

Cassazione penale

direttore scientifico **Domenico Carcano**
condirettore **Mario D'Andria**
LXIII - luglio/agosto 2023, n. 07/08

7/8 20
23

| estratto

USO POLIZIESCO DELL'INTELLIGENZA
ARTIFICIALE. L'INSEGNAMENTO
DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

di Renzo Orlandi

286.2 USO POLIZIESCO DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE. L'INSEGNAMENTO DEL BUNDESVERFASSUNGSGERICHT ⁽¹⁾

Police use of artificial intelligence. The teaching of the Bundesverfassungsgericht

L'uso dell'intelligenza in funzione di *predictive policing* è tema fra i più discussi e trattati dalla letteratura giuridica anche penalistica degli ultimi anni. La maggior parte degli studiosi italiani guarda all'esperienza statunitense, dalla quale provengono spunti di sicuro interesse, per il tratto

⁽¹⁾ Il testo della sentenza (solo in lingua tedesca) del Tribunale costituzionale federale (1° senato) del 16 febbraio 2023 è disponibile sul sito del *Bundesverfassungsgericht* al seguente URL:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/02/rs20230216_1bvr154719.html (...).

Si riporta di seguito la traduzione non ufficiale dell'introduzione predisposta dagli uffici del Tribunale costituzionale federale contenente i principi espressi nella sentenza.

«L'analisi e la valutazione di dati personali attraverso sistemi automatizzati influiscono sul diritto all'autodeterminazione informativa di tutti i soggetti coinvolti in tale trattamento (art. 2 comma 1°, in combinato disposto con art. 1 comma 1° Grundgesetz).

A) La giustificazione costituzionale di un'analisi o valutazione automatizzata di dati dev'essere proporzionata al grado di invadenza di precedenti acquisizioni di dati: a tali condizioni, il dato personale acquisito o analizzato per uno scopo, può prestarsi ad essere utilizzato per uno scopo diverso da quello che ne aveva originato l'iniziale trattamento. L'analisi o valutazione automatizzata ha un grado intrinseco di invadenza, in quanto ogni ulteriore trattamento dei dati può comprimere il diritto individuale in misura superiore a quella che ne aveva caratterizzato l'originaria acquisizione e valutazione; dal principio di proporzione in senso stretto derivano pertanto ulteriori esigenze di giustificazione costituzionale del trattamento automatizzato di dati per motivi diversi da quello originario.

B) Altri presupposti ai quali ancorare il trattamento automatizzato dei dati possono variare, poiché diverso è il grado di invadenza dell'intervento investigativo secondo la tecnica normativa usata per regolarlo. Tale grado di invadenza è determinato, in particolare, dal tipo e dalla ampiezza (ricchezza contenutistica) dei dati suscettibili di essere elaborati, oltre che dal metodo di analisi o valutazione normativamente fissati. Il legislatore può modulare il grado di intensità dell'intervento sia disciplinando la tipologia e la ampiezza contenutistica dei dati ammessi al trattamento, sia regolando il metodo di valutazione.

C) Un trattamento automatizzato dei dati che comprime gravemente il diritto all'autodeterminazione informativa, può essere giustificato solo alle condizioni generalmente imposte per applicare misure particolarmente intrusive, quali intercettazioni ambientali o perquisizioni on-line, vale a dire solo per proteggere interessi pubblici particolarmente importanti, sempre che sussista un pericolo concreto da fronteggiare. Dal requisito di un pericolo concreto per interessi giuridici di particolare rilievo si può prescindere, dal punto di vista costituzionale, solo se la disciplina normativa è così precisa e dettagliata da ridurre in misura significativa il grado di arbitrio nell'uso concreto del trattamento stesso.

D) In linea di principio, il legislatore può condividere con l'amministrazione il potere di stabilire le norme necessarie a regolare tipologia e ampiezza dei dati da utilizzare, così come le modalità di trattamento consentite. Tuttavia, nel rispetto del principio di legalità, il trattamento automatizzato dei dati personali va regolamentato in modo adeguato attenendosi ai seguenti criteri:

- il legislatore deve fissare i principi fondamentali per limitare tipologia, ampiezza e modalità di trattamento dei dati.
- nell'autorizzare l'amministrazione a disciplinare in modo più dettagliato i dettagli organizzativi e tecnici di tale trattamento, il legislatore deve garantire che la normativa secondaria obbedisca a criteri generali e astratti, che sia fedelmente documentato e che del regolamento amministrativo sia data pubblicità nelle stesse forme previste per gli atti legislativi. Ciò contribuisce ad assicurare anche il doveroso controllo, al quale provvederanno soprattutto i garanti della protezione dei dati.».

pionieristico che da tempo caratterizza le evoluzioni tecnologiche d'oltreoceano. In questo quadro, la sentenza del tribunale tedesco costituisce una novità degna di nota per il giurista di *civil law*. Dal punto di vista del metodo, l'uso poliziesco dell'intelligenza artificiale viene tematizzato alla luce dei criteri elaborati dalla cultura costituzionalistica tedesca sui diritti fondamentali della persona e conseguenti possibili limitazioni. L'interesse a prevenire o reprimere delitti di una certa gravità va bilanciato con un diritto fondamentale di nuovo conio: il diritto all'autodeterminazione informativa. L'uso poliziesco di software che acquisiscono, incrociano, analizzano informazioni personali presenti nelle banche dati va assoggettato a riserva di legge, nel rispetto del test di proporzionalità. Benché si parli di norme straniere, gli argomenti usati nella sentenza esaminata suggeriscono riflessioni di rimarchevole utilità per il giurista italiano.

The use of intelligence as a predictive policing tool is one of the most discussed and treated topics in recent legal literature, including the criminal law area. The majority of Italian scholars look to the US experience, from which certain interesting ideas come, taking into consideration of the pioneering role that has long characterised the technological evolution overseas. In this context, the judgement of the German court constitutes a noteworthy novelty for the civil law jurist. From the methodological point of view, the police use of artificial intelligence is thematised in the light of the criteria developed by the German constitutional culture on the fundamental rights of the individual and their possible limitations. The interest in preventing or repressing crimes of a certain severity must be balanced with a newly coined fundamental right: the right to informational self-determination. The police use of software that acquires, cross-references and analyses personal information present in databases must be subject to the rule of law, in compliance with the proportionality test. Although we are speaking of foreign laws, the arguments used in the examined judgement suggest remarkably useful reflections even for the Italian jurist.

di **Renzo Orlandi**

Professore ordinario di procedura penale - Università degli studi di Bologna

Sommario 1. La sentenza del 16 febbraio 2023. — 2. I valori in gioco. — 3. Digressioni sul principio di proporzionalità e le sue articolazioni. — 4. L'antecedente. — 5. Il principio di autodeterminazione informativa nell'era dell'intelligenza artificiale. — 6. Il compito (arduo) del legislatore. — 7. Rilievi conclusivi.

1. LA SENTENZA DEL 16 FEBBRAIO 2023

«Nelle indagini di polizia va esplicitamente vietato l'uso di sistemi ad apprendimento automatico (*selbstlernende Systeme; machine-learning*)».

La perentoria presa di posizione rappresenta uno dei punti salienti della sentenza con la quale il 1° senato del *Bundesverfassungsgericht* (d'ora in poi anche *BVerfG*) ha dichiarato incostituzionali due disposizioni di leggi regionali di polizia ⁽²⁾ che ammettevano la libera

⁽²⁾ Si tratta precisamente del § 25a della legge sull'ordine e la sicurezza dell'Assia (2018) e del § 49 della legge di polizia nonché sulla elaborazione dei dati personali della città Stato di Amburgo (2019), che consentivano l'uso di un software (Gotham della azienda americana Palantir) impiegato da autorità pubbliche e servizi di intelligence di diversi Paesi per la raccolta ed elaborazione dei dati nel contrasto al terrorismo.

È bene precisare che ciascuno dei 16 *Länder* tedeschi è dotato di proprie leggi di polizia dove sono disciplinati sia i classici poteri di mantenimento dell'ordine pubblico, sia le attività di raccolta dei dati per prevenire o contrastare situazioni di pericolo suscettibili di evolvere in attività criminose. La digitalizzazione delle informazioni ha comprensibilmente accresciuto il potere delle forze di polizia, con conseguente, problematica compressione del diritto alla

raccolta, elaborazione, analisi e scambio di dati, allo scopo di prevenire reati di una certa gravità.

È lunga e dettagliatamente argomentata la sentenza dalla quale traggono spunto le osservazioni che seguono: essa si articola in più di 170 punti (o numeri a margine) disposti in serrata sequenza logica e merita di essere illustrata, quanto meno per sommi capi, al fine di rendere comprensibili anche al giurista italiano gli insegnamenti che se ne possono trarre.

L'ordine al legislatore di escludere un certo uso dell'intelligenza artificiale dall'arsenale poliziesco in funzione di *predictive policing* ha la sua ragion d'essere. Non è tuttavia il solo divieto che la sentenza in questione lascia intravedere. La tutela dei dati personali – come si vedrà – viene riconsiderata alla luce dei parametri costituzionali, principalmente in ragione dei penetranti, invasivi e difficilmente controllabili metodi di analisi ed elaborazione offerti dall'incessante sviluppo delle tecnologie informatiche.

Qualche avviso si impone prima di intraprendere la pur sommaria esplorazione di questa ricca sentenza: ciò al fine di evitare fraintendimenti, sempre in agguato quando si muove sul piano della comparazione.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha poteri in buona sostanza simili a quelli della nostra Corte costituzionale. È giudice di legittimità delle leggi (sia statali, sia regionali), ma può giudicare anche – su ricorso individuale – della legittimità delle sentenze e, più in generale, dei provvedimenti della pubblica autorità (similmente alla *US-Supreme court* o al *Tribunal Constitucional* spagnolo). Nel caso di specie, come accennato, oggetto del giudizio sono due leggi regionali di polizia, impugnate da privati cittadini, con l'adesione argomentata dei garanti *privacy* dei due *Länder* interessati, sentiti nella veste di esperti. Quali controparti sono intervenuti con propri rilievi (a difesa delle leggi impugnate) il ministro dell'interno dell'Assia, il ministro della giustizia della città-Stato di Amburgo. Dettagli non superflui. Danno l'idea del contrasto di interessi in gioco (prevenzione di gravi reati *versus* tutela di diritti fondamentali della persona) attraverso la contrapposizione degli attori istituzionali che quegli interessi sono chiamati a tutelare.

Il dispositivo della sentenza contiene – come detto – una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme impugnate che, tuttavia, stranamente, non sono state annullate, sul rilievo che, fino ad ora, in realtà, non se ne è ancora fatto l'uso illegittimo che il *BVerfG* paventa. Né un uso illegittimo si potrebbe prospettare nel prossimo futuro, considerato che il tribunale costituzionale tedesco potrebbe annullare l'atto o l'operazione della pubblica autorità che sfidasse i limiti posti con la sentenza in questione.

Le leggi impugnate dovranno essere modificate e adattate ai parametri costituzionali illustrati dal *BVerfG* entro il 30 settembre ⁽³⁾.

Non deve ingannare la circostanza che oggetto del giudizio di costituzionalità siano due leggi locali di polizia. Le affermazioni di principio espresse nella decisione hanno portata generale e sono destinate a valere sia per le leggi di polizia di altri *Länder*, sia per le leggi federali di polizia. Non solo. Si tratta di affermazioni che – come risulterà chiaro dal seguito dell'esposizione – hanno inevitabili riflessi anche sul terreno penale e processuale, dove non si

————

protezione dei dati personali: ciò che spiega la frequenza con la quale il *BVerfG* è intervenuto su norme del tipo di quelle citate nel testo. Una panoramica sulle più recenti decisioni emesse al riguardo dal *BVerfG* è offerta da M. LÖFFELMANN, *Zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des Bayerischen Verfassungsschutzgesetzes*, in *Juristische Rundschau*, 2022, p. 433 ss.

⁽³⁾ Se ne parla al futuro perché le presenti note sono state redatte nel mese di giugno 2023.

danno differenze territoriali, considerato che vigono in Germania un unico codice penale e un unico ordinamento processuale penale.

2. I VALORI IN GIOCO

Punto di partenza è l'ovvio rilievo che la prevenzione o repressione dei reati giustificano limitazioni del diritto individuale alla riservatezza e alla tutela dei dati personali. Subito però si precisa che v'è differenza fra le diverse tipologie di dati personali e che le moderne tecnologie consentono di effettuare indagini attraverso incroci, elaborazioni, analisi di *data base*, dalle quali potrebbero risultare compressioni più o meno intense del diritto individuale in gioco.

Pressoché sconosciuto alla cultura costituzionalistica italiana, il diritto qui in discussione è di nuovo conio. Si tratta del diritto alla "autodeterminazione informativa" (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*) definibile in questi termini: diritto del cittadino di disporre liberamente della diffusione e dell'uso dei dati che lo riguardano.

A breve sarà esaminata la circostanza che ha propiziato la nascita o, se si preferisce, l'invenzione di questo diritto ⁽⁴⁾. Per ora basti sapere che, secondo la giurisprudenza del *BVerfG*, il diritto all'autodeterminazione informativa rientra nel novero dei diritti fondamentali della persona, alla stessa maniera dei classici diritti di libertà (personale, domiciliare, di segretezza della corrispondenza) riconosciuti, si può dire, in tutte le costituzioni contemporanee.

È il caso di ribadire che in Italia le cose non stanno propriamente così. Indubbiamente c'è un diritto alla protezione dei dati personali, enunciato peraltro in una norma di legge ordinaria (art. 1 del d.lgs. n. 196 del 2003), che viene per lo più inteso come diritto alla *privacy*: il *right to be alone* teorizzato sul finire dell'Ottocento dalla dottrina nordamericana ⁽⁵⁾.

Il diritto all'autodeterminazione informativa ha altro contenuto, più prossimo al valore protetto dal *General Data Protection Regulation* varato dal Parlamento europeo nell'aprile del 2016. Tale diritto – ribadiamolo – non ha esplicito ancoramento nella nostra carta costituzionale. Lo si può semmai individuare in altra fonte sovra-legale, come l'art. 8 CEDU o l'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali UE, il cui comma 2° contiene – si può dire – la formulazione positiva del diritto all'autodeterminazione informativa come affermato dalla giurisprudenza costituzionale tedesca. Non si conoscono sentenze della nostra Corte costituzionale fondate sul parametro del diritto inviolabile alla tutela dei dati personali ⁽⁶⁾ e, quanto alla giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, è ormai consolidato l'orientamento che nega esservi limitazione del diritto alla riservatezza nelle pratiche di polizia che compiono operazioni (quali ad esempio, il pedinamento satellitare ⁽⁷⁾) che certamente comprimono questo nuovo diritto. Dal canto suo, il legislatore italiano non avverte l'esigenza di regolare la compressione di questo diritto per ragioni legate all'accertamento penale: raccolta e uso delle informazioni personali

⁽⁴⁾ Cfr. par. 4.

⁽⁵⁾ Si veda il saggio di S.D. WARREN e L. D. BRANDEIS, *The right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 4-5 (1890), p. 193 ss.

⁽⁶⁾ In qualche caso si è fatto riferimento al "diritto fondamentale riguardante la vita privata dei cittadini nei suoi molteplici aspetti" (C. cost. n. 173 del 2009), affidandosi a una locuzione così generica da includere certamente anche il diritto alla "autodeterminazione informativa": ma non se ne è tratta alcuna conseguenza sul piano giuridico delle considerazioni vertenti intorno alla legittimità della norma impugnata.

⁽⁷⁾ Si veda, da ultimo, Sez. IV, 7 giugno 2022, in *C.E.D. Cass.*, n. 283386. Diversamente, nell'ordinamento processuale tedesco, il pedinamento satellitare è regolato come mezzo invasivo del diritto all'autodeterminazione informativa (§ 100h *Strafprozessordnung*).

per motivi investigativi rientrano nell'attività di polizia considerata informale e atipica proprio perché ritenuta non lesiva di un diritto fondamentale della persona ⁽⁸⁾.

Diversamente, nella cultura giuridica tedesca, ogni raccolta di dati insidia il diritto fondamentale all'autodeterminazione informativa, sicché la sua limitazione va prevista dalla legge e la relativa esecuzione va effettuata con adeguati controlli che assicurino il rispetto della previsione legale.

Non solo. Come accade per ogni diritto fondamentale, anche quello qui considerato può subire compressioni più o meno intense, secondo regole che le procedure contemporanee solitamente fissano affidandosi al criterio di proporzionalità. A questo conviene volgere brevemente l'attenzione, prima di riprendere lo svolgimento del nostro tema.

La dottrina italiana si è per lo più astenuta dal ragionare su questi temi, quando la ricerca comparata avrebbe invece consigliato di prestare attenzione al dibattito tedesco ⁽⁹⁾.

3. DIGRESSIONE SUL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E SULLE SUE ARTICOLAZIONI

Il principio di proporzionalità è criterio di razionalità pratica utile per misurare il grado di comprimibilità di un diritto fondamentale.

Il principio è spesso evocato anche nella giurisprudenza (sia costituzionale, sia di legittimità) e nella dottrina italiane, magari affiancato al criterio di adeguatezza o associato al (se non confuso con il) principio di ragionevolezza (che, in realtà, ha altra origine e diverso contenuto concettuale ⁽¹⁰⁾). Nella nostra letteratura esso non ha tuttavia quella precisione che ritroviamo invece nella paziente (ultradecennale) elaborazione che ne ha fornito la giurisprudenza costituzionale tedesca ⁽¹¹⁾. È essenziale fare i conti con questa versione del principio per comprendere al meglio le conclusioni cui il *BVerfG* perviene nella decisione qui considerata.

Un diritto fondamentale può essere limitato per attuare un interesse pubblico. La situazione di partenza implica sempre un intervento della autorità che, nel perseguire un fine legittimo

⁽⁸⁾ Rare le eccezioni. Una la riscontriamo nell'uso investigativo di quei dati personali particolari contenuti nei tabulati telefonici (art. 132 ss. d.lgs. n. 196 del 2003). Evidentemente ha qui pesato il rilievo che è in gioco anche il diritto alla tutela della segretezza e della corrispondenza (art. 15 Cost.).

Altra eccezione nell'art. 118 c.p.p. che consente al ministro dell'interno (o a un suo delegato) di ottenere copie di atti di un procedimento penale o informazioni scritte sul loro contenuto, anche in deroga al segreto investigativo, limitatamente all'esigenza di prevenire delitti per i quali sia obbligatorio l'arresto in flagranza. Notiamo in questo caso un'applicazione del criterio di proporzione in senso stretto, giustificato per dall'esigenza di tutelare il segreto investigativo (art. 329 c.p.p.), non già il diritto individuale all'autodeterminazione informativa.

⁽⁹⁾ Sia consentito citare, a questo proposito, i rilievi esposti in un precedente e risalente studio: R. ORLANDI, *Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, 1992, p. 85.

⁽¹⁰⁾ Il principio di ragionevolezza è corollario del principio d'eguaglianza (art. 3 Cost. it. e art. 3 Cost. tedesca). Il criterio di proporzionalità, a sua volta, può essere agganciato al principio di eguaglianza, ma ciò che principalmente lo caratterizza è la difesa dell'individuo di fronte agli eccessi del potere legislativo e/o amministrativo: la sua applicazione pratica intende prevenire l'arbitrio dei pubblici poteri, limitando allo stretto indispensabile il sacrificio dei diritti personali.

⁽¹¹⁾ Sulla articolazione strutturale del principio, nonché sulla fortuna ed estensione di relativa elaborazione concettuale ben oltre i confini tedeschi, si veda l'ampio saggio di A. STONE SWEET – J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law* 47, no. 1 (2008), 73-164. Si veda anche G. LÜBBE-WOLFF, *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*, in *Human Rights Law Journal*, 2014, p. 12 ss.

(nel nostro caso, prevenire o reprimere un reato), limita un diritto dell'individuo ⁽¹²⁾. Ciascun diritto fondamentale ha, al proprio centro, un nucleo incomprimibile, che non può essere scalfito: in ciò sta il tratto *invioabile* che le costituzioni contemporanee associano ai diritti fondamentali e che rinvia all'esigenza di tutelare la dignità della persona.

Attorno a quel nucleo inviolabile si suppone l'esistenza di una parte, per così dire, cedevole del diritto individuale, suscettibile di essere compressa o limitata per perseguire quel fine legittimo. Qui entra in gioco il principio di proporzionalità. Più il reato da prevenire o perseguire è grave, più si giustifica la compressione del diritto (per la parte considerata passibile di limitazione). Nel regolare l'uso di mezzi o misure lesive di diritti, il legislatore deve pertanto tener conto sia del tipo di reato da prevenire o reprimere, sia del *quantum* di limitazione del diritto da consentire. L'opera di bilanciamento fra gli interessi (pubblici e individuali) può variare nel tempo, in ragione del diverso apprezzamento (in termini di gravità) che la cultura giuridica del momento tende ad attribuire alle diverse forme di devianza.

Il *test* di proporzionalità consta di tre passaggi, che nella sistematica tedesca corrispondono ad altrettanti sotto-criteri del principio: *idoneità*; *necessarietà* (o *adeguatezza*); *proporzione in senso stretto*.

Idoneità (*Geeignetheit*): la limitazione del diritto dev'essere idonea a perseguire il fine legittimo posto dalla legge (es. la misura cautelare personale si giustifica solo se punta a soddisfare una delle esigenze che la legge considera legittimamente perseguibili alla luce dei principi costituzionali).

Necessarietà (*Erforderlichkeit*): fra più mezzi ugualmente idonei a raggiungere il fine legittimo, va scelto quello che comporta il minor sacrificio derivante dalla limitazione del diritto o, se si preferisce, quello che si imponga come il solo adeguato a perseguire lo scopo (legittimo).

Proporzione in senso stretto (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*): talune limitazioni di diritti considerati di particolare rilevanza sociale (es. libertà personale, libertà di comunicazione e corrispondenza) non si giustificano – benché idonei e adeguati – quando si tratta di perseguire reati considerati poco gravi o quando la pena attesa è di lieve entità. In altre parole, quando la posta in gioco non è elevata può apparire eccessivo imporre misure processuali che sacrificano taluni diritti individuali. Il legislatore ha diversi modi per segnalare le situazioni di "gravità criminosa" rilevanti ai fini di questo calcolo proporzionale: può far generico riferimento ai beni da tutelare (vita, incolumità, libertà individuale, ordine democratico), o ancora alle singole fattispecie incriminatrici poste a tutela di quei beni, o, infine, può prendere a riferimento i limiti edittali di pena, intesi come indici di maggior o minor gravità di reati ancora una volta considerati per il bene giuridico tutelato (sul presupposto tacito che più grave è la sanzione minacciata, più elevato è il valore del bene da tutelare e più si giustifica la compressione del diritto individuale) ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Il principio ha origini ottocentesche: viene teorizzato nel diritto di polizia dello Stato prussiano per essere poi adattato ai rapporti fra cittadino e autorità nel diritto amministrativo del neonato Reich germanico. Il *Bundesverfassungsgericht* ne fa un caposaldo della giurisprudenza sui diritti fondamentali già a partire dalla metà degli anni Cinquanta del secolo scorso.

Un breve e suggestivo quadro sulle radici storiche e sulla evoluzione del principio è offerto da U. J. SCHRÖDER, *Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, in <https://ulrichjanschroeder.files.wordpress.com/2017/10/grundsatz-der-verhaeltnismaessigkeit.pdf>.

⁽¹³⁾ Sulle tre componenti del principio di proporzionalità sono impiegate alcune disposizioni presenti anche nel nostro codice di procedura penale. L'esempio più chiaro è offerto dall'art. 275 che enuncia il criterio di idoneità nel 1°

Orbene, il diritto alla autodeterminazione informativa ha lo statuto di diritto fondamentale e, pertanto, ogni sua limitazione dev'essere oggetto di previsione legislativa, nel rispetto del principio di proporzionalità, considerato in ciascuna delle sue tre componenti.

4. L'ANTECEDENTE

Come già anticipato, il diritto all'autodeterminazione informativa non è esplicitamente affermato in alcuno degli articoli del *Grundgesetz*. Esso è stato messo a punto dal *Bundesverfassungsgericht* in una seminale sentenza risalente a 40 anni fa ⁽¹⁴⁾.

L'occasione fu data dalla legge sul censimento emanata in Germania all'inizio del 1983. Fu impugnata davanti al *BVerfG* la parte di quella legge che ammetteva l'acquisizione di dati personali, con la generica indicazione dei fini (statistici, di pianificazione economica e territoriale), lasciando aperta la possibilità di far circolare quegli stessi dati all'interno dell'apparato amministrativo e – conviene qui aggiungere – di polizia.

La comparsa – all'epoca – di *personal computer* che permettevano di raccogliere, elaborare, trasmettere e incrociare in pochi secondi quantità di dati ingestibili con i tradizionali sistemi manuali aveva profondamente cambiato il quadro della situazione. Il *BVerfG* rileva in quella sentenza che l'individuo non può vivere nell'incertezza circa l'uso che una qualsiasi autorità pubblica può fare di dati che lo riguardano, senza sentirsi intimamente turbato nello sviluppo della propria personalità. E siccome l'art. 2 del *Grundgesetz* tutela, per l'appunto, il libero sviluppo della personalità individuale come espressione della dignità umana (art. 1 *Grundgesetz*), si ravvisa un contrasto con le norme impuginate, in quanto ammettono l'uso di dati sensibili anche per finalità non esplicitate nella legge e ignote all'interessato.

Lì dove libero sviluppo della personalità e dignità umana subiscono una compressione, anche lieve – questo *arrière-pensée* sotteso alla sentenza del 1983 – c'è un diritto fonamen-

comma, quello di necessità nel 3° comma e quello di proporzione in senso stretto nel comma 2° oltre che nell'art. 280. A ben vedere, lo stesso vale per la normativa sulle intercettazioni di comunicazioni: il criterio di idoneità è espresso nella finalità di "proseguire le indagini" (art. 267 comma 1); il criterio di necessità trova riscontro nella "assoluta indispensabilità" della quale parla lo stesso art. 267 comma 1 (dal che si ricava che se quel fine potesse essere raggiunto con un mezzo meno invasivo del diritto alla segretezza e comunicazione della corrispondenza, ad esempio, con l'acquisizione di una testimonianza c di un documento, non si giustificerebbe il ricorso alla intercettazione); infine, il criterio di proporzione in senso stretto trova espressione nell'elenco di reati stilata nell'art. 266.

L'attuazione legislativa del criterio di proporzione in senso stretto è all'origine della tendenza, visibile in numerosi ordinamenti processuali contemporanei, a calibrare l'uso di mezzi coercitivi o limitativi di diritti individuali al perseguimento di determinati tipi di reato. Nella letteratura italiana si parla di "doppio binario processuale" per spiegare (spesso in termini critici) l'esistenza di regole particolarmente afflittive sul terreno delle misure privative di libertà individuali, giustificate dalla asserita necessità di prevenire o reprimere con maggior efficacia reati gravi quali l'associazione mafiosa o il terrorismo. In realtà il fenomeno è assai più ampio e tocca molti altri reati. L'inclusione nel codice di procedura penale di frequenti riferimenti a fattispecie incriminatrici si rende necessario per attuare al meglio il principio di proporzionalità in quella sua terza componente della proporzione in senso stretto. È un fenomeno generalizzato. Riguarda anche ordinamenti processuali, come quello tedesco o francese. Ed è fenomeno relativamente recente. Per rendersene conto basta confrontare la versione originaria del nostro codice di procedura penale del 1930 con l'attuale. Nel codice del 1930 erano rarissimi i rinvii a singole fattispecie incriminatrici (es. casi di mandato di cattura obbligatorio - art. 253). Più frequente il riferimento a limiti edittali di pena (es. in tema di individuazione della competenza - artt. 29 ss.; in tema di arresto obbligatorio/facoltativo in flagranza - art. 235; in tema di procedimento per decreto - art. 506). Il codice attuale abbonda invece di disposizioni che assumono a premessa della propria applicabilità il perseguimento di reati determinati, spesso con esplicito richiamo a singole fattispecie incriminatrici. Possiamo dire di essere di fronte all'attuazione del criterio di proporzione in senso stretto tutte le volte che il richiamo alla fattispecie incriminatrice è fatto per giustificare l'uso di un mezzo limitativo di libertà.

⁽¹⁴⁾ La sentenza, subito battezzata "del censimento" (*Volkszählungsurteil*), risale al 15 dicembre 1983.

tale da tutelare. E, siccome questo diritto non è riconducibile ad alcuno dei classici diritti di libertà (personale, domiciliare, di corrispondenza) occorre trovargli un nome. Nasce in questo modo il *diritto fondamentale alla autodeterminazione informativa* ⁽¹⁵⁾.

Trattandosi di un diritto fondamentale, la sua limitazione può avvenire solo per atto legislativo, sotto il controllo di un'autorità che assicuri il rispetto di quanto la legge prevede. Non solo. La legge deve ispirarsi al principio di proporzionalità, nella triplice componente (idoneità, necessità, proporzione in senso stretto) dei quali si è brevemente dato conto e all'epoca già elaborati e raffinati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca.

Nel caso della legge sul censimento, non c'è dubbio che l'autorità pubblica possa pretendere dal cittadino una collaborazione "informativa". L'interesse pubblico è evidente: pianificare politiche sociali ed economiche, tenendo conto delle caratteristiche della popolazione, della sua distribuzione sul territorio, delle attività economiche, della situazione edilizia etc. L'interesse individuale va tutelato rendendo il cittadino consapevole dei fini che saranno perseguiti con l'uso dei dati che da lui si pretendono per attuare quel (legittimo) interesse pubblico. Ne deriva la illegittimità di qualsiasi uso non previamente programmato del dato personale e reso conoscibile al privato cittadino.

La legge sul censimento del 1983 fu infatti dichiarata illegittima e annullata perché alcune sue disposizioni permettevano di trasmettere (far circolare) fra le pubbliche autorità dati sensibili, di fatto utilizzabili per finalità diverse da quelle che ne avevano occasionato la raccolta.

Tale dichiarazione di illegittimità ebbe un effetto immediato anche sul piano processuale penale, soprattutto con riguardo all'attività di polizia. Da quel momento, la raccolta, ricezione, archiviazione, elaborazione dei dati personali a fini investigativi è ammessa solo sulla scorta di norme che la legittimano ⁽¹⁶⁾. Non è vietata, ma va regolata.

5. IL PRINCIPIO DI AUTODETERMINAZIONE INFORMATIVA NELL'ERA DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

La sentenza del febbraio 2023 è in rapporto di continuità con quella sul censimento pubblicata quarant'anni prima. Muove dalla necessità di tutelare lo stesso diritto fondamentale, ancora una volta individuato nel principio di "autodeterminazione informativa".

Ciò che nel frattempo è cambiato è la quantità di dati disponibili per operazioni investigative e, soprattutto, la possibilità di estrapolare da quei dati informazioni guidate da *software* capaci di andare ben al di là della semplice verifica di corrispondenze fra *items* archiviati.

La possibilità di effettuare tale verifica in pochi secondi su grandi quantità di dati aveva

⁽¹⁵⁾ Questo diritto, affermato per la prima volta in termini normativi dalla sentenza del *BVerfG* sul censimento, era stato in verità già formulato in dottrina in un lungimirante studio condotto all'inizio degli anni '70 del secolo scorso da un gruppo di ricerca coordinato da WILHELM STEINMÜLLER, su incarico del governo federale tedesco (ministro dell'interno): *Grundfragen des Datenschutzes. Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern*, interamente consultabile in <https://dserver.bundestag.de/btd/06/038/0603826.pdf>.

L'espressione *informationelles Selbstbestimmungsrecht* (autodeterminazione informativa) compare lì per la prima volta, così come la tesi che aggancia questo diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2 comma 1 *Grundgesetz*), associato alla tutela della dignità umana (art. 1 comma 1 *Grundgesetz*).

⁽¹⁶⁾ Si è già fatto l'esempio (*supra* nota 7) dei pedinamenti (anche satellitari), regolati nel § 100h *Strafprozessordnung*. La raccolta di dati personali da altre pubbliche autorità per finalità repressive è oggetto di un apposito libro (l'8°) della *Strafprozessordnung*.

giustificato la presa di posizione del 1983, concretatasi – come detto – nel conio di un nuovo diritto fondamentale della persona.

Il salto tecnologico verso i sistemi di auto-apprendimento (*machine learning*) impone un aggiornamento delle regole poste a tutela di quello stesso diritto. I *software* ora disponibili consentono di sintetizzare “nuovo sapere”: permettono di estrapolare dalle memorie elettroniche dettagli e informazioni personali, con combinazioni simili a quelle del ragionamento umano e secondo programmi dal funzionamento spesso imperscrutabile.

Una nuova realtà viene quindi affrontata dal Tribunale costituzionale facendo leva su categorie giuridiche già note: tutela del diritto all'autodeterminazione informativa nel rispetto del principio di proporzionalità.

Nessun dubbio che il fine perseguito dalle leggi impugnate (raccogliere dati personali per un efficace azione preventiva di reati di medio-alta gravità come previsto nelle due leggi impugnate) risponda a un interesse pubblico, così come accadeva per il fine legittimamente perseguito dalla normativa del 1983 sul censimento.

Nessun dubbio nemmeno che la raccolta di dati sia *idonea* e la sola *adeguata* al raggiungimento dello scopo. Un problema difficile e delicato si pone invece con riguardo alla terza componente del principio di proporzionalità: il *criterio di proporzione in senso stretto*.

In base a detto criterio, ripetiamolo, dev'esserci proporzione fra l'importanza del fine perseguito da un lato e il grado di compressione del diritto individuale dall'altro. Più è grave e serio il delitto da prevenire (o reprimere) più si giustifica una compressione del diritto individuale. Alla luce di questo criterio, le due leggi impugnate non garantiscono a sufficienza il diritto all'autodeterminazione informativa e sono pertanto da considerare illegittime.

Correlare gravità del reato e gravità di intrusione del diritto individuale qui considerato sembra operazione semplice. In realtà, quando si tratta di tutelare l'uso di dati personali in mano pubblica, affiorano sfumature e differenze che rendono assai complicata l'opera di correlazione (richiesta – val la pena ripeterlo – dal criterio di proporzione in senso stretto).

Rilevano, al riguardo, tre concetti-chiave sui quali la sentenza si regge: il *grado di invadenza dell'operazione* investigativa ⁽¹⁷⁾; il *motivo che giustifica l'operazione* ⁽¹⁸⁾; la necessità che la proporzione sia fissata dalla legge, nonché soggetta a un *controllo* (giudiziale o comunque di autorità indipendente) che assicuri il rispetto della norma legale.

In fatto di dati a disposizione della polizia, il *grado di invadenza* varia da un *minimo* rappresentato, ad esempio, dalle informazioni su luoghi o cose ⁽¹⁹⁾ la cui ricognizione appare utile all'attività preventiva, a un *massimo* rappresentato da conversazioni interpersonali tratte da intercettazioni ambientali o perquisizioni *on-line* effettuate con captatori informatici ⁽²⁰⁾. Fra questi due poli si trovano gradi intermedi di invadenza che la legge deve saper raggruppare e rendere esperibili nella pratica poliziesca per prevenire (o reprimere) reati di gravità proporzionata al sacrificio imposto.

⁽¹⁷⁾ La Corte tedesca lo chiama *Eingriffsgewicht*, letteralmente, il peso dell'intervento (poliziesco)

⁽¹⁸⁾ Nella sentenza si parla di *Eingriffsschwelle* (soglia d'intervento) o, in alternativa, di *Eingriffsanlass* (motivo dell'intervento).

⁽¹⁹⁾ Numero a margine 97.

⁽²⁰⁾ Numero margine 81. Le conversazioni intercettate – detto per inciso – comprimono anche diritti diversi dall'autodeterminazione informativa, ma qui esse vengono in considerazione come dati personali archiviati nelle memorie elettroniche e in quanto tali entrano nelle argomentazioni del *BVerfG*.

Il Tribunale costituzionale tedesco enumera con generosa, abbondante esemplificazione questi tipi di invadenza: rilevano, al riguardo, la circostanza che il dato personale sia abbinato a valutazioni fattuali ⁽²¹⁾ o ne sia scervo; che provenga da altre pubbliche autorità oppure dal *web* o dai *social media* ⁽²²⁾; che il dato sia conservato per un periodo più o meno lungo nei data-base a disposizione dell'autorità pubblica ⁽²³⁾; che sia controllato da un numero più o meno elevato di persone addette alla gestione dal data-base ⁽²⁴⁾; che se ne possa assicurare la segretezza finché permane negli archivi elettronici; che appartenga o meno alla specie dei dati biometrici ⁽²⁵⁾.

Il criterio di proporzione in senso stretto esige che si tenga conto di queste differenze e che le operazioni di polizia condotte sui dati personali siano ragionevolmente diversificate in ragione dei delitti da prevenire (e relativi beni da tutelare).

Ogni nuovo uso di dati personali già acquisiti, elaborati, analizzati per altro precedente scopo, realizza, a rigore, una nuova compressione del diritto individuale. Ciò non implica, peraltro, che si esiga un nuovo provvedimento acquisitivo o una nuova autorizzazione. La giurisprudenza (anche costituzionale) ritiene che i dati acquisiti ed elaborati in vista di una determinata operazione possano essere utilizzati per altre future operazioni, purché il reato da prevenire rientri nella classe di quelli che hanno giustificato la precedente operazione investigativa. Ciò significa che, una volta "incamerato" dalla polizia, il dato personale non si presta ad essere, per così dire, "riciclato" indefinitamente in vista di altri usi, volti a prevenire (o perseguire) reati di minor gravità, che non avrebbero consentito, in prima battuta, analizzare o elaborare quel dato ⁽²⁶⁾.

Anche i *motivi dell'operazione* che abbia ad oggetto l'analisi ed elaborazione poliziesca di dati vanno commisurati alla gravità del pericolo da prevenire. Si esige che il pericolo da contrastare sia concreto, non essendo sufficienti formule di stile supportate da generici assunti criminologici. L'operazione investigativa va motivata con il riferimento a verificabili situazioni di fatto che lascino supporre la probabile commissione di reati lesivi dei beni da proteggere (sicurezza pubblica, incolumità e libertà personale, cose di particolare valore) ⁽²⁷⁾.

La motivazione può essere meno accurata se la norma che autorizza l'analisi ed elaborazione dei dati fosse formulata in termini tanto chiari e determinati da lasciar poco spazio all'arbitrio poliziesco ⁽²⁸⁾. Il grado di invasività delle operazioni sui dati si riduce a misura che la legge impone condizioni e metodi restrittivi, da rispettare per non incorrere in errate conclusioni o nel coinvolgimento di persone estranee agli scopi per i quali la misura stessa è stata autorizzata ⁽²⁹⁾.

La legge può intervenire in molti modi per guidare l'opera della polizia: ad esempio, stabilendo in anticipo "stringhe di ricerca" o divieti di usare il *software* per la creazione di

⁽²¹⁾ Numero a margine 98.

⁽²²⁾ Numero a margine 79.

⁽²³⁾ Numero a margine 85.

⁽²⁴⁾ Numero a margine 89.

⁽²⁵⁾ Numero a margine 87.

⁽²⁶⁾ Sul delicato problema del futuribile uso di dati personali nell'attività di polizia richiama l'attenzione M. LÖFFELMANN, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an automatisierte Datenanalysen durch Sicherheitsbehörden*, in *Juristische Rundschau* 2023, p. 13.

⁽²⁷⁾ Numero a margine 170.

⁽²⁸⁾ Numero a margine 110.

⁽²⁹⁾ Numero a margine 120.

profili criminali orientate a tipologie di autore (*predictive policing*) o, ancora, imponendo accorgimenti atti a impedire l'uso discriminatorio dei dati.

L'assenza di limiti legalmente prestabiliti del tipo appena esemplificato rischia di ledere a tal punto il diritto all'autodeterminazione informativa, da rendere l'operazione incompatibile con i parametri costituzionali. Per questo, l'uso libero e incondizionato del *machine learning* nel trattare, elaborare, analizzare i dati personali per finalità di polizia è assolutamente vietato⁽³⁰⁾.

Le due leggi impugnate, non ponevano questi limiti: di qui l'ulteriore motivo di incostituzionalità.

In stretto collegamento con quanto appena osservato si presenta il punto riguardante la doverosa previsione normativa delle modalità di trattamento, elaborazione, analisi dei dati a fini preventivi. Essendo in gioco un diritto fondamentale, la sua limitazione va regolata, in via generale e astratta, dalla legge (riserva di legge⁽³¹⁾) e sorvegliata con adeguati controlli giudiziari o di autorità indipendenti (garanti regionali o federali dei dati personali)⁽³²⁾: controlli che, per essere effettivi, esigono una scrupolosa attività di documentazione delle operazioni poliziesche di trattamento, analisi, elaborazione dei dati. Anche perché tali operazioni avvengono di regola all'insaputa degli interessati, sicché il solo modo per controllare se la polizia si sia condotta correttamente è di valutarne *ex post* l'operato, sulla base di quanto scritto nella relazione di servizio⁽³³⁾.

6. IL COMPITO (ARDUO) DEL LEGISLATORE

Conviene soffermarsi brevemente sul compito che spetterà al legislatore tedesco nei prossimi mesi, perché anche da questa angolazione possono scaturire indicazioni utili per il giurista italiano.

Come accennato, le due leggi impugnate dovranno essere modificate entro il 30 settembre 2023. Le meticolose indicazioni e i numerosi esempi forniti dal *BVerfG* serviranno da segnavia. Certamente il legislatore sarà libero di orientare le proprie scelte ai valori che ritiene prevalenti⁽³⁴⁾.

Non si potrà comunque prescindere da una accorta attuazione del principio di proporzionalità, secondo gli insegnamenti del Tribunale costituzionale. Grado di invasività dell'operazione sui dati, soglia indiziaria (motivi) dell'intervento e metodi nell'uso del software vanno calibrati secondo la gravità del (concreto) pericolo da fronteggiare.

Il *BVerfG* si rende conto che la materia da disciplinare è soggetta alle incessanti, progressive evoluzioni della tecnica. Per questo ammette che i legislatori possano farsi assistere in queste circostanze dalle amministrazioni interessate (principalmente ministeri degli interni e della giustizia) per regolare nel dettaglio aspetti tecnici, metodologici e organizzativi che esigono aggiornamenti frequenti. Essenziale è che questa normazione secondaria si esprima in regole generali e astratte, rese di pubblico dominio e in sintonia con le scelte politiche effettuate dal legislatore primario, tenuto a delineare la cornice normativa di riferimento.

⁽³⁰⁾ Numero a margine 121, già evocato nell'apertura del presente scritto.

⁽³¹⁾ Richiamata ripetutamente: v. numeri a margine 71, 110, 112, 119.

⁽³²⁾ Anche questi richiamati più volte: v. numeri a margine 71, 90, 109, 103, 111.

⁽³³⁾ Numero a margine 113.

⁽³⁴⁾ Alla discrezionalità legislativa fanno richiamo, in particolare, i numeri a margine 112 e 113.

Un compito davvero arduo, che i legislatori chiamati in causa ⁽³⁵⁾ debbono assolvere in un periodo relativamente breve: sette mesi e mezzo, calcolando il decorso dal giorno di pubblicazione della sentenza qui considerata (16 febbraio 2023).

Si è a tal proposito osservato che il compito di un tribunale costituzionale è diverso (e, a ben vedere, meno impegnativo) di quello che spetta al legislatore. I giudici, nell'affrontare i problemi di costituzionalità delle leggi, pongono le premesse per soluzioni elaborate sul filo della razionalità giuridica. Possono essere soggetti a pressioni ambientali (gruppi di interesse, forze politiche, potentati economici), considerate tuttavia come anomale, se non convogliate in appositi canali istituzionali (*amici curiae*, esperti etc.). Diversamente, il legislatore di un ordinamento democratico opera per definizione in un contesto conflittuale, dove le pressioni lobbistiche, le differenti impostazioni ideali e gli interessi elettoralistici sono la regola: egli finisce così col tradurre in norme positive soluzioni spesso compromissorie, non sempre in linea con le forme squadrate del ragionamento giuridico.

Il tempo assegnato dal *BVerfG* (si ripete, 7 mesi e mezzo) per sistemare le due leggi illegittime può pertanto apparire insufficiente ⁽³⁶⁾. Ma, anche se il tempo a disposizione fosse stato più ampio, la regolamentazione normativa dell'uso poliziesco di dati personali (nelle condizioni rese già oggi possibili dall'intelligenza artificiale) avrebbe rappresentato una sfida di inedita difficoltà.

È altamente probabile che l'adempimento legislativo richiesto per il 30 settembre 2023 sia solo il primo passo di una riforma destinata ad essere progressivamente aggiornata, in ragione degli avanzamenti tecnologici che sconvolgono e ricombinano pressoché quotidianamente il mondo delle informazioni e il traffico di dati sensibili.

7. RILIEVI CONCLUSIVI

Le note dei paragrafi precedenti – pur riferite a un ordinamento straniero – permettono di trarre conclusioni di sicuro interesse anche per il giurista italiano.

Il lato (per noi) interessante della sentenza *BVerfG* 16 febbraio 2023 sta nel rigore giuridico col quale il tema dell'uso poliziesco dell'intelligenza artificiale viene trattato. Siamo abituati a veder commentate le questioni che ruotano attorno al progressivo evolversi delle tecnologie informatiche come espressione di una realtà distopica, fatta di biometrie, *criminal profiling* gestiti da sistemi algoritmici, insondabili incroci di dati che producono quasi magicamente esiti investigativi. Appartiene a questa genere bibliografico la letteratura sull'argomento proveniente dagli USA, con il citatissimo caso *State of Wisconsin v. Eric L. Loomis*, e buona parte della dottrina italiana che su quella esperienza si è sviluppata.

Il tribunale costituzionale tedesco ha invece il merito di guardare a questa realtà attraverso le categorie giuridiche elaborate per testare il grado di comprimibilità dei diritti fondamentali della persona. Un modo, possiamo dire, europeo (o euro-continentale) di tematizzare l'arduo problema. Usa concetti che non ci suonano estranei e che possono essere facilmente assimilati nella cultura giuridica eurocontinentale.

⁽³⁵⁾ Principalmente quelli dei due *Länder* direttamente coinvolti nell'incidente di costituzionalità, ma non solo; la sentenza contiene indicazioni valide anche per i legislatori di tutti gli altri *Länder* (in relazione alle rispettive leggi di polizia), nonché per il legislatore federale, con riguardo al *Bundespolizeigesetz*. Non sono nemmeno da escludere ripercussioni sull'ordinamento processuale penale (*Strafprozessordnung*), nella parte dedicata al trattamento e alla trasmissione dei dati personali.

⁽³⁶⁾ Così, LÖFFELMANN, *Verfassungsrechtliche Anforderungen*, cit., p. 15.

È in gioco il diritto all'autodeterminazione informativa (già messo a punto nella sentenza del 1983 sul censimento): un diritto fondamentale che può essere compresso e parzialmente sacrificato per affermare l'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati. Riserva di legge e rispetto del principio di proporzionalità sono condizioni irrinunciabili per assicurare la legittimità costituzionale della limitazione di questo come di altri diritti fondamentali della persona. Ciò implica – a mo' di corollario – l'allestimento di controlli (giudiziari o di autorità indipendenti) sul rispetto delle modalità legittime di trattamento, analisi ed elaborazione dei dati personali. La categorica esclusione del *machine learning* poggia proprio sulla constatata impossibilità di effettuare il controllo sulle modalità procedurali di quel trattamento, di quell'analisi.

Gli argomenti spesi dal *BVerfG* sono calibrati sulla realtà giuridica tedesca, ma, nelle parti in cui quegli argomenti toccano diritti fondamentali della persona, riserva di legge, tutela della dignità umana, principio di proporzionalità sono facilmente (e utilmente) esportabili in ordinamenti demo-costituzionali che per la tutela di quei diritti apprestano garanzie non dissimili da quelle tedesche. Fra questi ordinamenti rientra senza dubbio quello italiano.

La valorizzazione nella nostra cultura giuridica dei principali spunti offerti dal *BVerfG* può risultare difficoltosa – a mio avviso – per la persistenza di due ostacoli, entrambi facilmente superabili sul piano dottrinale.

Il primo concerne il riconoscimento come fondamentale del diritto all'autodeterminazione informativa, che – lo si è ripetutamente anticipato – il *BVerfG* ha ricavato dal principio costituzionale che impone allo Stato di favorire il libero sviluppo dell'individuo (art. 2 *Grundgesetz*) come espressione della dignità umana (art. 1 *Grundgesetz*). In Italia, un simile diritto non ha avuto (fino ad ora) analogo riconoscimento, forse perché nella nostra Costituzione manca un'esplicita menzione di questo diritto. Anche ammesso che la nostra Corte costituzionale sia meno libera del Tribunale costituzionale tedesco nel forgiare nuovi diritti, ricavandoli dai super-principi presenti nella carta fondamentale⁽³⁷⁾, non bisogna dimenticare che il diritto in questione trova spazio in altre fonti sovra-legali, considerate dello stesso rango della nostra costituzione per il nostro diritto interno⁽³⁸⁾. Se il diritto all'autodeterminazione informativa non è annoverabile fra i diritti fondamentali della persona, la sua limitazione può avvenire senza scomodare la riserva di legge e l'associata riserva di giurisdizione (in funzione di controllo delle previsioni legali)⁽³⁹⁾. Di questo occorre essere consapevoli.

Il secondo ostacolo è rappresentato dall'uso approssimativo e, a ben vedere, poco efficace che la cultura giuridica italiana è incline a fare del principio di proporzionalità.

Nella cultura tedesca, il *test* di proporzionalità implica un controllo scrupoloso sui limiti entro i quali il diritto individuale può essere compresso, sotto il triplice profilo della *idoneità*, *adeguatezza* (o *necessarietà*) e *proporzione in senso stretto*. Non è detto che questo sia il solo modo di intendere il principio in questione. Certamente è quello che, dal punto della razionalità giuridica, dà i risultati più convincenti quando si tratta di misurare la comprimibilità di un diritto individuale per l'affermazione di un interesse pubblico.

⁽³⁷⁾ L'estrapolazione di un diritto fondamentale (simile a quella effettuata dal *BVerfG* nella sentenza sul censimento del 1983) poteva essere fatta anche dalla nostra Corte costituzionale, traendo il diritto all'autodeterminazione informativa dall'art. 2 Cost. che tutela di "diritti inviolabili della persona" senza darne una elencazione tassativa.

⁽³⁸⁾ Si allude ai già citati art. 8 CEDU e agli artt. 7-8 della Carta fondamentale dei diritti UE.

⁽³⁹⁾ Salva l'eccezione riguardante l'uso dei dati personali presenti nei tabulati telefonici di cui si è già dato conto *supra* nota 6.

Del principio in questione si serve (si dovrebbe servire), in primo luogo, il legislatore nel disciplinare le misure o le operazioni limitative di diritti fondamentali ⁽⁴⁰⁾. Se ne serve (se ne dovrebbe servire) poi la Corte costituzionale, quando fosse tenuta a scrutinare la conformità con la costituzione della mancata o insufficiente regolamentazione normativa di tali misure od operazioni ⁽⁴¹⁾.

Anche in Italia, le banche-dati oggi a disposizione della polizia, costituiscono una rete di formidabile ampiezza, il cui uso investigativo per finalità sia preventive sia repressive non è praticamente regolato o è disciplinato in modo frammentario e insufficiente, considerati i valori in gioco. Tali banche-dati coprono tutte le informazioni personali in possesso dei più disparati settori della pubblica amministrazione e quelle in uso presso gli uffici giudiziari e le organizzazioni di polizia: esclusi, si direbbe, isolati insieme settoriali, quali, ad esempio, i dati personali in possesso dei servizi di sicurezza, la cui raccolta e il cui trattamento sono “finalizzati esclusivamente al perseguimento degli scopi istituzionali del sistema di informazione e sicurezza” ⁽⁴²⁾. Coprono altresì l’insieme dei dati reperibili sul web, spontaneamente offerti di chi frequenta i *social media*.

Una riserva di dati sterminata, quotidianamente alimentata, che agevola l’azione di polizia sul piano sia preventivo, sia repressivo.

Una rete di informazioni che, abilmente intrecciate ed elaborate tramite *software* algoritmici, può, tra l’altro propiziare ricerche e “scoperte” di notizie di reato capaci di orientare, di fatto, l’attività giudiziaria. Ne può derivare uno marcato spostamento dell’intervento penale verso l’attività di polizia e, in definitiva, verso l’esecutivo che della polizia è il vertice politico, con comprensibili ripercussioni sui rapporti fra polizia e autorità giudiziaria. Si intuisce, sullo sfondo, il profilarsi di un problema politico istituzionale di prima grandezza: quello della effettiva dipendenza della polizia (giudiziaria) dall’autorità giudiziaria (art. 109 Cost.).

Nella letteratura processualpenalistica si è a lungo criticato e denunciato l’eccessivo peso dell’indagine preliminare sul giudizio. Il futuro (che è già presente) sembra porre il problema di una inedita invadenza dell’attività di polizia nella ricerca, formazione, scoperta di quel momento genetico dell’accertamento penale rappresentato dalla notizia di reato.

Siamo ancora ingenuamente portati a pensare che le notizie di reato vengano dal “mondo dei fatti”. La realtà che stiamo vivendo dimostra che esse sempre più nascono dal “mondo dei dati”.

La sentenza tedesca del febbraio 2023 fornisce utili linee-guida per evitare una possibile deriva poliziesca dell’intervento penale.

⁽⁴⁰⁾ Ciò che, (come già riferito *supra*, nota 12), accade, esemplarmente, con l’art. 275 del nostro codice di rito penale.

⁽⁴¹⁾ Ne abbiamo una serie di esempi – per stare al tema delle misure cautelari personali – nelle numerose sentenze che dichiararono illegittimo il comma 3 dell’art. 275, nella versione novellata dal d.l. n. 11 del 2009, convertito con l. n. 38 del 2009. Nella prima di questa nutrita serie di sentenze (la n. 110 del 2012) il principio di proporzionalità e adeguatezza è evocato con quella modalità generica e apodittica che siamo abituati a veder praticata dai giudici sia costituzionali sia di legittimità. Nessuna traccia dell’acribica, quasi ossessiva, cura analitica che invece caratterizza l’uso del test di proporzionalità nella giurisprudenza tedesca. Conviene ribadirlo: non è detto che la “lettura tedesca del principio” sia la migliore: ma per affermare questo occorre quanto meno sforzarsi di migliorarla. Compito difficile, visto che la giurisprudenza tedesca (coadiuvata dalla dottrina) lavora da decenni per affinarne l’uso proprio sul terreno dei diritti fondamentali.

⁽⁴²⁾ Art. 26 comma 1 l. n. 124 del 2007: l’“esclusivamente” citato nel testo lascia supporre un divieto probatorio in ambito penale. Difficile, tuttavia, anche per l’assenza di efficaci controlli al riguardo, che il divieto si spinga al punto da ostacolare l’uso di tali informazioni – adeguatamente analizzate e trattate dai servizi di sicurezza – come notizie di reato per avviare indagini penali.

