

SE L'AUTORITÀ DIVENTA "AUTORITARIA" OVVERO RIFLESSIONI SULL'ART. 170 DEL CODICE DELLA PRIVACY E SULLE SANZIONI PENALI PER INOSSERVANZA DI PROVVEDIMENTI DEL GARANTE.

di Leonardo Brunetti *

Nel presente articolo si svolgeranno alcune riflessioni – di carattere tecnico-giuridico, e strettamente ancorate al dato positivo – sulla legittimità (non, quindi, sull'opportunità) di un recente provvedimento del c.d. Garante della *privacy*¹, in relazione alla *Diffusione di dati personali concernenti una attività di indagine in corso presso la procura di Potenza* ovvero su ciò che, parafrasando un intervento di Alessandro Pace², l'Autorità garante può o non può vietare. Se, infatti, il caso che ha generato il provvedimento *de quo* «non fa più notizia», rimangono però «assolutamente attuali»³, come si è giustamente scritto, le questioni che esso ha sollevato.

Trattasi, in particolare, del provvedimento del 15 marzo 2007⁴, col quale il Garante, richiamandosi agli artt. 139, co. 5°, 143, co. 1°, lett. c) nonché 154, co. 1°, lett. d) del Codice in materia di protezione dei dati personali⁵ (d'ora in poi, semplicemente Codice) ha "vietato" – alla lett. a) della parte dispositiva del provvedimento – «con effetto immediato a tutti i titolari del trattamento in ambito giornalistico, in relazione alla vicenda oggetto della presente

¹ Ci si riferisce, ovviamente, all'Autorità creata ex art. 30 L. 31 dicembre 1996, n. 675, istitutiva del «Garante per la tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali» (così appunto l'art. 30 cit.), oggi disciplinata dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, in particolare, agli artt. 153 e ss.

² A. PACE, *Quel che il Garante della privacy non può vietare*, consultabile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, già pubblicato su *Europa*, del 24 marzo 2007, col titolo *Il Garante ha sbagliato?*

³ G. DE MINICO, *Cronaca, privacy, censura*, in *Il Sole-24Ore*, del 20 aprile 2007, p. 37.

⁴ In *G.U. 16 marzo 2007, n. 63*, p. 50 ss.

⁵ Si riporta, di seguito, il testo delle citate norme del Codice, richiamate dal provvedimento in esame:

Art. 139, co. 5°, «In caso di violazione delle prescrizioni contenute nel codice di deontologia, il Garante può vietare il trattamento ai sensi dell'articolo 143, comma 1, lettera c)»;

Art. 143, co. 1°, lett. c) «Esaurita l'istruttoria preliminare, se il reclamo non è manifestamente infondato e sussistono i presupposti per adottare un provvedimento, il Garante, anche prima della definizione del procedimento: [...] c) dispone il blocco o vieta, in tutto o in parte, il trattamento che risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle misure necessarie di cui alla lettera b), oppure quando, in considerazione della natura dei dati o, comunque, delle modalità del trattamento o degli effetti che esso può determinare, vi è il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati»;

Art. 154, co. 1°, lett. d) «Oltre a quanto previsto da specifiche disposizioni, il Garante, anche avvalendosi dell'Ufficio e in conformità al presente codice, ha il compito di: [...] d) vietare anche d'ufficio, in tutto o in parte, il trattamento illecito o non corretto dei dati o disporre il blocco ai sensi dell'articolo 143, e di adottare gli altri provvedimenti previsti dalla disciplina applicabile al trattamento dei dati personali»

decisione [nota come “Vallettopoli”], di diffondere dati personali in violazione del provvedimento del Garante del 21 giugno 2006 pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* 27 giugno 2006, n. 147, p. 86, in particolare del richiamato nono capoverso, lettere da a) ad e), allorché: si riferiscano a fatti e condotte private che non hanno interesse pubblico, oppure riguardino notizie, dettagli e circostanze eccedenti rispetto all'essenzialità dell'informazione o, ancora, attengano a particolari della vita privata delle persone diffusi in violazione della tutela della loro sfera sessuale».

Gli aspetti sui quali si è maggiormente appuntata l'attenzione di parte della dottrina⁶, in particolare in alcuni commenti apparsi sulle pagine della stampa, sono quelli relativi al possibile contrasto tra il potere di vietare il trattamento (illecito⁷ o non corretto) del dato, di cui all'art. 143, co. 1°, lett. c) del Codice⁸, col secondo comma dell'art. 21 Cost.⁹. Potere di vietare il trattamento che, sia detto *per incidens*, ai sensi del primo comma dell'art. 143 cit., il Garante può esercitare, «una volta esaurita l'istruttoria preliminare [...] qualora il *reclamo* non sia manifestamente infondato e sussist[ano] i presupposti per adottare un provvedimento», anche prima della definizione del procedimento stesso (il corsivo è mio). La citata norma è poi richiamata dall'art. 139, il quale dispone, per il caso di violazione delle prescrizioni contenute nel Codice di deontologia dei giornalisti¹⁰ – quindi, si deve supporre, *successivamente* alla violazione stessa – che il Garante possa vietare il trattamento ai sensi della veduta lett. c). Anche in sede propriamente scientifica, non si è comunque mancato di osservare come il potere del Garante di «“blocco” anche preventivo»¹¹ della diffusione di dati, ancorché trattati in modo illecito o comunque non corretto, oltre che in pregiudizio di uno o più interessati

⁶ Ci si riferisce agli articoli di A. Pace e G. De Minico citati nelle note precedenti.

⁷ «E un trattamento di dati a fini informativi si reputa illecito se viola le regole del codice deontologico dei giornalisti, precisamente agli artt. 6 e 11. Per il primo, cronaca e riservatezza trovano un equilibrio possibile nella *continenza della forma espositiva*, nella *rilevanza sociale* e nella *essenzialità del fatto* a fini informativi», così G. DE MINICO, *op. cit.* (mio il corsivo).

⁸ Il quale – come veduto – affida al Garante il potere di disporre il blocco ovvero vietare in tutto o in parte, il trattamento illecito o non corretto quando vi sia il concreto rischio del verificarsi di un pregiudizio rilevante per uno o più interessati (vedi la nota 5) potendo, peraltro, lo stesso Garante – ai sensi della successiva lett. d) – vietare, anche parzialmente, il trattamento dei dati relativi a singoli soggetti o a categorie di soggetti che si ponesse in contrasto con interessi della collettività definiti dalla norma «rilevanti».

⁹ Che, come noto, sancisce che «La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure» (mia ovviamente l'enfasi).

¹⁰ Adottato dal Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti, ai sensi del medesimo art. 139 del Codice.

¹¹ Così M. MANETTI in A. PACE/M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21*, in, AA.VV., *Commentario della Costituzione* (fondato da G. BRANCA, continuato da A. PIZZORUSSO), Bologna-Roma, 2006, pp. 787-788, cui va riferita anche la successiva osservazione nel testo.

ovvero della collettività – proprio ai sensi degli artt. 143 e 154, co. 1°, lett. d)¹² – sembri creare effettivi problemi di legittimità costituzionale rispetto all'art. 21 Cost.

Ciò che, però, forse più colpisce del provvedimento *de quo* è quanto in esso disposto alle lettere b) e c), ove «si da atto» – lett. b) – che la violazione del provvedimento costituisce, ex art. 170 del Codice, un reato perseguibile d'ufficio e punito con la pena della reclusione da tre mesi a due anni, ed è altresì fonte di responsabilità risarcitoria per danno (art. 15 Codice), stabilendo inoltre – lett. c) – che ciascuna violazione venga denunciata senza ritardo dal Garante stesso alla competente autorità giudiziaria (ex art. 154, co. 1°, lett. i), del Codice).

Il primo punto che va chiarito al riguardo è il seguente: appare fuori di dubbio che, ai sensi dell'art. 4, co. 1°, lettere a), b) e d) del Codice – le quali definiscono, rispettivamente, i concetti di “trattamento”, di “dato personale” e di “dato sensibile” – il trattamento comprenda la “diffusione” del dato, come ovvio anche a mezzo stampa¹³, e che per dato personale sia da intendersi una «qualunque informazione relativa a persona fisica», anche e soprattutto quei particolari dati personali definiti dal Codice come dati sensibili (tra i quali quelli attinenti la sfera sessuale). Come ricordato, l'art. 139 del Codice della *privacy* prevede per il caso di violazione delle prescrizioni contenute nel Codice di deontologia (All. A al D.Lgs. n. 196/2003), che il Garante possa vietare il trattamento dei dati – ex art. 143, co. 1°, lett. c) –. In particolare, l'art. 6 del Codice deontologico prevede che la divulgazione di notizie, anche attinenti la sfera privata, debba presentare, ai fini della legittimità del trattamento stesso, i necessari requisiti della rilevanza dell'interesse pubblico o sociale della notizia, e dell'indispensabilità dell'informazione, dovendosi invece rispettare la sfera privata delle persone ancorché note ovvero che esercitino funzioni pubbliche qualora le notizie o i dati non abbiano alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica¹⁴. Per quanto riguarda, poi, in

¹² *Ivi*, in particolare, p. 788.

¹³ Interessantissima, al riguardo, la sentenza della Corte di cassazione, sez. I civile, 30 giugno 2001, n. 8889 – citata da G. De Minico, nella quale la Corte osserva che non può sovrapporsi la nozione di notizia a quella di dato personale: il contenuto di una informazione, ovvero di un “dato”, che riguarda la persona fisica, va sempre distinto dal “fatto” che può rappresentare una notizia. Si trattava nel caso di specie dell'utilizzo (illecito) del cognome dell'ex marito defunto, da parte della prima moglie, il cui matrimonio era stato annullato; utilizzo contestato dalla vedova – moglie in seconde nozze – che pretendeva di essere la sola a potere utilizzare il cognome erroneamente attribuito, invece, alla prima da un giornale, pur conformemente all'uso (illegittimo) da essa stessa fattone.

¹⁴ L'art. 6 del Codice di deontologia dei giornalisti (All. A al D.Lgs. n. 196/2003) prevede che «1. La divulgazione di notizie di rilevante interesse pubblico o sociale non contrasta con il rispetto della sfera privata quando l'informazione, anche dettagliata, sia indispensabile in ragione dell'originalità del fatto o della relativa descrizione dei modi particolari in cui è avvenuto, nonché della qualificazione dei protagonisti. 2. La sfera privata delle persone note o che esercitano funzioni pubbliche deve essere rispettata se le notizie o i dati non hanno alcun rilievo sul loro ruolo o sulla loro vita pubblica. 3. Commenti e opinioni del giornalista appartengono alla libertà di informazione nonché alla libertà di parola e di pensiero costituzionalmente garantita a tutti». Vedi anche la nota

particolare, i dati attinenti la sfera sessuale, l'art. 11 (rubricato *Tutela della sfera sessuale della persona*) dispone che, in tali casi, «La pubblicazione è ammessa – soltanto – nell'ambito del perseguimento dell'essenzialità dell'informazione e nel rispetto della dignità della persona se questa riveste una posizione di particolare rilevanza sociale o pubblica». Non è perciò sui concetti di “condotta privata non avente interesse pubblico”, o di “eccedenza rispetto all'essenzialità dell'informazione”, ovvero di “attinenza alla sfera sessuale” – del tutto correttamente richiamati nel provvedimento del Garante – che si intende riflettere in questa sede¹⁵, bensì sul meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 170 cit. – meccanismo che non appare molto diverso da quello dell'art. 650 c.p.¹⁶ – il quale prevede, a presidio dell'osservanza dei (*rectius*: di alcuni soltanto dei) provvedimenti dell'*Authority*, una sanzione penale, e soprattutto sulla “interpretazione” di tale norma che viene fornita, nel medesimo provvedimento, dal Garante stesso. In breve, su quel *dare atto*, da parte del Garante della

7.

¹⁵ Sullo specifico tema, cfr. P. CARETTI, *Diritto dell'informazione e della comunicazione. Stampa, radiotelevisione, telecomunicazione, teatro e cinema*, Bologna, 2005, in particolare, pp. 64-67, ove l'Autore, affrontando il tema del rapporto tra attività giornalistica e tutela della *privacy*, così riassume, in breve, i tratti della disciplina citata: «Al fine di ridurre l'impatto delle [...] regole dettate a garanzia della *privacy* sull'esercizio dell'attività giornalistica, proprio in considerazione del rilievo costituzionale di quest'ultima, la legge [artt. 20 e 25 L. n. 675/1996 cit.; *rectius*: l'osservazione è, oggi, riferibile, in particolare, per quanto riguarda il requisito della “essenzialità” dell'informazione, all'art. 137 D.L.gs. 196/2003 cit. e agli artt. 1, 5, 6, 8, 10, 11 dell'All. A (*Codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica*), sui quali *infra*, che non riproducono però l'identico testo degli articoli citati della legge n. 675] contiene alcune disposizioni appositamente dedicate a questo delicatissimo profili. Infatti, ai giornalisti e, più in generale, a tutti coloro che esercitano l'attività di informazione si consente di raccogliere e diffondere dati personali (che possono consistere anche in fotografie, riprese televisive o registrazioni), ivi compresi i dati sensibili, senza tutte le limitazioni previste dalla legge in via generale (in particolare, gli obblighi relativi al consenso degli interessati e di previa autorizzazione dell'Autorità garante), nel rispetto del limite “dell'essenzialità dell'informazione riguardo a fatti di interesse pubblico, ferma restando la possibilità di trattare i dati relativi a circostanze o a fatti resi noti direttamente dall'interessato o attraverso suoi comportamenti in pubblico”», pp. 65-66.

Più in generale, cfr. anche D. CALDIROLA, *Il diritto alla riservatezza*, Padova, 2006.

¹⁶ Non sembra, perciò, né ingiustificato né tanto meno arbitrario o improprio, gettare uno sguardo alla giurisprudenza del giudice penale sull'art. 650 cit.: il paragone con tale disposizione sembra, anzi, del tutto sostenibile, proprio attenendosi all'interpretazione che dell'art. 170 viene data, nel provvedimento, dal Garante stesso.

Dall'esame della giurisprudenza sull'art. 650, si nota immediatamente come non appaia revocabile in dubbio che, tra le caratteristiche indefettabili del provvedimento amministrativo di cui all'art. 650, si richieda anche quello della legittimità. Se, infatti, la stessa Corte costituzionale, già nella sent. n. 168 dell'8 luglio 1977 aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 650, in più di un'occasione la Corte di cassazione ha ribadito – si veda, tra le altre, Cass. pen., sez. I, sentt. 6 agosto 1992, n. 8869; 13 agosto 1996, n. 7954; sez. V, sent. 30 luglio 2004, n. 35576 – che il potere del giudice ordinario di verificare incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo si estende a tutti i vizi di legittimità dell'atto, ivi compresa la competenza, l'osservanza della legge, l'eccesso di potere.

Peraltro, la stessa Corte di cassazione, ha affermato non rientrare nel concetto di provvedimento amministrativo, di cui all'art. 650, gli atti normativi, dotati di generalità e astrattezza, proprio sulla base del rilievo «che non incidono direttamente su situazioni soggettive attive o passive e determinano la modificazione, in modo definitivo ed irreversibile, non di singoli rapporti, ma dell'ordinamento giuridico, perché costituiscono vere e proprie fonti di diritto», Cass. pen., sent. 1° dicembre 1995, n. 2195: per alcune brevi osservazioni sulla generalità e *concretezza* del provvedimento in esame, cfr. *infra*.

privacy, dell'esistenza di una sanzione penale per l'inosservanza del provvedimento qui in esame.

A ben guardare, infatti, l'art. 170 del Codice, il quale dispone la pena della reclusione da tre mesi a due anni per «Chiunque, essendovi tenuto, non osserva il provvedimento adottato dal Garante», prevede tale sanzione per i soli provvedimenti adottati ai sensi degli artt. 26, co. 2°, 90, 143, co. 1°, lett. c) e 150, co. 1° e 2°. Ciò comporta – in virtù dei principi di legalità e di tassatività – che risulti sfornito di sanzione penale ogni provvedimento non riconducibile alle norme citate: «Non ogni provvedimento del Garante è quindi penalmente tutelato, ma solo quelli espressamente previsti dalle norme citate»¹⁷.

Ora, scendendo ad un più dettagliato esame delle le norme richiamate dall'art. 170, esse constano di provvedimenti puntuali del Garante, i quali spiegano i loro effetti singolari in casi concreti, e sono adottati mediante procedimenti che ben possono definirsi contenziosi¹⁸, a conclusione di un'istruttoria basata su di un vero e proprio contraddittorio¹⁹. La sanzione penale di cui al medesimo articolo è, insomma, posta a presidio *non* di qualunque provvedimento del Garante, bensì della sola inosservanza di particolari provvedimenti adottati dall'Autorità a conclusione di specifici procedimenti contenziosi, svolti in contraddittorio e destinati a risolvere conflitti concreti, attuali o almeno potenziali (ciò che è particolarmente vero, nel caso dell'art. 26, co. 2°). Se, infatti, nello specifico caso in esame, non appare pertinente *ratione materiae* il richiamo all'art. 90, – il quale ha riguardo al trattamento dei dati

¹⁷ A. CASELLI LAPESCHI, *Art. 170* in G. CASSANO/S. FADDA (a cura di), *Codice in materia di protezione dei dati personali. Commento articolo per articolo al testo unico sulla privacy D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, Milano, 2004, pp. 722-724.

¹⁸ L'opinione che la veduta attività del Garante sia da ritenere attività contenziosa è condivisa da R. LOMBARDI, *op. cit.*

Sul concetto di "contenzioso" cfr. le classiche opere di CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo*, Padova, 1938; ID., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941; ID., *Diritto e processo*, in ID. (diretto da), *Trattato del processo civile*, Napoli, 1958; nonché E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., XIV*, Torino, 1996, p. 653 ss.; ID., *Attività contenziose e garanzie giurisdizionali*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Quaderni della Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1997.

¹⁹ Secondo la nota tesi di Fabio Merusi, sulla quale cfr. F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2, 2002, p. 181 ss., l'«[e]lemento caratterizzante delle autorità è il contraddittorio paraprocedurale che precede l'adozione dei loro provvedimenti. Non essendo organi o enti politicamente rappresentativi, o comunque connessi ad una responsabilità politica, attesa la deliberata cesura con la responsabilità ministeriale, la legittimazione del loro potere consiste esclusivamente nell'altro istituto che sta alla base degli ordinamenti democratici: il contraddittorio completo e paritario»; di "contraddittorio", in riferimento all'attività del Garante della *privacy*, scrive, tra gli altri, R. LOMBARDI, *Autorità garanti e controllo del giudice*, in *Giust. Civ.*, 2, 2000, p. 225 ss. Che la competenza conferita al Garante ai sensi degli artt. 145 ss. del Codice sia, peraltro, una competenza "paragiurisdizionale" (in relazione alla quale appare, allora, assolutamente opportuno – a chi scrive – che il procedimento sia improntato alla garanzia, tutta processuale, del vero e proprio contraddittorio) è osservazione di M. MANETTI, *op. cit.*, in particolare, p. 787.

genetici – anche il richiamo all'art. 26, co. 2°, che prevede un provvedimento del Garante a seguito della «richiesta di autorizzazione» per il trattamento dei dati sensibili, appare improprio; e così si dica anche per il richiamo agli artt. 143 e 150 del Codice i quali sono addirittura riferiti a provvedimenti afferenti al *Procedimento per i reclami*, ovvero ai *Provvedimenti a seguito del ricorso* (così, rispettivamente, le rubriche dei due articoli).

Non appare, quindi, fuori luogo il commento apparso sulla stampa che, proprio nell'immediatezza del provvedimento, lamentava come la sanzione di cui al citato art. 170 fosse «prevista solo per chi non ottempera al provvedimento dell'Autorità Garante, reso però all'esito di un procedimento svolto nel contraddittorio delle parti»²⁰. Il provvedimento del Garante sembrerebbe, invece, presentare, nel caso *de quo*, le caratteristiche di un provvedimento generale, ancorché concreto – e ciò in quanto non astrattamente riferibile a qualunque fattispecie, bensì concretamente riferito a una vicenda specifica – che, medio anche il richiamo ad un proprio, precedente provvedimento di carattere generale del 21 giugno 2006²¹ (in particolare, in tema di pubblicazione di intercettazioni telefoniche), individua le condotte vietate le quali incorrerebbero nell'indicata sanzione penale.

Se l'interpretazione data dal Garante dell'art. 170 fosse corretta, ci troveremmo allora di fronte ad una norma penale posta a presidio di un provvedimento amministrativo di carattere generale e *preventivo*. Anche ammesso che il Garante possa adottare provvedimenti generali di divieto (come dispongono gli artt. 143 e 154) anche nel caso di trattamento del dato, *sub specie* della sua diffusione a mezzo stampa, ci si può però legittimamente domandare, in primo luogo, se egli possa *preventivamente* vietare alla stampa la pubblicazione di determinate (foto o) notizie; in secondo luogo, poi, se si possa ritenere tale divieto legittimamente coperto dalla sanzione penale di cui all'art. 170. Così poste, le due questioni non sembrano, *prima facie*, poter trovare una risposta affermativa: se così fosse, infatti – se cioè il Garante potesse preventivamente vietare la pubblicazione di determinate notizie, ancorché non conformi a legge – il provvedimento così concepito apparirebbe – per le ragioni che subito si indicheranno – assai simile ad una necessaria autorizzazione (se non addirittura ad una censura), in assenza della quale sarebbe addirittura prevista una sanzione penale. Vediamo di esaminare le questioni più nel dettaglio.

Sotto il primo profilo, come già notato Alessandro Pace riflettendo sull'art. 21 Cost., se è certo che «un divieto, di per sé, non equivale né ad un'autorizzazione, né ad una censura [...] si

²⁰ C. MALAVENDA, *E il garante si inventa legislatore penale*, in *Il Sole-24Ore*, del 18 marzo 2007.

²¹ Pubblicato in *G.U. 27 giugno 2006, n. 147*.

potrebbe di rimando osservare che, una volta ipotizzata la legittimità di divieti in materia di stampa, la conseguenza è che, in tale ipotesi, sarebbe necessario dotarsi di un'autorizzazione per derogare a quel divieto. Ne deriva che secondo la Costituzione la stampa non può essere soggetta né ad autorizzazioni, né a censure e nemmeno a divieti»²². Ciò appare conseguenza del fatto che, a fronte di un divieto generalizzato di svolgere una determinata attività, imposto con un provvedimento amministrativo di contenuto generale conformemente ad una norma di legge, e al fine di vedere riconosciuta la legittimità di una particolare attività alla prima riconducibile, si renderebbe necessario ottenere un provvedimento singolare di "autorizzazione", inteso – nella sostanza – quale deroga al divieto stesso²³. Ora, secondo la nota tesi di Esposito – il quale ritiene di individuare il centro della riflessione sull'art. 21 nella risoluzione del «problema [...] se esista un generale potere della legge di elevare a delitto manifestazioni del pensiero o di vietarle secondo opportunità»²⁴, poiché «peggiore dell'arbitrio dell'esecutivo può essere la oppressione instaurata dalla legge o divenuta legge»²⁵ – il Costituente, all'art. 21, avrebbe invece inteso non solo garantire «una materiale possibilità di diffondere pensieri senza sottoposizione a censure preventive, e di parlare, di scrivere e di stampare senza autorizzazione», ma anche affermare un «diritto sostantivo a non essere giudicato dalle leggi o in forza di legge per le manifestazioni del pensiero»²⁶. Il che porta l'illustre Autore ad affermare che «un rinvio generale, o il riconoscimento di un generico potere della legge di porre limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, renderebbe, in questo caso, solo apparente la garanzia e anzi la muterebbe nel

²² A. PACE, *op. cit.*

²³ Cfr. per tutti E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 313 ss., in particolare p. 315, ove l'A., che pure non condivide l'opinione di quella parte della dottrina la quale inquadra l'autorizzazione tra i provvedimenti costitutivi, descrive assai chiaramente come la «introduzione di un regime autorizzatorio [sia] caratterizzato dal previo riconoscimento di una sfera soggettiva di vantaggio, al quale, in generale contestualmente, si accompagna la previsione in via generale ed astratta di limitazioni che eventualmente l'amministrazione rimuove in via puntuale e concreta, esercitando il relativo potere. L'apposizione del limite in via generale è normalmente operata contestualmente alla previsione del potere della pubblica amministrazione di consentire l'esercizio della situazione stessa», cosicché l'autorizzazione finisce per constare di una (apparente) deroga ad un generale divieto.

²⁴ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958 (rist. inalterata), p. 16: il corsivo è mio.

²⁵ *Ivi*, pp. 15-16.

²⁶ *Ivi*, p. 18: mio il corsivo. Sull'art. 21 Cost., oltre al notissimo e fondamentale scritto di Esposito testé citato, cfr. anche A. PACE/M. MANETTI, *op. cit.*; nonché G. BOGNETTI, *La problematica della libertà costituzionale d'espressione. (Per una storia autentica dell'art. 21 e della evoluzione dei suoi significati e per una teoria consapevolmente "politica" di quella libertà)*, consultabile on-line, sul sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

suo opposto. Esso, sostituendo il principio dell'autorità a quello della libertà, significherebbe nientemeno che hanno diritto ad esprimersi solo le opinioni conformi alle leggi»²⁷.

Sotto il secondo profilo, invece, basti osservare che, come veduto²⁸, requisito indispensabile perché un provvedimento amministrativo possa ritenersi coperto dalla sanzione penale di cui all'art. 650 c.p. è la legittimità del provvedimento stesso: principio che non vi è ragione di non ritenere applicabile anche nel caso in esame, se il meccanismo dell'art. 170 è, nella sostanza, il medesimo. Se l'art. 170 prevede, infatti, la veduta sanzione penale per la sola inosservanza di determinati provvedimenti, tra i quali non sembra rientrare quello qui in esame, non si vede come non concludere che delle due l'una: o il provvedimento stesso è illegittimo, per violazione già dell'art. 21 Cost., e come tale certamente anche sfornito di sanzione penale; oppure il provvedimento è legittimo, ma *tamquam non esset* il richiamo del Garante alla sanzione penale, che non è prevista a copertura di provvedimenti (generali) di divieto. Se così non fosse – se cioè fosse corretta l'applicazione delle norme di legge fatta dall'Autorità garante – non resterebbe che convenire con quella acuta dottrina la quale ha sostenuto che «[l']unica alternativa sembr[erebbe] [...] quella di correggere in via di interpretazione adeguatrice le attribuzioni del Garante. Il controllo che la legge opportunamente gli affida andrebbe considerato come misura preventiva avente ad oggetto l'*inspectio*, ossia la raccolta e il trattamento dei dati, ma non anche la stampa e la sua diffusione»²⁹.

In ultima analisi, quindi, il provvedimento in esame – ancorché motivato dalla condivisibile (anzi, condivisibilissima) esigenza di prevenire gli eccessi di una stampa che spesso appare effettivamente muoversi “al di fuori dalle regole” – appare criticabile, sotto i profili indicati. Infatti, se anche il provvedimento esaminato potrebbe non ritenersi in sé illegittimo (il che è discutibile), appare però destituita di fondamento il richiamo alla sanzione penale prevista all'art. 170 che si vorrebbe invocare a presidio dell'osservanza del provvedimento medesimo. È proprio nel voler *prevenire* – piuttosto che *reprimere* – gli eccessi della stampa che l'operato del Garante non appare essere pianamente assistito dal favore d'una pacifica legittimità sul piano costituzionale, né tanto meno pacifica appare la copertura di un provvedimento (generale) di divieto da parte dell'art. 170 del Codice della *privacy* che ha, invece, riguardo a provvedimenti puntuali, adottati a seguito di procedimenti “contenziosi” – *id*

²⁷ C. ESPOSITO, *op. cit.*, pp. 17-18.

²⁸ Vedi la nota 16.

²⁹ M. MANETTI, *op. cit.*, p. 789.

est volti alla risoluzione di controversie attuali o potenziali, e basati sul contraddittorio delle parti –, in riferimento a singoli casi concreti.

* Assegnista e dottore di ricerca in Diritto pubblico - Università Cattolica di Milano