale in esame, modalità che la legge quindi ancora non disciplina, e si supponga che la polizia ne faccia uso e scopra del materiale probatoriamente rilevante. *Quid?*

La mentalità storica del giurista italiano è quella influenzata da autorevole dottrina (CORDERO), che predicava la teoria del c.d. potere istruttorio (*male captum, bene retentum*): salve eventuali (ma rarissime) responsabilità penali o disciplinari di chi ha agito, l'attività probatoria è perfettamente spendibile.

Questo non è più, a mio avviso, il modo corretto di ragionare.

Il metodo più corretto, oggi, è quello delle regole di esclusione, di matrice anglosassone, che si orientano alla distruzione del sapere probatorio illegittimamente acquisito.

A livello costituzionale, abbiamo già delle regole di esclusione: quando l'art. 111, comma 4 Cost. recita che «*la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni di chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte*

*dell'imputato o del suo difensore»,* altro non fa che porre una regola di esclusione di diretta matrice costituzionale (che opererebbe anche se non fosse stata inclusa nel codice di rito all'art. 526, comma 1-*bis*).

Ma a livello ordinario, abbiamo la sanzione della inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p., ed una norma straordinariamente ignorata sino ad oggi nelle sue potenzialità, che è l'art. 11, comma 2 d. lgs. n. 196 del 2003, secondo cui «*i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati*».

Se una riserva di legge esiste e se essa deve avere un portato di garanzia per il cittadino, la tesi è che ogni attività compiuta nel processo penale (ma la riflessione potrebbe avvenire anche al di fuori del suo ambito) in spregio a quella riserva dovrebbe essere ritenuta processualmente irrilevante.

Questa tesi non è frutto di mero tecnicismo, ha una sua parte “metafisica”, cioè un fine sostanziale cui tende. Ed è di porre un efficace freno al timore che l'incessante progresso tecnologico, nell'arrivare a scrutare sempre più a fondo nel nostro intimo e nel nostro animo, possa annichilire la nostra stessa individualità, in perfetto stile orwelliano.

Questo spiega anche perché l'obiezione principale alla mia tesi, che è quella di misoneismo, non regge. Io non predico una acritica chiusura del processo a tutto ciò che di nuovo la scienza riesca a inventare. Io dico solo, ed anzi questo lo affermo con forza, che ogni nuova modalità di intrusione nei nostri diritti fondamentali — e la riservatezza è uno di quelli più importanti — deve essere attentamente valutata, soppesata ed infine, se del caso, disciplinata dal legislatore, prima di divenire strumento investigativo nelle mani di chi ci può arrestare, perseguire, processare.

Il problema è che noi abbiamo sempre, come riferimento, il nostro legislatore, storicamente disattento, tardo, quando non immobile: quanto mai distante dalla figura, a cui penso io ed a cui tutti noi dovremmo pensare, di un legislatore che abbia davvero a cura i diritti fondamentali dei suoi cittadini.