

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

2021 - Anno XLII

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI SUGLI ILLECITI AMMINISTRATIVI PER VIOLAZIONE DEL CODICE SULLA PRIVACY

dell'Avv. Sergio De Dominicis

La tutela della privacy è stata oggetto di una importante legge nel 1996 (la n. 675 del 31 dicembre 1996) seguita poi dal decreto legislativo n. 196 del 30 giugno 2003, chiamato CODICE SULLA PRIVACY.

Nella fase intermedia o intertemporale è intervenuto, inoltre, il decreto legislativo 28 dicembre 2001 n. 467, che ha introdotto una prima revisione dell'ipotesi di illecito penale-amministrativo, separando le fattispecie, che danno luogo ad un illecito esclusivamente amministrativo punibile con una sanzione pecuniaria, in virtù di un provvedimento ad hoc del Garante - da quei fatti che configurano tipiche fattispecie penali, accertabili innanzi ad un giudice-terzo, con le specifiche garanzie del processo penale ...

V'è da dire che la disciplina sulla privacy è riconducibile a due situazioni del tutto differenti fra loro; originate, per un verso, dallo sviluppo delle tecnologie digitali ed informatiche e, per l'altro, dalle disposizioni maturate in sede europea, e prima fra tutte la direttiva n. 95/46/CE del 24 ottobre 1995 ed, inoltre, l'accordo di Schengen, che riconobbe l'esigenza di proteggere la sfera della riservatezza privata, ben oltre i valori - pure importantissimi! - affermati nella nostra Costituzione agli articoli **13**

(libertà personale), **14** (inviolabilità del domicilio) e **15** (segretezza della corrispondenza)¹.

Infatti, lo sviluppo delle tecnologie informatiche e digitali ha incrementato e reso più raffinati i rapporti tra le persone, ma, al tempo stesso, ha aumentato i pericoli di ingerenza e di manipolazione dei dati personali, attraverso le nuove tecniche di telecomunicazioni e del commercio elettronico e, con i telefonini, potenziando ulteriormente gli strumenti di intercettazione telefonica e di sorveglianza ambientale. Ad esempio il *Trojan!*

Insomma, le norme poste a garanzia della privacy, non rappresentano - almeno sul piano giuridico soltanto una evoluzione delle tradizionali aree di protezione dei diritti fondamentali della personalità (diritto all' onore, alla riservatezza, all'inviolabilità del domicilio ed alla segretezza della corrispondenza), ma anche una risposta obbligata allo sviluppo tecnologico ed alla rete d'informazione, che soggetti specializzati (ad esempio, le banche-dati o i mediatori di credito, abilitati a fornire i giudizi di rating o di affidabilità delle imprese)², emettono in funzione del mondo della produzione, del commercio o dei servizi.

¹ Le disposizioni a tutela della privacy non costituiscono una duplicazione né un'evoluzione delle norme costituzionali - articoli 13, 14 e 15 - poste a presidio delle libertà fondamentali, quali la libertà personale e l'onorabilità della persona, l'inviolabilità del suo domicilio e la segretezza della corrispondenza, in ogni sua forma e manifestazione.

Com'è noto, il rispetto della persona umana, della sua dignità e della sua onorabilità è uno dei valori che anima l'articolo 2 della Costituzione (cfr. Cass.Civ., Sez. III, 10.5.2001 n. 6507).

Secondo la giurisprudenza di merito (Trib. Bolzano, in *Diritto dell'informazione e Informatica* 1938 n. 616) la violazione della privacy può integrare gli estremi della diffamazione a mezzo stampa e della lesione dell'onorabilità della persona.

La disciplina sulla privacy si occupa, tra l'altro, delle relazioni tra i soggetti gestori dei dati personali ed i titolari dei diritti che possono discendere dal loro trattamento ed, inoltre, dei poteri autorizzatori ed inibitori del Garante sulla privacy, delle sue estese facoltà in materia regolamentare cd, infine, delle fattispecie che costituiscono illecito amministrativo oppure illecito penale.

Il codice sulla privacy è stato ritenuto fonte secondaria atipica da V. De Siervo, in "Diritto all'informazione e tutela dei dati personali", in *Foro It.* 1999. Si veda anche Buttarelli, "Banche dati e tutela della riservatezza", Milano 1997. G. Verde, "Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale" in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, pag. 739 e segg .. G. Colla e G. Manzo, "Le sanzioni amministrative", Milano 2001.

Secondo Pizzetti - prescelto insieme con Paissan dal Parlamento italiano - la privacy potrebbe collocarsi al vertice di due esigenze: quella del diritto di difesa e quella attinente al diritto all'informazione.

Del Pizzetti, si legga l'intervista concessa ad Antonello Gerghi sul *Sole 24 Ore* del 6.11.2006 e la sua nota sui poteri di verifica ed ispezione, pubblicata sul *Corriere della Sera* del 9 ottobre 2006.

Per un approfondimento dei poteri del Garante si legga la deliberazione del 29 dicembre 2005, concernente il "Regolamento dei dati sensibili e giudiziari presso il Garante per la protezione dei dati personale" (in G.U. n. 68 del 22 marzo 2006) ed il provvedimento del 27 ottobre 2005, sul "trattamento di alcuni dati personali (Immagini ed Impronte digitali) da parte di banche", in G.U. n. 68 del 22 marzo 2008.

² Il giudizio di "Rating" costituisce, nell'odierno sviluppo economico, una condizione necessaria ed indispensabile per l'accesso al credito e per la stipula di polizze di assicurazione, anche sul piano internazionale.

Si aggiunga, poi, tutto il complesso delle problematiche, che derivano dalla criminalità organizzata, dal terrorismo internazionale e dalla globalizzazione dell'economia, per rendersi conto che, non solo bisognava sviluppare una rete di discipline, a garanzia dell'inviolabilità della persona e della sua sfera di riservatezza - si pensi alle informazioni in materia di credo religioso o di convinzione politica - ma che occorreva creare un'Autorità amministrativa sui generis, qual è il Garante sulla privacy, conferendogli ampi poteri di controllo e di sanzione. Poteri che possono entrare in conflitto con altre Autorità pubbliche; ad esempio, con il P.M penale o con gli organi di direzione dei servizi segreti, quando, per motivi di sicurezza dello Stato, sono legittimati ad effettuare attività di spionaggio e ad invadere la sfera di riservatezza altrui³.

Le anzidette analisi e valutazioni, circa l'esigenza di raccogliere in un Codice della privacy l'intero corpus normativo, dettato a tutela della riservatezza e del trattamento dei dati personali, certamente servono a rendere più intelligibile ed esaustivo il motivo dell'approvazione di un Testo Unico sull'importante e delicata materia; ciò, tuttavia, non esaurisce il tema introduttivo e non chiarisce uno degli aspetti centrali della nuova disciplina: infatti, s1 tratta di spiegare, preliminarmente, perché la materia

L'economia globalizzata non può prescindere dalla formulazione di questo giudizio, che società specializzate, grazie al trattamento dei dati e dell'informatizzazione delle comunicazioni commerciali, emettono per garantire l'affidabilità delle controparti e per indicarne, perfino, il grado di solvibilità.

Sull'importanza del rating nell'odierno sistema commerciale può consultarsi il volume "La Banca" di Giuseppe Marotta (Ed. Il Mulino, Bologna, 2003).

Secondo il citato autore il giudizio di rating, spesso avente carattere riservato, ha acquistato un rilievo economico nelle transazioni commerciali e ad esso si collega il sistema bancario ed assicurativo.

Orbene, ciò non sarebbe lecito se il trattamento dei dati non fosse autorizzato dal Garante e se venissero meno le cautele di conservazione e di aggiornamento prescritte dal codice del 2003 ed, in particolare, la garanzia della sicurezza e della qualità dei dati.

³ Il rapporto tra privacy e processo penale è tra i più delicati ed importanti della nuova disciplina. Infatti, da una parte, occorre assicurare l'ottimale esercizio delle funzioni pubbliche, effettuate per motivi di giustizia o per ragioni di ordine e sicurezza, dall'altra, è necessario tutelare la privacy delle persone estranee alle investigazioni di polizia ed alle intercettazioni telefoniche ed ambientali (cfr. Sorrentino, "La protezione dei dati personali nel processo", in *Q di Giustizia*, 2001).

La necessità di bilanciare le opposte esigenze è stata approfondita dal Procuratore della Repubblica di Palermo, *dott. G. Pignatone* nell'incontro di studio del 9 - 11 maggio 2005 organizzato dal C.S.M.).

Sull'esigenza della segretezza nelle investigazioni, a garanzia della privacy, si vedano gli orientamenti della giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cass., SS.UU., 23.2.2000, n. 2595).

Nella dottrina si segnala la ricostruzione di De Leo, in *Quaderni del C.S.M.*, 2002, 123 e Melillo "Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini" in *Cass. Pen.*, 1934 e segg .. Ed, inoltre, Piero Gualtieri "L'investigazione difensiva e la legge sulla privacy", in *Incontro di studio* organizzato dal C.S.M., 2w4 febbraio 2004, Ed, inoltre, Salvatore Frattalone, "Le investigazioni difensive, Processo penale, deontologia e trattamento dei dati personali", Verona, 2005.

Per una ricostruzione delle investigazioni difensive e private, anche Gaetano Insolera, "Disciplina penalistica e tutela delle investigazioni difensive", Roma, 2004, Crowne Plaza.

della privacy sia stata affidata alla cura del Garante, figura che non appartiene né al mondo della giustizia né a quello dell'amministrazione⁴.

E, tuttavia, il Garante della protezione dei dati personali detiene poteri invasivi, interdettivi e di controllo che potrebbero definirsi a metà tra le attribuzioni di un Magistrato e quelle di un Ministro. Alla luce della legge n. 675 del 1996 e della scarsa giurisprudenza sulla materia un elemento balzò comunque all'evidenza: 1 provvedimenti del Garante, sia che avessero carattere concessorio, sia che costituissero condizioni inibitorie o interdittive, dovevano ritenersi impugnabili innanzi al T.A.R. in primo grado ed, eventualmente, innanzi al Consiglio di Stato, in grado di appello, per presunta lesione di un interesse legittimo; ora, però, con il Codice n. 196 del 2003, gli atti sanzionatori del Garante sono tutti impugnabili innanzi al Tribunale Civile competente⁵.

Inoltre, ai sensi dell'art. 145 del Codice della Privacy il ricorso al Garante è alternativo rispetto all'azione risarcitoria proponibile innanzi al Giudice ordinario.

Il Garante, quando decide sul ricorso, può adottare provvedimenti cautelari o definitivi, avverso i quali è, poi, ammessa la tutela

⁴ Va, in proposito, annotata quella dottrina apertamente ostile ai poteri del Garante.

Oltre ai contributi di analisi critica alla legge n. 675 del 1996, da parte di Scarano, in "Tutela della Privacy", Padova, 1999, e Buttarelli, in "Banche dati e tutela della riservatezza", va fatta menzione della forte riserva da parte di Federico Sorrentino, Magistrato di Cassazione, in "La protezione dei dati personali nel processo", Quaderni del C.S.M., ottobre 2003.

L'autore afferma che «una funzione di controllo sull'attività giudiziaria da parte di una autorità amministrativa, ancorché prevista dalla legge, potrebbe rappresentare un vulnus dei principi costituzionali posti a garanzia dell'indipendenza della Magistratura secondo la teoria della divisione dei poteri».

Infatti, ai sensi dell'art. 104 Costit., la funzione giudiziaria costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere; ed, inoltre, il diritto di difesa, ex art. 24 Costit., ed il principio del contraddittorio, ex art. 111 Costit., costituiscono valori della civiltà giuridica, non superabili con lo strumento della legge ordinaria o con l'affidamento di elevati poteri ad una autorità indipendente.

⁵ Il procedimento giurisdizionale innanzi al Giudice ordinario è stato disciplinato dall'art. 152 del d.lg.vo n. 196 del 2003, detto Codice sulla Privacy. Lo strumento di accesso è il ricorso, *vacatio iuris*, avverso un provvedimento esplicito del Garante. E' ammessa la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, quando «*sussiste pericolo imminente di un danno grave ed irreparabile*» ossia il c.d. *periculum in mora*.

Il nono comma dell'art. 152 C. priv. consente che la causa venga trattata, «*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*».

Con ciò si è voluto lasciare ampi spazi interlocutori al Giudice, che è tenuto ad andare ben oltre la mera legittimità formale del provvedimento impugnato.

La decisione di merito segue allo scambio di memorie difensive e di atti conclusionali, sicchè solo eventualmente può darsi accesso alla discussione orale.

L'AGO può annullare il provvedimento amministrativo del garante ed, altresì, disporre le misure consequenziali.

La disposizione processuale del C.priv. è stata oggetto di analisi da parte della dottrina: *M. Granieri*, nota alla sentenza della Cass. 20.5.2002 n. 7341; *R. Bellè*, "Il processo di opposizione alla sanzione amministrativa", in Riv. Proc. 2002, 900; *Giorgio Costantino*, "La tutela giurisdizionale", in Incontro di studio sul nuovo codice della privacy.

Federico Sorrentino, op. cit.

giurisdizionale innanzi al Tribunale, che decide in composizione monocratica e con la speciale procedura stabilita dall'art. 152 c.p. Le fattispecie che disciplinano l'irrogazione di sanzioni patrimoniali per violazioni al Codice della privacy sono previste all'art. 161 (omessa o non idonea informativa), all'art. 162 (omessa o incompleta notificazione), all'art. 163 (notificazione di dati incompleti) ed all'art. 164 (omessa informazione ed esibizione di dati al Garante).

L'Autorità di Garanzia, oltre alle sanzioni patrimoniali, può applicare anche la sanzione accessoria della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione (art. 165) ed, inoltre, nel procedimento, si applicano le disposizioni della legge 24 novembre 1981 n. 689, che è la legge generale sugli illeciti amministrativi, discendenti da atti di depenalizzazione oppure da violazioni ed inosservanza di provvedimenti autoritativi, legittimamente erogati da un organo della Pubblica Amministrazione a ciò legittimato.

Con la legge n. 675 del 1996 la dottrina, partendo dalla considerazione che il Garante per la privacy "*amministra la materia*", ritenne che i suoi atti avessero carattere eminentemente amministrativo e, come tali, suscettibili di ledere solo interessi legittimi.

Con il Codice del 2003 il quadro delle garanzie giurisdizionali non può più dare adito ad alcuna perplessità. Infatti, avendo le sanzioni del Garante carattere patrimoniale, si è ritenuto che la materia contenziosa potesse essere riservata alla competenza del Giudice ordinario, quale giudice dei diritti soggettivi, così come avviene per la disciplina impugnatoria dei provvedimenti sanzionatori emessi dalle altre Autorità amministrative, in applicazione della predetta legge n. 689 del 1981⁶.

⁶ La legge 689 del 1981 prevede che il Giudice Ordinario competente possa annullare i provvedimenti sanzionatori erogati da altre Autorità amministrative. Il che costituisce una vistosa deroga al principio della separazione delle competenze, tra giurisdizione e amministrazione, come proclamato *dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 ali. E.* Analogamente i provvedimenti sanzionatori ovvero decisori (autorizzatori, concessori, inibitori, interdettivi, ecc.) del Garante della privacy possono essere annullati dal Giudice ordinario a seguito del relativo giudizio impugnatorio. In dottrina: G. Colla e G. Manzo, "Le sanzioni amministrative", Milano 2001; V. Scalese, "Le opposizioni alle sanzioni amministrative", Milano 2001; C.E Paliero e A. Travi, voce "sanzioni amministrative", in Enc. Dir., Milano 1989; E. Casetta, voce "Sanzione amministrativa", in Digesto Pubblico, XIII, UTET; A. Proto Pisani, "Verso il superamento della giurisdizione amministrativa", in Foro It., 2001, V, 21; Giorgio Costantino, op. cit.

Circa l'alternatività del ricorso al Garante, può dirsi che essa non altera lo schema delle garanzie processuali previste dall'art. 152 del Codice della Privacy.

Infatti, il ricorso ha natura di opposizione e, quindi, rientra nel quadro dei ricorsi amministrativi di tipo non contenzioso.

Dunque, alla radice dell'attività del Garante non v'è, solo, l'esigenza della buona amministrazione, nell'esercizio di un interesse pubblico superiore, consistente sia nel corretto trattamento dei dati personali -con tutte le cautele prestabilite dal Codice del 2003 -sia nel dovere di preservare, da qualsiasi forma di ingerenza, la riservatezza delle persone, quando possano emergere altre esigenze di ordine pubblicistico.

Il Garante è autorità che detiene un fascio di poteri assai ampio, come si deduce dall'art. 154 del Codice; poteri che è in grado di autogovernare, nel senso che gli è stata riconosciuta la competenza ad adottare deliberazioni non solo aventi carattere dispositivo, ma anche aventi natura regolamentare.

Sicché i suoi compiti, veramente assai vasti, possono porsi in competizione con altri poteri e con altre prerogative pubbliche. Orbene, prima di fare qualche cenno ad ipotesi (piuttosto recenti) di conflitto tra tutela della privacy e libertà di stampa ovvero tra diffusione di notizie riguardanti inchieste giudiziarie e trattamento dei dati in campo giornalistico, preme fornire il quadro della odierna situazione amministrativa.

Come si è già osservato, la nascita delle *Authorities* - in cui va a collocarsi anche il Garante per la privacy - è piuttosto recente. La dottrina ha ampiamente esaminato queste nuove figure istituzionali, estranee alla tradizione giuridica italiana, e, tuttavia, accolte nel nostro ordinamento grazie al c.d. *filone neomodernistico*⁷.

⁷ Ritene il prof. Costantino, op. cit., che «Le *Authorities* sono state create, sulla base dei modelli dell'esperienza giuridica, soprattutto statunitense, per sopperire alle esigenze di settori specialistici, bisognosi di regole specifiche, oggetto di rapido adeguamento, ed, in alcuni casi, sono state considerate uno strumento di attuazione della politica economica».

La Cassazione (cfr. Cass. Civ. 20.5.2002 n. 741, in Foro it., 2002, 2680, con nota di Granatieri) ha affermato che «l'ordinamento giuridico non conosce un *tertium genus*, tra Giurisdizione ed Amministrazione in quanto la

In estrema sintesi, *si ritiene che la disciplina sulle Authorities, e sui poteri "ibridi" conferiti ai rispettivi uffici, si collochi in posizione intermedia tra l'illecito amministrativo - la cui principale disciplina risale alla legge n. 689 del 1981 - e la sanzione penale.*

Si è già detto, peraltro, che le *Authorities*, in realtà, non sono organi ministeriali, né possono essere assoggettate al controllo o alla vigilanza di un Ministero; d'altronde, esse non possono ritenersi neppure organi giurisdizionali per la ragione fondamentale che, pur esercitando funzioni di garanzia in posizione collegiale ed alquanto neutra, non sono tenute all'osservanza delle norme processuali, che, com'è noto, costituiscono disposizioni inderogabili, la cui principale fonte trovasi nella Carta Costituzionale, Sezione dedicata all'Ordinamento Giurisdizionale (artt. 101 e seguenti).

Peraltro, quasi sempre la collocazione istituzionale delle *Authorities* fa capo a materie di diritto comunitario o di fonte comunitaria.

Ed, ancorché si sia ritenuto che gli atti da esse emanate fossero provvedimenti e non sentenze, le *Authorities rappresentano, in definitiva, un segmento giuridico del tutto nuovo, una vera e propria area intermedia tra l'amministrazione e la giurisdizione*, con le qualità un poco dell'una e un poco dell'altra, e, quindi, con caratteri peculiari propri.

L'anzidetta premessa ci aiuta, dunque, a capire la misura ed il valore del conflitto tra la tutela della privacy e la libertà di cronaca, soprattutto a mezzo stampa⁸.

funzione giudiziaria è esercitata da Magistrati ordinari. cd il secondo comma dell'art. 102 della Costit. vieta l'istituzione di giudici speciali».

Sulla natura delle *Authorities*, in dottrina: *R. Rordof*, "Le Autorità amministrative indipendenti", in *Questione Giustizia*, 2002, 407 e succ.; *Merusi*, "Democrazia e Autorità indipendenti", Bologna 2000; *Grassini*, "L'indipendenza delle Autorità", Bologna 2001; *Lazzara*, "Autorità indipendenti e discrezionalità", Padova 2001; *A. Pajno*, "Il Giudice amministrativo e le Autorità indipendenti", Varenna 2003; *F. Cardarelli*, "La tutela amministrativa innanzi al Garante", in *Quaderni del C.S.M.*, 2003.

⁸ Secondo *Francesco Cardarelli*, in *Quaderni del C.S.M.*, 2003, la tutela amministrativa innanzi al Garante difetterebbe dei requisiti del giusto processo, ex articolo 111 della Costituzione.

Peraltro, nel Codice sulla privacy la disciplina dei reclami e delle segnalazioni viene collocata in un capitolo differente da quello riservato alla tutela giurisdizionale.

La predisposizione di una "apposita sezione per l'esercizio delle funzioni amministrative del Garante sembra essere stata imposta dalla Direttiva Comunitaria n. 95/46/CE che ha inteso rimarcare la natura garantistica della disciplina, protesa alla difesa dei diritti fondamentali del cittadino europeo ed alla garanzia di avere uno "spazio proprio", personalissimo cd inviolabile, cioè un "diritto a stare soli".

La vicenda scandalistica, meglio conosciuta come "*vallettopoli*", è stata uno dei casi in cui si è fatta applicazione degli articoli 139 e 154 del Codice sulla privacy.

Con provvedimento del Garante, pubblicato nel marzo 2007 sulla Gazzetta Ufficiale, venne, infatti, disposto il *divieto assoluto di pubblicazione di notizie stampa riguardanti indagini giudiziarie in corso* su condotte estorsive, da parte di noti personaggi del mondo della moda e dello spettacolo, per fatti di prostituzione e di diffusione illecita di immagini fotografiche.

Secondo il Garante per la protezione dei dati personali la stampa aveva diffuso informazioni e notizie, anche estratte da intercettazioni disposte dall'Autorità Giudiziaria, che eccedevano i limiti di essenzialità e di correttezza del diritto di cronaca, violando, di conseguenza, la dignità e la sfera sessuale delle persone interessate, anche estranee alla commissione di reati.

Conseguentemente, sussistevano i presupposti di fatto e di diritto per l'intervento inibitorio del Garante, ex art. 154 Codice della Privacy, a tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone lese dalle pubblicazioni. Inoltre, ad avviso del Garante, quegli stessi fatti, violando la riservatezza, la sfera sessuale, la dignità di persone ed il loro diritto alla protezione dei dati personali, costituivano anche illecito penale, ai sensi dell'art. 170 del Codice della privacy, ed, altresì, illecito civile, ai sensi dell'art. 15 dello stesso Codice⁹.

⁹ La violazione della riservatezza e della privacy delle persone coimporta un «illecito progressivo», nel senso che il fatto, oltre alla sanzione amministrativa patrimoniale inibitoria cd agli edicta del Garante, può integrare l'illecito penale ed il diritto al risarcimento del danno se ne deriva un «nocumento» economico in pregiudizio della persona offesa.

L'episodio riportato nel testo ha, com'è noto, provocato una deliberazione del Garante, con cui, ai sensi degli artt. 139, 143 e 154 del Cod. Priv., è stata vietata la diffusione di notizie stampa, «con dettagli e circostanze eccedenti il rispetto dell'essenzialità dell'informazione» ed attinenti alla vita privata di persone estranee all'inchiesta penale e diffuse in violazione della tutela della loro sfera sessuale.

Nel convegno tenuto a Roma nell'ottobre 2003, sul tema del rapporto tra *riservatezza e cronaca giudiziaria*, si è osservato come il codice di deontologia professionale del 1998 non fosse sufficiente a fugare eventuali conflitti del mondo dei giornalisti con la tutela della privacy.

Il diritto di cronaca rientra tra una delle esigenze primarie del sistema democratico ed è attività d'interesse pubblico, ma essa non può eccedere dalla verità ed essenzialità della notizia.

La Cassazione, fin dal 1985, ha, poi, affermato che i personaggi pubblici godono di una tutela affievolita, nel senso che chi occupa un posto di responsabilità politica oppure nell'amministrazione dello Stato, nella società civile o nello spettacolo, detiene una sfera di riservatezza limitata o relativa. Se non che questi limiti all'informazione ed alla

Pertanto, la violazione del Codice della privacy, a mezzo di pubblicazioni eccedenti *il limite di continenza, essenzialità e correttezza del diritto di cronaca*, andavano a configurare ben tre illeciti, sanzionabili in sede civile, penale ed amministrativa.

Prima di procedere ad un conclusivo raffronto tra le varie configurazioni giuridiche degli illeciti amministrativi occorre aggiungere qualche riflessione sulla vicenda sopra descritta.

Nella prospettiva della tutela della privacy e della protezione dei dati personali il primo problema che si è posto è stato quello del rapporto tra intercettazioni telefoniche, disposte dall'Autorità Giudiziaria, ed il loro impiego nel processo penale, quando esse coinvolgano terze persone estranee alle vicende penali. La soluzione potrebbe essere quella di escludere dal materiale probatorio raccolto le intercettazioni non pertinenti ai fatti di causa.

Il che dovrebbe effettuarsi, con l'intesa dei difensori e secondo un criterio di rilevanza concordato, prima del deposito degli atti. Effettuata la selezione, il materiale di risulta dovrebbe essere, poi, conservato per il tempo strettamente necessario ed, infine, distrutto su ordine del GIP-GUP¹⁰.

Il secondo problema che si è affacciato è stato quello del divieto di notizie stampa, ritenute arbitrarie o eccedenti i limiti della pertinenza e del corretto esercizio del diritto di cronaca.

La questione sembra potere avere una soluzione accettabile ove il Garante intervenga, con propri provvedimenti inibitori, comunque prima che sia effettuato il deposito degli atti istruttori, a conclusione dell'inchiesta penale

cronaca fanno riferimento all'ipotesi della diffamazione a mezzo stampa, che integra un illecito differente e, comunque, distinto dalla violazione della privacy, la cui lesione discende dall'inosservanza di altre fattispecie illecite.

Il problema di attualità attiene, invece, al rapporto tra informazione e violazione della riservatezza, in pregiudizio del terzo estraneo alla vicenda penale oggetto di intercettazione telefonica e/o ambientale.

Nel dibattito si segnala l'intervento di *Giuliano Pisapia* su "Liberazione" del 10.6.2008; di *Capotosti*, su "Il Messaggero" del 10.6.2008; di *Luciano Violante*, su "Il Corriere della sera" del 10.6.2008; di *Giovanni Negri* e *Donatella Stasio*, su "Il Sole 24 Ore" del 15.6.2008; di *Carlo Federico Grosso* su "L'Unità" del 15.6.2008; di *Vittorio Grevi*, su "Il Corriere della Sera" del 15.6.2008 e *Stefano Rodotà*, su "La Repubblica" del 9.6.2008.

¹⁰ La soluzione esposta nel testo ha trovato ampia eco tra i maggiori giuristi italiani che da anni si occupano del problema e che reputano particolarmente delicato il momento del deposito delle indagini a conclusione della fase investigativa.

In dottrina, soprattutto, *Vittorio Grevi*, in "Corriere della Sera" del 7 agosto 2006 e del 21 giugno 2007.

del P.M. Ed, invero, dopo che tutti gli atti d'indagine siano stati depositati appare alquanto difficile dare prevalenza al diritto di privacy. Ma, nel legittimo esercizio del diritto d'informazione, devono essere comunque fatti salvi i diritti di riservatezza delle persone e la tutela dell'onore dei terzi ingiustamente o arbitrariamente coinvolti.

Le esigenze poste dal Codice del 2003 a garanzia della privacy possono collocarsi, quindi, al centro di due possibili conflitti: quello tra la privacy e il diritto di cronaca, e quello tra la privacy e le regole del processo penale.

In relazione alla prima ipotesi di conflitto, dobbiamo ricordare che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in tema di tutela dell'onore e della riservatezza delle persone, ha affermato che il diritto di cronaca deve rispettare tre limiti: la *verità* della notizia, la *continenza* della narrazione e la *correttezza* o pertinenza delle notizie. Ciò violando, l'informazione si manifesta potenzialmente diffamatoria e, oltre a rappresentare un illecito civile, che può dare luogo al risarcimento del danno, costituisce reato, ex art. 170 Codice sulla Privacy, punibile con la reclusione da tre mesi a due anni.

Tuttavia, per trovare un giusto bilanciamento tra privacy e stampa, occorre tenere presente che il concetto di privacy è piuttosto elastico e richiede degli adattamenti a seconda delle persone e delle circostanze riferite. Infatti, mentre la pubblicazione dell'immagine di persone ignote può costituire un illecito in sé, ove manchi il consenso, la stessa pubblicazione di uomini pubblici o di persone dello spettacolo può ritenersi legittima.

Il che dimostra che possono esserci sfere di privacy più affievolite di altre...¹¹

Quanto all'ipotesi conflittuale tra le delibere adottate dal Garante e le disposizioni processuali penali nessun dubbio può emergere in ordine alla prevalenza delle seconde.

¹¹ L'orientamento trovasi affermato sia nella giurisprudenza costituzionale (Corte Costit. n. 184 del 1986 e n. 479 del 1987) che in quella della Corte di cassazione (cx multis, Cass, Civ., Sez. III, n. 6507 del 2001).

La questione conclusiva attiene, infine, alla differente collocazione dell'illecito amministrativo - ove disciplinato dalla legge n. 689 del 1981 ovvero dal Codice della privacy del 2003 - rispetto alla norma penale.

Il confronto tra la legge penale e le due discipline degli illeciti amministrativi tende, infatti, a configurare due sistemi differenti, ancorché, poi, assimilati sotto l'aspetto della sanzione patrimoniale e dell'eventuale azione di tutela cassatoria proponibile innanzi al Giudice Ordinario.

Nel raffronto tra la disposizione penale e la sanzione patrimoniale irrogata dal Garante, per una delle violazioni previste agli artt. 161, 162, 163 e 164, emerge, invero, un solo punto di commistione.

Ci si riferisce al caso in cui l'uso o la *conservazione dei dati personali, che possano presentare rischi specifici, in pregiudizio dei diritti fondamentali della persona e delle sue libertà fondamentali* (come quelli inerenti la sfera della sessualità), ex art. 17 del Codice privacy, sia sanzionato, *a seconda della gravità del fatto*, o come illecito amministrativo, ex art. 161 del Cod. Priv., oppure come delitto, ex art. 167, Cod. Priv.,

Perché ricorra l'ipotesi delittuosa, alla persona offesa deve derivare un *effettivo nocumento* e salvo che il fatto stesso non integri una fattispecie penale più grave, punibile alla stregua del Codice penale.

Quindi, la consumazione (o consumazione) di una fattispecie meno grave in un'altra più grave sembra costituire lo schema giuridico accolto dal Codice della privacy, almeno per quanto attiene ai diritti fondamentali della persona.

Ne consegue che si applica la sanzione più grave, ove comprenda e consumi quella meno grave, perfino quando le due fattispecie antiggiuridiche siano astrattamente previste in due differenti ambiti normativi (Codice privacy e Codice penale).

Ma, al di fuori dell'ipotesi delittuosa prevista dall'art. 167 Cod. Priv., il trattamento illecito dei dati personali ed, in particolare, l'inottemperanza degli ordini del Garante, ex art. 170 Cod. Priv., non integra, in generale, lo

schema della consunzione, relativa ad una fattispecie penale più grande che assorbe e consuma dentro di sé un'altra fattispecie meno grande.

Pertanto, nel quadro degli illeciti previsti dal Codice della privacy, si verifica, quasi sempre, l'ipotesi penalistica classica: del *cumulo degli illeciti e delle corrispondenti sanzioni!*

Può, infatti, accadere che un comportamento antigiuridico, in violazione di più disposizioni del Codice della privacy, sia idoneo ad integrare l'emersione di varie e differenziate fattispecie illecite, che, conservando ciascuna la propria individualità e specificità, si cumulano tra loro, comportando l'erogazione sia di sanzioni amministrative patrimoniali che di sanzioni penali o criminali. Nel qual caso viene in applicazione il principio *del cumulo materiale delle sanzioni: tot crimina tot poena!*

Invece, l'ipotesi del concorso formale o apparente - in relazione al quale una fattispecie normativa prevale rispetto ad un'altra - sembra adattarsi, in via generale, alle ipotesi illecite previste dalla legge n. 689 del 1981.

Quest'ultima legge, che ha depenalizzato taluni illeciti prima costituenti reato, configura fattispecie *che si pongono in concorso formale o ipotetico con la legge penale*. Secondo la Cassazione il concorso formale può configurarsi solo tra norme penali.

Ed, invero, *l'art. 9 della legge n. 689 del 1981 afferma il principio di specialità in via generale*, nel senso che tra una norma che commina una sanzione penale ed una che commina una sanzione amministrativa - entrambe adottabili alla stessa concreta fattispecie - si applica la sanzione amministrativa che incide sulla sfera patrimoniale, considerata meno gravosa.

Inoltre, pure nella prevalenza della sanzione amministrativa rispetto a quella penale, si deve tenere conto del principio del *"favor rei"*, ai sensi dell'articolo 2 c.p.

L'anzidetto principio, di prevalenza della disposizione speciale, può essere escluso soltanto quando la legge lo dichiara espressamente.

Ciò nonostante la giurisprudenza ha ritenuto che la specialità della sanzione amministrativa è solo tendenzialmente generale; per cui non può

escludersi a "*priori*" che vi possa essere un raffronto all'interno della materia che ha dato luogo alla previsione di una sanzione amministrativa e di una concorrente sanzione penale. Mentre è da escludere che la sanzione patrimoniale irrogata dal Garante della Privacy abbia carattere speciale ed esclusivo, potendosi quasi sempre cumulare con una sanzione penale. Va, poi, detto che la disciplina sulla privacy si discosta molto dal sistema comminatorio disciplinato dalla legge n. 689 del 1981.

Basti considerare che mentre gli illeciti amministrativi contemplati dalla legge del 1981 riflettono, "*in piccolo*", lo schema della disposizione penale - fondato sulla coesistenza dell'elemento materiale e di quello psicologico - quelli previsti dal Codice della privacy conservano una propria peculiarità che *prescinde dall'elemento volontaristico* e che, quindi, sembrano ignorare in toto il catalogo delle esimenti soggettive o oggettive, nonché delle circostanze che possono attenuare o aggravare l'ipotesi illecita astratta.