

Il diritto alla *privacy* tra passato, presente e futuro

Francesca Fabris

ABSTRACT

Nonostante si tratti di un concetto diffuso, non esiste una uniforme definizione di diritto della *privacy*. La natura poliedrica del concetto di *privacy* risulta ancor più evidente ripercorrendone l'evoluzione storica dalle origini sino agli ultimi interventi legislativi. Da tale analisi

emerge come, alla luce del passato e del presente, molti non potranno che essere in futuro gli ulteriori interventi necessari in materia, quantomeno fintanto che non si diffonderà una vera e propria cultura della *privacy*.

SOMMARIO

1. L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI PRIVACY;
2. IL DIRITTO ALLA PRIVACY NELL'ORDINAMENTO ITALIANO;
3. LA TUTELA DELLA PRIVACY

PAROLE CHIAVE

PRIVACY; RISERVATEZZA;
DATI PERSONALI;
AMMINISTRATORE DI SISTEMA

1 - L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI PRIVACY

È comune ritenere che il concetto di *privacy* sia il recente parto della mente di qualche giurista, causa forse il termine anglosassone utilizzato.

In realtà la nozione di *privacy* ha antiche e nobili origini, come magnificamente esposto da Sergio Nizer nella sua opera *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*¹. Questo autore ripercorre l'evoluzione storica vissuta dal diritto alla *privacy*, dai tempi dell'Antica Grecia sino ad oggi evidenziando come «la nozione di *privacy* non è una nozione unificante. Non è cioè un concetto che esprime esigenze uniformemente e coerentemente diffuse nella storia e nella collettività»².

Gli antichi greci ritenevano fondamentale, quasi un dovere, per i propri cittadini maschi,

1 S. Nizer, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Padova 2006.

2 S. Nizer, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., p.XI

la partecipazione alla vita pubblica³; essi riconoscevano anche la necessità per ognuno di avere una sfera privata, ma si trattava dell'ambito strettamente limitato all'espletamento dei propri bisogni e delle proprie necessità, vicino alla fondamentale *bios politikos*⁴.

La polis riteneva e tutelava come sacri i confini della proprietà ma a fondamento di ciò non vi era il rispetto della proprietà privata, come saremmo portati a credere, bensì il fatto che «senza una casa un uomo non poteva partecipare agli affari della città, perchè in essa non

3 «un uomo che visse solo una vita privata e che, come lo schiavo, non potesse accedere alla sfera pubblica o che, come il barbaro, avesse scelto di non istituire un tale dominio, non era pienamente umano», H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. di A. Dal Lago, Milano, 2001, p.19.

4 «Di tutte le attività necessarie e presenti nelle comunità umane, solo due erano stimate politiche e costitutive di quello che Aristotele chiamò il *bios politikos*, cioè l'azione (*praxis*) e il discorso (*lexis*), da cui trae origine il dominio degli affari umani [...], dal quale ogni cosa meramente necessaria o utile è rigorosamente esclusa», ibidem

aveva un luogo che fosse propriamente suo»⁵.

La *privacy* fine a se stessa, come vita spesa fuori dal mondo comune, acquisiva una connotazione quasi antisociale, tanto che «lo stesso Platone riteneva che in una società ideale non vi fosse alcun bisogno di una sfera privata in cui l'individuo potesse rifugiarsi. Questo bisogno veniva visto come un pretesto per sottrarsi agli obblighi etici e sociali»⁶.

Proseguendo nella propria evoluzione, il termine privato divenne, in età medievale, sinonimo di familiare. In quell'epoca, infatti, la vita privata era basata sulla fiducia reciproca che univa i membri del gruppo⁷, dando luogo, quindi, ad una vita familiare intesa in senso conviviale, ove non vi era spazio per l'individualità.

Con la feudalizzazione il potere pubblico si frammentava in uno «sbriciolamento che finisce col disseminare i diritti del potere pubblico, di casa in casa, col trasformarsi di ogni grande casa in un piccolo stato sovrano dove si esercita un potere che pur essendo contenuto in una cornice ristretta, pur essendosi infiltrato in seno alla dimora, conserva nondimeno il suo carattere originale che è pubblico»⁸. La società feudale era, pertanto, caratterizzata dalla fitta serie di relazioni che collegavano gli individui che ne facevano parte, finché si svi-

5 S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., p.2.

6 Ibidem.

7 «Attorno ai termini che esprimono a quest'epoca la nozione di *privacy* c'è in effetti una costellazione di altri termini che arricchiscono questa nozione. Sofferamoci su uno di questi, *commendatio*, parola chiave, in verità poiché definisce l'entrare in quella relazione su cui si costruiva la concordia nell'interno dei gruppi privati. Come tradurre? Con quest'atto un individuo si affida, affida la sua persona, si lega al capo di un gruppo e attraverso di lui, a tutti coloro che formano il gruppo, con un legame affettivo molto potente che la lingua volgare e la lingua dotta chiamano amicizia e che costituisce il cemento di tutti gli ordinamenti interni: da tali rapporti è strutturata un'entità sociale riparata da una chiusura protettiva contro la legge, la cui tendenza è ad espandersi, a insinuarsi; quando il potere esteriore riesce a farlo, manifesta la sua potenza mediante un simbolismo di penetrazione», G. Duby, *Potere privato, potere pubblico*, in Ariès P., Duby G (a cura di), *La vita privata*, vol. II, Roma-Bari, 2001, p.10.

8 Ibidem.

luppò, come chiaramente esposto da Mumford nel suo libro *La cultura delle città*, il senso di intimità⁹. «Questo infatti significava la possibilità di appartarsi a volontà dalla vita e dalle occupazioni in comune con i propri associati. Intimità durante il sonno; intimità durante i pasti; intimità nel rituale religioso e sociale; finalmente, intimità nel pensiero.. questo fatto segna la fine delle reciproche relazioni sociali fra i ranghi superiori e quelli inferiori del regime feudale: relazioni che avevano mitigato la sua oppressione. Il desiderio di intimità segnò l'inizio di quel nuovo schieramento di classi che era destinato a finire nella lotta di classe senza quartiere e nelle rivendicazioni individualistiche di un periodo posteriore»¹⁰.

Fu così che, con il disgregarsi della società feudale, si affermò la *privacy* nella connotazione a noi più vicina.

Secondo Ariès tra gli elementi che contribuiscono all'evoluzione di tale concetto vi furono indubbiamente la progressiva costruzione dello stato moderno e lo sviluppo dell'alfabetizzazione¹¹.

«I secoli XVIII e XIX rappresenterebbero secondo autorevoli storici, l'età aurea del privato, in cui si precisano parole e cose e le nozioni si affinano»¹².

Appare doveroso rammentare che a tale periodo risale proprio il *right to privacy*, ovvero la *privacy* in ambito giuridico, di Warren e Brandeis, i quali evidenziarono l'esigenza di protezione giuridica della personalità di ogni individuo. Essi indicarono *thoughts, sentiments and emotions*, come i beni da tutelare giuridicamente in capo ad ogni individuo.

Così la giurisprudenza anglosassone, equiparando la violazione della *privacy* a quella del domicilio o dei luoghi privati, estese a tutela della sfera privata le stesse regole che erano

9 «il primo mutamento radicale [...] destinato ad infrangere la forma della casa abitazione medievale fu lo sviluppo del senso di intimità», L. Mumford, *La cultura delle città*, trad. it. Di E. e M. Labò, Milano 1967, p.53.

10 Ibidem.

11 P. Ariès, *Per una storia della vita privata*, in Ariès P., Duby G. (a cura di), *La vita privata*, vol. III, cit., p.VI.

12 S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., p.25.

state poste a garanzia del pacifico godimento delle proprietà¹³.

L'evoluzione del concetto di *privacy* non si arresta grazie soprattutto all'interpretazione giurisprudenziale, «trovando esplicazione in situazioni profondamente differenti che vanno dal diritto del singolo ad impedire comportamenti intrusivi nella propria vita privata ad opera dei media, al diritto di aborto, alla libertà sessuale»¹⁴ e così manifestando tutta la propria natura poliedrica. Si giunge, pertanto, a parlare di *informational privacy* e di *decisional privacy*. Entrambe hanno «come fulcro il riconoscimento e la garanzia del potere di autocontrollo in capo al singolo, che nel primo caso si manifesta in una sorta di signoria sulle informazioni inerenti la propria persona, traducendosi in un limite non solo alla diffusione di indiscrezioni sulla vita privata, ma anche, più in generale, alla raccolta ed all'impiego arbitrario dei dati personali; mentre nella seconda declinazione la *privacy* diviene la libertà di autodeterminarsi rispetto alle scelte personali, siano esse pertinenti al procreazione, la libertà sessuale o la libertà di organizzazione»¹⁵. Il concetto di *right to privacy* finisce per diventare un "contenitore concettuale", come lo chiama Mantelero¹⁶, all'interno del quale confluiscono tutte le modalità di tutela della libertà personale garantite al singolo dallo Stato.

2. IL DIRITTO ALLA PRIVACY NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Da quanto sin qui richiamato emerge chiaramente la difficoltà di fornire una definizione di *privacy*. Si tratta di un diritto che proprio per la sua intrinseca complessità non ha trovato immediatamente riconoscimento in Italia.

Vista l'assenza, nel nostro ordinamento, di una norma generale e astratta a definizione e tutela di tale diritto, il problema principale è stato quello di trovare un "appiglio" normativo

¹³ La tutela di tale diritto veniva azionata mediante il *trespass*.

¹⁴ A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, Milano, 2007, p.1.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

dal quale far derivare la tutela generale dell'interesse alla riservatezza.

Ecco che il fondamento della tutela alla *privacy* è stato rinvenuto negli articoli 13 e 3 della Costituzione, il primo parla di inviolabilità della persona, il secondo di diritto alla dignità.

La riservatezza viene quindi individuata come quello «interesse che in base ad una certa valutazione legislativa e sociale risulta fondamentale per l'individuo. Questi ha bisogno per poter condurre la propria vita di vedersi riconosciuto un certo ambito privato dal quale poter escludere l'altrui ingerenza; è la stessa natura umana che rifiuta l'indiscriminata pubblicizzazione di ciò che riguarda nell'intimo. Il rifiuto di tale riconoscimento finirebbe col menomare gravemente l'individuo e col pregiudicare lo stesso valore della persona, quindi la sua dignità; di qui la tutela implicita, anche sotto questo aspetto, del diritto alla riservatezza»¹⁷. Definendo la riservatezza un valore essenziale della persona, il diritto alla *privacy* viene fatto rientrare tra i diritti inviolabili della persona e, quindi, tutelato dall'art. 2 della Costituzione. «In questa prospettiva l'art. 2 Cost. non è più una formula riassuntiva dei diversi diritti della persona costituzionalmente riconosciuti, ma una clausola generale attraverso la quale operare il continuo adeguamento delle garanzie giuridiche alle sempre nuove esigenze di tutela della persona»¹⁸.

È superfluo evidenziare come dette esigenze siano mutevoli nel tempo e come, soprattutto, il loro incremento sia direttamente proporzionale alla diffusione dei *computer*. Con la "distribuzione" dell'informatica, il *computer* non rappresenta più solamente uno strumento finalizzato allo svolgimento di un'attività lavorativa ma diviene un *home computer*; tutti possono così servirsene per giocare, studiare, disegnare, scrivere e addirittura creare banche di dati personali.

Se da un lato la diffusione dei *computer* rappresenta una indubbia conquista del progresso, non si può sottacere il rischio che tale

¹⁷ T.A. Auletta, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milano, 1978, p. 36.

¹⁸ S. Niger, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., p. 43.

diffusione accompagna: il consolidamento di quello che taluno definisce un "potere occulto". «Man mano che si amplia il numero dei possessori di *computer* si allarga conseguentemente quello dei detentori del nuovo potere informatico, consistente nel controllo sui singoli, reso possibile dall'acquisizione e dall'elaborazione di informazioni, spesso anche apparentemente neutre. Un potere spesso occulto, sia per le modalità di esercizio, essendo possibile un archivio di dati a completa insaputa dei soggetti interessati in assenza di alcuna regolamentazione, sia in ragione dell'ignoranza da parte delle persone a cui le informazioni si riferiscono di quelli che sono le modalità tecniche ed i meccanismi di gestione delle stesse»¹⁹. Tale potere occulto, all'inizio solo appannaggio della pubblica amministrazione, si è poi diffuso a macchia d'olio anche alle imprese private, basti pensare al fatto che nel 1981 in Italia le banche dati erano già 61.717²⁰ e da allora si sono moltiplicate esponenzialmente.

Accedendo ad una o più banche di dati o, addirittura, collegando i dati nelle stesse contenute, diviene possibile conoscere aspetti della vita di ciascuno, dalle abitudini di consumo ai propri rapporti sociali, dal proprio stato di buono o cattivo pagatore (si pensi alla Centrale rischi della banche) ai siti internet visionati più di frequente e perfino ai propri dati sanitari. Lungo è l'elenco di informazioni che vengono fornite, più o meno inconsapevolmente, e quotidianamente trattate.

Si è resa, quindi, subito manifesta la necessità di regolamentare tale attività. Quasi tutti gli stati europei hanno così adottato apposite legislazioni per la tenuta e l'utilizzo delle banche dati. Per quanto concerne l'Italia bisogna però aspettare sino al 1996²¹ perchè il nostro

19 A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, cit., p. 14.

20 Tale dato risulta dalla *Relazione al Parlamento sulla rilevazione delle banche dati privati ai sensi dell'art. 8, legge 1 aprile 1981, n. 121*, elaborata dal Ministero dell'interno e relativa ai dati aggiornati al 31 dicembre 1981, riportata in V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Le banche dati in Italia, Realtà normativa e progetti di regolamentazione*, Napoli, 1985, p. 217 e ss.

21 Il 31 dicembre 1996 entra in vigore la legge n. 675. Per uno studio comparatistico sul rapporto tra la l. 675/96

stato, in notevole ritardo rispetto agli altri stati europei, si doti di una normativa per il trattamento dei dati personali²². Successivamente vari altri testi normativi sono stati emanati in tale materia, testi che hanno trovato ordine nel noto Codice in materia di protezione dei dati personali adottato con il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196. Il legislatore, che ha riconosciuto sin dai primi articoli del Codice il "diritto alla tutela dei dati personali", non si è limitato ad ordinare la materia ma ha dettagliatamente regolamentato il trattamento dei dati.

È, infatti, «nella fase dinamica che affiora l'esigenza di affiancare una serie di tutele all'affermato diritto sui dati, in maniera da rendere effettivamente garantita e non meramente enunciata tale signoria riconosciuta a ciascuno dall'ordinamento. In tal senso il "diritto alla protezione dei dati personali" viene assicurato attraverso l'introduzione di precise regole di condotta a cui l'autore del trattamento deve attenersi, nonché mediante una proceduralizzazione del trattamento medesimo al fine di assicurare in via preventiva, con evidenti finalità deterrenti, la conformità della gestione dei dati al dettato normativo»²³.

Dall'esame del Codice sopracitato emerge con chiarezza il ruolo centrale assunto dal consenso del titolare del dati²⁴, ma non è l'unico elemento. Il legislatore infatti non vuole abbandonare la materia alle regole del mercato e, pertanto, riconosce comunque un nucleo minimo di protezione al singolo proprio con la regolamentazione di carattere procedimentale del trattamento. Egli mira a fissare delle regole comportamentali nonché tecniche al fine di prevenire un uso scorretto delle informazioni

e la direttiva comunitaria 95/46/CE si veda quello di Zeno-Zencovich, *Una lettura comparatistica della l. n. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p.734 e ss.

22 Oltre all'Italia l'unico altro stato appartenente all'Unione Europea e sprovvisto di una propria disciplina del trattamento dei dati personali era la Grecia.

23 A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, cit., p. 73-74.

24 e ciò a prescindere dalla sua qualificazione giuridica. Secondo alcuni infatti il consenso è un atto unilaterale secondo altri appartiene alla categoria dei negozi giuridici.

assunte pur in presenza del consenso.

3 - LA TUTELA DELLA PRIVACY

Purtroppo vi è un dato di fatto che lo stesso legislatore non ha potuto fare a meno di constatare: l'elevato numero delle violazioni nel trattamento dei dati personali.

Nella speranza di scoraggiare e limitare tali violazioni il legislatore ha nel corso degli anni previsto un inasprimento delle sanzioni, da ultimo con la conversione in legge del decreto legislativo n. 207 del 30/12/2008²⁵.

Per comprendere la portata economica di tali mutamenti appare opportuno fare alcuni esempi. Oggi, chi omette di svolgere l'informativa prevista dall'art. 13 del Codice della Privacy, o pone in essere un' informativa inidonea, è soggetto ad una sanzione che va dai 6.000,00 euro ai 36.000,00 euro; chi poi cede dati violando la normativa stessa è soggetto ad una sanzione che va dai 10.000,00 euro ai 60.000,00 euro²⁶.

L'intervento del legislatore non si è fermato qui; con la l.n. 14/2009 sono state, inoltre, introdotte nuove fattispecie di illeciti amministrativi.

L'art. 162 del Codice della Privacy è stato appunto modificato ed allo stesso sono stati aggiunti due rilevanti commi: il comma 2 bis ed il comma 2 ter. Il comma 2 bis dell'art. 162 prende in considerazione l'ipotesi in cui il titolare del trattamento non adotti le misure minime di sicurezza, previste dall'art 33 del Codice, volte ad assicurare almeno un livello minimo di protezione dei dati personali, o violi la normativa vigente in tema di corretto trattamento dei dati²⁷. Tale ipotesi oggi costituisce un illecito amministrativo sanzionato con il pagamento di una somma che varia da 20.000,00 a 120.000,00 euro. Il comma 2 ter introduce, invece, un'altra tipologia di illecito amministrativo che si configura quando il titolare del trattamento non osserva le misure necessarie per rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti e prescritte dallo stesso Garante, ovvero pone in essere un trattamento dei dati vietato dal Garante. In que-

²⁵ Il 27 febbraio 2009 il decreto legislativo n. 207 del 30/12/2008 è stato convertito nella legge 14/2009.

²⁶ Con la legge 14/2009 le sanzioni amministrative sono state praticamente raddoppiate (prima le sanzioni erano infatti di 3.000,00 e 18.000,00 euro nel primo caso e di 5.000,00 a 30.000,00 euro nel secondo).

²⁷ Si veda l'art. 167 del Codice.

sto caso la sanzione oscilla tra i 30.000,00 ed i 180.000,00 euro.

Recentemente è stato inoltre imposto ai titolari del trattamento dei dati l'onere di nominare l'amministratore di sistema, colui che si dovrà occupare della gestione e manutenzione degli impianti di elaborazione con cui vengono effettuati i trattamenti dei dati.

È indubbio il tentativo di tutelare, almeno formalmente, il corretto trattamento e la custodia dei dati personali, tuttavia tutte queste innovazioni, una particolareggiata disciplina normativa, persino la previsione di sanzioni sempre più gravose non sono e non saranno sufficienti per recepire nuovi valori nel contesto economico e sociale. Non si può quindi che concordare con Mantelero, «occorre che si radichi una cultura della "privacy", fondata sulla consapevolezza dell'importanza dei dati personali e, più in generale, su un maggior rispetto per l'individuo. È questo un processo lungo, in quanto incidente su aspetti valoriali, che può tuttavia essere agevolato da una chiara e coerente applicazione della legge da parte degli organi deputati a vigilare sull'attuazione della stessa e, soprattutto, da una divulgazione più lata possibile dei principi che ne sono a fondamento»²⁸.

FRANCESCA FABRIS è dottoranda di ricerca presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova, inoltre esercita come avvocato occupandosi prevalentemente di questioni in materia civilistica.

²⁸ A. Mantelero, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d'impresa*, cit., pp. 84-85.