

Ar2

Antonio Visicchio

**La tutela penale della privacy
nell'ordinamento italiano**

Ambiti applicativi e prospettive future

Prefazione di
Giuseppe Fortunato





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it

Copyright © MMXXI
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it
info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3868-7

*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 2021

A mio Padre, che con la sua loquacità silenziosa continua ad essere per me Maestro impeccabile, vivido esempio per la sua ineffabile indole

Ai miei Amici e Collaboratori che mi hanno sostenuto e incoraggiato e, primi fra tutti, hanno apprezzato questo mio lavoro

Indice

- 9 *Prefazione*
di GIUSEPPE FORTUNATO
- 11 *Introduzione*
- 15 **Capitolo I**
Il concetto di *privacy*: analisi storiche e prospettive evolutive nell'ordinamento italiano
1.1. Evoluzione storico-giuridico del diritto alla riservatezza, 15 – 1.2. Il diritto alla *privacy* nella legislazione statunitense, 22 – 1.2.1. *Premessa*, 22 – 1.2.2. *Privacy Torts: la teoria di Prosser*, 29 – 1.2.3. *Il Freedom of Information Act*, 31 – 1.2.4. *I diritti della personalità e il diritto soggettivo*, 36 – 1.3. Il diritto alla riservatezza in Europa, 39 – 1.4. Il diritto alla riservatezza in Italia, 45 – 1.5. La direttiva n. 95/46/Ce e la legge n. 675/96, 51 – 1.6. Il nuovo diritto alla riservatezza, 55 – 1.7. Il nuovo “pacchetto di protezione dei dati”, 61.
- 67 **Capitolo II**
Il fondamento giuridico della tutela penale della privacy
2.1. Cenni sulle fattispecie contenute nel codice penale, 71 – 2.1.1. *Tutela penale della privacy*, 71 – 2.1.2. *I reati privacy alla luce del d.lgs. 101/2018*, 75 – 2.1.3. *Fondamento giuridico*, 91 – 2.1.4. *La tutela penale della privacy nella Costituzione*, 96 – 2.2. Struttura del reato di *privacy*, 98 – 2.3. Reati non informatici: violazione di domicilio, 99 – 2.4. Interferenze illecite nella vita privata e tutela del diritto di riservatezza domiciliare, 103 – 2.5. Reati informatici: accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, 107 – 2.6. Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici, 112 – 2.7. Violazione della corrispondenza e delle comunicazioni telefoniche, informatiche e telematiche, 114 – 2.8. *Phishing*, 117 – 2.9. *Revenge porn*, 121.
- 127 **Capitolo III**
I reati sulla privacy nel d.lgs. 196/2003 ante riforma e loro prassi applicativa nella recente giurisprudenza
3.1. Gli illeciti penali nel codice della *privacy*, 127 – 3.2. Trattamento illecito di dati, 129 – 3.3. Falsità nelle dichiarazioni e notificazioni al Garante (art. 168), 138

– 3.4. Inosservanza provvedimenti del Garante, 140 – 3.5. Casistica, 143 – 3.6. La legge n. 69 del 19 luglio 2019, 155.

167 Capitolo IV

Responsabilità amministrativa da reato

4.1. Premessa, 167 – 4.2. Modelli organizzativi e sanzioni, 169 – 4.3. L'art. 24-bis: i delitti informatici ed il trattamento illecito di dati, 173 – 4.4. Il Decreto Legge n. 93/2013, 180.

185 *Conclusioni*

191 *Bibliografia*

197 *Giurisprudenza*

199 *Sitografia*

201 *Ringraziamenti*

Prefazione

di GIUSEPPE FORTUNATO*

La moderna Società, sempre più interconnessa e digitalizzata, dove la trasmissione delle informazioni avviene in tempo reale, ha imposto all'opinione pubblica ed al legislatore una più attenta analisi dei rischi e delle conseguenze che la velocità di questa diffusione comporta.

Non a caso, a fine dello scorso secolo, il sociologo polacco Zygmunt Bauman, appellava come "liquida" la Società contemporanea. In ragione di ciò, il perimetro dell'azione va ridefinito non più nella ricerca della certezza, ma nel fugare l'incertezza che irrimediabilmente accompagna l'operato del giurista moderno.

In questo contesto è quindi dirimente operare un bilanciamento tra il diritto alla libera circolazione dei dati personali, strettamente connesso alle esigenze di sviluppo del mercato economico digitale, ed il diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali. Il legislatore comunitario ha rinnovato, con il Regolamento 2016/679/UE (GDPR), la materia del trattamento dei dati personali, imperniandola sui principi del consenso e della responsabilizzazione dei titolari del trattamento: aspetti che tuttora meritano di essere approfonditi e pongono sotto una nuova luce il concetto stesso di privacy.

Al contempo, ha introdotto più ampi e rafforzati strumenti di tutela, in grado di garantire il diritto alla riservatezza del singolo e, allo stesso tempo, l'interesse della collettività al sicuro e corretto trattamento dei dati personali.

Le sfide dettate dalla globalizzazione, infatti, impongono una maggiore consapevolezza da parte degli utenti, ed una maggiore competenza da parte degli operatori del settore, in particolar modo quando la protezione dei dati personali interessa soggetti particolarmente deboli ed esposti, quali, ad esempio, i minori.

* Componente del Collegio del Garante per protezione dei dati personali 2005-2012, Difensore Civico della Regione Campania dal 13 luglio 2018.

Conosco il dott. Antonio Visicchio dai tempi in cui ha operato con me all’Autorità Garante per la protezione dei dati personali ed ho sempre apprezzato la sua capacità su due versanti che possono apparire opposti: l’interesse sistematico a valutare il mondo della protezione dei dati personali nella sua interezza e organicità e al tempo stesso un interesse vivo su quelle che sono le nuove frontiere.

Il suo studio è espressione di tali due peculiarità ed ha il pregio di ripercorrere armoniosamente i fondamenti del più intimo dei diritti senza esitare ad avventurarsi in nuovi territori.

Il contributo, infatti, si presenta come accattivante, in quanto permette al lettore di avere una ampia panoramica della complessa materia trattata, soffermandosi non solo sugli aspetti strettamente penalistici, ma dotando lo stesso di strumenti idonei a comprendere la materia, ed essere capace di orientarsi in un settore, quale quello della privacy, che involge numerosi aspetti della quotidianità e del diritto, con un approccio chiaro e sistematico.

Particolare attenzione è apprestata alle nuove fattispecie criminose trattate con particolare premura dal Legislatore nazionale per fronteggiare spregevoli e dilaganti fenomeni come il *revenge porn* (art. 612-ter c.p.) garantendo consone ed appropriate forme di tutela a presidio dell’inconsapevole vittima (tra cui la legge 69/2019 meglio nota come “Codice Rosso”). Nessuno può farci dimenticare lo sgomento provato per la prematura scomparsa della giovane Tiziana Cantone. Uno sdegno che tracima nell’inquietudine, laddove la “viralità” nella diffusione delle immagini ed il *vulnus* che ne deriva per lo svilimento della dignità umana del soggetto, ne fanno da raccapricciante cornice a tutta la vicenda.

Introduzione

La privacy è talvolta collegata all'anonimato, al desiderio di passare inosservati e non farsi riconoscere in pubblico. Solitamente, quando si considera "privato" qualcosa, è perché ciò ha per noi un'importanza intrinsecamente speciale, o ci tocca personalmente.

ZYGMUNT BAUMAN (1925-2017), sociologo

Il diritto alla riservatezza è il diritto di escludere altri dalla conoscenza di informazioni private, intime o familiari. Specificamente, tale diritto trova il suo fondamento, storico e culturale, nel diritto di proprietà, storico diritto dotato di pienezza e che tende ad escludere i terzi dal "godimento" del bene.

Analogamente a tale diritto petitorio, infatti, il diritto alla riservatezza tende ad escludere che altri vengano a conoscenza di notizie o fatti propri del titolare. Metaforicamente si potrebbe esprimere il contenuto del diritto in questione con l'ipotesi in cui un soggetto chiude «la porta di casa», negando "il diritto di accesso" a chiunque.

Differentemente dal diritto alla riservatezza vi è, poi, il diritto alla protezione dei dati personali che è il diritto di esercitare un controllo sui dati e sulle informazioni inerenti alla persona.

Entrambi tali diritti (quello alla riservatezza e quello alla protezione dei dati personali), in quanto diritti della personalità sono assoluti, non cedibili e imprescrittibili.

La differenza risiede nel contenuto: nel primo caso, si tutelano la riservatezza e le informazioni riservate (ossia quelle che si intendono tenere escluse dalla conoscenza di altri); nel secondo, si tutela la protezione dei dati e delle informazioni.

La normativa sulla protezione dei dati personali non è necessariamente da considerarsi come una legge sulla *privacy*, ma il suo scopo è quello di regolamentare l'utilizzo delle informazioni: è una legge sull'utilizzo dell'informazione.

Occorre precisare che le informazioni non necessariamente hanno un contenuto riservato, ma possono essere anche informazioni pubbliche: per esempio il numero di telefono di un'utenza fissa, pubblicato su un

elenco telefonico, non è un dato riservato, ma è un dato personale (pubblico), ossia una informazione soggetta al Regolamento Europeo in materia di protezione dei dati personali (Reg. UE n. 679/2016, GDPR), alla Direttiva (UE) 2016/680 che regola i trattamenti di dati personali nei settori di prevenzione, contrasto e repressione dei crimini; e alle normative nazionali di recepimento (da ultimo il d.lgs. 101/2018 che ha modificato il d.lgs. n. 196/03).

Va precisato che i diritti che il soggetto può esercitare non sono soltanto a contenuto negativo e cioè di esclusione, ma anche a contenuto positivo: ossia, controllare, accedere ai dati e alle informazioni sul loro trattamento in corso, modificare, integrare i propri dati, opporsi al trattamento, rettificare e ottenere la cancellazione dei dati, oltre che ottenere la limitazione del trattamento.

Un'importante definizione in materia di protezione dei dati è quella di *dato personale*, enunciata dall'art. 4 del Regolamento Europeo.

Il dato personale è qualunque informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile, direttamente o indirettamente.

Naturalmente non tutti i dati personali sono anche riservati.

Lo sono, per esempio i dati relativi alla salute contenuti nella cartella clinica di un paziente: in questo caso la riservatezza copre l'informazione a livello sanitario.

Si precisa che il legislatore italiano, nella normativa previgente estendeva la definizione di dato personale alle persone giuridiche, agli enti e alle associazioni.

Tuttavia, dopo l'emanazione del GDPR (che esclude tale estensione) e la sua implementazione nell'ordinamento italiano ad opera del Decreto Legislativo 101/2018, anche in Italia si è limitata la portata della definizione alle sole persone fisiche.

Va sottolineato, inoltre, come nel nostro ordinamento giuridico, prima dell'entrata in vigore del nuovo GDPR, i dati personali fossero da considerarsi tali anche se inerenti a persone decedute.

Questo generava il sorgere di un problema pratico di ampia rilevanza, a causa dei numerosi casi di richiesta di informazione, da parte degli eredi.

Per risolvere tale inconveniente il nuovo Regolamento Europeo esclude esplicitamente dal proprio ambito di applicazione i dati personali delle persone decedute, rimettendo agli Stati membri la possibilità di prevedere norme riguardanti il trattamento di tali dati.

Il Decreto Legislativo di armonizzazione al GDPR utilizza i predetti margini di discrezionalità consentiti dal Regolamento, affermando che i

dati personali concernenti le persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione.

Non ha, poi, rilevanza il mezzo con cui si trattano i dati personali: resta, quindi, ininfluente se i dati vengono trattati con mezzi cartacei o informatici.

Pertanto, il dato personale non è solo quello testuale, ma, superando la scrittura, arriva ad include anche le registrazione di immagini, il trattamento delle fotografie, le video riprese, la registrazione della voce, e tutte quelle attività in cui sono trattati dati personali che non sempre coincidono con dati testuali.

Il concetto di *privacy*, nel corso del tempo, ha subito un'evoluzione anche in virtù del progresso tecnologico intercorso dai tempi della sua prima elaborazione ad opera di Louis D. Brandeis e Samuel Warren (due avvocati americani di fine 1800) ad oggi.

Alle origini, il concetto si riferiva alla sfera della vita privata, ma negli ultimi decenni ha subito un'estensione, indicando il diritto al controllo sui propri dati personali.

Pertanto, il concetto odierno, di *privacy*, comunemente, inerisce al diritto della persona di controllare che le informazioni che la riguardano siano trattate o guardate da altri soltanto in caso di necessità.

Il diritto alla *privacy* non deve essere confuso con il diritto al segreto, anch'esso diretto a tutelare una sfera riservata della vita privata, ma che per qualche motivo includa elementi, comunque, conosciuti da alcune persone: il medico, ad esempio, è indubbiamente consapevole dello stato di salute del proprio paziente, ma ha il dovere di mantenere il segreto professionale sulle notizie di cui è a conoscenza.

La *privacy* non deve essere confusa nemmeno con la solitudine, poiché sussiste una notevole differenza tra «l'esser soli», «l'esser lasciati soli» e «l'esser lasciati in condizioni di non-autosufficienza».

Con l'avvento delle nuove tecnologie e la loro diffusione dunque, stiamo assistendo al progressivo ridimensionamento dei limiti posti alla *privacy*, si pensi ai limiti sulla tracciabilità dei cellulari e il reperimento degli indirizzi di posta elettronica personali che spesso hanno portato ad innescare lo *spamming* ossia alla pubblicità indesiderata.

Inoltre, se consideriamo il problema scaturente dall'utilizzo degli smartwatch e della loro possibile geolocalizzazione che, combinata con le funzioni di cardiofrequenzimetro, potrebbe finire con influire sulla *privacy* consentendo alle aziende di marketing di profilare l'utente nelle sue abitu-

dini personali grazie all'uso delle tecniche di pubblicità comportamentale, possiamo percepire ancor di più le contrazioni cui il diritto alla riservatezza si trova oggi sottoposto.

La digitalizzazione delle immagini, poi, fornisce un contributo ad una continua e progressiva diminuzione della *privacy*: condividere un'immagine o un video *on line* determina la perdita di controllo sul materiale inserito.

Se prendiamo ad esempio il *sexting*, intendendo con questa espressione la condivisione di foto *hot* soprattutto sui *social network*, questa, rendendo impossibile nascondere le immagini fotografiche, consente a qualsiasi utente di scaricarle e immetterle nuovamente sulla rete ogni volta che lo vorrà. Allo stesso modo, questo accade anche con i video lesivi della *privacy* delle persone ritratte o di altre che comunque potrebbero essere coinvolte, soprattutto quando queste riguardano minori.

Il Laboratorio Privacy Sviluppo, istituito presso il Garante per la protezione dei dati personali, ha dato una nuova accezione al concetto di *privacy*, innovando infatti quella esistente; oggi la *privacy* viene vista come il mezzo che consente alla persona di tutelare la propria libera e piena autodeterminazione, vedendola quindi come una sorta di sovranità su di sé, scevra da tutti i limiti del passato che la relegavano ad una mera tutela dalla intromissione altrui nella propria sfera privata.

Pertanto, posto che ogni violazione della *privacy* è intesa come una intromissione lesiva della maggioranza degli ignari individui, ognuno di noi consapevolmente deve difenderla, riconoscendo in questo diritto l'espressione del rispetto e della dignità individuale.

Premesso ciò, il presente lavoro è stato articolato in quattro capitoli.

Nel primo, si è analizzata, in modo approfondito, l'evoluzione storico-giuridica del diritto alla *privacy*, ponendo attenzione alla legislazione statunitense, europea ed italiana.

Nel secondo capitolo, si è proceduto ad esaminare in dettaglio i principali reati in materia di *privacy*, contenuti nel codice penale italiano.

Nel terzo capitolo, si sono esaminati specificamente, i reati sulla *privacy*, contenuti nel d.lgs. 196 del 2003, ed i principali casi concreti in materia.

Infine, nell'ultimo capitolo, si è posta l'attenzione sulla tutela del diritto alla *privacy*, relativamente alla disciplina contenuta nel d.lgs. 231 del 2001, in materia di responsabilità degli enti.

Il concetto di *privacy*

Analisi storiche e prospettive evolutive nell'ordinamento italiano

SOMMARIO: 1.1. Evoluzione storico-giuridico del diritto alla riservatezza – 1.2. Il diritto alla *privacy* nella legislazione statunitense – 1.3. Il diritto alla riservatezza in Europa – 1.4. Il diritto alla riservatezza in Italia – 1.5. La direttiva n. 95/46/Ce e la legge n. 675/96 1.6. Il nuovo diritto alla riservatezza – 1.7. Il nuovo «pacchetto protezione dati».

1.1. Evoluzione storico-giuridico del diritto alla riservatezza

Allo scopo di comprendere i principi giuridici che regolano la tutela della *privacy*, occorre ripercorrere le principali tappe che hanno portato alla nascita e all'evoluzione del concetto in esame.

Il termine *privacy*, di matrice anglosassone, nel nostro sistema giuridico, assume il significato di riservatezza ed è una nozione che viene correntemente adoperata nel linguaggio di uso comune, anche in ambito filosofico e politico¹.

1. CICCIA MESSINA A., BERNARDI N., *Privacy e Regolamento europeo*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2016; SITZIA A., *Il diritto alla "privatezza" nel rapporto di lavoro tra fonti comunitarie e nazionali*, Cedam, Padova, 2013; BIAISOTTI A., *Il nuovo regolamento europeo sulla protezione dei dati*, EPC editore, Roma, 2016; PIZZETTI F., *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2016; ABBAGNALE M.T., *In tema di captatore informatico*, in «Archivio penale», n. 2/2016; BIFULCO R., *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo alla privacy*, in «Giurisprudenza Costituzionale», Anno LXI Fasc. 1, Milano, 2016; BLACK E., *L'IBM e l'olocausto. I rapporti fra il Terzo Reich e una grande azienda americana*, Rizzoli, 2001; BONINI M., *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: dei diritti "violabili" in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, in «Rivista AIC», 2016; CAGGIANO G., *Attività di stabilimento e trattamento dei dati personali*, in «Dir.inf.», 2014; CALVANO R., *Chi è la più bella del reame? Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo alla luce del parere 2/13 sull'adesione alla CEDU*, in «Diritto Pubblico Europeo Rassegna online», 2015; CANNAVICCI M., *Terrorismo e intelligence*, Cap. XXIII, in B. Zoli, R.S. De Luca, C. Macrì (a cura di), *Anatomia del crimine in Italia: manuale di criminologia*, Milano, 2016; CAROTTI B., *Il caso Schrems, del conflitto tra riservatezza e sorveglianza di massa – il commento*, in

Storicamente, non esiste un'univoca definizione di *privacy*; tuttavia, mediante l'analisi delle varie forme di tutela inerenti alla riservatezza, nell'ambito dei diversi sistemi nazionali, è stato man mano possibile attribuire a questo concetto un significato idoneo a ricoprire, sia gli ordinamenti giuridici (nazionale e non) sia la realtà sociale.

Il concetto di *privacy* ha radici antiche ed autorevoli ed è rinvenibile anche nell'opera filosofica di Aristotele² dove viene effettuata la distinzione tra la sfera pubblica, inerente all'attività politica, corrispondente al termine greco *polis*, e la sfera privata, *oikos*, relativa alla famiglia ed alla vita domestica.

Sergio Niger nella sua opera *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*³, ripercorre l'evoluzione storica, del diritto alla *privacy*, dai tempi dell'Antica Grecia sino ad oggi, evidenziando come la nozione non sia affatto unificante in quanto, non è un concetto che esprime esigenze uniformemente e coerentemente diffuse nella storia e nella collettività⁴.

Gli antichi greci, ad esempio, ritenevano fondamentale, quasi un dovere, per i propri cittadini la partecipazione alla vita pubblica: veniva loro

«Giornale Dir. Amm.», 2016; CIAMPI S., *Principio di disponibilità e protezione dei dati personali nel "terzo pilastro" dell'Unione europea*, in AA.VV., *Cooperazione informativa*, F. Peroni, M. Gialuz (a cura di), Trieste, 2009; COMMISSIONE EUROPEA, *Salvaguardare la privacy in un mondo interconnesso – Un quadro europeo della protezione dei dati per il XXI secolo*, «COM» (2012), 25 gennaio 2012; D'ANTONIO V., "The right to tell people what they do not want to hear": i moderni confini del diritto di fare informazione, 2009; D'ANTONIO V., VIGLIAR S., *Studi di diritto della comunicazione. Persone, società e tecnologie dell'informazione*, Padova, 2009; D'ANTONIO V., "Oltre la cancellazione dei dati personali: l'originaria concezione del diritto all'oblio offline", *Oblio e cancellazione dei dati nel diritto europeo*, Cap. X, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), *La Nuova Disciplina Europea della Privacy*, Milano, 2016; DE MINICO G., *Internet and fundamental rights in time of terrorism*, in «Rivista AIC», n. 4/2015; D'ORAZIO R., *Protezione dati by default e by design*, Cap. V, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), *La Nuova Disciplina Europea della Privacy*, Milano, 2016; DI GENIO G., *Trasparenza e Accesso ai dati personali*, Cap. VIII, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), *La Nuova Disciplina Europea della Privacy*, Milano, 2016; FINOCCHIARO G., *Identità personale su Internet: il diritto alla contestualizzazione dell'informazione*, in «Dir. Inf.», 2012; FINOCCHIARO G., "Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità", in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, Giuffrè, Milano, 2014; FLOR R., *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 3, 2009; FLOR R., "Dalla 'Data retention' al diritto all'oblio. Dalle paure orwelliane alla recente giurisprudenza della corte di giustizia. Quali effetti per il sistema di giustizia penale e quali prospettive 'de jure condendo'", in Resta G., Zeno-Zenovich V., *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; INTERNATIONAL JOURNAL, *Sicurezza, terrorismo e società*, «Italian Team for Security, Terroristic Issues & Managing Emergencies», 2016.

2. ARISTOTELE, *La Politica*, Le Monnier, Firenze, 1981.

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

4. NIGER S., *op. cit.*, p. 1.

ricosciuto un diritto alla sfera privata, ma ciò solo limitatamente all'espletamento dei propri bisogni e delle proprie necessità, vicino alla fondamentale *bios politikos*⁵.

La *polis* tutelava sì i confini della proprietà ma non considerava il rispetto per la stessa, considerandola come un mero luogo appartenente ad un soggetto.

La *privacy* come vita svolta al di fuori del mondo comune, era qualificabile come antisociale e lo stesso Platone riteneva che «in una società ideale non vi fosse la necessità di una sfera privata in cui l'individuo potesse rifugiarsi e rappresentava, quindi, un pretesto per sottrarsi agli obblighi etici e sociali»⁶.

Con il diffondersi del feudalesimo, il potere pubblico si frammentò 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»⁷.

Con il disgregarsi della società feudale, si affermò la *privacy* nel significato a noi più vicino. Secondo Philippe Ariès tra gli elementi che contribuirono all'evoluzione di tale concetto vi furono indubbiamente la progressiva costruzione dello stato moderno e lo sviluppo dell'alfabetizzazione⁸. Georges Duby e Philippe Ariès nell'opera *La vita privata*⁹ riportano:

In tutti i tempi e dappertutto nel vocabolario si è espresso il contrasto, chiaramente avvertito dal senso comune, che oppone il privato al pubblico, aperto al popolo come comunità e sottoposto all'autorità dei suoi magistrati. Un'area particolare, nettamente delimitata, è assegnata a questa parte dell'esistenza che in tutte le lingue è detta privata; una zona d'immunità, offerta al raccoglimento, al riposo, dove ognuno può abbandonare le armi e le difese. Questo luogo è familiare. È domestico e segreto. Nel privato è racchiuso ciò che si possiede di più prezioso, che appartiene solo a noi; ciò che non riguarda gli altri; che è vietato divulgare e

5. Il *bos politikos* fu definito da Aristotele come l'insieme delle attività dell'azione e del discorso, da cui trae origine il dominio degli affari umani.

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

7. DUBY G., "Potere privato, potere pubblico", in Ariès P., Duby G. (a cura di), *La vita privata*, vol. II, Roma-Bari, 2001, p. 10.

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

9. DUBY G., ARIÈS P., *La vita privata*, cit.

mettere in mostra perché troppo diverso da quelle apparenze che l'onore esige si salvino in pubblico.

Nel 1890, due avvocati di Boston, Louis D. Brandeis e Samuel Warren, in relazione a indiscrezioni sulla vita matrimoniale della moglie dello stesso Warren da parte di uno dei principali giornali che utilizzò la stampa a rotativa, la *Evening Gazette* di Boston, scrissero un articolo intitolato *The right of privacy* con il quale si avviò una sistematica discussione sul concetto stesso di *privacy* e sulle possibilità che tale diritto fosse già presente nella Costituzione americana¹⁰.

I due avvocati si ritrovarono a riflettere su quali delle informazioni riguardanti la vita personale di un individuo dovessero essere di pubblico dominio e quali, invece, potessero essere ritenute riservate.

Nel caso di Warren, l'evento che lo aveva indotto ad interessarsi all'argomento fu di natura personale: dopo aver sposato la figlia del senatore, egli condusse una vita mondana, che per il suo carattere dispendioso e lussuoso, suscitò la curiosità e la critica dei giornali che, attraverso i loro articoli di natura "piccante", crearono un grande scandalo. Per contrastare quella che riteneva un'indebita ingerenza nella sua vita privata, egli chiamò in causa il suo compagno di studi Brandeis, per scrivere un saggio a quattro mani, allo scopo di chiedere che nei tribunali venisse preso in considerazione il *right to privacy*, garantendo allo stesso una tutela giuridica. Warren adoperò, così, il concetto di *privacy*, quale strumento di protezione dei privilegi dell'alta borghesia, alla quale egli stesso apparteneva¹¹.

Louis Brandeis, poi, divenuto giudice della Corte Suprema, invece, fece riferimento al diritto alla *privacy* come fondamento di una società rinnovata, democratica e pluralistica. In particolare, Brandeis desiderava richiamare l'attenzione della collettività su una serie di effetti negativi, determinati dal progresso e dallo sviluppo economico: egli era preoccupato degli eccessi verso cui si dirigeva la società consumistica e capitalistica dell'epoca ed evidenziava la scarsa attenzione rivolta dai suoi contemporanei alla tutela di valori che erano considerati assolutamente fondamentali¹². Il giurista era profondamente convinto che tecnologia e progresso potessero convivere, in modo pacifico, con un sistema di principi come quelli

10. WARREN S., BRANDEIS L.D., *Il diritto alla privacy*, «4 Harv. L. Rev.», 193 (1890) edizione speciale.

11. MUMFORD L., *La Cultura delle Città*, cit., pp. 29 ss.

12. LUGARESI N., *Internet, Privacy e Pubblici Poteri negli Stati Uniti*, cit., pp. 47 ss.

espressi dalla Costituzione del 1787 e dal *Bill of Rights*, ed assegnare una tutela giuridica dell'intimità di ogni singolo individuo.

I due avvocati posero in risalto le potenzialità, in quell'epoca, assunte dalle nuove tecnologie (stampa e fotografia) e come queste potessero accentuare il rischio (e la conseguente pericolosità) delle violazioni della riservatezza dell'individuo.

Queste nuove minacce contemplavano una nuova presa di coscienza della necessità di un diritto al passo con i cambiamenti, che contemplasse anche la tutela del diritto alla *privacy*.

Si afferma nel loro saggio che: «I mutamenti politici, sociali ed economici comportano il riconoscimento di nuovi diritti, e la *common law*, nella sua eterna giovinezza, cresce in modo da rispondere alle nuove esigenze della società».

Così si è ampliato, in modo progressivo, il novero dei diritti: come il diritto alla vita, che originariamente serviva a proteggere l'individuo dalla violenza fisica e che nel tempo ha assunto il significato di diritto a vivere indisturbati oppure come il diritto al godimento dei beni che ha, poi, ricompreso i beni sia materiali che immateriali.

Il *Right to privacy*, alveo nel quale si sviluppò il concetto moderno di diritto alla *privacy* come diritto individuale, pose anche e soprattutto una nuova luce sul tema del rapporto che deve sussistere fra due diritti egualmente rilevanti: quello riconosciuto alla stampa, a fini di informazione, e quello della persona relativamente alla sua riservatezza intesa come protezione, non tanto dei suoi dati personali, quanto della sua sfera privata di vita e della sua libertà di agire in tale ambito, in assenza di controlli e senza dover temere che la conoscenza delle sue azioni possa essere legittimamente o illegittimamente diffusa. Si spiega in tal modo il perché i due giuristi americani abbiano coniato e usato non il *diritto alla data protection*, ma il *diritto alla privacy*, che ha nel termine "riservatezza" la sua traduzione più corretta.

Gli autori fecero in questo saggio un esame approfondito dei contenuti della *privacy* accostandolo per analogia alla tutela della reputazione, già riconosciuta all'epoca del diritto americano attraverso la previsione della violazione denominata "diffamazione".

Si noti come il problema del bilanciamento tra diritto alla riservatezza e diritto ad informare ed essere informati (soprattutto con riferimento alla diffusione di informazioni relative a persone senza il loro espresso consenso), sia nato solo nel 1890 e solo nel contesto giuridico americano, ove nel primo emendamento si tutela non solo la libertà di informazione, ma anche e direttamente la libertà di manifestazione del pensiero.

La risposta al problema di come bilanciare i diritti summenzionati viene data (come si vedrà nel prosieguo) nello stesso saggio che ha dato origine al riconoscimento di tale diritto.

Il problema di una tutela della riservatezza dell'individuo, in realtà era comparso *in nuce* già nel 1888 nel saggio del giudice Thomas Cooley, sugli illeciti extracontrattuali, nel quale analizzò il diritto alla *privacy* come funzionale alla sicurezza della persona. L'analisi del giudice, tuttavia, afferiva all'ambito degli illeciti e non a quello dei diritti della persona.

A Cooley si deve, però, l'ideazione di un'interessante formula, successivamente utilizzata da dottrina e giurisprudenza (tra i quali ricordiamo Brandeis e Warren, che l'hanno usata in un settore diverso ed in forma sintetica): «The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone»¹³ (N.d.R.: il diritto proprio della persona potrebbe essere definito come un diritto alla completa immunità: all'essere lasciati da soli).

Qui, più del desiderio di essere lasciato solo, si analizzano i desideri di protezione dell'intimità della persona nella propria abitazione e in tutto ciò che riguarda la sua sfera privata.

Il giudice Cooley e gli avvocati Brandeis e Warren, individuarono in questi desideri un vero e proprio diritto, e sancirono il principio della *inviolable personality*, che i due avvocati ritennero parte del più ampio e generale diritto all'immunità della persona, *the right to one's personality*.

I due giuristi riproponevano uno schema classico della cultura giuridica, cioè la logica della proprietà privata, che utilizza barriere e steccati per precludere ad altri soggetti l'accesso alle proprie terre. Si fa riferimento ad un istituto di origine antichissime che concepisce la proprietà privata come *jus excludendi alios*, invocato dalla classe borghese per tutelare il proprio spazio interiore.

Nel sistema statunitense ottocentesco la proprietà intellettuale, godeva di piena tutela, ed era riferibile a beni astratti, come immagini, pensieri ed emozioni. In modo analogo si rese necessario ampliare tale tutela ricomprendendo anche il diritto alla *privacy* con lo scopo di tutelare la proprietà spirituale dell'uomo, considerandolo come bene facente parte della propria sfera sentimentale¹⁴.

13. COOLEY T.C., *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Arise Independent of Contract*, Callaghan & Company, IL, 1888, p. 29.

14. LUGARESI N., *Internet, Privacy e Pubblici Poteri negli Stati Uniti*, cit., pp. 47 ss.