

INTRODUZIONE

L'evoluzione delle forme di telecomunicazione e l'introduzione di strumenti informatici nuovi ha determinato una radicale trasformazione dei tradizionali reati che ad oggi si rivelano più semplici da realizzare e talvolta più remunerativi. Allo stesso tempo anche gli organi inquirenti hanno saputo cogliere i benefici dell'innovazione tecnologica, e al fine di facilitare le operazioni di polizia, hanno messo a punto l'utilizzo di potenti strumenti investigativi che si sono rivelati efficaci per la lotta contro il crimine.

Tra i tanti strumenti utilizzati si ricordano i captatori informatici che hanno determinato un monitoraggio e una captazione reale e da remoto di tutta la nostra sfera privata tale da far sembrare l'intercettazione telefonica e la videoripresa in una data abitazione come strumenti vecchi e obsoleti.

Tali captatori, come si avrà modo di vedere nel corso della trattazione, vengono introdotti su smartphone, tablet, e computer autoinstallanti¹ che aggirando i sistemi di sicurezza consentono agli ufficiali di polizia giudiziaria di poter decifrare tutto ciò che viene digitato sulla tastiera, monitorare la navigazione in internet, perquisire i files salvati negli hard disk o in cloud, accedere alle applicazioni di posta elettronica certificata e leggere il contenuto delle mail, intercettare sia le conversazioni telefoniche in entrata e in uscita che attivare il microfono ed effettuare intercettazioni ambientali o addirittura attivare la videocamera e riprendere tutto ciò che viene inquadrato. .

Si tratta di prestazioni che consentono agli organi inquirenti di poter accedere e penetrare nell'intimità di una persona in una misura tanto profonda quanto pervasiva² che può finire col minacciare il diritto alla riservatezza dei cittadini, sia quelli sottoposti alle indagini che i terzi coinvolti, e inquinare la qualità di vita democratica di un paese.

¹ La prassi più diffusa prevede la diffusione del software autoinstallante attraverso una mail proveniente da un'amministrazione pubblica non sospetta o attraverso il download da un sito abitualmente frequentato dalla vittima.

² Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet giuridica 1999 pag, 66

Ciò ha determinato un interesse, sempre più crescente, da parte delle istituzioni europee al fine di individuare un equilibrato bilanciamento tra le esigenze investigative da un lato e dall'altro il rispetto di un diritto fondamentale come la privacy.

Il presente elaborato, dopo avere ricostruito le condizioni storiche che hanno permesso la nascita e la configurazione del diritto alla riservatezza e della privacy dell'individuo, nel corso del primo capitolo ne analizza il contenuto, che dalla sua storica definizione quale diritto ad essere lasciato solo acquisisce una connotazione più moderna e dinamica, ora inteso come il diritto della persona di controllare che le informazioni e i dati che la riguardano vengano trattati e analizzati da altri solo in caso di necessità; in un contesto caratterizzato dalla preminenza della persona e dei suoi valori, della sua libertà e autonomia, il diritto alla privacy e alla riservatezza necessita di adeguata tutela poiché diventa la preconditione necessaria per partecipare alla vita sociale e difendere la propria dignità e libertà dall'oppressione dei regimi totalitari e dalle spinte verso la costruzione di una società della sorveglianza, della classificazione, della selezione sociale³. Dunque la tutela dei dati personali diventa la condizione ineludibile per l'esercizio di altri diritti e libertà fondamentali costituzionalmente garantite.

Segue pertanto una analisi delle pronunce giurisprudenziali che, in assenza di una configurazione e collocazione Costituzionale del diritto alla riservatezza, hanno attribuito cittadinanza ad esso considerandolo quale corollario dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dal sistema dei principi costituzionali e in quanto tale bilanciato con altri diritti parimenti meritevoli di tutela, come il concetto di libertà di espressione e interesse sociale all'informazione.

³ S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità: Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, Cracovia 2004, www.garanteprivacy.it

Solo con la legge 31 dicembre 1996 n. 675, oggi sostituita dal Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196), meglio conosciuto con il nome di Codice della Privacy, il legislatore, prendendo atto del vuoto normativo e della necessità di intervenire di fronte alla crescente diffusione di strumenti informatici nuovi e alla veloce circolazione e appropriazione di notizie, viene sancito il diritto di chiunque alla protezione dei dati personali che lo riguardano ed il trattamento di questi dati deve svolgersi nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, subordinatamente al consenso espresso da questi prestato. Il diritto alla privacy, da diritto ad essere lasciati soli diventa quindi diritto alla protezione dei dati personali dell'individuo tutelato sia nella sfera privata che nelle relazioni sociali, ed oggetto di autodeterminazione decisionale e di controllo sulla circolazione dei propri dati.

Nel corso del secondo capitolo viene ricostruita la genesi e l'evoluzione storica delle intercettazioni di comunicazioni e conversazioni, delle intercettazioni ambientali e dei captatori informatici; si prosegue con l'analisi delle problematiche derivanti dall'utilizzo di strumenti informatici per fini investigativi, nella specie il modo in cui tali strumenti possano ledere il diritto alla riservatezza sia dei soggetti sottoposti alle indagini sia di quelli estranei alle indagini ma comunque coinvolti nelle conversazioni.

La trattazione prosegue con l'analisi delle pronunce della Corte Costituzionale, in particolare la sentenza n. 34/1973 con cui la Corte Costituzionale, pur dichiarando la legittimità della normativa in materia di intercettazioni di cui alla legge n. legge 517 del 1955, auspicava per una disciplina normativa che fosse in grado di tutelare realmente i diritti riconosciuti dall'art.

22 15 della Costituzione ai soggetti sottoposti alle intercettazioni e ai terzi con essi coinvolti.

Nelle pronunce successive (sent. 366/91 e n. 81/93), stante il persistente abuso dell'intercettazione come strumento di indagine, la Corte dunque sposerà il criterio della eccezionalità dell'intercettazione come mezzo particolarmente insidioso a cui ricorrere in caso

di *extrema ratio*, quando le esigenze di indagine per la repressione dei reati lo rendano indispensabile, con l'obbligo per il legislatore di prevedere particolari limiti e garanzie a tutela della sfera privata degli individui e dei terzi coinvolti. Diversamente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione dal 2016 sposteranno il criterio del “*doppio binario*” prevedendo che l'intercettazione ubiquitaria è ammissibile sempre, comunque e senza limiti per i reati di criminalità organizzata e con la sola eccezione del domicilio per gli altri reati previsti dall'elenco dell'articolo 266 del codice di procedura penale, allontanando l'ordinamento italiano dai sistemi più attenti alle istanze di tutela dei diritti fondamentali senza operare un concreto bilanciamento tra le esigenze investigative e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali alla riservatezza del domicilio, alla privacy e alla libertà di comunicazione.

Nel corso del terzo capitolo, dopo aver preso atto del vulnus di tutela per i soggetti coinvolti nelle intercettazioni telefoniche e ambientali, si evidenzia l'orientamento dei giudici della Corte Edu che in diverse occasioni hanno chiarito che l'ingerenza nella vita privata attraverso strumenti di intercettazione deve essere minuziosamente disciplinata da una legge che tracci la linea di confine tra la libertà dei cittadini e l'invadenza delle pubbliche autorità; a quest'ultima corre infatti l'obbligo di evitare la divulgazione di dati di natura privata e, in caso contrario, di effettuare inchieste efficaci per chiarire le modalità della divulgazione punendo i responsabili.

Sulla scorta di tale orientamento, sposato dalla Corte Costituzionale, ne è seguito un dibattito parlamentare sfociato nella legge delega n. 103 del 2017 a cui il Governo ha dato esecuzione con il D.lgs n. 216 del 2017 la cui entrata in vigore era prevista per il 26 luglio 2018, ma è stato a sua volta modificato dal decreto-legge n. 161 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 7 del 28 febbraio 2020.

La trattazione prosegue mettendo in luce gli aspetti critici della nuova disciplina, che si applica ai reati iscritti dal 1° settembre 2020 in cui il nodo centrale è il ruolo svolto dal Pubblico Ministero, che ai sensi dell'art. 268 comma 2-bis ha il dovere di *“vigilare affinché nei verbali non siano riportate espressioni lesive della reputazione delle persone o quelle che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini”*. Tale espressione consente di riconoscere al P.m un potere/dovere organizzativo interno al proprio ufficio che meglio di ogni altro rimedio appare funzionale alla realizzazione di quel giusto temperamento tra l'esigenza di accertamento della verità e diritti costituzionalmente garantiti quali appunto la privacy e la riservatezza dei soggetti coinvolti.

PRIMO CAPITOLO

AFFERMAZIONE DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA

Con il termine privacy o diritto alla riservatezza si intende la situazione giuridica soggettiva di chi ha la necessità di tutelare la propria sfera intima e privata, impendendo sia l' intromissione da parte di terzi sia che le informazioni personali e riservate siano divulgate in assenza di specifica autorizzazione

Giova precisare che mentre con il termine privacy o riservatezza vogliamo rappresentare uno spazio personale che gli sconosciuti non possono oltrepassare, diversamente con la protezione dei dati personali, intendiamo un sistema di trattamento degli stessi che identifica direttamente o indirettamente una persona e tutela l'individuo nelle relazioni sociali, garantendogli il controllo sulla circolazione dei propri dati.

I due concetti pertanto non si equivalgono, non sono sinonimi, perché quando parliamo di privacy e di riservatezza intendiamo la tutela della sfera privata, mentre la protezione del dato riguarda tutte le informazioni su una persona.

Tuttavia, come vedremo nelle pagine a seguire, la diffusione degli strumenti informatici e la velocità attraverso cui le notizie di una persona oggi circolano, ha determinato la sovrapposizione dei due concetti giacché oggi quando parliamo di protezione dei dati personali intendiamo qualsiasi dato, non solo identificativo della persona ma anche attinente alla sfera personale e privata.

Per comprendere appieno l'evoluzione della complessa nozione di privacy, occorre partire
dalla nascita e dall'affermarsi di tale diritto.

1.1 Origini antiche e moderne.

Si tratta di un concetto che ha origini molto antiche ed autorevoli, già riscontrabile in trattati filosofici di grande rilievo in cui si inizia a far riferimento ad un “*senso di riservatezza*”. Aristotele, nella sua *Politica*, distingue tra Polis, sfera pubblica dell'individuo, correlata alle attività cittadine, ed Oikos, sfera privata, associata alla vita domestica.

Viene così stabilito l'ambito personale, distinto da pubblico e politico. Per gli antichi greci il coinvolgimento da parte degli uomini nella vita pubblica era di fondamentale importanza; parallelamente, però, riconoscevano al singolo la necessità di una sfera propria e riservata, da intendersi come luogo in cui occuparsi dei propri bisogni⁴.

Secondo buona parte degli storici è possibile far risalire le origini moderne del diritto alla privacy al 15 Dicembre del 1890, quando Samuel Warren (Avvocato) e Louis Brandeis (Giudice) pubblicano un celebre articolo sulla famosa rivista accademica “*Harvard Law Review*”, intitolato “*The Right to Privacy. The Implicit Made Explicit*”. In questo articolo il diritto alla privacy veniva definito come il diritto ad essere lasciato solo (*to be let alone*).

L'articolo nasce in occasione della preparazione di una causa contro le indiscrezioni della vita matrimoniale della moglie dello stesso Warren da parte della “*Evening Gazette di Boston*” uno dei primi giornali ad utilizzare la stampa rotativa. I due giuristi si trovarono in quell'occasione a discutere sul concetto stesso di privacy osservando come i cambiamenti politici, sociali ed economici della società americana di fine ottocento, insieme ad un forte progresso tecnologico, come l'invenzione della fotografia, portavano con sé, oltre ai sicuri ed evidenti benefici per la collettività, alcuni rischi come la diffusione veloce delle notizie di una persona: da qui i due iniziarono a riflettere su quali informazioni riguardanti la vita personale

⁴ www.diritto.it

di un individuo dovessero essere di pubblico dominio e quali, invece, meritassero una tutela dalla curiosa invadenza altrui.

In realtà due anni prima, nel 1888 fu il giudice Thomas Cooley a porsi il problema di una tutela della riservatezza dell'individuo e scrisse un saggio sugli illeciti extracontrattuali⁵, in cui esaminò il diritto alla privacy come diritto funzionale alla sicurezza personale. Tuttavia si era nell'ambito degli illeciti extracontrattuali e non ancora in quello dei diritti della persona e il giudice coniò una formula interessante ripresa successivamente da Brandeis e Warren: "*the right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone*".

I due giuristi Brandeis e Warren focalizzando la loro attenzione sulla necessità dell'individuo di porsi al riparo da indiscrezioni almeno all'interno delle proprie mura domestiche, arrivarono ad elaborare un vero e proprio diritto alla privacy di ogni persona costantemente violato dalle sempre più frequenti invasioni da parte degli organi di stampa e dunque meritevole di un riconoscimento da parte dell'ordinamento e di una disciplina che ne valutasse i limiti e lo proteggesse dalle continue violazioni.

Si tratta di un concetto maturato nell'ambito di un contesto giuridico e culturale di ispirazione liberale, come quello degli ordinamenti di Common law che già riconoscevano la tutela della proprietà privata di ogni persona, consentendo a ciascuno di tracciare dei confini fisici per non permettere agli altri di invadere le proprie terre, e da cui derivava implicitamente anche la tutela dello spazio interiore di ciascuno inteso come quello spazio domestico in cui ognuno poteva fare e pensare senza ingerenze, al riparo da occhi ed orecchie altrui.

22 Vi è da aggiungere che in quel periodo la struttura politica economica e sociale della società americana era completamente trasformata: era il periodo successivo alla Guerra Civile, che aveva distrutto molto, ma allo stesso tempo permise agli Stati Uniti un repentino balzo verso

⁵ T.C. Cooley, *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs which Arise Independent of Contract*, Callaghan & Company, Chicago, IL, 1888, p. 29. La citazione "*the right to be let alone*" è tratta dalla prefazione alla seconda edizione dell'opera del giudice Cooley, che fu scritta in realtà nel 1879.

la modernità grazie all'industrializzazione che prende piede velocemente, e cambia l'assetto della vecchia America contadina che da piccole comunità nate attorno alla proprietà terriera si traduce in una nuova classe sociale operaia, che lavora nelle fabbriche ed ha bisogno di vivere in città. A ciò segue un cambiamento della quotidianità non più basata su rapporti di parentela o di vicinato, grazie ai quali ogni esperienza è condivisa ed ogni sapere è collettivo, ma è vissuta in grandi città dove il lavoro è frenetico e non si è più in grado di curare le relazioni interpersonali.

La stampa dei quotidiani e l'invenzione della fotografia istantanea che permette di corredare gli articoli dei quotidiani con le immagini dei loro protagonisti consente, in questo nuovo contesto, di colmare il vuoto creato dall'assenza di relazioni interpersonali e di usufruire di informazioni di pubblica utilità, notizie di interesse generale, avvenimenti d'oltreoceano, pettegolezzi locali: il quotidiano dunque permette una rinnovata compenetrazione negli affari altrui.

Secondo Alan Westin, la classe sociale più colpita ed offesa dai cambiamenti emersi nel settore tecnologico, era proprio l'aristocrazia, legata ancora ad un forte sentimento di intangibilità, che riteneva le fosse dovuto dalle classi sociali inferiori. Il fatto che la stampa scandalistica esponesse alla pubblica divulgazione ogni attività e vizio dei personaggi più in vista dell'alta società, era ritenuto da questi ultimi ingiustificato ed aggressivo⁶.

Dunque il concetto di privacy nasce nel nuovo continente come necessità di difendersi dall'intrusione di privati, giornali, aziende, altre persone, mentre come vedremo, in Europa l'idea è quella di difendersi dall'intrusione dello Stato⁷.

22 **1.2 Origini in Europa: CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Convenzione 108**

⁶ A. Westin, *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970, pag. 348

⁷ Come si è arrivati al GDPR: dalla privacy al Regolamento, www.privacylab.it

In Europa, si assiste a un diverso evolversi del diritto alla riservatezza o privacy. Quando il concetto arriva nel vecchio continente è il periodo post-bellico, in cui gli stati totalitari sono caduti e il regime sovietico è attivo più che mai.

I diversi ordinamenti nazionali hanno avuto notevoli difficoltà nel raggiungimento di un accordo sul contenuto del diritto in questione; inoltre mentre il concetto americano di privacy nasce da un'esigenza di sicurezza legata alla sfera interiore e personale della persona rispetto alle indiscrezioni di altri privati, quello che inizia a profilarsi in Europa è l'esigenza di protezione della sfera privata e dei dati personali del soggetto rispetto allo Stato.

Si pensi a come negli anni 30', il governo Olandese istituì un registro anagrafico in cui venivano riportati i dati identificativi dei cittadini come *il nome, il numero di identificazione, i dati relativi all'ubicazione ed altri elementi caratteristici della loro identità economica, culturale o sociale*, come confessioni religiose ed altre informazioni personali.

Il registro fu accolto con favore perché avrebbe facilitato il compito dell'amministrazione pubblica nell'erogazione dei servizi e riformato i rapporti tra le tante culture religiose. Quando i nazisti invasero i Paesi Bassi e vennero in possesso del registro, ebbero vita facile nell'utilizzare le informazioni personali di milioni di cittadini olandesi per identificare, perseguire ed assassinare molte persone a causa delle loro origini etniche, religiose e razziali. Dal loro canto gli olandesi avevano fornito i loro dati personali perché avevano fiducia nel loro governo e nel programma di assistenza che questo voleva perseguire ma non avevano previsto l'invasione nazista ed il registro, che era di fatto una accurata profilazione sociale, gli si ritorse contro⁸.

- 22 Alla luce di quanto accaduto, dopo la fine della seconda guerra mondiale è sorta così l'esigenza di proteggere i dati personali ed i relativi trattamenti dall'ingerenza di un autorità pubblica durante l'esercizio del diritto alla libertà individuale, e prima che si giungesse

⁸ www.agendadigitale.eu

all'adozione di una normativa specifica in materia, i primi riferimenti alla privacy e alla riservatezza in tal senso, si possono trovare in ambito Europeo nella *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 1950 (CEDU⁹⁹), firmata a Roma nel novembre del 1950 dai 12 stati all'epoca membri del Consiglio d'Europa e ratificata in Italia nel 1955. L'articolo 8 della Convenzione sancisce il diritto al rispetto della vita privata prevedendo che *“ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”*.

La convenzione inoltre stabilisce che non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio del diritto alla propria libertà individuale, con l'eccezione di ingerenze previste dalla legge come misure necessarie per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Questo fondamentale concetto è stato riportato e ampliato in epoca successiva in altri accordi internazionali, come quello di Schengen, e nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (Carta di Nizza del 2000) che all'art. 7 recita: *“Tutti hanno il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, della propria casa e delle comunicazioni.”* e all'art. 8 recita: *“Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente”*.

⁹⁹ La Convenzione in questione non va confusa con la CE, la CEE, l'UE. La CEDU è una Convenzione internazionale redatta e adottata nell'ambito del Consiglio d'Europa, che non è né il Consiglio dell'Unione né il Consiglio Europeo, quindi non c'entra con l'Unione Europea. È un'organizzazione internazionale che *promuove la democrazia, i diritti umani, l'identità culturale europea e la ricerca di soluzioni ai problemi sociali in Europa*, con sede a Strasburgo. Ne fanno parte alcuni Stati che rientrano nell'UE e altri che invece sono fuori dall'UE. Hanno aderito alla CEDU sia la Turchia che la Russia, che non sono Stati dell'Unione Europea. Come si è arrivati al GDPR: dalla privacy al Regolamento, www.privacylab.it