

Elena Varani

Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario.

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea al decreto legislativo 30 giugno 2003 n.196 "Codice in materia di protezione dei dati personali".

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il diritto alla privacy come "nuovo diritto": il ruolo delle fonti comunitarie e internazionali, e la natura giuridica di diritto costituzionale; 3. Il trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici nel d.lgvo 196 del 2003. La disciplina dei dati personali in ambito sanitario; 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il primo gennaio 2004 è entrato in vigore il decreto legislativo 30 giugno 2003 n.196, dandosi con ciò avvio all'annunciata sostituzione di tutta la disciplina vigente in materia di protezione dei dati personali, secondo un processo che dovrebbe giungere a compimento, attraverso una serie progressiva di scaglioni, nel corso del 2005. Come si legge nella relazione di accompagnamento¹, il provvedimento intende in tal modo completare l'impianto normativo delineato dalla legge n.675 del 31 dicembre 1996, allineandolo alla disciplina comunitaria² cui si ispirava, e agli accordi e convenzioni internazionali nel frattempo intervenuti³, nonché apportarvi le correzioni resesi necessarie alla luce dell'esperienza maturata nei primi anni di applicazione.

Per quanto l'appellativo formale di testo unico potrebbe indurre a pensare diversamente, il provvedimento non ha dunque carattere meramente ricognitivo della normativa in vigore, ma reca anche una serie di disposizioni di coordinamento e innovative - prima fra tutte l'affermazione esplicita del principio secondo il quale "*Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano*" (art.1) - che valgono indubbiamente a qualificare il medesimo come nuova fonte di disciplina della materia. Fonte, va sottolineato, di rango legislativo⁴, col conseguente assorbimento e/od eliminazione di varie disposizioni regolamentari non più necessarie⁵.

¹ In www.privacy.it.

² Tra cui in primo luogo il migliore recepimento della direttiva 95/46/CE, e l'accoglimento della direttiva 2002/58/CE.

³ Prima fra tutte la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel dicembre 2000.

⁴ La matrice unicamente legislativa del t.u. sulla privacy si pone in controtendenza rispetto ai precedenti testi unici misti legislativi-regolamentari, ma è apparsa obbligata alla luce degli orientamenti in tema di riassetto normativo e di codificazione accolti dal disegno di legge di semplificazione 2001, in corso di approvazione al momento del licenziamento dei lavori da parte della commissione di studio incaricata di elaborare il nuovo codice. D'altra parte, l'adozione di un testo di matrice legislativa, oltre agli innumerevoli vantaggi in termini di semplificazione e di

L'opera di razionalizzazione e di sistemazione organica della materia in tal modo compiuta merita, com'è giusto che sia, plauso e approvazione.

Ciononostante, il nuovo corpo normativo, intervenendo in un ambito particolarmente delicato concernente diritti e libertà fondamentali, pone, come sempre avviene in questi casi, l'interrogativo della compatibilità della disciplina recata, e con essa della visione accolta dei rapporti tra autorità e libertà, al modello di stato democratico, caratterizzato dalla centralità della persona umana, quale tratteggiato dal costituente del 1948.

Come sanno bene i cultori del diritto costituzionale, infatti, ciò che qualifica realmente un ordinamento giuridico non è tanto – o non soltanto – il ventaglio dei diritti riconosciuti agli individui, quanto piuttosto il *grado* della protezione ad essi accordata. Da questo punto di vista, la nostra Costituzione eleva al rango di diritti fondamentali molteplici interessi, individuando per ciascuno di essi, quanto meno nei suoi termini essenziali, il punto di equilibrio tra libertà e limiti. Viceversa, aprendo il catalogo dei diritti inviolabili alle esigenze maturate e dunque suscettibili di provenire dal corpo sociale, la Carta Fondamentale non compie analoga valutazione, né d'altra parte, data l'eterogeneità e la non predefinibilità a priori dei “nuovi diritti”, potrebbe farlo .

Conseguentemente, nel momento in cui il novero delle libertà si arricchisce dell'esplicitazione di alcune di esse⁶, si pone il problema della definizione dei limiti cui va incontro la nuova fattispecie, e della necessaria rimodulazione dei vincoli cui va incontro ciascuna delle situazioni giuridiche soggettive “pregresse” incise da tale sviluppo, nella misura in cui entrambe insistono sulla stessa area.

Ebbene, il riconoscimento esplicito del diritto alla protezione dei dati personali da parte del t.u. sulla privacy, e la sua attrazione nel novero dei diritti costituzionali, vuoi in virtù della copertura offerta dall'art.2 del documento fondamentale, vuoi grazie al ruolo svolto in tale direzione dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla Carta di Nizza, e ancora dalla normativa comunitaria derivata dai Trattati, ripropone con evidenza siffatto problema: ossia tanto l'individuazione del grado di protezione di tale nuovo diritto, quanto le implicazioni che il riconoscimento determina a carico di altri diritti costituzionalmente garantiti.

Invero, se si può essere tendenzialmente d'accordo sul fatto che, ogniqualvolta si allarga il catalogo dei diritti, è inevitabile che in corrispondenza si apra anche la serie dei doveri e degli

leggibilità delle norme ivi contenute, appare indubbiamente più consono – se non addirittura costituzionalmente obbligato – all'oggetto disciplinato, concernente diritti e libertà fondamentali.

⁵ Ciò non toglie che il codice conservi una certa elasticità recando in allegato a scopo conoscitivo gli esistenti codici deontologici – e quelli che via via verranno adottati -, senza che ciò incida sulla natura giuridica, non legislativa di tali fonti.

⁶ Independentemente dal fatto che il nuovo interesse degno di considerazione riposi sulla lettura “aperta” dell'art.2, o sia tratto in via di interpretazione dalle singole disposizioni costituzionali.

obblighi, nei termini resi necessari dall'armonica convivenza delle varie sfere giuridiche⁷, non si può negare che tale dinamica evolutiva deve arrestarsi ai margini della tavola costituzionale dei valori. E ciò, in quanto la funzione di indirizzo politico che nella regolamentazione positiva si manifesta è pur sempre espressione di potere costituito in funzione di detti valori, e non può spingersi al punto da configurarsi come esercizio di potere costituente.

La questione riveste particolare interesse in relazione alla disciplina del trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario, dal momento che si pone in tal caso l'esigenza di definire un ragionevole equilibrio tra il diritto alla salute, che impone di non ostacolare l'erogazione delle prestazioni necessarie per la salvaguardia della salute e dell'integrità fisica dell'interessato e dei terzi, e un adeguato mantenimento delle garanzie prescritte a salvaguardia di quello che, come si è soliti dire, costituisce il nocciolo duro della privacy. Ed è proprio su tale profilo che si intende dunque concentrare l'attenzione, con lo scopo di accertare quale sia l'equilibrio configurato dal legislatore, e la sua compatibilità con i principi evincibili in materia dalla Costituzione e dalle fonti internazionali e comunitarie⁸.

2. Il diritto alla privacy come "nuovo diritto" : il ruolo delle fonti comunitarie e internazionali, e la natura giuridica di diritto costituzionale

Da quando, negli anni sessanta, la letteratura giuridica ha cominciato ad interessarsi del tema, la formula linguistica "diritto di essere lasciati soli" è stata interpretata come evocativa di un diritto concepito, inizialmente, come strumento per fornire tutela ad una duplice, elementare esigenza individuale: da un lato, la protezione della sfera privata dall'altrui curiosità⁹, e dall'altrui interesse a conoscere¹⁰; dall'altro, il "controllo" del flusso delle informazioni in uscita dalla sfera privata verso l'esterno¹¹. Così inteso, il diritto alla riservatezza non ha sollevato particolari problemi di tutela, potendosi agevolmente collocare entro l'ombrello protettivo offerto dagli articoli 13, 14, 15 e 21 della Costituzione, nell'ambito del più ampio riconoscimento accordato ai diritti inviolabili

⁷ PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p.572.

⁸ L'inclusione delle fonti sopranazionali nel parametro alla cui stregua valutare la legittimità della definizione legislativa della materia è a parer mio d'obbligo, posto che il nuovo articolo 117 della Costituzione sancisce inequivocabilmente che "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali". Per un'interpretazione estensiva di tale vincolo si vedano GEMMA G., *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p.605; ROSSI L.S., *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione*, in www.unife.it/forumcostituzionale; TORCHIA L., *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p.1203ss; *Contra*, PINELLI C., *I limiti generali della potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro italiano*, 2001, p.194; CANNIZZARO E., *La riforma <federalista> della costituzione e gli obblighi internazionali*, in www.unife.it/forumcostituzionale; MANGIA A., *Ancora sugli obblighi internazionali nel titolo V*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p.806.

⁹ RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1989, p.236.

¹⁰ CATAUDELLA A., *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, p.9.

¹¹ RODOTA' S., *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1999, p.216.

dell'uomo dall'articolo 2. E in effetti, se la tutela della libertà personale sembrava idonea ad impedire ingerenze nella sfera fisica e psicologica individuale, la previsione della segretezza e dell'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza concorrevano a loro volta a cautelare l'individuo da intromissioni nella sfera privata che potevano essere perpetrate solo attraverso invasioni realizzate fisicamente, laddove la tutela della libertà di manifestazione del pensiero forniva giuridico fondamento alla pretesa di non rendere noto a terzi quanto intimamente connesso al proprio modo d'essere¹².

Già a metà degli anni ottanta, peraltro, la nozione di riservatezza non coincide più al suesposto concetto di riserbo dell'intimità domestica, del decoro e della reputazione, venendo ad abbracciare tutte quelle situazioni e vicende legate alla vita privata (personale e familiare), prive di rilevanza sociale. Tant'è vero che secondo l'accezione accolta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.2199 del 1975, il diritto alla riservatezza si identifica con l'interesse a sottrarre alla conoscenza altrui le vicende private, verificatesi dentro e fuori del domicilio domestico, che non abbiano per i terzi un interesse socialmente rilevante. Ed è proprio in tale significato che anche la Corte costituzionale¹³ annovera la fattispecie nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo¹⁴.

Con lo sviluppo delle nuove tecnologie, e il ricorso, sempre più massiccio, all'utilizzo di trattamenti, specie automatizzati, di dati di carattere personale, le esigenze connesse alla riservatezza mutano, tuttavia, ulteriormente, espandendosi in maniera significativa. Dato di fondo del nuovo contesto è l'inserimento dell'individuo nella società "globale", nella quale la stragrande maggioranza delle azioni compiute e delle scelte individuali lasciano una "traccia" che ne consente la mappatura e con essa la ricostruzione dell'*identikit* della persona. In tale situazione, la tutela del domicilio è totalmente inidonea a garantire la riservatezza individuale, dal momento che le

¹² In tale contesto, l'art.14 Cost. assicura in particolare alla persona una sfera spaziale sottratta alle ingerenze altrui, fondando l'interesse a mantenere riservate le vicende che si svolgono in tale ambito. Ambito che, grazie alla nozione ampia di domicilio abbracciata dall'art.614 c.p. è da intendersi non confinato a quello ricompreso tra le mura domestiche, ma agli spazi che, di queste, costituiscono una sorta di ideale prolungamento. Attraverso la tutela della corrispondenza e delle altre forme di comunicazione, poi, la tutela dell'ordinamento al riserbo si estende ad una sfera ulteriore, questa volta non spaziale. Va detto che in tale accezione la copertura costituzionale del diritto alla riservatezza ha trovato, sia sul piano sostanziale che formale, progressivo riconoscimento nella giurisprudenza, come testimoniano le sentenze della Corte di cassazione 20 aprile 1963, n.990 – in *Foro it.*, 1963,I, p.877- e 27 maggio 1975, n.2199, *ibidem*, 1975, I, p.2895. Infatti, se ancora nella sentenza 4487 del 1956 il Supremo Collegio sosteneva che "nessuna disposizione di legge autorizza a sostenere che (il diritto alla riservatezza) sia stato sancito", con la pronuncia n.2199 del 1975 tale impostazione venne diametralmente ribaltata, attraverso l'affermazione che il diritto in questione rientra a pieno titolo tra i beni fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Carta costituzionale e dalla coscienza sociale.

¹³ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 12 aprile 1973, n.38, in *Foro italiano*, 1973, I, p.1078: "Fra i diritti inviolabili dell'uomo, affermati, oltre che nell'art.2, negli articoli 3, secondo comma, e 13, primo comma, rientrano quelli del proprio onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli articoli 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo".

¹⁴ Nell'accezione più vasta di "riserbo" della propria vita privata e familiare, il diritto alla riservatezza ha potuto giovare, aldilà della normativa costituzionale, di molteplici disposizioni di legislazione ordinaria, prime fra tutte le previsioni della legge sul diritto d'autore (1.22 aprile 1941 n.633), e l'articolo 10 del c.c., che disciplina la diffusione dell'immagine con regole ispirate ad un intento di tutela.

informazioni “in uscita” non sono solamente quelle acquisite attraverso l’accesso al luogo in cui si manifesta più immediatamente la personalità, né diramate consapevolmente attraverso i mezzi di comunicazione del pensiero, bensì, fornite inconsapevolmente attraverso i dati personali seminati nell’ambiente, i quali, acquisiti e catalogati, permettono di ricostruire con precisione la personalità del singolo, violandone la segretezza.

Nella moderna società dell’informazione, si fa strada l’esigenza che la raccolta organizzata delle informazioni personali disseminate nell’ambiente non avvenga all’insaputa dell’interessato, e non si presti ad utilizzi lesivi dei diritti e della dignità della persona. Nello stesso tempo, data l’impossibilità di contrarre le informazioni in uscita, si percepisce come fondamentale il potere di selezione delle comunicazioni in entrata, cioè l’interesse ad “ammettere alla propria sfera di attenzione solo ciò che se ne ritiene degno”¹⁵.

E’ proprio alla luce di queste esigenze che si comincia a parlare di “privacy”, alludendosi con tale espressione ad una sorta di diritto comprensivo, oltre che dei tradizionali aspetti connessi alla “riservatezza”, anche del “potere di controllo sulla circolazione delle proprie informazioni personali”¹⁶, e del complementare “diritto di essere lasciati in pace”¹⁷, inteso come esigenza di protezione del singolo dai tentativi di contatto realizzati da terzi secondo particolari modalità (connesse all’uso delle nuove tecnologie), e tendenzialmente per fini di carattere commerciale.

Ebbene, il fondamento normativo di tale situazione giuridica soggettiva è da rinvenirsi, secondo diffusa e condivisa opinione¹⁸, nell’art.8, comma 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ai sensi del quale “*ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza*”. E’ sulla base di tale previsione che la Corte europea dei diritti dell’uomo ha infatti determinato, e progressivamente ampliato, il significato da ascrivere ai concetti di <vita privata> e <corrispondenza>¹⁹, gettando le basi della positivizzazione di un diritto al controllo consapevole su ogni forma di circolazione delle proprie informazioni personali.

Nozione in effetti esplicitamente elaborata, nell’ambito del Consiglio d’Europa, dalla Convenzione n.108 del 1981 (c.d. Convenzione di Strasburgo), che reca un’articolata enunciazione di principi a cui dovrebbero (o almeno, avrebbero dovuto) conformarsi le varie legislazioni nazionali, in modo da assicurare il rispetto del diritto alla privacy degli individui nei confronti di

¹⁵ C.d. diritto individuale alla quiete.

¹⁶ RODOTA’ S., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.

¹⁷ ZATTI P., *Immissioni-Inibitoria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1988, I, p.732.

¹⁸ Per tutti, BATTAGLIA E., DI FEDERICO G., *La Carta dei diritti e la tutela della riservatezza*, in ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Milano, 2001, p.207ss.

¹⁹ Si vedano in particolare le ss. *Malone c.Regno Unito*, 2 agosto 1984 (corte plenaria) serie A n.82; *Leander c.Svezia*, 26 marzo 1987, serie A n.116; *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, corte plenaria, serie A n.160; *Z. c. Finlandia*, 25 febbraio 1997.

ogni elaborazione automatizzata di dati concernenti soggetti identificati o identificabili. E ribadita in una cospicua serie di provvedimenti comunitari, quali le direttive 95/46/Ce (relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati), 97/66/Ce (sul trattamento dei dati personali e sulla tutela della vita privata nel settore delle telecomunicazioni), e 2002/58/Ce (relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche), che appunto sanciscono definitivamente l'esistenza di un "diritto alla protezione dei dati di carattere personale" distinto e autonomo dal "diritto alla riservatezza".

Distinzione confermata, infine, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che reca nel capo secondo, dedicato ai diritti di libertà, l'esplicito riconoscimento del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art.8, c.1), distinguendolo tanto dal diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni (sancito all'art.7), quanto dal chiarimento posto dall'art.11, a mente del quale la libertà di espressione e d'informazione include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera²⁰.

Ad ogni buon conto, si può dire che sia proprio da tali fonti internazionali e sopranazionali europee che abbia tratto decisivo impulso la protezione giuridica della "privacy", intendendosi per tale l'esigenza personale sottesa al diritto alla riservatezza, e al diritto alla protezione dei dati di carattere personale. Quadro normativo al quale il nostro legislatore si è allineato con il d.lg.vo 196 del 2003, che introduce appunto nel nostro ordinamento, accanto al diritto alla riservatezza, un autonomo diritto alla protezione dei dati personali, come diritto avente ad oggetto la protezione del dato personale, a prescindere dalla tutela della sfera intima della persona e della famiglia, nonché della sua immagine sociale.

Orbene, di fronte a tale dinamica evolutiva, non sembra fuor di luogo, prima di procedere all'esame analitico delle disposizioni di diritto interno, vagliare se anche a tale seconda fattispecie si attagli, nel *nostro* ordinamento giuridico, lo *status* di nuovo diritto di rango e valore costituzionale.

Le ipotesi prospettabili, sono, infatti, più d'una.

In senso negativo, potrebbe invero argomentarsi che l'inclusione tra i diritti inviolabili dell'uomo proclamata dalla Corte Costituzionale è riferita al diritto alla riservatezza concepito come diritto al riserbo sulle vicende personali prive di rilevanza sociale²¹, mentre analoghe conferme non

²⁰ Resta comunque stretta la connessione tra le due situazioni giuridiche, come ben evidenziato dalla giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo. Si veda, a tal fine, PANEBIANCO M. (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001, p.114ss.

²¹ Cfr. Corte cost., sentt. 63/1972; 38/1973; 120/1975; 366/1991; 81/1993; 63/1994.

si hanno per il “diritto alla protezione dei dati di carattere personale”; laddove la considerazione di quest’ultimo, in quanto enunciato in sede comunitaria e internazionale, come “diritto costituzionale”, appare a prima vista francamente eccessiva, o comunque, da sottoporre ad attenta verifica.

Dall’altro lato, e nella direzione opposta, potrebbe viceversa deporre la possibilità di interpretare in senso evolutivo le norme costituzionali, sì da giungere per questa via a ritenere che il diritto alla riservatezza vada inteso, a seguito dei più recenti sviluppi tecnologici, come diritto alla privacy, comprensivo del profilo della protezione dei dati di carattere personale.

Ancora, e nella prospettiva, diversa dalla precedente, della alterità delle due predette situazioni giuridiche soggettive, argomenti a mio avviso convincenti nella direzione dell’elevazione del “diritto alla protezione dei dati di carattere personale” a nuovo diritto di rango costituzionale, a fianco del diritto alla riservatezza, sia pure a reciproco completamento nell’ambito della nozione di privacy, possono trarsi dall’analisi delle caratteristiche essenziali delle fonti comunitarie e internazionali da cui appunto la fattispecie nasce, e dagli effetti da esse spiegate sul riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali dell’uomo. E ciò, con particolare riguardo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, che adottata congiuntamente dalle tre istituzioni comunitarie il 7 dicembre 2000, ma non inserita all’interno del Trattato di Nizza, rappresenta di fatto una fonte non assimilabile ad alcuna delle precedenti, ma ciò nonostante - e come da più parti acutamente evidenziato²² - ampiamente suscettibile di influenzare gli sviluppi normativi nell’ambito territoriale dell’Unione.

Orbene, non vi è dubbio che le prospettive dalle quali muovono i vari livelli menzionati sono diverse.

In via generale, posto che il presupposto giuridico di base è che la materia dei diritti fondamentali è rimessa alla prerogativa degli Stati nazionali, si può osservare che rispetto ad essi l’ordinamento internazionale si limita a prevedere delle garanzie che sono meramente ulteriori rispetto a quelle previste dagli ordinamenti sovrani. D’altra parte, dovendo trovare un denominatore comune tra le Parti contraenti, gli standards di tutela sono normalmente meno ampi di quelli previsti dagli ordinamenti con più estese tradizioni liberaldemocratiche, per quanto, nei loro confronti, vengano posti agli Stati degli obblighi di risultato. Ad esempio, sia la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, che il Patto sui diritti civili e politici

²² Cfr.ROSSI L.S., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento dell’U.E.*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p.565ss; in una prospettiva critica PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, p.202ss; *contra* DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani*, in ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Diritti e Costituzioni nell’Unione Europea*, Torino, 2003, p.263. In generale, sulle problematiche aperte dalla Carta, si veda ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell’Unione Europea*, Milano, 2002.

prevedono che gli ordinamenti giuridici nazionali debbano, al loro interno, sviluppare delle procedure di tutela, in particolare giurisdizionali, e di tale adempimento risponde a livello internazionale la Parte contraente, indipendentemente dal piano (statale unitario, regionale o locale) prescelto internamente per garantire i diritti.

Rispetto a tale modello, la costruzione comunitaria si impernia invece sul giudice, che seleziona le fattispecie da tutelare e determina la misura della tutela stessa, laddove, quanto a contenuti, la protezione dei diritti fondamentali del singolo è in tale contesto tributaria tanto verso il livello internazionale, quanto verso quello nazionale. Sembra infatti doveroso ricordare che, secondo il disegno originariamente tracciato dal Trattato di Roma, non vi era posto nell'ordinamento comunitario per la tutela dei diritti fondamentali, eccezion fatta per un nucleo, ridotto, di diritti "originari", comunque previsti in funzione del mercato²³. E' stata dunque la Corte di Giustizia ad innovare tale sistema, "ancorando al rispetto di un *corpus* di diritti fondamentali, un ordinamento che non li contemplava affatto"²⁴. Ciò, nei fatti, è avvenuto attraverso il ricorso ad una fonte autonoma interna all'ordinamento comunitario, ossia attraverso la categoria dei "principi generali del diritto comunitario", e l'affermazione che "i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza"²⁵.

Tuttavia, se è vero che in tal modo i diritti fondamentali dell'uomo sono entrati a far parte del sistema comunitario²⁶, è anche vero che il monopolio della Corte di giustizia, e successivamente anche del Tribunale di prima istanza, sull'interpretazione ed elaborazione dei dati - Costituzione degli Stati membri, e Convenzione europea dei diritti dell'uomo - suscettibili di ascrivere ai summenzionati principi generali, ha relegato la tutela dei diritti in ambito comunitario in una situazione di relativa incertezza. Attraverso la riconducibilità dei dati di riferimento ai principi generali, la Corte di giustizia ne ha infatti, sovente, manipolato il contenuto secondo le proprie esigenze²⁷, con ovvie conseguenze in termini di certezza del diritto.

Il catalogo di diritti consacrato dalla Carta di Nizza si inserisce in questo contesto operando lungo più direttrici.

²³ ROSSI L.S., *op.ultimo cit.*, p.567.

²⁴ ROSSI L.S., *op.ultimo cit.*, p.567.

²⁵ Cfr. CGCE, sentenza 17 dicembre 1970, in causa C-11/70.

²⁶ Come codificato dall'art.6 TUE (ex art.F del Trattato di Maastricht del 1992, poi modificato dal Trattato di Amsterdam del 1998): "1. *L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.* 2. *L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario*".

²⁷ CONDINANZI M., *La tutela dei diritti del singolo nel diritto comunitario*, intervento al convegno "La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione", Università degli studi di Milano, Dipartimento Giuridico-politico, Milano, 4 aprile 2003.

In primo luogo, esso può “costituire uno strumento di interpretazione della categoria, alquanto nebulosa, delle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”. La Carta può dare di tale categoria un’interpretazione più “autentica”, e in ogni caso più autorevole, di quella che la Corte stessa possa da sola desumere, spesso in maniera approssimativa, dalle Costituzioni degli Stati membri”²⁸.

Parallelamente, se fino alla sua adozione la Corte di Lussemburgo non si è mostrata sempre allineata alla Corte di Strasburgo nell’interpretazione dei diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, non par dubbio che uno dei risultati più significativi della Carta è proprio quello di ancorare la propria interpretazione alla CEDU. L’art.52, comma 3, della prima afferma infatti che “*laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”. La CEDU, nella lettura datane dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, diviene dunque uno standard minimo, e la Corte di Giustizia non potrà più applicarla in senso restrittivo all’interno dell’ordinamento comunitario²⁹.

Con la conseguenza, in entrambi i casi - destinata fin qui a spiegare i suoi effetti sull’ordinamento comunitario in senso stretto, ossia nei rapporti tra l’Unione, le sue istituzioni e gli individui - dell’esplicita emersione tra i diritti fondamentali dell’uomo, accanto ed oltre al diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza, del diritto alla protezione dei dati di carattere personale.

Rispetto al diritto interno residuale, ossia a quello prodotto dagli Stati membri dell’Unione, e non direttamente dagli organi comunitari, la Carta, viceversa, non sembrerebbe implicare alcuna conseguenza di rilievo³⁰. L’art.51 ne limita infatti l’ambito di applicazione alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri, esclusivamente, però, nell’attuazione del diritto dell’Unione. Posto poi che il comma 2 dello stesso articolo esclude espressamente che il catalogo di diritti ivi contenuti produca competenze nuove per

²⁸ ROSSI L.S., *op.ultimo cit.*, p.568.

²⁹ Quanto al ruolo spiegato dalla CEDU nel nostro ordinamento, sembra opportuno ricordare che, se formalmente tale fonte ha il valore della legge ordinaria, non sono mancate aperture da parte della Corte costituzionale volte a riconoscerle una forza particolare. Oltre all’indicazione contenuta nella nota sentenza n.10 del 1993, infatti, anche in altre occasioni, come ad esempio nella s.11 aprile 2002, n.135, la Corte ha implicitamente riconosciuto alla Convenzione europea la possibilità di integrare il parametro del giudizio. Nella stessa direzione, anche una parte della magistratura italiana di merito - non, però, la corte di cassazione - ha fatto qualche innovativa sortita nella direzione dell’utilizzo della medesima non come mero canone interpretativo delle norme interne che incidono sui diritti ivi disciplinati, bensì per giustificare la disapplicazione della norma di diritto interno con essa in contrasto. Istituito questo che, per quanto valorizzato e valorizzabile alla luce del nuovo art.117, 1^ comma della Costituzione, che vincola l’esercizio della potestà legislativa statale e regionale alle norme del diritto internazionale, non è stato tuttavia finora fatto proprio da tutta la magistratura.Si veda in proposito ZABREBELSKY G., intervento al convegno “La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione”, Università degli studi di Milano, Dipartimento Giuridico-politico, Milano, 4 aprile 2003.

³⁰ Cfr. PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001,193ss.

l'Unione, o modifichi i compiti definiti nei Trattati, o ancora che, ai sensi dei successivi articoli 52 e 53, la Carta possa essere interpretata in maniera limitativa della tutela dei diritti e delle libertà riconosciute da altre fonti (siano esse l'ordinamento internazionale, le fonti sovranazionali europee, o le Costituzioni degli Stati membri), sembrerebbe agevole condividere la tesi dell'irrelevanza della stessa. Conclusione che parrebbe d'altra parte suffragata anche dalla semplice proclamazione, avulsa dall'inserimento nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, che formalmente impedisce di attribuire alla medesima valore diverso da quello connesso ad una, sia pur estesa e condivisa, dichiarazione di principi.

Ora, però, in tale prospettiva, per quanto dal punto di vista formale la Carta sia innegabilmente uno strumento di *soft law*, il fatto di esprimere una serie di principi generali sembra suscettibile di produrre, dal punto di vista sostanziale, effetti giuridici di grande rilievo.

E' ben vero, infatti, che anche i principi enunciati nella Carta sono desunti dalle pronunce giurisdizionali e affidati nelle mani degli stessi giudici³¹, e dunque sono privi di valore giuridico immediatamente vincolante³². Ciononostante, e come si è già detto, la Carta argina il potere dei giudici comunitari allorché procedono alla loro ricostruzione. Se a ciò si aggiunge che il sistema normativo comunitario esige che i principi fondamentali siano applicati, ed implica che le pronunce dei giudici comunitari che tali principi interpretano, ed applicano, costituiscano, a loro volta, fonte di obblighi comunitari, la Carta di Nizza finisce per assumere valore vincolante pure nel nostro ordinamento giuridico, come conseguenza della sempre più massiccia opera di richiamo da parte della Corte di Giustizia della Comunità³³, e del Tribunale di prima istanza³⁴, se non altro sotto forma di ausilio interpretativo³⁵.

³¹ CARETTI P. *Crisi della sovranità statale e tutela dei diritti: il caso dell'Unione europea*, intervento al convegno "La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione", Università degli studi di Milano, Dipartimento Giuridico-politico, Milano, 4 aprile 2003.

³² Sottolinea l'ampiezza del ruolo interpretativo della CGCE, PACE A., *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, p.206, rilevando come il medesimo risulti ulteriormente ampliato dal fatto che in taluni articoli della Carta non sono individuati i limiti al diritto proclamato, con la conseguente necessità della loro individuazione in via giurisprudenziale.

³³ Cfr. SCGCE 5 maggio 2003, in cause C-138/01, C-139/01, C-465/00; ord. 18 ottobre 2002, in causa C-232/02 P@ 1, all'indirizzo web europa.eu.int.

³⁴ Si vedano la sentenza 20 febbraio 2001, in causa T-112/98; 30 gennaio 2002, in causa T-54/99; 3 maggio 2002, in causa T-177/01; 27 settembre 2002, in causa T-211/02; 15 gennaio 2003, in causa T-377/00; 9 luglio 2003, in cause T-223/00 e T-224/00, tutte in <http://europa.eu.int>.

³⁵ Osserva acutamente in proposito CELOTTO A., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il "trattato costituzionale" europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, pur rilevando che tale efficacia contrasta con lo spirito col quale l'Europa si prepara a compiere il passo decisivo verso l'Unione: "...questa continua e sempre più significativa serie di richiami e di applicazioni della Carta comporta una applicazione a livello pretorio quale diritto vivente della Carta, con inevitabile riflesso sugli ordinamenti nazionali. In altri termini, inevitabilmente, la applicazione sempre più stabile da parte degli organi e dei giudici comunitari comporta la stabilizzazione della Carta dei diritti, quale fonte di origine giurisprudenziale come tale applicabile normativamente anche negli Stati membri, anche in forza dell'orientamento della nostra Corte costituzionale. Non dobbiamo dimenticare che hanno diretta efficacia nell'ordinamento italiano – con prevalenza sulle norme interne configgenti – anche le statuizioni contenute nelle pronunce giurisdizionali delle Corti comunitarie, come riconosciuto – pur lasciando sul campo perplessità correlate al reperimento nel nostro ordinamento di principi tipici degli ordinamenti di *common law* – dalla corte costituzionale nelle

Di tale efficacia sembra in effetti consapevole la nostra giurisprudenza, come attestato, a prescindere dal fatto che tale scelta sia o meno condivisibile, dal ripetuto utilizzo della stessa da parte della magistratura di merito, nonché, da ultimo, anche da parte della Corte costituzionale.

Come si ricorderà, infatti, sia pure con una criticatissima decisione, la Corte d'appello di Roma³⁶ ha fin dalla primavera del 2002 considerato pienamente operativo il documento in questione, ritenendolo “punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei”.

La Corte Costituzionale, dal canto suo, nel ricostruire l'attuale significato dell'inviolabilità del domicilio, ha affermato che “l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro né nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art.8), né nel Patto sui diritti civili e politici (art.17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000 (artt.7 e 52) qui richiamata – ancorché priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei”³⁷.

Va detto che quest'ultimo passaggio della motivazione, aldilà del contributo offerto – indubbiamente più prudente e corretto del precedente – al conferimento alla Carta di un valore e un ruolo che vanno oltre il mero riconoscimento politico, sembra da sottolineare anche per un altro motivo, e cioè per l'incidenza sulla portata del (diritto) alla privacy insita in quel ribadire il carattere della Carta “espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei”.

Esce rafforzata, infatti, dalle parole della Corte, l'idea – già formulata nel preambolo della Carta - che il catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non è un prodotto autonomo delle istituzioni comunitarie, ma è - per la gran parte – creditore di quanto stabilito *aliunde*.

Tuttavia, in quel loro essere, così come conferma il giudice delle leggi, “espressivi di principi comuni agli ordinamenti europei”, la maggiore visibilità che i diritti conseguono in virtù dell'inclusione in un testo unitario, e il rafforzamento della tutela che ne consegue, non si esaurisce nei confronti delle mere istituzioni comunitarie, finendo al contrario per riflettersi anche nei confronti dei singoli ordinamenti statuali³⁸.

In altre parole, se prima della sua adozione potevano esservi dubbi sul rango e l'estensione di taluni diritti e libertà nell'ordinamento italiano, tali perplessità sono destinate a cadere attraverso un

sentenze n.113 del 1985 e n.389 del 1989 (...). Ora, quindi, la sempre più stabile applicazione giurisprudenziale della Carta comporta – paradossalmente – la sua ricomprensione nel novero del diritto comunitario direttamente applicabile e quindi la sua efficacia in Italia, con prevalenza sulle norme interne, al pari di regolamenti, direttive dettagliate ed atti normativi comunitari assimilati”.

³⁶ Corte d'appello di Roma, ord. 11 aprile 2002.

³⁷ Corte cost., sentenza 11 aprile 2002, n.135, in www.cortecostituzionale.it.

³⁸ Effetto, sia detto per inciso, destinato a rafforzarsi in virtù dell'inserimento della Carta nel Trattato costituzionale europeo firmato a Roma il 24 ottobre 2004, il quale, se e quando entrerà in vigore, è destinato a saldare definitivamente la tutela dei diritti con l'organizzazione e la struttura comunitaria.

semplice raffronto con la Carta, in quanto questa esprime principi che appartengono sicuramente, tra gli altri, anche all'ordinamento interno.

Certo, la Corte costituzionale parla di principi, e non di regole; e si riferisce genericamente agli ordinamenti europei, non alla Costituzione italiana, ma il passaggio, per quest'ultima parte, sembra assicurato dal preambolo della Carta stessa, ove si annuncia che la medesima riafferma “nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle *tradizioni costituzionali* e dagli obblighi internazionali comuni agli stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

In altre parole, se è vero che la Carta non può avere per sé stessa una portata giuridicamente vincolante sull'ordinamento interno, è anche vero che nel momento in cui la Corte costituzionale la richiama a sostegno delle interpretazioni da essa fornite dell'estensione delle libertà conferite dalla Costituzione nazionale, viene in sostanza ad elevarla a parametro del giudizio di costituzionalità, il che è come dire ad accreditarla della stessa valenza giuridica di quest'ultima.

I diritti e le libertà proclamate nella fonte costituzionale non subiscono pregiudizio in ragione della loro non inclusione nella Carta (art.53), ma è anche vero che attraverso il percorso argomentativo tracciato dalla Corte sembra potersi pervenire alla speculare conclusione che anche i diritti e le libertà che risultano proclamate tramite la Carta in ambito europeo, e nel diritto interno “condizionato” dall'Unione (art.51), non possono non appartenere anche al bagaglio di libertà recato dal diritto costituzionale interno³⁹.

La Carta dei diritti dell'Unione Europea diventa per tale via strumento di interpretazione delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, a supporto non solo dei giudici comunitari, ma degli stessi giudici nazionali nell'applicazione del diritto interno.

³⁹ Resta il problema rappresentato dal fatto che la Carta afferma una serie cospicua di diritti e libertà, senza prevederne esplicitamente le possibili categorie di limiti. Ciò venne spiegato dalla Convenzione come la conseguenza di una precisa scelta nella tecnica del *drafting*, in considerazione del fatto che l'art.6, comma 2 del Trattato U.E., nel sancire che l'Unione rispetta i diritti fondamentali previsti dalla Cedu, sembra consentire un rinvio per tali aspetti proprio alle più analitiche previsioni della Cedu. Tuttavia, se tale soluzione può essere plausibile per i 17 articoli che riproducono in tutto o in parte le corrispondenti norme della Cedu – secondo il raffronto riportato nel *Progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. – Testo delle spiegazioni relative al testo completo della Carta*, documento *Charte 4473/00 – Convent 49 del 11 – 10 – 2000*, in <http://db.cosilium.eu.int/df/default.asp?lang=it> - per gli altri non esisterebbero categorie predeterminate di limiti, con la conseguenza di attribuire al legislatore europeo e alla Corte di Giustizia un'ampia discrezionalità, in considerazione soprattutto della indeterminatezza dei concetti ai quali l'art.52, comma 1 della Carta condiziona la legittimità dell'apposizione dei limiti ai diritti e alle libertà garantite. Su tali aspetti si veda TELESE G., *Dal Trattato di Amsterdam alla proclamazione della Carta dei diritti dell'unione europea: recenti sviluppi nella codificazione dei diritti fondamentali in ambito comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, I, p.112.

Se così è, la tutela della privacy riceve, per effetto della proclamazione della Carta di Nizza, un notevole contributo. Non soltanto non si potrà più dubitare della sua valenza di interesse costituzionalmente garantito – salvo poi continuare eventualmente a disquisire della fonte di tale garanzia: l’art.2, 13, 15, o l’art.14 della Costituzione – ma neppure dell’ampiezza degli aspetti tutelati, sicuramente riconducibili ora al *diritto* alla riservatezza, ora al *diritto* alla protezione dei dati di carattere personale che riguardano l’individuo⁴⁰.

La valenza interpretativa della Carta di Nizza nella direzione segnata, per quanto di nostro interesse, dal suo articolo 8, risulta suffragata, del resto, anche da altri argomenti.

Come già accennato, il nuovo articolo 117, 1^a comma, della Costituzione impegna lo Stato e le Regioni ad esercitare la potestà legislativa nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, collocando in tal modo le fonti comunitarie e internazionali a strumento di unificazione del diritto interno al pari e sullo stesso piano della fonte costituzionale⁴¹.

Il meccanismo destinato a realizzare tale obiettivo passa, in effetti, attraverso l’impiego della Carta come strumento di interpretazione delle stesse norme costituzionali, analogamente a quanto avviene, per esempio, in Spagna. In quell’ordinamento, invero, l’art.10, comma della Costituzione

⁴⁰ Osserva ancora FERRONI M.V., *La giurisprudenza sul valore normativo della Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p.676: “Alla luce della giurisprudenza (comunitaria), la Carta non sembra avere valore normativo ulteriore rispetto a quello delle norme vigenti a fondamento dei diritti in essa richiamati. Tuttavia, il riconoscimento come “fondamentale” di un diritto da parte della Carta sembra anche avere, nel diritto (giurisprudenziale) europeo, efficacia di riconoscimento e di gerarchizzazione di tale diritto nell’ordinamento giuridico comunitario, <al più alto rango dei valori comuni agli Stati membri>. Ne consegue (potrebbe dirsi, in termini di logica, <circolarmente>) che i diritti previsti nella Carta abbiano bensì un contenuto sostanzialmente corrispondente a quello previsto da norme altrimenti vigenti (come conseguenza del valore non vincolante della Carta), ma che il loro richiamo in quella sede sarebbe altresì idoneo ad attribuire ai diritti in essa elencati una qualità che deve guidare la loro interpretazione (.....). Tale funzione <interpretativa> acquista rilevanza particolare nell’ottica di quanti ritengono che la Carta abbia riconosciuto, <sia pur timidamente>, nuovi diritti, coerentemente con quella <strategia incrementalista> tipica della tradizione europea, <secondo la quale l’innovazione non deve avvenire attraverso un’unica e legittimante decisione ma attraverso un percorso sequenziale e progressivo, quindi incrementale, in più decisioni> (V.Atripaldi, *La Carta dei diritti fondamentali: un processo verso una Carta d’identità europea*, in *Dir. Pubbl.Comparato ed Europeo*, 2001 –1, 160). Tale tesi riguarda la parte più innovativa della Carta comprendente i <nuovi diritti>: bioetica e ricerca scientifica,....privacy.....”

⁴¹ Ciò significa, secondo la più accreditata dottrina, non tanto che il novellato art.117, c.1 della Costituzione abbia modificato la tecnica costituzionale di incorporazione delle norme pattizie nel diritto interno, quanto piuttosto che abbia impresso una spinta decisiva verso il superamento della conclamata pariordinazione tra le norme di adattamento ai Trattati internazionali e le leggi ordinarie. E infatti, per quanto il rango formale delle norme di origine internazionale resti inalterato (non essendo mutata la fonte interna che ne dispone l’inserimento nell’ordinamento nazionale), e pur non essendovi stata un’esplicita attribuzione di valore costituzionale alle disposizioni convenzionali, e a prescindere dalla previsione della prevalenza delle norme pattizie nei confronti delle leggi interne con esse contrastanti (che pure non c’è stata), la costituzionalizzazione dell’obbligo di rispettare i vincoli internazionali implica che gli atti legislativi con essi in contrasto si pongano, per ciò stesso, in contrasto con la costituzione, secondo il collaudato modello della norma interposta. Così GERBASI G. e LOPRIENO D., *L’apertura del diritto costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell’Europa continentale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, III. p.1112; D’ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; LUCIANI M., *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l.cost. n.3 del 2001*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

prevede che “le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituzione, si interpretano in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna”. Tale precetto introduce in quell’ordinamento una sorta di “trasformatore permanente automatico”, vale a dire un criterio ermeneutico delle norme sui diritti fondamentali rappresentato dai testi internazionali relativi ai diritti umani e dalle pronunce giurisprudenziali degli organi che li applicano. Di conseguenza, il supremo organo di garanzia costituzionale, ma più in generale tutti gli operatori del diritto, siano essi il legislatore, i giudici e gli interpreti, non possono trascendere, nell’interpretazione dei diritti fondamentali, dal vincolo rappresentato dalle convenzioni internazionali sui diritti, e ciò - come è stato giustamente osservato⁴²- accredita anche la Carta di Nizza (che pure non è stata inserita nel Trattato) di una valenza interpretativa “forte”.

Ora, indubbiamente, a differenza di quanto prescritto dall’ordinamento spagnolo, l’effetto conformativo additato dal nostro articolo 117 concerne le leggi statali e regionali, e non direttamente l’interpretazione delle norme costituzionali. Ma in virtù del principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, l’esito non sembra cambiare, producendosi anche per tale tipo di fonte, in ragione se non dell’art.117, quanto meno dell’art.10 Cost, e dell’art.189 del Trattato, un vincolo di interpretazione conforme⁴³. Ne consegue che ignorare la Carta di Nizza solo perché sprovvista di valore giuridico autonomo, oltre a contraddire la logica di impulso all’integrazione comunitaria cui si è uniformata anche la recente riforma costituzionale, urta, in definitiva, anche contro la lettera del dettato costituzionale.

3. Il trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici nel d.lgvo 196 del 2003. La disciplina dei dati personali in ambito sanitario.

Acquisita, alla luce del processo normativo comunitario e internazionale, l’emersione del (nuovo) diritto alla privacy come fattispecie complessa, rispetto alla quale diritto alla riservatezza, diritto all’identità personale e diritto alla protezione dei dati personali si atteggiano a singole, e forse neppure esaustive componenti⁴⁴ - tutte dotate di pari dignità costituzionale - , passiamo ora ad occuparci degli aspetti più rilevanti della relativa disciplina normativa.

⁴² CELOTTO A., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana: verso il “trattato costituzionale” europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁴³ E come è stato correttamente osservato, ciò, sia detto per inciso, pone definitivamente in crisi la teoria, tutt’ora sostenuta dalla nostra Corte costituzionale, dei c.d. controlimiti all’ingresso nel nostro ordinamento del diritto comunitario. L’emanazione formale di un catalogo di diritti – sia pure ampiamente ricognitivo, compilativo e codificatorio – attesta infatti definitivamente che anche l’Unione europea tutela i diritti fondamentali dell’uomo, come e più degli Stati nazionali: ancora CELOTTO A., *op.ultimo.cit.*, p.5/9.

⁴⁴ In tal senso depone, del resto, anche il decreto legislativo 196/2003, che dopo aver esordito, all’art.1, che “*Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano*”, recita: “*Il presente testo unico, di seguito denominato “codice”, garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali,*

Confermando l'impostazione della legge 675 del 1996, rispetto al regime ordinario concernente i dati personali non sensibili, il trattamento dei dati sensibili registra, nel d.lg.vo 196 del 2003, un rafforzamento delle garanzie. Ciò, in quanto le informazioni concernenti l'origine etnica e razziale, le convinzioni religiose e filosofiche, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché lo stato di salute e la vita sessuale (*ex art.4, comma 1, lett.d) d.lg.vo 196 /2003*), oltre a rivelare con maggiore immediatezza l'identità e la personalità del soggetto a cui si riferiscono, hanno storicamente rappresentato la chiave di volta per realizzare condotte lesive dei diritti, e per perpetrare ai danni dell'interessato comportamenti discriminatori.

Secondo la disciplina generale posta dagli artt.20 e 22 del testo unico, il trattamento di tali dati da parte dei soggetti pubblici è dunque consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge, nella quale siano specificati i tipi di dati che possono essere trattati, i tipi di operazioni che su di essi possono essere eseguite, e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite.

Ciò disposto in termini generali, le lacune della previsione legislativa possono comunque essere colmate attraverso l'esercizio del potere regolamentare dei singoli enti nell'ambito delle indicazioni del Garante.

In particolare, quando la legge specifichi solo le finalità di rilevante interesse pubblico del trattamento, il secondo comma dell'art.20 chiarisce che i tipi di dati sensibili trattabili, e le operazioni eseguibili, debbano essere identificati dal soggetto pubblico interessato con autonomo atto di natura regolamentare, in conformità al parere espresso dal Garante anche sotto forma di regolamenti-tipo.

Nel caso invece in cui manchi la stessa autorizzazione legislativa, fermo restando il meccanismo già illustrato per l'enucleazione delle operazioni eseguibili e delle informazioni trattabili, viene demandata all'autorità, su richiesta dell'ente interessato, la specificazione, tra le attività demandate al medesimo soggetto dalla legge, di quelle di rilevante interesse pubblico per le quali viene conseguentemente autorizzato il trattamento.

Nell'ambito in tal modo delineato, i soggetti pubblici sono autorizzati a trattare tutti i dati funzionali allo svolgimento delle loro attività istituzionali, ivi compresi, dunque, pure i dati sensibili. Va sottolineato, ad ogni modo, come in relazione a questi ultimi il testo del codice richiami gli enti pubblici ad una stretta aderenza ai principi di necessità e di pertinenza.

Ad esempio, per quanto le garanzie connesse alla previsione legislativa rendano di norma superfluo il consenso dell'interessato(art.18, c.4), anche il trattamento dei dati sensibili deve essere preceduto dall'*informativa* di cui all'art.13 (art.22, c.2); deve essere limitato, sia per quel che

nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali"(art.2, comma 1).

riguarda le operazioni eseguibili, che rispetto ai dati trattati, a quanto *indispensabile* per lo svolgimento delle attività istituzionali e la realizzazione delle finalità del soggetto agente (art.22, c.3 e 9); devono essere gestiti con modalità (solo per citarne alcune sotto il profilo della conservazione, e per quel che attiene alla cifratura, e all'accesso), atte a prevenire qualunque violazione dei diritti, delle libertà fondamentali e della dignità dell'interessato(art.22, c.1, 4,5 e 6).

Alle cautele prescritte in relazione alla generalità dei dati sensibili, i dati idonei a rivelare lo stato di salute vedono poi sommarsi altre guarentigie. Oltre al divieto di diffusione (art.22, c.8) e all'obbligo di conservazione separata (art.22, c.7), per essi il testo unico dispone l'utilizzo di codici o altre soluzioni che permettano di identificare gli interessati solo in caso di necessità (art.22, c.6 e 7), e soprattutto, ad integrazione della previsione legislativa di cui all'art.20, la necessità, in relazione ai dati necessari per perseguire finalità di tutela della salute dell'interessato o di terzi, di acquisire il consenso del soggetto a cui i dati stessi si riferiscono, ovvero l'autorizzazione del garante .

In ambito sanitario, cioè, il Codice reca due distinti regimi giuridici: l'uno, applicabile ai trattamenti effettuati per realizzare le finalità del servizio sanitario nazionale, attraverso *le attività diverse da quelle di cura*, ed identificate all'art.85, comma 1, lett.a-g. L'altro, applicabile viceversa ai trattamenti dei dati idonei a rivelare lo stato di salute effettuati dagli esercenti le professioni sanitarie o da organismi sanitari pubblici, per *finalità di tutela della salute* o dell'incolumità fisica dell'interessato, di un terzo o della collettività.

Mentre i trattamenti del primo tipo possono essere effettuati nel rispetto della regola generale già illustrata, concernente l'osservanza delle norme primarie e secondarie di attuazione, e gli accorgimenti specificati agli artt.22, e 85, c.3 e 4, per i trattamenti connessi ad esigenze di tutela della salute l'articolo 76 conferma invece la regola speciale, già introdotta dal d.lg.vo. 282 del 1999, in base alla quale essi possono aver luogo, se si tratta di tutelare la salute e l'incolumità fisica dell'interessato, solo se vi è in tal senso il consenso dell'interessato; e se invece è questione di tutelare la salute e l'incolumità fisica di un terzo o della collettività, anche senza il consenso dell'interessato, ma comunque previa autorizzazione del Garante.

Rispetto a quanto stabilito in via generale per il trattamento dei dati personali in ambito sanitario, che vede già l'assoggettamento alla disciplina dei dati sensibili, accompagnata dalla congrua specificazione di garanzie *ad hoc*⁴⁵, la preordinazione del trattamento a finalità di tutela

⁴⁵ In effetti, qualunque dato personale, per il fatto stesso di essere reso in ambito sanitario, è suscettibile di essere considerato sensibile, dal momento che proprio la interazione tra le due informazioni (quella relativa al dato personale in cui consiste, e quella concernente l'ambiente e l'occasione in relazione ai quali è resa) dà luogo ad una potenziale capacità informativa sullo stato di salute - non importa se attuale, passato, o futuro, e neppure se reale, o potenziale- del soggetto a cui si riferisce.

della salute comporta dunque la sottoposizione ad ulteriori, consistenti difformità, che attengono principalmente al regime dell'informativa e del consenso.

E invero, per questa seconda tipologia di operazioni, il codice, come già aveva fatto il d.lg.vo 282 del 1999, ha da una lato inteso rafforzare i diritti degli interessati, subordinando il trattamento alla garanzia aggiuntiva del consenso dell'interessato, ovvero dell'autorizzazione del garante, ma nello stesso tempo ha semplificato l'iter della richiesta e dell'acquisizione del consenso quando appunto i trattamenti in discorso siano effettuati dai soggetti istituzionalmente preposti alla tutela di tale primario interesse.

Come già accennato, in tale ambito il legislatore si è infatti trovato a dover conciliare il diritto alla riservatezza sulle informazioni personali di carattere più intimo e delicato, con il diritto alla salute, che richiede da parte degli operatori sanitari, da un lato, un'organizzazione efficiente e razionale delle informazioni concernenti l'anamnesi clinica personale dei pazienti, e dall'altro, la possibilità di intervenire tempestivamente con la prestazione medica. La soluzione è stata appunto trovata nel disposto di due articoli. L'art.76, a mente del quale *“Gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, anche nell'ambito di un'attività di rilevante interesse pubblico ai sensi dell'articolo 85, trattano i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute: a) con il consenso dell'interessato e anche senza l'autorizzazione del garante, se il trattamento riguarda dati e operazioni indispensabili per perseguire una finalità di tutela della salute o dell'incolumità fisica dell'interessato; b) anche senza il consenso dell'interessato e previa autorizzazione del Garante, se la finalità di cui alla lettera a) riguarda un terzo o la collettività.* E l'art.82 (emergenze e tutela della salute e dell'incolumità fisica), per il quale: *“1.L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali possono intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, nel caso di emergenza sanitaria o di igiene pubblica per la quale la competente autorità ha adottato un'ordinanza contingibile ed urgente ai sensi dell'articolo 117 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.112. 2. L'informativa e il consenso al trattamento dei dati personali possono altresì intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, nel caso di: a) impossibilità fisica, incapacità di agire o incapacità di intendere o di volere dell'interessato, quando non è possibile acquisire il consenso da chi esercita legalmente la potestà, ovvero da un prossimo congiunto, da un familiare, da un convivente, o, in loro assenza, dal responsabile della struttura presso cui dimora l'interessato; b) rischio grave, imminente e irreparabile per la salute o l'incolumità fisica dell'interessato. 3. L'informativa e il consenso al trattamento dei dati possono intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, anche in caso di prestazione medica che può essere pregiudicata dall'acquisizione preventiva del consenso, in termini di tempestività o efficacia. 4.*

Dopo il raggiungimento della maggiore età l’informativa è fornita all’interessato anche ai fini della acquisizione di una nuova manifestazione del consenso quando questo è necessario”.

In condizioni di normalità, la raccolta e l’organizzazione delle informazioni personali di carattere sanitario ha dunque luogo, quando si tratta di dati strumentali alla tutela della salute dell’interessato, se ed in quanto acconsentita dal soggetto cui i dati stessi si riferiscono. Tuttavia, il testo unico si limita in tale circostanza a richiedere la manifestazione orale del consenso⁴⁶, in considerazione della rilevante finalità pubblica perseguita, esplicitamente prevista e consentita dalla legge, e della sua preordinazione alla realizzazione di un diritto costituzionale dello stesso soggetto al quale i dati si riferiscono (art.81).

Posto comunque che il trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute può essere funzionale anche alla salvaguardia della salute della collettività o di terzi – che non dobbiamo dimenticarlo è parimenti tutelata dall’art.32 della Costituzione- in tale ipotesi lo stesso art.76 autorizza gli operatori sanitari ai trattamenti relativi anche senza, e addirittura contro il volere del soggetto al quale le informazioni si riferiscono, purchè previamente autorizzati dal garante.

Infine, in relazione ad una situazione di emergenza sanitaria dichiarata con ordinanza contingibile ed urgente, quanto in casi di urgenza connessi alla necessità di effettuare con rapidità l’intervento medico, l’art.82 contempla un regime che potremmo definire “attenuato” di esercizio del diritto alla privacy sui propri dati sanitari, caratterizzato dalla posticipazione dell’informativa e del consenso ad un momento successivo rispetto al compimento della prestazione sanitaria di cura della salute.

Fermo restando quindi le semplificazioni relative alle modalità di informativa e del consenso, il trattamento dei dati personali idonei a rivelare lo stato di salute del soggetto, preordinato all’erogazione di prestazioni sanitarie a beneficio della salute dell’interessato o di terzi, incontra tre diversi presupposti, a seconda delle finalità specificamente perseguite, e del contesto nel quale il trattamento stesso è realizzato.

Si tratta, rispettivamente a) del *consenso preventivo* del soggetto al quale le informazioni ineriscono, quando il trattamento riguarda dati e operazioni indispensabili per perseguire una finalità di *tutela della salute o dell’incolumità fisica dell’interessato*; b) dell’*autorizzazione del garante*, se la finalità di tutela della salute riguarda *un terzo o la collettività*; c) del *consenso reso senza ritardo*, successivamente alla prestazione medica di cui benefici tanto il titolare dei dati, quanto eventuali terzi, nelle *situazioni di emergenza* individuate all’art.82.

⁴⁶ Per espressa previsione dell’art.81 il consenso, da documentarsi con annotazione dell’esercente la professione sanitaria, o dell’organismo sanitario pubblico, può essere riferito anche a più trattamenti di dati, ed opera in relazione all’informativa di cui agli artt.78, 79 e 80.

Ora, quanto alle prime due ipotesi, *nulla quaestio*, realizzando *ictu oculi* nel primo caso, la massima forma di tutela della privacy individuale, e, nel secondo, la devoluzione all'autorità di garanzia della valutazione delle contrapposte esigenze, individuale alla riservatezza, e collettiva alla salute.

Maggiori perplessità potrebbero invece nutrirsi rispetto alla fattispecie di cui alla precedente lettera c), che sembra configurare un regime "attenuato" di esercizio del diritto alla protezione sui propri dati sanitari, legato alla sussistenza e al perdurare di una situazione di emergenza. Non si può infatti negare che la soluzione legislativa, a fronte di un generale rafforzamento del potere di controllo sulle informazioni personali attraverso la valorizzazione dell'autodeterminazione individuale - che quando non vengono in rilievo esigenze di tutela della salute dei terzi si esprime nella manifestazione del consenso dell'interessato - comporta nel caso di specie una sorta di "sospensione" dell'esercizio del diritto in discussione, peraltro proprio in uno dei momenti più delicati per la vita del singolo e/o della collettività.

In effetti, nella necessità di bilanciare il diritto alla riservatezza del soggetto sui suoi dati sensibili (che sono quelli che costituiscono il nocciolo duro della privacy), con l'esigenza di conoscenza di tali dati da parte degli organismi preposti alla tutela sostanziale del diritto alla salute, il legislatore sembra aver decisamente optato per privilegiare tale ultimo fattore, posto che, nel momento in cui vengono in discussione interessi che vanno in qualche modo al di là della mera individualità del soggetto, le garanzie apprestate dall'ordinamento a garanzia del "controllo" individuale sulle informazioni personali che lo riguardano, vengono a ritrarsi⁴⁷.

Si potrebbe anche dire che quando sui due piatti della bilancia si vengano a collocare, rispettivamente, diritto alla privacy e diritto alla salute, il bilanciamento viene ad essere compiuto dal legislatore unidirezionalmente in favore di questo secondo diritto. E ciò, almeno a prima vista, potrebbe essere nella sostanza condivisibile, se non altro in considerazione del fatto, se così si può dire, che il diritto alla privacy (al pari ad esempio di ciò che potrebbe dirsi per il diritto all'eutanasia) è proprio un "nuovo diritto", potremmo dire il prodotto dell'evoluzione sociale, e in quanto tale suscettibile di assumere giuridico rilievo solo in società relativamente evolute nelle quali vi è un livello relativamente elevato di tutela dei diritti intrinsecamente fondamentali.

D'altra parte, la scelta compiuta dal legislatore trova conforto alla luce dei criteri di composizione dei potenziali conflitti tra diritti enucleati dalla Carta di Nizza.

Dopo aver riconosciuto tanto il diritto alla protezione dei dati personali, quanto il diritto alla salute, rispettivamente all'art.8 e all'art.35, l'articolo 52 della Carta recita infatti che "Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere

⁴⁷ Cfr. DE GRAZIA M., OTTAVIANO S., *Una prima lettura del decreto legislativo 30 luglio 1999 n.282: disposizioni per garantire la riservatezza dei dati personali in ambito sanitario*, in www.diritto.it .

previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui".

Sorvolando per il momento sulla questione – qui irrilevante - della natura vincolante o “politica” dell'articolato ora riportato, e fermo restando quindi che il fondamento normativo che genera le situazioni soggettive all'esame è da ravvisarsi ora nella CEDU, ora nella Costituzione degli stati membri; e trascurando altresì la circostanza – e gli annessi interrogativi – relativa al fatto che il grado di protezione apportato da tali strumenti giuridici ai diritti dell'uomo non è, come nel caso all'esame, completamente coincidente; e ancora, posto che il livello di protezione accordato da tali fonti alle libertà fondamentali non può subire pregiudizio dalla disciplina recata dalla Carta (secondo quanto sancito dall'art.53), non par dubbio che il catalogo di Nizza, nel dettare una disciplina generale (e generica) della portata dei diritti ivi garantiti, reca alcune asserzioni di grande importanza.

In particolare, le limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute può aver luogo solo nella sussistenza, contestuale, di alcune condizioni legittimanti, ravvisate : a) nella *previsione legislativa*; b) nel *rispetto del contenuto essenziale* della situazione giuridica incisa; c) nel fatto che la limitazione deve essere *necessaria*, tale essendo quella che risponde *effettivamente* o a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione, o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, ed infine, d) nell'intervento *proporzionato* alla necessità.

Si tratta, come ben si vede, del recepimento degli insegnamenti della Corte di Strasburgo e della Corte di Giustizia allorché, chiamate a pronunciarsi sulla possibilità per gli Stati di limitare il diritto alla vita privata e familiare ai sensi del comma 2 dell'articolo 8 della CEDU, hanno cercato di limitare tale facoltà onde non svuotare di significato lo stesso riconoscimento del diritto⁴⁸. In tale ambito, come si ricorderà, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti ripetutamente asserito che l'ingerenza deve essere fondata su di un bisogno sociale imperativo e deve essere proporzionata al fine perseguito⁴⁹, devono esistere in diritto interno garanzie idonee e sufficienti ad evitare il rischio di abusi⁵⁰, e che il processo decisionale che conduce all'adozione del provvedimento di ingerenza deve essere equo e rispettare opportunamente gli interessi dell'individuo tutelati dall'art.8⁵¹.

⁴⁸ Si veda sul punto BATTAGLIA E., DI FEDERICO G., *La Carta dei diritti e la tutela della riservatezza*, in ROSSI L.S. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001, p.207ss.

⁴⁹ Sicchè occorre analizzare la finalità dell'ingerenza e occorre compiere un bilanciamento tra l'interesse pubblico e l'interesse del cittadino: Sentenza *Laender c. Svezia*, 26 marzo 1987, Serie A n.116, par.58ss.

⁵⁰ *Ibidem*, par.60

⁵¹ Sentenza *McMichael*, 24 febbraio 1996.

E non è chi non veda come la formula dell'articolo 52 non sia altro che la mera puntualizzazione degli elementi apprezzati da ogni giudice di costituzionalità ogni qual volta è chiamato a pronunciarsi secondo lo schema del giudizio di bilanciamento degli interessi. La legittimità del compromesso tra interessi configgenti fissato dalla legge, infatti, non dipende di norma da considerazioni astratte circa la maggiore o minore importanza di un interesse su un altro, ma procede dall'accertamento del fatto che lo strumento normativo prescelto per tutelare un determinato interesse è quello che comporta il minor sacrificio degli interessi concorrenti, e che comunque non ne annulla il contenuto essenziale⁵². Elementi tutti che sembrano ravvisabili nella disposizione all'esame, che nel privilegiare la protezione dell'interesse alla salute si limita a posticipare la manifestazione del consenso al trattamento dei dati personali in relazione a circostanze nelle quali l'emergenza sanitaria è assolutamente impellente e improcrastinabile. Si ritrova infatti l'elemento della proporzionalità, del rispetto della previsione legislativa, della effettiva limitazione alla necessità di cura della salute. Si può anche osservare che la previsione legislativa in realtà non intende impedire integralmente l'esercizio del diritto alla riservatezza, limitandosi a prevedere un ragionevole rinvio temporale del momento in cui viene resa l'informativa sul trattamento dei dati personali e il conseguente consenso, peraltro giustificato da oggettive circostanze legate all'urgenza della prestazione medica da rendere e dalla necessità di cautelare il sanitario che intervenga in condizioni di forza maggiore.

Ora, però, se a sostegno della scelta legislativa possono citarsi i suesposti argomenti, a mio parere non si deve dimenticare che, in relazione ai diritti di libertà, godimento ed esercizio coincidono, e non può darsi l'uno senza l'altro, sicchè è lecito dubitare della effettiva garanzia del nocciolo duro che costituisce l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali ove venga impedita la concreta manifestazione del consenso al trattamento dei dati sensibili di tipo sanitario⁵³.

In secondo luogo, non si può mancare di osservare, altresì, che il testo unico sulla privacy, così come la Carta di Nizza, si richiama costantemente al concetto di dignità. Anzi, dal punto di vista contenutistico, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea assegna a tale nozione un valore centrale, che formalmente precede addirittura il diritto alla vita. Se così è, se cioè la dignità umana "supera" la stessa vita, nel senso di offrire una precisa scelta ideologica, se ne possono trarre alcune conseguenze anche per il tema che ci interessa.

⁵² Sul giudizio di bilanciamento cfr. BIN R., PITRUZZELLA A., *Diritto costituzionale*, Torino, 2003, p.470ss; SCACCIA G., *Legge e diritti fondamentali nell'art.117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p.358.

⁵³ Esprime analoga preoccupazione PACE A., *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici comuni*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990, p.110, quando osserva che, nei diritti di libertà, il "contenuto" sta tutto "nell'esercizio", con la conseguenza che limitare l'esercizio equivale a restringere il contenuto.

Se è evidente infatti che da tale ordine di priorità possono conseguire significative ricadute su tematiche quali quelle dell'eutanasia e dell'aborto, è anche vero, però, che l'influenza del carattere prioritario della dignità può dispiegarsi anche nella soluzione del bilanciamento tra privacy e salute. In un contesto nel quale la dignità è avvertita come valore preminente su quello della stessa vita può essere, infatti, che anche la privacy rappresenti un'esigenza umana più impellente di quella della salute. Mentre allora in un contesto nel quale la vita è bene supremo, la riservatezza - così come il diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti, o il diritto alla vita privata, o ancora la libertà di pensiero⁵⁴ - deve verosimilmente cedere il passo ad esigenze di protezione della vita stessa, e in funzione di quella, della salute umana; non altrettanto può dirsi con certezza laddove la "qualità" della vita - per quanto il concetto di qualità sia sicuramente riduttivo rispetto a quello di dignità - rappresenta il valore principale.

Spostare infatti il peso del sistema, dalla sacralità della vita alla inviolabilità della dignità umana, implica, nel giudizio di bilanciamento tra i diritti della persona volta a volta coinvolti, assegnare maggior peso all'autodeterminazione, e dunque alla volontà dell'interessato⁵⁵. E' anche in questa prospettiva allora che, mi pare, debbono essere valutate le scelte adottate dal nostro legislatore in materia di trattamento di dati personali in ambito sanitario.

In particolare, da questo angolo prospettico dubbi possono nutrirsi non tanto sulla previsione del primo e secondo comma dell'art.82, quanto in ordine al terzo comma, là dove prevede che l'informativa e il consenso al trattamento dei dati possono intervenire senza ritardo, successivamente alla prestazione, anche in caso di prestazione medica che può essere pregiudicata dall'acquisizione preventiva del consenso, in termini di tempestività o efficacia.

La cosa che sembra di poter cogliere alla luce del suesposto argomento, e che emerge pericolosamente nelle pieghe dell'art.82, è infatti il rischio per l'individuo di subire la compressione di un diritto (quello alla privacy) non solo per la tutela di un altro (la salute), di pari forza e dignità, quanto piuttosto spinti dal faro del "dovere", non "diritto" alla salute, il quale però, a differenza della corrispondente situazione giuridica soggettiva di vantaggio, non sembra godere della stessa copertura costituzionale.

4. Considerazioni conclusive

A conclusione di questa breve indagine, sembra possibile una considerazione.

⁵⁴ Si veda in tal senso Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 29 aprile 2002, in *Foro it.*, 2003, parte IV, p.57.

⁵⁵ Sul punto, non si registrano, a quanto consta, significative indicazioni giurisprudenziali. Nella prospettiva accolta nel testo appaiono però allineati ampi settori della dottrina. Per tutti, M.OLIVETTI, in R.BIFULCO - M.CARTABIA - A.CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, sub art.2, p.50ss; BARBISAN B., *Sacralità della vita e bilanciamenti nella giurisprudenza inglese ed in quella della Corte europea di Strasburgo*, in *Foro it.*, 2003, p.67.

Com'è noto, la coesione sociale procede dall'adesione ad una somma di principi costituzionali che non sono, sul piano teorico ed astratto, reciprocamente antagonisti, sicchè non sarebbe giuridicamente corretto tracciare un ordine, diciamo così, statico, di priorità degli uni rispetto agli altri. Ciononostante non sembra possibile negare che nel momento in cui la realtà evidenzia l'impossibilità di tutelare pienamente diritti espressione di principi diversi, il bilanciamento che appunto occorre operare presuppone una sorta di gerarchizzazione, sia pure relativa, in quanto limitata alla situazione concreta, dei valori di cui tali interessi sono espressione, e che tale scala di priorità, che rientra nella disponibilità degli organi di indirizzo, in verità investe, o meglio ancora, passa, attraverso scelte preliminari che stanno sul piano dei valori etici e metagiuridici.

Da questo punto di vista, quando, come nel caso di cui ci siamo occupati, viene in rilievo il bilanciamento del diritto alla salute e del diritto alla privacy, mi sembra che non ci si possa sottrarre alla preventiva individuazione di tali valori metagiuridici, e cioè dal rispondere preliminarmente al quesito se l'ordinamento costituzionale dà veste e fondamento giuridico al valore "supremo" del rispetto della dignità umana, e/o a quello, con esso potenzialmente antagonista, della sacralità della vita.

E invero, ove il collante della comunità sia ravvisato nella comune volontà di tutela della dignità umana, a me pare che la sua inviolabilità imponga "che il diritto si arresti alle soglie dell'imponderabile e dell'eccedenza, rispetto alle sua capacità regolative, dell'autonomia della persona e della sua dignità. Ed è in quest'ultima prospettiva che pare debbano essere affrontate questioni molto diverse tra loro, come quelle dello sciopero della fame (potenzialmente mortale) di detenuti e delle trasfusioni di sangue o dei trapianti di organi necessari per salvare la vita di un paziente che liberamente vi si opponga. Al riguardo, pare che il diritto non possa che richiedere che sia verificata la libertà e la consapevolezza della volontà dell'interessato, oltre, naturalmente, alla sua maggiore età"⁵⁶.

Ove al contrario il valore posto a fondamento della civile convivenza sia ravvisato nella sacralità della vita, viceversa, la sua inviolabilità non può non condurre alla configurazione di doveri ad esso strumentali, e di cui lo Stato è garante.

In altre parole, se è vero che il potere dei titolari della funzione di indirizzo di provvedere al concreto bilanciamento degli interessi, è istituito oltrechè necessario, opportuno, in quanto rende il sistema giuridico permeabile ai mutamenti della coscienza sociale, e dunque introduce un elemento di flessibilità sicuramente positivo, ciononostante esso non va confuso col potere di individuare, o sarebbe meglio dire rimodulare, i valori portanti dell'intero sistema.

⁵⁶ M.OLIVETTI, in R.BIFULCO – M.CARTABIA – A.CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, sub art.2, p.50ss.

E infatti, il diritto costituito rappresenta lo strumento per dare corpo e stabilizzare i valori nei quali l'ordinamento sociale si riconosce, e pertanto presuppone la loro preventiva definizione da parte del potere costituente, e il loro rispetto, mentre viceversa implicherebbe, ove si discostasse da quelli, e per tacer d'altro, il naufragio della coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico. Sicchè, se ciò è corretto, quando vengano in discussione scelte del tipo di quelle prefigurate, non sembra possibile riconoscere agli organi di indirizzo la facoltà di operare in un senso o nell'altro, in quanto ciò non è *indifferente*, e in egual modo compatibile con la decisione politica compiuta in sede di Costituzione, dal punto di vista dei "valori" costituzionali.

Ebbene, rispetto alla salute la nostra Costituzione compie una precisa scelta, memore, forse, delle trascorse vicende storiche e degli attentati perpetrati ai danni di tale fondamentale diritto durante la recente, allora appena conclusa, esperienza autoritaria. In particolare, nonostante le sollecitazioni provenienti da varie parti dell'assemblea Costituente⁵⁷ per l'inserimento nel testo di un riferimento esplicito al concetto di "dovere" alla salute, il tenore letterale dell'articolo 32, che valorizza al di là di ogni altra esigenza "il rispetto della persona umana" quale limiti invalicabile nella gestione delle questioni sanitarie, depone per il finale accoglimento di una impostazione liberale, che pone l'individuo, e la sua autodeterminazione, al centro del sistema⁵⁸.

Centralità, quella dell'autodeterminazione individuale, affermata in termini assolutamente ampi e generali, anche, e prima ancora, nell'art.2, ed ora riaffermata con forza in apertura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ebbene, la disciplina che il testo unico sulla privacy detta in relazione al trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario a questo punto non fa che confermare la difficoltà, spesso manifestatasi fin qui nella pratica⁵⁹, di conciliare la ripetuta e riaffermata centralità della persona con una condotta coerente dei pubblici poteri.

Nel momento in cui si proclama espressamente il diritto al dominio sulle informazioni personali di carattere più delicato, si assiste, infatti, per l'ennesima volta, ad una disciplina di esso suscettibile di esporre l'individuo a restrizioni nel godimento del diritto non in tutto compatibili col modello teorico dei diritti di libertà, o, meglio, col sistema dei valori supremi che a mio avviso

⁵⁷ Nelle proposte della Sottocommissione per lo studio dell'organizzazione sanitaria la salute figura, in effetti, come diritto-dovere. Si legge, ad esempio, che "ogni cittadino deve compiere, per la conservazione della salute collettive quanto consentono l'iniziativa propria e sociale col concorso dei pubblici poteri" (2°proposizione), e che "il rapporto di fiducia tra medico e malato, condizione indispensabile per l'efficacia della prestazione medica, è assicurato dalla legge, salvo quanto dispongono le leggi intese alla tutela della pubblica salute" (4° proposizione), in *Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato*, Relazione all'assemblea Costituente, III, Roma, 1946, p.300.

⁵⁸ Ne è riprova il fatto che i costituenti respinsero l'emendamento proposto dall'on. Merighi di introdurre nel contesto del primo comma dell'art.32 la seguente proposizione: "A tale diritto (alla salute) corrisponde, nell'individuo stesso, il dovere di tutelare la propria sanità fisica, anche per il rispetto della stessa collettività": Atti dell'Assemblea Costituente, aprile 1947, p.3301.

⁵⁹ Considerazioni analoghe possono muoversi nei confronti della disciplina introduttiva dei trattamenti sanitari obbligatori dei malati di mente, o per la prevenzione delle infezioni da HIV.

rappresentano l'ossatura irrinunciabile, e irretrattabile, dell'ordinamento stesso. Ciò, in particolare, laddove l'esigenza collettiva di protezione della salute pubblica, e soprattutto l'intento di assicurare l'efficienza e l'efficacia dell'organizzazione pubblica, sia pure sanitaria, autorizzano a prescindere, nell'erogazione della prestazione medica, dal preliminare consenso del destinatario al trattamento dei relativi dati personali, che è invece da ritenere fattore determinante di esercizio (*id est* di godimento), proprio del diritto alla protezione di tali dati.

Ancora una volta, l'assetto legislativo convalida dunque quanto accaduto nei fatti fin qui tutte le volte in cui si è disquisito di diritti fondamentali, ossia che, nei momenti più delicati per l'individuo, l'autorità può prendere il sopravvento sulla libertà sostituendo la propria determinazione a quella individuale. Opzione da valutare con particolare attenzione e severità quando, come nel caso esaminato, non mi sembra vengano in rilievo specifiche necessità di tutela della sopravvivenza dell'ordinamento.