

La norma penale sul riciclaggio di denaro: applicazione ed evoluzione giurisprudenziale recente

Rosa Cappa
Sostituta procuratrice federale

I. INTRODUZIONE

Il fenomeno del riciclaggio ha sempre avuto dimensioni notevoli in Svizzera a causa della sua importanza come piazza finanziaria a livello mondiale, che quindi attira sia risparmiatori ed investitori onesti che soggetti intenzionati a riciclare il provento di attività illecite.

La Svizzera conduce da un ventennio la lotta al riciclaggio sia in campo internazionale, con l'adesione a trattati in questo settore e con l'appartenenza a gruppi di lavoro dediti alla lotta al riciclaggio (ad es. GAFI), sia in campo nazionale, con l'emanazione di leggi e normative settoriali specifiche. Una svolta nell'ambito legislativo si è sicuramente avuta con l'entrata in vigore nel 1° agosto 1990 dell'art. 305bis Codice Penale relativo al riciclaggio di denaro. Da allora oltre 1400 persone sono state condannate per il reato di cui all'art. 305bis CP (stato aprile 2010).

A partire dal 1° gennaio 2002, il Ministero pubblico della Confederazione (MPC) si è affiancato ai Ministeri pubblici dei vari Cantoni nel perseguimento del riciclaggio di denaro: in considerazione degli elementi di internazionalità che spesso connotano la fattispecie del riciclaggio di denaro e della complessità che caratterizza le relative indagini, la competenza per il perseguimento penale è stata quindi attribuita in

parte all'autorità federale, il MPC appunto. Conformemente all'articolo 337 CP, il MPC è in generale competente per il perseguimento penale dei reati di organizzazione criminale, finanziamento del terrorismo, riciclaggio di denaro, carente diligenza in operazioni finanziarie e corruzione commessi prevalentemente all'estero o in più Cantoni senza che vi sia un riferimento prevalente in uno di essi.

Il Tribunale federale ha avuto modo di specificare che la frase "prevalentemente all'estero" non va interpretata in termini quantitativi o peggio ancora contabili ma in termini qualitativi. Il reato è dunque da considerarsi commesso prevalentemente all'estero (e quindi di competenza federale) se la componente estera raggiunge una massa critica tale per cui i nuovi strumenti d'indagine messi a disposizione della Confederazione si rivelano più adatti, rispetto a quelli cantonali, nella prospettiva di un'efficiente repressione del crimine (DTF 130 IV 68).

L'art. 305bis CP non ha subito modifiche formali dalla sua entrata in vigore, mentre è stato oggetto di numerose specificazioni ed interpretazioni da parte della giurisprudenza sia cantonale che federale. Nella presente esposizione si farà riferimento in particolare alla giurisprudenza federale, ossia a quella resa dal Tribunale penale federale di Bellinzona, competente a giudicare delle cause penali di primo grado, e dal Tribunale federale di Losanna, competente a giudicare in ultima istanza e per i profili di legittimità le cause di competenza cantonale e federale.

II. L'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

L'art. 305bis CP è una norma che protegge l'amministrazione della giustizia, tesa in particolare alla protezione del diritto di confisca dello Stato, ma più in generale alla tutela del diritto dello Stato di perseguire, attraverso il procedimento penale e le sue indagini, i crimini previsti dal suo ordinamento penale.

Secondo la dottrina la norma non si riferisce solo all'amministrazione della giustizia svizzera, bensì anche a quella estera dal momento che il reato presupposto può essere commesso all'estero. In tal caso è tuttavia necessario, perché sia qualificabile come reato presupposto, che tale atto costituisca anche nel luogo in cui è stato commesso, secondo il principio della doppia punibilità, un reato ed anzi un crimine ai sensi del diritto svizzero (DTF 126 IV 255 consid. 3b/aa).

Il riciclaggio di denaro è un reato di pericolo astratto. Poiché la prova che, in un caso concreto, si sia vanificato "l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca" di valori patrimoniali di origine criminale risulterebbe assai difficile: per questo il legislatore ha optato per la costruzione del reato di esposizione a pericolo astratto, dove è sufficiente che sia constatata la "suscettibilità" in astratto dell'atto incriminato, senza che l'atto di riciclaggio debba aver raggiunto il suo scopo vanificatorio (DTF 127 IV 20 consid. 3a; DTF 119 IV 59 consid. 2e). Costituisce perciò un atto di riciclaggio ogni atto che, secondo il corso ordinario delle cose e l'esperienza normale della vita, sia concretamente idoneo ad intralciare l'accertamento, il ritrovamento o la confisca dei valori patrimoniali, quindi ogni atto che in sé comporti il potenziale negativo, per l'amministrazione della giustizia, che l'art. 305bis CP tende a proteggere, cioè l'intralcio delle indagini ufficiali delle autorità.

Per atto s'intende di principio un'attività o un'azione necessariamente consapevole ed intenzionale, positiva e concreta dell'autore comportante una modificazione dello stato di fatto antecedente esteriore.

In generale una semplice inazione oppure un'omissione ad agire da parte del soggetto non è di principio sufficiente per la commissione di un reato, fuorché nel caso in cui l'au-

lore non impedisce la messa in pericolo o la lesione di un bene giuridico protetto dalla legge penale pur essendovi tenuto in ragione della sua situazione giuridica, in specie in virtù della legge o di un contratto o di una situazione di fatto, ossia allorché ricopre una posizione di garante. Perché un reato omissivo sia realizzato è quindi necessario che l'autore abbia ommesso di compiere un atto che il dovere di diligenza, compreso nella posizione di garante, gli imponeva e in più che questa omissione sia in relazione di causalità con il risultato (DTF 117 IV 130).

Da subito la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il termine "valori patrimoniali" che figura nell'art. 305bis CP individua ogni cosa mobile od immobile, un credito oppure un altro diritto o vantaggio dotato di un valore economico realizzabile, che sia suscettibile di essere posto all'attivo di una contabilità. I valori patrimoniali comprendono perciò ogni attivo, tutto ciò che incorpora un valore economico, comprese le carte valori, i metalli e le pietre preziose (DTF 6S.426/2006 consid. 2.2).

La giurisprudenza ha inoltre chiarito che tutti i valori patrimoniali provenienti da un crimine possono costituire l'oggetto del riciclaggio: non occorre pertanto che essi siano impiegati per la commissione di nuovi crimini, è sufficiente che siano reimmessi nel circuito legale o che siano celati all'autorità giudiziaria (DTF 119 IV 242 consid. 1b).

Di principio possono essere considerati valori patrimoniali riciclabili anche i surrogati, ossia i valori patrimoniali che rimpiazzano quelli originali prodotti direttamente dal reato presupposto. Tali surrogati sono però da considerare valori patrimoniali ai sensi dell'art. 305bis CP solo fintantoché, a ritroso, le trasformazioni dei valori patrimoniali originali possono essere identificate in modo chiaro, in specie mediante traccia documentale (c.d. "paper trail") in modo da stabilire il legame

con il reato presupposto (DTF 126 I 97 consid. 3 c/bb), anche se su questo punto la giurisprudenza del Tribunale penale federale ha palesato una certa mancanza di rigore rispetto a quanto stabilito dal Tribunale superiore.

Poiché a norma dell'art. 305^{bis} CP i valori patrimoniali devono essere "di origine criminale", il riciclaggio presuppone un reato a monte, ossia un reato commesso anteriormente al riciclaggio che abbia prodotto i valori patrimoniali poi riciclati.

Inoltre, per poter dare luogo a riciclaggio il reato deve essere un crimine, ossia essere punito con una pena detentiva di oltre tre anni ai sensi dell'art. 10 cpv. 2 CP. E' ad esempio escluso il riciclaggio quando il reato presupposto è costituito dalle false indicazioni su attività commerciali (art. 152 CP), dall'amministrazione infedele semplice (art. 158 n.1 CP), dallo sfruttamento della conoscenza di fatti confidenziali (art. 161 CP) o dalla manipolazione dei corsi (art. 161^{bis} CP). Così come i reati fiscali, e con questi pure la truffa fiscale, non costituiscono, ai sensi dell'ordinamento giuridico svizzero, un crimine: tali reati, pertanto, non possono dar luogo a riciclaggio di denaro.

Non è richiesta una "prova stretta" del reato a monte, nel senso che non devono essere conosciuti né l'autore, né le circostanze precise del reato a monte. È sufficiente la certezza che i valori patrimoniali provengono da un crimine (DTF 120 IV 323 consid. 3d). Questa interpretazione è particolarmente importante nel caso in cui il reato presupposto sia stato commesso all'estero, dal momento che l'autorità giudiziaria svizzera non può agevolmente raccogliere la prova di condotte penali che si sono realizzate al di fuori del suo territorio. In considerazione di questa difficoltà e della possibilità che in Svizzera si arrivi al processo per riciclaggio prima della sentenza per il reato presupposto, il legislatore (con il Messaggio

federale nella parte relativa all'art. 305^{bis} CP) e il Tribunale federale hanno precisato che per la condanna per riciclaggio non è necessario ottenere prima una sentenza di condanna per il reato presupposto e neanche che l'autore di quest'ultimo sia perseguito all'estero (DTF 120 IV 323 consid. 3d cit.).

Soggetto attivo del riciclaggio di denaro può perciò essere qualsiasi persona fisica, senza che questa debba possedere una qualifica – personale o professionale – particolare.

Lo stesso autore del reato presupposto è punibile per il riciclaggio dei valori patrimoniali oggetto della sua attività criminale a monte: si parla in tal caso di "autoriciclaggio" (DTF 120 IV 323 consid. 3).

Grazie ad una modifica entrata in vigore il 1° ottobre 2003 anche un'impresa può essere punita per riciclaggio. A norma dell'art. 102 CP se in un'impresa, nell'esercizio di attività commerciali conformi allo scopo imprenditoriale, è commesso un crimine o un delitto, questo è ascritto all'impresa se le si può rimproverare di non aver preso tutte le misure organizzative ragionevoli ed indispensabili per impedire l'attività di riciclaggio (art. 102 cpv. 2). L'impresa è punita con la multa fino a cinque milioni di franchi (art. 102 cpv. 1) ed è modulabile a seconda della gravità del reato, della gravità delle lacune organizzative e del danno provocato, nonché della capacità economica dell'impresa (art. 102 cpv. 3). Sono considerate imprese le persone giuridiche di diritto privato, le persone giuridiche di diritto pubblico, eccettuati gli enti territoriali e le società, le ditte individuali (art. 102 cpv. 4).

Punto nodale per l'impresa è pertanto la carenza organizzativa. Ciò comporta che l'impresa deve organizzarsi in modo tale da essere in condizioni di impedire il reato e che essa deve adoperarsi affinché quest'ultimo non sia commesso: le incombe quindi la posizione di

garante della sorveglianza sui suoi dipendenti. L'obbligo di diligenza deve però essere limitato alle sollecitazioni del settore particolare ed ai rischi concreti: per le imprese che entrano potenzialmente perlopiù in conto nel quadro della responsabilità per riciclaggio di denaro, evidentemente, esso deve essere riferito concretamente al tipo di ente finanziario ed al suo campo d'attività consueto.

Dal punto di vista contenutistico le basi giuridiche sono costituite da un insieme di regole fondamentali che regolano dettagliatamente gli aspetti relativi all'identificazione del cliente (il c.d. "know your customer" o "KYC") e del beneficiario economico e sono funzionali all'individuazione della clientela a rischio (c.d. "increased diligence"), in particolare nel caso di rischi per Nazione (clienti provenienti da Paesi esposti o non sufficientemente regolamentati, rischi individuali (p.es. le c.d. "persone esposte politicamente" o PEP), rischi settoriali (transazioni in determinati settori a rischio), rischi riferiti a prodotti (operazioni finanziarie che sollevano interrogativi; frequenti operazioni in contanti o per importi consistenti; prestiti c.d. "back-to-back", operazioni clienti su conti "nostro"), definiscono inoltre i requisiti in tema di obbligo di documentazione e di monitoraggio corrente e regolano la struttura interna di "compliance", compresa quella delle comunicazioni di sospetto di riciclaggio ai sensi dell'art. 9 Legge federale del 10 ottobre 1997 relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo nel settore finanziario (Legge sul riciclaggio di denaro, LRD) (RS 955.0). Per la responsabilità della banca, di fondamentale importanza è l'art. 8 LRD, che impone agli intermediari finanziari di prendere, nel loro settore di competenza, i provvedimenti necessari per impedire il riciclaggio di denaro, citando a titolo di esempio la formazione sufficiente del personale e lo svolgimento di controlli.

Per essere considerato responsabile l'autore del riciclaggio di denaro deve necessariamente avere agito intenzionalmente – ossia con consapevolezza e volontà – quindi con dolo, anche eventuale. L'intenzione non deve riferirsi solo all'atto vanificatorio in sé, quindi al fatto che l'operazione in questione sia idonea a rompere la traccia documentaria, ma anche all'origine criminale dei valori riciclati: l'autore sa o deve presumere che i valori che ricicla provengono da un crimine (DTF 122 IV 211 consid. 2e). Non è necessario che l'autore conosca con precisione l'infrazione da cui provengono i valori: basta che egli sappia oppure, date le circostanze, non possa ragionevolmente ignorare che gli stessi sono il frutto di un comportamento illecito sanzionato da una pena severa, senza forzatamente sapere in cosa consista precisamente tale reato (DTF 119 IV 242 consid. 2b; sentenza del Tribunale penale federale SK.2007.24 del 10 ottobre 2008 consid. 3.2.4).

Non è infatti punibile il riciclaggio per negligenza cioè per il fatto di aver agito colposamente a seguito di un'imprudenza; risulta invece essere punibile se intenzionalmente egli ha ommesso di osservare le precauzioni dettate dalla sua situazione personale e professionale, e senza tenere conto delle conseguenze del suo atto. Grazie alla formulazione "sapendo o dovendo presumere" dell'art. 305^{bis} CP l'intermediario finanziario è punibile non solo quando è a conoscenza della sussistenza di un crimine presupposto, ma anche quando – con l'ordinaria diligenza ed in base alla sua esperienza specialistica – avrebbe dovuto o potuto capire che i fondi trattati erano di origine criminale. A tale proposito è sufficiente che l'autore abbia conoscenza di circostanze che fanno nascere il sospetto che i valori patrimoniali provengono da un crimine ed accetti tale eventualità, senza che conosca con precisione quale sia il reato presupposto.

Ad esempio, la costituzione di numerose società offshore, l'apertura di conti a nome di queste società con dei beneficiari economici fittizi, il trasporto di denaro contante, anche al di là del confine, costituiscono classici indizi di riciclaggio: su questi elementi si deve fondare la presunzione dell'intermediario che si tratti di valori patrimoniali di origine criminale di modo che, concorrendo nel compimento di tali attività, egli sa o deve sapere che sta dissimulando l'origine illecita dei valori trattati.

Nel caso in cui il riciclatore agisce come membro di un'organizzazione criminale o di una banda o realizza una grossa cifra d'affari o un guadagno considerevole facendo mestiere del riciclaggio è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria (art. 305^{ter} cpv. 2). Il riciclaggio grave è un crimine che si prescrive, a differenza del riciclaggio semplice, in quindici anni a norma dell'art. 97 CP).

Il Tribunale federale ha mutuato dalla giurisprudenza formatasi in materia di infrazione alla Legge sugli stupefacenti gli importi che conferiscono all'attività di riciclaggio la caratteristica della gravità. Si considera, pertanto, una grossa cifra d'affari quella che attinge i CHF 100'000 e un guadagno considerevole quello che raggiunge i CHF 10'000 (DTF 122 IV 211 consid. 2d). Il fare mestiere del riciclaggio deve essere presente unitamente ad almeno uno dei due indicati elementi costitutivi del riciclaggio grave.

Il legislatore ha tralasciato di enumerare, anche solo a titolo esemplificativo, attività che possono costituire atti vanificatori, lasciando quindi alla giurisprudenza il compito di sviluppare la casistica.

Certo è che il riciclaggio di denaro non presuppone necessariamente complicate transazioni finanziarie, atti concreti più semplici potendo intralciare le indagini delle autorità e

quindi vanificare la confisca di valori patrimoniali di origine criminale (DTF 122 IV 211 consid. 3b/aa).

Allo stato attuale della giurisprudenza costituiscono sotto il profilo oggettivo atti di riciclaggio:

- occultare il denaro nell'appartamento di una terza persona (DTF 119 IV 59 consid. 2d),
- investire denaro (DTF 119 IV 242 1d e 1d),
- utilizzare il denaro per concludere un'assicurazione sulla vita a premio unico oppure utilizzarlo per investimenti bancari (DTF 119 IV 242 1d e 1e),
- scambiare il denaro in banconote con altre banconote di taglio superiore differente (DTF 122 IV 211 consid. 2c),
- cambiare il denaro in altra valuta (DTF 122 IV 211 consid. 2c),
- acquistare con il denaro un immobile all'estero (DTF 6S.595/1999 consid. 2e); in generale la trasformazione del provento di un crimine in immobili o altri beni costituisce atto di riciclaggio,
- occultare il denaro in un veicolo e trasportarlo al di là del confine (DTF 127 IV 20 consid. 3b),
- inviare il denaro ai familiari all'estero (DTF 128 IV 117 consid. 7b),
- versare denaro su di un conto bancario aperto a proprio nome, senza menzionare l'identità del reale avente diritto economico (DTF 119 IV 242 consid. 1d),
- trasferire il denaro su conti all'estero di pertinenza di terzi (DTF 128 IV 117 consid. 7b),
- prelevare denaro contante da un conto bancario; pagare debiti, rifondere un prestito, acquistare cose mobili con denaro di provenienza criminale.

Non costituiscono invece atti di riciclaggio:

- effettuare un versamento su un conto bancario personale aperto nel luogo del domici-

lio e che serve agli abituali pagamenti privati (DTF 124 IV 274 consid. 4a, nel caso concreto si trattava del versamento di denaro contante su un proprio conto bancario – c.d. "conto salario" – effettuato dall'autore del reato presupposto),

- il semplice possedere o custodire il denaro – c.d. possesso passivo (DTF 6S.595/1999 del 24 gennaio 2000 consid. 2d/aa, nel caso concreto si trattava della presa in consegna da parte del convivente con acquisto in possesso e custodia di denaro contante proveniente dal traffico di stupefacenti).

III. L'EVOLUZIONE RECENTE DELLA GIURISPRUDENZA:

La giurisprudenza dei Tribunali cantonali e federali negli ultimi anni ha prodotto anzitutto un arricchimento della casistica, specie con riferimento alle forme con le quali si concretizza l'attività del riciclaggio, ed è poi servita anche a fare delle specificazioni relativamente a principi già espressi dalla giurisprudenza negli anni passati. Non sono mancati *revirement* di principi prima affermati e poi disattesi o addirittura divergenze rispetto a decisioni precedenti. Si nota soprattutto una parziale mancanza di allineamento della giurisprudenza di primo grado a quella del Tribunale federale. Ciò è dovuto alla recente e crescente applicazione pratica dell'art. 305bis CP, alla differenziazione delle forme di riciclaggio e all'evoluzione degli strumenti criminali utilizzati, che hanno costretto i Tribunali a chinarsi su casi sempre di più nuovi rispetto a quelli conosciuti.

In tal senso negli ultimi anni i Tribunali federali hanno emesso sentenze in parte innovative sui seguenti argomenti:

- investimenti bancari: sono stati espressi dubbi sul fatto che depositi fiduciari all'estero nell'ambito di un mandato di gestione patrimoniale costituiscono atti di riciclaggio in quanto

essi "non hanno allontanato definitivamente i valori patrimoniali dal conto dell'accusato. Gli investimenti erano temporanei dato che alla loro scadenza i fondi investiti dovevano essere accreditati sul suo conto in Svizzera." (SK.2008.5 consid. 7.2.1),

- cambio di denaro in altra valuta: si è esclusa la potenzialità vanificatoria del cambio quando questo avviene sulla stessa relazione bancaria essendo tracciabile il paper trail (SK.2008.5 consid. 7.2.3),
- prelevamenti a contanti e trasferimenti all'estero: sono considerati atti di riciclaggio il prelevare denaro contante da conti bancari, il ripartirlo sempre in contanti, o il trasferirlo da un conto bancario ad un altro il cui titolare od il cui beneficiario economico è un terzo (DTF 6S.56/2007 consid. 2.2), come pure l'operare successivamente al deposito, sul conto bancario personale, attraverso il prelievo di contanti da un distributore automatico oppure il trasferirlo all'estero (TPF SK.2006.3 consid. 3.3)
- società off-shore: costituire numerose società offshore, aprire in Svizzera e all'estero conti a nome di queste società con dei beneficiari economici fittizi, come pure confezionare dei documenti falsi costituiscono atti di riciclaggio (DTF 6P.125/2005 consid. 2.2 e consid. 11.2),
- trust: obiettivamente il fatto di trasferire dei soldi da un conto intestato ad una società, con successiva chiusura, ad un conto intestato ad un trust costituisce un atto vanificatorio (SK.2009.6 del 3 dicembre 2009 consid. 6.2),
- operazioni di compensazione: l'operazione di compensazione mediante la quale è stato trasferito denaro provento di crimine dal Brasile alla Svizzera è considerato un atto di riciclaggio (SK.2007.28+2008.16 del 18.09.2008/18.05.2009 consid. 3.2.2),
- riciclaggio per omissione: sussiste il riciclaggio per omissione ai sensi dell'art. 11 CP quando l'autore, che ha una posizione di

garante (la quale implica un dovere di sorveglianza), ha omesso di compiere un atto che gli imponeva tale posizione e vi è un nesso di causalità fra tale omissione ed il risultato. Le persone all'interno di una banca che assumono concretamente questa posizione di garante sono quelle che hanno delle mansioni dirigenziali, di diritto o di fatto, e dei compiti specifici di prevenzione e di lotta contro il riciclaggio di denaro e quelle che hanno un obbligo giuridico di agire per impedire che un risultato dannoso in questo senso si produca. L'organizzazione interna della banca deve permettere di identificare queste persone (SK.2007.28 + 2008.16 del 18.09.2008 /18.05.2009 consid. 3.2.3).

- in particolare, la LRD, l'Ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari del 18 dicembre 2002 sulla prevenzione del riciclaggio di denaro e del finanziamento del terrorismo nel settore delle banche, dei commercianti di valori mobiliari e degli investimenti collettivi (ORD-FINMA I) e la regolamentazione interna della banca costituiscono norme vincolanti che attribuiscono al consulente responsabile del conto, in una determinata posizione all'interno della banca, una funzione di garante atta ad impedire che valori patrimoniali di origine criminale siano riciclati (SK.2010.10 del 1° giugno 2010 consid. 2.3 e 2.4),
- costituisce una sentenza di condanna per il crimine a monte, e quindi è sufficiente per il perseguimento penale per riciclaggio in Svizzera, la sentenza di patteggiamento ai sensi dell'art. 444 e ss. CPP-I passata in giudicato (SK.2009.6 del 3 dicembre 2009 consid. 4.1.1).

Focus sul diritto della protezione dei dati

Michele Albertini,
incaricato cantonale della protezione dei dati

Indice

1. Introduzione
2. Scopo, basi costituzionali e convenzionali
3. Competenze della Confederazione e dei Cantoni
4. Fonti legislative formali: le leggi generali e i loro principi
5. Fonti legislative materiali: la protezione dei dati nel diritto speciale
6. Esercizio dei diritti individuali: aspetti procedurali e rimedi giuridici
7. Vigilanza e controllo
8. Conclusione

1. Introduzione

Focus ma non *fuoco* sulla protezione dei dati. Questa distinzione ha una ragione. Vi sono in effetti ancora voci che leggono nella protezione dei dati un ambito giuridico speciale superfluo, finanche inutile (nel migliore dei casi) o addirittura dannoso (nello scenario peggiore), poiché creerebbe ostacoli eccessivi alle elaborazioni e trasmissioni di dati personali. Il diritto della protezione dei dati è quindi, almeno parzialmente, ancora “sotto tiro” e i tentativi di ridimensionarlo o addirittura di delegittimarlo non sono poi così rari. E ciò tanto più se la materia è applicata in modo teorico ed estraneo alla realtà, senza ponderare tutti gli interessi in gioco.

Ma si avverte, curiosamente, anche il contrario: la protezione dei dati è talvolta invocata quando, per i motivi più disparati, non si vuole trasmettere un'informazione dovuta (e quindi la protezione dei dati funge da pretesto), oppu-

re, più egoisticamente, quando i dati personali in gioco sono in realtà i propri (e quindi la protezione dei dati emerge nella sua vera natura di strumento per la tutela della personalità e della sfera privata).

Vi sono quindi buone ragioni per focalizzare la materia, con l'intento di fare un po' di ordine e, magari, anche di sollecitare l'interesse ad approfondirla: malgrado se ne parli sovente e riguardi ormai ogni ambito della vita quotidiana, la protezione dei dati rimane forse ancora, per qualcuno, una materia “esotica”. L'ambito giuridico è peraltro relativamente giovane, almeno per quanto riguarda il suo disciplinamento normativo, e presenta molte sfaccettature di non immediata evidenza. Colgo quindi con piacere l'opportunità offertami dal presidente dell'Ordine degli avvocati di presentare una visione d'insieme, rinviando sin d'ora per gli approfondimenti alla dottrina generale e ai riferimenti (anche giurisprudenziali) ivi contenuti¹.

2. Scopo, basi costituzionali e convenzionali

1. Il diritto della protezione dei dati si concretizza e si concentra nella garanzia costituzionale, ormai invalsa quale diritto fondamentale, denominata *autodeterminazione informativa*, che consacra la facoltà di principio dell'individuo di poter gestire in modo libero e autonomo i

dati che lo riguardano e di essere protetto da una loro utilizzazione illecita. Ogni elaborazione di dati personali ne è di principio interessata.

2. La garanzia persegue anzitutto la *tutela di interessi individuali*, essendo una componente del diritto alla protezione della personalità e della sfera privata. Il suo fondamento è nel diritto costituzionale: l'art. 13 cpv. 2 della Costituzione federale (Cost.), come anche l'art. 8 cpv. 2 lett. d di quella ticinese (Cost./TF) costituiscono le basi giuridiche determinanti. Non sono le sole però: anche le garanzie convenzionali della CEDU¹ (art. 8 n. 1) e del Patto ONU IP² (art. 17 n. 1), la Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa (Conv. STE n. 108³) e il relativo protocollo aggiuntivo STE n. 179⁴, come pure le disposizioni del diritto comunitario – che la Svizzera ha dovuto e dovrà recepire nel diritto interno quale conseguenza della sua associazione agli accordi di Schengen e Dublino – perfezionano un quadro giuridico finanche troppo complesso, che non si concentra solo sulla dimensione costituzionale della garanzia, ma interviene, piuttosto e in primo luogo, a livello legislativo. Sul rapporto tra il diritto europeo e le sue implicazioni su quello svizzero non mi dilungo oltre⁵, limitandomi unicamente a osserva-

¹ Si vedano in particolare le guide pubblicate dall'INCARICATO FEDERALE DELLA PROTEZIONE DEI DATI E DELLA TRASPARENZA, accessibili nel suo sito www.incaricato.ch; cfr. tra i molti, MICHELE ALBERTINI, Protezione dei dati e diritti dei cittadini, Lugano/Basilea 2004; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JOUB, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008; URS MAURER-LAMBROUS/NEHMI PETER VOGT (ed.), Datenschutzgesetz, Buser Kommentar, 2a ed., Basilea/Cinevra/Monaco 2006; ASTRID EMBREY/TAMARA CIVITELLA/PATRICIA ZHINDER, Datenschutzrecht in der Schweiz, Friburgo 2009; AMÉDÉE WERMELINGER, Der Datenschutz, Lucerna 2005.

² Costituzione federale della Confederazione Svizzera, del 18 aprile 1999 (RS 101).

³ Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino, del 14 dicembre 1997 (RL 1.1.1.1).

⁴ Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e libertà fondamentali, del 4 novembre 1950 (RS 0.101).

⁵ Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, del 16 dicembre 1966 (RS 0.103.2).

⁶ Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale, del 28 gennaio 1981, entrata in vigore per la Svizzera il 1° febbraio 1998 (RS 0.235).

⁷ Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per la protezione delle persone in relazione all'elaborazione automatica dei dati a carattere personale (STE n. 108) concernente le autorità di controllo e i flussi internazionali di dati, dell'8 novembre 2001, entrato in vigore per la Svizzera il 1° aprile 2008 (RS 0.235.1.1).

⁸ Rinvio al riguardo, tra gli altri, a STEPHAN BRITENMOSER/SABINE GLESS/OTTO LAGODNY (ed.), Schengen in der Praxis - Erfahrungen und Ausblicke, Zürich/S. Gallen 2009; STEPHAN BRITENMOSER/SABINE GLESS/OTTO LAGODNY (ed.), Schengen in der Praxis - Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zürich/S. Gallen 2010.