

GUIDO ALPA

LA NORMATIVA SUI DATI PERSONALI. MODELLI DI LETTURA E PROBLEMI ESEGETICI

SOMMARIO: I. La lettura politico-istituzionale. — II. La lettura gius-formalistica. — 1. Le tecniche redazionali. — 2. La trama normativa. — 3. Le prospettive di lettura gius-formalista. — 4. Le categorie giuridiche tradizionali. — III. La lettura giusrealista. — 5. Gli interessi in gioco. — 6. L'analisi dei problemi per settori di attività. — 7. La costruzione giuridica dell'identità individuale. — 8. Prime conclusioni.

I testi della nuova disciplina (legge 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676) evocano l'idea del prisma, che, con le sue sfaccettature scompone e ricompone la stessa immagine con diverse angolazioni¹. Di questi testi si possono dare molte letture: da quella politica, con riguardo allo stato e alla evoluzione delle libertà fondamentali nella società dell'informazione, a quella istituzionale, con riguardo alla introduzione di una autorità garante, alla sua collocazione nell'ambito della organizzazione dei poteri e delle forme di controllo, a quella formalista (la più congeniale alla cultura giuridica tradizionale e corrente) con riguardo alla individuazione dei significati semantici delle disposizioni, all'area di applicazione e ai loro profili tecnici, nonché alla loro incidenza sui rapporti privati e pubblici, a quella giusrealista (che ancora fa fatica ad inserirsi e ad integrarsi con la prima) con riguardo ai valori sotto-

* Relazione introduttiva al convegno «Il trattamento dei dati personali nella vicenda dei diritti della persona» tenutosi ad Alghero il 19 e 20 settembre 1997, organizzato dall'Università di Sassari, dall'Università di Firenze e dal Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei.

¹ L'esame del testo della legge 31 dicembre 1996, n. 675 richiama alla mente alcune tra le più belle pagine di Riccardo ORESTANO, che assumono ad oggetto il metabolismo dei giuristi (in *Foro it.*, 1981, V, 81, ora in *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 723 ss.). Nell'accezione accolta dal grande maestro, in quella occa-

sione, «metabolismo» indica il continuo processo di trasformazione, di assimilazione, di sintesi attraverso il quale si alimenta l'attività degli operatori giuridici, cioè di coloro che si dedicano professionalmente alla *scientia iuris*. Il testo della nuova disciplina rivela un metabolismo complesso: qui l'espressione «metabolismo» è impiegata con un più ampio raggio, a ricomprendere non solo l'attività, ma anche il risultato di quella attività, cioè il testo come approvato ed applicato. Si tratta del metabolismo delle prospettive, del metabolismo dei ruoli, metabolismo delle qualificazioni giuridiche degli interessi incisi, e così via.

stanti le scelte legislative e al contemperamento degli interessi in gioco, a quella giuseconomica (che rimane per larga parte « di importazione ») con riguardo ai costi correlati con l'intervento legislativo. Ciascuna di esse dà conforto all'interprete, perché obbedisce a canoni convenzionalmente definiti e praticamente collaudati; ciascuna di esse, tuttavia, cela insidie e rileva difficoltà che si possono disvelare e superare con il dialogo, la discussione, la « verifica » sul campo.

Il testo della legge n. 675/1996 si compone di più corpi normativi, che tuttavia non sono evidenziati e scanditi come converrebbe ad uno « statuto generale » dell'informazione: oltre alle disposizioni concernenti la acquisizione e la circolazione dei dati personali, la formazione e l'utilizzazione di banche dati, vi si contengono infatti regole inerenti il diritto costituzionale, relative alle libertà fondamentali (ad es., l'art. 1), regole inerenti il diritto amministrativo (ad es., quelle contenute nel capo V), regole inerenti diritto privato (ad es., gli artt. 1, 13, 18, 29 comma 9), relative alla riservatezza e all'identità personale, alla responsabilità civile dell'agente e al danno risentito dall'interessato o da terzi, regole concernenti la tutela amministrativa e giurisdizionale (ad es., quelle contenute nel capo VI) e regole eterogenee, inerenti, ad es., lo svolgimento delle professioni (come l'art. 25). Non solo. Il testo si preoccupa di regolare gli effetti della formazione e della utilizzazione delle banche di dati personali sui soggetti interessati, ma si preoccupa pure di dettare regole sul collegamento tra la formazione e l'utilizzazione delle banche di dati personali e la comunicazione di informazioni mediante i mass media, in particolare con riferimento all'attività giornalistica. Il testo, in ogni caso, appare molto più articolato e ricco degli omologhi vigenti negli altri Paesi europei, e degli stessi modelli comunitari.

Lo Statuto dell'informazione non è tuttavia completo, in quanto il testo non è dettagliato sulle tecniche di interconnessione (di cui alla direttiva 97/33/CE del 30 giugno 1997), richiede collegamenti con la disciplina generale e regolamentare delle telecomunicazioni, e probabilmente dovrà essere modificato al momento in cui sarà recepita la direttiva — attualmente in fase di progettazione — sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni; ma è in corso di preparazione anche la disciplina sulle intercettazioni telefoniche ed ambientali, che, ovviamente, incide sulla raccolta e la circolazione delle informazioni, dei dati personali e sulla privacy. Fa difetto, inoltre, il coordinamento sistematico con le leggi di settore, sì che la lett. a) dell'art. 2 della legge di delega si preoccupa di segnalare al Governo la necessità di eliminare questa incongruenza. Ci si può chiedere se, a questo punto, non valga la pena di elaborare un testo unico dell'informazione, di cui la legge n. 675/1996 costituisca la disciplina di base.

I. LA LETTURA POLITICO-ISTITUZIONALE.

i) *La tutela della persona.*

Il testo della legge n. 675/1996 introduce una disciplina pervasiva dei dati personali, identificando posizioni soggettive attive e passive, diritti e doveri, poteri e autorizzazioni, rinunce e obbligazioni, libertà e limiti alla creazione e alla utilizzazione delle informazioni estesi a qualsiasi soggetto, pubblico o privato. Ci si è chiesti se la disciplina in esame concerna la circolazione delle informazioni, i dati personali ovvero la tutela della persona. La risposta a questo quesito è di fondamentale rilevanza, perché tale da orientare l'interprete nelle sue operazioni. Da quanto sopra si è detto, la risposta appare chiara: proprio perché la nuova disciplina assolve il compito di dettare limiti alla utilizzazione delle informazioni che riguardano la persona, non si può considerare come una semplice sequela di regole sulle banche di dati. La nuova normativa si preoccupa di difendere la persona — così si intitola, e non a caso, il provvedimento — dagli effetti nocivi che derivano dalla acquisizione e dalla utilizzazione e circolazione delle informazioni. La scelta di fondo, ovviamente, non consiste nel reprimere *tout court* il fenomeno della diffusione di tecniche sempre più rapide e sofisticate, ormai connaturale alla società odierna², ma piuttosto nel sancire la libertà della organizzazione delle informazioni e della loro utilizzazione e al tempo stesso nel determinarne condizioni e limiti. Di qui l'esigenza (e l'urgenza, attesi i ritardi del legislatore italiano) di effettuare un intervento complesso, consistente:

(i) nel dettare il « manifesto » delle libertà e dei diritti della « persona » (individuale, e, per alcuni aspetti, collettiva) al fine

² In questa prospettiva si segnalano le pagine di RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995 e *Tecnopolitica*, Roma-Bari, 1997; BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 81 ss.; GIANNANTONIO, ne *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge n. 675/1996* — d'ora in poi citato per brevità « *Commentario* » — a cura del medesimo, di M. Losano e di V. Zeno-Zencovich, Padova, 1997, p. 5 ss.

Si tratta, quindi, di un ampliamento notevole degli orizzonti normativi, come risulta dai progetti e dalle discussioni che si erano avviate all'inizio degli anni Settanta, e come si erano alimentate negli anni successivi: v. ad es., RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973; FROSINI, *Banche dei dati e tutela del-*

la persona, in *Banche dati e tutela della persona*, a cura di Pagano, Roma, 1983, p. 3 ss.; i contributi di ALPA - BESSONE - FERRI (G.B.) - FROSINI - LOSANO - MIRABELLI - NASH - PAGANO - RODOTÀ - ROPPO - ZENO-ZENCOVICH, a cura di ALPA e Bessone, Padova, 1984; i contributi di ALPA - BARTOLE - CONETTI - FERRI (G.B.) - GIACOBBE - LIPARI - PECORELLA - PROTO PISANI - SANINO - VITERBO raccolti ne *Le banche dati in Italia. Realtà normativa e progetti di regolamentazione*, a cura di Zeno-Zencovich, Napoli, 1985, per iniziativa del Centro Calamandrei, di Roma, e con la collaborazione di Ricciuto.

La problematica è oggetto dei manuali di diritto dell'informatica, tra i quali si segnalano quelli a cura di Borruso, di Giannantonio e di Losano.

di garantire una sfera di intangibilità o di tangibilità mediata dei suoi aspetti;

(ii) nello specificare norme tecniche inerenti il trattamento dei dati;

(iii) nell'introdurre procedure e rimedi ad hoc;

(iv) nell'istituire una autorità amministrativa indipendente.

È significativo il fatto che la legge non si apre con la enunciazione del principio di libertà di informazione o di libertà di iniziativa economica nel settore dell'informazione, ma con la proclamazione delle garanzie della persona.

Si accentua dunque la tutela dei diritti della persona. Per un Paese civile come il nostro la nuova disciplina consiste in una autentica conquista e segna un momento significativo dell'evoluzione del nostro ordinamento giuridico: non si tratta solo di un adeguamento del sistema a quello dei Paesi più avanzati dell'Unione europea, e della attuazione dei principi contenuti nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e della Convenzione europea, ma di una scelta di fondo ben più significativa. La persona (individuale e per alcuni aspetti collettiva) è collocata al centro dell'ordinamento, e è provvista di garanzie specifiche nel settore dell'informazione, che è diventato e continua ad essere il settore più espanso e più dinamico della società attuale³. La tutela della persona deve però essere temperata con le « esigenze del mercato ». L'equilibrio tra le opposte esigenze non è però facile da raggiungere, non solo per ragioni di natura tecnica e pratica, ma soprattutto per le divergenze tra liberisti e interventisti che segnano i confini di ogni quadro normativo in materia⁴. Il dilemma incide sul quadro di valori enunciato dall'art. 1 di cui si dirà infra. È tuttavia rilevante sottolineare come tale disposizione di apertura faccia riferimento alla dignità umana, e quindi evochi sia questa pregnante clausola generale, presente nelle dichiarazioni dei diritti e delle libertà, sia nel testo costituzionale, sia nella giurisprudenza comunitaria e interna, costituzionale e ordinaria.

ii) *Il Garante.*

Altrettanto significativa è la istituzione di una autorità amministrativa indipendente dedicata alla tutela dei diritti delle persone in questo settore: si è (opportunamente) ritenuto che non fossero

³ RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.

⁴ Si può infatti ragionare in termini di libertà di mercato (v. ad es., IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss.; ma v. ID., *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*,

1997, I, p. 185 ss.); si può ragionare in termini di solidarietà (LIPARI, « *Spirito di liberalità* » e « *spirito di solidarietà* », in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 1 ss.) e di temperamento tra interessi privati e interessi pubblici (OPPEL, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 25).

sufficienti gli apparati esistenti. Non la magistratura, poiché il suo intervento, sia di tipo civile, sia di tipo penale o amministrativo, appare contingente e disomogeneo; non l'amministrazione, perché anzi spesso sono gli uffici pubblici ad incidere, con la loro azione, i diritti della persona; non l'autodisciplina, perché, trattandosi di tecnica di controllo individuale e sociale assai poco diffusa nel nostro Paese⁵, dotata di dubbio prestigio e foriera di modesti risultati essa non garantirebbe la soddisfazione compiuta dalla tutela degli interessi incisi.

Non si deve poi passare sotto silenzio il ruolo del Garante, le cui funzioni sono regolate dalla nuova disciplina, ma il cui spazio istituzionale è affidato alla capacità e alla personalità del presidente, dei membri componenti e del segretario generale. Il Garante assume un ruolo complesso, perché non solo opera come difensore degli individui rispetto alla utilizzazione dei loro dati personali, ma opera pure come autorità che incide con i suoi provvedimenti sulle attività private e sulle attività pubbliche ed opera mediante controlli, ispezioni, richieste; esprime oltre che pareri, denunce, segnalazioni, anche giudizi; svolge la sua attività di concerto con organismi pubblici e privati.

Siamo quindi in presenza di una nuova figura istituzionale, in cui l'attività dell'Autorità indipendente assume forme elastiche, duttili, e si superano sia i modelli tradizionali di ripartizione delle funzioni di controllo dalle funzioni giudicanti, sia i modelli tradizionali di ripartizione della giurisdizione, essendo assoggettati ai provvedimenti del Garante non solo i privati ma anche la Pubblica Amministrazione (art. 31 comma 1 lett. l)).

Al di là delle differenze relative alla nomina e alla composizione degli uffici, questa nuova Autorità appare affine alla Consob per il potere normativo generale e all'Antitrust per il potere giurisdizionale; differisce tuttavia da entrambe in quanto i suoi provvedimenti sono rivolti anche alla Pubblica Amministrazione, che ne è destinataria e quindi ad essi assoggettata.

È utile notare come si modifichi — sotto la forma delle autorità indipendenti⁶ — quel processo di giuridificazione degli interessi che ha connotato da sempre la nostra esperienza, e, di recente, con un ritmo più accelerato di quanto non accadesse per il passato: si individuava un bisogno, si erigeva il bisogno in interesse, si vestiva l'interesse in forma di diritto soggettivo o di interesse legittimo o di interesse collettivo, si individuava l'ente pubblico per

⁵ V. le considerazioni degli Autori dei saggi raccolta ne *Le fonti di autodisciplina* a cura di Zatti, Padova, 1995.

⁶ Nell'ampia letteratura v. da ultimo PREDIERI, *L'erompere delle autorità ammi-*

nistrative indipendenti, Firenze-Antella, 1997 (e la voce di D'ALBERTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamenti, Roma, 1995, p. 1 ss).

la sua tutela. Qui il processo è diverso, perché non si istituisce un ente per la tutela degli interessi, ma una autorità che al tempo stesso tutela e controlla, media gli interessi in conflitto, si esprime in via consultiva e in via giurisdizionale, emana provvedimenti inibitori e eroga sanzioni; anziché l'ente pubblico *ad hoc* si individua l'autorità di controllo *ad hoc*.

iii) *Modalità e tempi dell'intervento.*

Agli aspetti altamente positivi costituiti dai contenuti politici e istituzionali della nuova disciplina si affiancano alcuni interrogatori sui tempi e sulle modalità di realizzazione dell'intervento.

Interrogativi sui tempi, perché un intervento di sì vasta e significativa portata avrebbe dovuto esser proceduto da un'attenzione, delle istituzioni e dei mass media, che è stata invece assolutamente manchevole, ponendo quindi tutti i destinatari, cioè la gran parte degli operatori economici, ivi compresi i professionisti, ma anche i semplici cittadini, in difficoltà; ovviamente i giuristi erano consapevoli dell'urgenza di provvedere e delle molteplici iniziative che nel corso di un ventennio avevano segnato il percorso accidentato di questa disciplina; ma questa consapevolezza era rimasta conchiusa in un *hortus* accademico o espressamente tecnico; e gli sforzi di quanti avevano cercato di richiamare l'attenzione sugli effetti della società dell'informazione e sul divario esistente tra gli ordinamenti e quindi tra i livelli di garanzia e di protezione istituzionale, evidenziando il bilancio del tutto negativo a carico dell'esperienza italiana, avevano riscontrato un apprezzamento certamente non pari a quello che avrebbero meritato. La brevità dei tempi è stata determinata dalla urgenza di adeguare il nostro ordinamento alle direttive provenienti dal Trattato di Schengen, relativo alla circolazione delle persone all'interno della Unione europea.

Interrogativi sulle modalità, perché l'impianto della disciplina è troppo vasto, la specificazione della sua applicazione nei singoli settori di difficile ricostruzione sistematica, il linguaggio spesso criptico; in ogni caso, l'entrata in vigore del testo avrebbe dovuto essere immediatamente accompagnata dalla introduzione della disciplina regolamentare: non è stato possibile, per contro, colmare la distanza tra le enunciazioni astratte contenute in molte disposizioni e la miriade di casi, di questioni, di situazioni tutte in esse sussumibili che si poggiano all'attenzione dell'interprete e dell'Autorità; il livello ordinario (anzi, di legge fondamentale) del provvedimento doveva subito implicare una normativa di dettaglio, eventualmente afferente ai singoli settori delle attività interessate; il che non è stato, e questo fatto ha finito per creare più avversione che consenso, più timori (spesso ingiustificati) per le sanzioni, anche di natura penale, già applicabili, che non soddisfazione.

Dal punto di vista operativo, poi, appare critica già la situazione attuale in cui versano gli uffici, dotati di una pianta organica assai esigua, e di sostegno finanziario modesto, esposti come sono ad una concentrazione di funzioni (e di documenti) che potrebbero incidere sulle potenzialità di resa.

iv) *Il controllo delle finalità delle banche di dati.*

Fin qui alcune considerazioni di carattere generale. Ma il testo della legge in esame si presta ad ulteriori considerazioni riguardanti il significato delle formule e la qualificazione giuridica delle situazioni oggetto di disciplina. Poiché il confine tra diritto pubblico e diritto privato, già reso labile dall'evoluzione dell'ordinamento e della elaborazione scientifica degli ultimi decenni non è più collocato né considerato nella dimensione tradizionale, conviene non tenerne conto; d'altra parte, l'intreccio degli interessi incisi e l'intreccio delle prospettive renderebbero arbitraria — quando non fuorviante — una ripartizione netta delle questioni nell'uno o nell'altro ambito.

Determinante, dal punto di vista politico e istituzionale, è il controllo delle finalità delle banche di dati.

Il testo non definisce né classifica le finalità per le quali viene costituita una banca di dati. Menziona, tuttavia, alcune finalità, che rilevano ai fini dell'ambito di applicazione della disciplina, aventi natura eterogenea.

Innanzitutto, le finalità « personali ». Il « trattamento » (da intendersi nella accezione più lata, ex art. 1 comma 2 lett. b)) effettuato per fini esclusivamente personali non è assoggettato alla disciplina; nasce allora il problema di definire il significato dei fini personali; occorre accertare se si tratti di fini inerenti alla vita privata, biologica, scientifica, ludica, informativa in senso lato, e, quindi se si debba intendere l'espressione a guisa di una clausola generale, che dovrà essere interpretata dal giudice e dal Garante con criteri possibilmente uniformi, ovvero se sia possibile specificarne il significato in ambito regolamentare, codificandone le fattispecie. In ogni caso, l'esclusione dall'ambito di applicazione della normativa non è totale, perché i dati raccolti e trattati debbono comunque essere assistiti dalla sicurezza, e quindi si debbono osservare, anche per queste operazioni per così dire « private » le disposizioni contenute nel testo normativo e nei regolamenti sulla sicurezza (di cui agli artt. 36 e 15); il titolare sarà esposto all'azione risarcitoria di cui all'art. 18. Se i fini « personali » sono intesi nel senso che non debbono essere lucrativi, ci si può chiedere se l'esenzione sia estensibile dalle persone fisiche agli enti che non abbiano scopo lucrativo, ma solo per il perseguimento di finalità connesse con l'organizzazione interna (l'esempio più eclatante riguarda le banche di dati personali concernenti gli iscritti ad una associazione non lucrativa).

Poi, le finalità pubbliche. Alcune di esse sono indicate nell'art. 4 o sono specificate dalla legge; di finalità pubbliche si parla anche a proposito delle investigazioni (art. 22 comma 4) con riguardo ai dati sensibili, a proposito della prevenzione, dell'accertamento e della repressione di reati (art. 23), sempre con riguardo ai dati sensibili. Finalità pubbliche sono anche quelle relative alla libertà di stampa e di diffusione dell'informazione tramite mass media. Qui, ovviamente, il discorso è delicato, perché incide su una delle libertà fondamentali, e sul diritto di cronaca; il testo normativo è, al riguardo, lacunoso. Qualunque intervento legislativo potrebbe essere letto in un'ottica censoria; ma non si deve dimenticare che l'informazione non può conculcare i diritti della persona, né che essa è motore di interessi economici collegati con la proprietà e la gestione dei mass media. Inoltre, le finalità pubbliche sono collegate con l'interesse pubblico perseguito dalle Amministrazioni (ad esclusione degli enti pubblici economici, che nel testo sono trattati, correttamente, alla stregua degli enti privati con finalità di lucro).

Ancora. Le finalità sono esaminate sotto il profilo dell'esclusione del consenso dell'interessato, ma solo entro i limiti della acquisizione dei dati, ma non della loro circolazione (art. 12); si considerano anche le finalità scientifiche, sempre a proposito del consenso dell'interessato, che è escluso, se i dati sono anonimi. Sono esaminate con riguardo alla tutela giudiziaria (art. 22 comma 4) in merito ai dati sensibili, e, sempre per i dati sensibili, con riguardo alla tutela dell'interessato (incolumità fisica e salute: art. 23).

Un particolare regime hanno le finalità di informazione commerciale, anche interattiva, di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta, o di ricerche di mercato (art. 13 comma 1 lett. e)).

Si considerano anche dal punto di vista della loro esternazione (si tratta delle finalità dichiarate, intese cioè nel senso delle ragioni per le quali la banca è stata creata: art. 7).

Le finalità (o gli « scopi ») sono considerate anche dal punto di vista delle modalità con cui il trattamento dei dati deve essere effettuato: in questo senso, le finalità debbono essere determinate, esplicite, legittime e non eccedenti. Si può discutere se l'art. 9 si riferisca solo alle banche di dati a finalità non personali o a tutte le banche di dati.

Il controllo delle finalità si estende, per i « soggetti pubblici », anche alla compatibilità con le rispettive funzioni istituzionali (art. 27); si può chiedere, allora, se si possa effettuare il controllo di compatibilità tra le finalità dichiarate e le attività svolte dal titolare quando questi sia non tanto un soggetto pubblico, quanto un soggetto privato; in altri termini, se si possa limitare l'iniziativa privata e il diritto di informazione sotto questo profilo, ricorrendo al controllo di liceità e correttezza, di pertinenza, completezza e non eccedenza.

Si è in presenza di un nodo da sciogliere. Restando legati al dato meramente testuale, il controllo di compatibilità è previsto solo con riguardo ai soggetti pubblici (art. 27 comma 1). E già a questo proposito, si è operata una distinzione tra controllo di compatibilità con i fini pubblici perseguiti e controllo sull'applicazione delle leggi che consentono l'accesso ai dati (in particolare, l'applicazione della legge 7 agosto 1990, n. 241). Alla soluzione di questioni così rilevanti attende oggi la dottrina insieme con gli uffici del Garante, il quale, in questa materia, ha poteri di controllo dell'attività pubblica⁷.

Per i privati — al di là dell'uso meramente personale dei dati — ci si deve muovere nel quadro dei principi costituzionali. Ci si deve chiedere se un controllo di compatibilità con la natura dell'attività economico-professionale-istituzionale esercitata possa spingersi fino a sindacare la scelta di individuare e utilizzare i dati personali in collegamento non tanto con le finalità (dichiarate) della raccolta, ma con la natura dell'attività esercitata. Se si rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 41 della Costituzione, prevarrebbe la tesi della ammissibilità del controllo di compatibilità; se si rientra nell'ambito di applicazione della libertà di informazione, si rientra sia nel dettato dell'art. 2, sia nel dettato dell'art. 21 della Costituzione. Attesa la graduatoria di valori espressa dall'art. 1 — sulla quale tra poco si dirà — sembra possibile risolvere il dilemma ricollegando il controllo delle finalità private alla liceità della raccolta e quindi introducendo la possibilità di controllo della compatibilità delle finalità istituzionali con quelle dichiarate e con quelle realizzate in concreto.

II. LA LETTURA GIUS-FORMALISTA.

1. LE TECNICHE REDAZIONALI.

È prassi, e forse tradizione consolidata che il tessuto normativo di una legge di rango ordinario sia confezionato sulla base di progetti o di disegni e sia adattato, ritagliato, modificato nel corso del dibattito parlamentare, con emendamenti, ripensamenti, sottrazioni, addizioni, unificazioni di testi, coordinamento di disposizioni e così via. Questa attività, che si presenta come un laboratorio al tempo stesso politico e tecnico, e che, dal punto di vista testuale, si potrebbe qualificare come redazionale, termina con

⁷ In argomento v. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 426 ss.; GRISOSTOMI TRAVAGLINI, ne *La tutela dei dati personali*, cit., p. 251 ss.

la pubblicazione del testo sulla *Gazzetta Ufficiale*. A questo punto si apre il laboratorio interpretativo e applicativo. Il legislatore cessa di interferire nel testo — salve successive modifiche, riforme, abrogazioni — e lascia il campo all'interprete. Siamo in presenza di una convenzione — o di una finzione — perché il testo di per sé è muto, e può vivere solo con il ruolo dell'interprete, che a sua volta aggiunge, taglia, cuce, rattoppa e ricama. In realtà, dunque, il laboratorio redazionale continua a restare aperto; ma continua sotto altre spoglie, con l'ausilio di altri ruoli: questa volta, chi confeziona il testo non è il « legislatore », ma l'« interprete ». Allo stesso modo, anche se si tratta di una convenzione — o di una finzione — una volta pubblicata, la legge dispone per un avvenire idealmente destinato a durare all'infinito, ed il testo, una volta formato, non richiede ulteriori interventi del legislatore. Sicché, nella fittizia divisione dei ruoli, il legislatore affida un testo — che ritiene immutabile — ad un interprete; l'interprete riceve quel testo ritenendolo per contro mutevole, in quanto il suo compito consiste nell'attribuirgli un significato, nel definirne l'ambito di applicazione, nel precisarne la vincolatività, nell'adattarlo alle situazioni applicative.

Al pari degli altri testi normativi, anche questo sulle banche di dati personali si presenta come un autentico laboratorio; a differenza di tutti gli altri testi normativi, in cui il laboratorio, per l'appunto, si distingue in due fasi, l'una propositiva, l'altra applicativa, qui il legislatore si è riservato una fase più lunga, ha ritenuto di proporre un testo, considerandolo immediatamente vincolante, ma nel momento stesso in cui lo ha creato si è riservato il compito di modificarlo; per far ciò, ha redatto due testi: l'uno, propositivo, l'altro riformatore (rispettivamente la legge n. 675 e n. 676/1996). Il legislatore, in altri termini, ha sovrapposto i ruoli, ed ha arricchito il significato della regola giuridica, imprimendole una validità *ad tempus*, ma senza indicare il momento finale della vigenza.

Il legislatore non è convinto della irrevocabilità delle proprie scelte, e si riserva dunque un diritto di ripensamento; ha avvertito la necessità di vincolare se stesso a provvedere alle modifiche (ritenute di per sé ineludibili) affidando questo compito di riscrittura del testo ad altro organo costituzionale, il governo, con legge di delega, per far sì che il testo sia saggiato dall'esperienza e possa essere adattato alla bisogna tenendo conto della sua « resa » sul campo.

Ma prima ancora di ricorrere alla legge delegata di portata generale, il governo ha provveduto ad apportare alcune correzioni di dettaglio al testo. Gli interventi legislativi di tipo correttivo si sono effettuati con il d.lgs. 9 maggio 1997, n. 123 (che ha introdotto alcune precisazioni terminologiche, completato la disposizione degli uffici e quindi la distribuzione dei compiti, ritoccato le scadenze degli adempimenti) e con il d.lgs. 28 luglio 1997 n.

255 (che a sua volta ha introdotto ulteriori modifiche temporali ed ha attenuato la rigida scansione degli adempimenti). Al livello primario si aggiungono poi, a livello secondario, i regolamenti di attuazione, in corso di elaborazione; tra il primo e il secondo livello si collocano i provvedimenti del Garante via via emanati.

Questi ultimi non sono solo provvedimenti *ad hoc*, adottati in attuazione della disciplina; sono pure di per sé fonti normative (sub-primarie) atteso che sono riconducibili alla potestà normativa riconosciuta alle (sole) autorità amministrative indipendenti, la quale si esprime con provvedimenti di tipo specifico e provvedimenti di tipo generale, rivolti dunque alla generalità dei soggetti destinatari delle disposizioni contenute nella legge di base.

● Oltre che della prassi costituita dai provvedimenti di eterogenea natura assunti dall'Autorità, nel novero delle fonti a cui la legge si riporta occorre tener conto dell'autodisciplina, qui espressa dal codice deontologico dei giornalisti, a cui deve provvedere l'organo di categoria (o il Garante, in via sostitutiva, in caso di inottemperanza).

2. LA TRAMA NORMATIVA.

La trama normativa che sorregge la disciplina è anch'essa complessa. Nelle scelte legislative e nelle espressioni linguistiche si riconoscono molte ascendenze: i) il succedersi di progetti testuali, elaborati sulla base delle prospettazioni dottrinali⁸ presentati via via da singoli parlamentari, da commissioni ministeriali, da esponenti governativi, per un arco di tempo ormai più che ventennale⁹; ii) le discipline introdotte in alcuni degli ordinamenti stranieri più evoluti, ben noti agli studiosi italiani¹⁰; iii) la conven-

* Mi riferisco, in particolare, alle indagini pionieristiche di Stefano RODOTÀ raccolte in *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna, 1973.

Sulle diverse proposte v. LOSANO, *I progetti italiani sulla riservatezza dei dati personali*, in *Banche dati, telematica*, cit., p. 149 ss.

⁹ Una ricognizione ammirevole di questa laboriosa preparazione è offerta da BUTTARELLI, *Banche dati*, cit. e dai commentatori del testo legislativo in esame coordinati da GIANNANTONIO - LOSANO - ZENNO-ZENCOVICH, *op. cit.*; il panorama della legislazione vigente negli Stati europei e in alcuni dei più importanti sistemi extraeuropei è riferimento costante nelle pagine di BUTTARELLI, *op. cit.* e nell'introduzione al commentario cit. redatta da Losano, p. xxiii ss.; e v., anteriormente, GIANNANTO-

NIO, *Introduzione all'informatica giuridica*, Milano, 1984.

¹⁰ Di recente v. ad es., per l'esperienza inglese DELFINO, *Il Data Protection Act 1984: esame della disciplina ed analisi di un caso deciso dal Data Protection Tribunale*, in *Dir. fam. pers.*, 1992, p. 1302 ss.; SOMMA, *I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica federale tedesca*, in *Corso di sistemi giuridici comparati*, a cura di Alpa, Torino, 1996, p. 395 ss.; DASSIO, *Tutela delle persone e trattamento dei dati personali: l'esperienza francese*, in corso di pubbl. sulla *Riv. trim. dir. proc. civ.*; DELFINO, *La tutela della privacy informatica nel diritto internazionale e comunitario*, in *Corso*, cit. p. 419 ss.

Sono preziose altresì le relazioni presentate al convegno organizzato a Stresa, nei

zione europea sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981, in vigore dall'1 ottobre 1985 e ratificata dal nostro Paese con la legge 21 febbraio 1989, n. 98; iv) la direttiva comunitaria 95/46/CE del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, a cui si è affiancata la direttiva 96/9/CE dell'11 marzo 1996 relativa alla tutela giuridica delle banche di dati; v) la normativa esistente in materia di banche di dati, con particolare riguardo alla circolazione delle persone e agli accordi internazionali e comunitari ad essa relativi, ai dati raccolti per ragioni di pubblica sicurezza, ai dati raccolti sugli appartenenti alle forze armate e ai dati raccolti sui prestatori di lavoro; vi) la elaborazione giurisprudenziale delle regole concernenti il diritto alla riservatezza, alla identità personale, al «*right of publicity*»¹¹; vii) la elaborazione giurisprudenziale delle regole concernenti il diritto di cronaca¹² di cui sopra si è detto.

Ciascuno di questi testi — o di queste regole — ha, tuttavia, una logica a sé, è stato creato, letto, applicato, sulla base di principi propri (anche se in consonanza con le disposizioni della Carta costituzionale e con i trattati comunitari) e non è possibile quindi assumere ciascuno di essi come l'antecedente del testo che ne è risultato, perché ciò porterebbe ad una lettura parziale e quindi fuorviante dei provvedimenti in esame. Non i progetti preparatori, perché essi si ispiravano a scelte coeve a quelle effettuate dai legislatori nazionali che avevano anticipato l'intervento italiano, ed erano assai restrittivi sia nell'ambito di applicazione,

giorni 16-17 maggio 1997 dall'Osservatorio «Giordano Dell'Amore» sui rapporti tra diritto ed economia (tra le quali v. i testi datt. di Simitis, Martinotti, Bunkert, Poullet e Vitalis).

Sulla protezione dei dati in quanto inseriti in banche organizzative v. ALPA - GAGGERO, *La protection des banques des données*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1994, p. 1069 ss.; ZOPPINI, in questa *Rivista*, 1992, p. 395 ss.; 1996, p. 111 ss.

¹¹ Questi testi sono stati commentati tenendo conto della dottrina degli anni Ottanta: v. soprattutto FROSINI, *Banche dei dati e tutela della persona*, in *Banche di dati e tutela della persona*, a cura di Paganò, Roma, 1983; i contributi presentati ad alcuni dei convegni dedicati all'esame dei testi progettuali e delle discipline straniere già esistenti, con il metodo esegetico e comparativo raccolti in *Privacy e banche di*

dati, a cura di N. Matteucci, Bologna, 1981; tra i primi commenti alle iniziative del Consiglio d'Europa v. ALPA, *Raccolta di informazioni, protezione dei dati e controllo degli elaboratori elettronici (in margine ad un progetto di convenzione del Consiglio d'Europa)*, in *Foro it.*, 1981, V, 27; FERRI (G.B.), *Privacy e libertà informatica*, ora in *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1985, p. 239 ss.; GIACOBBE, *Problemi civilistici dell'era informatica*, in questa *Rivista*, 1986, p. 403 ss.; nonché i contributi raccolti in *Banche dati, telematica e diritti della persona*, a cura di G. Alpa e m. Bes-sone, Padova, 1984.

¹² Sulla elaborazione giurisprudenziale v. da ultimo MARKESINIS - ALPA, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 419 ss.

sia nella ripartizione delle prerogative tra i soggetti interessati¹³; non gli interventi comunitari, perché strettamente correlati tra loro e rivolti al compromesso tra la libera circolazione dei dati (e la loro protezione come creazione dell'ingegno) e la protezione delle connotazioni dell'individuo; non la legislazione anteriore, perché circoscritta a situazioni e *status* specifici; non le regole giurisprudenziali, perché affidate alla valutazione *in re*, e quindi troppo contingenti e casuali.

L'eterogeneità dei modelli di riferimento non può dunque portare che ad una interpretazione sistematica e, per così dire, « interna » del testo, senza dover quindi attribuire soverchia attenzione alle sue origini storiche, le quali sono certamente utili per comprendere appieno le scelte effettuate dal legislatore italiano, ma non debbono orientare più di tanto l'interprete, al quale corre l'obbligo di assumere come punto di partenza il testo definitivo.

3. LE PROSPETTIVE DI LETTURA GIUS-FORMALISTA.

In questo testo si incontrano due opposte prospettive: l'una, di segno pubblicistico, rivolta alla protezione delle libertà individuali personali, alla protezione della libertà di stampa, ma anche alla libertà di iniziativa economica e al buon andamento della Pubblica Amministrazione con i connessi diritti degli amministrati; l'altra, di segno privatistico, rivolta alla tutela degli interessi patrimoniali e morali collegati con il diritto della personalità, con il diritto sulle banche di dati, con la titolarità e la gestione dei mezzi di comunicazione.

Sarebbero dunque parziali sia le letture che consentissero di far prevalere l'ottica privatistica su quella pubblicistica o viceversa. Anzi, si può revocare in dubbio la legittimità o la opportunità di distinguere queste due prospettive, atteso che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non è più netta come un tempo, ma è esposta all'evoluzione politica, economica e sociale della realtà nella quale la norma giuridica si cala. In altri termini, il lettore-interprete del testo non può ignorare né il titolo della nuova legge, che è chiaramente intonato a finalità di garanzia e difesa della persona nel trattamento dei dati personali, né la gerarchia di valori che la disciplina rimarca nella disposizione di apertura, ove si sottolinea il « rispetto » dei diritti relativi alla persona nella dimensione individuale o collettiva, e cioè: i) il rispetto di diritti nominati, quali la riservatezza e l'identità personale;

¹³ Mi riferisco al primo progetto elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da G. Mirabelli, il cui testo è com-

mentato dallo stesso MIRABELLI, *Banche dati e contenimento degli interessi*, in *Banche dati, telematica*, cit., p. 159 ss.

ii) il rispetto delle libertà fondamentali; iii) il rispetto della dignità umana. Certo, si tratta di una regola così generale da richiedere un apporto interpretativo più sostanzioso dell'ordinario, dal momento che riservatezza e identità personale sono formule giurisprudenziali; che il rapporto tra tali diritti (o tali aspetti del diritto della personalità) con il diritto di cronaca è anch'esso di creazione giurisprudenziale; che la categoria delle « libertà fondamentali » non è definita normativamente; che la « dignità della persona » è al tempo stesso un valore, un principio generale e una clausola generale, i cui contenuti debbono essere di volta in volta definiti dall'interprete.

Si noti, tra l'altro, che la gerarchia di valori non impinge solo i rapporti tra i privati, in cui il compromesso tra (o, come si dice con termine più neutro, la composizione de) gli interessi in gioco è più agevole, ma impinge anche i rapporti tra il privato e l'Amministrazione: la tutela delle libertà fondamentali si spinge fino a porre barriere e limiti all'operato della P.A., ma anche alla imposizione di obblighi comportamentali.

4. LE CATEGORIE GIURIDICHE TRADIZIONALI.

La lettura del testo, con la ricchezza dei nuovi termini, delle nuove eccezioni, della molteplicità delle prospettive considerate, richiede un impegno ulteriore del giurista, il quale può operare una sorta di *reductio* di quei termini e di quei concetti allo strumentario d'uso oppure considerarli come il contenuto di nuove categorie. Talvolta, muovendosi nella prima dimensione, il giurista si comporta come il latinista che cerca di dare una veste plausibile, ricorrendo ad espedienti linguistici e concettuali, alle parole moderne, apparendo quindi un po' goffo e sfasato nel tempo.

Ci si può chiedere, allora, se le categorie giuridiche tradizionali siano sufficienti ad esprimere questa ricchezza di contenuti, di interessi e di rimedi. Qualche esempio può tornare utile. Si può ragionare in termini di « proprietà » del dato personale da parte dell'interessato, quando questo dato è individuato, costruito, elaborato dal titolare della banca dei dati, che ne è anche titolare *sub specie* di diritto d'autore e di diritto *sui generis*, come si esprime la direttiva 96/9 CE. Da tempo si considera l'informazione come un « bene »¹⁴. Ma spesso si è in presenza di flussi di informazioni che sono offerti sotto forma di servizio. E in ogni caso il dato personale in sé e per sé non è un attributo della per-

¹⁴ V. le osservazioni di SCHAFF, *La nozione di informazione e la sua rilevanza*

giuridica, in questa *Rivista*, 1987, p. 445 ss.

sona ma una informazione sul modo di essere o sugli attributi della persona. Di qui la difficoltà di ricorrere al modello proprietario.

Si può ragionare in termini di privacy o di identità personale, e quindi di informazione che deve rimanere segreta; ma questa appare una prospettiva riduttiva, in quanto non si è solo in presenza di una ricostruzione complessiva dei dati tale da riflettere l'immagine o l'identità ideale del soggetto, o tale da intrudersi nella sua vita privata, ma semplicemente in presenza di dati anche singoli che siano di per sé sufficienti a « connotare » una persona.

Ci si può chiedere se sia ancora necessario od opportuno riprendere l'antica diatriba che divideva i monisti dai pluralisti in materia di diritti della personalità, e identificare qui nuovi diritti (anziché nuovi aspetti) della personalità. Mi pare che la diatriba debba ormai considerarsi risolta allineandosi all'orientamento prevalente della giurisprudenza, che ragiona in termini di diritto generale della personalità. È pur vero che, anche nell'art. 1, la riservatezza e l'identità personale sono individuate *nomina-tim*; ma questa menzione (destinata in ogni caso a legittimare definitivamente l'ammissibilità di queste posizioni soggettive nel nostro sistema) non deve essere sopravvalutata al punto da inferirne una esplicita adesione del legislatore — con funzione vincolante con l'interprete — alla teoria pluralista dei diritti della personalità.

Ci si può chiedere se il decalogo dei diritti di cui all'art. 11 ss. della nuova disciplina sia esaustivo, ovvero registri solo una parte dei diritti che sono sanciti in altre disposizioni del medesimo testo normativo¹⁵.

Ancora. Si possono considerare alcuni problemi di base.

i) *Il catalogo dei diritti fondamentali.*

Il testo fa menzione dei « diritti » e delle « libertà fondamentali ». L'espressione intesa in senso moderno (tipica della cultura giuspubblicistica francese) compariva già nel progetto del Consiglio d'Europa, ed era stata criticata per la sua genericità; si era anche segnalata l'assenza di criteri di composizione degli interessi in conflitto¹⁶. Se si fosse trattato semplicemente di « diritti », la menzione sarebbe stata pleonastica: qualunque attività, pubblica o privata, non può che svolgersi nell'ambito di una complessa schiera di diritti e di limiti; si deve quindi presumere che là dove l'art. 1 fa riferimento ai diritti implichi che si tratti di « di-

¹⁵ Al riguardo v. le considerazioni di CONTE (G.), *Posizioni giuridiche dell'interessato e obblighi di sicurezza nel tratta-*

mento dei dati personali, in corso di pubbl.

¹⁶ In argomento v. ALPA, *Raccolta di informazioni*, cit.

ritti fondamentali»; essi sono distinti dalle «libertà» fondamentali. L'interprete dunque si trova dinanzi ad una opzione drastica: o dare significato pregnante a queste espressioni, oppure considerarle alla stregua di un semplice richiamo — per quanto solenne — ai doveri fondamentali che debbono essere rispettati da quanti, facendo uso dell'informazione, sono potenzialmente lesivi dei diritti altrui; allo stesso modo, l'opzione riguarda la seconda parte dell'art. 1, là dove si richiamano la dignità, la riservatezza e l'identità personale.

Da quanto fin qui si è detto appare chiara la scelta per l'opzione più significativa. A questo punto l'interprete incontra alcuni problemi basilari: se i diritti e le libertà fondamentali siano quelli risultanti dalla costituzione, o se si faccia riferimento anche ai trattati e alle convenzioni (ivi compresi, ovviamente, la Dichiarazione universale, la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e i principi generali del diritto comunitario); se l'assunzione della riservatezza e dell'identità personale nell'ambito di tali diritti sia, per esplicito tenore normativo, più pregnante della loro semplice ascrizione agli aspetti del diritto generale della personalità provvisto della tutela costituzionale diretta offerta dall'art. 2 così come costruiti dalla giurisprudenza, oppure se si tratti di valori-diritti che, affiancandosi alla «dignità» della persona, compongono un quadro di enunciati di livello costituzionale¹⁷; si aprono, a questo punto, le questioni implicate dalla natura dei c.d. «diritti fondamentali» che in altre esperienze hanno raccolto un'attenzione e risultati scientifici davvero ammirevoli¹⁸.

Ciò che si deve comprendere è fino a che punto queste finalità di tutela siano compatibili con la libertà di informazione, la libertà di circolazione dei dati, la libertà di iniziativa economica, la libertà di organizzazione della Pubblica Amministrazione. In altri termini, si deve stabilire, tra l'altro, come comporre queste libertà con quelle (nuove, o antiche con veste nuova) difese della legge sui dati personali, quali criteri si debbano impiegare per redigere la tavola di valori, se si debba ricorrere all'ordine gerarchico, oppure al bilanciamento, e ancora, se questa intensità di

¹⁷ Tematiche, queste, più sviluppate nelle ricognizioni dei principi generali dell'ordinamento interno, dell'ordinamento internazionale e dell'ordinamento comunitario: v. ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993; CANNIZZARO, *Principi fondamentali della Costituzione e Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1994, p. 1118 ss.; TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Corso di sistemi giuridici comparati*, cit., p. 241 ss.

¹⁸ La problematica è stata articolata

ed esaminata in modo analitico e puntuale dagli studiosi tedeschi: v. a mero titolo esemplificativo HAEBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. a cura di Ridola, Firenze, 1993; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Berlino, 1986, di cui è in corso la trad. it.; ARNOLD, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione tedesca e l'influenza del diritto comunitario*. Alcune considerazioni generali, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, p. 1157 ss.

tutela valga per tutti i settori e per tutti i dati riguardanti la persona¹⁹. Le scelte legislative sono racchiuse nel disposto dell'art. 1: il legislatore non indica i diritti e le libertà in conflitto, ma si preoccupa della tutela della persona: è un quadro di valori chiaro perché questi prevalgono sugli altri, neppure menzionati. La libertà economica cede alla tutela della persona (come tra l'altro si incarica di enunciare lo stesso art. 41 comma 2 della Costituzione); la libertà di stampa (e in generale, di informazione) trova un limite nella tutela della persona.

ii) *Il ruolo della privacy informatica, della riservatezza e dell'identità personale.*

Ma ci si deve anche chiedere se il riferimento a riservatezza e identità personale — che l'interprete con le sue addizioni vorrà colmare di significati — esauriscano gli orizzonti tematici della disciplina, o non ne siano piuttosto (come ritengo) solo taluni degli aspetti più rilevanti. Non è solo l'intrusione nella sfera privata, non è solo la ricostruzione errata di una immagine ideale che si vuol prevenire con questa disciplina: si vuol evitare la persecuzione dell'individuo tramite i suoi dati, la sua traduzione in termini meramente numerici, dei suoi connotati, la mercificazione delle sue qualità. In altri termini, ben poco vi è di segreto nei dati raccolti: spesso si tratta di dati pubblici, oppure di dati che lo stesso interessato ha fornito — spontaneamente, o perché costretto — al fine di acquisire beni o servizi; siamo quindi spesso al di fuori dell'area della segretezza²⁰.

iii) *Il problema degli status.*

Si è in presenza di una disciplina che invita a ripensare i criteri di riferimento degli *status*. Forse inconsapevolmente, il legislatore ha riscritto l'art. 3 della Costituzione; che significato può avere questa riformulazione? Più oltre si tenterà di dare risposta ad alcuni di questi interrogativi; questo appare anzi come uno degli aspetti più ragguardevoli della nuova disciplina, che merita perciò una più diffusa trattazione²¹.

iv) *Il catalogo delle situazioni soggettive specifiche.*

Al di là dei diritti menzionati dall'art. 1, vi sono altre situazioni soggettive che la nuova disciplina prende in considerazione, creandole *ex novo*. Oltre all'accesso (il c.d. diritto di sapere) e

¹⁹ È alternativa posta da ALEXY, *op. cit.*, cap. III.

²⁰ Così MIRABELLI, *Le posizioni soggettive*, cit., p. 317.

²¹ V. infra par. 6, e, già fin d'ora, ALEXY, *op. cit.*, cap. V; ALPA, *Status e capacità. la costruzione giuridica dell'identità personale*, Bari-Roma, 1995.

alla cognizione del contenuto, controllo, oltre al diritto all'oblio, oltre al diritto di controllo e quindi di integrazione o modificazione dei dati²², si è parlato di «diritto sui propri dati»²³. La formula ellittica indica che ogni individuo — senza qualificazioni in termini di cittadinanza o di *status* — esercita un potere sui dati che lo riguardano, comunque essi siano acquisiti e comunque essi siano costruiti od elaborati. Non si tratta, ovviamente, come già si è sottolineato, di un diritto di privativa; se mai, la privativa spetta, ai sensi della seconda direttiva comunitaria in materia, a chi quel dato abbia acquisito, costruito, elaborato; né si tratta di titolarità in termini di proprietà; nella qualificazione giuridica dei rapporti inerenti le informazioni che riguardano la persona si incontrano gli stessi problemi e le medesime difficoltà — si potrebbe dire, il medesimo imbarazzo — che si incontrano con riguardo al (le parti del) corpo umano²⁴. Tra le posizioni soggettive tradizionali la più congrua a cui riferirsi mi sembra sia quella del *potere*. Ma se di *diritto soggettivo* si deve parlare, allora mi sembra preferibile l'opzione della Corte Costituzionale tedesca per il «diritto alla autodeterminazione informativa»²⁵. Probabilmente, queste discussioni (queste sì) sono oziose: ciò che rileva è l'articolazione della disciplina specifica delle singole pretese riconosciute all'individuo (il c.d. *interessato*) nelle diverse fasi in cui si articola il trattamento dei dati.

v) *Il ruolo del consenso informato.*

La nuova disciplina individua uno dei cardini del trattamento dei dati nel consenso dell'interessato. Si può discutere se si sia in presenza del consenso dell'avente diritto, cioè di una sorta di autorizzazione, oppure di una manifestazione di volontà contrattuale. L'opzione potrebbe apparire frutto di enfasi delle categorie privatistiche; tuttavia ha una valenza pratica notevole: se si tratta di consenso negoziale (o finanche contrattuale) il singolo può revocarlo, può condizionarlo, può sottoporlo a corrispettivo, ecc. e quindi può meglio controllare l'uso dei dati da parte di terzi. Nel caso di dati riguardanti la salute il meccanismo è più complesso perché il consenso dell'interessato non è sufficiente, occor-

²² Così si esprime CONTE, *op. cit.* Sul punto v. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 296 ss.; e il commentario cit., p. 129 ss.

²³ È l'assunto di ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium iuris*, 1997, p. 468.

²⁴ Nell'ormai vasta letteratura v. per tutti RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*,

Bologna, 1995, p. 204 ss. e RESTA (G.), *Scarsità delle risorse e funzione allocativa del diritto: il caso dei trapianti d'organo*, in *Enc. dir. terziario*, 1997, p. 205 ss.

²⁵ È la famosa pronuncia del BvG, 15 dicembre 1983, sulla quale v. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, cit., p. 106.

rendo anche la autorizzazione del Garante. Tuttavia il c.d. paradosso della *privacy*, che impone all'individuo di disvelarsi per poter ottenere beni e servizi, per esercitare i propri diritti, per acquisire protezione dalle discriminazioni, ci deve far avvertiti della sterilità degli schemi tradizionali²⁶.

vi) *La nozione di « interessato ».*

Anche per la nozione di « interessato », cioè della persona sulla quale si raccolgono i dati, si possono svolgere alcune osservazioni e si possono porre alcuni interrogativi. L'interessato può rilasciare deleghe o procure (art. 13 comma 4); l'interessato può essere un minore, un incapace di intendere o di volere, un incapace legale, un interdetto, un inabilitato; ovvero può essere deceduto. Nel primo caso ci si può chiedere se non possano sorgere conflitti d'interesse con chi rappresenti l'interessato; nel secondo caso occorre chiarire il significato della formula « chiunque vi abbia interesse ». E qui sembra che l'ampiezza dell'espressione includa nella cerchia dei legittimati non solo gli eredi (legittimi o testamentari), non solo i congiunti, o i conviventi (siano essi stati legati al defunto da vincoli di parentela o di affinità) ma anche coloro che avessero con il defunto vincoli di altra natura (famigliarità, amicizia, legami professionali o associativi, ecc.). La definizione del termine incide sulla applicazione delle regole di responsabilità civile, sulla individuazione del danno e sulla legittimazione ad agire per l'esercizio dei diritti e per il risarcimento del danno.

vii) *La responsabilità civile e il danno.*

Alcune questioni riguardano la materia della responsabilità civile, cioè l'interpretazione degli artt. 18, 29 comma 9 e il loro coordinamento con l'art. 13 comma 3 sulle « persone decedute ».

Innanzitutto, si è discusso se la legge, che pone obblighi e divieti, esaurisca in questi la sua rilevanza dal punto di vista della responsabilità civile. Se cioè sia necessario individuare la violazione di una delle disposizioni introdotte in materia di « trattamento » dei dati personali per poter configurare un illecito civile²⁷. Il disposto dell'art. 18 non lascia spazi ad una restrizione dell'area della responsabilità, poiché genericamente si rivolge a « chiunque » cagioni danno per effetto del trattamento, non è ne-

²⁶ Sul punto v. BUTTARELLI, *op. cit.*, p. 280 ss.; COMANDÈ, in *Commentario*, cit., p. 101 ss.; ZENO-ZENCOVICH, *Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del Garan-*

te, in *Corr. giur.*, 1997, p. 917 ss.

²⁷ DE NOVA, *Profili di responsabilità civile nel trattamento dei dati personali da parte degli intermediari bancari e finanziari* (datt.).

cessario quindi l'accertamento della colpa o del dolo dell'agente per potervi pronunciare sulla responsabilità; tuttavia, poiché la disposizione non è formulata nel senso che qualunque danno derivante dall'impiego di dati personali altrui comporta risarcimento ai sensi dell'art. 2050 cod. civ., ma collega il danno al trattamento, si profilano due diverse aree: i) l'area delle violazioni della normativa in materia di « trattamento » — espressione che, ai sensi della legge, ha un significato tecnico preciso, definito in apertura del *corpus* normativo — le quali comporteranno l'applicazione delle sanzioni (amministrative o penali) ivi previste nonché le reazioni sul piano risarcitorio, con l'applicazione dell'art. 2050 cod. civ.; ii) l'area dei danni derivanti dall'impiego di dati personali altrui, per le fattispecie non collegate al trattamento, con l'applicazione delle disposizioni generali in materia (art. 2043 cod. civ.). In questo caso, spetterà all'interprete valutare, a seconda delle modalità del danno, se si dovrà fare ricorso al criterio della colpa, al criterio del dolo oppure al criterio del rischio d'impresa.

Il riferimento all'art. 2050 cod. civ. introduce un regime speciale di responsabilità²⁸ circoscritto al trattamento dei dati; ma il richiamo a questa disposizione implica non tanto una qualifica del trattamento di dati personali in termini di « attività pericolosa », quanto piuttosto l'applicazione a questa attività delle regole di inversione dell'onere della prova e di limitazione della prova previste dall'art. 2050 cod. civ., che si risolvono sostanzialmente nella imposizione al danneggiante di una responsabilità presunta.

Il danno consiste nella lesione della personalità in tutti i suoi aspetti collegati con i « dati personali ». Esso quindi potrà avere natura patrimoniale oppure natura non patrimoniale. Potrà consistere in un danno biologico (di natura psichica), in sofferenze e patemi d'animo, in perdite di natura economica. Nei casi in cui si riscontra la violazione dell'art. 9 (concernente le modalità di raccolta e i requisiti dei dati personali) si potrà risarcire il danno non patrimoniale. La collocazione dell'avverbio « anche » può dare luogo ad una interpretazione binaria: i) se esso sia riferito al danno non patrimoniale, nel senso che anche questo tipo di danno è risarcibile; il precetto sarebbe assai significativo perché non si potrebbero introdurre le limitazioni espresse dalla giurisprudenza a proposito dell'art. 2059 e quindi questo danno sarebbe risarcito anche al di fuori dei casi di reato; ii) se esso sia riferito ai casi di violazione, e quindi la precisazione opererebbe

²⁸ Nel quadro sistematico delle regole codicistiche e speciali di responsabilità ci-

vile: v. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1993.

come intesa nel significato precedente ma avrebbe altresì una valenza restrittiva, limitando la risarcibilità del danno non patrimoniale ai soli casi di violazione dell'art. 9, e non a tutte le altre fattispecie inerenti il trattamento dei dati da cui il danno può derivare. Considerando gli scopi della disciplina, si potrebbe pensare ad una formulazione infelice, e quindi optare per l'estensione più ampia; tuttavia, il riferimento specifico alle violazioni dell'art. 9 lascia propendere per la risarcibilità *tout court* di questo tipo di danno solo nei casi ivi indicati.

Altro problema — che investe però l'applicazione dell'art. 2059 — è la sua interpretazione restrittiva; ma si tratta di tema con valenza generale, ultroneo in questo contesto.

Più complicata è la qualificazione giuridica del danno risentito per l'uso di dati concernenti una persona ormai defunta. ●ccorre, innanzitutto distinguere se il danno è stato risentito dalla persona quando era ancora in vita, e la domanda per il risarcimento non sia stata proposta, oppure se il danno si sia verificato successivamente al decesso. Siccome i diritti dell'interessato possono essere esercitati da chiunque vi abbia interesse, nel caso di inottemperanza all'esercizio di quei diritti da parte del responsabile della banca di dati, si riscontra una violazione e tale violazione comporta una sanzione, nonché il risarcimento. Ci si deve chiedere, innanzitutto, se nel novero dei diritti che sono previsti con riguardo alla tutela dei dati, si ricomprenda anche il diritto al risarcimento del danno; ciò perché la lettera della legge menziona la persona deceduta solo con riguardo alla protezione dei dati, e non con riguardo al diritto risarcitorio. Ci si deve chiedere poi se i dati possano essere raccolti dopo la morte dell'individuo, e quindi se i diritti di cui fa menzione l'art. 13 possano egualmente essere azionati da chiunque vi abbia interesse. Quanto poi al risarcimento, non può trattarsi del risarcimento di un danno subito dall'individuo (cui si riferiscono i dati) avvenuto dopo la sua morte, in quanto l'estinzione dell'individuo comporta anche l'estinzione dei diritti della personalità; né si può trattare di ultrattività dei diritti inerenti i dati personali; se mai, si può trattare di esercizio di quei diritti o *iure hereditario*, o *iure proprio* (se vi è connessione tra quei dati e i dati di chi esercita i diritti) od *ope legis*, in quanto la legge, come si è detto, usa una dizione più ampia di legittimato ad agire (« chiunque vi abbia interesse »).

Il risarcimento del danno (sia esso patrimoniale o non patrimoniale) spetta tuttavia solo agli eredi, *iure hereditatis*, se il danno è stato arrecato alla persona quando era in vita, e *iure proprio* se il danno è stato arrecato dopo la sua morte.

Anche la quantificazione del danno comporta delicati problemi da sciogliere, come dimostra l'eterogeneità delle determinazioni dei giudici che risultano dalla valutazione effettuata secondo « equità ».

III. LA LETTURA GIUSREALISTA.

5. GLI INTERESSI IN GIOCO.

Una ricognizione degli interessi in gioco è utile per comprendere il significato delle scelte legislative e il modo di operare del Garante, delle Amministrazioni, delle categorie professionali coinvolte, dei soggetti privati, intesi come individui o come enti collettivi. Si tratta di interessi che hanno contenuto morale, oppure contenuto patrimoniale, oppure contenuto bivalente. L'ambito geografico di questi interessi può essere solo interno, oppure comunitario, oppure internazionale: il mercato dei dati (cioè il mercato delle informazioni riguardanti persone fisiche ed enti) conosce confini labili, superati in modo agevole dalle sofisticate tecniche informatiche e telematiche. L'informazione singola o complessa, diretta o correlata (di cui alla definizione offerta dall'art. 1 comma 2 lett. c)) è considerata di volta in volta un «bene», appartenente alle c.d. *new properties*, l'oggetto di un servizio offerto allo stesso interessato o a terzi, il modo di essere di una persona. Si tratta di un mercato che afferisce all'attività dei privati, ma anche di funzioni pubbliche esercitate da enti pubblici o da privati concessionari. Si tratta di un mercato in cui il *dato* in quanto tale può provenire dall'interessato, che spontaneamente le offre al titolare della banca per poter ottenere un bene o un servizio, o per ottenerne un profitto in sé, in quanto il dato può essere rilevante in sé, oppure essere utilizzato a corredo e in funzione di altre attività.

Occorre dunque capire quali sono le spinte del mercato e delle funzioni, i limiti del mercato e delle funzioni, i costi della creazione delle informazioni, i costi della creazione delle banche di dati, della loro elaborazione e del loro trasferimento, i costi dei limiti e delle funzioni, le garanzie e i costi delle garanzie, le procedure e i costi delle procedure.

Il conflitto degli interessi in gioco emerge in modo esplicito dalle due direttive comunitarie.

I primi *considerando* della direttiva 94/46 riguardano il mercato interno (comunitario) in cui la circolazione delle informazioni è correlata con la circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e prendono atto del fatto che in questo mercato è sempre più frequente il trattamento dei dati personali nei vari settori dell'attività economica, che le imprese e le amministrazioni si scambiano dati riguardanti le persone, e che il flusso interno e transfrontaliero è funzionale non solo al mercato ma anche alla ricerca scientifica. Di qui il congegno della individuazione dei dati, della loro raccolta, della loro elaborazione e della loro utilizzazione diretta o mediata dal trasferimento. Vi sono dati liberamente acquisibili o «costruibili»; dati acquisibili solo con il consenso dell'in-

teressato; dati acquisibili con ulteriori garanzie o procedure. Di qui ancora il sistema dei controlli; controlli effettuati dall'interessato, controlli effettuati dall'autorità garante, controlli (in senso lato) effettuati dall'autorità giudiziaria. Di qui il sistema delle sanzioni, di tipo privatistico (il sistema risarcitorio) e di tipo pubblicistico (il sistema repressivo). Dal punto di vista formale si costruiscono diritti dell'interessato, diritti del titolare della banca di dati (e funzioni) della mano pubblica, poteri delle autorità di controllo. La vestizione giuridica degli interessi coinvolti in altrettanti diritti appare necessaria ad un duplice fine: i) per poter rendere giustiziabili questi interessi; ii) per poter apporre limiti alla libera acquisizione e al libero trattamento dei dati personali. La vestizione giuridica di questi interessi passa attraverso la garanzia delle « libertà fondamentali »: il primo considerando vi allude in termini di « diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri », nonché richiamando la convenzione europea sulla salvaguardia dell'uomo e delle libertà fondamentali; il secondo considerando fa riferimento in particolare alla « vita privata »; il settimo considerando fa riferimento alla tutela dei diritti e delle libertà personali, in particolare della vita privata; l'ottavo ai diritti e alle libertà delle persone, e così pure il nono; nel decimo non si richiamano solo i principi delle legislazioni nazionali, e della convenzione europea, ma anche i « principi generali del diritto comunitario », in ciò legittimando l'interpretazione che nel novero delle fonti comunitarie colloca i principi generali come risultanti dalle costituzioni e dalle leggi fondamentali dei Paesi membri; l'undicesimo sottolinea che tali principi precisano ed ampliano quelli sanciti dalla convenzione europea; il trentaseiesimo sottolinea come i principi di tutela della persona debbano essere contemperati con la libertà di espressione, e in particolare con la libertà di ricevere o di comunicare informazioni, ed inserisce quindi tra le libertà fondamentali la libertà di opinione, la libertà di espressione, la libertà di stampa, o di informazione. Non è quindi solo un'ottica economica quella che pervade la direttiva, ma anche un'ottica di tutela delle libertà — offerta non mediante una normativa costituzionale di livello comunitario, ma mediante l'applicazione di principi generali — che, tuttavia, al tempo stesso, garantisce la libertà (economica) di circolazione delle informazioni; ma apre anche il dubbio concernente la valenza economica della informazione sottesa alla libertà di opinione (o comunque di veicolazione delle informazioni attraverso i media).

La seconda direttiva (96/9) ha una portata più circoscritta, ma deve essere letta in collegamento con la prima. Si apre, a questo proposito, un duplice problema: i) il problema dell'interpretazione delle direttive comunitarie; ii) il problema del coordinamento delle direttive comunitarie. In ogni caso essa resta nell'ottica economica di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, qui considerati ad un duplice livello (la tutela del dato in sé e per

sé, e la tutela della banca creata con originalità sulla base di quei dati) e nella loro duplice natura (economica e morale).

L'individuazione degli interessi in gioco diviene dunque assai complessa: vi sono gli interessi della persona, vi sono gli interessi degli utenti dell'informazione a scopo economico (gli imprenditori che utilizzano l'informazione per la diffusione di beni e di servizi), vi sono gli interessi degli elaboratori di banche di dati, vi sono gli interessi pubblici e privati collegati al mondo dei media, vi sono gli interessi pubblici collegati con le funzioni essenziali e con le funzioni accessorie dello Stato e delle Amministrazioni.

Questa trama di interessi, e la identificazione e qualificazione della loro natura sono utili per comprendere appieno il significato delle disposizioni e per guidare l'interprete a scelte consapevoli.

6. L'ANALISI DEI PROBLEMI PER SETTORI DI ATTIVITÀ.

L'analisi dei testi legislativi sui dati personali è stata effettuata ricorrendo all'esegesi e alla costruzione sistematica: si tratta delle attività tipiche dell'interpretazione giuridica, che debbono comunque precedere o accompagnare qualsiasi altra lettura dei testi. Una lettura realistica deve però tener conto degli effetti della disciplina sui rapporti tra i privati, e tra i privati e le Pubbliche Amministrazioni. La disciplina non investe solo il singolo, nella sua attività biologica o professionale; non investe solo gli enti, nelle loro attività istituzionali; investe anche le categorie economiche e sociali in quanto esponenziali di interessi; ed è per questo che la stessa disciplina consente al Garante di concertare la sua attività con quella delle altre Autorità indipendenti, e di promuovere contatti con gli organismi professionali e le rappresentanze di categoria. Per la migliore conoscenza, comprensione e applicazione della disciplina si può dunque progettare e attuare una attività di promozione e di discussione che tenga conto delle esigenze dei soggetti destinatari delle disposizioni, senza peraltro pregiudicare i soggetti cui la disciplina destina garanzie e forme di tutela.

Accantonando i problemi relativi ai rapporti con le Pubbliche Amministrazioni, si considerino, a mero titolo esemplificativo, i problemi relativi al settore bancario, al settore assicurativo, al settore della professione forense.

Proprio nel settore bancario si sono riscontrati i primi problemi applicativi della nuova disciplina, e si è registrato uno dei primi, importanti provvedimenti del Garante. Le banche, infatti, nella gran parte dei moduli contrattuali con cui offrono i loro servizi ai clienti, inseriscono una clausola con la quale esse sono autorizzate dal cliente non solo ad acquisire i suoi dati per l'esecuzione del contratto nel cui testo la clausola è contenuta, ma anche per tutti gli altri rapporti intrattenuti con il cliente, e non solo, ma anche per le esigenze interne dell'istituto e per le esigenze « interban-

carie». Il profilo negoziale inerente alla efficacia di tale clausola dal punto di vista del controllo della «abusività» è materia che esula dalla disciplina delle banche di dati; tuttavia, il modo nel quale clausole di tal fatta sono formulate non è irreprensibile, come ha dimostrato, per l'appunto, il provvedimento reso in materia dal Garante il 28 maggio 1997²⁹. Si tratta, infatti, da un lato, di accertare se il consenso — che non è necessario nel momento della acquisizione dei dati per l'esecuzione del contratto (art. 12 comma 1 lett. b) — sia invece necessario per il suo trattamento e per la sua comunicazione a terzi; la risposta non può che essere positiva; dall'altro lato, che cosa accada per i servizi non strettamente connessi con le prestazioni offerte dal contratto sottoscritto, nel caso in cui l'interessato non dia il proprio consenso; dall'altro lato ancora, come debba essere effettuata l'informativa perché il consenso non sia generico ma meditato. Questi problemi sono stati risolti con una circolare predisposta dall'ABI, dopo averne controllato l'attendibilità presso gli uffici del Garante³⁰.

Analoghi problemi sono stati esaminati da una circolare dell'ANIA per il settore assicurativo³¹, anche se non tutte le questioni sono risolte³².

Problemi particolari pone poi la nuova disciplina agli studi professionali forensi, sia con riguardo all'attività stragiudiziale o pre-giudiziale, sia con riguardo alla sicurezza dei dati contenuti nei fascicoli dei clienti³³.

E si pensi, ancora, ai problemi incontrati dalle istituzioni sanitarie e dai medici professionisti³⁴.

7. LA COSTRUZIONE GIURIDICA DELL'IDENTITÀ INDIVIDUALE.

Sempre dalla lettura gius-realistica emerge un aspetto di grande rilevanza offerto dalla nuova disciplina che concerne la costruzione giuridica dell'identità individuale, qui arricchita dagli apporti delle terminologie informative e informatiche.

i) *Le accezioni di identità personale.*

Quando si parla di *identità personale* ci si inserisce in un'area da tempo codificata dai filosofi, dai sociologi e dai giuristi in ter-

²⁹ In *Corr. giur.*, 1997, 915.

³⁰ Circ. ABI, 27 gennaio 1997; Circ. ABI pubbl. ne *Il Sole-24 Ore*, 20 agosto 1997; Circ. Assicredito, 29 aprile 1997.

³¹ Circ. ANIA, 25 marzo 1997; 20 aprile 1997.

³² Forum Cesar, 30 aprile 1997 (i cui atti sono in corso di stampa).

³³ Circ. Consiglio Nazionale Forense, in corso di preparazione.

³⁴ GELMAN, *Protection of Medical Data*, in *Atti del congresso organizzato dall'Osservatorio Giordano Dell'Amore*, cit.

mini linguistici e concettuali. Quantunque vi siano intersezioni tra le diverse prospettive di indagine, e quantunque vi sia una ormai collaudata circolazione delle idee nei diversi campi del sapere, questo tema si presta ancora ad analisi settoriali, piuttosto che non ad analisi di più ampio respiro. Per poter parlare di *identità personale* tra cultori di materie affini, può essere ancora opportuno muovere da una definizione stipulativa del sintagma, pur nella consapevolezza che già nelle definizioni si manifestano scelte di campo, si esprimono valori, si perseguono finalità talvolta non esplicitate. In queste note, l'espressione « identità personale » è usata nel senso di risultato del processo di identificazione di un soggetto », di un soggetto che, in quanto tale, per il fatto stesso di esistere, costituisce un *unicum* irripetibile (neppure per clonazione, perché non vi sarebbe identità fisica tra l'originale e la copia) nella storia dell'umanità. Attesi i punti di contatto tra le diverse scienze che si occupano dell'identità personale così intesa, si può dire che per convenzione l'identità personale: i) è una nozione relazionale; ii) è costruita, e non « data »; iii) si fonda su fattori o criteri che variano nel tempo e nello spazio; iv) i fattori o criteri si fondano su valori; v) i valori sono espressi dalla maggioranza degli appartenenti all'aggregato sociale preso in considerazione.

Si operano poi alcune distinzioni in tema di identità: la più semplice attiene alla identità *fisica*, che si ottiene mediante l'attribuzione di un nome; passando ad un livello più complesso, si passa alla identità *sociale*, che riguarda la collocazione del soggetto identificato fisicamente nel *corpus* sociale (oggi se ne parla in termini di *status* e di cittadinanza); ad un livello ancora più complesso, si perviene alla identità *ideale*, cioè al patrimonio di valori di cui il soggetto è portatore e vuole apparire all'esterno (o essere accettato dal gruppo) in quanto tale. Si possono tracciare, in queste note, le altre tecniche di individuazione, come l'apparenza fisica, il modo di vestire, di cibarsi, di fare vita sociale, di educarsi, di istituire (o di subire) rapporti familiari, ecc.

Ancora. Lo scienziato si chiede come si svolga questo processo che porta al risultato dell'identificazione, e cioè: i) chi codifichi i criteri di identificazione; ii) quali criteri codifichi; iii) quali fini persegua nel codificarli; iv) quali risultati intenda raggiungere.

Come è noto, per molti secoli una identità diversa da quella fisica è stata negata ai più: gli storici ci dicono che l'idea di soggetto (-persona) propria di ciascun essere vivente, e non solo di coloro che esercitassero il potere nei diversi campi (politico, istituzionale, religioso, culturale, ecc.) prende corpo in un'epoca recente, risale soltanto all'Umanesimo e si concreta nel Rinascimento. Per molti secoli si è pensato che i criteri di identificazione, compresi quelli fisici, fossero il portato di un dato spontaneo, di natura, tendenzialmente imm modificabile, oppure di un dato imposto dall'auto-

rità. Ma i filosofi dapprima, e i sociologi di poi, ci hanno insegnato che l'idea di *natura* è anch'essa una costruzione, spesso arbitraria; che ben poco è lasciato al caso, che quasi tutto ciò che si riferisce al soggetto-persona è frutto delle dinamiche sociali, che anche l'identità, quale risultato del processo di identificazione, è frutto del rapporto tra autorità e individuo.

Per contro, uno dei profili di questa problematica che resta ancora da esplorare con attenzione e con dedizione è il rapporto tra criteri filosofico-sociologici e criteri giuridici della identificazione. Si tratta di un aspetto assai rilevante, perché un conto è spiegare i concetti, cioè come nasca e si sviluppi l'identità nel mondo delle idee (compito, questo, affidato ai filosofi), un conto è spiegare come si registri, si fotografi, nella realtà effettuale questo processo di identificazione (compito riservato ai sociologi), altro conto è costruire il quadro di questi criteri dal punto di vista giuridico, muovendo cioè dal testo normativo, arricchito delle addizioni dell'interprete.

Ciò perché la costruzione giuridica dell'identità individuale, a differenza di quella filosofica e di quella sociologica, ha un carattere che le altre non hanno: le altre propongono, registrano, discutono, ma non vincolano; la costruzione giuridica vincola, perché da essa derivano comandi, ai quali le monadi dell'aggregato sociale si debbono uniformare e che sono costrette a seguire, o immaginano di essere costrette a seguire. In altri termini, i criteri di identificazione che emergono da testi normativi non sono opinabili. Certo, possiamo discutere, avvalendoci dei canoni ermeneutici, qual sia il significato dei testi normativi e quindi dei criteri identificativi vincolanti, come si debbano applicare, quale costo sociale ed economico essi comportino, di quali valori essi si rendano veicolo, quali sanzioni si possano o si debbano irrogare quando siano violati. Ma una volta che quei criteri sono entrati nel *corpus* normativo, essi appartengono alla « legge » — intesa in senso lato — e possono essere modificati solo con legge. Essi costruiscono una sorta di cappa dalla quale l'individuo non può uscire se non a prezzo di contrapporsi all'autorità, o assolvendo un compito assai arduo, tendente a modificare il dato normativo.

Di questo aspetto relativo alla normatività dei criteri di identificazione spesso filosofi e sociologi non sono pienamente consapevoli. La gran parte dei giuristi continuano a ragionare in termini formalisti, anziché (o anche) realisti, a considerare il dato normativo vigente come un dato « posto » e quindi non modificabile; si pongono di fronte al dato normativo come ad una realtà indiscutibile, collaborano alla sua reificazione, non se ne chiedono le cause, non si interrogano sui fini, sulle conseguenze, sul suo « impatto » sociale ed individuale, perché tutto ciò apparterrebbe all'area del meta-diritto, affidato agli indirizzi, alle correnti, alle mode culturali, che sono appannaggio dei non-giuristi, e che costi-

tuiscono un dato indifferente a, o peggio inquinante la interpretazione giuridica.

Ma non tutti sono, per fortuna, allineati su queste posizioni.

È sempre più diffusa l'idea che l'interprete — nel senso di giurista — non sia chiamato solo a dare significato e applicazione al testo normativo, a codificare con regole imperative e vincolanti i criteri suggeriti dai filosofi e dai sociologi, a tradurre in « norma » le esigenze della realtà sociale, ma debba colloquiare con gli altri scienziati, debba capire perché e come nasca una regola dotata di generalità, astrattezza, coercibilità; nel nostro caso, come e perché si codifichino, in senso normativo, i criteri di identificazione della persona.

Ancora. Tra i compiti del giurista, come operatore sociale, si annovera il ruolo di politico del diritto, di difensore dei diritti (degli individui), di forgiatore di una realtà sociale ispirata a valori di rispetto e tutela dell'individuo e quindi della sua identità (fisica, sociale, ideale).

ii) *Le fasi della costruzione giuridica dell'identità individuale.*

In sintesi, si può dire che le fasi della costruzione giuridica dell'identità individuale siano scandite con la medesima cadenza e secondo il medesimo processo storico in cui si sono scanditi i diritti individuali: dalla stratificazione rigida, pietrificata dell'Ancien Régime (con le deroghe dettate dai diritti naturali intesi in senso moderno) si passa ai diritti civili frutto della rivoluzione francese, ai diritti sociali di fine Ottocento, ai diritti politici dell'inizio di questo secolo, ai diritti civili della nostra epoca. Dal connotato sociale si passa al connotato economico e poi al connotato individuale. I giuristi hanno collaborato, con la loro scienza e la loro esperienza, dapprima a costruire gli *status* dell'Ancien Régime, poi alla costruzione degli *status* del capitalismo industriale, poi alla costruzione degli *status* delle società opulente; oggi collaborano alla costruzione degli *status* della società tecnologica. Hanno collaborato nel bene e nel male: nel promuovere le leggi schiaviste come le dichiarazioni dei diritti, nel dare corpo allo sfruttamento dell'uomo del capitalismo selvaggio come a proteggere i diseredati, a sopprimere le libertà fondamentali come a garantirne in modo sostanziale la difesa, a scrivere le leggi antisemite come a circoscriverne l'interpretazione. Oggi, più di un tempo, i giuristi sono schierati e divisi: non più corpo unitario, espressivo di un ceto medio professionale e conservatore, ma di volta in volta, di caput in caput, allineati ai desideri del ceto dominante, di cui fanno parte o come protagonisti o come loro alleati, oppure come paladini dei diritti civili, quando necessario contrapposti ai primi, e comunque in costante rapporto dialettico con essi. Lo stesso accade per la « legge »: da simbolo dell'autorità oggi è accolta come baluardo delle libertà.

In questa nostra società, dominata dall'informazione e dalle tecnologie, tendono a mutare, o comunque ad arricchirsi, anche i criteri di identificazione della persona. L'individuo non è più considerato solo come una entità fisica, che deve essere cognomizzata per ragioni di ordine sociale e di esigenze fiscali, non più solo come entità appartenente ad un gruppo astretto da vincoli di sangue, non più solo come monade sociale, in quanto appartenente ad una fascia economica, professionale, ecc., ma anche come portatore di valori, che ne configurano la identità ideale. L'individuo è protetto dal gruppo e dall'aggregato sociale in cui vive e opera perché, oltre a garantirne l'integrità fisica, oltre a garantirne il ruolo politico, la « legge » ne garantisce la riservatezza e l'identità (personale in quanto identità) ideale.

Dire « legge » è dire poco: per noi italiani, significa fare riferimento ai valori costituzionali e ai valori fondanti dell'Unione europea, ai valori delle convenzioni internazionali, ma anche ai valori espressi dalla interpretazione e dalla applicazione delle regole, cioè da ciò che si suol denominare « diritto applicato », il c.d. diritto vivente.

Di qui, in questo contesto e in questo momento contingente, la rilevanza non solo giuridica, ma anche civile e sociale, della nuova disciplina delle banche di dati personali.

iii) *Le banche di dati e l'identità individuale.*

Anche con la nuova disciplina non si risolvono tutti i problemi che la sfida tecnologica pone ai giuristi, come ai filosofi e ai sociologi. Ci si ritrova sempre nell'ambito della « cappa » dei criteri identificativi, di natura normativa. Sono criteri che il legislatore impone, codifica, integra, in via parlamentare (e quindi, poggiando sul consenso della maggioranza). Esplode il paradosso della *privacy*: se si vuol essere tutelati occorre disvelarsi, come credente, come propalatore di idee, come orientato sessualmente, come malato, ecc. Occorre cioè aderire a quei criteri di identificazione, anche se essi non si condividono, anche se sono imposti dalla maggioranza, ecc. Per i giuristi si apre il problema del rapporto tra « *majority rules* » e « *minority rights* »; ma pure il problema della scelta e della vincolatività dei criteri di identificazione. Nel *panopticon* della società odierna identità, distinzione, differenza sono affidate a codificazioni che hanno lo scopo di proteggere, piuttosto che non di discriminare; ma la tutela è necessariamente accordata solo in quanto ci si sia omologati a quei criteri distintivi. Chi non si vuol omologare — ed è per certi aspetti (e non per altri) libero nella scelta — accetta un rischio, rinuncia alla difesa apprestatagli dalla comunità, finisce per emarginarsi dal contesto sociale.

La nuova disciplina specifica ulteriormente e arricchisce i criteri di identificazione della persona. Questi criteri si possono de-

sumere da diverse regole o dalla combinazione di diverse regole contenute nei testi in esame.

a) *La definizione di « dato personale » (art. 1, comma 2, lett. c)).*

Qui non si tiene conto soltanto — *per relationem* — dei criteri di identificazione usuali, storicamente collaudati, ma anche di quelli che costituiscono il portato delle nuove tecnologie. Il dato è una « informazione »; una informazione tale da consentire di identificare la persona in modo diretto (ad es., con la sua identità anagrafica o con la sua identità fisica, con la sua immagine, ecc.) e in modo indiretto, ottenuto cioè per connessione con altra informazione, o con un semplice « numero di identificazione personale » (quale potrebbe derivare da un indirizzo, da un elenco telefonico, da un certificato, da una carta di credito o da altro mezzo di pagamento, e così via).

b) *La definizione di « dato sensibile » (art. 22 comma 1).*

Qui si integrano i criteri identificativi già previsti, al fine di prevenire o eliminare le discriminazioni di cui all'art. 3 comma 1 della Costituzione. Ed è per questo che la nuova disciplina si presenta come una rilettura in senso moderno del principio di eguaglianza.

i) Accanto alla origine razziale si inserisce l'*origine etnica*.

Si potrebbe discutere, oggi, sulla necessità della utilizzazione dell'aggettivo « razziale » in un testo normativo, che finisce per accreditare l'esistenza di una nozione, la razza, riprovata non solo dagli antropologi, ma anche dalla storia recente; l'unica ragione per salvarne la sussistenza a livello normativo non può che essere quella di scoraggiare qualsiasi iniziativa, qualsiasi proposta, qualsiasi circolazione di idee che, accreditandone la sussistenza, possa trasformarsi in un mezzo per discriminare, colpire, dileggiare la persona.

L'origine « tecnica », forse, avrebbe potuto ricomprendere ed esaurire tutti i connotati che si vogliono tutelare; anche se le etnie, le nazionalità, ecc., sono esse stesse frutto di equivoco e di incertezze, ormai nel linguaggio comune, nel sentire sociale, a questo termine si danno contenuti con contorni sufficientemente precisi, tali da indicare l'appartenenza del singolo ad un gruppo con particolari caratteristiche.

ii) Accanto alle convinzioni religiose si inseriscono le *convinzioni filosofiche • di altro genere*.

Si tratta di formula quanto mai ampia e generica che intende costituire una clausola di chiusura per qualsiasi criterio identificativo riferito ad un credo, ad un'opinione, ad un indirizzo culturale, ecc.

iii) Accanto alle opinioni politiche si inseriscono le *adesioni* a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, politico o sindacale.

Qui si cambia la prospettiva, arricchendola, derivante dall'art. 3 della Costituzione. Non si tutela solo il singolo in quanto esprima opinioni religiose, politiche, sindacali, filosofiche, ecc.; non si tutela solo il diritto di associazione e di riunione, o la libertà di opinioni o di culto, ma si tutela il singolo nella sua dimensione associativa, cioè di affiliato o associato a, o integrato in un gruppo con finalità religiose, politiche, ecc.; si tutela inoltre l'informazione relativa al fatto di rivestire questo *status* di associato.

iv) Accanto al sesso, si inserisce la *salute* e la *vita sessuale*.

Il fatto di essere malato, paziente, bisognoso di cure o destinatario di cure, portatore di handicap, ecc. diviene non solo un criterio identificativo che comporta uno stato di attenzione e protezione, ma anche oggetto di informazione protetta e difesa.

Il fatto di avere, praticare, diffondere orientamenti sessuali ortodossi o eterodossi diviene anch'esso un criterio identificativo e al tempo stesso oggetto di informazione protetta e difesa.

Mentre per i dati fin qui considerati non ci si allontana dalla disponibilità, e dalla sfera individuale del singolo, per i dati inerenti alla salute, cioè allo « stato di salute » (art. 23) si introducono altre dimensioni: essi fuoriescono dalla dimensione individuale, perché coinvolgono gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, la collettività (per la tutela della incolumità) e l'Autorità di Garanzia. Lo stato di salute non è più considerato solo come una dimensione individuale, ma una dimensione che interessa la collettività, entro i limiti in cui essa possa apprenderlo o ingerirsi, sempre senza arrecare violazioni alle libertà individuali, alla dignità, alla riservatezza e all'identità personale.

E vi sono poi altri dati, quali quelli penali, quelli economici, quelli professionali o aziendali cui la legge fa riferimento. Rilevano, a questo proposito, la teorizzazione degli *status* — intesi come *status* di protezione — e degli obblighi inerenti l'appartenenza a categorie (sociali, professionali, ecc.).

8. PRIME CONCLUSIONI.

La nuova disciplina apre un nuovo mondo, in cui la persona si staglia nella società dell'informazione e dell'informatica. Oltre alle questioni concernenti le procedure amministrative e l'apparato dei rimedi, si debbono affinare le questioni di natura concettuale e sistematica, da apprezzare secondo le diverse prospettive di cui si è fatto cenno. E vi sono ulteriori profili, attualmente solo affacciati in letteratura, inerenti l'impiego delle comunicazioni via Internet³⁵. Il laboratorio è in fermento: un laboratorio

³⁵ POUILLET, *Internet et vie privée*, in *Atti del congresso organizzato dall'Osservatorio Giordano Dell'Amore*, cit.; *Inter-*

net face au droit, a cura di Montenero, Namur, 1997; CIACCI, *Aspetti giuridici di Internet*, tesi di dottorato, Roma, 1997.

giuridico-istituzionale, economico e professionale, nel quale debbono concorrere competenze diverse: il loro concorso, e il loro operare, non possono tuttavia svolgersi in modo proficuo se non si sono, *in primis*, codificati in via convenzionale i criteri di lettura della nuova disciplina.