

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA**

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO E PROCESSO PENALE
XVIII CICLO

***LA DIGNITÀ UMANA COME LIMITE
ALL'ACQUISIZIONE DI PROVE PENALI***

Candidata:

MARINA P. ADDIS

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. GIULIO ILLUMINATI

Relatore:

Chiar.mo Prof. RENZO ORLANDI

ANNO ACCADEMICO 2006-2007

INDICE

Premessa	p. 1
----------	------

CAPITOLO PRIMO **LA DIGNITÀ UMANA COME LIMITE ALL'INVADENZA DEL POTERE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE TEDESCO**

1. L'autorità del Tribunale costituzionale federale tedesco in materia di diritti fondamentali	3
2. L'art. 1 del <i>Grundgesetz</i> e la dichiarazione di intangibilità della dignità umana	7
3. La dignità come limite ultimo di comprimibilità dei diritti fondamentali	15
4. Segue: nel processo penale	26
5. La sentenza <i>BVerfG</i> del 3.3.2004 in tema di intercettazioni nel domicilio	39

CAPITOLO SECONDO **DIGNITÀ UMANA E DIRITTI FONDAMENTALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE**

1. La dignità umana nelle decisioni della Corte Costituzionale	57
2. Segue: le decisioni in materia di contenuto minimo dei diritti Inviolabili, in tema di tutela della vita privata e di rispetto del pudore sessuale	63
3. Corte costituzionale, bilanciamento e limiti alla compressione dei diritti fondamentali	71

CAPITOLO TERZO **DIGNITÀ UMANA, INVIOLABILITÀ DEL DOMICILIO E CAPTAZIONE DI IMMAGINI A FINI PENALI**

1. Giurisprudenza di legittimità e videoregistrazioni nel domicilio	76
2. La sentenza Cass. Sez. Un. 28 luglio 2006, Prisco: riflessioni e proposte alla luce della decisione <i>BVerfG</i> 3.3.2004.	81

<i>Bibliografia</i>	88
---------------------	----

PREMESSA

Le moderne Carte dei diritti nazionali e internazionali esprimono tutte, in maniera più o meno esplicita, un modello di tutela antropocentrico, un sistema in cui l'uomo è soggetto e polo accentratore di diritti e libertà, affinché possa affermarsi il suo superiore valore, la sua dignità di uomo in quanto tale. E' affermazione frequente che questo valga anche con riguardo alla nostra Carta Costituzionale. E il processo penale è strettamente legato al diritto costituzionale: è infatti innegabile la diretta derivazione del primo dal secondo, la realtà - e necessità - di un sistema processuale che, nel disciplinare i limiti del potere di accertamento dei reati, non tradisca, e anzi faccia luce sulla Carta costituzionale così da metterne in evidenza il volto orientato alla tutela e allo sviluppo della persona.

Eppure la riflessione sulla dignità umana nel nostro Paese è, anche tra i costituzionalisti, relegata all'interesse di pochi; la stessa Corte Costituzionale, pur richiamando spesso il concetto, e pur riconoscendogli valore supremo del nostro ordinamento costituzionale, si è fino ad oggi astenuta dal riflettere propriamente su di esso. Questo spiega perché sia tanto raro anche tra i commentatori del nostro processo penale, e nella stessa giurisprudenza penale, trovare riferimenti alla dignità umana che non si risolvano in un mero richiamo al potere evocativo del concetto.

Non è così nella Repubblica Federale Tedesca. Lì la lunga dittatura nazista ha indirettamente prodotto, dopo l'orrore della totale negazione dei diritti fondamentali, anche un buon frutto: è in reazione a quella tragica esperienza, infatti, che i costituenti tedeschi hanno voluto consacrare, nel primo articolo della Legge Fondamentale di Bonn del 1947, l'intangibilità della dignità umana. Ed è grazie a tale solenne consacrazione che in quel Paese il valore della dignità non ha mai cessato di costituire oggetto di una riflessione approfondita da parte della giurisprudenza e della dottrina costituzionale, con forti e interessanti ripercussioni anche sul processo penale (oltre che su ogni altro ambito del diritto).

Per questa ragione il presente lavoro si propone, in primo luogo, un'analisi della riflessione costituzionale tedesca sul rispetto della dignità umana. L'intento è quello di fornire un contributo per un approccio alla tematica probatoria penale che tenga conto dell'esigenza di tutela di questo fondamentale valore costituzionale (non prima, però, di aver verificato se e in quale misura esso sia veramente affermato e garantito anche nella nostra Carta Costituzionale), in un'epoca in cui la tutela assoluta dei fondamentali diritti della persona viene talora messa in discussione, proprio sul versante della repressione penale, per far fronte a nuove forme di criminalità organizzata, come quella del terrorismo internazionale.

La ricerca si svilupperà, in particolare, attraverso l'analisi di due sentenze in tema di nuovi strumenti investigativi e libertà di domicilio: da un lato, la pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco risalente al marzo 2004,

in materia di intercettazioni di conversazioni nel domicilio (di cui si darà conto nel capitolo I), dall'altro lato, la decisione emessa nel luglio 2006 dalla Cassazione italiana a sezioni unite, in tema di limiti all'uso probatorio di videoregistrazioni effettuate nel camerino di un club *privé* (che verrà esaminata nel corso del capitolo III). Si tenterà, a conclusione del lavoro, di mettere a confronto le due pronunce, molto simili quanto a *res iudicanda*, ma profondamente distanti per sensibilità culturale e soluzioni prospettate.

CAPITOLO PRIMO

LA DIGNITÀ UMANA COME LIMITE ALL'INVADENZA DEL POTERE PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE TEDESCO

SOMMARIO: 1. L'autorità del Tribunale costituzionale federale tedesco in materia di diritti fondamentali – 2. L'art. 1 del *Grundgesetz* e la dichiarazione di intangibilità della dignità umana. – 3. La dignità come limite ultimo di comprimibilità dei diritti fondamentali – 4. Segue: nel processo penale. – 5. La sentenza del BVerfG 3.3.2004 in tema di intercettazioni nel domicilio.

1) L'autorità del Tribunale costituzionale federale tedesco in materia di diritti fondamentali.

La riflessione giuridica sulla intangibilità della dignità umana, principio solennemente sancito nell'art. 1 della Legge Fondamentale di Bonn (GG - *Grundgesetz*), deve molto all'opera interpretativa del Tribunale Federale tedesco (BVerfG – *Bundesverfassungsgericht*). Sin dalla sua entrata in funzione¹, il BVerfG non ha mancato occasione per interrogarsi sul significato e sulle conseguenze della consacrazione della dignità dell'uomo nel primo articolo del GG, sul ruolo che questo principio riveste nell'intero ordinamento tedesco, sui rapporti dello stesso con l'altro principio portante della Legge fondamentale: il principio democratico. Prima di addentrarci nell'analisi della giurisprudenza del BVerfG, tuttavia, sarà necessaria qualche riga di precisazione. Non sfuggirà, invero, nel corso di quell'analisi, la grande libertà con cui il Tribunale costituzionale si muove all'interno della Legge Fondamentale, frutto degli ampi poteri che quest'ultima gli riconosce; ci sembra pertanto che non si possa prescindere da una breve premessa su tali poteri, che metta in rilievo gli elementi che caratterizzano e differenziano ruolo e compiti del BVerfG rispetto a quelli della nostra Corte costituzionale.

Una primo elemento che distingue il BVerfG sta nel suo esplicito inserimento tra gli organi della giurisdizione. L'art. 92 GG, rubricato "organizzazione giudiziaria", recita: "Il potere giurisdizionale è affidato ai giudici; esso viene esercitato dal Tribunale costituzionale federale, dai tribunali

¹ Il Tribunale costituzionale tedesco è entrato in funzione nell'autunno del 1951.

federali previsti in questa legge fondamentale e dai tribunali dei Länder”². La scelta operata in tal senso dal GG non elimina quel grado di ambiguità che caratterizza ogni sistema di giustizia costituzionale, inevitabilmente a cavallo tra funzione giurisdizionale e funzione di indirizzo politico³. Tuttavia, grazie a questa espressa presa di posizione del GG, il Tribunale costituzionale tedesco viene a godere di una forza particolare, tipica degli organi di giustizia rispondenti al modello c.d. di stampo kelseniano⁴: quel modello, cioè, in cui la Corte costituzionale è intesa come custode di valori razionali e delle esigenze del diritto, come momento che supera le contingenze della politica. E’ peraltro lo stesso BVerfG – in accordo con l’unanime dottrina – a definirsi significativamente «(super)custode della Costituzione»⁵. Una scelta di campo tanto netta è stata verosimilmente resa possibile della grande convergenza presente in Germania nell’immediato dopoguerra (frutto della reazione al drammatico regime nazista), in merito ai principi e ai valori che l’istituendo Tribunale federale sarebbe stato chiamato ad assicurare e proteggere⁶. Come si è detto, si tratta di una caratteristica che certamente ha consentito al BVerfG di operare sin da subito con una maggiore forza nei confronti degli altri poteri dello Stato, e con un più immediato riconoscimento di fiducia da parte dei cittadini, di quanto abbia potuto fare inizialmente la nostra Corte costituzionale: quest’ultima, collocata dalla Costituzione in una posizione di equidistanza da ognuno dei tre i classici poteri dello Stato, e dunque particolarmente ambigua, la propria legittimazione ha dovuto inizialmente guadagnarsela sul campo⁷.

² Gli articoli della Costituzione tedesca vengono tradotti dal testo *Grundgesetz*, 40^a edizione, Beck, München, 2005. Sono state tenute presenti la traduzione del *Grundgesetz* riportata in appendice all’opera di S. ORTINO, *L’esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, 1966, e quella curata da F. BARTOLOMEI, *La Carta costituzionale della Repubblica Federale di Germania*, Milano, 2000.

³ SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 10^a edizione, Luchterhand-München, 2004, sub art 93, nmg. 22. Sul dosaggio tra il momento della politica e il momento della giurisdizione come connotazione strutturale di ogni sistema di giustizia costituzionale, e sulla conseguente atipicità e ambiguità della corrispondente funzione (entrambe peraltro salutari per il buon funzionamento del sistema) si veda E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

⁴ Sulla contrapposizione tra modello kelseniano e modello schmittiano si veda ancora CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

⁵ SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art 93, nmg. 4.

⁶ Nel nostro Paese, al contrario, la contestazione su alcuni dei valori in gioco, all’epoca dei costituenti, era ancora molto forte: si vedano in merito le interessanti considerazioni di CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 34.

⁷ L’osservazione è ancora una volta di CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 34. Nello stesso senso sostanzialmente anche T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, 11^a edizione, Milano, 2005, p. 511 ss. Sempre a CHELI, loc. ult. cit. si rinvia per un’interessante ricostruzione del processo di nascita della giustizia costituzionale in Europa. Qui basti sottolineare che collocare un organo di giustizia costituzionale (assolutamente inedito in quanto tale: non si deve dimenticare che fino al secondo dopoguerra nei Paesi europei il controllo di costituzionalità era pressoché sconosciuto) nell’ambito della giurisdizione, significa conferirgli quell’aura di “apoliticità” e neutralità tipiche degli organi giurisdizionali, secondo uno schema immediatamente comprensibile da parte degli altri organi costituzionali e dai cittadini. Collocarlo invece, come fa la Costituzione italiana, in una posizione di equidistanza dai tre tradizionali poteri, se è garanzia di maggiore imparzialità, rende quest’organo, tuttavia, inizialmente più debole, poiché lo costringe a fare i conti con un “surplus” di diffidenza dovuto alla sua più radicale novità.

L'altra principale peculiarità del sistema di giustizia costituzionale tedesco sta nella possibilità di proporre ricorso diretto al Tribunale costituzionale federale (*Verfassungsbeschwerde*)⁸ da parte di chiunque lamenti la lesione di un proprio diritto fondamentale (o di uno degli altri diritti contemplati nelle norme costituzionali richiamate dall'art. 93 comma 1 n. 4a GG), da parte di un pubblico potere⁹. Oggetto di impugnazione possono essere atti normativi, provvedimenti amministrativi e giurisdizionali¹⁰. La *Verfassungsbeschwerde* costituisce la via d'accesso per eccellenza alla giustizia costituzionale¹¹ e un importante strumento di intervento del Tribunale costituzionale federale (non è un caso che gran parte delle più incisive pronunce del BVerfG sia stata adottata all'esito di giudizi di questo tipo¹²), che lo avvicina molto, peraltro, ai cittadini¹³. Grazie a tale strumento, nella cruciale materia dei diritti fondamentali, il Tribunale costituzionale esercita un sindacato diretto di conformità a Costituzione sugli atti che costituiscono la tipica espressione di ciascuno dei tre poteri dello Stato, senza dover passare attraverso il filtro costituito dalla volontà di uno dei soggetti lesi

⁸ Tale competenza del BVerfG si aggiunge ad altre, tra cui meritano di essere richiamate: il controllo di legittimità costituzionale degli atti normativi (*abstrakte Normenkontrolle*: art. 93 comma 1 n. 2 GG), attivabile su iniziativa di determinati organi costituzionali; il controllo incidentale di costituzionalità delle leggi (*konkrete Normenkontrolle*: art. 100 GG) ad iniziativa giudiziale (sostanzialmente identico al nostro controllo incidentale di costituzionalità); la risoluzione dei conflitti di competenza tra organi costituzionali e tra Federazione e singoli *Länder* (art. 93 comma 1 nn. 1, 3 e 4). Su composizione, funzionamento e competenze del Tribunale costituzionale federale tedesco, con particolare attenzione all'istituto della *Verfassungsbeschwerde*, si veda, in lingua italiana, F. RESCIGNO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, Torino, 2004, p. 69 e ss.

⁹ L'istituto del ricorso diretto al BVerfG è stato introdotto mediante legge ordinaria nel 1951 (si tratta del BVerfGG, la legge che disciplina il funzionamento del BVerfG) e solo successivamente, nel 1969, inserito in Costituzione (la copertura costituzionale data all'istituto doveva consentirgli di fungere, secondo le intenzioni del legislatore costituzionale dell'epoca, da elemento di contrappeso rispetto alla legislazione di emergenza introdotta proprio in quell'anno): cfr. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 93, nmg. 95.

¹⁰ La giurisprudenza del BVerfG ha sempre cura di sottolineare che si tratta di un'impugnazione assolutamente straordinaria e sussidiaria, concessa cioè solo a chi abbia attivato, senza esito, ogni altro mezzo messi a disposizione dall'ordinamento per rimuovere l'atto lesivo (solo in casi eccezionali, cioè quando il ricorso sia di interesse generale o quando al ricorrente possa derivare un grave e inevitabile danno dall'attesa degli altri gradi di giudizio, il BVerfG decide prima dell'esaurimento delle vie legali). Nel caso si tratti di provvedimenti giurisdizionali, sarà quindi necessario aver esperito tutti i mezzi di impugnazione previsti dalla legge, prima di poter adire il Tribunale costituzionale. Inoltre, al fine di arginare l'ampio ricorso a questo istituto, il BVerfG interpreta in maniera estremamente restrittiva il requisito della legittimazione ad agire (v. *amplius* SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 93, nmg. 121, con qualche notazione critica). Nonostante tali restrizioni, i ricorsi restano ogni anno molto numerosi, anche grazie alla giurisprudenza espansiva del BVerfG in materia di diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2 comma 1 GG): la considerazione è in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 93, nmg. 113; sottolinea questo aspetto anche K. SCHLAICH, *Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 575.

¹¹ Definisce il ricorso diretto al Tribunale Costituzionale federale il "cuore" della giustizia costituzionale tedesca RESCIGNO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 87.

¹² Per alcuni esempi v. SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 93, nmg. 96.

¹³ Taluno arriva esplicitamente a definirlo, infatti, il "Tribunale dei cittadini": P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000, p. 69.

(come accade, invece, nell'ipotesi di conflitto di attribuzione), o dal giudizio di non manifesta infondatezza operato dal giudice rimettente (come nel caso del controllo incidentale di costituzionalità).

Va detto, tuttavia, che i fattori fin qui esaminati, inerenti collocazione e compiti attribuiti al Tribunale costituzionale direttamente dalla Legge Fondamentale, spiegano solo in parte la grande autorità di cui tale organo gode nell'ambito dell'ordinamento costituzionale tedesco: all'acquisizione di questa autorità ha in effetti contribuito in modo determinante lo stesso Tribunale costituzionale, col ritenere che la Legge Fondamentale esprima un oggettivo ordinamento di valori (*Objektive Wertordnung*), orientato gerarchicamente, che vale come decisione fondamentale in ogni campo del diritto¹⁴. A questo proposito, il BVerfG afferma che il *Grundgesetz* «non vuole essere un ordinamento neutrale [...] [ma] ha introdotto nella sua sezione in materia di diritti fondamentali un ordinamento valutativo oggettivo [...] che trova il suo punto centrale nella personalità dell'uomo che si sviluppa liberamente nella comunità sociale, e nella sua dignità»¹⁵. In base a questa (indiscussa) impostazione, anche «le leggi generali che possono limitare un diritto [...] sono da interpretare secondo la conoscenza del significato valoriale di quel diritto fondamentale nello Stato liberale democratico»¹⁶.

E' evidente l'effetto moltiplicativo di un simile inquadramento sui poteri dell'organo di giustizia costituzionale: sarà necessario esplicitare i valori racchiusi nelle singole disposizioni costituzionali (perché in un ordinamento valoriale esse valgono non tanto in sé e per sé, ma come espressione di un valore) e massimizzarli¹⁷; portare alla luce il rango attribuito a ciascun valore dal *Grundgesetz*; e anche stabilire, a fronte di ogni concreta situazione, quale valore, tra quelli in conflitto, debba prevalere, sempre secondo Costituzione. E' indiscutibile che in una visione di questo genere il Tribunale costituzionale acquisti un potere enorme: non più solo custode della Costituzione, ma interprete autentico di questa, con ampi poteri di 'ricognizione' dei valori in essa contenuti¹⁸.

¹⁴ BVerfGE 34, 280. Le sentenze del BVerfG vengono citate con il richiamo al volume della raccolta delle decisioni del BVerfG (BVerfGE) in cui sono pubblicate. Per facilitare la ricerca bibliografica, si precisa che il richiamo è così articolato: volume della raccolta; pagina iniziale di pubblicazione della pronuncia; pagina in cui si trova lo specifico passo citato (tra parentesi). Talora, per maggiore rapidità, verrà indicato, dopo il volume di raccolta, direttamente il numero della pagina interessata (omettendo quella iniziale di pubblicazione della decisione).

Cfr. LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 6ª edizione, Köln, 1979, p. 53.

¹⁵ BVerfGE 7, 198 (204 e s.). Vedi anche BVerfGE 39, 349, secondo cui «La Legge Fondamentale non è neutrale dal punto di vista valoriale, ma ha optato per la centralità di alcuni valori fondamentali, che protegge e che impone allo Stato di garantire e assicurare».

¹⁶ BVerfGE 7, 198 (209).

¹⁷ V. Le pronunce riportate da LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., p. 55, secondo cui è compito della giurisprudenza costituzionale individuare e svelare le funzioni racchiuse nelle norme che riconoscono i diritti fondamentali.

¹⁸ L'eccezionale potere interpretativo del *Bundesverfassungsgericht* viene particolarmente sottolineato da SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., nmg. 24. L'autoproclamarsi interprete della Costituzione ad opera del BVerfG suscita perplessità in MARIO PANEBIANCO,

In conclusione, con un'espressione efficace, anche se approssimativa, potremmo dire del BVerfG che esso è non solo "giudice delle leggi" (e dell'amministrazione), ma anche "giudice dei giudici" e, soprattutto, "giudice dei valori".

2. L'art. 1 Grundgesetz e la dichiarazione di intangibilità della dignità umana.

L'articolo 1 del *Grundgesetz* sancisce: «I. La dignità umana è intangibile. E' dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla». La sanzione di intangibilità (un termine più forte ancora di quello «inviolabilità», pure utilizzato in altre norme del GG) della dignità umana, collocata nel primo comma della Carta fondamentale, dichiara il rango assolutamente primario, superiore a ogni altro, assegnato a questo valore nel sistema costituzionale tedesco, mentre la seconda parte della proposizione ne chiarisce la qualità di principio informatore dell'ordinamento giuridico, vincolante per ogni potere dello Stato. Secondo la giurisprudenza del BVerfG, l'art. 1 comma 1 GG costituisce il «supremo valore costituzionale»¹⁹, la dignità umana è «centro del sistema dei valori della Costituzione»²⁰, e fa parte dei principi costituzionali fondamentali²¹. Anche la dottrina tedesca riconosce unanimemente alla intangibilità della dignità umana di cui all'art. 1 GG la qualità di principio supremo, di pietra miliare su cui poggia l'intero impianto della Carta costituzionale²².

Il *Grundgesetz* non esplicita, tuttavia, cosa significhi, da un punto di vista contenutistico, il principio cui attribuisce tale eccezionale importanza²³. Intorno all'art. 1 GG è sorto, pertanto, anche un grande interrogativo²⁴: che cosa si intende per dignità umana, e cosa vuol dire, giuridicamente, che essa è intangibile? In merito al significato giuridico della dignità umana, l'elaborazione dottrinale, pur lunga e articolata, non può dirsi giunta a un approdo condiviso. Le ragioni principali risiedono nella indeterminatezza connaturata al concetto stesso di dignità, che affonda le proprie radici nel Cristianesimo (e in particolare nella

Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali, in *Diritto e Società*, 2002, p. 161. Sottolinea come l'enorme potere accumulatosi nelle mani del BVerfG sia il risvolto di un'irrisolta ambiguità di fondo – la tensione tra istanza personalistica e istanza comunitaria (su cui v. *infra*, § 2) – del *Grundgesetz* A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Torino, 1989, p. 13.

¹⁹ BVerfGE 5, 85 (204); 6, 32 (41); 27, 1 (6); 30, 98 (108).

²⁰ BVerfGE 35, 202 (225).

²¹ BVerfGE 45, 187 (227); 50, 166 (175); 72, 105 (115); 87, 209 (228)

²² V. la nota di richiami in H. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, 2ª edizione, Vol. I, Tübingen, 2004, sub art. 1 comma 1, p. 162.

²³ Si tratta peraltro di un fatto tipico del diritto costituzionale, come sottolinea H. HOFMANN ne: *La promessa della dignità umana*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1999, p. 624.

²⁴ Cfr. DREIER, loc. ult. cit., nmg. 41.

concezione della persona come essere creato a immagine e somiglianza di Dio)²⁵ e costituisce oggetto di studio delle scienze filosofiche²⁶.

Il Tribunale costituzionale federale, tuttavia, nonostante le incertezze dottrinali, e facendo sostanzialmente propria una concezione di dignità umana che risale alla formulazione di Kant, è riuscito a erigere negli anni una giurisprudenza articolata e complessa, di grande interesse, che individua nell'art. 1 comma 1 il principale limite posto dalla Costituzione ai poteri dello Stato, e fa della dignità umana il confine invalicabile di ogni forma di compressione dei diritti fondamentali.

Il Tribunale ha provveduto innanzitutto a scandagliare il contenuto del concetto di dignità, procedendo inizialmente in maniera molto pragmatica, ovvero tematizzando via via le forme di violazione della dignità umana col descriverne le possibili lesioni. Ciò è dimostrato già dalla sua prima pronuncia sul tema²⁷, in cui si legge che l'art. 1 comma 1 GG intende proteggere la dignità umana da «umiliazioni, stigmatizzazioni, persecuzioni, disprezzo, ecc.». Si tratta di una prima indicazione, utile soprattutto a confermare quella dottrina²⁸ secondo cui l'art. 1 GG costituisce la reazione dei costituenti tedeschi al passato regime nazionalsocialista, una sorta di “controprogramma al totalitario disprezzo dell'individuo”²⁹.

In un secondo momento, il BVerfG ha ritenuto di dover agganciare allo specifico contenuto di dignità, costituito dalle possibili forme di lesione, una formula più astratta. Nel farlo, esso ha seguito la via indicata in dottrina da Josef Wintrich e Günter Dürig, accogliendo la concezione kantiana³⁰ di dignità: secondo Kant, «l'uomo, e in generale ogni essere razionale, esiste come fine in se

²⁵ Cfr. DREIER, loc. ult. cit., nmg. 5 e ss. Sull'origine e sull'evoluzione della nozione filosofica di persona (strettamente legata a quella di dignità) si veda l'interessante ricostruzione di G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005, p. 204 e ss.

²⁶ Tre sono i gruppi di teorie sul significato della dignità che si contendono il campo in dottrina: a) teorie c.d. della dote (*Mitgifttheorien*), che intendono per dignità una particolare caratteristica umana, una qualità distintiva dell'uomo in quanto tale; b) teoria della prestazione (*Leistungstheorie*), che intende per dignità non qualcosa che caratterizza l'uomo e che l'uomo possiede sempre, ma piuttosto qualcosa che egli acquista attraverso il processo di formazione della propria identità; c) teoria della comunicazione (*Kommunikationstheorie*), che riduce la dignità a un concetto relazionale-comunicativo, la cui origine è identificata nel riconoscimento sociale della persona, e il cui oggetto di tutela consiste nella umana reciproca solidarietà. Per questa ricostruzione cfr. DREIER, loc. ult. cit., nmg. 62 e ss., il quale rileva tuttavia che tutte e tre le teorie concordano su almeno tre corollari del principio di tutela della dignità: 1. tutela dell'uguaglianza tra gli uomini, dunque contro massicce violazioni del principio di uguaglianza; 2. necessario rispetto della individualità, identità, e della integrità psichica, fisica e morale dell'uomo; 3. principio generale di garanzia della qualità di soggetto dell'individuo, anche quando questi si trova sotto il potere dello Stato. Da ultimo, per una attualizzazione e una messa a punto del concetto cfr. J. ISENSEE, *Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach der Absolute*, in *Archiv des öffentlichen Rechts* 2006, p. 173 ss.

²⁷ BVerfGE 1, 97 (104).

²⁸ H. HOFMANN, *Die Entdeckung der Menschenrechte*, 1999, p. 11.

²⁹ Così DREIER, *Grundgesetzkommentar*, loc. ult. cit., nmg. 40.

³⁰ La dottrina tedesca è unanime nel ritenere che il BVerfG abbia accolto la concezione kantiana di dignità umana; si veda, per tutti: DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1, nmg. 53, con nota di richiami. Nella nostra letteratura si veda: PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, cit., p. 170.

stesso, non semplicemente come mezzo da usarsi a piacimento per questa o quella volontà, ma dev'essere sempre considerato, in tutte le sue azioni indirizzate verso se stesso come verso altri esseri razionali, insieme come fine»³¹. Dunque quel valore proprio dell'uomo, e dell'uomo soltanto, che è la sua dignità, impone di trattarlo come soggetto, sempre come fine e mai come mezzo³². Per tale ragione la concezione kantiana è nota anche sotto il nome di "formula oggetto".

Confermano questa impostazione tutte le successive pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, nelle quali è dato ritrovare affermazioni che, sostanzialmente immutate, ricorrono spesso ancora oggi; di seguito se ne riportano alcune tra le più significative. «Nella democrazia liberale la dignità dell'uomo è il valore supremo. [...] In ragione di essa, l'uomo è una 'personalità' dotata della capacità di dare forma responsabilmente alla propria vita»³³. «Nella società spetta all'uomo un diritto al suo valore sociale e al rispetto. Contraddice la dignità umana fare dell'uomo un mero oggetto dello Stato»³⁴. «Alla base di tutto ciò si colloca la concezione dell'uomo come essere spirituale-morale, fatto per autodeterminarsi e svilupparsi in libertà. [...] all'interno della società ogni soggetto deve essere fondamentalmente riconosciuto come membro con pari diritti e con un valore proprio. Contraddice perciò la dignità umana fare dell'uomo un mero oggetto nello Stato. [...] Il principio secondo cui "l'uomo deve sempre costituire uno scopo in stesso" vale illimitatamente per tutti gli ambiti del diritto; perché l'inalienabile dignità dell'uomo in quanto persona consiste appunto in ciò, che egli viene considerato come personalità autoresponsabile»³⁵. «Il valore sociale e il diritto al rispetto dell'uomo vietano di renderlo puro oggetto dello Stato o di sottoporlo ad un trattamento che ponga radicalmente in discussione la sua qualità di soggetto. Essa è propria di ogni uomo a prescindere dalle sue qualità, dalle sue prestazioni e dal suo *status* sociale»³⁶.

Secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale, dunque, le forme di violazione della dignità (non determinabili, in modo esaustivo, a priori³⁷) si identificano fondamentalmente nella riduzione dell'uomo a oggetto, e nel

³¹ IMMANUEL KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it. di Filippo Monelli, Bari, 1997, p. 89. Ancora più esplicita l'affermazione contenuta in KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Zweiter Teil: Methaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 1797, § 38: «L'umanità stessa è un valore; l'uomo non può essere utilizzato da nessun uomo [...] puramente come mezzo, ma deve essere sempre considerato allo stesso tempo come scopo, e proprio in ciò consiste la sua dignità» (traduzione dalla citazione in DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., pagina 167, nota 166).

³² Cfr. GÜNTER DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetzkommentar*, München, ed. 1976, sub art. 1 comma 1 (la voce è stata pubblicata nell'anno 1958), nmg. 28: «La dignità dell'uomo è lesa, quando l'uomo in concreto viene degradato ad oggetto, a mero mezzo, ad una grandezza rappresentabile. [...] Si tratta della degradazione dell'uomo a cosa». E ancora, al nmg. 34: «Si lede la dignità dell'uomo quando l'uomo diviene oggetto di un procedimento statale».

³³ BVerfGE 5, 85 (205).

³⁴ BVerfGE 27,1 (6).

³⁵ BVerfGE 45, 187 (227-228) – Sentenza sull'ergastolo.

³⁶ BVerfGE 96, 375 (399).

³⁷ Cfr. BVerfGE 30, 1 (25 e s.).

sottrargli o disconoscere quella capacità di autodeterminarsi (cioè di scegliere consapevolmente e liberamente) che gli è propria, e che lo distingue da ogni altro essere vivente.

Va detto che la scelta del BVerfG non va esente da critiche. Innanzitutto, si sottolinea, si tratta pur sempre di una formula espressa in negativo: che si definisca mediante l'indicazione delle concrete lesioni possibili, oppure in astratto nella c.d. formula oggetto, la dignità umana è riguardata comunque alla luce del suo rovescio, cioè alla luce di ciò che è *negazione* della dignità³⁸. Appare, inoltre, una formula ancora vaga: individuare una lesione della dignità in un trattamento che «in via di principio ponga in dubbio l'essere soggetto» dell'uomo, o che contenga «uno spregio volontario della dignità dell'uomo»³⁹, non dice ancora che cosa significhi mettere in dubbio la qualità di soggetto né in che consista tale volontario spregio della dignità⁴⁰. Infine, si osserva da parte di altri⁴¹, sia nella vita privata che in quella pubblica accade continuamente, inevitabilmente, che l'uomo venga trattato come mezzo e non come scopo⁴², come ammette lo stesso BVerfG in una sua pronuncia⁴³: non è di aiuto fino in fondo, allora, parlare di strumentalizzazione dell'uomo.

Nonostante le obiezioni, la formula elaborata dal BVerfG va riguardata positivamente. In primo luogo perché l'elasticità della formula, che ne costituisce il principale difetto, è in parte la ragione della sua attuale efficacia, poiché consente al BVerfG di estendere la tutela dell'art. 1 GG anche alle forme di violazione della dignità tipiche dall'era tecnologica⁴⁴. In secondo luogo perché, come si è già accennato, si tratta di una formula che il Tribunale costituzionale applica da più di cinquant'anni con estrema coerenza, e, come sottolinea qualcuno⁴⁵, ciò non è poco, in un sistema che considera la giurisprudenza

³⁸ Cfr. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 53. E naturalmente poco cambia affermare, come fa qualcuno (K. LÜDERSSEN, *Resozialisierung und Menschenwürde*, in PRITTWITZ-MANOLEDAKIS (a cura di), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden-Baden, 1998, p. 104), che la formula oggetto di Dürig diventa "formula soggetto" nel momento in cui lo Stato rende il cittadino soggetto del proprio agire, "realizzando" così la dignità umana.

³⁹ BVerfGE 30, 1 (26).

⁴⁰ Così HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, cit., p. 629. DREIER, loc. ult. cit., sottolinea come una formula tanto vaga si presti facilmente a fungere da *paspartout* per valutazioni soggettive di ogni genere, e ritiene che sia questa la principale obiezione contro la formula oggetto.

⁴¹ HOFMANN, loc. ult. cit.; DREIER, loc. ult. cit., con ulteriori richiami.

⁴² HOFMANN, loc. ult. cit., fa gli esempi del taglio dei capelli, dell'andare in taxi, dell'acquisto di un giornale.

⁴³ Si legge in BVerfGE 30, 1 (26): «Formule generali, come quella per cui l'uomo non può essere ridotto a mero oggetto del potere statale, possono soltanto indicare la direzione, nella quale possono rivenirsi casi di violazione della dignità umana. Non di rado, infatti, l'uomo è mero oggetto non solo delle circostanze e del progresso sociale, ma anche del diritto, quando deve adeguarvisi in contrasto con i propri interessi. In questo soltanto non può però ravvisarsi una violazione della dignità umana. Deve invece accadere che egli venga trattato in modo tale da mettere radicalmente in discussione la sua qualità di soggetto, oppure che nelle modalità in cui viene trattato in concreto sia insito un arbitrario disprezzo della dignità dell'uomo. Il trattamento dell'uomo da parte della mano pubblica, che esegue la legge, deve pertanto, perché ne sia toccata la dignità, esprimere disprezzo di quel valore che spetta all'uomo in forza del suo essere persona, deve costituire quindi, in tal senso, un "trattamento denigratorio"».

⁴⁴ Emblematica in tal senso è la giurisprudenza in tema di trattamento dei dati personali: cfr. BVerfG 65, 1.

⁴⁵ HOFMANN, *La promessa della dignità*, cit., p. 628.

dell'organo di giustizia costituzionale a tutti gli effetti una fonte di diritto costituzionale. Va ricordato, infine, che il Tribunale costituzionale tedesco – a differenza della nostra Corte costituzionale – motiva le proprie pronunce secondo schemi di giudizio sempre molto trasparenti e rigorosi, e questo aspetto (contribuendo in maniera decisiva alla chiarezza e intelleggibilità delle sue decisioni, e dunque all'esigenza di *auto* - e di *etero* - controllo delle stesse)⁴⁶ in gran parte compensa, o quanto meno rende più accettabile (rispetto al nostro sistema), una certa elasticità dei principi guida nella sua giurisprudenza.

Strettamente connessa alla protezione della dignità umana è la garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo. Il rapporto tra le due tutele è facilmente intuibile alla luce delle pregresse considerazioni: se rispetto della dignità significa garanzia della libertà di autodeterminazione dell'uomo e della sua qualità di soggetto, il riconoscimento dei fondamentali diritti di libertà, in quanto consente all'uomo di esprimere liberamente ciò che egli è, costituisce la via obbligata per un pieno riconoscimento del suo speciale valore⁴⁷.

Su questo nesso getta luce lo stesso articolo 1 del *Grundgesetz*. Dopo aver proclamato, nel suo primo comma, che la dignità umana è intangibile (e che è dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla), tale articolo prosegue infatti dicendo: «Il popolo tedesco riconosce, *pertanto*, gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente vigente». La struttura della norma, e in particolare l'uso dell'avverbio *pertanto* nel secondo comma, mettono in evidenza come l'affermazione dei diritti inviolabili dell'uomo trovi la propria origine nel riconoscimento del primato assoluto della persona, e come, di conseguenza, nella sistematica del *Grundgesetz*, garantire quei diritti e affermare la dignità dell'uomo sia tutt'uno⁴⁸.

Il riferimento ai “seguenti diritti fondamentali” contenuto nel terzo comma, poi, consente di affermare che i diritti enumerati negli articoli successivi al primo costituiscono, secondo la sistematica del *Grundgesetz*, conseguenza ed

⁴⁶ Così ALFONSO CELOTTO, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, vol. 1, Torino, 2006, sub art. 3 comma 1, p. 81. Secondo l'Autore, la chiara esplicitazione e la rigorosa articolazione dei criteri di giudizio tipiche della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco - e della Suprema Corte federale degli Stati Uniti d'America - sono in parte effetto dell'esistenza, in quei sistemi, dell'istituto della *dissenting opinion*. In Germania la *Abweichende Meinung* è stata introdotta solo nel 1970: da allora le eventuali opinioni dissenzienti vengono pubblicate nella raccolta di decisioni del BVerfG in coda alla pronuncia cui si riferiscono, spesso influenzando successivi mutamenti della giurisprudenza costituzionale (sul punto v. RESCIGNO, *I diritti fondamentali*, cit., p. 72).

⁴⁷ Cfr. BVerfGE 93, 266 (293), che definisce la dignità umana di cui all'art. 1 comma 1 *Grundgesetz* «la radice di tutti i diritti fondamentali».

⁴⁸ Evidenzia questo aspetto C. STARCK, in MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Bonner Grundgesetz Kommentar*, vol. 1, 4^a edizione, München, 1999, sub art. 1, nmg. 107. Naturalmente, come sottolinea l'Autore, diritti inviolabili dell'uomo e dignità non coincidono: l'ambito di protezione di alcuni diritti umani si estende oltre la tutela della dignità, né i diritti umani coincidono con i diritti fondamentali esplicitamente riconosciuti nel *Grundgesetz*. Più semplicemente: «il richiamo ai diritti umani di cui all'art. 2 vuol dare l'idea di quale sia la scelta [operata dal *Grundgesetz*] in merito al rapporto tra Stato e individuo».

espressione della garanzia della dignità⁴⁹ e una concreta manifestazione della dignità umana⁵⁰. Detto altrimenti: la garanzia dei diritti fondamentali è servente rispetto al riconoscimento della sua dignità, anche se la dignità non si esaurisce in essi, ma pervade tutte le disposizioni della Legge Fondamentale⁵¹.

La visione antropocentrica propria del *Grundgesetz* non poggia dunque sul solo art. 1 comma 1 GG, che pure ne costituisce il punto di avvio e la pietra d'angolo⁵², ma trova espressione in tutta la prima parte della Legge Fondamentale, dedicata ai diritti fondamentali, "riconosciuti" - in quanto ad esso preesistenti - dall'ordinamento costituzionale⁵³.

Il principio antropocentrico, tuttavia, non domina la Carta costituzionale in maniera incontrastata; esso deve fare i conti con un'istanza altrettanto fondamentale, che similmente a quel principio pervade ogni disposizione del *Grundgesetz*: si tratta dei valori pubblici⁵⁴ sottesi agli istituti democratici propri del *Rechtsstaatsprinzip*, lo "stato di diritto sociale" (art. 20 GG). Alla luce del principio dello stato-di-diritto, anzi, lo stesso principio antropocentrico assume contorni particolari, che ne impongono, sotto un certo punto di vista, la relativizzazione: è cioè la stessa idea di uomo (*Menschenbild*) ad essere costruita sulla tensione tra individuo e comunità⁵⁵. Infatti, secondo il Tribunale costituzionale, poiché la libertà di sviluppo e di autodeterminazione riconosciuta all'uomo «non viene intesa dal *Grundgesetz* come [libertà] di un soggetto isolato e sovrano assoluto di se stesso, ma come libertà di un individuo che si pone in relazione con la società e che è ad essa legato», la stessa, «in considerazione di questo suo nesso con la società, non può essere sostanzialmente illimitata: il singolo deve accettare quelle limitazioni alla sua libertà personale che il legislatore pone per la cura e la promozione della convivenza sociale, nei limiti del ragionevole nella data situazione»⁵⁶.

Tra le righe del *Grundgesetz* scorre dunque una tensione (*Spannung*) tra i valori individuali sottesi alla dignità e alla garanzia dei diritti fondamentali della persona, e quelli comunitari sottesi all'ordinamento liberal-democratico

⁴⁹ Cfr. STARCK, loc. ult. cit.

⁵⁰ Cfr. BVerfGE 93, 266 (293).

⁵¹ BVerfGE 6, 32 (36 ss.). Cfr. HOFMANN in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 1, nmg. 7: "Il riconoscimento della intangibile dignità di ogni uomo e l'obbligo di rispettarla e proteggerla in capo ad ogni potere statale, dominano tutte le norme del *Grundgesetz* e costituiscono la base del sistema costituzionale dei valori".

⁵² Cfr. HOFMANN in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 1, p. 125, nmg. 1.

⁵³ Cfr. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 2, nmg. 1; STARCK, loc. ult. cit., nmg. 109; H.D. JARASS, in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 7ª edizione, München, 2004, sub art. 1, nmg. 17.

⁵⁴ Sovranità popolare, esercizio del diritto di voto, separazione dei poteri, principio di legalità. L'art. 20 GG recita: «La Repubblica federale tedesca è uno stato federale democratico sociale. Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso viene esercitato dal popolo nelle elezioni e nelle votazioni, e attraverso i particolari organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione. La legislazione è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e quello giurisdizionale sono vincolati alla legge e al diritto».

⁵⁵ Si vedano le pronunce del BVerfG richiamate in LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., p. 55.

⁵⁶ BVerfGE 45, 187 (227).

(*freiheitliche-demokratische Ordnung*)⁵⁷. Si tratta del noto dilemma individuo-società, connaturato ad ogni sistema costituzionale: nel sistema tedesco esso si caratterizza, tuttavia, per una particolare radicalità, di cui è espressione e simbolo l'art. 79 comma 3 GG, secondo il quale «è inammissibile una modifica di questa Legge Fondamentale che tocchi [...] i principi enunciati negli articoli 1 e 20». Nel sottrarre alla revisione costituzionale l'art. 1 e l'art. 20, il *Grundgesetz* sembra voler collocare in pari piano il valore della persona e l'istanza democratica comunitaria, pietre miliari della Costituzione⁵⁸. In tal modo, tuttavia, il esso lascia irrisolta l'ambiguità di fondo legata dovuta alla tensione tra i due principi, ne suggerisce la relativizzazione, e impone al legislatore un perenne bilanciamento, unica possibile via d'uscita dal dilemma valoriale⁵⁹.

Anche il bilanciamento, peraltro, nell'ordinamento costituzionale tedesco si colora di sfumature particolari: in primo luogo, a causa della radicalità e della particolare indeterminatezza con cui si presenta in seno alla Legge Fondamentale la tensione individuo-società; in secondo luogo, in ragione della ricordata concezione secondo cui il *Grundgesetz* esprime una gerarchia assoluta di valori⁶⁰, di cui il Tribunale costituzionale federale è interprete autentico⁶¹. I due profili si intrecciano, come mette significativamente in rilievo una risalente pronuncia del BVerfG⁶², secondo la quale le leggi limitative di un diritto, per essere conformi a Costituzione, «devono essere in accordo con i più elevati valori fondamentali dell'ordinamento liberale democratico come ordinamento valutativo costituzionale, ma devono anche corrispondere agli elementari principi costituzionali non scritti e alle scelte fondamentali della Legge Fondamentale, e specialmente al principio dello stato di diritto e a quello dello Stato sociale».

Non stupisce, dunque, che al meccanismo del bilanciamento il Tribunale costituzionale federale, nella materia di diritti fondamentali, attribuisca un ruolo decisivo, ripetendo da sempre che al legislatore è consentito comprimere i diritti fondamentali, per la cura e la promozione del bene sociale, solo all'esito di un bilanciamento che risponda a precisi parametri di ragionevolezza⁶³. Più precisamente, al fine di verificare la conformità a Costituzione dei provvedimenti

⁵⁷ Si riprende qui la sintesi di BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p. 12. V. anche BVerfGE 5, 85 (206).

⁵⁸ V. BVerfGE 2, 1.

⁵⁹ Sull'esistenza di un'irrisolta ambiguità di fondo in seno al *Grundgesetz*, nonché su relativizzazione e bilanciamento come unica via di contemperamento a fronte di una tensione tra più valori costituzionali, si veda BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., spec. p. 13 e p. 32.

⁶⁰ V. *supra*, sub § 1.

⁶¹ Questo secondo aspetto, del resto, è strettamente legato al primo: è proprio perché la tensione tra valori personali e valori comunitari è presente nel *Grundgesetz* come tendenzialmente indefinita e indeterminata, che il *Bundesverfassungsgericht* ha provveduto a estrapolare dalla Carta costituzionale (in via di interpretazione autentica) una gerarchia di valori che gli consentisse di arbitrare e risolvere caso per caso quella tensione, acquistando così un enorme potere nella determinazione in concreto del sistema di governo tedesco: v. ancora BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, cit., p.13.

⁶² BVerfGE 6, 32 (41), del 16.01.1957.

⁶³ Cfr. BVerfGE 19 (349): «I diritti fondamentali, espressione della libertà del cittadino nei confronti dello Stato, possono essere limitati dal pubblico potere solo nella misura strettamente necessaria alla protezione di pubblici interessi».

limitativi di diritti, il Tribunale costituzionale utilizza tre criteri: di adeguatezza (*Geeignetheit*), di necessità (*Erforderlichkeit*), e di proporzionalità in senso stretto (*Proportionalität*)⁶⁴. La norma che comprime un diritto fondamentale deve cioè essere: *adeguata*, ovvero effettivamente in grado di proteggere il bene giuridico in pericolo⁶⁵; *necessaria* per il perseguimento di quel fine, nel senso di costituire, tra le misure che consentono di raggiungerlo, quella meno invasiva⁶⁶; infine, deve rispettare il criterio di *proporzionalità* (in senso stretto), ovvero assicurare che il pregiudizio recato al singolo, attraverso la limitazione del diritto fondamentale giudicata adeguata e necessaria, sia proporzionato all'auspicato vantaggio per la collettività⁶⁷.

L'insieme dei tre principi è noto come *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*: principio di proporzionalità (in senso ampio). In realtà, poiché tra diritto fondamentale e contrapposto bene giuridico deve operarsi un bilanciamento (e non un'ottimizzazione, che presuppone che la soluzione corretta sia una sola: modello incompatibile con la discrezionalità del legislatore), nella pratica il *Bundesverfassungsgericht* effettua la verifica in negativo, in relazione a una sorta di "divieto di eccesso" (*Übermaßverbot*), o di irragionevolezza⁶⁸, e cioè accerta che la compressione del diritto fondamentale non sia "totalmente inadeguata"⁶⁹ ovvero "sproporzionata"⁷⁰.

Il giudizio di proporzionalità - che presenta forte similitudini con il controllo di ragionevolezza esercitato dalla nostra Corte costituzionale⁷¹ - costituisce in Germania il volto più noto del bilanciamento e di fatto il principale strumento di verifica della conformità a Costituzione degli atti limitativi di diritti. Secondo il Tribunale costituzionale, si tratta di un principio che «nella Repubblica Federale di Germania, gode di rango costituzionale: esso discende dal principio democratico, e prima ancora dall'essenza degli stessi diritti fondamentali, i quali, espressione del generale diritto alla libertà del cittadino di fronte allo Stato, possono essere limitati soltanto nella misura strettamente necessaria alla protezione dei pubblici interessi»⁷².

⁶⁴ Così STARCK, in MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Bonner Grundgesetz*, cit., sub art. 1 co. 3, nmg. 243. V. anche JARASS, in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz*, cit., sub art. 2, nmg. 21. Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale si veda: LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., p. 52.

⁶⁵ Cfr. BVerfGE 55, 159 (165).

⁶⁶ Cfr. BVerfGE 63, 88 (115).

⁶⁷ Cfr. BVerfGE 96, 10 (21).

⁶⁸ STARCK, loc. ult. cit.

⁶⁹ BVerfGE 71, 206 (216).

⁷⁰ BVerfGE 94, 268 (285).

⁷¹ Cfr. N. CASAVOLA, *La giustizia costituzionale nel 1994*, testo pubblicato ad opera della Corte Costituzionale, Roma, 1995, 10 s. (ripreso da CELOTTO, *Commentario alla Costituzione*, cit., sub art. 3/1°, p. 77): il giudizio detto di "ragionevolezza" «prescinde da raffronti con termini di paragone [...] per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati e il fine asseritamente perseguito».

⁷² BVerfGE 19, 342 (348).

3. La dignità come limite ultimo di comprimibilità dei diritti fondamentali

Si è visto, nel paragrafo precedente, che i diritti fondamentali non godono di una tutela assoluta: al legislatore è consentito, nell'interesse della collettività, sottoporli a limitazioni (*Schrankentheorie*)⁷³, nel rispetto del principio di proporzionalità. Si tratta di una soluzione obbligata e ragionevole, che rischia tuttavia di mettere in discussione le considerazioni di dottrina e giurisprudenza tedesche (e prima ancora della Legge Fondamentale) in tema di principio personalistico e di dignità come valore supremo. Difatti, quale significato permarrebbe in capo a simili affermazioni, se l'esigenza di perseguire l'interesse della società bastasse a giustificare, pur nel rispetto di determinati parametri di ragionevolezza, un'illimitata compressione dei diritti individuali?

E' qui che la dichiarazione di intangibilità della dignità acquista tutto il suo peso: l'art. 1 comma 1 GG pone, invero, secondo la consolidata giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, un "limite ai limiti" (*Schranken-Schranke Theorie*)⁷⁴, fissando il confine invalicabile oltre il quale, anche al legislatore, non è mai consentito andare, neppure per proteggere gli interessi più rilevanti per il bene della società. Intangibilità, secondo il BVerfG, significa infatti che "ogni toccare è violare" (*jede Antastung ist eine Verletzung*), ovvero garanzia assoluta e, di conseguenza, *non bilanciabilità*⁷⁵. L'imperativo della dignità, oltre ad essere un principio immutabile⁷⁶ (in quanto insuscettibile di revisione costituzionale, con la conseguenza che neppure al legislatore costituzionale sarà mai consentito introdurre misure contrarie alla dignità umana⁷⁷), gode del primato su ogni altro valore costituzionale, e in virtù di tale primato è sottratto in ogni caso al bilanciamento, senza eccezioni di sorta⁷⁸. Il Tribunale costituzionale questo lo sottolinea da sempre, e continua a ripeterlo

⁷³ Ciò vale anche nei confronti di quei diritti per i quali il *Grundgesetz* non prevede espressamente limitazioni: la loro comprimibilità per il perseguimento del bene comune discende dall'interpretazione dell'ordinamento di valori sotteso alla Carta costituzionale, ovvero all'idea stessa di uomo (*Menschenbild*) ivi accolta. Cfr. BVerfGE 32 (107): «Tutti i diritti fondamentali vanno letti alla luce dell'idea di uomo fatta propria dal *Grundgesetz*, e cioè dell'uomo come personalità responsabile, che si sviluppa liberamente nella comunità sociale. Questo nesso col sociale, proprio dell'individuo, fa sì che anche i diritti fondamentali per i quali non è prevista espressamente la possibilità di una limitazione ad opera del legislatore, possano subire delle compressioni». Giurisprudenza e dottrina parlano al proposito di "teoria del limite (immanente)" (*Schrankentheorie*): cfr. LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., p. 60.

⁷⁴ La teoria del *Bundesverfassungsgericht* e della dottrina costituzionalistica tedesca, secondo cui l'intangibilità della dignità di cui all'art. 1 comma 1 GG funge da limite intrinseco, immanente, alla discrezionalità del legislatore nella compressione dei diritti fondamentali è nota come (*Schranken-Schranke Theorie*) teoria "dei limiti al limite", in relazione alla teoria del limite (immanente) di cui si è detto alla nota precedente: cfr. HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 2, nmg. 77

⁷⁵ Cfr. BVerfGE 75, 369 (380): «Questo limite [della dignità] opera in modo assoluto, senza possibilità di un bilanciamento dei valori».

⁷⁶ Sulla c.d. *Ewigkeitsgarantie* v. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 43.

⁷⁷ Ricordiamo che in base all'art. 79 comma 3 GG «è inammissibile una modifica della Legge Fondamentale che tocchi [...] i principi enunciati negli articoli 1 e 20».

⁷⁸ Cfr. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 132.

ancora oggi⁷⁹: se può giustificarsi costituzionalmente la limitazione di un diritto (qualora, nel rispetto del principio di proporzionalità, essa serve a proteggere un prevalente interesse della società), mai invece si giustifica un attacco alla dignità, che integra sempre una violazione della Costituzione. La dignità umana, in breve, non è bilanciabile con nessun altro valore costituzionale, essa non è relativizzabile⁸⁰.

È, questo, un punto nevralgico, che tocca anche la riflessione sui diritti fondamentali: perché se è vero che dignità e diritti fondamentali sono intimamente legati, allora l'intangibilità della dignità non può non produrre effetti anche sulle possibilità di compressione questi ultimi. Il Tribunale costituzionale federale valorizza anzi moltissimo questo legame tra dignità e diritti inviolabili, fino al punto da farne l'aspetto centrale, il fulcro, della propria giurisprudenza in materia di libertà fondamentali: secondo la sua consolidata giurisprudenza, al fondo di ognuno dei diritti inviolabili si trova un nucleo ultimo, essenziale, la cui violazione equivale a disconoscere il valore della persona, equivale a "toccare" la dignità dell'uomo; questo nucleo essenziale costituisce il "contenuto di dignità" del diritto fondamentale e in quanto tale va considerato intangibile al pari di quest'ultima, in forza della garanzia assoluta di cui all'art. 1 comma 1 GG.

Questo passaggio sembra trovare sostegno nello stesso *Grundgesetz*, che all'art. 19 comma 2 dispone: «in nessun caso un diritto fondamentale può essere toccato nel suo contenuto sostanziale»⁸¹. Su questa norma, per la verità, è nato in dottrina un acceso dibattito: secondo taluno, garanzia del nucleo sostanziale e garanzia della dignità coincidono, con la conseguenza che anche il nucleo sostanziale dei diritti fondamentali è sottratto alla revisione costituzionale, a norma dell'art. 79 comma 3 GG⁸². Secondo altri, tra i due concetti non v'è corrispondenza, così che il legislatore costituzionale ben potrebbe intervenire sul nucleo sostanziale (precluso, quindi, al solo legislatore ordinario), pur di non intaccare un nucleo più interno, coincidente, questo sì, con la garanzia della dignità⁸³. Il *Bundesverfassungsgericht* aderisce a questa seconda lettura⁸⁴. Quale

⁷⁹ Cfr. BVerfGE 93, 266 (293) e BVerfG in *JZ*, 2003, p. 623.

⁸⁰ Cfr. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 44.

⁸¹ Si riporta di seguito, per completezza, anche il primo comma dell'art. 19 GG: «Nella misura in cui un diritto fondamentale possa essere limitato, in base a questa Legge Fondamentale, ad opera della legge o in base alla legge, tale legge deve valere in generale e non per il singolo caso. Detta legge deve inoltre menzionare il diritto fondamentale mediante l'indicazione dell'articolo»

⁸² Così DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 81 e 85.

⁸³ Così ad esempio E. DENNINGER, in *JZ*, 1998, p. 1129 (spec. p. 1134), richiamato da DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 163 ss. Una dottrina minoritaria (tra questi l'Autore appena citato, cui si rinvia per un'ampia rassegna delle posizioni dottrinali) giunge addirittura a negare che nei diritti fondamentali riconosciuti dal *Grundgesetz* (o quanto meno in alcuni di questi) sia rinvenibile un contenuto riconducibile alla dignità umana.

⁸⁴ V. ancora DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 164, secondo il quale il *Bundesverfassungsgericht* mostrerebbe di aderire a questa seconda tesi anche nel definire i diritti fondamentali "una concretizzazione del principio della dignità umana" (BVerfGE 93, 266 <299>); secondo lo stesso Autore, il *BVerfG* tenderebbe peraltro a richiamare l'art. 19 comma 2 solo come supporto generico, poggiando nella realtà la sua conclusione sul richiamo congiunto agli articoli 1 comma 1 e 79 comma 3 *Grundgesetz* (DREIER, *ivi*, vol. 2, sub art. 79 III, nmg. 27 ss). Per la verità, va detto che,

che sia la tesi accolta, comunque, resta il fatto che secondo il *Grundgesetz*, nell'interpretazione del Tribunale costituzionale, i diritti fondamentali non sono suscettibili di infinite compressioni, ma oppongono al legislatore un nucleo ultimo, intangibile al pari della dignità dell'uomo, insuscettibile di essere bilanciato con altri valori costituzionali⁸⁵.

quanto in molte sue sentenze, il Tribunale costituzionale è esplicito nel richiamare l'art. 19 comma 2 GG a dimostrazione della volontà del *Grundgesetz* di salvaguardare il nucleo ultimo dei diritti fondamentali. Si veda ad esempio BVerfGE 80, 367 (373) («Neppure interessi preponderanti della collettività possono giustificare ingerenze in questo ambito [intoccabile]: per un bilanciamento secondo il principio di proporzionalità non v'è spazio [...]. Ciò discende in primo luogo dalla garanzia del contenuto sostanziale dei diritti fondamentali (art. 19 comma 2 GG); in secondo luogo, dal fatto che il nucleo duro del diritto alla personalità è protetto in forza della intangibile dignità dell'uomo»). Ma chiarissima sul punto è soprattutto la recentissima sentenza del BVerfG 3.3.2004 (in BVerGE 109, 279 ss.; si tratta della sentenza oggetto di analisi approfondita *infra*, § 5): «La legittimità delle riforme costituzionali non va misurata in base alla garanzia del nucleo sostanziale di cui all'art. 19 comma 2 GG. Questa garanzia vincola infatti il legislatore ordinario, non quello costituzionale. Certamente può accadere, in singoli casi, che la violazione del contenuto sostanziale di cui all'art. 19 comma 2 GG tocchi contemporaneamente anche il contenuto di dignità di un diritto fondamentale di cui all'art. 79 comma 3 GG. Tuttavia, il contenuto sostanziale non corrisponde al contenuto di dignità di un diritto fondamentale. La possibilità di una coincidenza nel caso concreto non toglie che l'unico parametro per la valutazione della legittimità di una compressione costituzionale di un diritto fondamentale è dato dal suo contenuto di dignità, garantito dall'art. 79 comma 3 GG».

⁸⁵ Resta l'interrogativo sulla possibilità di comprimere il valore supremo della dignità dell'uomo in caso di conflitto tra dignità e dignità. Sul punto la discussione nella dottrina tedesca è aperta e oltremodo vivace, con forti contrasti di opinione. Il problema si è posto inizialmente in relazione all'aborto volontario (conflitto tra dignità della donna e dignità del nascituro): il *Bundesverfassungsgericht* sostiene che l'aborto è tendenzialmente incompatibile con il *Grundgesetz*, perché anche al nascituro spetta la tutela di cui all'art. 1 comma 1 GG; ritiene, tuttavia, legittima una legge che lo consenta nella primissima fase della gestazione, previo consiglio e consulenza della donna da parte di esperti (BVerfGE 88, 203 ss.). La problematica del conflitto tra dignità e dignità viene molto discussa, oggi, anche sul terreno del processo penale, dove taluno propone di ammettere la compressione della dignità della persona indagata, in determinate ipotesi specialissime ed eccezionali. La discussione è nata, in particolare, intorno alla possibilità di sottoporre a tortura il complice di chi tenga sotto sequestro una persona, al fine di scovare il luogo in cui questa è detenuta e così salvarle la vita: qui sarebbe la dignità dell'ostaggio a porsi in conflitto con quella del complice. Secondo la stragrande maggioranza dei commentatori, tuttavia, lo Stato non è mai legittimato a violare la dignità della persona, proclamata solennemente intangibile nella Carta costituzionale, e dunque neanche in ipotesi di questo genere, così che la tortura deve ritenersi, in ogni caso, incostituzionale. Si vedano: DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 1 comma 1, nmg. 132, per un'efficace sintesi del dibattito dottrinale, con ampia nota di richiami; F. SALIGER, *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *ZStW*, 116 (2004), p. 35 ss. per una diffusa e interessante riflessione sul tema; O. MIEHE, *Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot*, in *NJW* 2003, p. 19 s. Il *Bundesverfassungsgericht*, dal canto suo, resta fermo nel ritenere incostituzionale qualsiasi compressione della dignità della persona, ancorché finalizzata a salvare la vita (e con essa il suo contenuto di dignità) altrui. Estremamente interessante, in questo senso, la recentissima sentenza BVerfG, 1 BvR 357/05 del 15.2.2006 (reperibile sul sito internet ufficiale del *Bundesverfassungsgericht* alla pagina:

http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html). Essa decide il ricorso diretto di alcuni cittadini tedeschi (costretti a viaggiare spesso in aereo per ragioni professionali e personali), che denunciavano l'illegittimità di una legge ordinaria con la quale si autorizzava l'esercito ad abbattere aerei con passeggeri a bordo, se eventualmente utilizzati da dirottatori come arma per uccidere persone a terra. Il Tribunale dichiara la legge incostituzionale per violazione del "contenuto di dignità" del diritto alla vita (art. 2 comma 2 in collegamento con l'art. 1 comma 1 GG). Dopo aver ribadito che la dignità umana è inviolabile, che nessun uomo può esserne privato, e che ciò vale indipendentemente dalla prevedibile breve durata della vita della persona interessata, il Tribunale considera che: «i passeggeri e l'equipaggio di un aereo dirottato si trovano in una situazione estrema, costretti in uno spazio ristretto e senza via d'uscita, impossibilitati ad incidere autonomamente sulle proprie condizioni di vita. [...], ciò

Il terreno privilegiato di applicazione della teoria del nucleo intangibile dei diritti fondamentali è costituito dalla disposizione che garantisce il diritto al libero sviluppo della personalità: l'art. 2 comma 1 *Grundgesetz*⁸⁶. Per comprenderne le ragioni, deve innanzitutto rammentarsi che personalità e autodeterminazione costituiscono i tratti essenziali della concezione di dignità accolta dal *Grundgesetz* (la persona umana «è un'entità autonoma che si sviluppa liberamente all'interno della società»⁸⁷), così che il diritto al libero dispiegarsi della personalità si presenta come la prima condizione per il rispetto della dignità umana⁸⁸. Quale espressione generale della libertà personale riconosciuta all'uomo, inoltre, tale diritto costituisce la premessa di tutte le specifiche libertà riconosciute al cittadino nei confronti dello Stato⁸⁹, e in tale qualità viene spesso valorizzato dal Tribunale costituzionale in combinazione con il principio espresso nell'art. 1 comma 1 GG, sempre nel presupposto che «il sistema valoriale sotteso ai diritti fondamentali trova il suo fulcro nella personalità umana che si dispiega liberamente nella società, e nella sua dignità», alla quale «è dovuto rispetto e protezione da parte di tutti i poteri dello Stato: art. 1 e art. 2 co. 1 GG»⁹⁰.

Va aggiunto che il diritto tedesco al libero dispiegarsi della personalità è particolarmente ampio e articolato. In primo luogo, perché il Tribunale considera la norma dell'art. 2 comma 1 una formula aperta, capace di fornire fondamento costituzionale a eventuali nuovi diritti, per proteggere lo sviluppo della personalità umana dai pericoli connessi ai progressi della modernità⁹¹. Inoltre, e

che già li rende oggetti nelle mani dei dirottatori. Facendo applicazione della legge impugnata, anche lo Stato li tratterebbe come meri oggetti della propria azione volta a salvare la vita altrui. [...] Trattarli così significa disconoscere in capo a queste persone la qualità di soggetti dotati di una dignità e di diritti inviolabili. La loro uccisione come mezzo per salvare le vite altrui li strumentalizza e li esautora dei propri diritti: nel disporre unilateralmente delle loro vite, lo Stato nega ai passeggeri dell'aereo (che, in quanto vittime, avrebbero invece loro stessi bisogno di protezione) quel valore che spetta ad ogni uomo in quanto tale» (BVerfG 15.2.2006, cit., nmg. 123 s.).

⁸⁶ Art. 2 comma 1 GG: «Ognuno ha il diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti di altri e non trasgredisca l'ordinamento costituzionale o la legge etica». Si riporta anche il secondo comma dell'articolo: «Ognuno ha il diritto alla vita e alla incolumità fisica. La libertà della persona è inviolabile. Questi diritti possono essere limitati soltanto in base alla legge».

⁸⁷ BVerfGE 51, 324 (345).

⁸⁸ Cfr. BVerfGE 45, 187 (228): «perché l'inalienabile dignità dell'uomo in quanto persona consiste proprio in ciò, che egli viene considerato come personalità responsabile».

⁸⁹ LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 2, nmg. 1, p. 66/1.

⁹⁰ BVerfGE 34, 281.

⁹¹ Cfr. BVerfGE 65, 1 (41): «Al centro dell'ordinamento costituzionale si collocano il valore e la dignità della persona, che agisce con libera autodeterminazione come membro in una società libera. E' servente rispetto alla sua protezione – accanto alle libertà speciali – il generale diritto alla personalità, tutelato dall'art. 2 comma 1 in collegamento con l'art. 1 comma 1 GG, che può acquistare importanza in considerazione dei progressi della modernità e dei pericoli per la personalità umana a questi connessi». Questo passo è tratto dalla storica sentenza sul censimento (del 15 dicembre 1983), con la quale il *Bundesverfassungsgericht* ha coniato il nuovo diritto alla autodeterminazione informativa (*informationelles Selbstbestimmungsrecht*): un diritto che assicura al singolo il controllo sui propri dati personali (affinché attraverso i nuovi sistemi di trattamento automatizzato delle informazioni questi non venga ridotto a un mero oggetto dell'operazione informativa e ostacolato nello sviluppo della propria personalità) e che trova nel diritto alla personalità in generale di cui all'art. 2 comma 1 e 1 comma 1 *Grundgesetz* il proprio fondamento costituzionale.

principalmente, l'ampiezza di questo diritto discende dalla esegesi che il Tribunale stesso (in accordo con la dottrina) offre della norma che lo contempla. Secondo la consolidata interpretazione del BVerfG, infatti, nell'art. 2 comma 1 GG convivono due distinti diritti, molto diversi tra loro per inquadramento dogmatico e per modalità di tutela. Il primo è il diritto alla personalità in generale (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), ricavato dal combinato disposto dell'art. 2 comma 1 e dell'art. 1 comma 1 GG, che presenta caratteristiche simili a quelle degli specifici diritti di libertà contemplati dalle successive norme del *Grundgesetz*, e agisce parallelamente a questi; il secondo è la "libertà di azione in generale" (*allgemeine Handlungsfreiheit*)⁹², che opera invece alternativamente rispetto alle libertà speciali, intervenendo là dove queste non arrivano. Mentre la prima figura è posta a garanzia di una "libertà negativa" al libero sviluppo della persona, la seconda assicura la "libertà positiva" necessaria per tale sviluppo. Più precisamente, mentre il diritto alla personalità (in generale) garantisce al cittadino una sfera di riservatezza, in cui questi possa ritirarsi al riparo dallo sguardo altrui e quindi esprimere e formare, nel segreto, la propria personalità (senza timore di essere giudicato negativamente, dunque in libertà), la libertà di azione (in generale) riconosce al cittadino il diritto di *fare* qualcosa (qualcosa che non è contemplato nelle singole libertà speciali del *Grundgesetz*: in questo senso essa interviene in via sussidiaria rispetto a queste ultime), che gli consente di sviluppare ed esprimere, in positivo, la propria personalità⁹³.

È soprattutto con riguardo alla prima delle due figure, il diritto alla personalità in generale, che il Tribunale costituzionale ha elaborato e approfondito la teoria del nucleo inviolabile dei diritti fondamentali⁹⁴. In primo

⁹² Detto anche "generale diritto alla libertà" (*allgemeines Freiheitsrecht*).

⁹³ Così JARASS, in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz*, cit., sub art. 2, nmg. 2. si rinvia a DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 2 comma 1. Naturalmente, l'interpretazione dell'art. 2 comma 1 *Grundgesetz* come formula aperta, capace di adeguare la Costituzione ai rischi connessi ai progressi della modernità, è valida allo stesso modo per entrambe le figure "ospitate" da questa norma; si veda, con specifico riferimento alla seconda figura, il seguente passo, estratto da BVerfGE 6, 32 (36): «Accanto alla generale libertà di azione, garantita dall'art. 2 comma 1 GG, la Legge fondamentale, attraverso il riconoscimento di specifici diritti fondamentali, ha protetto la libertà dell'agire umano in relazione ad ambiti particolari della vita umana, che in base all'esperienza storica appaiono particolarmente esposti all'attacco dei pubblici poteri [...]. Nella misura in cui determinati ambiti della vita umana non sono protetti da specifici diritti fondamentali, il singolo, di fronte alle ingerenze del potere pubblico, può appellarsi all'art. 2 comma 1 GG».

DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 2 comma 1, nmg. 22 ss. (al quale si rinvia anche per un'ampia disamina delle due figure), sottolinea che i due diritti hanno una radice comune: da un lato, mentre la generale libertà di azione garantisce al cittadino la libertà di determinare abitudini, comportamenti, eccetera, il diritto alla personalità in generale lo protegge contro la conoscenza da parte di altri di queste abitudini e comportamenti; dall'altro lato, la tutela dell'"attività" del singolo poggia a sua volta sulla tutela della sua integrità.

⁹⁴ La seconda delle due figure, la libertà di azione in generale, vede il diritto civile quale privilegiato ambito di applicazione: è soprattutto in questo contesto, infatti, che l'art. 2 comma 1 GG viene invocato – nella dottrina e nella stessa giurisprudenza costituzionale – per offrire tutela a nuove forme di violazione della sfera individuale, quale fonte di nuovi diritti della personalità. L'ampia interpretazione data dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche all'art. 2 comma 1 *Grundgesetz* riveste grande interesse per la comparazione con il nostro sistema. Ci si riferisce al dibattito sorto intorno all'art. 2 Cost., notoriamente interpretata da taluno come norma che si limita a "supportare" le specifiche garanzie di cui alle disposizioni seguenti (autorevole e principale sostenitore di questa interpretazione è A. PACE, di cui si

luogo, perché, come si accennava, questo diritto nasce dalla combinazione tra diritto al libero sviluppo della personalità e principio di intangibilità della dignità umana, così che il suo “contenuto di dignità” è particolarmente ampio ed evidente; in secondo luogo, perché il diritto alla personalità in generale costituisce, come pure si è detto, la premessa di tutti gli altri diritti fondamentali riconosciuti dal *Grundgesetz*, e in tale qualità viene spesso richiamato in rafforzamento di questi ultimi⁹⁵.

Vediamo, dunque, in che cosa consiste, alla luce della giurisprudenza costituzionale⁹⁶, il contenuto di dignità del diritto alla personalità in generale. La sentenza in cui il *Bundesverfassungsgericht* elabora per la prima volta la teoria del nucleo intoccabile dei diritti fondamentali risale al 1957⁹⁷, e pur non facendo ancora menzione del diritto alla personalità in generale, fa già riferimento all’art. 2 comma 1 GG. La pronuncia è interessante perché si preoccupa di dare conto del fondamento dogmatico della teoria del nucleo intoccabile, individuandolo con sufficiente chiarezza in quelle norme del *Grundgesetz* che fissano, più o meno esplicitamente, un limite generale alla discrezionalità del legislatore (nelle

vedano in particolare le considerazioni in *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, 2003, p. 20 ss.), da altri, invece (quest’ultimo sembra l’orientamento ormai abbracciato anche dalla Corte costituzionale) come clausola aperta, in grado di offrire tutela alle nuove forme di aggressione della libertà individuale che non trovano protezione nelle specifiche disposizioni della Costituzione (cfr. in particolare A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 80 ss.). Va detto che, come sottolinea PACE, *ibidem*, la norma dell’art. 2 GG presenta delle peculiarità rispetto al nostro art. 2 Cost. Più precisamente, l’art. 2 GG comma 1 individua anche alcuni limiti posti al libero sviluppo della personalità (e di conseguenza anche al diritto alla personalità e alla libertà di azione in generale, le due figure di creazione giurisprudenziale che da tale norma promanano): l’ordinamento costituzionale, la legge morale e la non violazione dei diritti altrui. Questo sembrerebbe offrire maggiori garanzie di determinatezza e di non pregiudizio rispetto alle libertà speciali espressamente contemplate dal *Grundgesetz*. In realtà, deve precisarsi, la capacità di questi limiti di arginare la proliferazione di nuovi diritti fondamentali, e dunque i rischi di interferenza e indebolimento delle libertà speciali, dipende molto dall’opera interpretativa del *Bundesverfassungsgericht* (che peraltro nella propria giurisprudenza richiama raramente i detti limiti). Il consolidato orientamento del Tribunale costituzionale federale, infatti, offre del limite costituito dallo “ordinamento costituzionale” un’interpretazione amplissima, facendolo coincidere con l’intera legislazione, anche ordinaria, tedesca, conforme al *Grundgesetz* (cfr. LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 2, p. 72). Questo primo limite – dei tre menzionati dalla norma – è pertanto, secondo la dottrina costituzionale tedesca, l’unico veramente operante: il limite dei diritti altrui, infatti, e quello della legge etica, finiscono per essere assorbiti dalla onnipresente legislazione, e non rivestono più alcun peso autonomo: vedi *amplius* JARASS, in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz*, cit., sub art. 2, nmg. 17 e ss. Come si diceva, la capacità del limite del rispetto dell’ordinamento costituzionale di arginare la proliferazione dei nuovi diritti della personalità dipende dallo stesso *Bundesverfassungsgericht*: è quest’organo, infatti, che stabilisce quali leggi (ordinarie e anche costituzionali) siano conformi a Costituzione e quali no, e dunque quali statuizioni normative, in definitiva, siano idonee a fungere da contrappeso all’interpretazione espansiva dell’art. 2 comma 1 GG.

⁹⁵ Cfr. la giurisprudenza costituzionale riportata in LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 2, nmg. 4, p. 71.

⁹⁶ Da questo momento in poi, nel presente e nel successivo paragrafo, l’esame della giurisprudenza costituzionale verrà svolto riportando nel testo ampi stralci delle sentenze del *Bundesverfassungsgericht*. Tale modo di procedere appesantirà non poco il discorso; nondimeno, la lettura diretta delle decisioni del Tribunale costituzionale appare indispensabile per penetrare la mente del Tribunale, e comprendere come questi giunga, concretamente e nei singoli casi, ad assicurare sempre il più ampio rispetto della dignità e della personalità dell’uomo.

⁹⁷ Sentenza 16.01.1957 in BVerfGE 6, 32.

norme, cioè, che si sono prima analizzate: articoli 1 comma 1, 19 comma 2 e 79 comma 3 GG). Si legge dunque in quella sentenza: «La Legge Fondamentale ha eretto un ordinamento dei valori che delimita il potere pubblico. In forza di questo ordinamento nella comunità statale devono essere assicurati l'autonomia, la responsabilità personale e la dignità dell'uomo. I principi supremi di questo ordinamento di valori sono sottratti alla revisione costituzionale (artt. 1, 20, 79 comma 3 GG). [...] Soprattutto, il legislatore non può violare la dignità dell'uomo, che è valore supremo nella legge fondamentale, e neppure può limitare la libertà spirituale, politica ed economica dell'uomo fino al punto di toccarne il contenuto essenziale (art. 19 comma 2, art. 1 comma 3, art. 2 comma 1 GG). Discende da ciò che al singolo cittadino è riservata, in forza della Costituzione, una sfera di libera gestione (*eine Sphäre privater Lebensgestaltung*)⁹⁸ della vita privata, un ultimo intoccabile ambito di libertà umana, che è sottratto all'azione del pubblico potere nel suo complesso. Una legge che invadesse questa sfera non potrebbe mai essere considerata legittimamente appartenente all'«ordinamento costituzionale» e il Tribunale Costituzionale federale dovrebbe dichiararne la nullità»⁹⁹.

Tracciato il solco, le sentenze successive non fanno che ripercorrerlo e approfondirlo. Si vedano i passi seguenti: «Nell'ordinamento valoriale della Legge Fondamentale la dignità umana è il valore supremo (BVerfG 6, 32 [41]). Questa professione di dignità dell'uomo domina, insieme a tutte le disposizioni della legge Fondamentale anche l'art. 2 comma 1 GG [...]. Una [...] ingerenza nella sfera della personalità, tramite la completa conoscenza delle relazioni personali del cittadino, è interdetta allo Stato [...] per il fatto che, per consentirgli un libero e responsabile sviluppo della personalità, al singolo deve permanere uno «spazio intimo» nel quale egli possa «possedere se stesso e ritirarsi», al quale pertanto «il mondo esterno non abbia accesso e nel quale si possa essere lasciati in pace e godere di un diritto alla solitudine»¹⁰⁰. «La consolidata giurisprudenza del Tribunale costituzionale afferma che la Legge Fondamentale garantisce al cittadino una sfera intangibile di libera gestione della vita privata, che è sottratta all'azione dei pubblici poteri (BVerfGE 6, 32 [41]; 27, 1 [6]; 27, 344 [350 ss.]). Il dovere, costituzionalmente imposto, di rispettare la sfera intima del singolo trova il suo fondamento nel diritto al libero sviluppo della personalità garantito

⁹⁸ L'espressione utilizzata dal BVerfG è di difficile traduzione nella nostra lingua: il verbo tedesco *gestalten*, dal quale deriva il sostantivo *Gestaltung* (che qui si è scelto di tradurre con quello italiano di «gestione» o, altrove, di «organizzazione»), riassume in sé, infatti, molteplici significati: dare forma (a una cosa), costruirla, svilupparla, realizzarla, organizzarla (da G. WAHRIG, *Deutsches Wörterbuch*, 6^a edizione). La parola *private Lebensgestaltung*, pertanto, dovrebbe propriamente tradursi come «il dare forma privatamente alla (propria) vita».

⁹⁹ BVerfGE 6, 32 (41). Ricordiamo che secondo l'art. 20 GG (la norma che proclama il principio dello stato-di-diritto, ovvero il valore più spesso si pone in conflitto con il principio personalistico) «La Repubblica federale tedesca è uno stato federale democratico sociale. [...] La legislazione è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e quello giurisdizionale sono vincolati alla legge e al diritto».

¹⁰⁰ Sentenza del 16.7.1969, in BVerfGE 27,1 (6). I passi virgolettati sono citazioni da J. WINTRICH, *Die Problematik der Grundrechte*, 1957, p. 15 s., che il Tribunale costituzionale richiama unitamente a G. DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, 2^a edizione, sub art. 1, nmg. 37.

dall'art. 2 comma 1 GG»¹⁰¹. «Il diritto al libero sviluppo della personalità e la dignità umana garantiscono al singolo una sfera autonoma di libera gestione della vita privata, nella quale egli può sviluppare e proteggere la propria individualità. Rientra in questa sfera il “diritto a rimanere soli”, ad “appartenere a se stessi” (Adolf Arndt, NJW 1967, p. 1845 [1846]), ad escludere l'intrusione o lo sguardo altrui»¹⁰².

Il limite invalicabile per la compressione del diritto fondamentale di cui all'art. 2 comma 1 GG, ovvero la sottrazione al meccanismo del bilanciamento del “contenuto di dignità” del diritto alla personalità, è valido anche nelle ipotesi di conflitto tra più diritti fondamentali¹⁰³, come dimostra a chiare lettere il passo che segue¹⁰⁴: «la rappresentazione del comportamento sessuale, che anche oggi è per l'uomo parte di quel nucleo della vita intima meritevole di protezione, doveva svalutare l'interessato come persona, spogliarlo della sua dignità di uomo. Di tal guisa il ricorrente lo disprezza in un modo, che un ordinamento giuridico che riconosce la dignità dell'uomo come valore supremo deve disapprovare. Tale considerazione è trascurata dal ricorrente, che rimprovera alla Corte d'appello di non aver operato un bilanciamento tra la libertà di espressione artistica e il diritto alla personalità della parte civile (...). La Corte d'appello ha invece correttamente riconosciuto che simili attacchi alla dignità umana non possono essere giustificati dalla libertà di espressione artistica (...). Nella misura in cui il diritto alla personalità in generale costituisce diretta emanazione della dignità umana, questo limite opera in modo assoluto senza possibilità di un bilanciamento dei valori [...]. In caso di ingerenze in questo nucleo del diritto all'onore protetto dall'art. 1 comma 1 GG, ci si trova sempre di fronte ad un grave pregiudizio per il diritto alla personalità che, in base alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale (BVerfGE 67, 213 [228]), non è più coperto dalla libertà di espressione artistica»¹⁰⁵.

Il contenuto di dignità del diritto alla personalità in generale coincide pertanto, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, con la garanzia di uno spazio inaccessibile e riservato, che è necessario al singolo per dare forma liberamente e responsabilmente alla propria vita privata (*Sphäre privater Lebensgestaltung*),

¹⁰¹ Sentenza dell' 8.03.1972, in BVerfGE 32, 373 (378-9). Praticamente identica, fin nei vocaboli e nelle espressioni usate, la sentenza del 31.1.1973, in BVerfGE 34, 238 (245).

¹⁰² BVerfGE 35, 202 (220).

¹⁰³ O meglio, per dirla con le parole del Tribunale costituzionale: «i principi giurisprudenziali elaborati con riferimento alle misure adottate dai pubblici poteri devono essere rispettati anche quando viene in questione una decisione del giudice secondo le norme del diritto privato, che abbia ad oggetto più interessi tra loro collidenti» (BVerfGE 35, 202 <221>).

¹⁰⁴ Tratto dalla decisione in BVerfGE 75, 369, sulla legittimità della sentenza di una Corte d'appello che aveva affermato la lesione dell'onore (e del suo contenuto di dignità) di un personaggio politico, ad opera della vignetta di un caricaturista nella quale il detto personaggio veniva ritratto, nelle sembianze di un maiale, nell'atto di copulare con un suo consimile. Si trattava pertanto di un conflitto tra il diritto alla personalità del personaggio politico (perché secondo la dottrina e la giurisprudenza tedesche l'onore è tutelato dal diritto alla personalità in generale: cfr. JARASS, in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz*, cit. sub art. 1, nmg. 15) di cui all'art. 2 comma 1 GG, da un lato, e la libertà di manifestazione del pensiero del caricaturista, di cui all'art. 5 GG, dall'altro.

¹⁰⁵ BVerfGE 75, 369 (380).

consentendogli di esprimere e sviluppare liberamente, al riparo dagli sguardi di terzi, gli aspetti più intimi della propria personalità.

Nelle pronunce già evidenziate e in altre successive, il *Bundesverfassungsgericht* rimarca, tuttavia, che la protezione assoluta di cui all'art. 1 comma 1 GG non spetta all'intera sfera privata del diritto alla personalità, ma soltanto al nucleo più interno e sensibile della medesima. Si vedano i passi seguenti. «Tuttavia non l'intero ambito della vita privata si trova sotto la tutela assoluta del diritto fondamentale, di cui all'art. 2 co. 1 in collegamento con l'art. 1 co. 1 GG (BVerfGE 27, 344 [351]). In qualità di cittadino che si pone in rapporto con la società ed è legato alla società, ciascuno deve piuttosto accettare provvedimenti dello Stato che siano adottati nell'interesse della collettività, nello stretto rispetto del principio di proporzionalità, e nella misura in cui non comprimano la sfera intoccabile di libera gestione della vita privata»¹⁰⁶. «Il diritto alla personalità in generale, tutelato dal combinato disposto degli articoli 2 comma 1 e 1 comma 1 GG garantisce al singolo il potere – che deriva dall'idea della autodeterminazione – di decidere tendenzialmente personalmente se ed in quale misura rivelare fatti personali (cfr. BVerfGE 65, 1 [41 ss.] con ulteriori richiami). Questo non vale, tuttavia, illimitatamente: delle limitazioni possono essere necessarie nel prevalente interesse della collettività, in particolare quando il singolo, quale cittadino che vive nella società, entra in comunicazione con gli altri, con il proprio comportamento agisce sugli altri e in tal modo interferisce con la sfera personale dei consociati o con gli interessi della società (BVerfGE 35,35 [39]; 202 [220]). Il BVerfG riconosce tuttavia l'esistenza di una sfera ultima e intoccabile di libera gestione della vita privata, che è sempre sottratta all'azione dei pubblici poteri (BVerfGE 6, 32 [41]; 389 [435]; 54, 143 [146]; giurisprudenza costante). Neanche interessi preponderanti della società possono pertanto giustificare ingerenze in questa sfera: per un bilanciamento, in applicazione del principio di proporzionalità, non v'è alcuno spazio (BVerfGE 34, 238 [245])»¹⁰⁷.

Nel tentativo di individuare con maggiore precisione l'ambito intangibile della vita privata, distinguendolo da quello suscettibile, invece, di compressioni, il *Bundesverfassungsgericht* ha elaborato negli anni Cinquanta e Sessanta un'originale teoria: la c.d. teoria delle sfere (*Sphärentheorie*)¹⁰⁸. In base a questa

¹⁰⁶ BVerfGE 32, 373 (379). Anche questo passo, esattamente come quello citato in precedenza, è ripetuto negli stessi termini da BVerfGE 34, 238 (245).

¹⁰⁷ BVerfGE 80, 367 (373).

¹⁰⁸ Il *Bundesverfassungsgericht* ha, in questo, preso spunto una precedente intuizione del *Bundesgerichtshof*, la Corte di cassazione tedesca, che con una sentenza del 1954 (BGH in BGHZ 13, p. 334), e dunque prima ancora del Tribunale costituzionale, era giunta a distinguere, all'interno del diritto alla personalità in generale, tre sfere, corrispondenti a tre cerchi concentrici di raggio progressivamente minore, protette in maniera differenziata. La teoria delle sfere sviluppata dal Tribunale costituzionale, a dispetto delle apparenti affinità strutturali, è tuttavia molto diversa da quella elaborata dalla Cassazione tedesca (ad uso precipuo della materia civilistica): non solo i nomi delle sfere divergono (la Cassazione parlava di sfera segreta, privata, confidenziale), ma anche il contenuto e il grado di tutela assicurato a ciascuna sfera si differenziano sensibilmente. Si vedano, sul punto, le considerazioni svolte da T. DALAKOURAS, *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre*, Berlin, 1986, pp. 37-38. Sulla teoria delle sfere elaborata a suo tempo dal *Bundesgerichtshof* si veda, nella letteratura italiana, F.

impostazione, nell'ambito del diritto di cui all'art. 2 comma 1 GG possono enuclearsi tre distinte sfere della personalità: la sfera intima (*Intimsphäre*), la sfera privata (*Privatsphäre*) e la sfera (individuale) a rilevanza sociale (*Sozialsphäre*)¹⁰⁹. Le tre sfere oppongono all'azione dei pubblici poteri una resistenza più o meno forte, a seconda della loro maggiore o minore prossimità al nucleo intoccabile del diritto alla personalità in generale (l'ambito di libera gestione della vita privata, di cui si è già detto). Più precisamente, mentre la c.d. sfera intima coincide perfettamente con il nucleo resistente, più interno, del diritto, ovvero con il suo contenuto di dignità, e pertanto i comportamenti ad essa attinenti sono sempre inaccessibili (intangibili) ai pubblici poteri, la sfera privata (intermedia) e quella a rilevanza sociale (la più esterna) sono comprimibili: la prima, nello stretto rispetto del principio di proporzionalità, la seconda, tendenzialmente sempre, nel rispetto di requisiti meno rigorosi.

Per comprendere meglio su quali basi il Tribunale costituzionale distingua le tre sfere, si veda il passo seguente, che, richiamando la sentenza che per prima ha riconosciuto l'esistenza di un nucleo intoccabile nel diritto alla personalità, interviene a restringerne l'ambito applicativo: «Certamente esiste - come è stato esposto nella sentenza del 16 gennaio 1957 - un "ultimo, intoccabile ambito di libertà umana [...], che è sottratto all'azione del pubblico potere nel suo complesso", in cui è cioè vietato al legislatore di penetrare. Da questo ambito però si fuoriesce nel momento in cui le azioni di un soggetto producono effetti nella sfera altrui, senza che particolari circostanze, come ad esempio l'esistenza di rapporti familiari, facciano apparire questa dimensione sociale dell'agire come ancora appartenente alla sfera intima personale. Normalmente, il fatto che un'azione produca effetti sulla sfera della personalità altrui è requisito sufficiente perché le si possa attribuire quella dimensione sociale [*Bezug auf das Soziale*] che la rende accessibile al diritto; tuttavia, anche azioni che si compiono in "comunicazione" con altri possono, nell'ottica di cui agli artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG, essere sottratte all'ingerenza del legislatore; l'ammissibilità dell'ingerenza dipende da questo: se la "rilevanza sociale" [*Sozialbezug*] dell'azione sia sufficientemente intensa».

Chiari esempi di applicazione della teoria delle sfere si trovano anche nella giurisprudenza successiva: si riportano di seguito due stralci significativi. Il primo è tratto da una pronuncia che, dovendo decidere della legittimità della raccolta di informazioni personali nell'ambito di un censimento, distingue a seconda dell'attinenza dell'informazione alla sfera intima della persona ovvero a quella "a rilevanza sociale": «Non ogni rilevazione statistica ferisce la personalità umana nella sua dignità o viola il suo diritto all'autodeterminazione nella più intima sfera personale [...] Una rilevazione statistica sulla persona potrà essere

BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079 ss. (spec. pp. 1083-1090).

¹⁰⁹ Cfr. H.HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 10. Auflage, München, 2004, sub art. 1, nmg. 61. Sul contenuto della sfera intima, v. recentemente A. HOYER, *Die Verletzung höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, fasc. 1, p. 3.

avvertita come privativa della dignità e come minaccia al diritto alla autodeterminazione, solo laddove essa abbracci quell'ambito dell'umana vita privata che per natura ha carattere di segretezza, così riducendo anche questa sfera intima a materiale statisticamente accessibile e suscettibile di svelamento: in questa misura esistono anche per lo Stato della moderna società industriale limiti alla spersonalizzazione tecnico-amministrativa. Laddove, al contrario, la rilevazione statistica attenga esclusivamente al comportamento dell'uomo nel mondo esterno, la personalità di regola non ne verrà toccata nella sua sfera inviolabile, relativa alla libera gestione della vita privata»¹¹⁰. Il secondo passo è tratto da una sentenza di poco successiva: «Quando il singolo, come cittadino che vive in una società, entra in comunicazione con altre persone, quando cioè attraverso il suo modo di essere o attraverso il suo comportamento influisce sugli altri, e così interferisce con la sfera personale dei consociati o con gli interessi della società, possono discenderne delle limitazioni al suo diritto di decidere autonomamente della propria sfera privata, nella misura in cui questa sfera non rientri nel nucleo della vita privata più interno ed intoccabile. Una tale dimensione sociale [*Sozialbezug*] può infatti consentire, nel caso di intensità corrispondente, l'adozione di misure da parte dei pubblici poteri»¹¹¹.

Si deduce, da queste sentenze che l'accessibilità ai pubblici poteri di un determinato comportamento umano discende dalla rilevanza sociale di quest'ultimo, e cioè dal modo in cui questo interferisce con gli interessi dei consociati e dello Stato. Poiché, tuttavia, come riconosce lo stesso Tribunale costituzionale, «l'uomo in quanto persona, anche nel nucleo della sua personalità, esiste necessariamente *nelle* relazioni sociali», la decisione «se una data situazione debba ricondursi alla sfera intangibile di libera gestione della vita privata, o piuttosto a quel dominio della vita privata che, a determinate condizioni, è accessibile allo Stato, non può dipendere [solo] dall'esistenza di una sua rilevanza o dimensione sociale, bensì dal tipo e dall'intensità della stessa»¹¹². E «questo non può essere affermato in astratto, ma soltanto all'esito di una valutazione delle circostanze del caso concreto»¹¹³. Diventa quindi fondamentale la giurisprudenza dello stesso *Bundesverfassungsgericht*: se, infatti, i confini tra una sfera e l'altra della personalità non possono definirsi in via generale, ma caso per caso, in base a parametri (l'interferenza del comportamento con la sfera della personalità altrui, ovvero il suo *Sozialbezug*) che vengono sì esplicitati, ma che considerati astrattamente non sono risolutivi, l'unica maniera per conoscere quali comportamenti siano protetti in via assoluta, e quali no, è fare riferimento alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale, che sentenza dopo sentenza concretizza quei parametri¹¹⁴.

¹¹⁰ BVerfGE 27,1 (7).

¹¹¹ BVerfGE 35, 202 (220).

¹¹² BVerfGE 80, 367 (374).

¹¹³ *Ibidem*

¹¹⁴ A questo proposito, parte della dottrina osserva criticamente che una netta suddivisione in sfere del diritto alla personalità è dogmaticamente impossibile: si possono infatti riconoscere degli stadi, delle gradazioni successive, ma senza tracciare vere e proprie demarcazioni. Lo dimostrerebbe, tra l'altro, il fatto che al Tribunale costituzionale non sia ancora riuscito di individuare in modo convincente il decisivo

È sempre guardando alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, allora, che possono individuarsi, orientativamente, i contenuti delle tre sfere della personalità. Vengono sicuramente ricondotti, innanzitutto, alla sfera intima, protetta in modo assoluto: i comportamenti sessuali e quelli nei cui confronti si nutre normalmente un senso di pudore (ad esempio, immagini della persona nuda) nonché i comportamenti e le immagini che rappresentano la persona in stato di malattia o nell'atto di morire¹¹⁵. Nella sfera privata rientrano invece le manifestazioni della personalità che, pur senza ricadere nella sfera intima, attengono comunque a un ambito di vita strettamente personale, come quelle relative ai rapporti con i familiari¹¹⁶. Infine, fanno parte della sfera individuale (o sfera a rilevanza sociale) le azioni, le immagini, ecc., che riguardano la rappresentazione della persona (il suo essere e apparire) in pubblico: nella giurisprudenza costituzionale vengono richiamate, a questo proposito, l'attività professionale e tutte le altre che vengono svolte nel mondo esterno¹¹⁷.

4. *Segue: nel processo penale*

La riflessione del Tribunale costituzionale federale sul principio di intangibilità della dignità umana, e gli originali corollari che ne sono stati tratti in tema di limiti alla compressione del diritto alla personalità e degli altri diritti fondamentali, rivestono un'importanza decisiva nella materia penale in generale, e in quella processuale in particolare. Si tratta, in effetti, di un campo in cui l'azione dei pubblici poteri risulta particolarmente invasiva rispetto alle libertà del cittadino, in cui più che mai, dunque, v'è la necessità di precisarne i limiti. Non stupisce, dunque, che nel settore processuale penale l'imperativo della dignità di cui all'art. 1 comma 1 *Grundgesetz* abbia acquistato un peso enorme: su questa norma costituzionale (talora in combinazione con norme più specifiche) poggiano le principali garanzie processuali, e nella giurisprudenza e nella letteratura processualpenalistica tedesca il richiamo alla dignità umana è frequente almeno quanto lo è, nella nostra produzione giurisprudenziale e dottrinale, il riferimento alla garanzia del diritto di difesa di cui all'art. 24 comma 2 Cost. Per dare un'idea di quale sia il significato dell'imperativo della dignità nel sistema penale tedesco, è sufficiente ricordare che nella disposizione dell'art. 1 *Grundgesetz* affondano le proprie radici, tra gli altri, il principio di

confine tra nucleo inviolabile e sfera accessibile della personalità: cfr. DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 2 I, nmg. 87-88, con ampia nota di richiami. Per una critica ad altri specifici aspetti della teoria delle sfere v. HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 1, p. 160, nmg. 61.

¹¹⁵ Cfr. HOYER, *Die Verletzung*, cit., p. 3, che richiama, in nota, la decisione del BVerfG pubblicata in *NJW*, 1997, p. 1769.

¹¹⁶ Cfr. BVerfGE 101, 361 (nota come sentenza sul caso Carolina, in quanto il ricorso diretto aveva ad oggetto alcune fotografie "carpite" che ritraevano la principessa Carolina di Monaco insieme ai propri figli).

¹¹⁷ Cfr. BVerfGE 34, 238 (248), e BVerfGE 27, 1 (7), già citata in precedenza, secondo cui rientrano nella sfera a rilevanza sociale le informazioni relative ai viaggi di piacere e ai soggiorni termali, «perché attengono esclusivamente al comportamento dell'uomo nel mondo esterno».

colpevolezza¹¹⁸ e la funzione rieducativa della pena¹¹⁹; in ambito processuale: il principio del *nemo tenetur se ipsum accusare*¹²⁰, il diritto al contraddittorio e, più in generale, il principio del giusto processo¹²¹.

Soprattutto, però, la dignità umana costituisce, nel sistema tedesco, un importante limite all'acquisizione delle prove penali. Secondo dottrina e giurisprudenza tedesche, infatti, l'interesse dello Stato alla repressione dei reati incontra una barriera insuperabile nel rispetto dovuto alla dignità dell'uomo: è opinione unanime che l'esigenza dell'accertamento della verità nel processo penale debba retrocedere dinanzi al valore supremo garantito dall'art. 1 comma 1 GG¹²². Tale limite induce a considerare vietate in assoluto certe prove, o certi metodi di acquisizione, ovvero certi mezzi di ricerca della prova, perché incompatibili con l'imperativo della dignità. Naturalmente questa incompatibilità potrà manifestarsi in vario modo, in base ai principi elaborati dal *Bundesverfassungsgericht* che si sono analizzati nel paragrafo precedente: il mezzo di prova o di ricerca della prova potrà cioè violare la dignità in sé e per sé, quando per esempio contempra la persona quale oggetto da analizzare e scandagliare, misconoscendone, sostanzialmente, la qualità di soggetto, ovvero potrà porsi in conflitto con il nucleo duro di un diritto fondamentale, e in particolare del diritto alla personalità in generale (la sfera di libera gestione della vita privata), la cui intangibilità, come si è visto, è parimenti imposta dall'art. 1 comma 1 GG, venendo in rilievo, anche qui, un "contenuto di dignità". In quale modo la dignità venga violata non ha importanza, la conseguenza sarà sempre la

¹¹⁸ BVerfGE 57, 250 ss.

¹¹⁹ Cfr. BVerfGE 35, 202 (235 ss.); BVerfGE 36, 174 (188); BVerfGE 55, 37 (51); BVerfGE 96, 100 (115); BVerfGE 98, 169 (200 ss.).

¹²⁰ BVerfGE 38, 105 (114 s.); BVerfGE 55, 144 (150); BVerfGE 56, 37 (43). Particolarmente interessante è quest'ultima sentenza, che dichiara incostituzionale, per violazione del nucleo duro (contenuto di dignità) del diritto alla personalità in generale, l'utilizzazione nel processo penale di dichiarazioni autoaccusatorie rese, prima o nell'ignoranza dell'avvio del procedimento, dinanzi all'autorità tributaria. Eccone un passo significativo: «E' inesigibile e contrario alla dignità dell'uomo costringere un soggetto a fornire, con le proprie dichiarazioni, i presupposti per una sua condanna penale o per l'applicazione delle pene corrispondenti. [...] Il diritto alla personalità del fallito subirebbe una compressione sproporzionata qualora le dichiarazioni autoaccusatorie da esso rese sotto costrizione venissero contro la sua volontà estraniare dal loro scopo originario e utilizzate nel processo penale. Un simile modo di procedere non trova giustificazione, poiché nel procedimento penale il fallito – in virtù delle ragioni costituzionali appena richiamate – gode di un diritto al silenzio: non è consentita l'utilizzazione di dichiarazioni rese sotto coercizione. Tale diritto al silenzio si rivelerebbe illusorio, se le dichiarazioni autoaccusatorie rese sotto costrizione al di fuori del processo penale potessero venire utilizzate contro di lui a fini penali» (pp. 49-50). Per ampi richiami alla dottrina si veda DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, cit., sub art. 1 I, nmg. 140.

¹²¹ Cfr. BVerfGE 9, 95 ss. (secondo cui lo stesso diritto di difesa – *Recht auf rechtliches Gehör*, di cui all'art. 103 comma 1 GG, affonda le radici nell'imperativo della dignità: «La dignità della persona [impone] che la decisione in merito ai suoi diritti non le venga imposta dall'alto; il singolo non deve costituire un oggetto della decisione giudiziale, ma, prima che la decisione venga assunta, deve essergli data la possibilità di esprimersi, perché possa incidere sul procedimento e sui suoi risultati»); BVerfGE 26, 71 ss.; BVerfGE 57, 250 ss. In dottrina si veda STARCK, in MANGOLDT-KLEIN-STARCK, *Bonner Grundgesetz*, cit., sub art. 1 co. 1, nmg. 65, nonché, per una "panoramica" sui corollari del principio del giusto processo radicati nell'art. 1 comma 1 *Grundgesetz*, HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, sub art. 1, nmg. 48.

¹²² V. HANS-HEINER KÜHNE, *Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1 I Grundgesetz*, Köln, 1970, p. 45.

medesima: quel determinato mezzo o metodo di prova, o di ricerca della prova, non potrà trovare ingresso nel processo penale.

Esprime bene questo concetto il Tribunale costituzionale, quando afferma che: «il procedimento penale è condizionato all'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali, e di conseguenza non è dominato dal solo criterio della efficienza. In tal senso, il rispetto della Costituzione può imporre un dato procedimento piuttosto che un altro, dove l'opportunità di compiere determinati atti processuali retrocede di fronte all'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali, e dove vengono messe in conto anche certe "scomodità" processuali, costituzionalmente imposte. Entro tali limiti il Tribunale costituzionale federale, quale custode dei diritti fondamentali (...) è autorizzato a controllare la correttezza della concreta gestione del procedimento»¹²³.

Le "scomodità processuali" di cui parla il BVerfG si traducono, nella materia probatoria, in veri e propri divieti di utilizzazione. Secondo la giurisprudenza e la dottrina tedesca, infatti, lo Stato, come titolare del processo, non può in nessun caso incentivare o rendere omaggio a una violazione della dignità umana o dei diritti fondamentali: glielo vieta, molto chiaramente, l'art. 1 comma 1 *Grundgesetz*, con l'affermare, riferito alla dignità, che «è dovere di ogni potere statale *rispettarla e proteggerla*»¹²⁴, nonché il comma 3 dello stesso articolo, nel sottolineare che i diritti fondamentali di cui alle successive disposizioni della Legge Fondamentale «vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente vigente»¹²⁵. Poiché dunque lo Stato, con tutti i suoi organi, deve non solo garantire la protezione della dignità umana, ma prima ancora rispettarla lui stesso, non potrà certamente avvalersi di prove che siano state raccolte (non importa se direttamente dai suoi organi o su iniziativa di privati) in dispregio del fondamentale imperativo della dignità¹²⁶.

La dottrina tedesca parla, a questo proposito, di divieti di diretta derivazione costituzionale, o divieti di utilizzazione indipendenti; il divieto di utilizzare il risultato del procedimento probatorio non discende, cioè, dalla violazione delle specifiche regole stabilite dalla StPO per l'acquisizione della prova (e dunque da un divieto di assunzione della prova), ma scatta automaticamente, per il solo fatto della violazione di un diritto fondamentale costituzionalmente protetto¹²⁷: si tratta della categoria della prova

¹²³ BVerfGE 17, 108 (117), in materia di prelievi coattivi.

¹²⁴ Cfr. KÜHNE, *Strafprozessuale Beweisverbote*, cit., p. 126.

¹²⁵ Cfr. G. KÜPPER, *Tagebücher, Tonbänder, Telefonate*, in *JZ* 1990, p. 417.

¹²⁶ Ciò che impone, secondo il Tribunale costituzionale e la prevalente dottrina, di considerare colpite da un divieto di utilizzazione le prove ottenute in violazione della dignità umana anche qualora siano state raccolte dai privati: cfr. BVerfGE 34, 238, su cui v. *infra*.

¹²⁷ Più precisamente, secondo la dottrina tedesca, i divieti di utilizzazione indipendenti vengono in questione quando l'autorità giudiziaria abbia proceduto nel pieno rispetto delle norme processuali, oppure quando la StPO nulla dica in merito all'utilizzabilità di determinate prove, e ciò nonostante l'utilizzazione del risultato probatorio appaia in netto contrasto con la garanzia costituzionale dei diritti fondamentali: in simili ipotesi, il divieto di utilizzazione (autonomo) trova la propria fonte esclusiva nella violazione del diritto fondamentale connessa all'utilizzo della prova. Cfr. G. FEZER, *Strafprozeßordnung*, München, 1995, p. 215; K. ROGALL, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Lehre von den*

incostituzionale, che la letteratura e la giurisprudenza processualpenalistica tedesca accolgono unanimemente, sul presupposto che la StPO non contenga una disciplina esaustiva dei divieti probatori¹²⁸. Lo stesso Tribunale costituzionale, del resto, parla esplicitamente e frequentemente, nelle proprie sentenze, di limiti assoluti all'utilizzazione della prova penale, dei quali individua la fonte direttamente nelle norme del *Grundgesetz*¹²⁹.

Vediamo allora, brevemente, quali siano i principali divieti probatori fondati sul principio di intangibilità della dignità. Secondo la letteratura processual-penalistica tedesca, il principio di intangibilità della dignità umana impone innanzitutto di considerare inammissibili nel processo penale determinati "metodi" di svolgimento dell'interrogatorio dell'imputato. Si ritiene, anzi, che la stessa norma dell'ordinamento processuale penale (*Strafprozessordnung*, d'ora innanzi StPO), che vieta esplicitamente l'utilizzo di alcuni metodi di interrogatorio (§ 136a StPO¹³⁰) trovi la propria ragione nell'imperativo dell'art. 1 comma 1 *Grundgesetz*¹³¹. In questo contesto, la prevalente dottrina e la giurisprudenza ritengono inammissibili, per contrarietà alla dignità dell'uomo, i metodi della narcoanalisi e della macchina della verità¹³²: il primo, in quanto, nel mettere a nudo la psiche dell'indagato senza che questi possa esercitare alcun controllo, lo degrada a mero oggetto del procedimento; il secondo, perché la registrazione di manifestazioni inconsapevoli del corpo (sudorazione, movimenti muscolari, respirazione, pulsazioni e attività cardiaca), strettamente legate allo stato d'animo dell'indagato, procura allo Stato, contro la volontà di quest'ultimo, uno sguardo in quello spazio spirituale che è vitale e irrinunciabile per la persona umana, e che deve rimanere intatto anche nel processo penale¹³³. Il divieto opera

strafprozessualen Beweisverboten", in *ZStW*, n. 91 (1979), p. 19. In giurisprudenza: Bay OLG, sentenza del 20.1.94, in *NJW* 1994, p. 1671, richiamata da DALAKOURAS, *Beweisverbote*, cit., pp. 138-139.

¹²⁸ Cfr. DALAKOURAS, *op. cit.*, p. 139, anche per i rinvii alla giurisprudenza della Corte di cassazione tedesca. Va detto, a questo proposito, che nel codice di procedura penale tedesco manca una norma generale paragonabile al nostro art. 191 c.p.p.

¹²⁹ BVerfGE 34, 238 e BVerfGE 80, 367, su cui v. ampiamente *infra*, nel testo.

¹³⁰ Si riporta di seguito il § 136a StPO, rubricato «metodi di interrogatorio vietati». Comma 1: «La capacità di intendere e di volere dell'indagato non può essere limitata mediante il ricorso a maltrattamenti, affaticamento, lesioni, somministrazione di sostanze, tortura, inganno o ipnosi. Si può ricorrere alla coercizione solo quando l'ordinamento processuale penale lo preveda. La minaccia di adottare misure non consentite dal detto ordinamento processuale, o la promessa di vantaggi non previsti dalla legge, sono vietate». Comma 2: «Non sono ammesse misure che limitino la capacità di ricordare o la capacità di ragionare dell'indagato». Comma 3: «I divieti di cui ai commi 1 e 2 operano anche in presenza del consenso dell'indagato. Le dichiarazioni ottenute mediante la violazione di questi divieti non possono essere utilizzate neppure con il consenso dell'indagato». Questa e le altre norme della StPO che saranno citate testualmente nel seguito del lavoro vengono tradotte dal testo *Strafprozessordnung*, 41ª edizione, Beck, München, 2006.

¹³¹ Cfr. KÜHNE, *op. cit.*, p. 50.

¹³² Cfr. KÜHNE, *op. cit.*, pp. 55 e 59; HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 1, p. 150, nmg. 49; DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, cit., sub art. 1 I, nmg. 142.

¹³³ Così KÜHNE, *ibidem*, che cita la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (d'ora innanzi BGH), la Corte di cassazione tedesca. Molto discussa è la possibilità di ammettere l'utilizzo della macchina della verità quando l'indagato vi acconsenta, o addirittura pretenda di esservi sottoposto per dimostrare la propria innocenza: parte della dottrina ne ammette, in questo caso, l'utilizzo; secondo altri, invece, il metodo sarebbe anche in tal caso vietato. La giurisprudenza di legittimità, che fino a pochi anni fa parlava di

pertanto, in entrambi questi casi, per contrarietà immediata ed esclusiva al principio di dignità di cui all'art. 1 comma 1 GG¹³⁴, e più precisamente per la violazione di quell'aspetto della dignità che coincide con il riconoscimento, in capo all'uomo, della sua qualità di soggetto.

Vi è poi un limite generale all'acquisizione delle prove penali che trova sempre la propria fonte nell'imperativo della dignità, ma, potremmo dire, mediatamente: si tratta del limite connesso al rispetto del nucleo intoccabile del diritto alla personalità, cioè al rispetto di quella sfera di libera gestione della vita privata di cui si è ampiamente parlato nel paragrafo che precede. In queste ipotesi, l'acquisizione della prova confligge con l'imperativo della dignità perché viola il combinato disposto degli artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG, e cioè il contenuto di dignità del diritto alla personalità in generale. Vista la particolare configurazione giurisprudenziale di questo diritto fondamentale generale, e cioè il diverso grado di tutela riconosciuto ai diversi domini in cui si esprime la personalità del soggetto, i divieti connessi a questo limite non operano allo stesso modo di quelli visti poco fa, ovvero non colpiscono, normalmente, il mezzo o il metodo di prova in sé e per sé (come accade con la macchina della verità e con la narcoanalisi: metodi inammissibili sempre e comunque). In queste diverse ipotesi, al contrario, il divieto interviene a sbarrare la strada all'accertamento penale solo qualora quest'ultimo – qualunque sia il mezzo di prova utilizzato – invada in concreto la sfera intima della personalità dell'imputato o di altri soggetti.

Tra le prove suscettibili di interferire con la sfera assolutamente protetta della personalità, e pertanto vietate qualora l'interferenza abbia luogo, la dottrina e la giurisprudenza tedesca menzionano: le registrazioni di conversazioni private

divieto assoluto per contrarietà al principio di dignità umana (cfr. tra le ultime l'ordinanza del BGH del 14.10.1998, in *StV*, 1999, p. 4 s.), ha mutato recentemente orientamento: si veda in particolare la sentenza del BGH 17.12.1998 in *StV*, 1999, p. 74 ss. (e in *NJW*, 1999, p. 657 ss.), secondo cui l'indagato ben potrebbe rinunciare alla propria dignità e acconsentire all'utilizzo della macchina della verità, nel qual caso cadrebbe il divieto fondato sul rispetto della dignità umana (anzi: la dignità verrebbe violata qualora si decidesse sostituendosi all'indagato, così negando il suo diritto all'autodeterminazione). L'utilizzo della macchina resta tuttavia inammissibile ex art. 244 comma 2 StPO, in quanto metodo (scientificamente) inadeguato a fornire una prova attendibile della credibilità dell'imputato. Nella giurisprudenza di merito, si vedano LG Düsseldorf, ordinanza del 9.10.1998, in *StV*, 1998, p. 647 s. (che ribadisce il divieto assoluto, anche in presenza del consenso dell'imputato) e OLG Karlsruhe, sentenza del 16.7.1998, in *StV*, 1998, p. 530 (il quale invece, antecedentemente alla svolta del BGH, dopo aver richiamato le posizioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, sostiene che il divieto di utilizzare la macchina della verità con il consenso dell'imputato discende semplicemente da un'opzione legislativa, che non può essere superata in via giurisprudenziale). Per i commenti nella dottrina si vedano HOFMANN, *loc. ult. cit.*; DREIER, *loc. ult. cit.* Il *Bundesverfassungsgericht*, per parte sua, ha ritenuto, ancora in una recente pronuncia (ordinanza del BVerfG 2 BvR 1827/97, in *NJW*, 1999, p. 657 ss.), legittimo il rigetto (da parte del giudice *a quo*) della richiesta dell'imputato di sottoporsi alla macchina della verità, ribadendo che il divieto assoluto di utilizzo di questo metodo probatorio serve alla protezione della dignità umana.

¹³⁴ In realtà, secondo parte della dottrina, i metodi citati dovrebbero considerarsi vietati anche perché contrari al principio del «*nemo tenetur se ipsum accusare*»: poiché, tuttavia, come si accennava poco fa, questo stesso principio non è che un'espressione e frutto dell'imperativo della dignità, la ragione del divieto si risolve in ogni caso nella violazione del principio di cui all'art. 1 comma 1 *Grundgesetz* (la precisazione è di KÜHNE, *op. cit.*, p. 45, nota 113).

effettuate da un interlocutore all'insaputa dell'altro; le videoregistrazioni realizzate da un privato, negli stessi casi; i contenuti di un diario personale¹³⁵, se relativi a comportamenti "intimi" del suo autore; le intercettazioni telefoniche e ambientali, sempre se e nella parte in cui captino conversazioni attinenti alla sfera inviolabile del diritto alla personalità¹³⁶. Su questo gruppo di ipotesi conviene soffermarsi: il taglio dato al presente lavoro, e in particolare l'esigenza di preparare il terreno all'analisi della recente sentenza BVerfG del 3.3.2004, in materia di intercettazioni di comunicazioni nel domicilio, impongono infatti di approfondire il limite costituito dal contenuto di dignità del diritto alla personalità in generale, per comprendere come esso operi, concretamente, nel processo penale. A questo fine, ci addentreremo nuovamente nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale, analizzandone in particolare tre pronunce, oggetto di frequente richiamo nella letteratura in argomento.

La prima decisione elabora, con chiarezza, il c.d. "diritto alla propria parola" (*Recht am eigenen Wort*), enucleato dal diritto alla personalità in generale, e vieta l'utilizzazione nel processo penale della registrazione di un colloquio effettuata da uno degli interlocutori all'insaputa dell'altro¹³⁷. Secondo il Tribunale costituzionale, il diritto di cui all'art. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG «ricomprende il diritto all'immagine e alla parola detta»¹³⁸, quali «situazioni giuridiche necessarie per lo sviluppo della personalità»¹³⁹. Discende da questa premessa che «ciascuno deve tendenzialmente poter decidere personalmente a chi è consentito registrare la propria parola, e se e davanti a chi questa possa essere riprodotta. [...] La dichiarazione di intangibilità della personalità verrebbe molto ridimensionata, se altri potessero liberamente disporre delle parole pronunciate non in pubblico dall'interessato, senza o contro la sua volontà. Se ciascuno dovesse vivere nella consapevolezza che chiunque potrebbe estrapolare dal relativo contesto le proprie parole, una esternazione distratta o incontrollata, una presa di posizione estemporanea nell'ambito di un discorso in divenire, oppure una dichiarazione comprensibile solo alla luce della situazione concreta in cui viene espressa, per collocarle in un contesto diverso e utilizzarne il contenuto, l'accento, o il tono, come prova contro di lui, [se questo fosse possibile] verrebbe disturbata la serenità della comunicazione umana. Le conversazioni private, al contrario, debbono poter essere condotte senza nutrire il timore che un'eventuale registrazione nascosta delle medesime possa essere utilizzata in futuro senza il consenso di un interlocutore o contro la volontà di quest'ultimo»¹⁴⁰.

¹³⁵ DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, cit., sub art. 2 I, nmg. 70; KÜHNE, *op. cit.*, p. 34 ss.;

¹³⁶ Per le considerazioni e i richiami relativi a questo mezzo di ricerca della prova si rinvia al paragrafo che segue.

¹³⁷ Il caso che ha dato origine al giudizio di costituzionalità vedeva imputati due coniugi per una truffa consumata in danno di un loro partner di affari, il quale, per dimostrare la sussistenza del reato, aveva nascostamente registrato una conversazione comune, e quindi "allungato" il nastro all'autorità giudiziaria.

¹³⁸ BVerfGE 35, 202 (220).

¹³⁹ BVerfGE 34, 238 (247).

¹⁴⁰ BVerfGE 34, 238 (246-247).

Su questo punto la giurisprudenza costituzionale non ha mutato orientamento; anche in base all'indirizzo attuale del BVerfG, invero, il c.d. "diritto alla parola detta", incardinato nel diritto alla personalità in generale, attribuisce al singolo il controllo sulla rappresentazione di sé nella comunicazione con gli altri¹⁴¹ e si estende alla scelta delle persone autorizzate a prendere conoscenza del contenuto della conversazione: la Legge Fondamentale garantisce pertanto contro la registrazione occulta della conversazione da parte di un interlocutore all'insaputa dell'altro. Il c.d. diritto alla parola detta è riconosciuto a prescindere dal contenuto personale della conversazione e dalla confidenzialità della stessa¹⁴², ma oppone, naturalmente, un limite assoluto all'utilizzo della registrazione soltanto quando il detto contenuto attenga alla sfera intima della personalità; in caso contrario, la sua utilizzabilità dipenderà dall'esito del bilanciamento con l'interesse contrapposto¹⁴³.

La seconda sentenza del *Bundesverfassungsgericht* è la c.d. "decisione sul diario personale"¹⁴⁴: una celebre pronuncia oggetto di frequenti richiami ad opera della giurisprudenza successiva. Chiamato a stabilire se fossero utilizzabili o meno, nel processo penale, i contenuti di un diario personale tenuto dall'imputato¹⁴⁵, il BVerfG considera quanto segue: «Il Tribunale è chiamato a decidere quale sia il nucleo intoccabile di libera gestione della vita privata rilevante per il processo penale. A tal fine devono essere prese in considerazione elementi relativi sia alla forma che al contenuto. a) Innanzitutto, deve valutarsi se l'interessato intenda o meno tenere segreto un dato avvenimento: perché laddove lo stesso interessato non attribuisca alcuna importanza alla segretezza del fatto, per questo fatto soltanto può escludersi una violazione del nucleo duro. b) Se un fatto debba essere ricondotto al nucleo duro dipende inoltre dalla circostanza se tale fatto, per il suo contenuto, abbia carattere strettamente personale e in qual modo e in quale misura interferisca con la sfera altrui o con gli interessi della società. c) La Costituzione non impone, pertanto, di escludere in ogni caso l'utilizzo nel processo penale di diari personali o di altri simili scritti privati [...]; la loro utilizzabilità dipende piuttosto dalle caratteristiche e dal significato del loro contenuto. Se tali scritti contengono indicazioni in merito alla pianificazione

¹⁴¹ Cfr. BVerfGE 54, 148 (155) e, molto recentemente, BVerfGE 106, 28 (44).

¹⁴² Cfr. HOFMANN, in SCHIMDT-BLEITREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 2, nmg. 29, con nota di richiami.

¹⁴³ La sentenza da cui è stato tratto il passo riportato da ultimo prosegue, infatti, con la seguente considerazione: «Alla domanda, se una registrazione segreta tocchi la sfera intoccabile di libera gestione della vita privata [...] può risponderci solo caso per caso. Nel caso di specie si tratta di una conversazione d'affari [...] contenuti strettamente personali, riconducibili alla sfera intima, non ve n'erano. Poiché non c'è un'ingerenza del potere pubblico nella sfera della personalità protetta in via assoluta, l'utilizzo della registrazione sarebbe ammissibile, se giustificato da un interesse prevalente della collettività. Ma nel caso di specie non è così » (BVerfGE 34, 238 <248>). Secondo il Tribunale, cioè, nel caso concreto l'utilizzo della registrazione nascosta non si giustificava alla luce della scarsa rilevanza dell'interesse contrapposto.

¹⁴⁴ Sentenza del 14.9.1989 in BVerfGE 80, 367 ss.

¹⁴⁵ L'imputato era accusato di aver violentato e ucciso una giovane donna. Nel corso del processo era stata espletata nei suoi confronti una perizia, la quale, basandosi tra l'altro sui contenuti del diario personale tenuto dall'imputato (su consiglio del proprio psicoterapeuta), lo indicava come persona affetta da gravi disturbi della personalità e della sessualità, in balia di istinti aggressivi verso il mondo femminile.

di reati da compiere, o resoconti di reati già commessi, se insomma essi si pongono in stretta relazione con comportamenti penalmente sanzionabili, allora essi non appartengono al nucleo intoccabile di libera gestione della vita privata»¹⁴⁶. Il Tribunale osserva, da ultimo, come già aveva fatto nella sentenza precedentemente esposta, che «qualora gli scritti privati non appartengano a questo nucleo intoccabile, ne è ammesso l'utilizzo nel processo penale, solo se giustificato dal prevalente interesse della collettività»¹⁴⁷.

Si riporta, infine, l'ultima sentenza¹⁴⁸, particolarmente interessante perché costituisce un esempio di come il *Bundesverfassungsgericht* provveda talora a sommare la tutela di cui all'art. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG a quella dalle altre libertà speciali riconosciute dalla Costituzione tedesca (nel caso di specie veniva in questione la libertà di manifestazione del pensiero, garantita dall'art. 5 GG). Va ricordato, infatti, quel che si è detto nel paragrafo precedente¹⁴⁹: che il diritto alla personalità in generale, cioè, opera in via complementare, nel senso di un rafforzamento, rispetto alla protezione assicurata dalle singole libertà speciali. Accade dunque frequentemente che il meccanismo di tutela proprio del diritto alla personalità (col suo specifico *modus operandi*) venga chiamato ad integrare le garanzie già offerte dagli specifici diritti fondamentali, al fine di assicurare al cittadino una tutela il più completa possibile.

Il passo che segue mostra dunque come il Tribunale costituzionale proceda all'applicazione congiunta delle due norme, ravvisando nella sfera intoccabile di libera gestione della vita privata il confine insuperabile anche nella compressione della speciale libertà di manifestazione del pensiero. «Le decisioni impugnate¹⁵⁰ violano i diritti della ricorrente, alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 5 co. 1 cpv. 1 GG) e al diritto alla personalità in generale (art. 2 co. 1 in collegamento con l'art. 1 co. 1 GG). La ricorrente è stata punita a causa di una sua dichiarazione. I parametri costituzionali per la valutazione delle dichiarazioni e dell'ammissibilità di limitazioni si ricavano dal diritto fondamentale alla libertà di manifestazione del pensiero. Poiché si tratta, tuttavia, di un'opinione espressa nell'ambito della sfera privata protetta dall'art. 2 comma 1 in collegamento con l'art. 1 comma 1 GG, entra in gioco anche quest'ultimo diritto fondamentale, in rafforzamento del primo. [...] La regola del

¹⁴⁶ BVerfGE 80, 367 (374-375).

¹⁴⁷ BVerfGE 80, 367 (375). Proprio sull'esito della verifica del principio di proporzionalità (giudizio possibile perché, come si è appena visto, era stato negato il carattere "intimo" dei contenuti del diario), il collegio non trova un accordo: secondo la metà dei suoi componenti, l'interesse pubblico all'accertamento del reato doveva ritenersi prevalente rispetto al diritto alla personalità dell'interessato; secondo l'altra metà del collegio, era quest'ultimo diritto a rivestire il peso maggiore. Il Tribunale costituzionale dichiara pertanto di non poter decidere, come consentito, all'epoca, dal § 15 comma 3 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, la legge sul funzionamento del *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁴⁸ Sentenza del 26.4.1994, in BVerfGE 90, 255 ss.

¹⁴⁹ V. *supra*, p. 18.

¹⁵⁰ Il Tribunale decide sulla *Verfassungsbeschwerde* proposta da una donna contro alcuni provvedimenti giudiziari, che la riconoscevano colpevole di diffamazione. La donna aveva scritto al fratello, detenuto in carcere, una lettera nella quale definiva i funzionari del penitenziario «dei cretini e dei depravati»: questi ultimi erano venuti a conoscenza del contenuto della missiva nel corso dell'attività di controllo della corrispondenza dei detenuti, e quindi presentato querela.

bilanciamento non vale senza eccezioni: essa poggia sul presupposto implicito che la dichiarazione diffamatoria venga resa alla presenza della persona offesa o di terzi e in tale contesto dispieghi il proprio effetto denigratorio. Questi presupposti vengono meno quando la dichiarazione ricade in una sfera che è protetta proprio contro l'intrusione della persona offesa o di terzi»¹⁵¹.

Il Tribunale ribadisce quindi le ragioni del riconoscimento di una sfera intoccabile della personalità. «Questa sfera è garantita dal diritto alla personalità in generale. L'art. 2 co. 1 GG assicura il libero sviluppo della personalità: tra le condizioni per un libero sviluppo rientra la disponibilità in capo al singolo di uno spazio nel quale poter agire inosservato, o in compagnia di persone di sua fiducia, senza dover fare i conti con le aspettative comportamentali che la società nutre nei suoi confronti, e senza temere sanzioni da parte dello Stato. In virtù dell'importanza che una tale possibilità di ritirarsi riveste per lo sviluppo della personalità, l'art. 2 comma 1 in collegamento con l'art. 1 comma 1 GG protegge anche la sfera privata (cfr. BVerfGE 27, 1 [6]; giurisprudenza costante). Della tutela della sfera privata gode anche la comunicazione confidenziale. [...] La libera manifestazione delle emozioni, la rivelazione di desideri o di timori nascosti, la comunicazione spontanea delle proprie opinioni in merito a determinati rapporti o persone, così come il libero sfogo nella rappresentazione di sé, sono possibili solo se la persona si trovi in un contesto di particolare riservatezza»¹⁵². In un simile contesto questa può lasciarsi andare a dichiarazioni caratterizzate da contenuti e forme che mai esprimerebbe davanti a estranei o in pubblico: anche queste tuttavia, quali espressioni della personalità e quali condizioni per il suo libero sviluppo, godono della protezione del diritto fondamentale»¹⁵³.

Infine, il Tribunale decide il caso concreto: «Diversamente da quanto ritenuto dai giudici penali [*a quibus*], la protezione della sfera confidenziale non cessa neppure quando lo Stato si procuri la conoscenza delle dichiarazioni confidenziali. Questo vale anche nel caso dei controlli della corrispondenza dei detenuti ex §§ 29 comma 3, 31 StVollzG. E' vero, infatti, che un tale controllo è ammesso per la protezione di altri più importanti beni giuridici [...], tuttavia la presa di conoscenza della dichiarazione non incide sulla sua appartenenza alla sfera privata costituzionalmente protetta: attraverso il potere di controllo questa potrà essere legittimamente violata, ma non certo trasformata in una sfera pubblica. La tutela costituzionale anzi si manifesta proprio in ciò: che il carattere confidenziale della comunicazione resta protetto nonostante il controllo da parte dello Stato; essa non decade, pertanto, per il solo fatto che l'autore è consapevole del controllo della corrispondenza. [...] Infine, la cerchia delle persone di fiducia non è circoscritta ai coniugi, [...] al contrario, il fine perseguito con la tutela

¹⁵¹ BVerfGE 90, 255 (259-260).

¹⁵² Il termine usato dal Tribunale costituzionale (*Vertraulichkeit*) andrebbe tradotto più propriamente con quello di "confidenzialità".

¹⁵³ BVerfGE 90, 255 (260).

della personalità impone l'estensione di quella cerchia anche alle persone con le quali è intrattenuta una relazione confidenziale simile a quelle»¹⁵⁴.

Ricapitolando la giurisprudenza esaminata fino ad ora, il *Bundesverfassungsgericht* riconosce l'esistenza di limiti all'acquisizione delle prove penali connessi al principio costituzionale di intangibilità della dignità dell'uomo, fondati, tra l'altro, sul rispetto della sfera intima della personalità umana, nucleo intoccabile del diritto di cui agli artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 *Grundgesetz*. In queste ipotesi, facendo applicazione della teoria delle sfere, il Tribunale costituzionale ritiene che debba previamente stabilirsi se un dato fatto appartenga o meno al nucleo intoccabile di libera gestione della vita privata, ovvero alla c.d. sfera intima, valutando i seguenti criteri: a) il permanere della volontà dell'interessato di mantenere il segreto su quel fatto; b) il carattere strettamente personale o meno dello stesso; c) il modo e l'intensità in cui esso interferisce con la sfera personale altrui o con gli interessi della collettività¹⁵⁵. Qualora il fatto appartenga alla sfera inviolabile, la relativa prova sarà sempre inutilizzabile nel processo penale, in forza di un divieto probatorio di diretta derivazione costituzionale. Se il fatto fuoriesce, invece, dalla sfera intima, occorrerà operare un bilanciamento tra l'interesse individuale al libero sviluppo della personalità e l'interesse pubblico all'accertamento dei reati: qualora il primo risulti prevalente rispetto al secondo, scatterà nuovamente un divieto di utilizzazione probatoria. Con l'avvertenza che ciò accadrà più raramente quando il fatto personale in questione, pur ricadendo ancora nel raggio di azione del diritto alla personalità ex artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG, denoti una rilevante "dimensione sociale".

Il meccanismo del bilanciamento riveste dunque un ruolo cruciale anche nel processo penale. Esso, come si ricorderà, significa concretamente rispetto del principio di proporzionalità, e cioè necessità di una giusta proporzione tra diritto fondamentale sacrificato e bene giuridico pubblico perseguito, alla luce dei criteri di necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto¹⁵⁶. Vediamo allora come vengano intesi ed applicati questi parametri nello specifico ambito del processo penale.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha analizzato i rapporti tra principio di proporzionalità e processo penale, inizialmente, nella propria giurisprudenza in materia di prelievi coattivi¹⁵⁷. La premessa principale è la seguente: «il giudice penale deve, [...] di fronte a ogni limitazione statale nella sfera della libertà,

¹⁵⁴ BVerfGE 90, 255 (261-262).

¹⁵⁵ S. KALB, *Beweisverbote im Strafprozeß*, Köln, 1998, cap. V, § 3, scaricabile dalla pagina: www.jura.freepage.de/cgi.bin/feets/freepage_ext/41030x030A/rewrite/juratio/Beweisverbote/Beweisverbote.html.

¹⁵⁶ V. *supra*, § 2.

¹⁵⁷ Il codice di procedura penale tedesco disciplina da lungo tempo alcune misure coattive, la principale delle quali è costituita dal prelievo di materiale biologico della persona sottoposta alle indagini. Le ipotesi di misure coattive ammesse nel procedimento penale sono disciplinate dai §§ 81-81h StPO, e sono state progressivamente ampliate dal legislatore tedesco (ciò avvenuto in particolare negli ultimi anni, allo scopo di circondare di maggiori garanzie le operazioni connesse all'effettuazione dell'esame del DNA).

rispettare il principio della proporzione tra mezzo e fine. Vero è, infatti, che l'interesse pubblico all'accertamento dei reati (interesse che affonda le proprie radici nel principio di legalità, particolarmente importante nello Stato democratico: §152 comma 2 StPO) giustifica astrattamente anche limitazioni della libertà della persona sottoposta alle indagini, tuttavia, quanto più gravemente si invade la sfera di libertà del cittadino, tanto meno l'interesse pubblico basta a giustificare la limitazione»¹⁵⁸. Conseguente a tale premessa che «nel processo penale le misure coattive [...] possono essere disposte solo nel rispetto del principio di proporzionalità. Questo principio impone che la misura sia idonea e necessaria al raggiungimento dello scopo cui mira, e che essa, e l'ingerenza ad essa connessa, non sia sproporzionata rispetto all'importanza del fatto e alla gravità degli indizi di colpevolezza [...]. Il bilanciamento, necessario ai fini di una tale verifica, tra le misure astrattamente disponibili e ragione ed effetti dalla misura scelta in concreto, deve essere operato dall'ufficio del pubblico ministero e dai giudici previa valutazione di tutte le circostanze personali e oggettive ricorrenti nel singolo caso»¹⁵⁹.

I parametri così individuati verranno poi utilizzati dal Tribunale costituzionale in reazione ad ogni altra compressione di diritti fondamentali finalizzata all'acquisizione di prove penali. Un esempio concreto di applicazione di quei principi si ritrova nel passo finale della sentenza in materia di registrazioni nascoste (già analizzata, per il resto, in precedenza)¹⁶⁰, nel quale il Tribunale (dopo aver escluso un'ingerenza nella sfera intoccabile del diritto alla personalità, trattandosi nella specie di una conversazione d'affari) verifica se sia stato rispettato il principio di proporzionalità. «Il diritto al libero sviluppo della personalità costituzionalmente garantito e le esigenze di giustizia possono entrare in collisione sotto diversi profili [...]: deve essere sempre verificato quale dei due principi costituzionali possiede, nel caso concreto, il peso maggiore. Con questo non è ancora detto che talora debba essere l'interesse dell'indagato al non utilizzo delle registrazioni segrete a dover cedere, quando lo impongano prevalenti interessi della collettività. Così, in generale [...] in caso di gravi crimini contro la vita o l'incolumità individuale, o contro le basi fondamentali dell'ordinamento liberal-democratico, ovvero contro altri beni giuridici di rango paragonabile a questi [...]. Nel caso di specie, come sempre d'altronde, è decisivo stabilire se una simile ingerenza, all'esito di un bilanciamento che tenga conto di tutte le circostanze del caso concreto, risponda al principio di proporzionalità. Questo significa che deve valutarsi: da un lato, quanto profonda sarebbe l'ingerenza nel diritto alla personalità dell'interessato nel caso di utilizzo della registrazione (tenuto conto del suo contenuto e della sua forma); dall'altro lato, il bilanciamento tra gravità dell'ingerenza nel diritto alla personalità e giuste esigenze di giustizia deve tenere conto non soltanto della astratta fattispecie di reato richiamata nella contestazione del fatto, ma anche al fatto di reato contestato nel caso specifico. [...] Sarà infine importante valutare se l'utilizzo

¹⁵⁸ BVerfGE 16, 147 (202).

¹⁵⁹ BVerfGE 27, 211 (219).

¹⁶⁰ BVerfGE 34, 238.

della registrazione costituisca l'unico mezzo – dopo l'esaurimento degli altri strumenti messi a disposizione dalla legge – per accertare la colpevolezza del responsabile di gravi reati, ovvero l'innocenza dell'imputato»¹⁶¹.

Un ulteriore esempio è costituito dal passo seguente¹⁶², nel quale il Tribunale approfondisce in particolare l'analisi di uno dei termini del bilanciamento, quello costituito dalla gravità degli indizi di colpevolezza, e soprattutto fa seguire, con coerenza e chiarezza, alla sproporzione tra grado di invasività della misura e qualità del sospetto a carico dell'imputato, un divieto probatorio, di diretta derivazione costituzionale. «Il diritto fondamentale di cui all'art. 2 comma 1 GG del titolare di un consultorio per soggetti affetti da problemi di dipendenza [...], e i diritti fondamentali dei suoi pazienti ex artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG, vengono violati quando il sequestro delle cartelle cliniche pregiudichi gli scopi della assistenza sanitaria in modo tale da far apparire sproporzionati, rispetto al risultato perseguito e ottenibile con il sequestro, i pregiudizi causati dalla misura investigativa. [...] Il sequestro di tali cartelle viola il principio di proporzionalità, quando poggia esclusivamente sul generico sospetto che i pazienti del consultorio abbiano commesso reati attraverso l'acquisto, il possesso, o il commercio illecito di stupefacenti. [...] Alla constatazione della illegittimità costituzionale del decreto di sequestro consegue direttamente – senza che sia necessaria all'uopo un'apposita rivendicazione – che delle cartelle cliniche sequestrate è vietata l'utilizzazione: queste sono colpite da un divieto di utilizzazione probatoria. Ciò esclude ogni utilizzo a fini probatori, contro i clienti del consultorio, delle cartelle e del loro contenuto, nel corso delle indagini preliminari e nel processo penale. Lo stesso vale con riguardo alle copie estratte dalle cartelle cliniche: queste debbono essere restituite al ricorrente ovvero distrutte»¹⁶³.

Infine, è utile dare conto di una recentissima sentenza¹⁶⁴, nella quale il Tribunale costituzionale ancora una volta opera il giudizio di proporzionalità in relazione a un'interessante fattispecie. Oggetto della *Verfassungsbeschwerde* è un decreto di perquisizione emesso nei confronti di un magistrato indagato, cui era contestato il reato di rivelazione di segreti d'ufficio, per aver indebitamente fornito a un giornalista informazioni in merito a un procedimento penale di sua competenza. La perquisizione dell'abitazione del magistrato (disposta ed eseguita a distanza di quattro mesi dai fatti), espressamente finalizzata a rinvenire sul computer personale di quest'ultimo o sul telefono cellulare privato, eventuali tracce di contatti con il giornalista "informato", aveva dato esito negativo. Il magistrato indagato ricorre al Tribunale costituzionale, lamentando la violazione dei propri diritti fondamentali. Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, la misura

¹⁶¹ BVerfGE 34, 238, pp. 249-250.

¹⁶² Tratto da BVerfGE 44, 353, che decide della legittimità di un sequestro avente ad oggetto le cartelle cliniche dei pazienti di un consultorio (ivi custodite), sospettati di detenzione e commercio di sostanze stupefacenti.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 354 e 383.

¹⁶⁴ BVerfG, 2BvR 2099/04, del 2.3.2006, reperibile sul sito ufficiale del *Bundesverfassungsgericht* alla pagina: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20060302_2bvr209904.html.

investigativa coinvolgeva, nel caso di specie, due diritti fondamentali: da un lato la libertà di domicilio (art. 13 GG), dall'altro, il diritto alla personalità in generale di cui agli artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG (la sentenza costituisce, pertanto, un ulteriore esempio di "sommatoria" di tutele, cui si è accennato più volte in precedenza)¹⁶⁵. Nel verificare la correttezza del giudizio di proporzionalità, il Tribunale costituzionale considera che mentre la previsione della StPO che disciplina la perquisizione domiciliare è sufficientemente rispettosa del principio di proporzionalità, e capace di offrire idonea copertura anche alle perquisizioni finalizzate all'acquisizione di dati comunicativi, ciò che evidenziava gravi carenze era, nel caso di specie, il bilanciamento operato dal giudice procedente¹⁶⁶. Il giudice penale, infatti, secondo il Tribunale costituzionale, è tenuto ad operare un ulteriore bilanciamento in concreto, e ad autorizzare una misura invasiva solo qualora l'interesse pubblico all'accertamento del reato appaia effettivamente prevalente rispetto al pregiudizio per i diritti fondamentali coinvolti. Ciò sulla base di una valutazione: a) della gravità in concreto del reato contestato; b) della gravità degli indizi di colpevolezza esistenti a carico della persona sottoposta alle indagini; c) della probabilità (non vaga) di scovare materiale utile per le indagini¹⁶⁷. Secondo il Tribunale costituzionale, nell'ipotesi sottoposta al suo giudizio, mentre l'ingerenza nella sfera privata del magistrato indagato appariva piuttosto grave¹⁶⁸, il reato contestato risultava invece di scarsa rilevanza, gli indizi a carico del magistrato poco pregnanti, e la probabilità di rinvenire tracce di contatti tra il magistrato e il giornalista, a distanza di ben quattro mesi, pressoché nulla¹⁶⁹. Il Tribunale costituzionale dichiara pertanto illegittimo il decreto di perquisizione

¹⁶⁵ V. quanto esposto *supra*, § 3 p. 17, nonché in questo paragrafo, p. 30. Il diritto alla personalità in generale veniva in questione perché la perquisizione era espressamente finalizzata all'acquisizione di dati relativi alla vita privata del magistrato, quali quelli archiviati nella memoria del personal computer e del telefono cellulare ad uso privato. Più precisamente, l'acquisizione di questi dati andava a comprimere il c.d. *informationelles Selbstbestimmungsrecht*, il diritto al controllo sui propri dati personali, che costituisce una speciale espressione del diritto alla personalità in generale. Il magistrato ricorrente, per la verità, aveva lamentato non la lesione del proprio diritto alla personalità in generale, bensì la violazione dell'art. 10 GG, la norma costituzionale che garantisce la segretezza delle comunicazioni. Il Tribunale costituzionale, tuttavia, osservando che l'art. 10 GG protegge la segretezza delle comunicazioni mentre le stesse sono ancora in corso, e non la segretezza dei dati relativi a comunicazioni già terminate, chiama appunto in via complementare, a proteggere quest'ultimo aspetto della vita privata non coperto dalla libertà speciale, l'art. 2 comma 1 GG (in collegamento con l'art. 1 comma 1: diritto alla personalità in generale). Per una critica alla posizione espressa dal *BVerfG* con riguardo all'ambito di tutela dell'art. 10 GG, e per una serie di interessanti distinguo, si veda la nota alla sentenza di B. GERCKE, in *StV*, n. 8/2006, p. 454 ss. Sul diritto tedesco all'autodeterminazione informativa sia consentito rinviare a M.P. ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, a cura di D. NEGRI, Roma, 2007, p. 87 e ss.

¹⁶⁶ *BVerfG* 2.3.2006, cit., nmg. 94 s.

¹⁶⁷ *BVerfG* 2.3.2006, cit., nmg. 126 ss.

¹⁶⁸ I dati memorizzati nel telefono cellulare e il personal computer, infatti, rivelano, secondo il Tribunale, amicizie e relazioni intrattenute, abitudini di acquisto, hobbies e inclinazioni della persona cui si riferiscono: tutte informazioni che dicono molto della vita privata di un soggetto (*BVerfG* 2.3.2006, cit., nmg. 91).

¹⁶⁹ *BVerfG* 2.3.2006, cit., nmg. 126 ss.

nel domicilio, per sbilanciamento a discapito dei diritti fondamentali della persona¹⁷⁰.

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale emerge, in definitiva, che nel processo penale i principali parametri per la verifica di proporzionalità sono grado di invasività della misura (ovvero gravità della compressione del diritto fondamentale), da un lato, e rilevanza del reato perseguito e peso degli indizi di colpevolezza, dall'altro lato. I passi riportati mettono in evidenza, inoltre, un ulteriore aspetto: l'autorità che dispone la misura (pubblico ministero o giudice) non può, per così dire, accontentarsi del giudizio di proporzionalità già operato, in astratto, dal legislatore (nel momento in cui ha previsto e disciplinato la misura invasiva), ma deve ripeterlo alla luce «di tutte le circostanze oggettive e soggettive ricorrenti nel caso concreto»¹⁷¹. In altre parole, il giudizio di proporzionalità deve essere ripetuto in due momenti: prima ad opera del legislatore, e quindi ad opera del giudice (o del pubblico ministero). E' infatti «un utilizzo della legge rispettoso dei diritti fondamentali» a richiedere che la misura «che si vuol disporre sia adeguatamente proporzionata alla gravità del reato, così che gli effetti del procedimento di accertamento del reato non danneggino il colpevole più della pena da infliggere nel caso concreto»¹⁷². Nell'operare il bilanciamento, infine, l'organo procedente dovrà altresì tener conto della probabilità che la misura da autorizzare produca risultati utili per le indagini, oppure dell'eventuale decisività della prova da utilizzare (considerare, cioè, se esistano prove alternative, egualmente idonee a provare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, che comprimano in minor misura, ovvero non comprimano affatto, i diritti fondamentali del cittadino).

5. La sentenza del BVerfG 3.3.2004 in tema di intercettazioni nel domicilio.

Decidendo un ricorso diretto in materia di intercettazioni ambientali e libertà di domicilio, presentato da alcuni cittadini tedeschi contro la recente riforma costituzionale dell'art. 13 *Grundgesetz*¹⁷³ (riforma con cui il legislatore costituzionale ha appunto introdotto, nell'ordinamento tedesco, la misura investigativa delle intercettazioni di conversazioni nel domicilio), il *Bundesverfassungsgericht* emette il 3.3.2004 una storica sentenza, che costituisce un piccolo trattato, riepilogativo della decennale giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di dignità umana, di nucleo intangibile del diritto alla personalità, di limiti alla compressione di diritti fondamentali e di corrispondenti

¹⁷⁰ BVerfG 2.3.2006, cit., nmg. 140.

¹⁷¹ Cfr. BVerfGE 27, 1 (219), già richiamato *supra*.

¹⁷² BVerfGE 16, 147 (203).

¹⁷³ Legge costituzionale del 26.3.1998, in *BGBI.* 1998, I, p. 610.

divieti probatori: il tutto applicato, naturalmente, alla problematica delle intercettazioni nel domicilio. La decisione è di estremo interesse per la comparazione con il nostro sistema, al punto che si è voluto che costituisse il fulcro del presente lavoro; per tale ragione, le si dedicherà l'intero paragrafo, cercando di sottolinearne gli aspetti più significativi per un confronto con il nostro ordinamento costituzionale e, soprattutto, processuale penale.

Prima di procedere all'esame della sentenza, conviene tuttavia premettere qualche parola sul contenuto dell'articolo 13 *Grundgesetz*, sul significato attribuitogli dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, nonché sulle importanti modifiche apportate alla norma costituzionale dalla legge di riforma del 1998. L'originaria formulazione dell'art. 13 GG (molto simile a quella del nostro art. 14 Cost.) è la seguente: «**I.** *Il domicilio è inviolabile. II.* *Le perquisizioni possono essere disposte soltanto dal giudice, e, in caso di urgenza, anche da altri organi previsti dalla legge e soltanto nelle forme ivi prescritte. III.* *Interventi e restrizioni possono aver luogo, per il resto, esclusivamente per sventare un pericolo generale o un pericolo per la vita di singole persone; in base alla legge, possono aver luogo anche per prevenire pericoli imminenti per la sicurezza e l'ordine pubblico, in particolare per porre rimedio a necessità di spazio, per combattere il pericolo di epidemie o per proteggere la gioventù in pericolo*»¹⁷⁴.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, il diritto fondamentale all'invioabilità del domicilio ha lo scopo di «garantire al singolo uno “spazio vitale elementare” (*elementaren Lebensraum*) [...] in considerazione della dignità della persona umana e in funzione del suo libero sviluppo»¹⁷⁵; uno spazio che gli è riconosciuto tanto per il soddisfacimento di elementari esigenze di vita, quanto a tutela della sua libertà e del libero sviluppo della personalità¹⁷⁶. «Il diritto fondamentale alla inviolabilità del domicilio si pone in stretta correlazione con il dovere costituzionalmente imposto di rispetto della sfera privata»¹⁷⁷; infatti, «la tutela costituzionale rafforzata [...] degli ambienti del domicilio in senso stretto è [...] espressione del fondamentale dovere di rispetto della sfera privata del cittadino (BverfGE 32, 54 [73]) ed è strettamente legata alla tutela del diritto al libero sviluppo della personalità di cui

¹⁷⁴ Il riferimento alla necessità di spazio e alla protezione della gioventù in pericolo, di cui all'ultimo comma della disposizione, potranno oggi suonare strani, ma si deve ricordare che la Legge Fondamentale è stata emanata a ridosso della Seconda Guerra mondiale, un'epoca in cui, in ragione della scarsità di alloggi cagionata dai numerosi bombardamenti alleati in territorio tedesco, l'emergenza abitativa era particolarmente sentita, e costituiva, anche agli occhi dei costituenti, un pressante problema di ordine pubblico. Per completezza si trascrive di seguito la versione dell'art. 13 GG, che si è appena tradotta, anche in lingua originale: «**I.** *Die Wohnung ist unverletzlich. II.* *Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch in den Gesetzen vorgesehene andere Organe angeordnet und nur in den dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden. III.* *Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.*».

¹⁷⁵ BverfGE 51, 97 (110).

¹⁷⁶ Cfr. BverfGE 18, 121 (131); BverfGE 89, 1 (6, 12).

¹⁷⁷ BVerfGE 75, 318 (328).

all'art. 2 comma 1 GG: nel proprio domicilio deve essere garantito al singolo il diritto "ad essere lasciato in pace"¹⁷⁸.

La dottrina, a sua volta, sottolinea che l'art. 13 GG assicura al cittadino un diritto all'autodeterminazione personale che consiste nel potere di decidere a chi, quando, e a quali condizioni è consentito accedere al proprio domicilio, e che lo stesso si configura non solo come un potere su quella che è la «proiezione spaziale della privacy» (*räumliche Sphäre der Privatheit*)¹⁷⁹, «luogo cruciale dell'umana esistenza»¹⁸⁰, ma anche come dominio sulle informazioni relative agli eventi avvenuti, e agli oggetti custoditi, all'interno dello stesso¹⁸¹.

In merito alla nozione di domicilio costituzionalmente rilevante, la letteratura tedesca osserva che per domicilio si intendono i luoghi che servono all'uomo per dormire, mangiare, custodire i propri beni e svolgere ogni altra attività al riparo dall'accesso e dall'intromissione di persone indesiderate. In base a tale definizione, si fanno pertanto rientrare in quella nozione, oltre alle abitazioni e ai locali chiusi che costituiscono pertinenze di quest'ultima (garage, cantine, terrazzi, ecc.), i giardini e i cortili privati adiacenti le abitazioni¹⁸² e ogni altro luogo che serva a soddisfare esigenze abitative, anche transitorie¹⁸³ (eccettuate, però, la celle carcerarie¹⁸⁴). La consolidata giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, condivisa dalla prevalente dottrina, qualifica inoltre come domicilio ex art. 13 comma 1 GG gli ambienti deputati allo svolgimento di un'attività lavorativa o professionale¹⁸⁵ (non, tuttavia, quelli aperti al pubblico, come i negozi, i locali pubblici, gli stadî sportivi¹⁸⁶), sul presupposto che tra le condizioni dello sviluppo individuale della personalità – che è appunto ciò che il

¹⁷⁸ BVerfGE 51, 97 (107). V. anche BVerfGE 103, 142 (150 s.).

¹⁷⁹ BVerfGE 18, 121 (131 s.);

¹⁸⁰ BVerfGE 89, 1 (9): «*Wohnung als Mittelpunkt der menschlichen Existenz*».

¹⁸¹ Cfr. G. HERMES, in DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 13, nmg. 12, con ampia nota di richiami. L'Autore osserva che pertanto, in base alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, l'invulnerabilità del domicilio (al pari del diritto alla libertà e segretezza nelle comunicazioni, di cui all'art. 10 GG) costituisce un segmento specifico del diritto all'autodeterminazione informativa (l'*informationelle Selbstbestimmungsrecht*), a sua volta espressione del diritto alla personalità in generale ex art. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG; si veda, a questo proposito, la sentenza BVerfG 3.2.2006 (in tema di perquisizione domiciliare finalizzata all'acquisizione di dati comunicativi archiviati sul personal computer e sul telefono cellulare), esposta e analizzata *supra*, al § 4.

¹⁸² Cfr. BGHSt 44, 13. La riconduzione di questi luoghi alla nozione di domicilio è tuttavia controversa in dottrina: cfr. HERMES, in DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 13, nmg. 19.

¹⁸³ Camere d'albergo, camper e roulotte, cabine letto dei natanti, tende, cuccette (cfr. HERMES, loc. ult. cit., nmg. 18), ma anche locali destinati alle riunioni dei membri di un'associazione e le stanze di un club (JARASS, in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz*, cit., sub art. 13, nmg. 2, che cita la decisione del BGH, sezioni penali, in BGHSt 42, p. 375).

¹⁸⁴ Cfr. *BVerfG*, ordinanza, in *NJW* 1996, p. 2644. La mancata riconduzione della celle dei carcerati alla nozione di domicilio è molto criticata in dottrina: v. la nota all'ordinanza del *BVerfG* di M. SACHS, in *JuS*, 1997, p. 461, nonché HERMES, loc. ult. cit.

¹⁸⁵ BVerfGE 32, 54 (69 ss.); BVerfGE 42, 212 (219); BVerfGE 44, 353 (371); BVerfGE 76, 83 (88).

¹⁸⁶ Cfr. JARASS, loc. ult. cit., che cita la decisione del *BVerfG* in *NJW*, 2003, p. 2669.

diritto fondamentale vuol proteggere – rientra anche la possibilità di svolgere indisturbati il proprio lavoro¹⁸⁷.

Quanto, infine, agli specifici rapporti tra libertà di domicilio e processo penale, l'originaria versione dell'art. 13 *Grundgesetz* veniva interpretata dalla unanime dottrina e giurisprudenza (a differenza di quanto accade nel nostro sistema con riferimento all'art. 14 Cost.) restrittivamente (o, per meglio dire, tassativamente), nel senso di ritenere, cioè, che l'art. 13 comma 2 GG non offrisse copertura a misure limitative della libertà di domicilio, diverse dalla perquisizione, l'unica espressamente menzionata¹⁸⁸: l'uso di strumenti investigativi diversi, inclusa l'intercettazione di conversazioni, era consentito solo a norma del comma 3 dell'art. 13 GG, ovvero per finalità preventive¹⁸⁹.

Intorno all'art. 13 comma 2 GG ferveva, tuttavia, ormai da anni, un acceso dibattito in merito alla opportunità di modificare la norma, allo scopo, in primo luogo, di consentire per le finalità proprie del processo penale l'utilizzo di dispositivi volti a captare le conversazioni nel domicilio; in secondo luogo, per disciplinarne compiutamente i requisiti anche con riguardo al loro impiego in ambito preventivo. Le nuove esigenze investigative, infatti, e in particolare la necessità di fronteggiare nuove forme di criminalità organizzata (fino a pochi anni prima pressoché sconosciute al panorama criminale tedesco), facevano apparire a taluno ormai irrinunciabile la previsione in Costituzione, anche per finalità di raccolta della prova, del c.d. *großer Lauschangriff* e l'espressa autorizzazione all'utilizzo del c.d. *kleiner Lauschangriff*¹⁹⁰, le due diverse tecniche per la captazione "acustica" nel domicilio. La prima espressione (*großer Lauschangriff*) identifica la tradizionale intercettazione ambientale (le conversazioni tra persone che si trovano nel domicilio vengono captate a mezzo di apparecchiature specifiche preventivamente installate negli ambienti

¹⁸⁷ Per i riferimenti alla dottrina favorevole, invece, a un'interpretazione restrittiva della nozione di domicilio, si rinvia a HERMES, *loc. ult. cit.*, sub art. 13, nmg. 24 ss., il quale sottolinea che in realtà lo stesso BVerfG non riconosce, nei fatti, un'uguale tutela alle abitazioni (e ai luoghi a questa equiparati) e ai locali in cui si svolge un'attività lavorativa: mentre alle prime applica infatti per intero le garanzie dell'art. 13 GG, per i secondi richiede il solo il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione. Così anche HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 13, nmg. 8, che richiama al proposito l'ordinanza del BVerfG in *NJW* 1998, p. 2131 ss.

¹⁸⁸ Cfr. J. WOLTER, *Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechts-schutz*, in *GA*, 1988, p. 132 s, secondo il quale il richiamo dell'art. 13 comma 2 alla sola perquisizione, misura che avviene "allo scoperto", impone di considerare illegittime tutte le misure limitative della libertà di domicilio eseguite all'insaputa del titolare del diritto.

¹⁸⁹ Le intercettazioni nel domicilio per scopi di prevenzione erano infatti da tempo disciplinate nelle leggi di polizia dei singoli *Länder*: si veda HOFMANN, *loc. ult. cit.*, nmg. 2. Nel processo penale (ovvero come mezzo di ricerca della prova), l'intercettazione di conversazioni tra presenti era invece ammessa nei luoghi diversi dal domicilio (in forza di una legge ordinaria federale del luglio 1992) e regolata dal § 100c StPO (ora § 100 f co. 2 StPO): cfr. WOLTER, *op. cit.*, p. 134 s.

¹⁹⁰ Il termine *Lauschangriff* è intraducibile nella lingua italiana: si tratta di una parola composta dal vocabolo *Lausch*, che deriva dal verbo *lauschen* (captare, spiare) e dal sostantivo *Angriff* (attacco, aggressione, offesa, nonché - per estensione - misura limitativa di un diritto, o che viola un diritto). Il *Lauschangriff* è pertanto una "misura captativa" (non necessariamente intercettiva).

interessati o nelle immediate vicinanze¹⁹¹); la seconda (*kleiner Lauschangriff*) corrisponde alla figura dell'agente attrezzato per il suono (captazione delle conversazioni intrattenute all'interno del domicilio, ad opera di un agente sotto copertura che vi partecipa munito di dispositivi per la registrazione¹⁹²).

Una cospicua parte della dottrina, invece, giudicava non opportuna l'introduzione nel processo penale dei nuovi strumenti investigativi (il dibattito tra sostenitori e oppositori della riforma appariva piuttosto sbilanciato in favore di questi ultimi), in considerazione della scarsa efficacia dimostrata da tali misure sul terreno della prevenzione¹⁹³, e della grave invasività delle medesime¹⁹⁴.

Nel 1998 interviene dunque il legislatore costituzionale, aggiungendo all'art. 13 GG quattro nuovi commi (di seguito riportati in corsivo) collocati tra il secondo e il terzo della vecchia disposizione. L'attuale art. 13 del *Grundgesetz* è il seguente. «**I.** Il domicilio è inviolabile. **II.** Le perquisizioni possono essere disposte soltanto dal giudice, e, in caso di urgenza, da altri organi previsti dalla legge e soltanto nelle forme ivi prescritte. **III.** *Ove determinate circostanze giustificano il sospetto che una persona abbia commesso un reato particolarmente grave tra quelli specificatamente indicati dalla legge, possono essere impiegati su ordine del giudice, per perseguire il detto reato, dispositivi tecnici per il controllo acustico del domicilio nel quale l'accusato presumibilmente si trattiene, qualora l'accertamento dei fatti risulti in altro modo sproporzionatamente difficile ovvero privo di possibilità di riuscita. La misura deve avere una validità limitata nel tempo. Il provvedimento è adottato da un collegio composto di tre giudici. In caso di urgenza, può essere adottato da un solo giudice.* **IV.** *Al fine di prevenire gravi pericoli per la sicurezza pubblica, in particolare un pericolo pubblico o un pericolo di vita, possono essere impiegati, esclusivamente su ordine del giudice, strumenti tecnici per il controllo del domicilio. In caso di urgenza, la misura può essere autorizzata da un altro organo previsto dalla legge; la stessa deve tuttavia essere convalidata da un giudice nel più breve tempo possibile.* **V.** *Qualora l'uso di strumenti*

¹⁹¹ Anche la captazione di conversazioni e immagini a mezzo di dispositivi tecnici eseguita senza previa introduzione negli ambienti del domicilio integra, infatti, secondo la dottrina e la giurisprudenza tedesche, una violazione dell'art. 13 GG: cfr. JARASS, *loc. ult. cit.*, nmg. 5, con nota di richiami.

¹⁹² Secondo la dottrina, in mancanza di una riforma dell'art. 13 GG, sia l'una che l'altra figura dovevano ritenersi vietate: anche l'utilizzo di apparecchi per la registrazione da parte dell'agente sotto copertura appariva in contrasto con la garanzia di inviolabilità del domicilio, in considerazione del fatto che la volontà di non esercitare lo *jus excludendi* da parte del titolare del diritto è viziata dall'errore sull'identità dell'agente: cfr. W. HASSEMER, *Warum man den "Großen Lauschangriff" nicht führen sollte*, in *DRiZ*, 1992, p. 358; WOLTER, *Heimliche und automatisierte Informationseingriffe*, cit., p. 133.

¹⁹³ Così la pensava ad es. HANS LISKEN, direttore del reparto di polizia di *Düsseldorf* (cfr. C. KREHL, recensione al testo *Lauschen im Rechtsstaat*, in *GA*, 2006, p. 612).

¹⁹⁴ Si vedano tra gli altri P. CAESAR, *ZRP Rechtsgespräch*, in *ZRP*, 1993, p. 67; H.L. ZACHERT, *Brauchen wir den "Großen Lauschangriff"?*, in *DRiZ*, 1992, p. 356; HASSEMER, *loc. ult. cit.*; WOLTER, *Heimliche und automatisierte Informationseingriffe*, cit., p. 134 (che si dice sfavorevole a un'eventuale riforma, giudicando i detti strumenti gravemente lesivi della sfera intima, intoccabile, del diritto alla personalità in generale, e del contenuto sostanziale del diritto all'invulnerabilità del domicilio).

tecnicì serva esclusivamente a proteggere le persone incaricate di compiere un'operazione all'interno del domicilio, il provvedimento può essere adottato da un organo stabilito dalla legge. L'utilizzazione per fini ulteriori delle informazioni così ottenute è ammessa solo per gli scopi dell'accertamento penale o per finalità di prevenzione dei reati, e soltanto previa valutazione della legittimità della misura da parte di un giudice; in caso di urgenza deve intervenire, nel più breve tempo possibile, la decisione di un giudice. VI. Il Governo federale informa annualmente il Parlamento federale in merito all'impiego degli strumenti tecnici a norma del comma 3, del comma 4 per quanto di competenza federale, e del comma 5 quanto alle ipotesi per le quali è prevista l'autorizzazione del giudice. Sulla base del rapporto governativo, un'apposita commissione nominata dal Parlamento federale esercita il controllo parlamentare. I singoli Länder assicurano un controllo parlamentare equivalente. VII. Interventi e restrizioni possono aver luogo, per il resto, soltanto per sventare un pericolo generale o un pericolo per la vita di singole persone, nonché, previa previsione legislativa, per prevenire pericoli imminenti per la sicurezza e l'ordine pubblico, in particolare per porre rimedio a necessità di spazio, per combattere il pericolo di epidemie o per proteggere la gioventù in pericolo». Questa ultima parte della traduzione non è molto chiara; soprattutto quando si fa riferimento alla "necessità di spazio". Consiglio di mettere in nota la versione tedesca qui tradotta.

La legge di revisione costituzionale, come si vede, fa riferimento a tre diversi istituti: l'intercettazione di conversazioni nel domicilio per finalità repressive (*großer Lauschangriff*: attuale comma 3 dell'art. 13 GG); l'uso di dispositivi tecnici (audio e video) per il controllo di quanto avviene nel domicilio, per finalità di prevenzione dei reati (comma 4 dell'art. 13 GG), l'uso di dispositivi tecnici allo scopo di proteggere soggetti che agiscono sotto copertura (*kleiner Lauschangriff*: comma 5 dell'art. 13 GG). Va subito sottolineata l'importante differenza tra la formulazione del terzo comma e quelle, più ampie, del quarto e quinto comma: mentre in questi ultimi casi si parla, genericamente, di "strumenti tecnici" per il controllo del domicilio, nel comma terzo si fa esclusivo riferimento a "dispositivi tecnici per il controllo acustico", con la conseguenza che la videoregistrazione nel domicilio per finalità probatorie (a differenza di quella eseguita per finalità preventive o per proteggere l'agente sotto copertura) è ancora oggi vietata¹⁹⁵.

¹⁹⁵ L'autorità giudiziaria che procedesse a una videoregistrazione negli ambienti del domicilio incorrerebbe pertanto, al pari di qualsiasi privato, nel reato di cui al § 201a StGB («violazione della sfera strettamente personale altrui attraverso la captazione di immagini») sul quale si veda HOYER, *Die Verletzung höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB*, cit., p. 1 ss. La videoregistrazione a fini probatori in luoghi diversi dal domicilio è invece consentita, e disciplinata dal § 100f comma 1 StPO: cfr. HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 13, nmg. 33; e già WOLTER, op. cit., p. 134 s.

Al fine di adeguare il codice di procedura penale tedesco al nuovo art. 13 GG, interviene anche il legislatore ordinario, con la legge federale 4 maggio 1998 (denominata “*Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*”): “legge per il miglioramento della lotta contro la criminalità organizzata¹⁹⁶), che riscrive i §§ 100c e 101 della *Strafprozessordnung* e inserisce *ex novo* i §§ dal 100d al 100f. Non potendoli analizzare integralmente, se ne darà conto con una breve sintesi¹⁹⁷. «L’ascolto e la trascrizione, per mezzo di dispositivi tecnici, delle parole pronunciate dalla persona indagata, non pubblicamente, nel domicilio», è consentito dal § 100c comma 1 n. 3 StPO qualora «fatti specifici giustificano il sospetto che sia stato commesso» un reato tra quelli tassativamente elencati (si tratta di un catalogo piuttosto corposo), «a condizione che l’accertamento dei fatti o l’individuazione del luogo in cui si trovi l’indagato appaia in altro modo sproporzionatamente difficile ovvero privo di possibilità di riuscita». Il comma 2 dello stesso § 100c precisa anche che la misura può essere disposta nel domicilio della persona indagata, oppure nel domicilio altrui quando vi siano elementi per supporre che l’indagato vi si trattenga. Il successivo § 100d regola poi, nel suo comma 2, la competenza ad autorizzare la misura: nel rispetto del dettato costituzionale, questa è attribuita a un collegio composto di tre giudici, appositamente istituito presso ogni *Landgericht* (in caso di urgenza, la misura è autorizzata dal presidente del collegio, e va convalidata da quest’ultimo organo entro tre giorni). Lo stesso § 100d regola anche i rapporti tra il nuovo strumento investigativo e la tutela codicistica dei segreti professionali e degli affetti tra prossimi congiunti (al comma 3)¹⁹⁸, nonché l’utilizzazione dei risultati delle intercettazioni nel domicilio in procedimenti penali diversi da quello nel quale sono state disposte (consentita solo per perseguire reati per i quali la misura avrebbe potuto essere autorizzata anche in prima battuta: comma 5). Il successivo § 100e disciplina gli obblighi di relazione, in merito all’utilizzo del nuovo strumento investigativo, incombenti sui singoli uffici del pubblico ministero e sul Governo federale¹⁹⁹, mentre il § 100f si occupa dello scambio di informazioni tra autorità giudiziaria e

¹⁹⁶ La legge è pubblicata in *BGBL*. 1998, I, p. 845 ss.

¹⁹⁷ Avvertendo che le norme codicistiche che si stanno per esporre sono state riscritte, pressoché integralmente, dal legislatore del 2005, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza BVerfG 3.3.2004, su cui v. *infra*, nel testo.

¹⁹⁸ Si tratta in entrambi i casi di soggetti ai quali la StPO riconosce la facoltà di astenersi dal rendere testimonianza. Il comma 3 del § 100d StPO detta, per le due categorie di soggetti, una disciplina differenziata (che, come si vedrà, verrà molto criticata dai commentatori): mentre, infatti, in presenza di persone titolari di segreti professionali (ex § 53 co. 1 StPO), l’intercettazione delle conversazioni intrattenute nel domicilio è dichiarata inammissibile *tout court* e oggetto di un divieto di utilizzazione probatoria assoluto, l’utilizzabilità delle conversazioni domiciliari avvenute in presenza di prossimi congiunti (ex § 52 StPO) è vietata solo all’esito di un giudizio di proporzionalità, nel quale l’esigenza di tutela delle relazioni familiari prevalga sull’interesse dello Stato a perseguire i gravi reati per i quali l’intercettazione è stata disposta.

¹⁹⁹ In base al comma 1 del § 100e, ogni ufficio del pubblico ministero informa (entro tre mesi da quando è terminata l’esecuzione della misura) i propri superiori gerarchici in merito alle intercettazioni di conversazioni eseguite nel domicilio; il comma 2 ribadisce invece l’obbligo (già imposto dal comma 6 dell’art. 13 GG) del Governo federale di riferire annualmente in Parlamento - sulla base delle relazioni predisposte dai singoli *Länder* - in merito all’utilizzo del nuovo strumento investigativo.

organi di polizia preventiva: da un lato, i risultati delle intercettazioni nel domicilio disposte in un procedimento penale possono essere utilizzate anche per «prevenire un pericolo concreto per la vita, l'incolumità o la libertà di una persona ovvero un pericolo per beni patrimoniali di rilevante valore» (§ 100f comma 2); dall'altro lato, le informazioni ottenute mediante l'impiego di una misura disciplinata dalle leggi di polizia, corrispondente a quella contemplata nel § 100c comma 1 n. 3 StPO (intercettazione di conversazioni nel domicilio), possono essere utilizzate anche a fini probatori, per accertare un reato tra quelli elencati nello stesso § 100c comma 1 n. 3 StPO²⁰⁰. In base al § 101 comma 1 StPO, infine, la comunicazione, alle persone interessate, che è stata effettuata nei loro confronti una intercettazione nel domicilio, deve essere data non appena ciò sia possibile senza causare pregiudizi per gli scopi investigativi, per la sicurezza pubblica, per la vita o l'incolumità di una persona, nonché per le possibilità di ulteriore impiego di un agente che abbia agito sotto copertura; se, inoltre, la comunicazione non è data entro sei mesi da quando l'esecuzione della misura è terminata, l'ulteriore differimento deve essere autorizzato dal giudice.

La prevalente dottrina ha accolto – come era immaginabile – il nuovo art. 13 GG e la legge ordinaria di attuazione piuttosto freddamente, limitandosi a prendere atto della riforma, e anzi spesso censurandola. In particolare, le critiche si sono incentrate (oltre che sulla tecnica legislativa adottata²⁰¹), sulla scelta stessa di autorizzare le nuove misure intercettive per la carenza di disposizioni (a livello di disciplina sia costituzionale che ordinaria) in grado di assicurare in ogni caso il rispetto del nucleo duro del diritto alla personalità e il contenuto di dignità del diritto all'inviolabilità del domicilio²⁰². Infine, censure più specifiche sono state formulate con riguardo alla disciplina dei divieti probatori a tutela dei segreti e delle relazioni familiari, giudicata gravemente lesiva del diritto alla personalità dei prossimi congiunti della persona (indagata) sottoposta alla misura²⁰³. Tra i commenti positivi, invece, si segnala soprattutto il giudizio favorevole sulla espresa disciplina dettata dall'art. 13 comma 5 GG in materia di

²⁰⁰ Ciò significa, ad esempio, che i risultati di un'eventuale videoregistrazione nel domicilio, eseguita legittimamente per finalità di prevenzione, non potranno in nessun caso essere utilizzati a fini probatori, qualunque sia il reato per cui si procede: la videoripresa non è infatti “una misura corrispondente a quella contemplata nel § 100c comma 1 n. 3 StPO” (che prevede, come si è visto, esclusivamente registrazioni audio). Il § 100f StPO costituisce, da questo punto di vista, un argine contro eventuali elusioni del precetto costituzionale di cui all'art. 13 comma 3 GG.

²⁰¹ Si sottolinea, infatti, che in luogo di un enunciato stringente e compatto, il legislatore, spinto dalle necessità del compromesso politico, ha prodotto un testo verboso e oltremodo dettagliato, che mal si attaglia a una norma costituzionale, e anzi ne rende difficoltosa l'interpretazione: così ad esempio HOFMANN, in SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 13, nmg. 3, al quale si rinvia per ulteriori richiami. Si tratta, in sostanza, di critiche simili a quelle formulate dalla nostra dottrina a proposito del nuovo art. 111 della Costituzione italiana.

²⁰² In questo senso soprattutto coloro che già in precedenza avevano osteggiato la riforma costituzionale: si veda per tutti J. WOLTER, *35 Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozeßverfassungsrecht*, in *GA* 1999, p. 158 ss.; quella incentrata sulla violazione del contenuto sostanziale dell'art. 13 GG è una delle critiche fatte proprie, come vedremo, dalla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* 3.3.2004.

²⁰³ Così B. WEIßER, *Zeugnisverweigerungsrechte und Menschenwürde*, in *GA* 2006, p. 148 ss., articolo interamente dedicato all'argomento; si veda anche HOFMANN, loc. ult. cit.

utilizzo dei risultati delle intercettazioni nel domicilio, per finalità diverse da quelle di protezione degli agenti impiegati in operazioni sotto copertura²⁰⁴. Ma anche a questo proposito non mancano le critiche, rivolte soprattutto al legislatore della normativa codicistica di attuazione, al quale si rimprovera di non aver dettato espliciti divieti di utilizzazione probatoria anche in relazione alle altre forme di intercettazione, con riferimento all'uso delle registrazioni per finalità diverse da quelle originarie²⁰⁵: una chiara presa di posizione del legislatore, si sottolinea, sarebbe stata quanto mai necessaria alla luce della tendenza, sempre più diffusa nelle sezioni penali del BGH e nella giurisprudenza di merito, a disattendere l'esplicito orientamento del Tribunale costituzionale in tema di divieti probatori di diretta derivazione costituzionale, e a procedere, invece, sempre e comunque (anche a fronte di atti lesivi del nucleo duro dei diritti fondamentali) al bilanciamento con l'interesse pubblico all'accertamento dei reati²⁰⁶.

Veniamo, dunque, alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* 3 marzo 2004²⁰⁷. A distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma costituzionale, alcuni cittadini tedeschi presentano ricorso diretto al BVerfG²⁰⁸, denunciando l'illegittimità dell'art. 13 commi 3-6 GG nella versione di cui alla legge costituzionale 26 marzo 1998 (e, in via mediata, delle norme della legge ordinaria di attuazione), per violazione degli articoli 1 commi 1 e 3, 2 comma 1, e 13 comma 1 GG, in relazione agli articoli 79 comma 3 e 19 comma 2 GG, nonché per inosservanza degli articoli 19 comma 4 e 103 comma 1 GG²⁰⁹. La principale (e decisiva) censura prospettata dai ricorrenti rimprovera alla riforma il mancato rispetto della sfera intoccabile di libera organizzazione della vita privata (art. 2 comma 1), e così la violazione, da un lato, della garanzia del nucleo sostanziale dei diritti fondamentali, e dall'altro, dell'intangibile dignità dell'uomo, di cui il nucleo duro del diritto alla personalità costituisce parte integrante²¹⁰. La stessa legge costituzionale di riforma, secondo i ricorrenti,

²⁰⁴ Cfr. HERMES in DREIER, *Grundgesetzkommentar*, cit., sub art. 13, nmg. 36.

²⁰⁵ HERMES, *ivi*, nmg. 37 ss.

²⁰⁶ *Ibidem*. Come vedremo, anche su questo punto il Tribunale costituzionale prenderà posizione con la sentenza del 3.3.2004.

²⁰⁷ BVerfG 1 BvR 2378/98 del 3.3.2004, consultabile sul sito ufficiale del Tribunale costituzionale alla pagina: http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html.

²⁰⁸ Si tratta dei ricorsi contrassegnati dai numeri 1 BvR 2378/98 e 1 BvR 1084/99, poi riuniti.

²⁰⁹ L'art. 19 comma 4 GG attribuisce a chiunque il diritto di impugnare i provvedimenti dell'autorità lesivi dei propri diritti; l'art. 103 comma 1 GG (collocato nel titolo della Legge Fondamentale dedicato alla giurisdizione) garantisce il diritto "ad essere ascoltati dal giudice" (*Anspruch auf rechtliches Gehör*): le due norme corrispondono pertanto, a grandi linee, ai commi 1 e 2 del nostro art. 24 Cost. Per il contenuto degli altri articoli del *Grundgesetz* invocati dai ricorrenti nella *Verfassungseschwerde* si rinvia a quanto già esposto nei paragrafi 2 e 3 del presente capitolo.

²¹⁰ Osservano a questo proposito i ricorrenti che «se neppure nel proprio domicilio, all'interno di una cerchia intima e privata, o nel parlare soli con se stessi, non si può nutrire la certezza di non essere spiati, allora del diritto fondamentale alla inviolabilità del domicilio non resta più nulla. Alla comunicazione

dovrebbe pertanto giudicarsi incostituzionale, per contrasto con l'art. 79 comma 3 GG, la norma che dichiara irrieducibile il principio di dignità umana²¹¹.

Il *Bundesverfassungsgericht* decide dunque il ricorso, occupandosi, prima di tutto, della questione di legittimità della legge costituzionale, e quindi della legge ordinaria di attuazione: la prima questione verrà dichiarata infondata, ritenendo il Tribunale costituzionale che il nuovo art. 13 comma 3 GG non tocchi il contenuto di dignità del diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio di cui al comma 1 dello stesso art. 13 GG; la legge ordinaria di attuazione, invece, è giudicata parzialmente incostituzionale, perché non idonea ad assicurare che la dignità umana, anche in concreto, non venga violata. La sentenza ribadisce, innanzitutto: che la dignità umana è principio fondamentale e valore costituzionale supremo; che è incompatibile con tale principio rendere l'uomo mero oggetto del potere statale; che l'agire segreto dello Stato nei confronti di una persona, come il sorvegliarla a sua insaputa, non integra di per sé una violazione della sua dignità; che, tuttavia, lo Stato deve sempre rispettare un nucleo intoccabile di libera organizzazione della propria vita privata, che consiste nella libertà inviolabile, riconosciuta ad ogni uomo, di gestire gli affari strettamente personali che lo riguardano²¹². Il BVerfG esamina, quindi, i rapporti tra tutela del domicilio e rispetto della dignità, osservando che la tutela della dignità umana si concretizza anche nella libertà speciale di cui all'art. 13 comma 1 GG, perché il riconoscimento di quest'ultimo diritto si pone in stretta connessione con il precetto costituzionale di tutela incondizionata della libera manifestazione, da parte del cittadino, di una sfera privata personalissima. Per garantire al singolo la detta tutela, infatti - prosegue il Tribunale - è indispensabile assicurargli la possibilità di esprimere liberamente moti interiori, sentimenti, riflessioni, punti di vista, forme di manifestazione della sessualità, ecc. senza temere che lo Stato lo controlli, e per queste attività (espressione del vissuto inconscio, comunicazione confidenziale, manifestazione della sessualità) egli necessita di uno spazio riservato a ciò idoneo. Ciò vale specialmente - sottolinea ancora il Tribunale - là dove, per consentire al singolo di gestire liberamente la propria vita personalissima, lo Stato gli riconosca una particolare tutela, e i cittadini vi confidino: è il caso della privata dimora, che può essere "chiusa agli altri", nella quale, pertanto, il singolo può manifestare liberamente se stesso²¹³.

Il Tribunale costituzionale conclude quindi la riflessione sul rapporto domicilio-dignità con le seguenti affermazioni: «L'abitazione privata, quale "ultimo rifugio", è strumento di garanzia della dignità umana. Questo, se non

telefonica può rinunciarsi, alla corrispondenza, in certi casi, pure, ma alla possibilità di ritirarsi nel proprio domicilio no»: cfr. BVerfG sentenza 3.3.2004, cit., nmg. 54.

²¹¹ Si ricorda che, ai sensi dell'art. 79 comma 3 GG, alcuni principi sanciti dalla Legge Fondamentale (tra cui quello di intangibilità della dignità umana, di cui all'art. 1 comma 1 GG) sono sottratti alla revisione costituzionale, con la conseguenza che le leggi costituzionali tedesche sono assoggettabili al giudizio di costituzionalità da parte del *Bundesverfassungsgericht*, e, qualora non rispettino quei principi, devono essere dichiarate incostituzionali.

²¹² BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 115-118.

²¹³ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 119-120.

impone una tutela assoluta dei luoghi dell'abitazione, impone tuttavia una tutela assoluta dei comportamenti posti in essere in quei luoghi, qualora si tratti di manifestazioni del nucleo duro di libera gestione della vita privata. Detta tutela non può essere relativizzata attraverso il bilanciamento con gli interessi della repressione penale, secondo il principio di proporzionalità: è vero, infatti, che potranno esservi sempre forme di criminalità particolarmente gravi, e corrispondenti situazioni indiziarie, che faranno apparire l'interesse pubblico alla repressione dei reati più importante della protezione della dignità della persona indagata; tuttavia, una simile valutazione è vietata allo Stato dal combinato disposto degli artt. 1 comma 1 e 79 comma 3 GG»²¹⁴. Il BVerfG giunge, così, a precisare il parametro generale di legittimità del nuovo strumento investigativo: «L'intercettazione acustica nel domicilio [*akustische Wohnraumüberwachung*] per gli scopi della repressione penale, viola pertanto la dignità umana quando non rispetta il nucleo duro di libera organizzazione della vita privata. In concreto, la riconduzione di una data situazione a questo nucleo intangibile dipenderà da ciò: se essa abbia un contenuto altamente personale, in quale modo e con quale intensità essa interferisca con la sfera giuridica altrui o gli interessi della società [...]. Saranno determinanti le peculiarità del caso concreto [...] sarà decisivo verificare se nel caso specifico [...] sia stato violato il nucleo intangibile della libera organizzazione della vita privata, come accade, ad esempio, quando oggetto della sorveglianza siano manifestazioni dei sentimenti più intimi o di forme di espressione della sessualità»²¹⁵.

In questi passaggi iniziali della sentenza, il *Bundesverfassungsgericht* richiama, in sostanza, la distinzione fondata sulla nota teoria delle sfere, individuando il nucleo inviolabile (anche) del diritto fondamentale alla libertà di domicilio in quello che è il nucleo intoccabile del diritto alla personalità in generale: la sfera più interna, che coincide con la libertà di esprimere e di gestire autonomamente gli aspetti più intimi della propria vita privata. Il richiamo alla teoria delle sfere viene approfondito poco più avanti, quando il Tribunale sottolinea che gli accorgimenti a tutela della dignità dell'uomo sono necessari non solo nelle situazioni in cui la persona è sola, ma anche quando questa comunichi con altri, e distingue nuovamente la sfera intoccabile del diritto fondamentale (carattere personale del comportamento: *Personalbezug*) da quella accessibile ai pubblici poteri (carattere sociale dello stesso: *Sozialbezug*). A questo proposito il BVerfG precisa, con un richiamo alla sentenza sul diario personale²¹⁶, che le conversazioni nelle quali la persona dà informazioni su reati commessi non rientrano, normalmente, nel nucleo intoccabile della vita privata, e che tuttavia «non ogni legame tra sospetto di commissione di un reato e dichiarazioni dell'indagato è sufficiente a ritenere esistente la dimensione sociale in capo alle sue dichiarazioni. [...]»; rivestono, infatti, sufficiente carattere

²¹⁴ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 120-121.

²¹⁵ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 122-123.

²¹⁶ BVerfGE 80, 367, su cui v. *supra*, § 4.

sociale solo «quelle dichiarazioni che riguardino direttamente un fatto di reato specifico»²¹⁷.

E' questo, pertanto, il primo e principale parametro di valutazione della legittimità del nuovo strumento investigativo: se lo stesso rispetti o meno il contenuto di dignità della libertà di domicilio, che è poi il nucleo più interno e inviolabile del diritto del cittadino a dare forma liberamente alla propria vita privata. L'altro parametro di legittimità costituzionale, quello del bilanciamento, non può sostituirsi a questo: il Tribunale costituzionale lo sottolinea prima di procedere all'esame del nuovo art. 13 comma 3 GG, col dire che il fatto che tra i limiti posti dalla norma alla compressione della libertà di domicilio, o tra quelli che si ricavano dalla interpretazione sistematica da altre disposizioni del *Grundgesetz*, se ne trovino alcuni che chiamano in causa il principio di proporzionalità, non costituisce un fattore decisivo: il principio di proporzionalità, invero, entra in gioco solo laddove l'intercettazione non violi la dignità umana, quale limite ulteriore²¹⁸.

La sentenza prosegue quindi con l'analisi della legge costituzionale di riforma, all'esito della quale il Tribunale, ponendo l'accento sul complesso dei limiti che lo stesso art. 13 comma 3 GG detta per l'impiego del nuovo strumento investigativo²¹⁹, nonché su un particolare passo della Relazione al progetto di legge costituzionale²²⁰, dichiara l'art. 13 comma 3 conforme a Costituzione, perché corredato da sufficienti garanzie per un effettivo rispetto del nucleo inviolabile di libera gestione della vita privata. L'art. 13 comma 3 GG infatti «va inteso nel senso che l'acquisizione di informazioni attraverso l'intercettazione nel domicilio deve escludersi laddove la misura giungerebbe ad invadere l'ambito inviolabile di libera gestione della vita privata, protetto dal combinato disposto degli articoli 13 comma 1, 1 comma 1 e 2 comma 1 GG»²²¹.

Per essere conforme a Costituzione, di conseguenza, la legge ordinaria di attuazione dell'art. 13 GG deve assicurare, nel rispetto del principio di chiarezza normativa, che le modalità di esecuzione dell'intercettazione ambientale non diano luogo a una violazione della dignità umana, e a questo fine garantire: - che l'intercettazione sia omessa quando vi siano indizi per cui la misura violerebbe la

²¹⁷ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 137.

²¹⁸ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 124. Anche su questo aspetto, pertanto, il Tribunale costituzionale riconferma la propria consolidata giurisprudenza: si veda quanto esposto *supra*, § 2, in tema di principio di proporzionalità.

²¹⁹ Il Tribunale sottolinea in particolare i seguenti limiti: previsione della intercettazione solo per reati particolarmente gravi, indicati tassativamente dalla legge; gravità degli indizi di colpevolezza; necessità che l'accertamento dei fatti risulti altrimenti oltremodo difficile; limitazione della intercettazione al domicilio nel quale (e solo fino a quando in esso) l'indagato presumibilmente si trattenga; obbligatorietà del provvedimento di un giudice collegiale. Cfr. BVerfG 3.3.2204, cit., nmg. 125-128.

²²⁰ Il passo della Relazione richiamato dal BVerfG dichiara che l'esecuzione della intercettazione nel domicilio deve omettersi quando i comportamenti presumibilmente oggetto della captazione ricadano nella sfera inviolabile di libera gestione della vita privata, protetta dall'art. 1 comma 1 GG; la Relazione porta, quali esempi di dichiarazioni di cui non è ammessa la captazione, perché appartenenti al nucleo inviolabile di dignità umana, il colloquio con il confessore e in generale quello spirituale e il colloquio dai contenuti altamente personali intrattenuto con i familiari stretti. Cfr. BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 132.

²²¹ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 134.

dignità; - che la stessa venga interrotta a fronte di dichiarazioni che si rivelino, inaspettatamente, protette in via assoluta (e le trascrizioni già effettuate distrutte); - che sia esclusa ogni utilizzazione, nel quadro dell'attività di repressione penale, delle informazioni relative a dati personali protetti in maniera assoluta²²².

Questi parametri vengono specificati e concretizzati nei passi successivi della sentenza. «Al fine di evitare un'intromissione nella sfera privata, l'intercettazione di parole pronunciate all'interno di un'abitazione non va eseguita quando nell'appartamento si trovi qualcuno solo, o in compagnia di persone legate a questi da un rapporto di fiducia attinente al nucleo intoccabili (ad es. familiari o altre persone si stretta fiducia), e non vi siano concreti indizi che le dichiarazioni che vi verranno rese, per il loro contenuto, manifestano una relazione immediata con specifici fatti di reato. E' certamente vero che non tutte le conversazioni intrattenute nella abitazione con i familiari o con amici fidati appartengono all'ambito della sfera privata; nell'interesse di una tutela effettiva della dignità umana, tuttavia, sussiste in merito una presunzione: le intercettazioni vanno evitate quando è probabile che tramite le stesse si capterebbero conversazioni oggetto di tutela assoluta»²²³. L'affermazione è davvero interessante, perché consente di capire qual è il peso attribuito dal BVerfG al valore in gioco (che è poi, ultimamente, il valore della persona): pur di non rischiare un probabile sconfinamento nella sfera intima della vita privata, lo Stato deve rinunciare al mezzo di ricerca della prova, e di conseguenza anche all'accertamento dei reati (particolarmente gravi) per cui lo stesso è stato disposto. Veramente può dirsi, alla luce di una simile affermazione, che nel sistema giuridico tedesco la dignità è un valore assoluto, anche nel processo penale.

Il BVerfG, tuttavia, non si ferma qui, e dà indicazioni ancora più precise agli investigatori: poiché ciò che è decisivo – prosegue il Tribunale – è il contenuto delle conversazioni, bisognerà accertarsi, prima di dare esecuzione alla misura, che le stesse non abbiano carattere strettamente personale (ricadendo in questo caso nell'ambito intoccabile della vita privata). Ciò, se non può prevedersi con certezza (la certezza sul carattere protetto della dichiarazione può aversi naturalmente solo a captazione avvenuta), può tuttavia essere in qualche modo pronosticato. La prognosi è a sua volta possibile alla luce di alcuni indicatori, significativi dell'attinenza del comportamento al nucleo duro della sfera personale; in particolare, due sono gli indici sintomatici da valutare: a) in primo luogo, alcuni indizi potranno ricavarsi dal tipo di ambiente in cui si esegue l'intercettazione (diversa, infatti, secondo il Tribunale, sarà la probabilità di captare conversazioni tutelate in modo assoluto nelle abitazioni private - all'interno delle quali non deve farsi distinzione tra singole stanze - o negli ambienti lavorativi, o ancora in quelli promiscui, abitativi e lavorativi insieme)²²⁴; b) in secondo luogo, la probabilità che le intercettazioni invadano la sfera intima della personalità dipenderà da chi si trovi nel domicilio da sottoporre

²²² BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 135.

²²³ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 138.

²²⁴ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 141 ss.

a controllo (tale probabilità sarà più alta, sempre secondo il Tribunale, quando insieme alla persona indagata si trattengano nel domicilio il coniuge, i familiari più stretti, o altre persone di stretta fiducia, come amici fidati, il confessore spirituale, il difensore, ecc.)²²⁵.

Il Tribunale costituzionale aggiunge, ancora, che quando poi l'intercettazione da eseguire nelle abitazioni private appaia (alla luce dei parametri indicati) tendenzialmente ammissibile, essa dovrà comunque limitarsi a conversazioni che abbiano contenuti di probabile rilevanza processuale penale. Gli investigatori, prima di procedere alla registrazione, dovranno pertanto assicurarsi, attraverso idonee pre-investigazioni, innocue per la sfera della vita privata, che l'intercettazione ambientale resti confinata ai soli accadimenti rilevanti per il procedimento penale: non è consentito infatti ingerirsi nella sfera intoccabile della vita privata al solo scopo di stabilire se l'assunzione di informazioni riguardi o meno questa stessa sfera; un'intercettazione a tutto campo (dal punto di vista temporale e ambientale) è pertanto tendenzialmente inammissibile già per la seria probabilità che con essa si intercettino conversazioni strettamente personali²²⁶.

Questi ultimi passi della sentenza mettono in chiaro che agli investigatori è rigorosamente vietato eseguire un'intercettazione nel domicilio a cuor leggero, adagiandosi, per così dire, sul provvedimento autorizzativo. Essi sono sempre tenuti, al contrario, ad effettuare una prognosi accurata, che può sfociare nella omissione della intercettazione a fronte della probabilità di captare conversazioni strettamente personali, protette in quanto espressione della dignità della persona. Detta prognosi dovrà avvalersi di indagini esplorative, condotte a mezzo di misure scarsamente invasive (osservazione esterna del domicilio, pedinamento della persona indagata, ecc.), dalle quali ricavare indicatori sintomatici quali: la destinazione in concreto attribuita al domicilio (abitativa, lavorativa, promiscua); il tipo di frequentazione dello stesso (parenti o persone di stretta fiducia nei confronti delle quali non vi siano indizi di correttezza o complicità, oppure estranei, o persone di stretta fiducia implicate tuttavia nella commissione dei reati per cui si procede²²⁷).

La protezione assoluta del contenuto di dignità del diritto fondamentale alla inviolabilità del domicilio viene infine completata, dal BVerfG, con un'ulteriore indicazione, che chiude, per così dire, il cerchio della tutela. Afferma infatti il Tribunale che, anche nelle ipotesi in cui non vi siano indizi esterni che depongano per la probabile captazione di conversazioni oggetto di tutela assoluta, e quindi anche quando, non sussistendo un divieto di esecuzione della misura, si proceda effettivamente alla intercettazione nel domicilio, le conversazioni dell'indagato potranno essere registrate, ancora una volta, solo se contengano informazioni suscettibili di essere utilizzate nel processo. Ciò significa che qualora nel corso della esecuzione della intercettazione nel domicilio dovesse verificarsi una situazione riconducibile al nucleo intoccabile

²²⁵ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 145 ss.

²²⁶ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 149.

²²⁷ Su quest'ultimo aspetto v. i passi della sentenza riportati *infra*, nel testo.

della sfera privata, l'intercettazione dovrà essere interrotta, e a tal fine dovranno adottarsi misure adeguate: il principio supremo di cui all'art. 1 comma 1 GG può infatti imporre che l'intercettazione effettuata nella privata dimora venga eseguita senza ricorrere alla registrazione automatica come unico mezzo di esecuzione, prevedendo invece la continua presenza di un operatore, così da rendere possibile l'immediata interruzione della registrazione in qualsiasi momento²²⁸.

E' importante, infine, sottolineare la sanzione individuata dal Tribunale in caso di mancato rispetto dei requisiti fin qui indicati: «se nel corso dell'esecuzione della misura si verificasse una situazione riconducibile al nucleo intoccabile della sfera privata, l'intercettazione dovrà essere interrotta. La trascrizioni eventualmente raccolte vanno distrutte. La cessione e l'utilizzazione delle informazioni così raccolte sono vietate. L'art. 13 co. 3 GG deve essere interpretato nel senso di imporre, con riguardo a simili registrazioni, corrispondenti divieti di utilizzazione probatoria [dal] fondamento costituzionale»²²⁹.

Individuati i parametri di riferimento per la valutazione di legittimità, il Tribunale costituzionale passa al vaglio la legge ordinaria di attuazione, per giungere alla conclusione che «la previsione legislativa che consente, ai § 100c comma 1, n. 3, commi 2 e 3 StPO, l'intercettazione ambientale, e la disciplina dei divieti di assunzione e di utilizzazione della prova di cui al § 100d co. 3 StPO non soddisfano a sufficienza le indicazioni di cui all'art. 13 co. 1 e 3 GG e art. 2 comma 1 GG (in collegamento con l'art. 1 co. 1 GG), in relazione alla tutela del nucleo intoccabile della libertà gestione della vita privata. Le disposizioni codicistiche si conciliano solo in parte con la Carta Costituzionale».

Il richiamo agli articoli 2 comma 1 e 1 comma 1 GG, ribadisce il Tribunale, si giustifica alla luce della seguente considerazione: «insieme al diritto di non essere disturbati nel proprio domicilio, e alla libertà delle comunicazioni intrattenute in esso, l'art. 13 comma 1 GG tutela proprio quell'ambito della sfera privata che è oggetto di tutela da parte del generale diritto alla personalità. Questo diritto, in qualità di libertà innominata, completa tutte quelle libertà speciali (che pure tutelano elementi costitutivi della personalità) entrando in azione solo là dove queste ultime non assicurino una tutela²³⁰. La tutela del diritto alla personalità in generale di cui all'art 2 comma 1 e art. 1 comma 1 GG entra in azione, invece, quando l'intercettazione ambientale riguarda persone che non possono invocare la tutela di cui all'art. 13 comma 1 GG. Titolare del diritto di cui all'art. 13 comma 1 GG è infatti il proprietario del domicilio o chi vi abita (non importa a quale titolo) [...] Le misure disposte in sede di intercettazione ambientale possono tuttavia riguardare [...] anche persone casualmente presenti nell'appartamento. Queste persone, se non vedono violata la propria libertà di

²²⁸ BVerG 3.3.2004, cit., nmg. 151.

²²⁹ BVerG 3.3.2004, cit., nmg. 152.

²³⁰ Sul meccanismo della doppia tutela (ovvero tutela prevista dalla norma che garantisce la libertà speciale e, in via complementare, tutela propria del diritto alla personalità in generale ex artt. 2 comma 1 e 1 comma 1 GG) v. *supra*, § 3 e 4.

domicilio, vengono tuttavia colpite nel loro diritto alla personalità in generale»²³¹. Qualora, pertanto, «si abbiano conversazioni tra familiari stretti, persone fidate, o titolari del diritto al segreto professionale, le stesse possono essere sottoposte a controllo solo quando vi siano indizi concreti di una compartecipazione al reato da parte delle persone coinvolte nella conversazione. Il sospetto concreto che questi siano i contenuti della conversazione deve sussistere già al momento in cui la misura viene disposta. Tale sospetto non può invece fondarsi sui risultati della intercettazione»²³².

La disciplina legislativa che consente l'esecuzione di intercettazioni ambientali a fini repressivi è parzialmente incostituzionale, sotto il profilo ora evidenziato (violazione del nucleo duro del diritto alla personalità), per le ragioni seguenti: a) Il § 100d co. 3 StPO non garantisce che l'intercettazione venga sempre esclusa quando l'indiziato si trovi nell'abitazione insieme ai familiari più stretti o con altre persone di stretta fiducia, e non vi siano indizi di una loro partecipazione ai fatti di reato; b) lo stesso § 100d co. 3 non prevede che l'intercettazione venga interrotta quando inaspettatamente si venga a creare una situazione riconducibile al nucleo inviolabile della vita privata; c) similmente, manca una sufficiente regolamentazione che preveda che i risultati acquisiti mediante la violazione del nucleo duro della vita privata non vengano utilizzati, e che i dati già raccolti siano cancellati²³³. Al contrario, a quest'ultimo proposito, dovevano essere previsti: 1) divieti di assunzione della prova, quando gli organi procedenti eseguano l'intercettazione nonostante sussista la probabilità di captare dichiarazioni oggetto di tutela assoluta; 2) divieti di utilizzazione della prova, quando il divieto di assunzione è inizialmente escluso, ma inaspettatamente, nel corso dell'esecuzione della misura, si verificano situazioni riconducibili al nucleo inviolabile della vita privata²³⁴. Il legislatore non ha, inoltre, prescritto che vengano immediatamente distrutte le informazioni attinenti al nucleo duro della vita privata eventualmente acquisite²³⁵.

Tutto questo per quanto che riguarda le carenze della legge ordinaria di attuazione in tema di salvaguardia del nucleo duro del diritto all'invioabilità del domicilio. Il Tribunale costituzionale individua, poi, ulteriori profili di incostituzionalità della legge, tra i quali è molto interessante quello relativo al

²³¹ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 161-162.

²³² BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 172.

²³³ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 173ss.

²³⁴ Il Tribunale comprende che «questo può facilmente accadere: prognosi sicure da parte dell'autorità procedente sono talora impossibili, in particolare quando non è stato possibile assumere informazioni univoche – ad esempio attraverso la preventiva osservazione – sul contesto sociale dell'indagato». Ma appunto per tale ragione è indispensabile, perché la tutela del nucleo intoccabile sia completa e onnicomprensiva, stabilire, a integrazione del divieto di assunzione, anche un divieto di utilizzazione: cfr. BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 185.

²³⁵ Il Tribunale costituzionale fa, a questo proposito, un'importante precisazione, affermando che l'obbligo di distruzione immediata non viola il diritto di difesa di cui all'art. 19 co. 4 GG (tutela giurisdizionale dei propri diritti): è infatti decisiva, secondo il BVerfG, la considerazione che ogni ulteriore conservazione dei dati strettamente personali – che non dovevano essere acquisiti – accentua il rischio di un aggravamento della lesione del diritto alla personalità. La distruzione dei dati deve pertanto essere immediata. Cfr. BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 186.

mancato rispetto del principio di proporzionalità²³⁶. Il BVerfG dichiara incostituzionale il § 100c co. 1 n. 3 StPO anche sotto questo profilo, per contrasto con la disposizione dell'art. 13 comma 3 GG, che impone la limitazione delle intercettazioni nel domicilio ai soli reati di particolare gravità²³⁷, osservando, da un lato, che la nuova misura investigativa è particolarmente invasiva dei diritti fondamentali del cittadino²³⁸ (ciò che impone di vincolarne l'ammissibilità a requisiti alquanto restrittivi), dall'altro lato, che alcuni tra i reati che consentono l'impiego della nuova misura appartengono invece soltanto alla categoria della media criminalità. I "reati di particolare gravità" di cui all'art. 13 comma 3 GG, al contrario, devono, secondo il Tribunale, oltrepassare nettamente la soglia della media criminalità, e più precisamente, deve trattarsi di reati puniti con pena edittale superiore nel massimo a cinque anni di reclusione²³⁹.

In considerazione della parziale incostituzionalità della legge ordinaria di attuazione della riforma, il Tribunale costituzionale conclude la propria sentenza intimando al legislatore ordinario di adeguare al *Grundgesetz* le disposizioni della StPO dichiarate non conformi a Costituzione, entro e non oltre il 30 giugno 2005, precisando che fino a quella data tali norme potranno essere applicate, ma nel rispetto del principio di dignità umana e del principio di proporzionalità.

Il legislatore tedesco si è adeguato al *dictum* della sentenza con la legge federale del 24.6.2005²⁴⁰, con la quale si è sostanzialmente limitato a trasporre nelle norme della StPO le dettagliate indicazioni del BVerfG²⁴¹. Le reazioni della dottrina alla sentenza del Tribunale costituzionale sono state ampiamente favorevoli²⁴², pur non mancando chi ha sottolineato criticamente che le severe correzioni apportate dal Tribunale alla disciplina delle intercettazioni ambientali nel domicilio (e in particolare la previsione di un divieto probatorio per le conversazioni intrattenute tra parenti stretti) rischiano di rendere lo strumento,

²³⁶ Che, come noto, integra una violazione del principio dello stato-di-diritto di cui all'art. 20 GG, nel quale, secondo lo stesso BVerfG, il principio di proporzionalità affonda le proprie radici. Si rinvia, sul punto, a quanto esposto nel § 2 del presente capitolo.

²³⁷ BVerfG 3.3.2004, cit., nmg. 179 ss.

²³⁸ Ragione per cui, in merito ad essa, non possono richiedersi gli stessi requisiti di legittimità dettati per misure meno invasive, quali ad es. l'impiego dell'agente sotto copertura (che agisce con il consenso dell'indagato, pur se viziato dall'inganno), o come l'acquisizione dei tabulati telefonici (che non consentono di prendere conoscenza del contenuto delle conversazioni, ma solo dei dati esterni di queste ultime), ma requisiti più restrittivi.

²³⁹ Il BVerfG entra nel dettaglio fino al punto di spulciare, uno per uno, i reati contemplati dal § 100c comma 1 n. 3, indicando quelli che debbono venirne espulsi.

²⁴⁰ "Legge per l'attuazione della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 3 marzo 2004", in BGBl I 2005, p. 1841. La legge viene commentata da M. LÖFFELMANN, *Die Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung*, in NJW, 2005, p. 2033 ss.

²⁴¹ Tanto che vi è chi, nella dottrina, rimprovera al legislatore di non aver colto l'occasione per correggere altri profili di incostituzionalità della riforma: così WEIBER, *Zeugnisverweigerungsrechte und Menschenwürde*, cit., p. 148.

²⁴² Si tratta di reazioni comprensibili, viste le molte critiche formulate dalla dottrina, per lo più nella stessa direzione fatta propria dal BVerfG, alla riforma del 1998. Si vedano, per una panoramica delle principali reazioni dottrinali, B. WEIBER, loc. ult. cit.; P. GOLLA, *Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2004/2005*, in NJW, 2004, p. 2434; F. ROGGAN (a cura di), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Liskin*, Berlin, 2004.

tanto necessario per penetrare nelle organizzazioni criminali, praticamente inutilizzabile²⁴³.

²⁴³ Cfr. HOFMANN, in SHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, cit., sub art. 13, nmg. 32, il quale sottolinea che la criminalità organizzata, grazie alle nuove regole, avrà buon gioco nel portare avanti indisturbata la propria attività, e che il BVerfG non tiene sufficiente conto del fatto che i cittadini tedeschi chiedono allo Stato anche la protezione del loro “diritto alla sicurezza”. Sulla inesistenza di un “diritto costituzionale alla sicurezza”, di rango addirittura paragonabile a quello riconosciuto dal *Grundgesetz* alle libertà fondamentali, si veda tuttavia già WOLTER, *35 Jahre Verfahrensrechtskultur*, cit., p.158 ss. (spec. p. 167).

CAPITOLO SECONDO

DIGNITÀ UMANA E DIRITTI FONDAMENTALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La dignità umana nelle decisioni della Corte costituzionale – 2. Segue: le decisioni in materia di contenuto minimo dei diritti inviolabili, in tema di tutela della vita privata e di rispetto del pudore sessuale – 3. Corte costituzionale, bilanciamento e limiti alla compressione dei diritti fondamentali

1) *La dignità umana nelle decisioni della Corte costituzionale.*

La Costituzione italiana non contiene una disposizione paragonabile a quella dell'art. 1 della Legge Fondamentale tedesca: nessuna norma della nostra Carta fondamentale, infatti, è dedicata alla dichiarazione di inviolabilità della dignità umana. Ciò non significa, naturalmente, che il valore della dignità umana sia sconosciuto alla nostra Costituzione, al contrario. Innanzitutto, il Costituente italiano ha utilizzato in due occasioni la parola «dignità» - nell'art. 3 («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale...») e nell'art. 41 («L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana...») – e in un'altra occasione l'attributo «dignitosa» (art. 36)²⁴⁴; vi fa inoltre chiaramente riferimento, infine, l'art. 32 comma 2 della Costituzione («Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»)²⁴⁵. In secondo luogo, la Costituzione italiana, nel proclamare che «la

²⁴⁴ Cfr. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 345.

²⁴⁵ Che l'espressione «rispetto della dignità umana» sia sinonimo di «rispetto della dignità umana» è dimostrato dalla giurisprudenza costituzionale: lo dà per scontato ad esempio la sentenza Corte Cost. n. 257 del 10 luglio 1996 (è ammissibile «l'accertamento tecnico sulla persona della controparte [...] sempre che il mezzo istruttorio sia assunto salvaguardando la dignità della persona umana, in relazione a quanto prevede l'art. 32, secondo comma, della Costituzione»), in *Giur. Cost.*, 1996, p. 2306). Si vedano inoltre le decisioni esaminate *infra*, in tema di rango costituzionale del valore della dignità. L'art. 32 comma 2 della Costituzione, peraltro, individuando nel rispetto della persona umana – che si giustifica in virtù della sua dignità – il limite alla discrezionalità legislativa, sia pure nel particolare ambito dei trattamenti sanitari, costituisce una disposizione di particolare interesse nell'ottica del presente lavoro. E non è un caso che proprio in questa direzione, come vedremo, essa venga valorizzata dalla più recente giurisprudenza costituzionale.

Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali» (art. 2 Cost.), e che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli [...] che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana», indica incontestabilmente la realizzazione del valore della persona umana, dunque della sua dignità, quale fine e compito precipuo dell'ordinamento repubblicano²⁴⁶. I diritti inviolabili dell'uomo sono garantiti, del resto, nelle moderne Costituzioni e Dichiarazioni di diritti, in quanto servono alla affermazione della dignità dell'uomo, e la garanzia del pieno sviluppo della sua personalità è ad essa servente al pari di quelli: la stessa previsione, nella Costituzione, di limiti rigorosi alla compressione dei «diritti inviolabili generali, o in senso stretto (i c.d. diritti dell'uomo e del cittadino) [...] è in effetti il segno della più alta valutazione che il Costituente ha voluto esprimere verso diritti che determinano categorialmente la consistenza in sé della persona umana, ciò che è propriamente chiamata dignità umana»²⁴⁷.

L'assenza di una disposizione dedicata esclusivamente alla proclamazione del valore dell'uomo, tuttavia, non ha mancato di influenzare la giurisprudenza sui diritti fondamentali della nostra Corte costituzionale, che si è sviluppata in una direzione diversa, che si differenzia notevolmente, da quella seguita del Tribunale federale tedesco. Cionondimeno, anche nella giurisprudenza costituzionale italiana è dato ritrovare numerosi richiami alla dignità dell'uomo e al valore della persona umana, definiti principi supremi dell'ordinamento costituzionale, diversi spunti – dei quali alcuni particolarmente incisivi – in tema di nucleo irriducibile dei diritti fondamentali, ritenuto sottratto al bilanciamento del legislatore, e infine qualche accenno al principio di proporzionalità in materia penale. L'esame della giurisprudenza costituzionale, nel quale stiamo per addentrarci, si prefigge lo scopo di individuare gli elementi comuni alla giurisprudenza delle due Corti, nel tentativo di ricavarne suggerimenti utili per un possibile nuovo approccio alla tematica dei limiti alla compressione dei diritti fondamentali; con la mente già rivolta, peraltro, al tema che costituirà oggetto del prossimo capitolo: la problematica delle videoriprese nel processo penale.

Come si accennava poco fa, nonostante l'assenza di una norma esplicitamente dedicata alla garanzia della dignità umana, nella giurisprudenza della Corte costituzionale è dato ritrovare frequenti richiami alla necessità di rispettare il valore assoluto della persona umana. Già nella sentenza n. 74 del 1968, la Corte (dovendo valutare la legittimità costituzionale della legge sui manicomi) dà per presupposto che «il provvedimento dell'autorità di pubblica sicurezza» deve essere «rispettoso della persona umana (art. 2 e 32 della Costituzione)», e che l'autorità predetta non «può agire in disprezzo della persona dell'infermo, mentre è insito nel citato art. 32 che il trattamento di un infermo

²⁴⁶ Cfr. ancora RUGGERI-SPADARO, cit., p. 346.

²⁴⁷ Così A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Torino, 1989, p. 13.

deve essere ispirato al massimo riguardo»²⁴⁸. Certamente in questo caso la Corte è stata “aiutata” dal richiamo all’art. 32, che al comma 2 espressamente indica nel rispetto della persona umana il limite dei trattamenti sanitari coattivi; tuttavia, crediamo che non vadano sottovalutati, in primo luogo, il richiamo anche all’art. 2 della Costituzione (nel quale, evidentemente, la Corte individua la “sede istituzionale” della garanzia della dignità umana), e in secondo luogo, il riferimento al *disprezzo della persona* quale violazione del valore dell’uomo: come si ricorderà, infatti, il disprezzo della persona, secondo la dottrina filosofica tedesca²⁴⁹, è indice sicuro del misconoscimento della dignità umana, e come tale è considerato anche dal Tribunale costituzionale federale tedesco.

Nella sentenza n. 479 del 1987 (in tema di normativa sull’igiene del lavoro), la Corte ribadisce²⁵⁰ il «valore assoluto della persona umana sancito dall’art. 2 Cost.» - e così la collocazione della dignità nell’ambito della seconda disposizione della Carta costituzionale - e nella sentenza n. 217 del 1988 afferma che tra i «compiti cui lo Stato non può abdicare in nessun modo» vi è quello di «contribuire a che la vita di ogni persona rifletta ogni giorno e sotto ogni aspetto l’immagine universale della dignità umana»²⁵¹. E’ tuttavia per la prima volta nella celebre sentenza n. 364 del 1988 che la Corte costituzionale afferma con chiarezza cristallina qual è il rango attribuito dalla Carta fondamentale dal valore della persona umana. Vi si legge, infatti: che il sistema costituzionale «pone al vertice della scala dei valori la persona umana (che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata)»²⁵²; che «la Costituzione richiede dai singoli soggetti la massima, costante tensione ai fini del rispetto degli interessi dell’altrui persona umana»²⁵³; che «ove [...] s’accettasse il principio dell’assoluta irrilevanza dell’ignoranza della legge penale, si darebbe incondizionata prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità della persona umana»²⁵⁴, il che equivarrebbe a violare «lo spirito stesso dell’intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori» ovvero «a scardinare fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino, ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati»²⁵⁵. Non sfuggirà l’importanza delle affermazioni contenute in questa sentenza; dire che la libertà e la dignità della persona umana sono beni giuridici collocati al vertice della scala dei valori costituzionali, che

²⁴⁸ Corte Cost., sentenza n. 74 del 27 giugno 1968, punto 6 dei considerato in diritto.

²⁴⁹ Ma non solo, naturalmente. Si veda ad esempio l’ampia e interessante ricostruzione di CARUSO, *Delitti di schiavitù*, cit., p. 274 ss.

²⁵⁰ Dopo aver premesso che «il legislatore bene può imporre limitazioni all’iniziativa economica privata in vista della tutela della salute, della sicurezza e della dignità umana dello stesso soggetto esercente l’attività (sent. n. 21 del 1964)».

²⁵¹ Corte Cost., sentenza n. 217 dell’11 febbraio 1988 (in *Cons. Stato*, 1988, II, p. 263) punto 5.2. dei considerato in diritto.

²⁵² Corte Cost., sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, in *Foro It.*, 1988, I, c. 1385, punto 8 dei considerato in diritto.

²⁵³ *Ibidem*, punto 18 dei considerato in diritto.

²⁵⁴ *Ibidem*, punto 3 dei considerato in diritto.

²⁵⁵ *Ibidem*, punto 25 dei considerato in diritto.

contribuiscono a formare lo spirito stesso della Carta fondamentale, e che vietano sempre e comunque – anche qualora vengano in questione finalità di prevenzione penale generale – la strumentalizzazione della persona umana, significa rievocare affermazioni che abbiamo trovato ripetute più volte anche nella giurisprudenza del BVerfG, e soprattutto significa riconoscere il ruolo fondamentale del principio di dignità.

Vi sono poi altre sentenze, più recenti, che confermano la convinzione della Corte che la Carta costituzionale persegua lo scopo primario di garantire il pieno riconoscimento della dignità dell'uomo, e di creare le condizioni perché lo stesso si realizzi anche nei fatti. La sentenza n. 471 del 1990, in tema di accertamenti tecnici preventivi e ispezione personale, afferma il «valore costituzionale della inviolabilità della persona», e conferma che l'art. 32 comma 2, nel prescrivere che «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della dignità umana», altro non impone, nella materia dei trattamenti sanitari, se non il «rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana»²⁵⁶. La sentenza n. 467 del 1991 ribadisce la tutela costituzionale del valore della persona umana parlando della «idea universale della dignità umana che circonda quei diritti [i diritti inviolabili dell'uomo, n.d.a.]»²⁵⁷. Nella sentenza n. 368 del 1992 (in tema di libertà di stampa e limite del buon costume di cui all'art. 21 Cost., ultimo comma) con l'affermare che la Carta fondamentale assicura i «principi costituzionali inviolabili della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone (art. 2 della Costituzione)»²⁵⁸, la Corte riconosce al valore della dignità umana rango di principio costituzionale inviolabile. Lo stesso rango viene sostanzialmente riconosciuto alla dignità dalla sentenza n. 26 del 1999, nel dichiarare che il «vigente ordinamento costituzionale [...] si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»²⁵⁹.

Estremamente interessante, infine, è la sentenza n. 293 del 2000 (ancora in tema di pubblicazioni contrarie al buon costume): in essa, premesso che il contenuto minimo comune alle diverse morali del nostro tempo «altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione», che è offeso da «scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano», la Corte dichiara che la norma oggetto del giudizio di costituzionalità²⁶⁰ è legittima e non viola il diritto di cui all'art. 21 Cost., perché «è qui concepita come presidio del bene

²⁵⁶ Corte Cost., sentenza n. 471 del 22 ottobre 1990 (in *Giur. Cost.*, 1990, p. 2818), punto 3 dei considerato in diritto.

²⁵⁷ Corte Cost., sentenza n. 467 del 16 dicembre 1991 (in *Giur. Cost.*, 1991, p. 3805), punto 4 dei considerato in diritto.

²⁵⁸ Corte Cost., sentenza n. 368 del 9 luglio 1992 (in *Giust. Pen.*, 1992, I, p. 262), punto 2 dei considerato in diritto.

²⁵⁹ Corte Cost., sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1999 (in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1718), punto 3.1 dei considerato in diritto.

²⁶⁰ Si trattava dell'art. 15 della legge sulla stampa del 1948, che vietava gli stampati idonei “ a turbare il comune sentimento della morale”, impugnata per violazione della libertà di manifestazione del pensiero di cui appunto all'art. 21 Cost.

fondamentale della dignità umana»²⁶¹. «Quello della dignità della persona umana» - aggiunge la Corte - «è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale»²⁶². E' soprattutto quest'ultima affermazione a colpire l'attenzione dell'interprete: nonostante l'assenza di una norma costituzionale esplicita in tema di dignità, il Giudice delle leggi arriva a considerare la dignità umana un valore costituzionale che permea di sé tutto il diritto positivo, che gioca pertanto un ruolo decisivo nella interpretazione di tutte le norme dell'ordinamento giuridico²⁶³.

Fin qui si sono visti, salvo qualche eccezione, richiami che la Corte costituzionale ha fatto al concetto di dignità senza entrare, però, nel merito del suo significato. In realtà, invano si cercherebbe nella giurisprudenza della Corte una definizione della dignità dell'uomo, simile a quella che abbiamo visto essere ripetuta da decenni nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco. Leggendo bene alcune decisioni della Corte costituzionale, tuttavia, ci si avvede che anche i riferimenti al contenuto del valore della dignità non sono assenti del tutto, se non altro sotto il risvolto negativo, ovvero sotto forma di individuazione di possibili modalità di violazione di questo supremo valore costituzionale.

Si sono già viste le sentenze n. 74 del 1968, secondo cui la dignità è lesa dall'«agire in disprezzo della persona», e la sentenza n. 364 del 1988, che ha affermato che il rispetto della dignità umana si risolve in un divieto di strumentalizzazione della persona umana, in uno scardinamento della persona dal vertice della scala di valori, in cui la stessa è invece collocata dalla Carta costituzionale. Altre decisioni della Corte aggiungono elementi all'individuazione del concetto di dignità. Nella sentenza n. 78 del 1958, la Corte ha ritenuto che rechino danno «alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», le «attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini o che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori»²⁶⁴. La sentenza n. 125 del 1963 (in tema di limiti alla libertà economica di cui all'art. 41 Cost.) chiarisce «che la dignità umana riceve[ss]e] offesa dallo sterile impiego dell'autonomia individuale», e che di conseguenza «un'attività economica può [...] ricevere tutela dalla legge soltanto se l'utilizzazione di [apparecchi da gioco] non favorisce tendenze antisociali»²⁶⁵. Sono interessanti, a questo proposito, anche la sentenza n. 37 del 1992, che definisce «l'autostima e la coscienza del proprio valore nell'ambito del rapporto con gli altri uomini» aspetti della dignità dell'uomo, e riafferma quest'ultima «un

²⁶¹ Corte Cost. sentenza n. 293 del 17 luglio 2000 (in *Giur. Cost.*, 2000, p. 2239), punto 3 dei considerato in diritto.

²⁶² *Ibidem*, punto 4 dei considerato in diritto.

²⁶³ La sentenza appena richiamata è seguita, a distanza di due anni, da un'ordinanza della Corte costituzionale, che, in relazione ad un identico giudizio di costituzionalità, ribadisce quanto lì affermato: v. Corte Cost. ordinanza n. 92 del 2002, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 814.

²⁶⁴ Corte Cost., sentenza n. 78 del 16 dicembre 1958, punto 6 dei considerato in diritto.

²⁶⁵ Corte Cost., sentenza n. 125 del 9 luglio 1963 (in *Giur. It.*, 1963, I, p. 1349), punto 2 dei considerato in diritto.

valore posto dalla Costituzione a base dei diritti della persona umana»²⁶⁶, e la recente ordinanza n. 138 del 2005, in cui la Corte osserva che una «azione diretta ad un costringimento fisico di durata indeterminata, per oltre 48 ore, senza previsione di un termine massimo», quale è la misura dell'accompagnamento alla frontiera, «comporta[ndo] mortificazione della dignità umana»²⁶⁷.

Infine, è particolarmente significativa in argomento la sentenza n. 467 del 1991²⁶⁸, nella parte in cui analizza il nesso che lega la protezione della coscienza individuale alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, e riconosce, anche esplicitamente, il ruolo essenziale rivestito dal diritto all'autodeterminazione della persona, rispetto al godimento delle libertà fondamentali. Osserva infatti la Corte che «la protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima»²⁶⁹. Da qui deriva, prosegue la Corte, «che - quando sia ragionevolmente necessaria rispetto al fine della garanzia del nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 della Costituzione) o della propria fede religiosa (art. 19 della Costituzione) - la sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana»²⁷⁰.

²⁶⁶ Corte Cost., sentenza n. 37 del 5 febbraio 1992 (in *Giur. Cost.*, 1992, p. 206), punto 4 dei considerati in diritto.

²⁶⁷ Corte Cost. ordinanza n. 138 del 24 marzo 2005.

²⁶⁸ Si tratta della sentenza con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge in materia di obiezione di coscienza, nella parte in cui non prevedeva che l'espiazione della pena da parte di chi si era rifiutato di effettuare il servizio militare per motivi di coscienza – dopo aver assunto servizio, e dunque al di fuori delle ipotesi di esonero contemplate dalla legge – non esonerasse dalla prestazione del servizio.

²⁶⁹ Corte Cost., sentenza n. 467/1991, cit., punto 4 dei considerati in diritto.

²⁷⁰ *Ibidem*.

Quest'ultima pronuncia della Corte in tema di libertà di coscienza è stata salutata con favore dalla dottrina costituzionalistica italiana, e ciò a ragione: la libertà di coscienza, come scolpita in questa sentenza, è infatti rielaborata non solo come diritto in sé, ma anche come presupposto e base di tutti gli altri diritti fondamentali, al punto che per taluno tale libertà emerge dalla sentenza come "il più forte e inviolabile diritto della persona", legato da un doppio nodo al diritto alla riservatezza²⁷¹. Si sottolinea, inoltre, che nella libertà di coscienza così intesa culmina la parabola della coppia libertà-dignità, in sostituzione del vecchio binomio ottocentesco libertà-proprietà²⁷².

2) *Segue: le decisioni in materia di contenuto minimo dei diritti inviolabili, e in tema di rispetto della vita privata e del pudore sessuale.*

La giurisprudenza della Corte costituzionale offre molti spunti interessanti anche in relazione alla teoria del nucleo essenziale dei diritti fondamentali. Il richiamo a questo nucleo è frequentissimo, innanzitutto, in materia di diritto alla salute. Parla di «contenuto minimo del diritto alla salute», ad esempio, la sentenza n. 185 del 1998²⁷³. Di tenore simile è l'enunciazione di un «nucleo essenziale del diritto alla salute» di cui alla sentenza, di poco successiva, n. 267 del 1998²⁷⁴. Più deciso è il riconoscimento dell'esistenza di un nucleo duro del diritto ex art. 32 Cost. ad opera della sentenza n. 309 del 1999, in cui la Corte costituzionale osserva (in relazione a una norma della legge istitutiva del servizio sanitario nazionale, in materia di assistenza sanitaria ai cittadini italiani all'estero), che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana»²⁷⁵. Lo stesso riconoscimento si ritrova nella sentenza, appena successiva, n. 509 del 2000: «il bilanciamento di quel diritto [ai trattamenti necessari per la tutela della salute, *n.d.a.*] [...] deve, tra l'altro, tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso, quel "nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" (sentenze n. 309 del 1999, n. 267 del 1998, n.

²⁷¹ Cfr. F. FENUCCI, *Recenti orientamenti della Corte sui diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, cit., p. 45.

²⁷² Cfr. FENUCCI, *Idibem.*

²⁷³ Corte Cost., sentenza n. 185 del 26 maggio 1998 (in *Giur. Cost.*, 1998, p. 1510), punto 9 dei considerato in diritto.

²⁷⁴ Corte Cost., sentenza n. 267 del 17 luglio 1998 (in *Giur. Cost.*, 1998, p. 2076), punto 4 dei considerato in diritto.

²⁷⁵ Corte Cost., sentenza n. 309 del 16 luglio 1999 (in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2500), punto 3 dei considerato in diritto.

247 del 1992), il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»²⁷⁶.

L'affermazione più interessante, tuttavia, in tema di nucleo incompressibile del diritto alla salute, si trova nella sentenza n. 252 del 2001 (oggetto del giudizio di legittimità costituzionale era una norma del T.U. in materia di immigrazione all'epoca vigente). La Corte costituzionale osserva che «il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto” [...]». Da questa premessa, la Corte trae la conseguenza che «questo “nucleo irriducibile” di tutela della salute quale diritto fondamentale della persona deve perciò essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione»²⁷⁷. Come si vede, si tratta di enunciazioni sempre più precise, che nella formulazione di cui a quest'ultima sentenza sembrano addirittura andare nello stessa direzione tracciata dal Tribunale costituzionale federale tedesco.

Il riconoscimento ad opera della Corte costituzionale di un nucleo inviolabile dei diritti fondamentali non si è avuto, tuttavia, nel solo particolare terreno del diritto alla salute. In altre decisioni la Corte ha enunciato quel principio in relazione ad altre libertà costituzionalmente garantite. Nella sentenza n. 366 del 1991 (relativa alla legittimità delle norme del codice di procedura penale che disciplinano l'utilizzazione in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni telefoniche), ad esempio, la Corte applica il principio anzidetto alla libertà garantita dall'art. 15 Cost. «La stretta attinenza di tale diritto [alla libertà e segretezza delle comunicazioni] al nucleo essenziale dei valori di personalità - che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana - comporta una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità. In base all'art. 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta e inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente. In base all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempre che l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la

²⁷⁶ Corte Cost., sentenza n. 509 del 20 novembre 2000 (in *Giur It.*, 2001, p. 2372), punto 4 dei considerato in diritto.

²⁷⁷ Corte Cost., sentenza n. 252 del 17 luglio 2001 (in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 1229), punto 2 dei considerato in diritto. V. anche, in termini sostanzialmente identici, Corte Cost. sentenza n. 432/2005, spec. punto 5.1. dei considerato in diritto.

duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria». Fatta questa importante premessa, la Corte prosegue osservando che se non v'è dubbio «che l'esigenza di amministrare la giustizia e, in particolare, quella di reprimere i reati corrisponda a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile»; e se neppure si può dubitare «che tale interesse primario giustifichi anche il ricorso a un mezzo dotato di formidabile capacità intrusiva, quale l'intercettazione telefonica»; tuttavia, «proprio perché si tratta di uno strumento estremamente penetrante e in grado di invadere anche la privacy di soggetti terzi, del tutto estranei ai reati per i quali si procede, e proprio perché la Costituzione riconosce un particolare pregio all'intangibilità della sfera privata negli aspetti più significativi e più legati alla vita intima della persona umana, le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose, commisurate alla natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile, quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione)»²⁷⁸.

La Corte fa applicazione dei medesimi principi nella sentenza n. 81 del 1993, nel diverso, ma simile, contesto di un giudizio di costituzionalità relativo all'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni nel processo penale. La Corte afferma in questa pronuncia che «le speciali garanzie previste dalle norme [...] a tutela della segretezza e della libertà di comunicazione rispondono all'esigenza costituzionale per la quale l'inderogabile dovere di prevenire e di reprimere reati deve essere svolto nel più assoluto rispetto di particolari cautele dirette a tutelare un bene, *l'inviolabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni, strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità* nelle formazioni sociali (art. 2 della Costituzione)». «In altri termini, il particolare rigore delle garanzie previste dalle disposizioni prima citate intende far fronte alla formidabile capacità intrusiva posseduta dai mezzi tecnici usualmente adoperati per l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche, al fine di *salvaguardare l'inviolabile dignità dell'uomo da irreversibili e irrimediabili lesioni*» (il corsivo è nostro)²⁷⁹.

Piuttosto interessanti, nel panorama delle decisioni che individuano in determinati beni costituzionalmente protetti un patrimonio irrettrabile dell'uomo, appaiono due sentenze pronunciate nell'ambito di giudizi riguardanti soggetti inseriti in ordinamenti particolari della società: l'ordinamento militare e quello penitenziario. Nella prima sentenza, la n. 37 del 1992, la Corte osserva che, «poiché l'art. 52, terzo comma, della Costituzione, prescrive che l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della

²⁷⁸ Corte Cost., sentenza n. 366 del 23 luglio 1991 (in *Giur. Cost.*, 1991, p. 2914), punto 3 dei considerato in diritto.

²⁷⁹ Corte Cost., sentenza n. 81 dell'11 marzo 1993 (in *Giur. Cost.*, 1993, p. 731), punto 2 dei considerato in diritto.

Repubblica, si comprende bene come il legislatore, in attuazione di tale valore costituzionale, abbia circondato i procedimenti disciplinari delle garanzie necessarie al fine di assicurare, anche all'interno dell'ordinamento militare, il godimento del nucleo essenziale dei diritti costituenti il patrimonio inviolabile della persona umana»²⁸⁰: la pronuncia mette in rilievo l'esistenza di una garanzia assoluta, non derogabile in nessun caso, di un nucleo essenziale dei diritti inviolabili. Il riferimento concreto è alla garanzia minima di «un'adeguata ed effettiva difesa»: la sanzione della consegna di rigore (in relazione alla quale era previsto l'obbligo di avvalersi, nella difesa, di un altro militare non appartenente al medesimo ente, e della cui legittimità per l'appunto si discuteva), infatti, «incide su un valore posto dalla Costituzione a base dei diritti della persona umana, vale a dire la dignità dell'uomo»²⁸¹.

Nella stessa direzione va una recente pronuncia della Corte costituzionale, che afferma la necessità di un pieno riconoscimento del diritto alla tutela giurisdizionale in capo ai detenuti, a fronte di provvedimenti restrittivi adottati nei loro confronti da parte delle autorità carcerarie. Si tratta pertanto, anche in questo caso, di una pronuncia relativa al modo di atteggiarsi dei diritti fondamentali della persona all'interno di un particolare ordinamento, quello penitenziario. La sentenza è la n. 26 del 1999, e in essa si legge: «L'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare [...] il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria é estranea al vigente ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti. I diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento e la garanzia dei quali l'art. 2 della Costituzione pone tra i principi fondamentali dell'ordine giuridico, trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti a una restrizione della libertà personale i limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione. La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta dunque affatto una *capitis deminutio* di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione (sentenza n. 114 del 1979). L'art. 27, terzo comma, della Costituzione stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Tali statuizioni di principio, nel concreto operare dell'ordinamento, si traducono non soltanto in norme e direttive obbligatorie rivolte all'organizzazione e all'azione delle istituzioni penitenziarie ma anche in diritti di quanti si trovino in esse ristretti. Cosicché l'esecuzione della pena e la rieducazione che ne é finalità - nel rispetto delle irrinunciabili esigenze di ordine e disciplina - non possono mai consistere in "trattamenti penitenziari" che comportino condizioni incompatibili col riconoscimento della soggettività di quanti si trovano nella restrizione della loro libertà». La Corte conclude che «La dignità della persona (art. 3, primo comma, della Costituzione) anche in questo caso - anzi: soprattutto in questo caso, il cui

²⁸⁰ Corte Cost., sentenza n. 37/1992, cit., punto 4 dei considerati in diritto.

²⁸¹ *Ibidem*.

dato distintivo é la precarietà degli individui, derivante dalla mancanza di libertà, in condizioni di ambiente per loro natura destinate a separare dalla società civile - é dalla Costituzione protetta attraverso il bagaglio degli inviolabili diritti dell'uomo che anche il detenuto porta con sé lungo tutto il corso dell'esecuzione penale». E poiché, infine, «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»²⁸², la sentenza dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 35 ord. penit., «nella parte in cui non prevede una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di color che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»²⁸³.

Un'ulteriore pronuncia della Corte Costituzionale in materia di diritti fondamentali e regime carcerario attiene alle modalità di effettuazione delle perquisizioni, per motivi di sicurezza, sui detenuti: la sentenza n. 526 del 2000 osserva che «i modi della perquisizione [...] rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27, terzo comma), ed al diritto di difesa (art. 24). [...] A fronte dunque del potere dell'Amministrazione, fondato sulle ragioni di sicurezza inerenti alla vita carceraria, e pur non opponendovisi un diritto di libertà personale, già compreso dallo stato di detenzione, stanno in ogni caso precisi ed inviolabili diritti della personalità spettanti al detenuto; e le misure di attuazione del regime carcerario devono essere in ogni caso "rispettose dei diritti del detenuto». «“La perquisizione personale deve essere effettuata nel pieno rispetto della personalità” del detenuto (art. 34, secondo comma, della legge n. 354 del 1975), con una prescrizione da ritenersi di portata sostanzialmente equivalente a quella contenuta nell'art. 249, comma 2, del codice di procedura penale, concernente le perquisizioni per ragioni di ricerca di corpi di reato o di cose pertinenti al reato, ai cui sensi “la perquisizione è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto”». «A ciò si aggiunge, comunque, lo stretto dovere dell'Amministrazione di curare e sorvegliare che le circostanze ambientali in cui le perquisizioni si svolgono, e i comportamenti del personale che vi procede, siano in concreto rispettosi della persona e della sua inviolabile dignità. Quanto più, infatti, la persona, trovandosi in stato di soggezione, è esposta al possibile pericolo di abusi, tanto più rigorosa deve essere l'attenzione per evitare che questi si verificino»²⁸⁴.

²⁸² Corte Cost. sentenza n. 26 dell'11 febbraio 1999 (in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1718), punto 3.1. dei considerato in diritto.

²⁸³ Poiché alla pronuncia della Corte non è seguita l'espunzione dall'ordinamento della norma censurata, ne è nata un'incertezza interpretativa nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, risolta con la sentenza Cass., Sez. Un., 10 giugno 2003, Gianni (in *Cass. Pen. 2004*, p. 1362), che ha superato il contrasto indicando nel procedimento regolamentato dagli artt. 14^{ter} e 69 ord. penit. le norme di riferimento in grado di garantire un procedimento giurisdizionale, anche in assenza di un intervento legislativo diretto: v. sul punto R. MURA, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1369.

²⁸⁴ Corte Cost., sentenza n. 526 del 15 novembre 2000 (in *Cass. Pen.*, 2001, p. 823), punto 6 dei considerato in diritto.

Infine, dell'esistenza di un bagaglio, di un contenuto, minimo dei diritti inviolabili, sottratto alla discrezionalità del legislatore e al meccanismo del bilanciamento, parla un'importante sentenza del 1988, la n. 1146. La riportiamo per ultima, derogando all'ordine cronologico seguito fin qui, perché ben si attaglia a fungere da pronuncia di chiusura, di sottolineatura, della rilevanza di quanto abbiamo visto emergere nelle precedenti decisioni della Corte Costituzionale. In questa sentenza, la Corte giunge infatti a individuare nelle norme della Costituzione poste a tutela dei diritti fondamentali, dei principi supremi, oggetto di garanzia assoluta, al punto da dichiararli addirittura sottratti alla revisione costituzionale. Ne riportiamo i passi più significativi. «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana. Questa Corte, del resto, ha già riconosciuto in numerose decisioni come i principi supremi dell'ordinamento costituzionale abbiano una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale, sia quando ha ritenuto che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, comma secondo, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale" (v. sentt. nn. 30 del 1971, 12 del 1972, 175 del 1973, 1 del 1977, 18 del 1982), sia quando ha affermato che la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte "in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. sentt. nn. 183 del 1973, 170 del 1984). Non si può, pertanto, negare che questa Corte sia competente a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Se così non fosse, del resto, si perverrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore»²⁸⁵.

Esaminata la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di dignità e di contenuto essenziale dei diritti inviolabili, è utile proseguire l'analisi concentrando l'attenzione su un tema che si rivelerà di grande interesse nel momento in cui procederemo ad esaminare la pronuncia delle Sezioni Unite in tema di videoriprese, di cui ci si occuperà nel corso del prossimo capitolo. Cercheremo cioè di scoprire se vi sia, e quale sia, il nesso che, nella

²⁸⁵ Corte Cost., sentenza n. 1146 del 29 dicembre 1988 (in Foro It. 1989, I, c. 609), punto 2.1 dei considerati in diritto.

giurisprudenza costituzionale, lega la dignità umana – o la garanzia del nucleo irriducibile dei diritti fondamentali – alla protezione della vita privata e della riservatezza. Vi sono infatti alcune pronunce in cui questo nesso emerge abbastanza chiaramente, anche se, purtroppo, lo stesso non viene adeguatamente approfondito. Va menzionata, innanzitutto, la risalente pronuncia n. 38 del 1973, nella quale la Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 10 c.c. e degli articoli 96 e 97 della legge sul diritto d'autore (nella parte in cui consentono di inibire la pubblicazione di fotografie e altro materiale, considerati idonei a costituire mezzi per la violazione del diritto all'immagine altrui, anche quando gli stessi siano destinati alla pubblicazione a mezzo stampa), osserva che le norme censurate «non contrastano con le norme costituzionali ed anzi mirano a tutelare e a realizzare i fini dell'art. 2 affermati anche negli artt. 3, secondo comma, e 13, primo comma, che riconoscono e garantiscono i diritti inviolabili dell'uomo, fra i quali rientra quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli artt. 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo»²⁸⁶. Richiamiamo la sentenza perché ci sembra significativo, innanzitutto, il chiaro riconoscimento della qualità di diritti inviolabili, in particolare, in capo al diritto alla riservatezza e alla intimità; in secondo luogo, perché per la prima volta la Corte richiama a sostegno delle proprie affermazioni la previsione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo in materia di diritto alla vita privata (e quella in materia di libertà di espressione e di relativi limiti), ammettendo così che la Costituzione italiana deve leggersi anche alla luce dei principi sanciti dalle Carte dei diritti internazionali. Come vedremo, si tratta di richiami che la Corte ripeterà in altre occasioni, sempre pronunciandosi a proposito di diritto alla riservatezza.

L'altra decisione che ci sembra utile richiamare è la sentenza n. 366 del 1991, già citata in precedenza: in essa, come si ricorderà, la Corte costituzionale afferma che la Costituzione «riconosce un particolare pregio all'intangibilità della sfera privata negli aspetti più significativi e più legati alla vita intima della persona umana», e lo ricollega «al nucleo essenziale dei valori della personalità»²⁸⁷. Si tratta di una considerazione importante, soprattutto nella parte in cui riconosce l'esistenza di una sfera intangibile della vita privata, e della vita intima della persona.

Più recentemente, il tema della tutela della vita privata della persona è stato toccato dalla sentenza n. 445 del 2002. La Corte è stata chiamata a valutare, in questo caso, la legittimità costituzionale della norma di legge che imponeva quale requisito di accesso al corpo della Guardia di finanza il celibato, il nubilateo o la vedovanza; lungo il percorso che la porta a dichiarare la norma incostituzionale, la Corte osserva che «l'uso della discrezionalità del legislatore nella determinazione dei requisiti per l'accesso ai pubblici uffici deve essere soggetto a scrutinio più stretto di costituzionalità quando non è in discussione

²⁸⁶ Corte Cost., sentenza n. 38 del 12 aprile 1973, punto 2 dei considerati in diritto.

²⁸⁷ Corte Cost., sentenza n. 366 del 23 luglio 1991, cit.

solo la generica ragionevolezza delle scelte legislative, in relazione ai caratteri dell'ufficio, ma l'ammissibilità di un requisito la cui imposizione si traduce, indirettamente, in una limitazione all'esercizio di diritti fondamentali: quali, nella specie, oltre al diritto di contrarre matrimonio, quello di non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (proclamato nell'articolo 12 della Dichiarazione universale e nell'articolo 8 della Convenzione europea; e vedi oggi anche l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)²⁸⁸. Facendo perno, ancora una volta, sulle norme poste a presidio della tutela della vita privata di cui alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (e, questa volta, anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), la Corte attribuisce al diritto a non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata il rango di diritto fondamentale. Anche se probabilmente, va detto, il richiamo al diritto alla vita privata non sarebbe bastato a far dichiarare costituzionalmente illegittima la normativa impugnata, se questa non avesse leso, indirettamente, anche il diritto fondamentale a contrarre matrimonio (che la Corte fa risiedere negli artt. 2 e 29 Cost.²⁸⁹), più esplicitamente riconosciuto dalla nostra Carta costituzionale.

Infine, un brevissimo cenno va fatto alla recentissima pronuncia della Corte in tema di conservazione dei dati esterni delle comunicazioni telefoniche: la sentenza n. 372 del 2006²⁹⁰. Anche in questa decisione, infatti, la Corte parla esplicitamente di «diritto alla riservatezza», per poi verificarne il corretto bilanciamento, nella specifica fattispecie sottoposta al suo esame, alla stregua dei consueti parametri di ragionevolezza²⁹¹.

Un altro gruppo di sentenze, che merita qui prendere in considerazione, mette in luce il rapporto tra diritti inviolabili e dignità umana, e vita intima della persona, intesa questa volta sotto il profilo del pudore, in particolare del pudore sessuale. La prima pronuncia che prendiamo in esame è la n. 9 del 1965. In essa la Corte costituzionale si occupava della questione di legittimità relativa all'art. 555 c.p., allora vigente, il quale puniva chi pubblicamente incitasse o facesse propaganda, illustrandone l'uso, di "pratiche" (vale a dire, secondo la Corte, di operazioni meccaniche ed esterne) contro la procreazione. La Corte dichiara la norma costituzionalmente legittima, perché «viola per ciò stesso gravemente il naturale riserbo o pudore del quale vanno circondate le cose del sesso e non rispetta l'intimità dei rapporti sessuali, la moralità giovanile e la dignità della persona umana, per la parte che si collega a questi rapporti»²⁹². Secondo l'orientamento della Corte costituzionale, pertanto, il rispetto del riserbo e del

²⁸⁸ Corte Cost., sentenza n. 445 del 12 novembre 2002 (in Foro It., 2003, I, c. 1018), punto 3 dei considerato in diritto.

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 372 del 2006, punti 5.2.e 5.3 dei considerato in diritto.

²⁹¹ Su questa pronuncia si veda quanto esposto *infra*, nel testo, a proposito del principio di proporzionalità.

²⁹² Corte Cost., sentenza n. 9 del 19 febbraio 1965, punto 4 dei considerato in diritto.

pudore che circondano le “cose del sesso” sono strettamente connessi al rispetto della dignità dell’uomo.

Questo inquadramento è confermato dalla interessante sentenza n. 561 del 1987, nella quale la Corte (nell’ambito di un giudizio di costituzionalità proposto contro alcune norme del T.U. in materia di pensioni di guerra, «nella parte in cui non prevedevano il risarcimento del danno morale nei confronti di cittadini vittime di violenza carnale in occasione di operazioni belliche»), premette innanzitutto che «la violenza carnale costituisce invero, nell'ordinamento giuridico penale, la più grave violazione del fondamentale diritto alla libertà sessuale». Prosegue, quindi, riconoscendo che: «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente é senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»; e infine afferma che «la violenza carnale comporta [...], di per sé, la lesione di fondamentali valori di libertà e dignità della persona, e può inoltre dar luogo a pregiudizi alla vita di relazione»²⁹³.

Da ultimo, l’orientamento è confermato dalla sentenza n. 368 del 1992²⁹⁴, che, ripetendo esattamente la pronuncia n. 9 del 1965, riafferma che «il buon costume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, l'inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale, sia fuori sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge, e del sentimento morale dei giovani, ed apre la via al contrario del buon costume», e così ribadisce la stretta attinenza del diritto al rispetto del pudore (e della libertà) sessuale con la garanzia del riconoscimento della dignità che spetta ad ogni uomo.

3) Corte costituzionale, bilanciamento e limiti alla compressione dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza costituzionale analizzata fin qui ci ha mostrato come la Costituzione protegga, eccome, la dignità dell’uomo, il cui generale riconoscimento è individuato dalla Consulta nell’art. 2 Cost. Si è visto, infatti, che il riferimento all’art. 2 è ripetuto, e che questa norma è sempre richiamata ogni qual volta la Corte parli di dignità. Non può tacersi, tuttavia, che la nostra Corte è ancora ben lontana dal concretizzare il significato della dignità umana, nonostante qualche pronuncia abbia tentato di indicare, in negativo, quali siano i contenuti di questo valore. Un valore che la Corte ha più volte dichiarato principio supremo dell’ordinamento costituzionale. Certamente riconducibile alla dignità è il diritto al rispetto del pudore, e in particolare del pudore sessuale;

²⁹³ Corte Cost., sentenza n. 561 del 1987 (in *Giur. Cost.*, 1987, I, p. 3535), punto 2 dei considerato in diritto.

²⁹⁴ Corte Cost., sentenza n. 368/1992, cit., punto 2 dei considerato in diritto.

mentre un riferimento chiaro alla dignità con riguardo al diritto al rispetto della vita privata, per ora, sembra mancare. La Corte, tuttavia, sembra riconoscere un'importanza sempre maggiore anche a quest'ultimo diritto, che già ha dichiarato, in più occasioni, essere un "diritto inviolabile", pur sentendo il bisogno di appoggiare questa affermazione sull'esplicito riconoscimento di quel bene giuridico ad opera della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Dichiarazione dei diritti del cittadino.

Ciò di cui si sente maggiormente la mancanza, nella riflessione della Corte costituzionale, è – oltre a una concretizzazione del principio che lo renda giuridicamente "adoperabile" – un'analisi approfondita del modo in cui la dignità interferisce e interagisce con l'ordinamento costituzionale, e più in generale con l'intero ordinamento giuridico, e una chiara individuazione delle sanzioni che assistono la violazione di questo principio supremo. Soprattutto, la Corte costituzionale non sembra trarre le dovute conseguenze - quando si trova a giudicare della legittimità costituzionale di norme lesive di specifici aspetti della dignità – della sua violazione, come si vedrà anche nel corso dell'analisi della giurisprudenza di legittimità di cui al capitolo seguente.

Ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi in cui la Corte si è trovata a giudicare la correttezza del bilanciamento effettuato dal legislatore tra i diritti inviolabili dell'uomo, anche nel loro contenuto coesistente alla garanzia del rispetto e dello sviluppo della persona umana, e l'interesse pubblico alla prevenzione e repressione dei reati. Anche in relazione a queste ipotesi, tuttavia, la Corte ha dettato qualche regola a garanzia del rispetto delle fondamentali libertà costituzionali. Già nella sentenza n. 11 del 1956, in materia di restrizioni alla libertà personale, la Corte (che giudicava della legittimità costituzionale della ammonizione di cui alle leggi di polizia), dopo aver premesso che nell'art. 2 Cost. «la legge statutaria eleva a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero», e dopo essere entrata nel merito delle garanzie poste dall'art. 13 Cost. a tutela della libertà personale, considera quanto segue. «Il grave problema di assicurare il contemperamento tra le due fondamentali esigenze, di non frapporre ostacoli all'esercizio di attività di prevenzione dei reati e di garantire il rispetto degli inviolabili diritti della personalità umana, appare in tal modo risolto attraverso il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità. La libertà personale si presenta, pertanto, come diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale. Correlativamente, in nessun caso l'uomo potrà essere privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni»²⁹⁵. La Corte costituzionale mostra, in questa sentenza, di intendere

²⁹⁵ Corte Cost., sentenza n. 11 del 3 luglio 1956, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 612.

rigorosamente i limiti dettati dalla Carta fondamentale alla compressione dei diritti inviolabili, nell'affermare la necessità di uno stretto rispetto del principio di legalità. In particolare preme sottolineare, a questo proposito, l'indicazione della necessaria previsione ad opera della legge di "questa privazione o restrizione": è in tal modo che dovrebbe pertanto essere intesa la disciplina dei casi e dei modi di cui all'art. 13 Cost (e di cui all'art. 14 Cost, che, come noto, fa riferimento a quello). E ci pare che il discorso, che la Corte fa per le ipotesi di prevenzione dei reati, non debba mutare quando in questione vengano invece esigenze repressive: il parametro costituzionale di riferimento, infatti, è il medesimo.

Riportiamo poi il breve passo di un'altra sentenza della Corte, nella quale pure si fa riferimento ai parametri fissati alla limitazione dei diritti di libertà, questa volta nella materia del diritto penale. Nella sentenza n. 487 del 1989, la Consulta precisa che «il diritto penale è sistema che, nell'atto in cui autorizza la difesa sociale attraverso le sanzioni più gravi per la libertà e dignità umana, limita la difesa stessa attraverso precise, puntuali determinazioni di scopi, modalità e contenuti di fattispecie»²⁹⁶. Anche questa volta il messaggio al legislatore penale è chiaro: la limitazione della libertà e della dignità umana deve sempre rispondere a criteri di stretta legalità.

Va richiamata, poi, anche in questa sede, la già citata sentenza n. 467 del 1991, in tema di libertà di coscienza, nella quale la Corte afferma anche che «la regola della ragionevole proporzionalità e della necessità della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo in riferimento all'adempimento di un dovere costituzionale inderogabile [...] impone che il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali, possa restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto»²⁹⁷. Il richiamo mostra come anche la nostra Corte costituzionale imponga al legislatore, che voglia comprimere diritti costituzionalmente protetti, il rispetto di limiti legati al principio di proporzionalità, cui la sentenza fa riferimento. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, il bilanciamento operato dal legislatore risponde a criteri di ragionevolezza quando siano rispettati i parametri di necessità (l'interesse recessivo può essere postergato solo in nome di un interesse di pari rango), sufficienza (il compromesso che pregiudica uno degli interessi in conflitto deve essere circoscritto a quanto è sufficiente a realizzare in concreto l'interesse contrapposto), e proporzionalità (la compressione dell'interesse costituzionale postergato deve essere proporzionata, nel senso che consente in concreto di salvaguardarne il contenuto minimo essenziale)²⁹⁸.

²⁹⁶ Corte Cost., sentenza n. 487 del 25 ottobre 1989 (in *Giur. Cost.*, 1989, I, p. 2267), punto 5 dei considerato in diritto.

²⁹⁷ Corte Cost. sentenza n. 467/1991, cit., punto 5 dei considerato in diritto.

²⁹⁸ Così A. MORRONE, *Diritti contro diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, cit., p. 104 ss, cui si rinvia anche per altri richiami alla giurisprudenza costituzionale.

Si menzionano, da ultimo, due pronunce in tema di acquisizione dei dati esterni della comunicazioni. La prima è la nota sentenza n. 281 del 1998, che riconosce (seguendo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza costituzionale) nell' «interesse pubblico a reprimere i reati e a perseguire in giudizio coloro che delinquono» un «valore costituzionale» capace di giustificare, a determinate condizioni, la compressione di un diritto inviolabile della persona, quale è quello alla libertà e segretezza della corrispondenza, di cui all'art. 15 Cost.²⁹⁹. Deve restare fermo, tuttavia, secondo la Corte, «il “livello minimo di garanzie enunciato dalla sent. n. 81 del 1993», e soprattutto «è auspicabile che il legislatore provveda a disciplinare in modo organico l'acquisizione e l'utilizzazione della documentazione relativa al traffico telefonico, in funzione della specificità di questo particolare mezzo di ricerca della prova, che non trova compiuto sviluppo normativo nella disciplina generale prevista dal codice in tema di dovere di esibizione di atti e documenti e di sequestro»³⁰⁰. Emerge chiaramente, da questa pronuncia, quel che si diceva poco fa: per soddisfare la riserva di legge imposta dalla Costituzione a tutela dei diritti inviolabili della persona, non basta una generica previsione della limitazione, essa deve prendere in considerazione la specifica restrizione che si vuole autorizzare.

Come è noto, l'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni è stata successivamente disciplinata dal legislatore. Proprio in relazione a tale disciplina, nella sua ultima versione (la stessa è stata più volte rivista e modificata), la Corte costituzionale emette pronuncia anche l'ultima sentenza che si richiama, in tema di principio di proporzionalità. Si tratta della recentissima sentenza n. 372 del 2006: una decisione di grande interesse, soprattutto se raffrontata con la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco. Per la prima volta, infatti, la Corte si occupa di verificare la correttezza di un giudizio di proporzionalità in concreto (probabilmente perché è anche la prima volta che il dettaglio della disciplina legislativa sottoposta al vaglio di legittimità gliene offre l'occasione)³⁰¹. La Corte premette, innanzitutto, che «lo scrutinio di costituzionalità non deve essere effettuato in astratto, tra i valori in sé e per sé considerati, ma in concreto, valutando l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione del potenziale contrasto». Entrando poi nel merito del giudizio, la Corte osserva quanto segue. «Lo stesso legislatore ha ritenuto che, per mantenere l'equilibrio, all'aumento del peso di una delle due entità debba corrispondere un proporzionale aumento dell'altra, con la conseguenza che, in corrispondenza di reati di particolare gravità, la

²⁹⁹ Corte Cost., sentenza n. 281 del 17 luglio 1998 (in *Giur. Cost.*, 1998, p. 2167), punto 2 dei considerato in diritto.

³⁰⁰ *Ibidem*, punto 4 dei considerato in diritto.

³⁰¹ La sentenza in commento, come noto, decide la questione di legittimità dell'art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), ritenuto dal giudice *a quo* costituzionalmente illegittimo, in quanto irragionevole, nella parte in cui, da un lato, impone al gestore telefonico la conservazione dei dati esterni della conversazione per quattro anni, e dall'altro ne consente l'acquisizione nei due anni più risalenti per soli reati di cui all'art. 407 comma 2 lett. a c.p.p., mentre per tutti gli altri reati la consente solo con riferimento agli ultimi due anni.

limitazione, in termini relativi, della tutela della riservatezza è stata aumentata in ragione del maggior disvalore sociale sotteso ai reati di cui all'art. 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen.». «L'utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi, limitatamente all'accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare particolare allarme sociale, costituisce indubbiamente un non irragionevole bilanciamento operato discrezionalmente dal legislatore fra il valore costituzionale rappresentato dal diritto inviolabile dei singoli individui alla libertà e segretezza delle loro comunicazioni e quello rappresentato dall'interesse pubblico primario alla repressione dei reati e al perseguimento in giudizio di coloro che delinquono (sentenza n. 63 del 1994)»³⁰². Conclude così la Corte: «In definitiva, la tutela del diritto alla riservatezza può subire variazioni in rapporto all'esigenza concreta – purché costituzionalmente protetta – posta a raffronto. Affinché la norma sfugga alla censura di illegittimità costituzionale non è necessario, come ritiene il giudice *a quo*, che dalla differente disciplina del tempo di accessibilità dei dati, a seconda della gravità dei reati da perseguire, derivi una maggiore o minore tutela del diritto alla riservatezza; è sufficiente che la maggiore o minore limitazione sia posta in rapporto con la maggiore o minore gravità attribuita dal legislatore a reati diversi, individuati secondo scelte di politica criminale non censurabili in questa sede. Fermo restando il criterio generale del bilanciamento in astratto, spetta al legislatore individuare specifici equilibri non manifestamente irragionevoli»³⁰³.

³⁰² Corte Cost., sentenza n. 372 del 14 novembre 2006, in (*Dir. Pen. Proc.* 2006), punto 5.2 dei considerato in diritto.

³⁰³ *Ibidem*, punto 5.3 dei considerato in diritto.

CAPITOLO TERZO

DIGNITÀ UMANA, INVIOLEABILITÀ DEL DOMICILIO E CAPTAZIONE DI IMMAGINI A FINI PENALI

SOMMARIO: 1. Giurisprudenza di legittimità e videoregistrazioni nel domicilio – 2. La sentenza Cass. Sez. Un. 28 luglio 2006, Prisco: riflessioni e paragoni alla luce della decisione *BVerfG* 3.3.2004

1) *Giurisprudenza di legittimità e videoregistrazioni nel domicilio.*

La discussione sulla legittimità delle registrazioni di immagini nel domicilio a mezzo di dispositivi tecnici occupa la giurisprudenza e la letteratura processualpenalistica ormai da qualche anno³⁰⁴, senza che si sia pervenuti, tuttavia, quanto meno fino alla recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, ad una soluzione soddisfacente del problema³⁰⁵. La questione nasce, naturalmente, dalla assenza di una previsione legislativa di questo particolare mezzo di ricerca della prova, che perdura ancora oggi. La giurisprudenza la ha affrontata approfondendo principalmente due profili: la legittimità della restrizione del domicilio necessariamente implicata dalla apposizione degli strumenti captativi, e le modalità attraverso le quali introdurre nel processo i risultati della videoregistrazione.

E' soprattutto il primo profilo, quello che interessa in questa sede. In relazione allo stesso, infatti, la discussione si è incentrata sulla nozione di domicilio costituzionalmente rilevante³⁰⁶. Secondo una prima opinione, ricade nella nozione di domicilio «qualunque luogo di cui si disponga a titolo privato, anche se non si tratta di privata dimora», purché il titolare disponga in relazione al medesimo del c.d. *ius excludendi*, ovvero il potere di stabilire chi vi sia ammesso e chi ne sia escluso³⁰⁷; secondo un diverso orientamento, al contrario,

³⁰⁴ Tra le prime pronunce edite si segnala Cass. 18 ottobre 1993, Fumero, in *Foro It*, Rep. 1994, voce *Prova penale*, n. 50, che ha ritenuto utilizzabili le videoregistrazioni come prova della commissione di un reato.

³⁰⁵ Come si dirà, anche la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite soddisfa solo in parte le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona: v. *infra*, paragrafo 2.

³⁰⁶ Così M. DELLA MORTE, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, *sub* art. 14., p. 343.

³⁰⁷ G. AMATO, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, Bologna, 1977, *sub* art. 14, p. 57; nello stesso senso A.PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, p. 214, secondo il quale «la Costituzione indubbiamente estende la disciplina

ricadono sotto la tutela dell'art. 14 Cost. i soli luoghi suscettibili di rientrare anche nella nozione di domicilio di cui all'art. 614 c.p. (che come noto fa riferimento, al suo primo comma, alla "abitazioni, o altro luogo di *privata dimora*"), ciò in quanto la Carta fondamentale avrebbe dato per presupposta quella tradizionale opzione interpretativa³⁰⁸. La differenza tra le due contrapposte opzioni interpretative discende direttamente dalla diversa *ratio* di tutela rispettivamente attribuita alla garanzia di inviolabilità di cui all'art. 14 Cost.: mentre secondo l'orientamento più restrittivo la norma vuole evidentemente consentire l'indisturbato svolgersi della sola vita domestica (che costituisce una sfera concentrica di raggio minore rispetto a quella della vita privata)³⁰⁹, secondo i sostenitori della prima, più ampia, nozione di domicilio, la disciplina costituzionale vuole regolare il conflitto tra l'interesse privato e l'interesse pubblico, e copre pertanto «tutti i luoghi, siano o meno di dimora, in cui può aver luogo il conflitto di interessi»³¹⁰.

E' l'impostazione più restrittiva, tuttavia, quella che si è fatta largo nelle fila della giurisprudenza penale, sia pure in una versione riveduta e corretta, nel senso cioè che la nozione di privata dimora penalmente rilevante è stata ampliata, così che vi si fanno rientrare, oltre alle abitazioni private e alle relative pertinenze, anche il luoghi in cui si svolgono le attività professionali e lavorative (e rispettive pertinenze), anche transitoriamente, mentre permane il contrasto in merito alla riconduzione alla nozione di domicilio della autovettura (prevalentemente affermata)³¹¹. Nell'ambito della stessa giurisprudenza penale, peraltro, occorre distinguere tra la nozione di domicilio adottata a fini sostanziali e quella impiegata a fini processuali: mentre la prima è particolarmente estesa (così che la platea dei fatti punibili come reato a norma degli artt. 614 e seguenti c.p. ne risulta ampliata), la seconda è più circoscritta (con la conseguenza che gli organi deputati al perseguimento dei reati incontrano, sulla propria strada, meno limiti rispetto all'intrusione in luoghi privati), sicché, di fatto, le due nozioni non coincidono³¹².

La nozione di privata dimora "ad uso processuale" si caratterizza, come detto, per un ulteriore restringimento del concetto, in forza del requisito ulteriore, che i giudici ritengono indispensabile, di un legame tra luogo e persona che si

dell'art. 14 ad ogni luogo di cui si disponga "a titolo privato", ma nel quale non necessariamente si svolgono attività domestiche».

³⁰⁸ P. BARILE-E.CHELI, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 862, secondo i quali «il presupposto dell'operatività della tutela costituzionale identificandosi nella esistenza di un collegamento necessario e indefettibile tra domicilio e persona, viene a coincidere perfettamente con la *ratio* ispiratrice della tutela penale», e pertanto «l'oggetto materiale del diritto di libertà sanzionato dall'art. 14 Cost. comprende, in sintesi, tutti i luoghi di privata dimora e le appartenenze di questi».

³⁰⁹ Cfr. F. PAZIENZA, voce *Domicilio*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XII, Torino 1989, p. 3.

³¹⁰ Così AMATO, *op. cit.*, p. 61, secondo il quale è un'analisi dell'art. 14 Cost. nella sua interezza che porta a concludere per la volontà dei costituenti di proteggere una «articolata sfera di interessi, chiaramente più ampia di quella protetta dalla norma penale».

³¹¹ V. in senso affermativo Cass. Sez. II, 12 marzo 1998, Zagaria, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 888; per la negativa v. invece Cass. Sez. I, 25 settembre 2003, Unali, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 16, p. 86.

³¹² Cfr. A.M. CAPITTA, *Captazioni audiovisive eseguite nel bagno di un locale pubblico*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2656.

protragga per una certa durata, la quale, per quanto breve, deve essere «tale da far ritenere ragionevolmente apprezzabile l'esplicazione della vita privata che vi si svolge»³¹³, e consentire di ricollegare gli ambienti presi in considerazione a una persona determinata, anche quando la stessa non vi si trattenga³¹⁴. In base a questa nozione, più ristretta, di privata dimora, rientrano comunque nella sfera di tutela penale, ad esempio, la camera d'albergo, la cuccetta notte di un treno, lo spogliatoio della struttura sportiva, *et similia*.

La discussione è nata, così, intorno a quegli ambienti che, pur rientrando tra i luoghi privati (o a questi assimilati quanto a tutela penale: ad es. i locali pubblici e gli esercizi commerciali in genere³¹⁵), e pur caratterizzandosi per la presenza di uno *ius excludendi* in capo al titolare, non sono connotati da una relazione stabile con la persona che ne gode. In particolare, come noto, la giurisprudenza penale mostrava, prima del recente intervento delle Sezioni Unite, un forte conflitto in merito al riconoscimento o meno della qualifica di «privata dimora» in capo alle toilette dei locali pubblici. Questi ambienti possiedono infatti la caratteristica dell'essere chiusi e protetti dallo sguardo altrui, nonché di consentire l'esercizio di un diritto di esclusione dei terzi (quest'ultimo più che mai evidente, vista la presenza di un'apposita serratura), la cui peculiarità, tuttavia, agli occhi della giurisprudenza penale, consiste nel fatto che la persona che se ne serve lo fa occasionalmente (per soddisfare esigenze fisiologiche), così che non può parlarsi di un rapporto ambiente-persona che permanga anche in assenza di quest'ultima. Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, di conseguenza, i luoghi che presentano le descritte caratteristiche non possono essere ricondotti alla nozione di privata dimora³¹⁶.

La distinzione tra luoghi riconducibili alla nozione di privata dimora - e di conseguenza, per le considerazioni fatte poco fa, anche alla nozione costituzionale di domicilio - e luoghi che invece non godono della protezione assicurata dall'art. 14 Cost., ha assunto grande rilevanza per le conseguenze che se ne facevano discendere: le videoregistrazioni effettuate al di fuori della privata dimora, infatti, erano ritenute mezzi di ricerca della prova sicuramente ammessi, mentre qualche dubbio in merito alla legittimità degli stessi poteva sorgere con riguardo appunto ai luoghi di privata dimora, vista l'assenza di una disciplina legislativa, che consentisse di ritenere integrato il requisito della riserva di legge rafforzata di cui allo stesso art. 14 Cost.

³¹³ In questi termini Cass. Sez. VI, 23 gennaio 2003, Mostra, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1305.

³¹⁴ Cfr. ad esempio Cass. Sez. V, 7 ottobre 2001, P.g. in proc. Rosina, in *Ced Cassazione* n. 220206.

³¹⁵ Cfr. Cass. Sez. II, 6 novembre 1984, Barbagallo, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 496; Cass. Sez. V, 20 settembre 1994, Paleari, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, p. 958.

³¹⁶ Si vedano, tra le più recenti, Cass. Sez. VI, 10 gennaio 2003, Cherif Ahmed, in *Giur. It.*, 2004, p. 1470 («il servizio di osservazione realizzato dalla Polizia giudiziaria per mezzo di una telecamera installata all'interno di un bagno di un locale pubblico non configura una forma di intercettazione tra presenti ai sensi dell'art. 266 c.p.p., comma 2, in quanto il luogo in questione, caratterizzato da una frequenza assolutamente temporanea degli avventori e condizionata unicamente alla soddisfazione di un bisogno personale, non può essere assimilato ai luoghi di privata dimora di cui all'art. 614 c.p., che presuppongono una relazione con un minimo grado di stabilità con le persone che li frequentano»); Cass. Sez. VI, 23 gennaio 2003, Mostra, *cit.*; Cass. Sez. VI, 4 aprile 2006, Siciliano, in *Dir. Giust.*, 2006, fasc. 18, p. 47.

Per la verità non era mancata neppure qualche pronuncia che, pur condividendo la nozione ristretta di privata dimora di cui agli artt. 614 e 615^{bis} c.p. (pur ritenendo necessario, cioè, a fini penali, una certa stabilità del rapporto persona-ambiente), era giunta tuttavia ad affermare la illegittimità delle registrazioni video realizzate nella toilette di un pubblico esercizio, facendo proprie le considerazioni della dottrina costituzionalistica meno restrittiva, di cui si diceva più sopra, e cioè ritenendo, che «la nozione di domicilio, accolta dal legislatore costituente, è diversa e più ampia di quella accolta dal codice penale», e, di conseguenza, «che la tutela costituzionale si riferisce non solo alle private dimore e ai luoghi che, pur non costituendo dimora, consentono una sia pur temporanea ed esclusività dello spazio, ma anche ai luoghi nei quali è temporaneamente garantita un'area di intimità e di riservatezza», in quanto luoghi tutti accomunati dalla «esistenza dello *jus excludendi alios*»³¹⁷.

A parte questa isolata pronuncia, tuttavia, i dubbi in merito alla legittimità dello strumento delle videoriprese sorgevano quasi esclusivamente in relazione alle riprese effettuate nei luoghi di privata dimora, dubbi che si accentuarono, peraltro, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 135 del 2002, interpretativa di rigetto. Con questa decisione, il Giudice delle leggi (chiamato a decidere una questione di legittimità costituzionale degli articoli 266-271 c.p.p., in riferimento agli articoli 3 e 14 della Costituzione, tesa ad ottenere dalla Corte una sentenza additiva che estendesse la disciplina codicistica delle intercettazioni nei luoghi di privata dimora anche alle videoriprese negli stessi luoghi) aveva infatti osservato, da un lato, che «la captazione di immagini in luoghi di privata dimora ben può configurarsi, in concreto, come una forma di intercettazione di comunicazioni tra presenti, che si differenzia da quella operata tramite gli apparecchi di captazione sonora solo in rapporto allo strumento tecnico di intervento, come nell'ipotesi di riprese visive di messaggi gestuali: fattispecie nella quale è già applicabile, in via interpretativa, la disciplina della intercettazione ambientale in luoghi di privata dimora». Dall'altro lato, tuttavia, la Corte aveva avvertito che comunque «il problema di costituzionalità si configura [...] ove si fuoriesca dall'ipotesi di videoregistrazione di comportamenti di tipo comunicativo, venendo allora in questione soltanto l'intrusione nel domicilio in quanto tale», con la conseguenza che «l'ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe perciò essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell'art. 14; ferma restando, per l'importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l'opportunità di un riesame complessivo della materia da parte del legislatore stesso»³¹⁸.

Nel giungere a questa conclusione, la Corte aveva altresì fornito alcune interessanti precisazioni in merito al bene protetto dall'art. 14 Cost. Per giustificare la differenza di trattamento tra comportamenti comunicativi e non

³¹⁷ Cass. Sez. IV, 15 giugno 2000, Viskovic, in *Cass. Pen.* 2001, p. 2439.

³¹⁸ Corte Cost., sentenza n. 135 del 24 aprile 2002 (in *Giur. Cost.*, 2002, p. 1062 ss.; e in *Foro it.*, 2002, I, c. 390 ss.; e in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2289 ss.; e in *Dir. Pen. Proc.* 2003, p. 37 ss.), punto 2.2. dei considerato in diritto.

comunicativi tenuti nel domicilio, la sentenza aveva infatti osservato che «il domicilio viene [...] in rilievo, nel panorama dei diritti fondamentali di libertà, come proiezione spaziale della persona, nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente: prospettiva che vale, per altro verso, ad accomunare la libertà in parola a quella di comunicazione (art. 15 Cost.), quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona». Sebbene, tuttavia, «libertà di domicilio e libertà di comunicazione rientrano entrambe in una comune e più ampia prospettiva di tutela della «vita privata» - tanto da essere oggetto di previsione congiunta ad opera dei citati artt. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché, da ultimo, ad opera dell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - esse restano significativamente differenziate sul piano dei contenuti. La libertà di domicilio ha una valenza essenzialmente negativa, concretandosi nel diritto di preservare da interferenze esterne, pubbliche o private, determinati luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo. La libertà di comunicazione, per converso - pur presentando anch'essa un fondamentale profilo negativo, di esclusione dei soggetti non legittimati alla percezione del messaggio informativo - ha un contenuto qualificante positivo, quale momento di contatto fra due o più persone finalizzato alla trasmissione di dati significanti»³¹⁹.

La Corte costituzionale, infine, nella sentenza, aveva risolto anche un'altra importante questione: per arrivare a dichiarare costituzionalmente legittime le videoriprese nel domicilio, aveva infatti preso le distanze da quella interpretazione dell'art. 14 comma 2 Cost. che giudicava tassativo ed esaustivo l'elenco delle modalità intrusive ivi indicate (ispezioni, perquisizioni, sequestri), con la conseguenza che ogni limitazione del domicilio diversa da quelle doveva considerarsi incostituzionale³²⁰: secondo la Corte, infatti, l'elenco si limita semplicemente ad enumerare le forme di intrusione nel domicilio conosciute all'epoca dei Costituenti, senza volerne escludere di diverse, rese possibili dalla successiva evoluzione tecnologica.

Avendo, dunque, la Corte costituzionale indicato come necessario l'intervento del legislatore, e ritenute non integrate le condizioni per la restrizione del domicilio dettate dall'art. 14 Cost., le videoriprese di comportamenti non comunicativi nei luoghi di privata dimora avrebbero dovuto ritenersi in ogni caso vietate. Alcuni giudici di legittimità, tuttavia, anche approfittando della modalità poco coraggiosa scelta dalla Consulta per indicare la via della conformità a Costituzione (la Corte ben avrebbe potuto, e forse dovuto, viste le premesse, dichiarare esplicitamente incostituzionali le videoriprese

³¹⁹ *Ibidem*, punti 2.1. e 2.2. dei considerato in diritto.

³²⁰ Si trattava, come noto, di un argomento frequentemente richiamato per sostenere la illegittimità costituzionale delle stesse intercettazioni ambientali, visto che l'intrusione nel domicilio necessaria per collocarvi i dispositivi indispensabili per la registrazione (cimici, microspie, ecc.) non rientrava in nessuna delle tre fattispecie indicate dalla norma costituzionale (non si trattava infatti né di ispezione, né di perquisizione, né di sequestro).

effettuate nel domicilio³²¹), hanno perseverato nel ritenere legittime le captazioni di comportamenti non comunicativi nei luoghi di privata dimora, e ad utilizzarne i relativi risultati nel processo penale, quale prova atipica ai sensi dell'art. 189 c.p.p.³²². E' in questo contesto, dunque, piuttosto confuso, che intervengono le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 26795 del 28 luglio 2006 (ric. Prisco), che ci accingiamo ad analizzare.

2) *La sentenza Cass. Sez. Un. 28 luglio 2006, Prisco: riflessioni e proposte alla luce della decisione BVerfG 3.3.2004.*

Le Sezioni Unite, va subito detto, non si sottraggono al compito di razionalizzare la materia, preoccupandosi di affrontare e risolvere con la massima chiarezza possibile le questioni intorno alle quali era fiorito il contrasto interpretativo. Si tratta delle due *querelles* cui si è accennato all'inizio del precedente paragrafo: quella riguardante l'individuazione di una norma processuale capace di consentire l'ingresso nel processo dei dati acquisiti mediante la videoregistrazione, e quella della legittimità costituzionale dello strumento investigativo.

In merito alla prima questione, la Corte ricorda che si contendono il campo due orientamenti: un primo filone giurisprudenziale che annovera la videoregistrazione tra le prove documentali di cui all'art. 234 c.p.p., e un secondo gruppo di pronunce che invece la qualifica come mezzo di (ricerca della) prova atipico, ex art. 189 c.p.p. La sentenza, ricordando che può consentirsi l'accesso nel processo attraverso il canale dell'art. 234 c.p.p. ai soli documenti "cinematografici" precostituiti, cioè solo a quelli formati fuori del processo nel quale si chiede o si dispone che facciano ingresso, nega validità alla prima opzione interpretativa, e fa propria la seconda: le videoregistrazioni realizzate dagli agenti di polizia giudiziaria nel corso delle indagini preliminari, non essendo documenti ma documentazione dell'attività investigativa, devono annoverarsi (se ammissibili) tra i mezzi di ricerca della prova innominati. A questo proposito, la Corte precisa che il contraddittorio richiesto dall'art. 189 c.p.p. interviene non nel momento della ricerca della prova, ma, come la stessa norma dice testualmente, nel momento in cui si decide della sua ammissione nel processo³²³.

La sentenza passa poi ad esaminare l'altra questione che aveva dato luogo al contrasto tra le sezioni semplici: quella della legittimità delle videoriprese eseguite in ambito domiciliare, e conseguentemente della loro utilizzabilità

³²¹ Magari traendone le debite conseguenze in tema di sanzioni: si fa riferimento, naturalmente, all'orientamento inaugurato dalla celebre sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1973, e oggi seguito dalla prevalente dottrina e giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la prova acquisita in violazione di norme costituzionali è inutilizzabile nel processo penale.

³²² Si veda ad es. Cass. Sez. IV, 18 giugno 2003, Kazazi, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 3280).

³²³ Cass. Sez. Un., 28 luglio 2006, Prisco (in *Guida dir.*, 2006, n. 33, p. 51ss., e in *Dir. Giust.*, 2006, fasc. 34, p. 46 ss.), punti 3 e 4 dei considerato in diritto.

probatoria. La Corte parte con una notazione critica rivolta alla decisione della Corte costituzionale n. 135 del 2002: questa - osserva – non è priva di ambiguità, perché «fa apparire inammissibili le riprese visive di comportamenti non comunicativi effettuati in ambito domiciliare, ma non lo dichiara espressamente». Quel che la Corte costituzionale non ha avuto l'ardire di esplicitare, allora, lo dichiara la Corte di cassazione: la mancanza di quella disciplina legislativa dei casi e dei modi delle intrusioni domiciliari che è imposta dall'art. 14 Cost., rende illegittima la ripresa visiva e inammissibile la prova che si fonda sui risultati della stessa. La Corte parla consapevolmente di inammissibilità, ai sensi dell'art. 189 c.p.p., e non di inutilizzabilità, che è sanzione che interviene solo a fronte di prove ammissibili (e anzi già ammesse)³²⁴; accenna, tuttavia, per completezza, anche alla propria giurisprudenza in tema di prove incostituzionali³²⁵, e fa intuire qual è la propria posizione sul punto: «se il sistema processuale deve avere una sua coerenza risulta difficile accettare l'idea che una violazione del domicilio che la legge processuale non prevede (e che per questa ragione risulta in contrasto con il contenuto precettivo dell'articolo 14 della Costituzione) possa legittimare la produzione di materiale probatorio e che inoltre per le riprese di comportamenti non comunicativi possano valere regole meno garantiste di quelle applicabili alle riprese di comportamenti comunicativi, regolate [...] dagli articoli 266-271 del codice di rito»³²⁶.

Le videoriprese nel domicilio sono dunque inammissibili: infatti - spiega la Corte – l'art. 189 c.p.p. regola le prove «non disciplinate dalla legge», e non le prove «vietate» dalla legge (costituzionale, in questo caso), e «se si fa corretta applicazione dell'articolo 189 c.p.p. le videoregistrazioni acquisite in violazione dell'art. 14 Costituzione devono considerarsi inammissibili»³²⁷. Le Sezioni Unite entrano, a questo punto, nella questione forse più spinosa: i *privés* di un locale pubblico (nel caso sottoposto alla attenzione della Corte, si discuteva infatti della

³²⁴ Cfr. sul punto F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giur. Cost.*, 2002, p. 2176; L. CARLI, *Videoregistrazione di immagini e tipizzazione di prove atipiche*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2003, p. 37; A. CISTERNA, *I filmati nel privé di un locale pubblico possono rientrare tra le prove atipiche*, in *Guida dir.*, 2006, n. 33, p. 64, con nota di richiami.

³²⁵ Come si accennava in una precedente nota, sulla scia delle celebri sentenze Corte Cost. n. 34 del 6 aprile 1973 (in *Giur. Cost.*, 1973, 316), in tema di prove incostituzionali, è ormai prevalente nella giurisprudenza di legittimità e nella dottrina penale e costituzionale l'opinione secondo cui debbono considerarsi inutilizzabili a norma dell'art. 191 c.p.p. anche le prove assunte in violazione di divieti posti dalla legge costituzionale (e non soltanto quelle che trovano la loro sanzione nella legge processuale, come sostenuto dalla opinione opposta). Si vedano in merito, nella dottrina A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle «prove incostituzionali»* in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1210; CORDERO, *Procedura penale*, 7ª edizione, Milano, 2001, p. 833; e più in generale sulla prova incostituzionale: M. NOBILI, *Commento all'art. 191 c.p.p.*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Torino, 1990.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; F. RUGGERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, p. 72 ss. Per la giurisprudenza di legittimità si rimanda alle pronunce menzionate dalla sentenza in commento: Cass. Sez. Un. 16 maggio 1996, Sala (in *Dir. Pen. Proc.*, 1996, p. 688); Cass. Sez. Un., 13 luglio 1998, Gallieri (in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 792), Cass. Sez. Un. 23 febbraio 2000, D'Amuri (in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 721).

³²⁶ *Ibidem*, punto 6 dei considerati in diritto.

³²⁷ Sez. Un., 28 luglio 2006, cit., punto 7 dei considerati in diritto.

legittimità di alcune riprese video effettuate nei camerini di un club privé, le quali dimostravano lo svolgimento, negli stessi, dell'attività di prostituzione), o le toilettes di un pubblico esercizio, rientrano o meno nella nozione di domicilio costituzionalmente (e processualmente) rilevante? La Corte, analizzati i contrapposti orientamenti sul tema, conclude per la non riconducibilità del *privé* e della toilette alla nozione di domicilio costituzionalmente rilevante: quale che sia il rapporto tra l'art. 14 Cost. e l'art. 614 c.p., osserva la Corte, «il concetto di domicilio non può essere esteso fino a farlo coincidere con un qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza [...]. Ma il rapporto tra la persona e il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente. [...] Diversamente nel caso della toilette e nei casi analoghi il luogo in quanto tale non riceve alcuna tutela. Chiunque può entrare in una toilette pubblica quando è libera, e la polizia giudiziaria ben potrebbe prenderne visione indipendentemente dall'esistenza delle condizioni processuali che legittimano attività ispettive. Perciò con ragione la giurisprudenza ha introdotto il requisito della stabilità, perché è solo questa, anche se intesa in senso relativo, che può trasformare un luogo in un domicilio, nel senso che può fargli acquistare un'autonomia rispetto alla persona che ne ha la titolarità. Deve quindi concludersi che una toilette pubblica non può essere considerata un domicilio neppure nel tempo in cui è occupata da una persona»³²⁸.

A questo punto ci si aspetterebbe che la Corte dichiarasse certamente ammissibili, nel rispetto delle regole di cui all'art. 189 c.p.p., le videoriprese effettuate in luoghi come quelli appena menzionati. E invece le Sezioni Unite non si fermano qui, e, osservando che «una toilette pubblica o un camerino come quelli in questione se non sono domicilio sono tuttavia un luogo che dovrebbe tutelare l'intimità e la riservatezza delle persone»³²⁹, si interrogano sulla possibilità di riconoscere loro una tutela, pur se sicuramente diversa da quella domiciliare. Infatti, prosegue la sentenza, «anche il diritto alla riservatezza o più in generale il diritto al rispetto della vita privata abbia [ha] un riconoscimento costituzionale nell'art. 2 Costituzione, al quale si aggiungono come norme più specifiche l'articolo 8 Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'articolo 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici», tuttavia, «sul piano costituzionale il diritto alla riservatezza non gode di una tutela analoga a quella apprestata dall'articolo 14 per il domicilio, ed è per questa ragione che anche in mancanza di una disciplina specifica le riprese visive che lo sacrificano devono ritenersi consentite e suscettibili di utilizzazione probatoria a norma dell'articolo 189 c.p.p.»³³⁰. Sono dunque «le riprese effettuate in luoghi che pur non costituendo domicilio vengono usati per attività che si vogliono mantenere riservate [...] che possono avvenire sulla base di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, sia essa il Pm o il giudice; provvedimento che non può mancare perché, come è già stato affermato da questa Corte, è necessario che la limitazione del diritto alla riservatezza venga disposta con decreto (gli articoli

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ Sez. Un., 28 luglio 2006, cit., punto 9 dei considerando.

244, 245 e 253 fanno infatti riferimento a un decreto) motivato dell'autorità giudiziaria (Sezione quarta, 7063/00, Viskovic)». Se è vero, infatti, che le ispezioni e i rilievi si differenziano dalle riprese visive («sia perché non hanno carattere continuativo, sia soprattutto perché nella disciplina processuale presuppongono un'esecuzione palese»), tuttavia «l'assimilazione dà conto della ragione per cui anche le riprese visive devono essere legittimate da un provvedimento dell'autorità giudiziaria. Questo infatti rappresenta secondo la Corte costituzionale un livello minimo di garanzie (sentenza n. 81/1993 e 281/1998) e ad esso è fatto riferimento anche per regolare, in mancanza di una specifica normativa, l'acquisizione dei tabulati contenenti i dati identificativi delle comunicazioni telefoniche (SU 6/2000 D'Amuri). E' da aggiungere che nel motivare il provvedimento che dispone le riprese visive l'autorità giudiziaria non potrà fare a meno di indicare lo scopo di queste, vale a dire gli elementi probatori che attraverso l'atto intrusivo essa ritiene che possano venire utilmente acquisiti»³³¹.

Le Sezioni Unite della cassazione concludono, pertanto, per la riconduzione dei camerini del club *privé* a una categoria intermedia, che non è del tutto sguarnita di tutela, anche se la stessa è meno forte rispetto a quella di cui godono i luoghi di privata dimora e gli altri luoghi a questi assimilati. La protezione di quegli spazi – dunque della riservatezza e della intimità delle persone che vi si trovano – è assicurata, cioè, dalla presenza di un provvedimento autorizzativo dell'autorità giudiziaria, provvisto di specifica motivazione (senza pertanto che vi sia necessità di una previa previsione legislativa, richiesta invece dall'art.14 Cost.).

Proviamo, per finire, a commentare questa sentenza alla luce della giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, e in particolare della sua recente sentenza in tema di intercettazioni ambientali nel domicilio. Non può non rilevarsi, in primo luogo, che la pronuncia della Corte di cassazione ha come principale parametro di riferimento la nozione di domicilio costituzionalmente rilevante: il primo punto da affrontare, per le Sezioni Unite, è infatti se i camerini del club *privé* siano o meno luoghi tutelati a norma dell'art. 14 Cost. Una volta negata la riconduzione dei camerini a questa categoria, la Corte si ritrova disarmata: nonostante appaia loro chiara l'esigenza di tutela di quei luoghi (ed è questo, nostro parere, il principale pregio della sentenza in esame³³², insieme a quello di aver coraggiosamente riconosciuto l'incostituzionalità e pertanto l'inammissibilità delle videoriprese nel domicilio), le Sezioni Unite non trovano, infatti, parametri costituzionali altrettanto forti ai quali fare riferimento. E creano così, quasi *ex novo*, oltre che una prova innominata, anche un innominato regime di tutela: quello incentrato sulla sola presenza del provvedimento motivato del magistrato. Il fatto che lo stesso regime

³³¹ Sez. Un., sentenza ult. cit., punto 10 dei considerando.

³³² Anche se non è una notazione nuova, visto che già la precedente sentenza della Cass. Sez. Viskovic, cit., aveva rimarcato quest'esigenza di tutela dei luoghi che salvaguardano l'intimità delle persone: v. *supra*, § 1.

sia stato autorevolmente inaugurato dalla Corte costituzionale, nelle proprie sentenze in materia di tabulati (sentenze n. 81 del 1993 e n. 298 del 1998), non cambia il giudizio che se ne deve dare: esso resta difficilmente giustificabile alla luce del vigente ordinamento. Non a caso, l'opzione interpretativa fatta propria dalle sentenze del Giudice delle leggi è stata oggetto di critica da parte di alcuni commentatori, i quali hanno correttamente rilevato, che in assenza di una previsione legislativa, la norma precettiva dell'art. 15 Cost. non può dirsi rispettata: la Corte costituzionale, in sostanza, tacendo sulla riserva di legge, e ritenendo sufficiente il solo provvedimento del giudice, ha agito «come se l'adeguatezza della motivazione possa tenere le veci della tipizzazione dei casi in cui si possa procedere all'acquisizione dei tabulati telefonici»³³³.

Lo stesso discorso, *mutatis mutandi*, non può non valere per il ragionamento delle Sezioni Unite: o la riservatezza rientra tra i beni costituzionalmente tutelati, e in tal caso semmai i parametri di riferimento per un trattamento analogo saranno quelli dettati dalle norme che proteggono specifici aspetti di quel bene (artt. 14 e 15 Cost.)³³⁴, per cui dell'intervento del legislatore non si può fare a meno, oppure quel bene non gode di alcuna tutela, e allora non v'è ragione per porre fastidiosi limiti alla attività investigativa (che, lo ricordiamo, mira a tutelare, secondo la Corte costituzionale, un interesse di rilievo costituzionale: quello pubblico alla repressione dei reati).

In realtà, ci sembra di poter dire che quello che manca, nella nostra giurisprudenza costituzionale e di legittimità, è la necessaria consequenzialità tra le affermazioni in tema di rispetto della dignità dell'uomo e di protezione della persona umana (in particolare quando vengano in questione la vita intima e il pudore sessuale), che come si è visto³³⁵ ricorrono con una certa frequenza nelle decisioni della Corte costituzionale, e costituiscono, secondo l'orientamento di quest'ultima, valori ai quali l'ordinamento costituzionale riconosce una tutela assoluta, e le concrete applicazioni giurisprudenziali. Sarà perché il parametro dell'art. 2 Cost. (dove, come pure si è visto, trova la propria sede il valore della dignità) è un parametro generico, capace di conferire, da solo, poca forza alla protezione dei beni in esso contemplati³³⁶; sarà perché di fronte alle impellenti esigenze di repressione del crimine, soprattutto in certe sue forme particolarmente insidiose, e in assenza di espressi riferimenti costituzionali, il coraggio manca, fatto sta che si sembra che al momento il bene della dignità umana non trovi un'efficace protezione nel nostro ordinamento processuale penale, quanto meno in relazione al nuovo, invasivo, strumento investigativo di cui stiamo occupando.

³³³ Così E. MEZZANOTTE, *La libertà di comunicare riservatamente nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, cit., p. 274 s. Si veda anche F.B. MORELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana tra diritto alla riservatezza e potere di controllo sulle informazioni personali*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale*, a cura di D. NEGRI, cit., p. 43 ss.

³³⁴ Cfr. Corte Cost. sentenza n. 135 del 2002, cit.

³³⁵ V. *supra*, cap. 2, §§ 1 e 3.

³³⁶ Cfr. ancora, su questo punto, l'interessante ricostruzione di MORELLI, *La giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 27 ss.

Ma torniamo, appunto, alle videoriprese, e alla loro legittimità. Certamente deve condividersi l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui il legislatore deve intervenire, e finché non intervenga, le stesse, nel domicilio, sono vietate. Ebbene: v'è da auspicare che il legislatore si muova davvero, e lo faccia possibilmente con una disciplina più dettagliata di quella dettata per le intercettazioni ambientali nella privata dimora (art. 266 comma 2, che, non a caso, continua a far sorgere dubbi di legittimità costituzionale), individuando cioè con esattezza i casi e i modi dell'intrusione, le regole da rispettare perché la stessa venga limitata al minimo possibile, e perché, in particolare, vengano salvaguardati i diritti dei terzi, persone non indagate³³⁷.

Quanto, invece, a quei luoghi cui secondo la Corte non è estensibile il concetto di domicilio, e che tuttavia, come riconoscono le stesse S.U., dovrebbero tutelare l'intimità e la riservatezza delle persone (camerini e toilettes dei locali pubblici), la soluzione prospettata dalla sentenza non convince. Si tratta infatti, di luoghi nei quali si pongono in essere comportamenti legati all'attività sessuale o al senso del pudore, la cui protezione – come ha riconosciuto la Corte costituzionale in più occasioni – è particolarmente legata al rispetto della dignità dell'uomo³³⁸. Il camerino e la stessa toilette del pubblico esercizio sono luoghi nei quali – in virtù dello *ius excludendi* rafforzato che gli stessi consentono – le persone agiscono al riparo dallo sguardo e dal giudizio altrui, e perciò esprimono o scoprono liberamente la propria intimità.

Lo stretto nesso che lega questi comportamenti alla dignità impone allora di riconoscere ai detti luoghi una tutela ben più forte di quella che può garantire il semplice provvedimento motivato della autorità giudiziaria. Si ponga mente, infatti, ai molti spunti provenienti dalla riflessione del *BVerfG*: senza un intervento del legislatore, chi opera il bilanciamento in astratto tra l'interesse pubblico alla repressione dei reati e quello privato alla libera espressione della propria intimità? Chi verifica che nei detti luoghi non venga leso il “contenuto irriducibile” – per dirla con le parole della Corte costituzionale – dei diritti inviolabili dell'uomo, che coincide con la dignità? Chi garantisce che coloro che sostano nella toilette o nel *privé*, e non hanno nessun collegamento con il reato, non vengano inutilmente feriti nella loro dignità, e che il loro coinvolgimento venga circoscritto allo stretto necessario per punire reati di gravissimo peso? Ancora, a quest'ultimo proposito: chi può provvedere, se non il legislatore, a tipizzare i reati per i quali è consentito l'impiego di uno strumento tanto intrusivo, così da impedire che lo stesso venga adoperato anche per perseguire fatti bagatellari?

E' evidente che a tutte queste carenze non può – e non deve – supplire il provvedimento del giudice (o addirittura del p.m.). Molto più coerentemente allora, a nostro parere, le Sezioni Unite avrebbero dovuto dichiarare illegittimo inammissibile lo strumento investigativo delle videoriprese in tutti i luoghi nei quali si pongono in essere, normalmente, comportamenti strettamente legati al

³³⁷ Cfr. le giuste considerazioni di F.M. IACOVIELLO, *Intercettazioni ambientali: l'audace intrusione di una norma tra garanzie costituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1566 ss.

³³⁸ Cr. Le sentenze della Corte costituzionale riportate *supra*, cap. 2, § 2.

rispetto della dignità. Certamente (viste anche le considerazioni delle Sezioni Unite in tema di irrinunciabilità, per il processo penale, di questo mezzo di ricerca della prova), questa potrà sembrare a taluno una rinuncia eccessiva³³⁹; tuttavia non si deve dimenticare, come da sempre sottolinea il *Bundesverfassungsgericht*³⁴⁰, che l'interesse pubblico all'accertamento dei reati non è un obiettivo da perseguire ad ogni costo; esso incontra un limite, oltrepassando il quale si negherebbero i presupposti stessi della democrazia: il rispetto assoluto che si deve alla dignità di ogni uomo.

³³⁹ Si veda il commento allarmato alla sentenza delle Sezioni Unite 28 luglio 2006 di S. BELTRANI, *Le videoriprese? Sono una prova atipica. Ma le Sezioni unite non sciolgono il nodo*, in *Dir. Giust.*, 2006, fasc. 34, p. 45.

³⁴⁰ Cfr. *supra*, cap. 1.

BIBLIOGRAFIA

- AMATO G.**, *Commentario della Costituzione, Rapporti civili*, a cura di BRANCA, Bologna, 1977, sub art. 14, p. 57
- BALDASSARRE A.**, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Torino, 1989.
- BARBERA A.**, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 80 ss.
- BARILE P.**, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BARILE P.**, *La libertà nella Costituzione*, Padova, 1966
- BARILE P. - CHELI E.**, *Domicilio (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 859 ss.
- BARTOLOMEI F.**, *La Carta costituzionale della Repubblica Federale di Germania*, Milano, 2000.
- BARTOLOMEI F.**, *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Torino, 1987
- BONETTI M.**, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003
- BRICOLA F.**, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 1079 ss.
- BRUNO P.**, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. VII, Milano, 1993.
- CAESAR P.**, *ZRP Rechtsgespräch*, in *ZRP*, 1993, p. 67.
- CAMON A.**, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996
- CAMON A.**, *Le riprese visive come mezzo d'indagine*, in *Cass Pen*, p.1192 ss.
- CAPITTA A.M.**, *Captazioni audiovisive eseguite nel bagno di un locale pubblico*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 2654 ss.
- CARUSO G.**, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale*, Padova, 2005.
- CASAVOLA N.**, *La giustizia costituzionale nel 1994*, testo pubblicato ad opera della Corte Costituzionale, Roma, 1995.
- CATTANEO M. A.**, *Pena diritto e dignità umana*, Saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, 1998
- CELOTTO ALFONSO**, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO-CELOTTO- OLIVETTI, vol. 1, Torino, 2006, sub art. 3 comma 1, p. 81.
- CHELI E.**, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.
- CPRIOLI F.**, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000
- DALAKOURAS T.**, *Beweisverbote bezüglich der Achtung der Intimsphäre*, Berlin, 1986.
- DELLA MORTE M.**, in *Commentario alla Costituzione* a cura di BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI, vol. I, Torino, 2006, sub art. 14., p. 343.
- DENNINGER E.**, in *JZ*, 1998, p. 1129.
- DI MARTINO C. – PROCACCIANTI T.**, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001

DREIER H., *Grundgesetzkommentar*, 2^a edizione, Vol. I, Tübingen, 2004.

DÜRIG G., in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetz*, 2^a edizione, sub art. 1, nmg. 37.

FENUCCI F., *Recenti orientamenti della Corte sui diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, pag 41 ss.

FEZER G., *Strafprozeßordnung*, München, 1995.

FILIPPI L., *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997

GOLA P., *Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2004/2005*, in *NJW*, 2004, p. 2434.

GÜNTER DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG, *Grundgesetzkommentar*, München, ed. 1976, sub art. 1 comma 1.

HÄBERLE P., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000.

HANS-HEINER KÜHNE V., *Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 1 I Grundgesetz*, Köln, 1970.

HOFMANN H., *Die Entdeckung der Menschenrechte*, Berlin, 1999.

HOFMANN H., in SCHMIDT-BLEIBREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 10. Auflage, München, 2004, sub art. 1.

HOFMANN H., *La promessa della dignità umana*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1999, p. 624.

HOYER A., *Die Verletzung höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, fasc. 1, p. 1.

IACOVIELLO F.M., *Intercettazioni ambientali: l'audace introsione di una norma tra garanzie istituzionali ed esigenze dell'etica sociale*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1565 ss.

JARASS H.D., in JARASS-PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar*, 7^a edizione, München, 2004, sub art. 1.

[KALB S.](#), *Beweisverbote im Strafprozeß, Köln, 1998.*

KANT IMMANUEL, *Fondazione della metafisica dei costumi*, tr. it. di Filippo Monelli, Bari, 1997.

KÜPPER G., *Tagebücher, Tonbänder, Telefonate*, in *JZ* 1990, p. 417.

LEIBHOLZ-RINCK, *Grundgesetzkommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, 6^a edizione, Köln, 1979.

LÖFFELMANN M., *Die Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung*, in *NJW*, 2005, p. 2033 ss

LÜDERSEN K., *Resozialisierung und Menschenwürde*, in PRITTWITZ-MANOLEDAKIS (a cura di), *Strafrecht und Menschenwürde*, Baden-Baden, 1998, p. 104.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, 11^a edizione, Milano, 2005.

MEZZANOTTE E., *La libertà di comunicare riservatamente nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti contro diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, p. 269 ss.

MIEHE O., *Nochmals: Die Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot*, in *NJW* 2003, p. 19 ss.

MORELLI F.B., *La giurisprudenza costituzionale italiana tra diritto alla riservatezza e potere di controllo sulle informazioni personali*, in *protezione dei dati personali e accertamento penale*, a cura di **D. NEGRI**, Roma, 2007, p. 43 ss.

MORELLI S., *Tecniche di tutela dei diritti fondamentali della persona*, Padova,

2003

A. MORRONE, *Diritti contro diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di L. CALIFANO, cit., p. 89 ss.

MURA R., *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi ma mantengono in vita il procedimento de plano*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1369 ss.

ORTINO S., *L'esperienza della Corte costituzionale di Karlsruhe*, Milano, 1966.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, 2003, p. 20 ss.

PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992.

PANEBIANCO MARIO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e Società*, 2002, p. 161.

PAZIENZA F., voce *Domicilio*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XII, Torino 1989.

RESCIGNO F., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in **CALIFANO L.** (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 69 e ss.

ROGALL K., *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungsmöglichkeiten der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*", in *ZStW*, n. 91 (1979), p. 19 ss.

ROGGAN F. (a cura di), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Lisker*, Berlin, 2004.

RUGGIERI F., *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001.

RUGGERI A. e . SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 343 ss.

SALIGER F., *Absolutes im Strafprozeß? Über das Folterverbot, seine Verletzung und die Folgen seiner Verletzung*, in *ZStW*, 116 (2004), p. 35 ss.

SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, 10ª edizione, Luchterland-München, 2004.

SCHORN H., *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Berlin, 1963.

STARCK C., in **MANGOLDT-KLEIN-STARCK**, *Bonner Grundgesetz Kommentar*, vol. 1, 4ª edizione, München, 1999, sub art. 1.

WEIBER B., *Zeugnisverweigerungsrechte und Menschenwürde*, in *GA* 2006, p. 148 ss.

WINTRICH J., *Die Problematik der Grundrechte*, 1957.

WOLTER J., *35 Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozeßverfassungsrecht*, in *GA* 1999, p. 158 ss.

WOLTER J., *Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz*, in *GA*, 1988, p. 132 ss.

ZACHERT H.L., *Brauchen wir den "Großen Lauschangriff"?*, in *DRiZ*, 1992, p. 356.