

QUESITI

Elena Andolina

L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra *standard* di tutela della *privacy* e onde eversive

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela della sfera privata nel sistema delle fonti di diritto processuale penale. – 3. La legittimità “condizionata” delle ingerenze nella vita privata. – 4. Vecchi principi e nuovi limiti all'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali: la legalità processuale. – 5. Le prassi elusive del criterio di legalità. La captazione dei dati “non comunicativi” di localizzazione tecnologica. – 6. (*Segue*) La captazione dei dati di natura visiva. – 6.1. (*Segue*): e quella dei dati digitali. – 7. Il principio di proporzione come limite delle scelte politiche del legislatore. – 8. Vuoti normativi dei criteri di stretta necessità e proporzionalità: l'art. 132 del «codice *privacy*». – 9. Il vaglio razionale di proporzionalità come argine agli abusi della prassi. La raccolta arbitraria della *electronic evidence*.

1. È noto come l'incessante sviluppo tecnologico-scientifico, nell'offrire agli organi investigativi sofisticate, e sempre più pervasive, metodologie di controllo di fondamentale impatto sul terreno dell'accertamento penale, abbia ampliato le esigenze di tutela delle garanzie e dei diritti inviolabili della persona¹.

Nel contesto delle modalità di indagine di nuova generazione, un rilievo centrale assume, in corrispondenza al progredire delle forme di condivisione delle informazioni, il ricorso generalizzato agli strumenti di raccolta automatizzata di dati personali (siano essi dati “non comunicativi” di localizzazione, dati relativi ad immagini, dati digitali o, piuttosto, dati c.d. di traffico).

Alla crescente esposizione pubblica della sfera privata, *id est* di quello «spazio vitale che circonda la persona»², tende però a corrispondere nel diritto vivente, a fronte di un dato normativo frammentario, se non addirittura lacunoso ed obsoleto³, un insoddisfacente grado di attenzione verso la

¹ Sulla «correlazione necessaria» tra progresso tecnico e vulnerabilità della sfera privata, già, BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1079.

² Cfr. Corte cost., n. 366 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 2914, o, in altri termini, della sfera di riserbo essenziale al pieno sviluppo della persona umana (PISANI, *La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 785).

³ Né l'obiettivo di una tutela organica di una materia ampia e dinamica, come quella della *privacy*, può dirsi raggiunto dal Codice per la protezione dei dati personali, introdotto con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e sostituitosi alla l. 31 dicembre 1996, n. 675. L'inadeguatezza ed il carattere obsoleto della normativa italiana sono sottolineati, da ultimo, da ORLANDI, *La riforma del processo penale fra*

protezione della stessa. Una scarsa considerazione che, oltre a stridere con il rilievo di cui gode, in ambito europeo, la *privacy* in rapporto al trattamento dei dati personali⁴, contraddistingue negativamente il nostro sistema rispetto ad altri ordinamenti di diritto continentale, in specie quelli di area tedesca, in cui si registra invece un'accentuata sensibilità nei confronti del tema in esame⁵. Per vero, pur inscrivendosi oramai a pieno titolo nella cornice dei diritti fondamentali della persona, e (pur) formando oggetto di tutela penale⁶, nondimeno il diritto al rispetto della «vita privata»⁷ continua ad essere percepito – secondo un anacronistico approccio riduttivo, foriero, tra l'altro, di confusioni concettuali⁸ – come un interesse più blando meritevole di protezione (solo) entro i ristretti confini degli artt. 14 e 15 Cost.

I riscontri sono noti. Per un verso, in assenza di “paletti” certi, e nell'attesa di intervento legislativo, la giurisprudenza di legittimità ha finito per svolgere una funzione di creazione normativa dando ingresso a mezzi di ricerca della prova innominati, tutt'altro che privi di capacità intrusiva (si pensi alle forme di sorveglianza visiva e a quelle di localizzazione tecnologica di cose o persone), talora a prescindere da qualsivoglia garanzia. Per altro verso, in presenza di un dato normativo non sufficientemente determinato, si registra la propensione ora a svuotare di effettività le scarse garanzie previste dal legislatore (così, in materia di *data retention*, si pensi all'obbligo del p.m. di motivare il decreto di acquisizione dei dati c.d. di traffico), ora a superare i limiti segnati dal criterio di proporzionalità e di pertinenzialità del dato/i al

correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1154.

⁴ La protezione dei dati personali riveste un'importanza fondamentale per l'Agenda digitale europea [Com (2010) 245 def.] e, più in generale, per la strategia Europea 2020, in *ec.europa.eu*.

⁵ Per l'ampio dibattito che, in tali ordinamenti, ha accompagnato le nuove forme di aggressione al diritto alla riservatezza, v. RUGGIERI, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti. Associazione tra gli studiosi del processo penale*, Milano, 2009, 207 ss.

⁶ Cfr. art. 615-bis c.p. ed artt. 167-168 d.lgs. n.196 del 2003.

⁷ L'espressione – risalente a CARNELUTTI, *Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 5 – corrisponde a quella anglosassone di «*privacy*» di cui ne costituisce la traduzione (PATRONO, voce *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 558 ss.). Per l'impiego della locuzione «*privatezza*», UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, 202 ss., ed, inoltre, UBERTIS, PALTRINIERI, *Intercettazioni telefoniche e diritto umano alla privatezza nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 606.

⁸ Si registra la tendenza, anche da parte della dottrina processualpenalistica, ad un impiego indifferenziato di nozioni, quali quelle di vita privata e di riservatezza, affatto coincidenti; atteso che la riservatezza, esprimendo la pretesa alla non divulgazione di informazioni inerenti alla sfera personale, individua solo uno dei profili compresi nella più ampia e composita nozione di vita privata (in termini analoghi, già, PATRONO, voce *Privacy e vita privata (dir. pen.)*, cit., 561 ss.). Per una precisazione dei rapporti tra riservatezza e *privacy* si rinvia a CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, 15 ss.

reato (così, nell'ambito delle indagini informatiche).

In tale quadro, dopo un'attenta riflessione sui limiti, per così dire fisiologici alla nostra Costituzione, imposti dal rispetto dei diritti fondamentali della persona, all'ammissibilità dei mezzi di ricerca (ed assicurazione) della prova incidenti sulla vita privata, si rende necessario un ripensamento dei rapporti tra *privacy* ed esigenze investigative, in aderenza agli *standard* para/infracostituzionali che ne improntano la tutela.

Un'occasione preziosa in tal senso è offerta dalla decisione con cui la Corte di Giustizia, vestendo i panni di giudice costituzionale dell'UE, è intervenuta sulla questione relativa ad una possibile violazione dei diritti fondamentali da parte della direttiva 2006/24/CE in materia di *data retention* dichiarandone l'invalidità⁹. Non può negarsi, invero, come, nel ribadire gli specifici parametri di legittimità giuridica cui deve conformarsi ogni ingerenza nella vita privata, questa decisione venga a rivestire una portata più generale, proiettando delle ombre sulle onde eversive provenienti dalla prassi.

2. Non sembra possa più revocarsi in dubbio la centralità che, nel nucleo dei diritti fondamentali rilevanti nel processo penale¹⁰, riveste il diritto al rispetto della vita privata quale diritto a garanzia multipla; concorrendo alla sua tutela diversi livelli ordinamentali tra loro correlati in un sistema "reticolare" (c.d. *multilevel protection*). Seppur non direttamente garantito nella Costituzione italiana, esso non solo si è imposto da tempo nell'assiologia costituzionale come diritto inviolabile della persona, ma rinviene una specifica, e compiuta, tutela nel quadro delle fonti internazionalistiche in materia di diritti umani.

Sotto il primo profilo, non appare superfluo rammentare gli sforzi della giurisprudenza costituzionale - anticipati dalle intuizioni della dottrina più autorevole¹¹ - nella ricostruzione del bene vita privata come bene giuridico costituzionale; culminati, infine, nella individuazione di un fondamento normativo unitario nell'art. 2 Cost., concepito come clausola aperta, inclusiva

⁹ Cfr. Corte Giust. UE, Gr. Sez., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, Digital Rights Ireland e Seitlinger e altri Su questa storica decisione, v. *infra*, sub § 8.

¹⁰ *Id est*, dei «diritti fondamentali riconosciuti in campo extraprocessuale», ma suscettibili di essere violati dallo svolgimento dell'attività processuale (cfr. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, cit., 196).

¹¹ Con riferimento specifico alla dottrina penalistica, VASSALLI, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Scritti in memoria di Antonino Giulfrè*, IV, Milano, 1967, 24 ss., il quale muovendo dal «sicuro carattere interpretativo» delle disposizioni dell'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e dell'art. 8 della CEDU rispetto all'art. 2 Cost., e segnatamente alla formula «diritti inviolabili» in esso contenuta, perveniva al «riconoscimento, già *de iure condito*, di un diritto all'intimità della vita privata». In termini analoghi, BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, cit., 1094, e MANTOVANI, *Mezzi di diffusione e tutela dei diritti umani*, in *Arch. giur.*, 1968, 362 ss.

dei diritti della persona di nuova emersione¹². Sotto il secondo profilo, vengono in rilievo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 8 tutela direttamente la vita privata nel suo contenuto complesso¹³, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che, in stretto collegamento con il rispetto della vita privata e familiare (art. 7), riconosce autonomo rilievo alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8), quale ulteriore aspetto del diritto di ognuno al libero svolgimento della propria personalità.

È appena il caso di sottolineare come dette fonti sovranazionali, in virtù del rango infra-costituzionale (la CEDU)¹⁴ e para-costituzionale (la CDFUE) assunto nella gerarchia delle fonti – rispettivamente di norma interposta e di norma autonomamente precettiva (ovvero *self-executing* avente «lo stesso valore giuridico dei Trattati»: art. 6, par. 1, co. 1, TUE) sia pure entro l'ambito di competenza UE¹⁵ – penetrano all'interno del processo penale, quali ulteriori parametri di legittimità della normativa interna (sostanziale e processuale).

3. Perno del complesso sistema multilivello di tutela del diritto alla *privacy* in Europa, nonché base normativa della “costruzione” del diritto, di ultima generazione, al controllo delle informazioni relative alla propria persona (c.d. *data protection*)¹⁶, è senza dubbio l'art. 8 CEDU, nell'interpretazione offertane, ai sensi dell'art. 32 CEDU, dalla Corte europea¹⁷. È noto come la

¹² Cfr. Corte cost., n. 38 del 1973, in *Giur. cost.*, 1973, 362, che ha inquadrato il diritto alla riservatezza, tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., accanto al diritto al decoro, all'onore, alla rispettabilità, alla intimità e alla reputazione, e Cass. civ., Sez. I, 27 maggio 1975, Esfandiari c. Soc. ed. Rusconi, in *Riv. it. dir. intern.*, 1980, 293, che, uniformandosi alla Consulta, ha ammesso l'esistenza di un autonomo diritto alla riservatezza.

¹³ Sulla duplice dimensione, personale e sociale, oggetto di tutela nell'art. 8 CEDU, v. *infra*, sub nota 20.

¹⁴ È questo l'orientamento costante della Corte costituzionale, a partire dalle sentenze “gemelle” n. 348 e n. 349 del 2007; e ribadito, *ex plurimis*, da Corte cost., n. 30 del 2014, n. 210 del 2013, n. 230 e 78 del 2012, n. 303, n. 236 e n. 80 del 2011, n. 196 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009.

¹⁵ Cfr. Corte cost., n. 80 del 2011, in *Giur. cost.*, 2011, f. 2, 1224, che, nel confermare il diverso rango delle due fonti europee, per un verso ha negato la diretta applicabilità della CEDU, per altro verso ha comunque escluso, «con ogni evidenza», sulla base di quanto statuito dall'art. 6, par. 1, primo alinea, TUE e dall'art. 51 della CDFUE, che la Carta stessa «costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea». Sicché, (solo) limitatamente alle materie di competenza UE, il giudice ordinario potrà applicare direttamente la Carta, e disapplicare le norme interne che la contraddicono, senza passare attraverso il controllo del Giudice delle leggi.

¹⁶ Del quale diritto costituisce un fondamentale precedente il diritto all'autodeterminazione informativa, coniato dal Tribunale costituzionale tedesco nel 1983, in occasione della raccolta dei dati del censimento, con il celebre *Volkszählungsurteil* (*Bundesverfassungsgericht*, 15-12-1983, 1 BvR 209/83); e fondato sul rispetto di due libertà fondamentali garantite dal *Grundgesetz*, il diritto al libero sviluppo della personalità e l'intangibilità della dignità dell'uomo.

¹⁷ Con riferimento alla funzione interpretativa eminente riconosciuta alla Corte di Strasburgo, è

sfera privata, ricondotta sotto la tutela di quest'articolo, attesa l'ampiezza della relativa nozione¹⁸, copra, *inter alia*, il diritto dell'individuo «di intessere e sviluppare relazioni con i propri simili»¹⁹: uno spazio di interazione con il mondo esterno, nel cui ambito rientra il diritto al controllo dei propri dati personali²⁰.

Nella cornice convenzionale, il diritto al rispetto della vita privata non gode, peraltro, di tutela assoluta, ma, entrando in rapporto di tensione dialettica con altri interessi meritevoli di protezione, si configura piuttosto come diritto fondamentale "aperto" a possibili limitazioni e bilanciamenti²¹.

Intrusioni nella sfera privata sono tollerabili, alla stregua del canone di interpretazione restrittiva desumibile dall'art. 8, co. 2, CEDU²², solo nella misura in cui siano conformi agli specifici criteri di legittimità giuridica (legalità, necessità e scopo) ivi contemplati. ...

Testo integrale riservato ai soli Abbonati

ricorrente nella giurisprudenza della Corte costituzionale la precisazione che le disposizioni della CEDU e dei suoi protocolli vanno applicate nel significato loro attribuito dalla Corte EDU alla luce dei suoi approdi ermeneutici. Nello stesso senso, v., pure, Corte cost., n. 39 del 2008 in cui, più marcatamente, si parla di soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo «alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi» (conf. Corte cost., n. 113, n. 181, n. 236, n. 245 e n. 303 del 2011; n. 93 del 2010; n. 311 e n. 317 del 2009).

¹⁸ L'espressione vita privata è «nozione ampia non suscettibile di una definizione esaustiva» (Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 4 dicembre 2008, S. e Marper c. Regno Unito, § 66; Id., Sez. IV, 29 aprile 2002, Pretty c. Regno Unito, § 61).

¹⁹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 4 maggio 2000, Rotaru c. Romania; in termini analoghi, Id., Sez. V, 2 settembre 2010, Uzun c. Allemagne.

²⁰ L'interpretazione evolutiva della Corte di Strasburgo, valorizzando la *vis expansiva* dell'espressione «vita privata», ha incluso nell'ambito dell'art. 8 CEDU sia la tutela dell'integrità fisica e morale, inerente alla dimensione individualistica della vita privata-intimità, sia la tutela del diritto a intrattenere relazioni con i propri simili, in cui rientra il diritto alla *data protection*, inerente alla dimensione sociale della vita privata-libertà. Su tale ampia dimensione del diritto al rispetto della vita privata, TIBERI, *Riservatezza e protezione dei dati personali*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 361 ss.; PATRONO, *Privacy e vita privata (dir.pen.)*, cit., 560 ss.

²¹ Secondo una tecnica comune anche agli articoli 9-11 CEDU, nonché all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1. Sono, invece, assolutamente inviolabili, perché non tollerano limitazioni o deroghe, i diritti individuati dall'art. 15, co. 2, CEDU.

²² Corte eur. dir. uomo, Sez. V, Rotaru c. Romania, cit.; Id., Gr. Cam., 6 settembre 1978, Klass c. Germania.