



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di diritto costituzionale

***CONTRIBUTI PER L'INQUADRAMENTO DOGMATICO DEL DIRITTO ALLA
PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E DEL DIRITTO A TRATTARE DATI
PERSONALI ALTRUI.***

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Gino Scaccia

CANDIDATO

Christian D'Orazi

Matr. 129533

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Mario Esposito

Anno accademico 2018/2019

*A coloro che hanno reso possibile tutto questo,
a chi ci protegge da lontano.
A Federica, che c'è sempre stata.*

SOMMARIO

CAPITOLO I - IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: INQUADRAMENTO STORICO, TEORICO E SISTEMATICO.....	5
1. L’AFFERMAZIONE STORICA DEI DIRITTI DI LIBERTA’.....	5
2. DIRITTI E LIBERTA’.....	6
3. I DIRITTI DI LIBERTA’ TRA GIUSNATURALISMO E GIUSPOSITIVISMO.	10
4. LE LIBERTA’ COSTITUZIONALI E IL PROBLEMA DEI “NUOVI DIRITTI”.	13
5. LA COPERTURA COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA: L’ART. 2 COST.....	18
5.1. Segue: ALTRE RICOSTRUZIONI.	22
6. I DIRITTI NELLA SOCIETA’ DELL’INFORMAZIONE.	27
7. DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.....	29
8. IL DISCRIMINE TRA RISERVATEZZA E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 39682/2018.	40
9. IL SISTEMA DELLE TUTELE DELLA RISERVATEZZA E DELLA PROTEZIONE DEI DATI.....	46
9.1. Segue: I RICORSI GIURISDIZIONALI IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.....	52
10. LA RESPONSABILITA’ CIVILE DA ILLECITO TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI E LA GIURISDIZIONE SULLE RELATIVE CONTROVERSIE.	55
11. VERSO UNA RIUNIFICAZIONE DEI CONCETTI DI RISERVATEZZA E PROTEZIONE DEI DATI.....	65
12. IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI COME RAPPORTO GIURIDICO.....	67
13. LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI COME CONTENUTO DI UN “OBBLIGO DI PROTEZIONE”.....	71
14. LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO E LE CONDIZIONI DI LICEITA’.	74
15. IL MUTAMENTO SOGGETTIVO DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO <i>EX LATERE TITOLARIS</i>	83
16. LA CORRISPETTIVITA’ DELLE PRESTAZIONI NEL TRATTAMENTO: IL DIRITTO A TRATTARE DATI PERSONALI ALTRUI.	87
17. POTERI E FACOLTA’ INERENTI AL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI PROPRI DATI PERSONALI: DIRITTI DI NATURA CONOSCITIVA.	88
17.1. Segue: DIRITTI DI CONTROLLO.	93
CAPITOLO II – IL DIRITTO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI COME ESPRESSIONE DELLA LIBERTA’ DI INIZIATIVA ECONOMICA.	101
1. RILEVANZA DELLA CATEGORIA NEL CONTESTO SOCIO-ECONOMICO POST INDUSTRIALE.	101

2. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI: LA CIRCOLABILITA' DEI DIRITTI DELLA PERONA E IL VALORE ECONOMICO DEL DATO PERSONALE.	104
3. SPUNTI PER UN'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO ALLA PRIVACY.....	106
4. IL CONCETTO DI AUTONOMIA PRIVATA COME "CRITERIO ORDINANTE": ULTERIORI PRECISAZIONI CONCETTUALI PER UNA NOZIONE DINAMICA DI LIBERTA'.....	110
5. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLE LIMITAZIONI AL GODIMENTO DEL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI ALL'INTERNO DEGLI SCAMBI ECONOMICI AI SENSI DELL'ART. 41 COST.....	113
6. I RIFLESSI DELLA LIBERTA' D'INIZIATIVA ECONOMICA NEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI.....	117
7. POTERI E FACOLTA' INERENTI AL DIRITTO A TRATTARE DATI PERSONALI ALTRUI NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' ECONOMICA.....	118
8. IL POTERE VALUTATIVO DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO: PREMESSA. IL CAMBIO DI PROSPETTIVA DEL LEGISLATORE EUROPEO IN MATERIA DI BILANCIAMENTO.	124
8.1. Segue: IL "LEGITTIMO INTERESSE" DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO, FRA VALUTAZIONE E RENDICONTAZIONE.	127
9. IL POTERE VALUTATIVO COME ESPRESSIONE DI UN "POTERE PRIVATO". CONSIDERAZIONI CIRCA LA SUSSISTENZA IN CAPO AL TITOLARE DI UN "ONERE DI MOTIVAZIONE" DEL TRATTAMENTO.	133
9.1. Segue: CONSIDERAZIONI CIRCA LA SUSSISTENZA DI UN DIRITTO DELL'INTERESSATO DI PARTECIPARE AL PROCEDIMENTO VALUTATIVO.....	139
CAPITOLO III – CENNI SUL DIRITTO AL TRATTAMENTO NELL'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE PUBBLICA.	143
1. LA TENDENZIALE IRRILEVANZA DELLA NATURA SOGGETTIVA DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO.....	143
2. L'INCIDENZA DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA SUL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: IL REGIME DELLE BANCHE DATI PUBBLICHE.....	146
3. IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA AMMINISTRATIVA, IL DIRITTO DI ACCESSO E LA TUTELA DELLA PRIVACY.	148
4. ALTRE APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA: LA SENTENZA 20/2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE.	156
CONCLUSIONI.....	160
BIBLIOGRAFIA.....	171
SITOGRAFIA	181
"CUI DONO LEPIDUM NOVUM LIBELLUM"?	I

CAPITOLO I - IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: INQUADRAMENTO STORICO, TEORICO E SISTEMATICO.

1. L’AFFERMAZIONE STORICA DEI DIRITTI DI LIBERTÀ’.

La libertà, quale condizione di libera disponibilità dell’individuo della propria persona¹, acquista consistenza di diritto a partire dall’entrata in vigore delle grandi Costituzioni del XVIII-XIX secolo. In precedenza, anche in altri documenti come la Magna Charta Libertatum del 1215 concessa dal sovrano inglese Giovanni Senza Terra- si era cercato, per la prima volta, di definire il concetto di libertà, ma, sebbene di notevole importanza storica, la nozione che ne è risultata pare nettamente differente dalla moderna nozione di libertà, che qui si cerca di delineare.

Le primissime esperienze costituzionali moderne dimostrano come la libertà assumesse contenuto eminentemente negativo, con la conseguenza che sullo Stato gravava un onere di astenersi da tutti quei comportamenti che ne avrebbero compromesso l’esercizio da parte del titolare².

Assumono particolare rilievo, per la nostra ricerca, i principi espressi dalla Dichiarazione Universale dei diritti dell’Uomo e del Cittadino del 1789. In quell’occasione i rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale sentirono la necessità di consacrare in un documento scritto la nozione ed anche il contenuto delle libertà, la cui “ignoranza, oblio e disprezzo” sarebbero state le uniche cause delle “sciagure pubbliche e della corruzione dei governi”.

E veniva costruita una teoria della libertà in senso giusnaturalistico, che metteva al centro l’individuo (*rectius*: l’Uomo), nato –al pari di ogni suo simile- libero ed uguale nei diritti³. Lo Stato, e più in generale ogni associazione politica⁴, aveva il

¹ La definizione, molto ampia e generica, si ritrova in www.treccani.it.

² Così, ad esempio, IV emendamento Cost. USA sulla garanzia contro perquisizioni e sequestri non ragionevoli; V emendamento Cost USA sul principio del *nemo tenetur se detegere* e *due process clause*; *Habeas Corpus Act* del 1679.

³ Così Articolo 1 della Dichiarazione, da www.dircost.unito.it.

fine specifico di conservare i diritti naturali e imprescrittibili dell'Uomo, tra cui – si specifica – la libertà. L'idea della “conservazione” rafforzava l'idea, tutta giusnaturalistica, secondo cui i diritti “naturalisti” preesistono allo Stato, il quale deve riconoscerli ed agire nel rispetto di essi. Predicati della libertà sarebbero dunque, secondo tale ricostruzione, la preesistenza e l'immanenza⁵.

L'articolo 4 della Dichiarazione afferma che “la libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri”; si tratta di una caratteristica dell'esercizio dei diritti, come conferma lo stesso articolo 4 aggiungendo che “l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla Legge”.

La libertà di un individuo è dunque assoluta nei suoi presupposti, ma limitata nel suo esercizio, poiché deve necessariamente interfacciarsi ed interagire con la libertà degli altri individui.

Lo Stato, all'interno dell'articolazione organizzativa delineato dalla Dichiarazione Universale, ha un ruolo tutorio e funzionale, sebbene necessario: determinare i limiti all'esercizio dei diritti del singolo, al fine di assicurare anche agli altri individui la possibilità di esercitare i medesimi diritti.

Viene dunque accolta una nozione di libertà positiva.

Inoltre è affidata alla forza pubblica, finanziata con i contributi comuni, la garanzia dei diritti: questa affermazione, contenuta nell'articolo 12 della Dichiarazione, assume una forza particolarmente intensa alla luce di quanto disposto dall'articolo 16, dove si afferma che “Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione”.

2. DIRITTI E LIBERTÀ.

Uno dei tratti caratteristici delle costituzioni moderne è la presenza di parti –

⁴ Così Articolo 2 della Dichiarazione.

⁵ Immanenza che, come afferma P. Grossi, “I diritti di libertà ad uso lezioni”, Giappichelli, Torino, 1991, 285-286, è una delle caratteristiche di struttura e di contenuto dei diritti di libertà.

variamente denominate⁶ - appositamente dedicate alla disciplina dei diritti, ivi inclusi i diritti di libertà.

Tra le situazioni giuridiche soggettive attive (o di vantaggio) libertà e diritti vanno concettualmente divisi. Il termine “libertà” andrebbe ad individuare un profilo negativo, una pretesa di astensione da parte del potere pubblico e del resto dei consociati, l'incoercibilità di qualunque prestazione rientri nel suo oggetto, mentre col termine “diritto” si evidenzerebbe la pretesa del singolo affinché altri facciano qualcosa.

Tuttavia, a ben vedere, dietro ogni diritto si annida una libertà, e viceversa, cosicché la nozione stessa di libertà va ricostruita in termini di diritto, e più precisamente di diritto assoluto soggettivo, giuridicamente riconosciuto e protetto.

Questione più controversa è qualificare l'esatto contenuto di tale diritto, e, più in particolare, se esso si configuri come pretesa di astensione o come potere.

Parte della dottrina⁷ risulta incline a ricostruirlo in termini di pretesa sulla base di diversi argomenti. In via preliminare, si osserva che l'ordinamento tutela questa situazione giuridica a prescindere dal comportamento, attivo o inattivo, del suo titolare; circostanza da cui deriva il carattere dell'imprescrittibilità, proprio di tali diritti. Inoltre, il godimento di una libertà non incide sul mondo del possibile giuridico, non innova l'ordinamento come invece accade a seguito dell'esercizio di un potere, ma ha solo riflessi sulla sfera del lecito materiale⁸. Ciò pare confermato dalla considerazione che, a differenza del potere, la libertà si caratterizza per essere priva di oggetto, ed anzi in alcuni ordinamenti – come quelli anglosassoni – *essa*

⁶ Ad esempio, “capitolo” nelle costituzioni spagnole e svedesi; “parte” nelle costituzioni della Repubblica federale tedesca, portoghese, greca, polacca, italiana (anche se in essa, come nel prosieguo si vedrà, è dedicato un titolo -artt. 13- 28- ai soli diritti fondamentali di libertà); “titolo” nelle costituzioni romana e sudafricana; “capo” nella costituzione russa.

⁷ P. Grossi, op. cit., 239 ss.; F. S. Marini, G. Guzzetta, “Diritto pubblico italiano ed europeo”, Giappichelli, Torino, 2011, 622 ss.

⁸ F. S. Marini, G. Guzzetta, op. cit., 623: “La libertà non è attività giuridica, non si sostanzia nel compimento di atti o negozi giuridici e non incide, dunque, sul possibile giuridico. Essa si identifica piuttosto in comportamenti che rilevano solo sul piano del lecito materiale, senza innovare il mondo del diritto”.

*forma oggetto di un solo e generico diritto soggettivo*⁹.

Secondo altra dottrina¹⁰, la libertà è un concetto che deve confrontarsi con il resto delle posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, nel quale vive in tutto il suo dinamismo, come frutto dell'esercizio di un potere del proprio titolare. In tal modo si individuano, all'interno dei diritti della persona, situazioni giuridiche attive e inattive¹¹. Tra le prime vanno annoverati, secondo questa prospettiva, i diritti di libertà, a loro volta distinti, in base al loro oggetto, in diritti che hanno come contenuto attività biomeccaniche (scrivere, parlare, riunirsi, ecc...), per il godimento dei quali occorre la mera capacità naturale, e diritti che hanno come contenuto attività giuridiche (sposarsi, esercitare attività d'impresa, ecc...), il cui esercizio è subordinato, in generale, all'acquisto della capacità di agire. Al contrario, le situazioni giuridiche inattive sono quelle di cui l'individuo è titolare senza mai doverle esercitare.

Nel tentare una sintesi tra le due posizioni dottrinali appare significativo quanto da alcuni¹² sostenuto, secondo cui è pur ammissibile una ricostruzione della libertà come potere, ma solo a patto di escludere da tale nozione i comportamenti in grado di incidere sul possibile giuridico (cd. poteri in senso stretto)¹³, includendovi solo le facoltà di fatto¹⁴ e i comportamenti giuridicamente leciti. Peraltro, i sostenitori della

⁹ Sul punto, è interessante quanto sostenuto da A. Baldassarre, C. Mezzanotte, "Introduzione alla Costituzione", Laterza, Roma, 1995, 68 – 69. Gli Autori, pur riconoscendo la necessità di trattare e disciplinare, per ragioni di precisione e chiarezza, analiticamente ogni singola libertà, evidenziano – quale principio di fondo – "indissolubilmente connesso con l'idea moderna della democrazia" – quello dell'indissolubilità della libertà. Tale principio fa sì che la lesione di una delle libertà si riverbera come lesione anche sulle altre singolarmente considerate e sul sistema nel suo complesso.

¹⁰ Cfr., per tutti, A. Pace, "Libertà e diritti di libertà", in A. D'Atena (a cura di), "Studi in onore di Pierfrancesco Grossi", Giuffrè, Milano, 2012, consultabile in www.rivistaaic.it.

¹¹ Cfr. A. Pace, D. Piccione, "I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale", in S. Labriola (a cura di), "Valori e principi del regime repubblicano", Laterza, Bari, 2006, 44. Nello stesso senso, G. Jellinek, che ascrive i diritti pubblici soggettivi alle categorie del permesso e del potere: il permesso sarebbe legato alla "libertà naturale dell'individuo" (*naturalichen Freiheit des Individuums*); il potere, invece, aggiungerebbe un elemento ulteriore a tale libertà naturale.

¹² F.S. Marini, G. Guzzetta, *op. cit.*, 624.

¹³ *Ibidem*, dove i poteri in senso stretto (o poteri innovatori) sono definiti come quei "comportamenti produttivi di una modificazione giuridica".

¹⁴ Per "facoltà" si intendono quei "comportamenti materiali, che tendono a trasformare, nell'ambito di una situazione statica che non si vuole modificare, una realtà di fatto", secondo la definizione che ne

tesi secondo cui la libertà deve essere inquadrata come una pretesa di astensione, non negano che a tali situazioni giuridiche possa essere associato un potere (in senso stretto), che abbia lo stesso contenuto della libertà, e che formi con essa una fattispecie unitaria, sebbene rimangano concettualmente distinti.

Una diversa ricostruzione del concetto di libertà¹⁵ si propone di superare la dicotomia pretesa/potere, per introdurre una nozione, direi, assiologica di libertà, quale *tensione*¹⁶ verso un determinato obiettivo, a prescindere dalle modalità con cui si manifesta (potere o pretesa) o dal diverso contenuto materiale che può assumere: “la libertà è sia indipendenza, sia autodeterminazione” – formula, quest’ultima, che ben compendia assieme gli aspetti negativi e positivi collegati al diritto di libertà. Inoltre, si nota come le “potenzialità della tensione” non possono esaurirsi nei contenuti, nei modi o per i fini che il diritto positivo, anche di rango costituzionale, ha fissato, in quanto la libertà, prima di formare oggetto di diritti soggettivi (cioè i diritti di libertà), costituisce un valore, come tale inesauribile.

In quest’ottica si pone l’accento sull’esigenza che, al di là del riconoscimento formale della libertà, essa sia resa effettiva dall’ordinamento: onde si impone una lettura sistematica degli articoli 2 e 3, comma 2, secondo i quali, una volta riconosciuti dalla Repubblica i diritti inviolabili dell’Uomo, essa si assume il compito di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono l’effettivo godimento; diritti che – si precisa – sono funzionali al pieno sviluppo della personalità umana.

Va, infine, trattata la questione dell’efficacia interprivata (anche detta, orizzontale) dei diritti di libertà. Il definitivo abbandono della tesi secondo cui essi siano da

danno P. Barile, E. Cheli, S. Grassi “Istituzioni di diritto pubblico”, CEDAM, Padova, 2011, 30. Sul punto, coglie nel segno la critica proposta da M. Esposito, “Profili costituzionali dell’autonomia privata”, CEDAM, Padova, 2003, 196 ss., alla ricostruzione della libertà in termini di *facultas agendi*, ovvero “facoltà di comportamento protetta dal diritto”. L’Autore, aderendo alle tesi di H. Kelsen, sostiene che la libertà, così intesa, altro non è che assenza di dovere, posto che gli unici “atteggiamenti normativi” logicamente necessari sarebbero il dovere e il potere.

¹⁵ Sostenuta da F. Modugno (a cura di), “Diritto pubblico”, Giappichelli, Torino, 2012, 558.

¹⁶ A. D’Atena, “Lezioni di diritto costituzionale”, Giappichelli, Torino, 2012, 21, concorda col fatto che i valori, in genere, si presentano come entità dinamiche connotate teleologicamente da una tensione alla realizzazione; ma soprattutto F. Modugno, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, Giappichelli, Torino, 1995, 7.

qualificare come diritti pubblici soggettivi¹⁷, porta ad affermare la rilevanza delle libertà costituzionali anche nei rapporti fra privati¹⁸. Tuttavia, in dottrina si registra la divisione fra chi sostiene che l'efficacia anzidetta si produca immediatamente per effetto della norma costituzionale (cd. *unmittelbare Drittwirkung*), e chi, al contrario, ritiene a tal fine necessaria un'interposizione del legislatore (cd. *mittelbare Drittwirkung*)¹⁹. La tesi dell'efficacia diretta sembra da preferire²⁰ in quanto, da un lato, non esiste differenza di struttura tra i diritti previsti dalla Costituzione e quelli previsti dalla legge ordinaria, onde non si comprenderebbe il motivo di negare l'efficacia orizzontale anche ai diritti costituzionali; e, dall'altro lato, nella nostra Carta, l'art. 2 impone la garanzia dei diritti inviolabili (tra cui quelli di libertà) anche all'interno delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'individuo e, al contempo, richiede ai privati l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, da cui discende l'estensione della garanzia prevista nei confronti dello Stato.

3. I DIRITTI DI LIBERTA' TRA GIUSNATURALISMO E GIUSPOSITIVISMO.

Se si analizza il fondamento dei diritti di libertà, esso si riviene in una pluralità di fonti di provenienza e rango diverso. La nostra epoca, non a caso definita da L. Bobbio "l'età dei diritti", è caratterizzata dall'emergere di sempre nuove esigenze sociali, le quali, a seguito del riconoscimento da parte dell'ordinamento (*rectius*: degli ordinamenti), assumono consistenza di diritto²¹.

¹⁷ La teoria dei diritti pubblici soggettivi concepisce le libertà individuali come una "concessione" fatta dal potere pubblico all'individuo, prodotte dall'attività di autolimitazione dello Stato, e, pertanto, opponibili solo a quest'ultimo.

¹⁸ La tesi è ormai ampiamente dominante in dottrina: v. *ex multis*, A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *op. cit.*, 1995, 1.

¹⁹ E. Navarretta, "Diritti inviolabili e responsabilità civile", *Annali*, VIII, 2014, par. 9.

²⁰ Cfr. A. Pace, D. Piccione, *op. cit.*, 50 – 51.

²¹ In letteratura è ormai consolidata la consapevolezza dell'esistenza di un sistema di tutela multilivello dei diritti costituzionali, che appresta garanzie sia sostanziali che processuali. Si veda ad esempio il sistema CEDU, o quello dell'UE (ivi inclusa la Carta di Nizza), nonché le varie ed eterogenee convenzioni internazionali (sul punto, per ciò che attiene più specificamente al tema della riservatezza e della protezione dei dati personali v. *infra*). In dottrina cfr., per tutti, A. Pace, D. Piccione, *op. cit.*, 51 ss;

La prima questione da porsi è se i diritti inviolabili dell'Uomo (ivi inclusi certamente i diritti di libertà) preesistano allo Stato o se da questo provengano e traggano legittimazione. In via preliminare va immediatamente notato che, tra i possibili oggetti della conoscenza giuridica, al massimo grado di astrazione si pongono i valori²², i quali di per sé non esprimono un dover essere giuridico; ad un grado inferiore si pongono i principi generali, intesi come principi non scritti ma ricavabili da altre norme, connotati da un'eccedenza di contenuto deontologico, la quale gli consente di assolvere alla loro funzione propria, cioè colmare le lacune dell'ordinamento; di seguito, i principi di seconda generazione, cioè principi scritti, a contenuto precettivo (come, del resto, anche i principi generali); infine vi sono le norme, ovvero enunciati precettivi, connotati da precisione e determinatezza²³, in grado di tradurre e specificare i principi stessi.

La tesi della preesistenza dei diritti fondamentali, di matrice spiccatamente giusnaturalista, pretende – e per questo si espone alle critiche dei suoi detrattori – di considerare “naturalmente giusto” un determinato asset di valori, arbitrariamente ed irrazionalmente posto, dove ogni valore vivrebbe libero di esplicitarsi in tutta la sua pienezza, senza scontrarsi con altri parimenti rilevanti. Si ignora quindi che i valori siano entità tiranniche²⁴, ciascuna pericolosamente idonea a prevalere sulle altre, con esiti paradossali ed imprevedibili. Non si comprende, poi, come un tale ordinamento, universalmente valido ed immanente, preordinato e superiore rispetto ai singoli ordinamenti statali, necessiti, per essere efficace, dell'intermediazione di norme positive che lo rendano coercibile. Né risulta possibile, al di là delle affermazioni di principio, stabilire quale o quali organi, statali o sovra-statali, siano chiamati a tradurre in norme positive le prescrizioni immanenti del diritto naturale²⁵.

M. Patrono, “I diritti dell'uomo nel paese d'Europa”, CEDAM, Padova, 2000, 3 ss.

²² Sul punto si aderisce a quanto sostenuto da A. D'Atena, *op. cit.*, 15 ss.; *contra*, G. Pino, “Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia”, in *Diritto e Società*, I, 2017, 97, secondo cui le norme possono essere alternativamente qualificate come “regole” o “principi”.

²³ Così G. Pino, *op. cit.*, 96.

²⁴ Secondo la nota definizione di C. Schmitt, “La tirannia dei valori”, in *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 6 ss, poi ripresa da G. Zagrebelsky, “Valori e diritti nei conflitti della politica”, consultabile in www.repubblica.it.

²⁵ Come rileva P. Grossi, *op. cit.*, 105, secondo cui *l'autentica precisazione ed identificazione delle libertà da considerare preesistenti ed intangibili per lo Stato e delle loro effettive dimensioni verrebbe, in*

Le conclusioni cui giunge la dottrina giusnaturalista appaiono invece tradire le sue stesse premesse: essa ricerca un diritto universalmente giusto, e pone le basi per il più ingiusto degli ordinamenti, ignorando quanto magistralmente messo in luce dalla scuola gius-positivista sulla trascendenza del concetto di giustizia e sull'impossibilità per l'Uomo di comprenderla²⁶.

Tuttavia, neppure appare possibile sostenere che la libertà sia esclusivamente concessa dal diritto positivo. Vero è, invece, che l'atto costituente effettua una precisa scelta di valori, ed estrae, tra i molti possibili, quelli che fonderanno l'ordinamento, sulla cui base potranno riconoscersi i diritti fondamentali. La scelta costituente – che è una scelta eminentemente politica, effettuata prima e al di fuori dell'ordinamento positivo – è caratterizzante a tal punto che il rapporto che si instaura tra potere costituito e libertà determina la forma di stato²⁷. Si badi: anche quando l'ordinamento positivo disconosca ogni forma di libertà, non può dirsi che essa non esista come libertà di mero fatto, non atteggiandosi come situazione giuridica tutelata, quanto piuttosto espletandosi in maniera casuale e contingente ai margini dell'ordinamento. Il problema non si pone in termini sensibilmente diversi nei casi in cui – come accade nella maggioranza delle costituzioni del secondo dopo-

definitiva, ad essere praticamente rimessa all'insindacabile discrezionalità del legislatore o, se questi – come nella Costituzione italiana – sia sottoposto a controllo, alle altrettanto sindacabili pronunce dei giudici [...].

²⁶ Cfr. H. Kelsen, "Lineamenti di dottrina pura del diritto", Einaudi, Torino, 2000, 58: *Se vi fosse una giustizia nel senso in cui si suole invocare la sua esistenza quando si vuole che prevalgano certi interessi di fronte ad altri, il diritto positivo sarebbe allora del tutto superfluo e la sua esistenza del tutto inconcepibile. Di fronte alla presenza d'un ordinamento sociale assolutamente buono risultante dalla natura o dalla religione o dalla divina volontà, l'attività del legislatore statale sarebbe l'insensato tentativo di illuminare artificialmente la splendente luce solare. [...] La giustizia è un ideale irrazionale. [...] essa non è però accessibile alla nostra coscienza.*

²⁷ Cfr., ancora, P. Grossi, *op. cit.*; A. Baldassarre, C. Mezzanotte, *op. cit.*, 1, secondo cui "[Se] in senso politico, per Costituzione si intende dunque la distribuzione del potere tra le varie parti di una società – o, in sintesi, la regolazione dei rapporti tra autorità e libertà"; *ivi*, 127, dove si afferma che "i principi in base ai quali si articola la rete delle autorità governanti sono solitamente definiti in due distinte direzioni: l'una, verticale, riguardante i rapporti fra le autorità governanti e i cittadini, che assume la denominazione di forma di stato; l'altra, orizzontale, relativa ai rapporti reciproci fra le distinte istituzioni costituenti l'autorità governante, che va sotto il nome di forma di governo"; v. anche F. Modugno, "Diritto pubblico generale", Laterza, Roma-Bari, 2002, 108, a mente del quale i diritti riferibili, in particolare, al principio della libertà-dignità sono, nel loro contenuto essenziale, imm modificabili in sede di revisione costituzionale "in quanto valori primari e principi supremi caratterizzanti la nostra forma di Stato".

guerra – la sovranità viene attribuita dalla Costituzione al popolo, il quale la esercita comunque all'interno dell'alveo di regole stabilite dal costituente. Si può affermare che la libertà esiste sempre come situazione di fatto, ma è necessario che essa viva all'interno dell'ordinamento per mezzo di norme che la riconoscano e la tutelino, e che, in altre parole, le diano consistenza di diritto, opponibile contro lo Stato stesso e contro gli altri consociati.

4. LE LIBERTÀ COSTITUZIONALI E IL PROBLEMA DEI “NUOVI DIRITTI”.

Volgendo la nostra attenzione alla struttura del nostro ordinamento giuridico, oggi possiamo notare – come già anticipato in apertura del paragrafo precedente – quello delle libertà è un tema che si pone come crocevia tra diversi ordinamenti, tra loro inestricabilmente connessi.

In un'ottica di ricostruzione sistematica, occorre analizzare in primo luogo il rapporto tra ordinamento nazionale e diritti di libertà. La Costituzione italiana del 1948 dedica ai “Diritti e doveri dei cittadini” la sua intera prima parte (articoli 13-54). La disciplina dei diritti è, poi, contenuta anche all'interno della sezione dedicata ai “Principi fondamentali” (articoli 1-12), nonché in talune disposizioni situate altrove all'interno della Carta²⁸. Per quel che qui più rileva, i diritti fondamentali di libertà sono disciplinati nel Titolo I “Rapporti civili” della Parte I. Quello contenuto negli articoli 13-28 risulta uno dei più completi e significativi cataloghi di diritti del mondo occidentale²⁹. Il tema dei diritti dell'uomo – ivi inclusi i diritti di libertà unitamente ai diritti sociali e ai “diritti delle comunità”, secondo la definizione che ne ha dato l'on. La Pira, poi ricompresi nei diritti sociali – e della necessità di una loro disciplina costituzionale risultava cruciale già a partire dai lavori

²⁸ Si pensi, ad esempio, al diritto – riconosciuto dall'art. 84 – di ogni cittadino che abbia compiuto 50 anni e goda dei diritti civili e politici di essere eletto Presidente della Repubblica

²⁹ Come rileva S. Mangiameli, “Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali”, consultabile in www.giurcost.org.

dell'Assemblea Costituente³⁰. Si ritenne che, in considerazione dell'esperienza fascista, non fosse sufficiente richiamare un generico rispetto da parte dello Stato dei diritti dell'uomo, ma piuttosto occorreva dare ad essi organica sistemazione.

Il perno su cui si fonda l'intero impianto costituzionale in materia di diritti umani è costituito dall'articolo 2 della Costituzione, il quale, disvelando un'impostazione giusnaturalistica³¹, afferma che la Repubblica non solo garantisce, bensì – quale momento logicamente antecedente – riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Personalità che, deve dirsi incidentalmente, non può non essere letta in relazione alla pari dignità sociale dei cittadini (*rectius*: individui), garantita dall'articolo 3 Cost.

Dalla lettura combinata delle due norme è possibile ricavare il principio supremo della libertà-dignità, da contrapporre al prerепubblicano principio della libertà-proprietà³². Esso si pone come limite, *inter alia*, all'iniziativa economica privata, la quale a guisa dell'art. 41, c.2 Cost. “non può svolgersi [...] in modo da recare danno alla libertà e la dignità umana”.

Il principio della “pari dignità sociale”³³, letto in riferimento al principio personalista espresso dall'art. 2 Cost., rileva sotto due distinti profili³⁴: da un lato, esso si pone come “criterio teleologico”, nel senso che il suo perseguimento diviene il fine ultimo degli stessi diritti fondamentali, e, al contempo, costituisce il canone ermeneutico per interpretare questi alla luce di quella (dignità); dall'altro, come “limite funzionalistico” dei diritti di libertà, nel senso che la compressione di questi ultimi

³⁰ L'interesse del costituente al tema risulta evidente dai lavori della prima sottocommissione, ed in particolare dalla relazione dell'on. Pira, e successivo dibattito, tenuta nella seduta del 9 settembre 1946

³¹ In senso contrario F. Modugno, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, *cit.*, 6, il quale sostiene che “la scelta dei Padri costituenti non fu di tipo giusnaturalistico ma precisamente nel senso della anteriorità dei diritti della persona (dignità umana) e delle comunità sociali (pluralismo sociale) nei confronti dello Stato, nonché del rapporto di condizionalità tra diritti inviolabili e forma di Stato democratico-pluralista.

³² F. Modugno, “Diritto pubblico”, *cit.*, 558; Id, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, *cit.*, 24, ove si afferma che quello della libertà-dignità “si manifesta come principio supremo dell'ordinamento”; Id, “Diritto pubblico generale”, *cit.*, 2002, 107 ss.

³³ Definito da Corte Cost., 24-26 marzo 1993, n. 109, “valore costituzionale primario” (par. 2.2 del considerato in diritto), in www.cortecostituzionale.it.

³⁴ Lo rileva G. Scaccia, “Dignità umana e giudice amministrativo”, in AA.VV., “Studi in onore di Aldo Loiodice”, Cacucci, Bari, 2012, 1092.

deve essere ammessa se necessaria ad assicurare il valore della dignità umana.

Inoltre, l'articolo 2 costituisce il fondamento del principio solidaristico, richiedendo agli stessi soggetti cui riconosce i diritti inviolabili l'adempimento di "doveri inderogabili" di solidarietà politica, economica e sociale. La solidarietà imposta dalla norma non è altro che lo sviluppo del principio di dignità, ed è espressione del "limite funzionalistico", "perché richiama il singolo al rispetto che egli deve agli altri e a se stesso in quanto persona, essere umano inserito in una comunità che chiama ciascuno e tutti a concorrere al bene comune"³⁵.

Parte della dottrina³⁶ considera il principio solidaristico appena esaminato come il mero fondamento di ogni altro dovere menzionato dalla Costituzione³⁷, sulla base della considerazione del fatto che è ogni dovere comporta l'imposizione di una prestazione personale o patrimoniale, e queste, in base all'art. 23 Cost., non possono essere imposte se non in base alla legge; mentre altra parte della dottrina – largamente minoritaria – vede in esso una norma a fattispecie aperta, idonea a dare automaticamente ingresso nella Carta fondamentale ad ogni "nuovo dovere" che dovesse emergere nella coscienza comune.

Negli stessi termini si discute se, in relazione ai diritti costituzionali, la prima parte dell'articolo 2 consista in una norma a fattispecie aperta o, al contrario, sia esclusivamente la matrice dei diritti (espressamente) qualificati come inviolabili.

La teoria che sostiene la natura meramente ricognitiva della norma³⁸ (sostenuta dai fautori del cd. "metodo giuspositivistico temperato"³⁹) conduce alla conseguenza che gli unici diritti inviolabili, che preesisterebbero allo Stato e che sarebbero coesenziali allo svolgimento della personalità umana, siano quelli della libertà personale, del domicilio, della comunicazione e della difesa; mentre le altre libertà

³⁵ *Ivi*, 1093.

³⁶ P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *op. cit.*, 440

³⁷ Nella specie, il dovere del lavoro (art. 4, c.2); obbligo di prestazioni patrimoniali e personali imposte dalla legge (art.23); doveri dei genitori nei confronti dei figli (art.30, c.1); dovere di sottoporsi ai trattamenti sanitari quando previsto dalla legge (art.32, c.2); dovere di istruzione (art.34, c.2); dovere di contribuire alle spese pubbliche (art. 53); dovere di voto (art.48, c.2); "sacro" dovere di difesa della patria (art.52,c.1); dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi (art. 54, c.1)

³⁸ *Ivi*, 437.

³⁹ Secondo l'espressione usata da A. Pace, D. Piccione, *op. cit.*, 41.

fondamentali (si pensi al diritto di riunione, della manifestazione del proprio pensiero, ecc...) non troverebbero pari tutela, potendo essere “violati” dal legislatore costituzionale, attraverso il procedimento di revisione previsto dall’art. 138 Cost. Una tale interpretazione non consente, poi, di cogliere il legame inscindibile tra il riconoscimento dei diritti inviolabili e l’impegno assunto, nell’art. 3, secondo comma, dalla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Viene instaurata infatti una relazione triangolare tra il riconoscimento dei diritti umani, la loro co-essenzialità rispetto allo sviluppo della persona umana, e la rimozione degli ostacoli che lo impediscono. Inoltre, come rileva autorevolissima dottrina⁴⁰, ciò che sembra non essere stato considerato dai sostenitori della lettura chiusa della norma è che i diritti inviolabili ivi sanciti, prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive, sono valori costituzionali, e in ciò si spiega la possibilità, che è anzi fisiologica, che essi entrino in reciproco contrasto, al punto da rendersi necessarie operazioni di bilanciamento e contemperamento da parte dell’interprete.

Una teoria diametralmente opposta⁴¹, definita da alcuni⁴² “avvincente, sebbene poco persuasiva”, “arbitraria e inutile”, sostiene invece che l’art. 2 costituisca una “clausola aperta”, in grado di elevare a rango di diritto costituzionale ogni situazione emergente di libertà. Ma anche un’impostazione del genere si espone a critiche, poiché sembra rinunciare alla ricerca di un vero e proprio appiglio costituzionale dei cd. “nuovi diritti” (ivi incluso il diritto alla riservatezza), ed anzi rischia di svuotare di contenuto la stessa enumerazione dei diritti fondamentali, oltre che essere potenzialmente in grado di minare la certezza del diritto⁴³.

Una terza opzione ermeneutica – la “terza via”, secondo Franco Modugno⁴⁴ – si è fatta strada partendo dalla individuazione dell’esatta nozione di “nuovo diritto”.

⁴⁰ F. Modugno, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, *cit.*, 3-4.

⁴¹ A. Barbera, C. Fusaro, “Corso di diritto pubblico”, Mulino, Bologna, 2012, 136 – 137.

⁴² P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *op. cit.*, *ivi*.

⁴³ Lo rileva A. Pace, D. Piccione, *op. cit.*, *ivi*.

⁴⁴ F. Modugno, *Diritto pubblico generale*, *cit.*, 112 ss.

Come ha affermato la giurisprudenza costituzionale⁴⁵, dall'art. 2 Cost. non è possibile desumere l'esistenza di altri diritti fondamentali inviolabili che non siano – quanto meno – “necessariamente conseguenti” a quelli previsti dalle altre norme costituzionali. Se ne può dedurre che gli unici “nuovi diritti” che troverebbero copertura costituzionale, in base al combinato disposto dell'art. 2 e delle norme costituzionali che disciplinano singoli diritti, sono quelli che possono essere ricondotti all'evoluzione di significato delle disposizioni costituzionali, attraverso un'interpretazione estensiva in chiave evolutiva. Affinché operi il riconoscimento è così necessario che il diritto in questione sia, da un lato, riconducibile in qualche modo ad un diritto enumerato e, dall'altro, che possa riferirsi al principio della libertà-dignità di cui sopra⁴⁶.

In quest'ordine di idee vi è chi ha sostenuto che il catalogo dei diritti inviolabili, da un lato, non è assolutamente impermeabile ad eventuali integrazioni, e, dall'altro lato, non è neanche completamente aperto, come suggerirebbe una lettura estensiva dell'art. 2 Cost.; piuttosto tale norma doterebbe i diritti fondamentali di un “capacità espansiva autopoietica, che si riproduce al proprio interno nel rispetto dei lineamenti e degli equilibri immanenti alla sua stessa connotazione assiologica”⁴⁷.

Alla questione da ultimo menzionata fa eco una disputa dottrinale che vede contrapposte una teoria monista dei diritti della personalità e una teoria pluralista.

I sostenitori della prima teoria ammettono l'esistenza di un unico diritto della personalità a contenuto indefinito e vario, il cui fondamento andrebbe ricercato nell'art. 2 Cost., del quale le singole norme che disciplinano i diritti costituirebbero una specificazione.

Per coloro che invece sposano la tesi pluralistica esisterebbero tanti diritti della personalità quanti consacrati in una norma giuridica, ed il sistema non può

⁴⁵ Corte Cost., 1 agosto 1979, n. 98, consultabile in www.cortecostituzionale.it, in riferimento al diritto all'identità sessuale

⁴⁶ E. Navarretta, *op. cit.*, specialmente par. 7, dove l'Autrice afferma che “I diritti inviolabili possono evolvere ma solo nei limiti di un'interpretazione guidata dalla similitudine con altri interessi già affermatasi o dalla comunanza sostanziale con i valori posti a fondamento della categoria, che in certo senso chiudono il sistema: la dignità umana e, in una proiezione relazionale e dinamica, il libero svolgimento della personalità.”

⁴⁷ *Ibidem*.

considerarsi del tutto aperto, ma solo nella misura in cui è possibile, attraverso operazioni ermeneutiche estensive, ricavare l'esistenza e il modo d'essere di un "nuovo diritto" dall'analogia con uno dei diritti disciplinati dall'ordinamento positivo.

5. LA COPERTURA COSTITUZIONALE DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA: L'ART. 2 COST.

Nella cornice delineata nel paragrafo precedente si inserisce a pieno titolo il diritto alla privacy⁴⁸, il quale si pone come connaturato al valore della dignità umana, garantendo, in primo luogo, quella sfera di intimità e riserbo, che è presupposto per lo svolgimento libero della personalità.

La norma cui più frequentemente si è fatto ricorso al fine di riconoscere a tale diritto⁴⁹ un fondamento costituzionale è stato proprio l'art. 2 Cost., in riferimento al quale si è dato conto, nel paragrafo precedente, delle posizioni assunte dalla letteratura giuridica con riguardo al problema dei "nuovi diritti". L'orientamento di cui si discorre è stato inaugurato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 990 del 20 aprile 1963, la quale, come espressamente affermato in motivazione, costituisce un *obiter dictum* rispetto alle precedenti posizioni su cui si erano attestati i giudici di legittimità⁵⁰. In tale decisione la Suprema Corte, dopo aver manifestato in premessa un netto rifiuto della teoria pluralistica dei diritti della personalità, sostiene l'esistenza di un "diritto assoluto alla personalità", nell'alveo del quale ricondurre la tutela della riservatezza, ancora sprovvista di una consistenza autonoma di diritto.

Successivamente ebbe modo di pronunciarsi anche la Corte Costituzionale in due importanti decisioni del 1973. Con la sentenza n. 34 del 4 aprile 1973, in materia di intercettazioni telefoniche, il giudice delle leggi riconobbe che nell'art. 15 Cost. –

⁴⁸ Si precisa che il termine "privacy" sarà utilizzato in questo e nel successivo paragrafo per intendere quel che si dirà essere, più precisamente, il concetto di riservatezza. La scissione concettuale tra riservatezza/privacy e protezione dei dati personali sarà affrontata nel prosieguo della trattazione.

⁴⁹ O, come lo definisce F. Modugno, "I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale", *cit.*, 20, "costellazione di diritti".

⁵⁰ A partire da Cass., 22 dicembre 1956, n. 4487.

norma che, in quell'occasione, costituiva il parametro del giudizio – trovano protezione due distinti interessi: da un lato, quello della libertà e la segretezza delle comunicazioni, e, dall'altro, quello connesso all'esigenza di prevenzione e repressione dei reati. La Corte, inoltre, ammise nella sentenza in commento, sebbene limitatamente all'ambito di operatività dell'art. 15 Cost., l'esistenza di un "diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche", espressione del più generale principio della libertà e segretezza delle comunicazioni "connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost.". Sul piano generale di grande rilievo fu, poi, la sentenza n. 38 del 5 aprile 1973, poiché in tale occasione la Consulta affermò che fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost. rientrano, oltre a quello del proprio decoro, del proprio onore, della propria rispettabilità, e reputazione, anche il diritto alla riservatezza e all'intimità.

Il riconoscimento del diritto alla riservatezza operato dalla Corte Costituzionale ha aperto la strada alla giurisprudenza successiva.

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 2129 del 27 maggio 1975, effettua un inquadramento sistematico del diritto in questione, di cui conviene dar conto. In via preliminare vengono fissate le possibili accezioni della riservatezza: a) come "diritto al riserbo della intimità domestica", collegato alla tutela del domicilio (concezione ristretta); b) come "riserbo della vita privata" o "privatezza" (concezione generica); c) come tutela del riserbo su vicende attinenti ad una "certa sfera della vita individuale e familiare" che si svolgono "in un domicilio ideale, non materialmente legato ai tradizionali rifugi della persona umana", quali il domicilio o la corrispondenza⁵¹.

Gli ermellini, quindi, dopo aver chiarito, nel tentativo di porsi in una linea di continuità con la propria precedente giurisprudenza, che il riferimento all'art. 2 Cost., presente nella sentenza 990/1963 – espressamente richiamata –, doveva

⁵¹ Sull'estensione della protezione della riservatezza anche ad ambiti della vita privata che esulano dalle forme tradizionali in cui essa si esplica, cui inizialmente era relegata la tutela: v. Corte EDU, *Klass et al. c. Repubblica Federale tedesca*, 6 novembre 1978, consultabile in www.coe.int, par. 48: "[...] the existence of some legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunications is, under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and/or for the prevention of disorder or crime".

intendersi nel senso che la riservatezza si pone come strumento coesistente alla tutela della personalità umana, riconoscono non solo la compatibilità del diritto in esame con il sistema costituzionale ma anche il suo fondamento in espresse previsioni della nostra Carta⁵², oltre che nella legislazione ordinaria⁵³ e nel diritto internazionale⁵⁴.

La giurisprudenza costituzionale, a partire dagli anni '90, ha consolidato l'orientamento cui si è dato conto e lo ha sviluppato ulteriormente.

Con sentenza n. 139 del 26 marzo 1990⁵⁵ il giudice delle leggi sembra delineare propriamente un “diritto alla riservatezza (propriamente, “*privacy*” nel lessico usato dalla Corte) dei dati personali”, allorché riconosce ai divieti – contenuti nell’art. 9 del d.lgs. 322 del 1989, in quell’occasione oggetto del giudizio – di divulgazione, pubblicazione e comunicazione dei dati a soggetti esterni al sistema statistico nazionale valore di principi a tutela della *privacy* individuale, diffusi – come rileva la sentenza –, “pressoché in forma analoga, in tutti gli ordinamenti giuridici delle nazioni più civili”. La violazione di tali divieti, attraverso l’esternazione in forma non anonima o comunque idonea a permettere di riferire del dato all’individuo, – mette in guardia la Corte – potrebbe esporre al pericolo “beni individuali strettamente connessi al godimento di libertà costituzionali e, addirittura, di diritti inviolabili”.

Nella sentenza n. 366 del 23 luglio 1991⁵⁶, relativa alla libertà e alla segretezza della corrispondenza, la Corte Costituzionale ha affermato che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche, nel senso di cui alla sentenza 34/1973, risulta “doppiamente” inviolabile: da un lato, poiché, in forza dell’art. 2 Cost., il suo

⁵² Articoli 3; 13; 14; 27; 29; 41, c. 2. Nonostante l’indicazione delle fonti costituzionali non sia adeguatamente motivata nella sentenza – e per certi versi può non essere condivisa – è di rilievo lo sforzo della Cassazione di riconoscere, anche attraverso interpretazione ardite, la più ampia copertura costituzionale del diritto alla riservatezza.

⁵³ Tra gli altri, art. 19 r.d.l. 27 maggio 1929, n. 1285; artt. 140 e 185 r.d.l. 9 luglio 1939, n. 1238; art. 93 legge 6331/1941; art. 7 legge 98/1974.

⁵⁴ Dichiarazione universale sui diritti dell’uomo; Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; CEDU, art. 8.

⁵⁵ Pubblicata in *Foro it.*, 1990, I, 2410

⁵⁶ *Ivi*, 1992, I, 3257.

contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, inglobando un valore della personalità fondante il sistema voluto dal costituente⁵⁷; dall'altro, poiché, in forza dell'art. 15 Cost., esso non può subire limitazioni se non nel perseguimento dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, e con le garanzie fissate nello stesso articolo (riserva di legge e riserva di giurisdizione).

Ancora sul medesimo tema, la Consulta, con la sentenza n. 81 dell'11 marzo del 1993⁵⁸, ha avuto modo di precisare che la protezione della sfera privata apprestata dall'art. 15 Cost. è tale solo ove ad essa sia riconducibile “un valore espressivo e identificativo della personalità umana”, protetto dall'art. 2 Cost.

In una vicenda relativa all'obbligatorietà dei trattamenti sanitari (nella specie, analisi diagnostiche per accertare la presenza del virus dell'HIV) degli esercenti professioni sanitarie, la Corte Costituzionale, ravvisata la necessità di contemperare il diritto alla salute del soggetto obbligato con l'analogo diritto dei terzi (es. pazienti) che con esso vengono in contatto, presuppone che sia fatta salva la dignità umana – principio, com'è noto, ricavabile dall'art. 2 Cost. – di cui fa parte, secondo il giudice delle leggi, anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute.

Da ultimo la Consulta, nella sentenza n. 173 del 19 giugno 2009⁵⁹ ha proceduto ad operare una distinzione fra il diritto alla riservatezza delle comunicazioni, oggetto della tutela di cui agli articoli 2 e 15 Cost., e il più generale diritto alla riservatezza⁶⁰, da intendersi nel senso di rispetto della vita privata e familiare, espressamente qualificato come diritto fondamentale della persona. Nella decisione in commento viene tralasciata la questione circa il fondamento costituzionale del diritto da ultimo menzionato. Nel silenzio della Corte, sembra potersi argomentare⁶¹ che, costituendo evidentemente il diritto alla riservatezza delle comunicazioni una *species* del più

⁵⁷ In questi termini si esprime la stessa sentenza in commento nel punto 3 del considerato in diritto.

⁵⁸ *Ivi.*, 1993, I, 2132.

⁵⁹ Pubblicata in *Foro it.*, 2010, I, 1737.

⁶⁰ S. Scagliarini, “La riservatezza e i suoi limiti”, Aracne, Roma, 2013, 107, nel distinguere le due fattispecie, sostiene che alla base dell'art. 15 Cost. ci sono esigenze di tutela più pressanti che giustificano garanzie specifiche e maggiori.

⁶¹ Come pure ha fatto *ivi*, 89.

generale ed omonimo diritto, ed avendo la Consulta accertato che esso trovi il proprio fondamento negli articoli 2 e 15 Cost., il diritto alla riservatezza *tout court* debba comunque essere ricondotto all'interno dell'art. 2 Cost.

È, comunque, di rilievo il fatto che i costituenti abbiano inteso inserire nella Carta fondamentale una manifestazione particolare del diritto alla riservatezza, con ciò dimostrando e permettendo di ricavare (almeno) un *favor* costituzionale per la tutela di questa posizione giuridica.

In dottrina, l'orientamento dominante è nel senso di rinvenire, esattamente come ha fatto la giurisprudenza, la copertura costituzionale nel principio della libertà-dignità che emerge – come si accennava nel precedente paragrafo – dalla lettura combinata degli articoli 2 e 3 Cost.⁶². Tra coloro che condividono quest'opzione ermeneutica, si è già detto, vi è chi ritiene l'art. 2 una “clausola aperta” *tout court*⁶³ e chi abbraccia una tesi intermedia⁶⁴, secondo cui la citata norma non costituirebbe propriamente il fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza, bensì il meccanismo con cui ampliare il catalogo dei diritti già previsti dalla Costituzione attraverso un'interpretazione che privilegi il valore della personalità umana sotteso⁶⁵.

5.1. Segue: ALTRE RICOSTRUZIONI.

I tentativi della dottrina e della giurisprudenza di rintracciare il fondamento costituzionale del diritto *de quo* si sono attestati, specie in passato, anche su differenti posizioni.

⁶² Anche P. Barile, E. Cheli, S. Grassi, *op.cit.*, 439, nel rifiutare la teoria dell'art. 2 Cost. come clausola aperta, si esprimono, sebbene in forma timidamente dubitativa, nel senso che il diritto alla riservatezza “nasca” dagli articoli 2 e 3 Cost.. Gli Autori, tuttavia, sembrano, in altre parti dell'opera, pervenire a conclusioni difformi: v., *ivi*, 475 – 476 dove si afferma che sarebbe costante orientamento della Corte Costituzionale rinvenire negli artt. 3, 14 e 15 Cost. “il fondamento costituzionale delle leggi dirette a tutelare la riservatezza come diritto autonomo rispetto agli altri diritti”.

⁶³ In tal senso A. Barbera, C. Fusaro, *op. cit.*, loc. cit.

⁶⁴ Tra cui F. Modugno, “I diritti del consumatore”: una nuova generazione di diritti?”, in AA. VV. (a cura di), “Scritti in onore di Michele Scudiero”, ESI, Napoli, 2008, 1379 ss.; A. Cerri, “Istituzioni di diritto pubblico”, Giuffrè, Milano, 2009, 457 ss.; A. Pizzorusso, “Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana”, in *Prassi e teoria*, 1976, 35.

⁶⁵ In questo senso P. Ridola, “Diritti fondamentali. Un'introduzione”, Giappichelli, Torino, 2006, 175.

Inizialmente si era proposto di configurare la riservatezza come un limite implicito alla libertà di manifestazione del proprio pensiero – specialmente nella forma del diritto di cronaca – consacrata nell’art. 21 Cost, al pari – del resto – dell’onore, concetto cui i primi interpreti erano soliti inquadrare la stessa riservatezza.

Posto che tale norma, sebbene determini l’esistenza di una situazione di conflitto fra interessi costituzionali (nella specie, diritto di informare/essere informati e rispetto della vita privata), non impedisce al riconoscimento del diritto alla *privacy*, è stato, dunque, effettuato un ulteriore passaggio argomentativo nel ritenere l’art. 21 Cost. la fonte di tutela non solo del diritto a manifestare il proprio pensiero, ma anche del diritto di impedire che esso sia divulgato contro la volontà del suo autore (cd. diritto di tacere), e quindi, in estrema analisi, di mantenere riservati i contenuti che un soggetto non desidera esternare. Sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 12 del 27 gennaio 1972, relativa alla legittimità costituzionale di forme di controllo preventivo da parte del questore⁶⁶ sulle collette o questue religiose al di fuori dei luoghi di culto, la quale ha osservato come tali pratiche potrebbero essere astrattamente idonee a pregiudicare, attraverso molestie e coercizioni, “il diritto a non rivelare le proprie convinzioni”.

In questa accezione è possibile anche desumere dall’art. 21 l’esistenza di un vero e proprio diritto (di libertà) alla coscienza, inteso come “diritto della persona a non essere costretta a manifestarsi per quel che non è”⁶⁷, il quale esalterebbe il profilo legato alla riservatezza.

A questa ricostruzione è stato opposto un argomento *a contrario*⁶⁸. Sostenere, infatti, che una norma, come l’art. 21 Cost., evidentemente strutturata in termini positivi⁶⁹, ammetta anche una lettura speculare, in termini di pretesa negativa, condurrebbe alla conclusione secondo cui, similmente, le altre norme costituzionali che presentano analoghe formulazioni possano essere interpretate allo stesso modo: così, ad

⁶⁶ Previste dall’art. 156 T.U. delle leggi sulla pubblica sicurezza e relative norme di attuazione.

⁶⁷ F. Modugno, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, *cit.*, 26.

⁶⁸ Lo riporta S. Scagliarini, *op. cit.*, 94, il quale, a sua volta, cita A. Pizzorusso, “Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana”, *cit.*

⁶⁹ Recita il primo comma dell’art. 21 Cost.: “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione”.

esempio, l'art. 32 Cost. fonderebbe il diritto a rifiutare le cure, o l'art. 42 Cost. quello a non possedere beni. Coloro che propugnano questa obiezione, peraltro, ritengono che, quand'anche da tali norme possa desumersi implicitamente un profilo negativo, la tutela riservata dalla Costituzione allo stesso sarebbe comunque inferiore per intensità rispetto a quella propria dell'aspetto positivo: così, ad esempio, il "diritto di non manifestare il proprio pensiero" non ricomprenderebbe qualsiasi opinione o notizia, data l'ampiezza che la norma costituzionale attribuisce – stavolta esplicitamente – al contrapposto diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero.

La critica, agli occhi di chi scrive, sembra, in realtà, superabile. La circostanza che si possa desumere per induzione (anche) un diritto a contenuto negativo da una norma formulata in termini positivi non deve destare sorpresa, anzi ciò è connaturato all'esigenza di ricondurre le libertà, "entità tiranniche", ad un quadro di equilibrio e contemperamento cui l'ordinamento costituzionale per sua natura tende, la quale esigenza nasce, del resto, per rendere effettivo il principio della libertà-dignità.

Altra dottrina ha tentato di risalire al fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza valorizzando le potenzialità offerte dell'art. 13 Cost. La norma, com'è noto, garantisce la libertà personale – definita espressamente "inviolabile" – apprestando gli istituti volti a presidiarla (riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione, cui si aggiunge la ricorribilità in Cassazione, prevista dall'art. 111, c. 7, Cost., e davanti al cd. Tribunale del riesame⁷⁰). L'interpretazione tradizionale dell'art. 13 Cost. ritiene che esso riproduca nella nostra Carta fondamentale il principio liberale dell'*habeas corpus*, il quale costituisce la prima forma di libertà riconosciuta a partire dai testi costituzionali di fine 1700, come tale intendendosi, inizialmente, "il diritto di disporre liberamente della propria persona senza coercizioni fisiche compiute in assenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria⁷¹",

⁷⁰ Cfr. legge 12 agosto 1982, n. 532 e art. 309 cod. proc. pen.

⁷¹ Cfr. F. Modugno, "Diritto pubblico", *cit.*, 584; v. pure Cass., 12 febbraio 1980, in *Riv. pen.*, 1980, 883, la quale limita, ai fini della proponibilità del ricorso in Cassazione, la nozione di libertà personale ad un'accezione prettamente fisica.

successivamente esteso in via pretoria anche alla libertà morale⁷² (diritto all'autodeterminazione). Quest'ultimo profilo si sostiene idoneo a sorreggere il diritto (costituzionale) alla riservatezza, posto che le illecite intrusioni nella sfera personale e privata rappresentano una forma di coartazione morale.

In letteratura si segnala anche un approccio⁷³ che, alla luce del principio personalistico espresso dall'art. 2 Cost. e sul solco tracciato dalla giurisprudenza, intende la libertà personale, consacrata nell'art. 13 Cost., come "libertà psicofisica" (cd. *habeas mentem*), potenzialmente in grado di ergersi a "diritto fondamentale della persona" nel quale far confluire sia gli altri diritti sanciti dalla Costituzione, sia tutti i "nuovi diritti"⁷⁴, ivi incluso il diritto alla riservatezza e il diritto alla protezione dei dati personali – ritenuti distinti nell'ambito di tale ricostruzione⁷⁵ –, con l'ulteriore conseguenza che la copertura costituzionale di quest'ultimo fonderebbe il cd. principio dell'*habeas data*.

La dottrina ha, peraltro, evidenziato un collegamento "necessario e indefettibile"⁷⁶ fra la tutela della libertà personale e libertà di domicilio, garantita dall'art. 14 Cost. Ciò pare evidenziato dalla collocazione dei diritti contro il domicilio fra i diritti contro la libertà individuale⁷⁷ e l'individuazione della "intimità delle vicende personali"⁷⁸ come bene giuridico protetto da tali norme. La nozione stessa di domicilio – per quel che più rileva ai nostri fini – è stata oggetto di interpretazione

⁷² Cfr. Corte Cost., 27 marzo 1962, n. 30; 18 marzo 1986, n. 54, entrambe consultabili in www.cortecostituzionale.it. La seconda delle pronunce citate riveste particolare importanza in quanto sancisce l'invulnerabilità "del diritto alla invulnerabilità della psiche", evidenziando, nel fissare i limiti dei mezzi processuali istruttori, i tre profili che compongono la libertà morale: a) integrità (quale garanzia per la vita e l'incolumità dell'individuo); b) identità-dignità; c) intimità.

⁷³ F. Modugno, *ibidem*; Id, "I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale", *cit.*, 19-20.

⁷⁴ Id, "I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale", *cit.*, 13 ss.; "Diritto pubblico", *cit.*, 584: l'Autore riferisce la possibilità di catalogare i diritti che si rifarebbero al "diritto fondamentale della persona" in tre categorie: diritti di identità personale (nome, immagine, identità e libertà sessuale); diritti all'integrità psicofisica della persona; e diritti all'interiorità e della coscienza (onore, reputazione, decoro, rispettabilità, riservatezza e intimità, nonché il diritto alla protezione dei dati personali).

⁷⁵ V. nota 116.

⁷⁶ Così P. Barile, E. Cheli, "Domicilio (libertà di)", in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964.

⁷⁷ Lo rileva P. Patrono, "Privacy e vita privata", *ivi*, XXXV, 1986.

⁷⁸ G. Amato, "Art. 13-20: Rapporti civili", in G. Branca (a cura di), "Commentario alla Costituzione", Zanichelli, Bologna, 1977.

estensiva, al punto di ritenerlo come “proiezione spaziale della persona”⁷⁹. Così il concetto in esame è andato a coincidere con il luogo dove si svolge la vita privata e l’intimità di un individuo, e taluni studiosi hanno ritenuto che da ciò si sarebbe potuto risalire al fondamento costituzionale del diritto alla riservatezza⁸⁰.

La nostra indagine potrebbe svolgersi anche per altri sentieri. Infatti, in seguito alla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 (cd. Riforma del Titolo V), l’art. 117 Cost. presenta, al primo comma, una formulazione tale da introdurre nell’ordinamento italiano un vincolo per il legislatore – statale o regionale – di rispetto del diritto comunitario (peraltro, sotto la vigenza del testo precedente, già desumibile dall’art. 11 Cost.) e degli obblighi derivanti dal diritto internazionale (da intendersi, pattizio, posto che le norme internazionali consuetudinarie sono automaticamente immesse nel nostro ordinamento in forza del meccanismo previsto dall’art. 10 Cost.). Non può dunque negarsi che, essendo il diritto alla riservatezza espressamente sancito e protetto – come si è visto trattando della parabola storica dello stesso – sia da strumenti di diritto comunitario (es. Carta di Nizza), sia da patti internazionali (es. CEDU) vincolanti per l’Italia, la sua copertura costituzionale possa essere rintracciata nello stesso art. 117, c. 1, Cost.

L’eterogeneità delle teorie proposte dagli interpreti pare dimostrare la tesi di taluni⁸¹, i quali sostengono che, nell’ordinamento italiano, caratterizzato – a differenza di quello statunitense – dalla presenza di un catalogo costituzionale completo e ricco dei diritti di libertà, non sarebbe necessario delineare un generale diritto alla riservatezza, ma piuttosto si dovrebbe ricercare un “vincolo alla riservatezza”,

⁷⁹ Secondo la definizione che ne danno P. Barile, E. Cheli, *op. ult. cit.*

⁸⁰ Cfr. anche P. Pardolesi, C. Baldassarre, “L’informazione a ogni costo: tecniche invasive e violazione della privacy” (nota a Cass., 22 luglio 2014, n. 16647), in *Foro it.*, 2015, I, 1031, per i quali “l’art. 14 Cost. tutela il domicilio sotto due distinti aspetti: come diritto di ammettere o escludere altre persone da determinati luoghi, in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo; e come diritto alla riservatezza su quanto si compie nei medesimi luoghi. Nel caso delle riprese visive, il limite costituzionale del rispetto dell’inviolabilità del domicilio viene in rilievo precipuamente sotto il secondo aspetto: ossia non tanto — o non solo — come difesa rispetto ad un’invasione di tipo fisico, quanto piuttosto come presidio di un’intangibile sfera di riservatezza, che può essere lesa — attraverso l’uso di strumenti tecnici — anche senza la necessità di un’intrusione fisica”. Più avanti nella nota gli Autori aggiungono che “l’esigenza di riservatezza” viene garantita, oltre che dal citato articolo 14, anche dall’art. 2 Cost. “quale espressione della personalità dell’individuo”.

⁸¹ F. Modugno, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, *cit.*, 21.

desumibile dall'art. 3, c. 2, Cost., inserito nelle singole disposizioni della Carta sui diritti *de quibus*, e diretto sia nei confronti dello Stato, sia nei confronti degli altri consociati nell'esercizio di altre libertà. Da ciò i sostenitori di questa ricostruzione fanno discendere un'ulteriore considerazione, cioè che la riservatezza sia al contempo un diritto e “un valore costituzionale che va protetto ogni volta che i dati o le notizie concernenti i singoli sono raccolti da poteri pubblici o privati”⁸²

6. I DIRITTI NELLA SOCIETÀ DELL'INFORMAZIONE.

Accedendo alla tradizionale tesi liberale, uno dei tratti caratterizzanti dei diritti umani e delle libertà è la loro storicità: si affermano in un momento determinato storico, come prodotto culturale della dottrina filosofica (tesi dell'artificialità), e vivono adeguandosi alla società⁸³. Tale ricostruzione è confermata dalla suddivisione, operata da L. Bobbio, dei diritti umani in generazioni: operazione chiaramente impossibile se non gli si riconoscesse il carattere della storicità.

La prima generazione comprende i diritti e le libertà individuali (di matrice liberale e illuministica); la seconda comprende i diritti e le libertà sociali; la terza, invece, i diritti che non possono essere ricondotti all'individuo o ad un gruppo determinato di individui, bensì alla collettività intesa nel suo complesso (ad es. il diritto all'ambiente); la quarta generazione, più recente, ricomprende i diritti e le libertà emersi per via dello sviluppo dell'informatica e delle telecomunicazioni⁸⁴.

Il progresso della tecnica e i costanti mutamenti sociali che interessano il nostro tempo hanno dunque fatto emergere nuove forme di diritti (o nuovi aspetti di quelli

⁸² *Ivi*, 24.

⁸³ Alla stessa conclusione perviene P. Chiassoni, “Diritti umani, avvocatura, filosofia: A Strategic Golden Braid”, in *Giur. It.*, 2010, 10, 2220.

⁸⁴ Senza soffermarvisi troppo – non essendo il presente scritto incentrato sul tema, pur interessante – si aggiunga che in relazione a ciascuna “generazione” di diritti è differenziato il comportamento che lo Stato (*rectius*: il potere pubblico in generale) deve tenere: per i diritti della prima generazione allo Stato è richiesto un contegno passivo, consistente nel non ostacolare il godimento; per quelli della seconda generazione lo Stato dovrebbe attivarsi al fine di agevolarne il godimento, rimuovendo gli ostacoli che lo impediscono; i diritti della terza e della quarta generazione si caratterizzano per il fatto che la promozione delle condizioni per la loro effettività è affidata tanto al potere pubblico, quanto agli stessi individui costituiti in associazioni.

esistenti⁸⁵) e, conseguentemente, nuove esigenze di tutela⁸⁶. L'affermarsi della cd. "società dell'informazione" (che in definitiva si fonda sull'interscambio di masse di dati) comporta, altresì, un allargamento della platea di soggetti chiamati a dare risposta a tali esigenze: al tradizionale intervento statale (anche attraverso l'operato delle Autorità di controllo) si dovrebbe affiancare, completandolo sinergicamente, da un lato, l'azione delle istituzioni sovranazionali (regionali e universali), e con specifico riferimento al continente europeo, l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa⁸⁷; e dall'altro l'importante contributo che può essere apportato dalle associazioni professionali nazionali con l'elaborazione di codici deontologici⁸⁸.

⁸⁵ Per dirla con S. Scagliarini, *op. cit.*, 97

⁸⁶ Il riferimento non ha esclusivamente ad oggetto il diritto alla privacy, ma anche altri settori come quello della bioetica: lo dimostra la Dichiarazione Universale sulla bioetica e i diritti umani, approvata dall'UNESCO nel 2005 (dove, peraltro, emerge una certa preoccupazione legata alla protezione dei dati raccolti nel rapporto tra medico e paziente: art 9 della Dichiarazione).

⁸⁷ L'esigenza di un coordinamento normativo fra gli Stati al fine di armonizzare e uniformare di diritti esercitabili nel *cyberspazio* è avvertita anche da M. Migliazza, "Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza", Giuffrè, Milano, 2004.

⁸⁸ Cfr. art. 40, par. 2, GDPR, secondo cui "le associazioni e gli altri organismi rappresentanti le categorie di titolari del trattamento o responsabili del trattamento possono elaborare i codici di condotta [...]". Ai sensi dell'art. 40, par. 3 possono aderire a tali codici anche altri titolari del trattamento non appartenenti alla categoria che ha elaborato il codice, addirittura anche se gli aderenti non rientrano nel campo di applicazione del GDPR. I codici di condotta sono soggetti, ex art. 41, par. 1, ad un controllo di conformità (che l'art. 40, par. 4, definisce "obbligatorio") da parte di organismi accreditati presso il l'Autorità di controllo (*infra*, per brevità, "Garante") in possesso del livello adeguato di competenze. Sono espressamente fatti salvi, in ogni caso, i poteri del Garante al fine di sorvegliare e assicurare l'applicazione del GDPR (art. 57, par. 1, lett. a)). Inoltre, in Italia, l'art. 20, c.4, d.lgs. 101/2018, attuativo del GDPR ha stabilito che "entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Garante per la protezione dei dati personali verifica la conformità al Regolamento (UE) 2016/679 delle disposizioni di cui al comma 3 [cioè quelle contenute nei codici riportati negli allegati A.1, A.2, A.3, A.4 e A.6 del codice privacy, le quali comunque continuano a produrre i loro effetti fino alla verifica di conformità). Le disposizioni ritenute compatibili, ridenominate regole deontologiche, sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e, con decreto del Ministro della giustizia, sono successivamente riportate nell'allegato A del codice in materia di protezione dei dati personali". Il Garante ha dunque proceduto nei sensi della delega di cui sopra ed ha emanato quattro provvedimenti: Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica e Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica effettuati nell'ambito del Sistema Statistico nazionale (entrambe pubblicati in G.U. n. 11 del 14 gennaio 2019); Regole deontologiche relative al trattamento di dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica (pubblicato in G.U. n. 3 del 4 gennaio 2019); Regole deontologiche relative ai trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive o per fare valere o difendere un diritto in sede giudiziaria e Regole deontologiche per il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse o per scopi di ricerca storica (entrambe pubblicati in G.U. n. 12 del 15 gennaio 2019).

7. DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.

Uno dei diritti che pone maggiori sfide giuridiche nell'ambito della società dell'informazione è il diritto alla privacy. Quello di privacy è un concetto polimorfo ed a tratti controverso⁸⁹.

La dottrina statunitense fu la prima a coniare il termine "Right to Privacy"⁹⁰, con ciò intendendo il diritto ad essere lasciati soli (*the right to be let alone*). La dirompenza della teoria proposta dai giuristi bostoniani Warren e Brandeis – autori del saggio dove fu coniato il termine – risiede, da una parte, nell'aver essa enucleato un concetto di privacy autonomo rispetto alle teorie – all'epoca dominanti – che la ricostruivano come parte del diritto all'onore, alla reputazione o alla dignità; dall'altra parte, nel fatto che essa ripugna l'assunto teorico secondo cui la tutela apprestata all'individuo dall'ordinamento si limita agli aspetti materiali e utilitaristici della vita, sussumibili nella proprietà privata, tralasciando quelli interiori e spirituali. Come rilevano alcuni autori⁹¹, l'attenzione si spostò sulla natura dell' "essere" e non dell' "avere" dei diritti della personalità. Il diritto alla privacy, come descritto inizialmente dagli studiosi americani, coincideva propriamente con il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁹². Il diritto in questione, secondo questa interpretazione, acquisiva carattere negativo, risolvendosi in una pretesa del suo titolare che altri soggetti dell'ordinamento si astenessero dal turbarlo.

Questa tesi penetrò, alla fine della Seconda guerra mondiale, anche in Europa. La

⁸⁹Cfr. N. Dorsen et al., "Comparative constitutionalism: cases and materials", Minn: Thomson West, 2010, 527, secondo cui "*Privacy is somewhat controversial right that has been widely invoked in various forms cross constitutional traditions in a broad array of cases*"

⁹⁰ S. D. Warren; L. D. Brandeis, "Right to Privacy", Harvard Law Review, 1890, 4, 5, 193-220.

⁹¹ V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), "Il codice del trattamento dei dati personali", Giappichelli, Torino, 2007, 123.

⁹² Sebbene la Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza *Friedl c. Austria*, 31 gennaio 1995, non pubblicata, sembra accogliere una nozione più ampia di "rispetto alla vita privata e familiare" di cui all'art. 8 CEDU, ricomprendendovi, oltre la tutela del diritto di escludere il mondo esterno dalla cerchia di intimità nella quale si svolge la vita personale del soggetto, anche il diritto di quest'ultimo di determinare autonomamente lo sviluppo delle proprie relazioni col mondo esterno.

Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo (*infra*, per brevità, CEDU) del 1950, all'art. 8, sancisce il diritto di ciascuna persona "al rispetto della propria vita privata e familiare" (oltre che del proprio domicilio e della propria corrispondenza) con la precisazione che "non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui" (art. 8, par. 2, CEDU). Questa norma è ritenuta dalla Corte EDU applicabile sia nei rapporti fra Stato e cittadino (efficacia verticale)⁹³ che nei rapporti interprivati (efficacia orizzontale)⁹⁴. Va, peraltro, notato come il riconoscimento internazionale, sebbene a livello regionale, di tale diritto risulta una vera e propria conquista, dato che, come già rilevato in precedenza, nelle Costituzioni nazionali del tempo non comparivano formule di eguale ampiezza.

Tuttavia, il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare (riservatezza/privacy) non può coincidere concettualmente con il diritto alla protezione dei dati personali, sebbene esista una certa sovrapposibilità. Quest'ultimo infatti ha cominciato ad essere tradotto in legge circa due decenni dopo l'approvazione della CEDU, ed inizialmente solo in alcuni ordinamenti europei⁹⁵.

Il processo di autonomizzazione del diritto alla protezione dei dati personali, rispetto al più generale diritto alla riservatezza, era stato dunque avviato, sebbene si siano registrate, specie agli albori, alcune battute di arresto, segno di una non compiuta elaborazione teorica e concettuale del tema. Questo è dimostrato dalla "Dichiarazione dei diritti dell'uomo in relazione ai mezzi di comunicazioni di massa", approvata dall'Assemblea Consultiva del Consiglio d'Europa nel 1970, il cui articolo 1 definiva la "*privacy*" come il diritto a "vivere la propria vita con il

⁹³ Corte EDU, Guerra e al. c. Italia, 19 febbraio 1998.

⁹⁴ Corte EDU, XY c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985.

⁹⁵ Si vedano le leggi federali (1990) e regionali (Assia 1970) promulgate in Germania, la legge francese n. 17 del 1978 e l'art. 18, c. 4, Cost. spagnola, attuato però solo nel 1992 con la ley organica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, poi sostituita dalla Ley Organica 15/1999, con la quale in Spagna è stata recepita la Direttiva UE 46/95.

minimo di interferenza necessario”, precisando che esso “riguarda la vita privata e familiare; l’esistenza all’interno della propria dimora, l’integrità fisica e morale, l’onore e la reputazione, la tutela dall’essere messo in falsa luce; il diritto a vedere non rese pubbliche le informazioni non rilevanti o imbarazzanti; ad evitare la pubblicazione non autorizzata di fotografie private” e, da ultimo, il diritto “ad ottenere la protezione di informazioni date o ricevute confidenzialmente”: l’ultimo profilo – al contrario dei precedenti – coinvolge, più propriamente aspetti di diritto alla protezione dei dati personali, piuttosto che di riservatezza.

Di rilievo fu l’adozione, sempre in ambito CEDU, della Convenzione di Strasburgo del 1981⁹⁶, la quale, nonostante abbia ad oggetto i soli trattamenti automatizzati di dati personali, pone alcuni importanti principi (art. 5, rubricato “Qualità dei dati”), come quelli di liceità e correttezza del trattamento⁹⁷, determinatezza e legittimità dello scopo del trattamento⁹⁸, “minimizzazione” dei dati (adeguatezza, pertinenza e non eccessività rispetto allo scopo del trattamento)⁹⁹, esattezza dei dati¹⁰⁰, limitazione della conservazione al tempo necessario allo scopo del trattamento¹⁰¹, integrità e riservatezza dei dati¹⁰², poi divenuti punti cardine della successiva normativa comunitaria in materia, e da ultimo trasfusi senza sostanziali innovazioni nell’art. 5, par.1, lett. a) – f) del GDPR¹⁰³. Inoltre sono sanciti una serie di diritti

⁹⁶ Convenzione n. 108 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, adottata a Strasburgo il 28 gennaio 1981, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla Legge 21 febbraio 1989, n. 98. Tuttavia, benché fosse intervenuta la ratifica e l’ordine di esecuzione, in Italia la Convenzione non produsse gli effetti sperati, dal momento che rimase inattuata la previsione di cui all’art. 4 della stessa Convenzione, il quale imponeva agli Stati che avessero aderito di adottare nel proprio diritto interno, al più tardi entro la data di entrata in vigore della Convenzione, le misure necessarie per dare effetto ai principi fondamentali ivi stabiliti.

⁹⁷ Art. 5, c.1, lett. a) Convenzione 108/1981.

⁹⁸ *ivi*, lett. b)

⁹⁹ *ivi*, lett. c)

¹⁰⁰ *ivi*, lett. d)

¹⁰¹ *ivi*, lett. e)

¹⁰² Art. 7, Conv. 108/1981.

¹⁰³ Nel prosieguo della trattazione, l’espressione sostituisce, per brevità, “Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)”. Allo stesso modo si intende l’espressione “Regolamento”.

dell'interessato, ad es. diritti di accesso, di rettifica, di cancellazione, di ricorso¹⁰⁴, che parimenti sono ricompresi nel GDPR. L'importanza e il valore della Convenzione di Strasburgo risiedono però nel fatto che essa disciplina (in termini naturalmente di principio, come si addice ad un accordo internazionale) il momento dinamico del trattamento dei dati (e quindi, propriamente, la protezione dei dati personali), piuttosto che quello statico della tutela della riservatezza, da cui è possibile ricavare, pur nella loro contiguità logica, la scissione concettuale dei due fenomeni. La Convenzione di Strasburgo non è stata completamente superata dalla legislazione successiva, ed anzi ad essa hanno aderito recentemente anche Stati non membri del Consiglio d'Europa, precisamente Uruguay (2013), Senegal (2016), Messico (2016), Mauritius (2016), Tunisia (2017) e Capo Verde (2018).

Con circa 15 anni di ritardo anche l'Unione Europea, che si era dichiarata nel frattempo incompetente a ratificare l'adesione alla CEDU¹⁰⁵, nonostante tutti gli Stati che allora avevano sottoscritto la Convenzione fossero membri dell'Unione, si dotò di uno strumento normativo a tutela del diritto alla protezione dei dati personali. Benché l'obiettivo perseguito dall'UE, specialmente nel periodo immediatamente successivo alla sua istituzione, non fosse propriamente la tutela dei diritti fondamentali, bensì la creazione e il mantenimento di un mercato unico, cominciò ad emergere l'esigenza di fissare una disciplina uniforme di taluni diritti (oggetto delle diverse legislazioni nazionali), potenzialmente idonei ad entrare in contrasto con gli scopi dell'Unione.

Si giunse, dunque, all'emanazione della Direttiva 95/46/CE¹⁰⁶ (cd. Direttiva Madre).

¹⁰⁴ Tutti elencati nell'art. 8. Conv. 108/1981.

¹⁰⁵ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, parere 2/94 del 28 marzo del 1996, nel quale si argomenta circa l'assenza nei Trattati istitutivi della CE (oggi, UE) di norme che permettano agli organi della Comunità (oggi, Unione) di disporre l'integrazione dell'ordinamento comunitario con il sistema CEDU: poiché una tale operazione avrebbe determinato una modifica radicale del regime di tutela dei diritti dell'Uomo, essa sarebbe potuta essere portata a termine solo attraverso un'emendazione dei Trattati istitutivi, nel senso di attribuire alla CE i poteri necessari. La posizione è stata da ultimo ribadita, con motivazioni diverse, dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014.

¹⁰⁶ D'ora in avanti, per brevità, le espressioni "Direttiva 95/46/CE", o, semplicemente "Direttiva", sostituiscono "Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati".

L'obiettivo primario della Direttiva era quello di armonizzare le legislazioni nazionali in materia di protezione dei dati, onde evitare che gli Stati membri potessero opporsi alla libera circolazione degli stessi all'interno dell'Unione per ragioni inerenti alla tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche¹⁰⁷.

Occorre ora chiarire i rapporti tra la Direttiva e la normativa in materia riferibile al sistema CEDU (Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, da un lato, e, dall'altro, la Convenzione di Strasburgo). Il considerando 10 afferma che, avendo le norme nazionali sulla protezione dei dati personali come obiettivo la tutela del (fondamentale) "diritto alla vita privata", ed essendo quest'ultimo riconosciuto dall'art. 8 della CEDU (cui l'Unione non avrebbe però aderito), nonché dai principi generali del diritto comunitario, le disposizioni della Direttiva dovevano essere interpretate nel senso di apprestare il massimo grado di tutela. Il considerando 11 afferma, invece, i principi contenuti nella Direttiva precisano ed ampliano quelli contenuti nella Convenzione di Strasburgo. Sotto questo profilo si osserva immediatamente, come si evince già dal considerando 27 e, successivamente, dall'art. 3, che la Direttiva Madre si applica(va)¹⁰⁸ sia ai trattamenti automatizzati che ai trattamenti manuali dei dati, in modo da evitare rischi di elusione delle disposizioni.

L'UE aveva dunque forgiato, pionieristicamente, uno strumento in grado di porsi come standard generale in materia di protezione dei dati. Ciò non si evince solo dal campo di applicazione¹⁰⁹ (molto vasto), dal quale sono esclusi solo i trattamenti effettuati per l'esercizio di attività che rientrano nelle prerogative statuali (e come tali non sono di competenza dell'Unione) e o quelli effettuati da una persona fisica nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico (sulla

¹⁰⁷ Considerando 9 direttiva 95/46/CE.

¹⁰⁸ Essendo la stessa stata abrogata dall'art. 94 GDPR, a decorrere dalla data in cui il Regolamento comincia ad essere applicato, ovvero il 25 maggio 2018. Si segnala che il Regolamento, in forza del suo art. 99, scinde temporalmente i momenti dell'entrata in vigore (ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea) e della sua applicazione (a partire dal 25 maggio 2018). Questa particolarità aveva sollevato qualche dubbio interpretativo circa l'efficacia del Regolamento nel periodo che intercorreva tra la data di entrata in vigore e la data a partire dalla quale trovava applicazione.

¹⁰⁹ Art. 3 direttiva 95/46/CE.

presunzione assoluta che esse non mettano in pericolo le libertà degli interessati, o, probabilmente, sulla base del fatto che trattamenti del genere sono irrilevanti, e perciò non pongono problemi di bilanciamento a livello comunitario, per la creazione e il mantenimento del mercato unico); ma anche dal fatto che nella direttiva sono contenute le “Condizioni generali di liceità dei trattamenti dei dati personali” (Capo II), le quali comprendono, fra gli altri, oltre che i “principi relativi alla qualità dei dati” (art. 6), coincidenti sostanzialmente con quelli posti dall’art. 5 della Convenzione di Strasburgo, anche “i principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati” (art. 7), cioè le basi giuridiche su cui è possibile effettuare lecitamente un trattamento dati.

Tuttavia, sul piano teorico-dogmatico, che qui più ci interessa ai fini della distinzione tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali, non era stata ancora compiuta la scissione tra i due concetti: la Direttiva 95/46/CE, nel solco della CEDU, e nel tentativo pur apprezzabile di fornire tutela generalizzata agli individui interessati da un trattamento di dati personali, si muove sulla premessa, oggi non più sostenibile, secondo cui il diritto alla protezione dei dati personali non ha una sua propria autonomia concettuale, bensì è un fascio, un frammento del diritto alla riservatezza (cioè, al rispetto della vita privata e familiare), il quale, a sua volta, potrebbe essere fatto confluire nell’ancora più generale diritto all’autodeterminazione¹¹⁰.

Bisogna, però, osservare che nella Direttiva 95/46/CE erano già contenuti alcuni elementi che lasciavano intravedere un cambio di approccio del legislatore comunitario rispetto a questa tematica: ne è prova la previsione, all’art. 12 della stessa Direttiva, del diritto di accesso dell’interessato ai dati personali che lo riguardano, anche ai fini della rettifica, cancellazione o congelamento, nonché di

¹¹⁰ Diritto all’autodeterminazione che la consolidata giurisprudenza CEDU riconduce all’art. 8 della Convenzione. Si segnalano, sul punto, in tema di omosessualità, Corte EDU, Dudgeon c. Regno Unito, 23 ottobre 1981, A, 45; Rees c. Regno Unito, 17 ottobre 1986, A, 106; Norris c. Irlanda, 26 ottobre 1988, A, 142; Cossey c. Regno Unito, 27 settembre 1990, A, 184; B. c. Francia, 25 marzo 1992, A, 232-C; Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, 21 dicembre 1999. Più specificamente in tema di riservatezza, Leander c. Svezia, 26 marzo 1987, A, 116; Gaskin c. Regno Unito, 7 luglio 1989, A, 160; M.S. c. Svezia, 27 agosto 1997.

comunicazione ai terzi cui erano stati trasferiti i dati dell'avvenuta rettifica, cancellazione o congelamento. Tutte facoltà – non a caso, da ultimo, riproposte nel GDPR – che, a ben vedere, si allontanano dalla concezione di *privacy*, nel senso statico di riservatezza e di esclusione, ma che concorrono a delineare un diritto (quello alla protezione dei dati personali) da esercitarsi dinamicamente all'interno e nell'ambito degli scambi economici e sociali.

L'interpretazione che vorrebbe far coincidere *privacy* e autodeterminazione è diffusa, in particolar modo, nella letteratura americana. La dottrina statunitense più recente¹¹¹ definisce la *privacy* come “*the right to personal autonomy*” oppure come “*the right of a person and the person's property to be free from unwarranted public scrutiny or exposure*”. Va aggiunto che il pensiero giuridico americano si è sviluppato nel senso di ricomprendere nella *privacy* il concetto stesso di libertà¹¹².

In Europa, la definitiva scissione teorica tra riservatezza e protezione dei dati personali sarebbe stata operata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza) del 2000, la quale propone tra i suoi obiettivi quello di “rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta”¹¹³.

I rapporti tra la Carta e la CEDU sono regolati dall'art. 52, par.3 e 53 della Carta stessa e sono ispirati alla regola del “*plus di tutela*”. La Carta di Nizza, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, ha nell'ordinamento europeo lo stesso valore giuridico dei trattati.

Per ciò che qui più rileva, la Carta di Nizza sancisce all'art. 7 che “ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”, mentre all'art. 8, par. 1 che “ogni individuo ha diritto alla

¹¹¹ B. A. Garner, “Black's Law Dictionary”, Thomson West, 2004.

¹¹² Lo rileva S. Scagliarini, *op. cit.*, 30. L'Autore nota che l'idea di *privacy*, nell'esperienza giudiziaria statunitense, ha finito per porsi a fondamento delle più eterogenee rivendicazioni: dalla contraccezione, all'aborto, al fine vita, alla libertà nella scelta del partner, ecc...

¹¹³ L'inclusione del diritto alla protezione dei dati personali nella Carta di Nizza era stata, peraltro, già sollecitata dal *Working Party article 29* (da ora, per brevità, WP29), sostituito, a partire dal 25 maggio 2018, dallo *European Data Protection Board* (da ora, EDPB), nella raccomandazione 4/1999.

protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano”. Da un’attenta lettura delle due norme possiamo notare che, pur essendo identico il loro campo soggettivo di applicazione (“ogni individuo”), esse divergono quanto al contenuto del diritto. L’art. 7 sancisce un diritto che consiste in una pretesa (negativa) del suo titolare che la generalità dei consociati si astenga dal turbare quello spazio di privacy, di personalità, di riservatezza e non intrusione (idoneo, esattamente come l’art. 8 CEDU, finanche a ricomprendere la tutela della proprietà qualora essa sia coesistente alla vita privata e familiare di un individuo¹¹⁴) all’interno del quale si svolge la sua vita privata, con conseguente potere di escludervi i terzi (*ius excludendi alios*). Norma analoga era già presente, come abbiamo visto, nell’art. 8 della CEDU, con l’unica differenza che, tra gli oggetti della pretesa di astensione, la Carta di Nizza sostituisce al termine “corrispondenza” quello più generico di “comunicazioni”.

L’art. 8 della Carta, al contrario, sancisce un diritto consistente in una pretesa (positiva) del suo titolare (interessato) che una specifica categoria di soggetti (a vario titolo coinvolti nel trattamento) si attivino per proteggere i dati personali dell’interessato in loro possesso, con conseguente potere dell’interessato di esigere una loro attività. Il diritto alla protezione dei dati personali si svolge all’interno di un rapporto giuridico determinato, che è il trattamento dei dati e nei confronti dei soli soggetti in esso coinvolti: questa circostanza ha portato parte minoritaria della dottrina ad escludere che il diritto in questione possa essere inquadrato – come invece va inquadrata la riservatezza – tra i diritti (assoluti) della personalità¹¹⁵.

Il trattamento dei dati è definito come “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l’adattamento o la modifica, l’estrazione, la consultazione, l’uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l’interconnessione, la limitazione,

¹¹⁴ Cfr. in questo senso Corte EDU, Powell e Rayner v. Regno Unito, 21 febbraio 1990, A, 172, 41.

¹¹⁵ Cfr. V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), “Trattamento dei dati e tutela della persona”, Giuffrè, Milano, 1999, 225 ss.

la cancellazione o la distruzione” (art.4, par. 1, n. 2).

A ben vedere è, dunque, possibile tracciare una linea di demarcazione (cui sopravvivono alcuni punti di contatto) tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali sotto il profilo dell’oggetto, nel senso che il primo ricomprenderebbe le informazioni che il titolare del diritto non vuole rendere pubbliche o in altro modo conoscibili, mentre il secondo le informazioni che il titolare del diritto ha l’obbligo, l’onere o la volontà di esternare a soggetti terzi e determinati, intervenendo la tutela dell’ordinamento in un momento immediatamente successivo al loro rilascio, sicché il rilascio stesso, in quanto attività dell’interessato, non consiste in un trattamento.

La dottrina e la giurisprudenza più recente¹¹⁶ rileva come il diritto alla protezione dei dati mira ad assicurare che il suo titolare sia in grado di controllare le modalità con cui vengono trattate le informazioni che lo riguardano, attraverso l’esercizio di una serie di diritti (*rectiu*: facoltà) complementari, come l’accesso, la rettifica, l’oblio, la conoscenza dei soggetti che effettuano il trattamento. Anche aderendo a questa impostazione non si può comunque tralasciare il fatto che il diritto alla protezione dei dati personali, pur rimanendo distinto dal diritto alla riservatezza, si ponga, come quest’ultimo¹¹⁷, in una logica di strumentalità rispetto alla tutela dei diritti

¹¹⁶ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, “Il regolamento privacy europeo”, Giuffrè, Milano, 2016, 723 ss.; Corte Cost., 7 luglio 2005, n. 271, in *Foro it.*, 2006, I, 2661, la quale ha ritenuto che la fissazione della disciplina in materia di protezione di dati personali sia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, non già in forza dell’art. 117, c. 2, lett. m) (“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”), ma piuttosto in ragione dell’art. 117, c. 2, lett. l) (“ordinamento civile”), sulla base della considerazione per cui “la legislazione sui dati personali non concerne prestazioni, bensì la stessa disciplina di una serie di diritti personali attribuiti ad ogni singolo interessato, consistenti nel potere di controllare le informazioni che lo riguardano e le modalità con cui viene effettuato il loro trattamento”. Nello stesso senso, anche F. Modugno, *op. cit.*, 586 e U. De siervo, “Tutela dei dati personali e riservatezza”, in AA. VV., “Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali: scritti in memoria di Paolo Barile”, CEDAM, Padova, 2003, 297 ss., i quali concordano sul fatto che la disciplina di cui al Codice privacy “va chiaramente al di là della tutela della riservatezza, comunque la si voglia definire”.

¹¹⁷ Nel senso che la riservatezza sia strumentale al godimento delle altre libertà costituzionale v. Corte Cost., 26 marzo 1990, n. 139, in *Foro it.*, 1990, I, 2410 (relatore A. Baldassarre), secondo cui: “Lo scopo di tale principio [*verbatim*, quello della “privacy”] è duplice, in quanto, senza siffatte garanzie [...] potrebbero essere messi in pericolo beni individuali strettamente connessi al godimento di libertà costituzionali e, addirittura, di diritti inviolabili”.

fondamentali dell'individuo (secondo quella che potremmo definire “teoria della separazione strumentale”). Depone a favore di questa ricostruzione anche un argomento letterale, poiché lo stesso GDPR, nel considerando 4, dichiara che “il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo”.

Altra parte della dottrina, specie la più risalente, appare discorde da queste conclusioni e sembra, in un certo senso, unificare le due fattispecie¹¹⁸. Alcuni autori¹¹⁹, infatti, sostengono che esista un “diritto alla riservatezza dei dati” che comporterebbe un obbligo (negativo) di non divulgazione in capo all'autorità pubblica che eventualmente sia in possesso di dati personali di individui, e, al contempo, un obbligo (positivo) di consentire all'interessato l'accesso ai propri dati.

Altri autori¹²⁰ ne parlano come un'unica situazione soggettiva che ha tratto origine dalla primigenia riservatezza “in senso stretto”, successivamente ampliata, per effetto di una interpretazione evolutiva, fino a ricomprendere anche la protezione dei dati personali. In particolare, ad essa oggi andrebbero ascritte diverse facoltà: a) quella di escludere altri dalla conoscenza di fatti e opinioni proprie (rispetto della vita privata); b) quella di esercitare un controllo sui propri dati personali (*data protection*); c) quella di escludere dalla propria sfera privata messaggi e dati

¹¹⁸ F. Modugno, “I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale”, *cit.*, 23, propone una ricostruzione del diritto alla *privacy* (chiaramente inteso in senso di riservatezza) in chiave, in un primo momento, negativa e statica (come diritto alla solitudine), successivamente sviluppata con connotati positivi e dinamici (es. diritto alla rettifica dei dati, al controllo sull'uso o sulla rivelazione di notizie, ecc...)

¹¹⁹ C. Pavarani, “Diritto al rispetto della vita privata e familiare”, in C. De Filippi, D. Bosi, R. Harvey (a cura di), “La convenzione europea dei diritti dell'Uomo”, ESI, Napoli, 2006. In giurisprudenza, si segnala la recente Cass., 4 settembre 2018, n. 39682, non pubblicata, secondo cui il bene giuridico tutelato dall'art. 167, c. 1, Codice privacy sarebbe il “diritto alla riservatezza dei dati personali”.

¹²⁰ A. Baldassarre, “Diritti della persona e valori costituzionali”, Giappichelli, Torino, 1997, 59; S. Rodotà, “Progresso tecnico e problemi istituzionali nella gestione delle informazioni”, in N. Matteucci (a cura di), “Privacy e banche dati”, Mulino, Bologna, 1981, 30; S. Rodotà, “Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 588 ss.; C. Sartoretti, “Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale. Riflessioni sul modello francese”, Giappichelli, Torino, 2008, 2 ss.; S. Scagliarini, “La riservatezza e i suoi limiti”, *cit.*, 32; *contra* U. De Siervo, “La privacy”, in S. P. Panunzio (a cura di), “I diritti fondamentali e le Corti d'Europa”, Jovene, Napoli, 2005, 347 ss.; C. Filippi, “Principi generali”, in G. P. Cirillo, “Il Codice sulla protezione dei dati personali”, Giuffrè, Milano, 2003, 11. Questi ultimi Autori sono inclini a ritenere, facendo leva sul dato letterale della separazione normativa tra riservatezza e protezione dei dati nei termini già affrontati nel presente scritto, che essi siano oggi concetti autonomi.

provenienti da terzi (autodeterminazione informativa¹²¹).

Interessante pare, poi, la tesi sostenuta da Carlo Castronovo¹²², secondo cui il diritto alla protezione dei dati personali non acquisisce autonoma rilevanza ma sembra atteggiarsi come un “diritto sui diritti”. L’Autore individua nella “teoria della separazione strumentale” un rischio di stratificazione del sistema, il quale progressivamente si andrebbe a comporre di una scala di diritti sovrapposti dal contenuto sempre più specifico. Ciascuno dei diritti posti sulla scala sarebbe idoneo ad apprestare tutela al diritto più generale di cui è espressione e, a sua volta, esigerebbe tutela da parte di un diritto dal contenuto più particolare. In questo senso, il diritto alla protezione dei dati personali parrebbe una “superfetazione legislativa”, componendosi, senza necessità di ulteriori distinzioni, nel diritto (unico e unitario) alla tutela della personalità umana.

Nella prospettiva della separazione – qui condivisa – ciò che accomuna, in ultima analisi, il diritto alla riservatezza con quello alla protezione dei dati personali consiste nell’appartenenza di entrambi al novero dei diritti della personalità, sebbene le facoltà che ineriscono al diritto alla protezione dei dati personali siano esercitabili nei confronti di soggetti determinati: questo risulta, a ben vedere, un *unicum* nel panorama dei diritti della personalità, poiché essi, per definizione, posseggono il carattere dell’assolutezza, potendo essere opposti *erga omnes*.

Lo stesso GDPR¹²³, che ha accolto la tesi, largamente sostenuta in precedenza dalla dottrina italiana¹²⁴, sembra separare i diritti in questione. Taluni studiosi¹²⁵ rilevano, tuttavia, che il diritto alla protezione dei dati personali, lungi dal doversi “appiattare”

¹²¹ Questa espressione è stata coniata, nella Repubblica Federale Tedesca, dalla giurisprudenza del *Bunverfassungsgericht*, in particolare a partire dalla sentenza 15 dicembre 1983.

¹²² C. Castronovo, “Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali”, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 193 ss.

¹²³ Cfr. considerando 1 GDPR, che richiama l’art. 8 della Carta di Nizza e l’art. 16 TFUE; art. 1 par. 2 GDPR.

¹²⁴ Cfr. G. Alpa, “La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici”, in *Dir. inf.*, 1997, 703 ss.; C. Castronovo, “*op. cit.*”, 656 ss.; S. Rodotà, “Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy”, *ivi*, 2004, 2 ss.; F. Brugnattelli, “Privacy, diritto all’informazione e diritti della personalità”, in *Giust. civ.*, 2005, 534; S. Scagliarini, *op. cit.*, 34 ss.

¹²⁵ M. Gambini, “Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali”, ESI, Napoli, 2018, 19 ss.

sugli altri diritti della personalità, tende non solo alla tutela dell'inviolabilità (della persona) del suo titolare, ma anche – e qui risiede la peculiarità – costituisce “una precondizione per l'esercizio di altri diritti”, assumendo un valore meta-individuale¹²⁶.

Concludendo, la protezione dei dati personali forma l'oggetto di un diritto fondamentale¹²⁷ in sé, riferito – al pari degli altri diritti fondamentali – al principio della libertà-dignità che, emergendo dalla lettura combinata degli articoli 2 e 3 Cost., informa tutto il sistema delle garanzie costituzionali dei diritti; un diritto di libertà, posto che il più profondo significato del termine consiste, non solo nella facoltà di autodeterminarsi, ma anche nell'avere il controllo sulle modalità con cui si svolge la propria vita relazionale; dotato di contenuto pretensivo sostanziale autonomo rispetto a quello proprio della riservatezza, da cui discendono una serie di situazioni soggettive di vantaggio; come tale non assoluto, bensì soggetto al bilanciamento con altri diritti, a loro volta espressione di diversi interessi costituzionalmente tutelati, come si vedrà meglio più avanti discorrendo del “diritto a trattare dati personali altrui”.

8. IL DISCRIMINE TRA RISERVATEZZA E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: COMMENTO ALLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 39682/2018.

La Corte di Cassazione, III Sezione penale, con la sentenza 39682/2018 *cit.*, ha deciso un ricorso proposto da un soggetto avverso la sentenza d'appello che, dichiarato estinto per prescrizione il reato di diffamazione contestato, lo riteneva colpevole di un altro reato ascrittogli, cioè quello di cui all'art. 167, primo comma del Codice della privacy¹²⁸, e dunque lo condannava a pena detentiva, per aver egli

¹²⁶ Nello stesso senso, *ivi*, 20; S. Rodotà, *op. ult. cit.*, 5.

¹²⁷ Lo definisce un diritto fondamentale anche il Comitato consultivo per la protezione degli individui con riguardo ai trattamenti automatici di dati personali, nel report “Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies”, stilato a Strasburgo il 25 gennaio 2019; oltreché, *apertis verbis*, il GDPR, considerando 1.

¹²⁸ Ci si riferisce al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante “disposizioni per l'adeguamento

diffuso in una chat “Whatsapp” il recapito telefonico di un altro soggetto, il quale, a detta del ricorrente, avrebbe posto in essere comportamenti ossessivi e petulanti in suo danno, consistenti, in particolare, in offerte di natura sessuale sgradite e offensive.

Il ricorso per cassazione censurava la sentenza impugnata – confermativa della sentenza di prime cure – in ordine ad una violazione di legge, per non aver il giudice d’appello acquisito una prova decisiva, nella specie i tabulati telefonici che avrebbero permesso di provare il comportamento lesivo del soggetto leso. Comportamento che, ove dimostrato, avrebbe permesso di applicare, secondo la difesa del ricorrente, la disciplina relativa alla provocazione.

La Suprema Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso, per non aver il ricorrente richiesto in appello la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale, per aver riproposto nel ricorso per cassazione motivi già posti alla base del ricorso in appello, peraltro dichiarati manifestamente infondati, e per aver imposto, attraverso i motivi di ricorso, una valutazione del fatto non consentita in sede di legittimità, ha aggiunto – significativamente, per i fini che qui rilevano – che la tesi del ricorrente secondo cui esso versava in uno stato d’ira, determinato dalla provocazione della vittima, tale da configurarsi come scriminante, è infondata poiché lo stato d’ira opera come scriminante nei soli reati contro l’onore, mentre nel resto dei casi vale solo come attenuante, e quindi anche in riferimento al reato di cui all’art. 167, primo comma, Codice privacy, il quale protegge un bene giuridico diverso dall’onore, cioè, a detta del collegio, precisamente, il “diritto alla riservatezza dei dati personali”.

Omettendo ogni indagine sulla fondatezza delle censure mosse contro la sentenza impugnata, è rilevante, a giudizio di chi scrive, l’affermazione della Cassazione circa la riconducibilità del delitto *de quo* al diritto alla “riservatezza dei dati”, e la sussistenza dello stesso, nel caso di specie.

La sentenza in epigrafe, pronunciata poco prima dell’entrata in vigore del d.lgs.

dell’ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE”.

101/2018¹²⁹, risulta già oggi non più attuale, in quanto il delitto di “trattamento illecito di dati” (art. 167), a seguito delle novità introdotte nell’ordinamento interno dalla decretazione attuativa del Regolamento, non può applicarsi ai trattamenti effettuati non nell’esercizio di attività d’impresa, o comunque nell’esercizio di attività professionale, a prescindere, si badi, dall’esistenza di uno scopo di lucro. Pertanto, il ragionamento seguito dai Supremi giudici va rimodulato sotto due distinti profili.

In primo luogo la Corte afferma che è sufficiente ad integrare l’elemento oggettivo del reato in esame il mero inserimento di un numero telefonico in una chat, peraltro a partecipazione ristretta; la norma attualmente richiede, ai fini del configurarsi della fattispecie, che il trattamento sia effettuato in violazione di disposizioni del Codice privacy tassativamente enumerate – in particolare gli articoli 123, 126, 129, 130 –, all’interno delle quali non figurano più gli articoli 18, 19 e 23, questi ultimi relativi ad ipotesi che prescindevano dall’esistenza di un rapporto di consumo.

I richiamati articoli 123, 126, 129 e 130, la cui violazione, sostenuta da adeguato elemento soggettivo – che nella specie deve assumere la forma del dolo specifico, consistente nel fine di trarre per sé o per altri un profitto ovvero di arrecare danno all’interessato –, oggi fa sorgere la responsabilità penale¹³⁰, hanno recepito in Italia la Direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

L’obiettivo della Direttiva, come emerge già dal suo articolo 1, oltreché dal complesso delle disposizioni ivi contenute, è quello di armonizzare le legislazioni nazionali, nell’ottica, da una parte, di tutelare i diritti e le libertà fondamentali, e dall’altra, “di assicurare la libera circolazione di tali dati e delle apparecchiature e dei servizi di comunicazione elettronica all’interno della Comunità”, operando così

¹²⁹ Ci si riferisce al decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101 recante “Disposizioni per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)”. L’atto è entrato in vigore a partire dal 19 settembre 2018, cioè appena 15 giorni dopo la pronuncia della sentenza n. 39682 in commento.

¹³⁰ Se dalla violazione deriva un nocumento per l’interessato.

un contemperamento fra due interessi entrambi meritevoli di protezione da parte del diritto comunitario: diritti fondamentali e libertà di iniziativa economica – alla cui base si pone la libera circolazione di uomini, merci e dati.

Con tale circostanza si spiega il perché, negli articoli del Codice sopra richiamati, si faccia riferimento a figure come il “contraente”, gli “utenti”, o i “dati relativi al traffico”, oppure, ancora, “fornitore del servizio”, con ciò rendendosi palese la volontà del legislatore di circoscrivere la portata della norma incriminatrice ai soli rapporti di consumo, intercorrenti fra un professionista e gli utenti, e non – come sembra sostenere la Cassazione – ai trattamenti effettuati nell’ambito di qualsiasi rapporto, nonostante, se si dovesse far riferimento alla sola formulazione letterale, si dovrebbe concludere che si tratta di un reato comune, che cioè può essere commesso da “chiunque”¹³¹.

A sostegno della tesi qui esposta milita anche un ulteriore argomento.

A seguito dell’adozione del GDPR, l’intera materia della protezione dei dati personali non può non essere letta alla luce di questo fondamentale atto. Il Regolamento non contiene al suo interno alcuna norma incriminatrice, perché ciò avrebbe determinato una fuoriuscita dell’Unione dalle sue competenze e un’ingerenza negli affari interni degli Stati membri, specialmente in un settore, come quello penale, che rimane monopolio del legislatore nazionale. Ciò nonostante, il considerando 149 del GDPR stabilisce che gli Stati membri “dovrebbero poter prevedere”¹³² sanzioni penali per la violazione delle norme poste direttamente dal Regolamento, o dal diritto nazionale sulla base di quest’ultimo, nei limiti – specifica il testo – del principio del *ne bis in idem*, come elaborato dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea¹³³.

¹³¹ Nel senso che si tratti di reato proprio, che può essere commesso solo dal titolare del trattamento e dagli altri soggetti coinvolti nel trattamento, v. Cass., 17 dicembre 2013, n. 5107.

¹³² L’espressione, per via della sua ambiguità, pur escludendo un obbligo per il legislatore nazionale di introdurre norme penali, rappresenta, secondo i primi commentatori (v. L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 704 ss.), una “quasi-direttiva”.

¹³³ V. per tutte, con specifico riferimento alla differente interpretazione del principio nei sistemi UE e CEDU, Corte Giust. UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, in *Giur. cost.*, 2013, 3605, secondo cui, mentre la CEDU osta all’irrogazione, per un medesimo fatto, di una sanzione amministrativa e una penale, la Carta di Nizza vieta solo l’applicazione di due sanzioni penali nei confronti del medesimo soggetto, per gli

Il legislatore nazionale è dunque intervenuto, con il d.lgs. 101 del 2018, riformulando completamente l'art. 167 del Codice privacy ed emendando le norme dello stesso codice – prima citate – cui esso fa rinvio.

L'opzione interpretativa che privilegia l'adesione totale della normativa interna al Regolamento è, *rebus sic stantibus*, nettamente da preferire, non già esclusivamente in forza dei consolidati criteri ermeneutici dell'interpretazione conforme al diritto europeo, ma anche in virtù della *littera legis*, ovvero l'art. 2 del Codice privacy, il quale ne fissa le “finalità”, disponendo che esso “reca disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento nazionale alle disposizioni del regolamento”. Lo stesso ambito di applicazione delle due normative deve, oggi, ritenersi coincidente, stante l'avvenuta abrogazione, ad opera dello stesso d.lgs. 101/2018, dell'art. 5 del Codice privacy, che regolava internamente questo profilo.

Il legislatore europeo, nel delimitare l'ambito oggettivo di applicazione del GDPR, stabilisce, all'art. 2, che le norme ivi contenute non si applicano, *ex aliis*, ai trattamenti di dati effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico.

Occorre dunque fissare la nozione di “attività a carattere esclusivamente personale” e “attività a carattere esclusivamente domestico”. In soccorso giunge il considerando 18, il quale, anticipando quanto successivamente disposto dall'art. 2, aggiunge che per escludere la natura personale o domestica è necessario che l'attività in questione sia connessa con un'altra a carattere commerciale o professionale. Lo stesso considerando elenca, poi, a titolo esemplificativo, dei casi in cui ci si “potrebbe” trovare davanti ad un'attività personale o domestica, tra cui “l'uso dei social network e attività online intraprese nel quadro di tali attività”, nonché “la corrispondenza e gli indirizzi”.

Poiché la deroga contenuta nell'art. 2 GDPR è meramente riproduttiva a quella già contenuta nell'art. 3, par. 2, Direttiva 95/46/CE, ulteriori indicazioni utili alla nostra ricerca provengono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia formatasi sotto la

stessi fatti, con la conseguenza che spetta al giudice nazionale valutare se la sanzione amministrativa concorrente con quella penale sia, nella sostanza, qualificabile anch'essa come sanzione penale, attraverso i criteri ermeneutici enucleati dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia.

vigenza di quest'ultima norma.

Nella sentenza C- 212/13, del 11 dicembre 2014¹³⁴, i giudici europei hanno ritenuto che non dovesse rientrare nella nozione di attività a carattere esclusivamente personale o domestico “l'utilizzo di un sistema di videocamera, che porta a una registrazione video delle persone immagazzinata in un dispositivo di registrazione continua quale un disco duro, installato da una persona fisica sulla sua abitazione familiare per proteggere i beni, la salute e la vita dei proprietari dell'abitazione, sistema che sorveglia parimenti lo spazio pubblico”¹³⁵. Talché è possibile dedurre un principio di irrilevanza delle finalità di raccolta (nel caso di specie, una finalità personale) ma di rilevanza del contesto e delle modalità in cui viene effettuato il trattamento (nel caso di specie, la registrazione di immagini relative uno spazio pubblico).

Parimenti, non rientrano nella categoria delle attività personali o domestiche i trattamenti che hanno ad oggetto destinatari indeterminati. Così la Corte di Lussemburgo nella sentenza C- 101/01, del 6 novembre 2003¹³⁶, ha stabilito che rientra nel campo d'applicazione della direttiva l'attività consistente nel riferirsi, all'interno di una pagina Internet, a diverse persone e nell'identificarle con il loro nome o in altro modo, con ciò ponendo in luce l'intrinseca idoneità del trattamento effettuato su un sito web ad esorbitare dalla dimensione personale/domestica. Nello stesso senso anche un'opinione del *Working Party* ex art. 29, n. 5/2009, la quale considera un vero e proprio trattamento, sottoposto alla disciplina fissata dalla direttiva, la gestione di informazioni attraverso il proprio profilo di social network, allorché tale profilo sia accessibile a tutti gli iscritti al social network ed i relativi dati indicizzabili dai motori di ricerca.

Svolte queste osservazioni, la sentenza 39682/2018, oggetto del presente commento, risulta, infine, discutibile anche nella parte in cui sostiene che il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice sia il “diritto alla riservatezza dei dati”.

Nell'affermare che il bene giuridico tutelato dall'art. 167, comma 1, del Codice

¹³⁴ Pubblicata in *Giur. it.*, 2015, 29.

¹³⁵ Così la massima della sentenza

¹³⁶ Pubblicata in *Foro it.*, 2004, IV, 57.

privacy è il “diritto alla riservatezza dei dati”, il Collegio opera una sovrapposizione tra diritto alla riservatezza e diritto alla protezione dei dati personali non più sostenibile alla luce della più recente normativa in materia. Il diritto alla protezione dei dati, infatti, non involge esclusivamente, né prevalentemente, profili inerenti alla riservatezza, neanche nella forma della “riservatezza dei dati personali”.

La definitiva evoluzione del diritto alla protezione dei dati personali, come già si è visto, non permette più di ricostruirlo con riferimento alla riservatezza, bensì con riferimento alla facoltà per l’interessato di attuare un controllo sulle modalità con cui le informazioni sono trattate¹³⁷.

Anche nelle sue più recenti pronunce, la stessa Corte Costituzionale, la quale, invece, sovente utilizza l’espressione “diritto alla riservatezza dei dati personali”, afferma che “esso si caratterizza particolarmente quale diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona, e si giova, a sua protezione, dei canoni elaborati in sede europea per valutare la legittimità della raccolta, del trattamento e della diffusione dei dati personali”¹³⁸.

In questo senso vanno oggi lette tutte le disposizioni del Codice della privacy, cioè nell’ottica della tutela dell’interessato all’interno del trattamento, a partire, quindi, dal momento immediatamente successivo al rilascio dei dati, come si è, del resto, tentato di dimostrare nel paragrafo precedente.

9. IL SISTEMA DELLE TUTELE DELLA RISERVATEZZA E DELLA PROTEZIONE DEI DATI.

È ben possibile che un certo comportamento posto in essere da un soggetto leda il diritto alla riservatezza di un altro, senza tuttavia sconfinare nell’illecito sotto il profilo della protezione dei dati personali¹³⁹; e viceversa è ipotizzabile un

¹³⁷ Cfr. pure C. Foladore, “Bene protetto e soggetti passivi nel reato di interferenze illecite nella vita privata” (nota a Cass., 25 marzo 2003, n. 18058), in *Famiglia e Diritto*, 2003, 4, 33.

¹³⁸ Corte Cost., sent. 21 febbraio 2019, n. 20, consultabile in www.cortecostituzionale.it

¹³⁹ In dottrina, v. A. Clemente (a cura di), “Privacy”, CEDAM, Padova, 1999, 256; G. Ciacci, G. Buonomo, “Profili di informatica giuridica”, CEDAM, Milano, 2018, 149. Nell’esperienza giudiziaria v. Cass., ord., 10 settembre 2018, n. 21965 in *Foro it.*, 2018, I, 3927, la quale ha ritenuto illegittimo il

comportamento che leda il diritto alla protezione dei dati personali, senza violare la disciplina sulla riservatezza¹⁴⁰.

La differenza tra le due fattispecie è importante, oltre che a fini teorico-dogmatici, anche per ciò che attiene il profilo sanzionatorio. La violazione del diritto alla riservatezza postula sempre, per essere sanzionata, l'attivazione del soggetto leso: ciò vale sia in sede civile, che in sede penale. In sede civile egli potrà agire per ottenere il risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ. (a patto, ovviamente, che riesca a provare l'ingiustizia del danno derivante, secondo una logica di causalità, dal fatto illecito altrui, doloso o colposo), eventualmente anche richiedendo ex art. 2059 cod. civ., come sostiene un ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il risarcimento di un danno non patrimoniale, adducendo la lesione di un interesse della personalità costituzionalmente protetto (qual è quello alla riservatezza), ancorché il fatto non costituisca reato, da cui deriva la perdita di utilità personali di vita, sempre a condizione che la lesione sia grave e il danno sia serio; nonché proponendo un'azione di cessazione (tutela inibitoria)¹⁴¹, oggetto di specifica

licenziamento disposto da un datore di lavoro nei confronti di uno dei suoi dipendenti, per aver quest'ultimo diffamato il primo attraverso messaggi scambiati privatamente su di un social network con altri colleghi e destinati a non essere divulgati all'esterno: l'illegittimità qui consiste in una violazione del diritto alla riservatezza, ma non si riverbera una violazione della disciplina sulla protezione dei dati personali, come conferma l'assenza in motivazione di riferimenti al codice della privacy. A sostegno di questa ricostruzione anche Cass., 27 aprile 2018, n. 10280, in Foro it., 2018, I, 2424, la quale ha ritenuto legittimo il licenziamento comminato ad un lavoratore per aver egli diffamato il proprio datore di lavoro attraverso un messaggio pubblicato su di un profilo di un social network, come tale potenzialmente idoneo a raggiungere un numero indeterminato di soggetti: non sussiste, dunque, nel caso di specie, alcun vulnus al diritto di riservatezza del lavoratore, posto che egli vi ha tacitamente rinunciato, rendendo pubblici contenuti altrimenti destinati alla sfera interiore dell'individuo-lavoratore. Si consideri, poi, il fenomeno del *phishing*, particolare forma di truffa perpetrata con mezzi informatici, mediante la quale il truffatore, simulando l'interfaccia di un software cui l'utente ha conferito dati personali, riesce ad ottenere dallo stesso utente i medesimi dati al momento in cui egli li immette nel sistema del truffatore attraverso l'interfaccia malevola: in tal caso non si può parlare propriamente di violazione del diritto alla protezione dei dati personali, bensì di una lesione del diritto alla riservatezza.

¹⁴⁰ V. Cass., ord., 05 luglio 2018, n. 17665, secondo cui è illegittimo il comportamento del titolare del trattamento che tratti dati (nel caso di specie, indirizzi mail e telefonici), pur spontaneamente forniti da altri soggetti, senza aver previamente fornito loro l'informativa cui è tenuto in forza dell'art. 13 del Codice della privacy completa in tutti i suoi elementi, posto che l'incompletezza dell'informativa non è sanata dall'eventuale consenso dell'interessato: nel caso di specie non rileva alcuna violazione della disciplina sulla riservatezza, dal momento che i dati oggetto di trattamento erano stati comunicati volontariamente dall'interessato, bensì la violazione della disciplina sulla protezione dei dati personali.

¹⁴¹ Più diffusamente v. L. Nivarra, V. Ricciuto, C. Scognamiglio, "Diritto Privato", Giappichelli, Torino,

trattazione più avanti. Il sistema delle tutele civilistiche del diritto alla riservatezza è, poi, completato dalla possibilità di richiedere il sequestro preventivo, nella sua forma “atipica”, cioè ex art. 700 cod. proc. civ.

Il rimedio da ultimo menzionato ripropone e fa emergere alcuni problemi di coordinamento tra il diritto alla riservatezza e il diritto alla libera manifestazione del pensiero, cui fa da pendant la libertà di stampa – entrambi tutelati dall’art. 21 Cost. Il terzo comma dello stesso articolo stabilisce tassativamente i casi in cui la stampa può essere sequestrata: quando ci sia una violazione delle norme che la legge sulla stampa prescrive per l’indicazione dei responsabili della pubblicazione; e nei casi in cui la legge sulla stampa autorizzi espressamente il sequestro (es: pubblicazione oscena ex art. 528 cod. pen.). Nei casi non previsti dalla legge, la giurisprudenza, anche costituzionale¹⁴², ha tradizionalmente negato la concessione di questa tutela cautelare, sulla base del fatto che essa non era prevista da alcuna norma di legge. Timide aperture della Consulta si sono registrate con riferimento al sequestro di immagini destinate alla pubblicazione a mezzo stampa, ma non ancora pubblicate, per le quali è stata affermata la sequestrabilità¹⁴³.

In sede penale, l’ordinamento prevede alcune fattispecie delittuose che tutelano in modo particolare il bene giuridico della riservatezza: art. 615 *bis* cod. pen. (rubricato “Interferenze illecite nella vita privata”) punisce chiunque “si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata” svolgentesi nell’abitazione o nella dimora altrui, nonché chi rivela o diffonde le notizie o immagini così ottenute; art. 615 *ter* cod. pen. (rubricato “Accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico”) punisce “chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo”; art. 615 *quater* cod. pen. (rubricato “Detenzione e diffusione abusiva di codici d’accesso a sistemi informatici o telematici”) punisce “chiunque [...] abusivamente si procura, riproduce, diffonde, comunica o consegna codici, parole chiave o altri mezzi idonei all’accesso ad un

2013, 452 ss.

¹⁴² v. Corte Cost., 9 luglio 1970, n. 122 consultabile in www.cortecostituzionale.it.

¹⁴³ v. Corte Cost., 12 aprile 1973, n. 38, *ivi*.

sistema informatico o telematico, protetto da misure di sicurezza, o comunque fornisce indicazioni o istruzioni idonee al predetto scopo”; art. 616 cod. pen. (rubricato “Violazione, sottrazione o soppressione di corrispondenza) punisce, tra le altre, la condotta di chi prende cognizione del contenuto di una corrispondenza chiusa, e prevede una pena aggravata se il colpevole, senza giusta causa, rivela, procurando un documento, il contenuto della stessa; art. 618 cod. pen. Completa la tutela penale della corrispondenza punendo che, fuori dai casi previsti dall’art. 616, rivela il contenuto di una corrispondenza di cui è venuto a conoscenza abusivamente, senza giusta causa, procurando un documento; art. 617 cod. pen. (rubricato “Cognizione, interruzione, o impedimento illeciti di comunicazioni telegrafiche o telefoniche”) estende la tutela penale contro colui che prende cognizione di una comunicazione o conversazione fra altre persone, aggravando la pena se il colpevole ne rivela il contenuto; art. 617 *bis* cod. pen. (rubricato “Installazione di apparecchiature atte ad intercettare od impedire comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche) punisce la condotta di chi installa apparati, strumenti o parti di essi al fine di captare (o impedire) comunicazioni o conversazioni fra altre persone; art. 617 *quater* cod. pen. (rubricato “Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche) estende la punibilità anche a chi fraudolentemente capta comunicazioni relative ad uno o più sistemi informatici o telematici; art. 617 *quinqües* cod. pen. (rubricato “Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche) punisce chi abusivamente installa apparecchiature atte a compiere uno dei fatti di cui all’art. 617 *quater*; 617 *septies* cod. pen. (rubricato “Diffusione di riprese e registrazioni fraudolente”) punisce “chiunque, al fine di recare danno all’altrui reputazione o immagine, diffonde con qualsiasi mezzo riprese audio o video, compiute fraudolentemente, di incontri privati o registrazioni, pur esse fraudolente, di conversazioni, anche telefoniche o telematiche, svolte in sua presenza o con la sua partecipazione”.

In tutti questi casi – fatte salve le ipotesi in cui il delitto sia commesso a danno dello Stato – la procedibilità del reato è a querela di parte. Il danneggiato-querelante potrà, durante il processo penale e all’interno di esso, oppure in via autonoma, esercitare

l'azione civile per ottenere il risarcimento alle condizioni già esaminate.

Al contrario, la tutela degli interessi che orbitano attorno alla protezione dei dati personali risulta più estesa, poiché essa può prescindere dall'attivazione del titolare del diritto.

Il Codice della privacy, come del resto anche il GDPR, prevede infatti un meccanismo sanzionatorio che ha come perno, salvo le figure di reato specificamente introdotte¹⁴⁴, la figura dell'illecito amministrativo. Tale circostanza, sul piano sistematico, non è di poco rilievo, in quanto riflette l'esistenza e la centralità progressivamente assunta dall'interesse pubblico (cioè dei consociati e dell'ordinamento) alla tutela dei dati personali¹⁴⁵: esso, come pure mette in luce la dottrina¹⁴⁶, sebbene si affianchi all'omonimo diritto fondamentale dell'interessato al trattamento, viene tutelato in via prioritaria, a prescindere dalla lesione alla posizione giuridica soggettiva individuale.

In particolare, l'art. 166 del Codice della privacy (nel testo novellato dal d.lgs. 101/2018, di armonizzazione delle norme interne rispetto al GDPR) attribuisce al Garante (art. 166, c. 3) la competenza ad irrogare, in aggiunta o in luogo delle misure correttive adottabili ex art. 58, par.2 GDPR¹⁴⁷, le sanzioni amministrative

¹⁴⁴ Art. 167 (Trattamento illecito di dati); Art. 167- bis (Comunicazione e diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala); Art. 168 (Falsità nelle dichiarazioni al Garante e interruzione dell'esecuzione dei compiti o dell'esercizio dei poteri del Garante); Art. 170 (Inosservanza di provvedimenti del Garante).

¹⁴⁵ Interesse pubblico di cui parla F. Pizzetti, "Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 679/2016", Giappichelli, Torino, 2016, 49 ss.

¹⁴⁶ M. Gambini, *op. cit.*, 23.

¹⁴⁷ Nella specie: "a) rivolgere avvertimenti al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento sul fatto che i trattamenti previsti possono verosimilmente violare le disposizioni del presente regolamento; b) rivolgere ammonimenti al titolare e del trattamento o al responsabile del trattamento ove i trattamenti abbiano violato le disposizioni del presente regolamento; c) ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di soddisfare le richieste dell'interessato di esercitare i diritti loro derivanti dal presente regolamento; d) ingiungere al titolare del trattamento o al responsabile del trattamento di conformare i trattamenti alle disposizioni del presente regolamento, se del caso, in una determinata maniera ed entro un determinato termine; e) ingiungere al titolare del trattamento di comunicare all'interessato una violazione dei dati personali; f) imporre una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento; g) ordinare la rettifica, la cancellazione di dati personali o la limitazione del trattamento a norma degli articoli 16, 17 e 18 e la notificazione di tali misure ai destinatari cui sono stati comunicati i dati personali ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, e dell'articolo 19; h) revocare la certificazione o ingiungere all'organismo di certificazione di ritirare la certificazione rilasciata

pecuniarie di cui all'art. 83, par. 4-5, GDPR¹⁴⁸. Si consideri, poi, che lo stesso Regolamento – art. 84 – autorizza gli Stati membri a stabilire sanzioni ulteriori, purché “effettive, proporzionate e dissuasive”, anche per la violazione di norme diverse rispetto a quelle indicate nell'art. 83.

L'attività del Garante può essere iniziata d'ufficio, mediante l'attivazione dei poteri di vigilanza e controllo previsti dall'art. 58, par. 1 GDPR, o sollecitata da un reclamo, proposto dall'interessato ai sensi dell'art. 77 GDPR e degli artt. 142-143 Codice della privacy, o da una segnalazione (art. 144 Codice privacy). Alla base dell'attribuzione al Garante di questi poteri vi è una preoccupazione di fondo: cioè che il mancato adeguamento da parte del titolare del trattamento agli strumenti di compliance previsti dalla normativa nazionale ed europea possa costituire, per ciò solo, un serio rischio per i diritti e le libertà dell'interessato, quandanche tale rischio rimanga solo potenziale ed ipotetico, e, di fatto, il trattamento non provochi un danno all'interessato.

A decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 101/2018 è stata abrogata la Sezione III del Capo I, Titolo I, Parte III del Codice privacy, la quale recava la disciplina della tutela “alternativa a quella giurisdizionale”, incentrata sull'istituto del ricorso. Il ricorso era lo strumento (agile e veloce) con cui l'interessato poteva far valere i propri diritti dinanzi al Garante. Il provvedimento che definiva il ricorso –

a norma degli articoli 42 e 43, oppure ingiungere all'organismo di certificazione di non rilasciare la certificazione se i requisiti per la certificazione non sono o non sono più soddisfatti; i) infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 83, in aggiunta alle misure di cui al presente paragrafo, o in luogo di tali misure, in funzione delle circostanze di ogni singolo caso; j) ordinare la sospensione dei flussi di dati verso un destinatario in un paese terzo o un'organizzazione internazionale”.

¹⁴⁸ In particolare, dispone l'art. 166, c. 1-2, Codice privacy: “Sono soggette alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 83, paragrafo 4, del Regolamento le violazioni delle disposizioni di cui agli articoli 2-quinquies, comma 2, 2-quinquiesdecies, 92, comma 1, 93, comma 1, 123, comma 4, 128, 129, comma 2, e 132-ter. Alla medesima sanzione amministrativa è soggetto colui che non effettua la valutazione di impatto di cui all'articolo 110, comma 1, primo periodo, ovvero non sottopone il programma di ricerca a consultazione preventiva del Garante a norma del terzo periodo del predetto comma. Sono soggette alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 83, paragrafo 5, del Regolamento le violazioni delle disposizioni di cui agli articoli 2-ter, 2-quinquies, comma 1, 2-sexies, 2-septies, comma 8, 2-octies, 2-terdecies, commi 1, 2, 3 e 4, 52, commi 4 e 5, 75, 78, 79, 80, 82, 92, comma 2, 93, commi 2 e 3, 96, 99, 100, commi 1, 2 e 4, 101, 105 commi 1, 2 e 4, 110-bis, commi 2 e 3, 111, 111-bis, 116, comma 1, 120, comma 2, 122, 123, commi 1, 2, 3 e 5, 124, 125, 126, 130, commi da 1 a 5, 131, 132, 132-bis, comma 2, 132-quater, 157, nonché delle misure di garanzia, delle regole deontologiche di cui rispettivamente agli articoli 2-septies e 2-quater”.

suscettibile di essere opposto davanti al giudice ordinario ai sensi dell'art. 152 del Codice – poteva avere un contenuto articolato, dal momento che il Garante, al quale erano attribuiti anche poteri *lato sensu* cautelari (art. 150, c. 1, vecchio testo), poteva ordinare al titolare la cessazione del comportamento illegittimo, con l'indicazione delle misure necessarie a tutela dei diritti dell'interessato (art. 150, c. 2, vecchio testo).

9.1. Segue: I RICORSI GIURISDIZIONALI IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI.

Qualora invece la violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali, anche nelle ipotesi in cui essa non si riferisca alle norme la cui inosservanza comporta l'irrogazione delle sanzioni amministrative anzidette, abbia dato origine ad un danno nei confronti dell'interessato, egli potrà agire in giudizio davanti all'autorità giurisdizionale. Il GDPR, cui fa integrale rimando l'art. 152 del Codice, contempla tre ipotesi di ricorso giurisdizionale. L'art. 78 del Regolamento disciplina le azioni nei confronti delle Autorità di controllo.

Il paragrafo 1 dello stesso articolo stabilisce il diritto di ogni persona fisica o giuridica (a prescindere, dunque, dalla sua posizione all'interno del rapporto giuridico “trattamento”) di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo avverso una decisione giuridicamente vincolante dell'Autorità di controllo che la riguarda. Il paragrafo 2 prevede che ciascun interessato, che ha proposto reclamo all'Autorità di controllo, ha il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo contro la stessa Autorità, se essa non lo abbia deciso (entro 9 mesi dalla sua presentazione: art. 10, c. 4, d.lgs. 150/2011) oppure non abbia comunicato al reclamante (entro 3 mesi dalla presentazione: art. 10, *cit.*) lo stato del procedimento. Il differente ambito oggettivo di applicazione delle due fattispecie si spiega col fatto che, mentre la “decisione” dell'Autorità di cui al primo comma può avere efficacia anche verso soggetti diversi dall'interessato del trattamento, il “reclamo” di cui al secondo comma è un atto tipico dell'interessato (che anzi per essere valido deve essere sottoscritto da lui, o da un ente cui è stato conferito mandato, ex art. 142, c.2 Codice privacy). In entrambe

le ipotesi disciplinate dall'art. 78, il ricorrente potrà richiedere al giudice (ordinario, come si preciserà in seguito), oltre l'annullamento dell'atto illegittimo¹⁴⁹, anche il risarcimento del danno eventualmente subito (nel caso dell'art. 78, par. 2, propriamente “danno da omessa vigilanza e controllo”¹⁵⁰).

Si noti, poi, come l'oggetto del ricorso è circoscritto dal Regolamento alle “decisioni giuridicamente vincolanti” dell'Autorità di controllo o alla mancata trattazione di un ricorso. Tuttavia, l'art. 152 del Codice privacy pare estendere il novero dei possibili oggetti del ricorso includendovi “tutte le controversie che riguardano le materie oggetto dei ricorsi [giurisdizionali di cui agli articoli 78 e 79 del Regolamento e quelli] comunque riguardanti l'applicazione della normativa in materia di protezione dei dati personali”.

L'art. 79 del Regolamento disciplina, invece, le azioni contro il titolare e il responsabile del trattamento. Il primo comma prevede il diritto dell'interessato di proporre un ricorso giurisdizionale effettivo “qualora ritenga che i diritti di cui gode a norma del presente regolamento siano stati violati a seguito di un trattamento”; mentre il secondo comma specifica che l'azione deve essere promossa davanti al giudice dello Stato in cui il titolare o il responsabile hanno uno stabilimento, o, in alternativa, davanti al giudice dello Stato in cui l'interessato risiede abitualmente, salvo che il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento sia un'autorità pubblica di uno Stato membro nell'esercizio dei pubblici poteri.

Andiamo ad analizzare la tipologia dei provvedimenti che potrebbero essere richiesti al giudice adito e il possibile oggetto della decisione. Un primo rimedio esperibile, sebbene non espressamente previsto dalla legge, consiste in un'azione inibitoria che

¹⁴⁹ In deroga a quanto disposto dalla l. 2248/1865 All. E, artt. 2-4-5.

¹⁵⁰ Per una completa disamina dell'argomento, v. G. Pesce, “L'attività di controllo e vigilanza”, in F. Caringella, M. Protto (a cura di), “La responsabilità civile della pubblica amministrazione”, Zanichelli, Torino, 2009, 1153 ss. L'Autore osserva come proprio in relazione a tale tipologia di responsabilità scolari, in un certo senso, la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. Infatti, nelle vicende in cui sono coinvolte Autorità indipendenti, è possibile individuare la compresenza di due distinti rapporti giuridici. Il primo, di tipo “orizzontale”, intercorre tra l'Autorità e il soggetto vigilato, mentre il secondo, “verticale”, tra l'Autorità e i terzi. Il rapporto orizzontale si fonda su un interesse legittimo del soggetto vigilato nei confronti della PA vigilante; il rapporto verticale ruota attorno al diritto soggettivo del terzo. In ogni caso, la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie in materia di protezione dei dati personali rende meramente teorica, ai nostri fini, la questione.

miri ad ottenere un provvedimento con cui il giudice, accertata una violazione del diritto, o comunque una condotta che, seppur non chiaramente illecita è comunque tale da comprimere in modo non giustificato il diritto altrui¹⁵¹, ingiunga al titolare del trattamento la cessazione della condotta lesiva (o potenzialmente tale). La condotta oggetto dell'ingiunzione potrà consistere in un *facere* (es. ordinare la cancellazione di un dato personale conservato negli archivi del titolare) o in un non *facere* (es. ordinare la cessazione delle comunicazioni commerciali effettuate dal titolare nei confronti dell'interessato). Nel disporre la misura inibitoria il giudice può, a norma dell'art. 614 bis cpc, fissare, su richiesta di parte, e salvo che ciò non risulti manifestamente iniquo, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. L'ordinamento italiano conosce, infine, anche una forma di inibitoria provvisoria ex art. 700 cod. proc. civ. Questa norma consente di ottenere dal giudice, dimostrando l'imminenza (*periculum in mora*) e l'irreparabilità (*fumus boni iuris*) del danno che il ricorrente ha timore di subire, "i provvedimenti più idonei ad assicurare gli effetti della decisione sul merito". Il rimedio di cui all'art. 700 cod. proc. civ. risponde, tuttavia, ad una logica di sussidiarietà, nel senso che risulta precluso quando la finalità cautelare cui esso pur tende può essere raggiunta attraverso rimedi provvisori specificamente previsti dalla legge. Si poteva sostenere quindi che, prima delle recentissime modifiche al Codice della privacy, potendo il soggetto leso ricorrere direttamente al Garante, l'applicabilità dell'art. 700 risultasse preclusa in materia di protezione dei dati personali. E' lecito, oggi, però domandarsi se, a seguito dell'abrogazione dell'istituto del ricorso al Garante, la norma possa essere nuovamente applicata nel nostro campo.

Altro rimedio esperibile dall'interessato è l'azione risarcitoria. Preliminarmente occorre chiarire i rapporti tra questa forma di tutela e la tutela inibitoria. Pur essendo entrambe ascrivibili al *genus* delle azioni di condanna, l'azione risarcitoria si differenzia dall'inibitoria poiché la seconda presenta i caratteri della preventività e della specificità: è preventiva perché mira ad ottenere la cessazione per il futuro di

¹⁵¹ Così G. N. Nardo, "Riflessioni sulla azione inibitoria", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 4, 1371 ss.

condotte lesive; è specifica perché è volta a ricondurre la condotta dell'obbligato al parametro legale. L'accoglimento dell'azione inibitoria prescinde, di conseguenza, dall'accertamento della colpa o del dolo dell'obbligato, e finanche dalla prova dell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale¹⁵². Differentemente, l'azione risarcitoria è diretta ad imporre all'obbligato una prestazione diversa da quella cui era originariamente tenuto, prestazione che precisamente consiste nel ristoro del danno cagionato.

Come già osservato in precedenza, l'accoglimento dell'azione risarcitoria è subordinato alla prova di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana: fatto illecito, danno ingiusto, nesso di causalità, dolo o colpa del danneggiante.

10. LA RESPONSABILITA' CIVILE DA ILLECITO TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI E LA GIURISDIZIONE SULLE RELATIVE CONTROVERSIE.

In materia di diritto alla protezione dei dati personali, il GDPR fissa una specifica disciplina sul diritto al risarcimento e responsabilità dei soggetti coinvolti nel trattamento, in parziale deroga – si osserva – all'art. 2043 cod. civ.¹⁵³. Infatti, l'art. 82, par. 1 stabilisce che “chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento

¹⁵² G. Arcudi, V. Poli, “Il diritto alla riservatezza”, Ipsa, 2000, 24.

¹⁵³ La natura derogatoria, nel senso della specialità, della disciplina della responsabilità per illecito trattamento dati rispetto alla più generale responsabilità extra-contrattuale oggi, grazie alle novità introdotte dal GDPR, risulta facilmente sostenibile: così M. Gambini, *op. cit.*, 132. In precedenza, la dottrina era divisa tra chi includeva tale responsabilità nel solco dell'art. 2043 cod. civ. (v. A. Di Majo, “Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela”, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, *op. cit.*, 240 ss.; M. Franzoni, “Dati personali e responsabilità civile”, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 902 ss.;) e chi, al contrario, ritiene che essa posseda una sua autonomia, la quale risiederebbe nel fatto che, mentre nella prospettiva della tutela aquiliana il comportamento tenuto dall'agente è valutato *ex post* sulla base dell'evento dannoso, in materia di protezione dei dati personali l'antigiuridicità del comportamento si produrrebbe automaticamente come conseguenza dello scostamento rispetto alle regole di trattamento fissate *ex ante* dalla legge (v. D. Messinetti, “I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 549; G. Ramaccioni, “La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali”, in F. Ruscello (a cura di), “Studi in onore di Davide Messinetti”, ESI, Napoli, 2009, 265 ss.; S. Sica, P. Stanzione (a cura di), “La nuova disciplina della privacy”, Zanichelli, Bologna, 2004, 8 ss.).

del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento”.

Sul punto si nota che il riferimento a “chiunque” è chiaramente inclusivo anche di soggetti estranei al trattamento, che tuttavia abbiano subito un danno *a causa* (e non necessariamente *nell’ambito*) di un trattamento effettuato dal titolare o dal responsabile, su dati di terzi interessati.

Inoltre l’espressa previsione della risarcibilità del danno “materiale o immateriale” rileva, nel diritto italiano, ai fini dell’applicabilità dell’art. 2059 cod. civ., il quale limita la risarcibilità dei danni non patrimoniali ai soli “casi determinati dalla legge”¹⁵⁴. Collegato alla prassi giurisprudenziale relativa all’art. 2059 cod. civ. è il tema della “soglia di risarcibilità” dei danni non patrimoniali, che merita di essere ulteriormente approfondito. Posto che la fattispecie di cui all’art. 2059 cod. civ. deve essere ricondotta al più ampio *genus* dell’illecito aquiliano, va innanzitutto notato che la risarcibilità del danno non patrimoniale da lesione di diritti costituzionalmente garantiti è subordinata all’esistenza dei requisiti della gravità della lesione (principio di offensività) e non futilità del danno (principio di effettività della perdita subita): qualora essi non sussistano, incombe sul soggetto leso l’onere di tollerare il pregiudizio, sulla base del dovere di solidarietà imposto dall’art. 2 Cost (ciò in applicazione del principio *de minimis non curat praetor*). In materia di protezione dei dati personali, la soglia di tollerabilità potrebbe essere fissata ponendo come riferimento la clausola generale di buona fede, quella di correttezza di cui agli artt. 1175 cod. civ. e 5, par. 1, lett. a) GDPR e dal dovere di diligenza nell’adempimento dell’obbligazione di cui all’art. 1176 cod. civ.

Indicazioni ulteriori provengono dal considerando 75 del GDPR, il quale elenca – a titolo esemplificativo – i “trattamenti di dati personali suscettibili di cagionare un danno fisico, materiale o immateriale” da cui possano derivare rischi per diritti e

¹⁵⁴ Per la verità, l’ambito di applicazione dell’art. 2059 c.c., prima limitato alle ipotesi in cui il fatto costituisse reato, è stato esteso in via pretoria, da una ormai costante giurisprudenza di legittimità, anche alla lesione di interessi costituzionalmente rilevanti: v., *ex multis*, Cass, S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in Foro it., 2006, I, 1344; 11 novembre 2008, n. 26972, in Giur. it., 2009, 61; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827/8828, entrambe in Foro it., 2003, I, 2272; 25 agosto 2014, n. 18174, in *Mass.*, 2014, 706; confermata anche dalla Corte Costituzionale, sent. 11 luglio 2003, n. 233, in Foro it., 2003, I, 2201. Talché, anche senza l’espressa indicazione contenuta nell’art. 82 GDPR, la norma interna si sarebbe dovuta ritenere applicabile.

libertà delle persone fisiche: l'interprete, pur non essendo vincolato dall'elencazione ivi contenuta – peraltro non esaustiva – potrà, attraverso di essa, orientarsi per fissare la soglia di risarcibilità.

Qualche problema potrebbe, invece, porsi nei casi in cui un soggetto, realizzando in quanto titolare del trattamento in maniera sistematica violazioni minori della normativa, cagioni danno ad un numero elevato di interessati, ma in modo che ciascun danno singolarmente considerato non riesca a superare la soglia di risarcibilità (cd. danni diffusi); oppure per i danni cagionati dal titolare del trattamento non immediatamente percepibili nella loro portata lesiva (cd. danni oscuri), oppure nei casi di danni cagionati da titolari di trattamento che si mantengono ignoti, ad esempio perché hanno ottenuto i dati illecitamente (cd. danni anonimi); o, infine, nei casi in cui il danno da illecito trattamento dati sia stato cagionato da un trattamento che ha ad oggetto un'intera categoria di interessati, assumendo così il danno una dimensione sociale (cd. danni collettivi). In relazione a queste ipotesi è stata sottolineata in dottrina¹⁵⁵ l'inadeguatezza del consueto approccio individualistico-difensivo della tutela aquiliana, pur riprodotto nelle sue linee essenziali, e salve le precisazioni fornite nel presente paragrafo, dall'art. 82 GDPR.

Infine, la responsabilità di cui stiamo trattando è, pur sempre, riferita al titolare o al responsabile del trattamento, con la conseguenza che la relativa azione non potrebbe essere esperita contro soggetti che, ad altro titolo, violando la disciplina posta dal Regolamento, abbiano procurato un danno¹⁵⁶. Questa circostanza¹⁵⁷ sottolinea, per quanto attiene al profilo in esame, la natura derogatoria della responsabilità civile

¹⁵⁵ M. Gambini, *op. cit.*, 130.

¹⁵⁶ Potrebbe in effetti ipotizzarsi che soggetti diversi dal titolare pongano in essere condotte lesive di diritti, in violazione del GDPR. Pensiamo al caso dell'Autorità di controllo che, pur essendo venuta a conoscenza, nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali, di violazioni poste in essere dal titolare del trattamento, abbia ommesso di attivarsi per sanzionare e porre fine alle condotte illecite.

¹⁵⁷ Come rileva anche M. Gambini, *op. cit.*, 26 – 27, ciò costituisce una delle novità più rilevanti introdotte dal GDPR, in quanto – differenziandosi chiaramente dall'art 15 Codice privacy (oggi abrogato), il quale mutuava nella sostanza dall'art. 2043 cod. civ. l'espressione “chiunque cagiona danno” – limita la responsabilità esclusivamente al titolare e al responsabile del trattamento, con ciò sottolineando la definitiva configurabilità di un rapporto (il trattamento) chiuso, che non ammette influenze esterne e si esaurisce nelle relazioni tra i soggetti che ne sono parte.

discendente dall'illecito trattamento di dati personali, rispetto alla generale responsabilità aquiliana, cui, invece, come è noto, è soggetto chiunque sia autore di un fatto doloso o colposo che causi ad altri un danno ingiusto.

Il secondo paragrafo dell'art. 82 differenzia sensibilmente la posizione del titolare e del responsabile del trattamento, affermando che il titolare risponde – sembrerebbe in ogni caso – del danno cagionato dal trattamento illegittimo, mentre il responsabile risponde per il danno causato solo se non ha adempiuto gli obblighi lui imposti dal Regolamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento.

Come rileva la più lucida dottrina¹⁵⁸, in forza dell'art. 82, par. 2 GDPR, e nell'ottica del principio di responsabilizzazione che informa tutta la disciplina fissata dal Regolamento, in nessun caso, ora, il titolare del trattamento può andare esente da responsabilità. E ciò – si badi – anche in ipotesi prima rivelatesi problematiche, come ad esempio l'affidamento del trattamento in outsourcing, poiché esso avrebbe richiesto conoscenze tecniche di cui il titolare non disponeva, con conseguente riconoscimento di un qualche margine di discrezionalità e potere decisorio in capo al responsabile del trattamento. Il GDPR, art. 28, par. 10, infatti, disvelando un apprezzabile sforzo di razionalizzazione del sistema, dispone che, quando il responsabile (del trattamento) determina da sé finalità e mezzi del trattamento, si considera, ai soli fini risarcitori, titolare. Mentre, qualora la determinazione dei mezzi e delle finalità suddette avviene in concorso col titolare, il responsabile acquista, ex art. 26, par. 1, la qualifica di titolare, producendosi una situazione di contitolarità del trattamento, con conseguente applicazione della relativa responsabilità solidale.

Il paragrafo terzo dell'art. 82 sembra costruire un meccanismo di imputazione oggettivo della responsabilità in esame¹⁵⁹. Si stabilisce infatti che è possibile per

¹⁵⁸ M. Gambini, *op. cit.*, 31 ss.

¹⁵⁹ M. Franzoni, "Responsabilità derivante da trattamento di dati personali", in G. Finocchiaro, F. Delfini (a cura di), "Diritto dell'informatica", Utet, Milano, 2014, 831; M. G. Resta, A. Salerno, "La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali", in G. Alpa, G. Conte (a cura di), "La responsabilità d'impresa", Giuffrè, Milano, 2015, 670 ss.; *contra*, nel senso che si tratti di responsabilità per colpa, M. Gambini, *op. cit.*, 74 ss., la quale, tuttavia, ammette che l'elemento soggettivo, in tal caso, si

l'agente essere esonerato dalla responsabilità, solo dando prova che l'evento dannoso non gli è "in alcun modo imputabile", cioè solo dimostrando che non esiste il nesso di causalità tra condotta ed evento dannoso, poiché esso si è verificato per caso fortuito o forza maggiore, per fatto del terzo o del danneggiato¹⁶⁰.

Una lettura più audace della norma¹⁶¹ è incline a ritenere che il "danno da violazione della *privacy*" si configura come conseguenza della colposa mancata adozione, da parte del danneggiante, delle misure tecniche e organizzative adeguate ad evitarlo, con ciò sostenendosi che l'effetto principale prodotto dalla nuova disciplina sulla responsabilità *de qua* sia stato quello di estendere – quantitativamente e qualitativamente – gli obblighi di diligenza gravanti sui soggetti che pongono in essere il trattamento. Diligenza che travalica la dimostrazione circa il rispetto degli obblighi imposti dalla normativa vigente, ma che, secondo questa teoria che valorizza al massimo il principio di responsabilizzazione, impone l'obbligo a coloro che trattano dati personali di integrare, ed essere in grado di provarlo, le misure di sicurezza "minime"¹⁶² con ulteriori accorgimenti, secondo valutazioni di adeguatezza ed efficacia svolte caso per caso, al fine di massimizzare la tutela apprestata al diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato.

La norma in esame ha innovato la materia: l'art. 15 Codice della privacy, oggi abrogato¹⁶³, prevedeva espressamente, invece, che nelle ipotesi di danno cagionato per effetto del trattamento avesse dovuto applicarsi l'art. 2050 cod. civ., relativo alla

connoti come "colpa oggettiva", ovvero si riferisca all'inosservanza di un modello astratto ed oggettivo di comportamento (lo standard), la cui violazione è automaticamente considerata colpevole dalla legge.

¹⁶⁰ In applicazione – per quanto concerne il fatto del danneggiato – del brocardo pomponiano "*Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire*".

¹⁶¹ M. Gambini, *op. cit.*, 78 ss. L'Autrice adduce, a conferma della sua ricostruzione, il fatto che il GDPR, contrariamente alla Direttiva 95/46/CE, nello stabilire il contenuto dell'onere probatorio che deve assolvere il titolare o il danneggiante per poter andare esente da responsabilità, non richiama espressamente il caso fortuito, la forza maggiore, il fatto di terzi o del danneggiato, preferendo invece l'espressione più lata della non imputabilità al danneggiante dell'evento dannoso. Inoltre, rifacendosi a studi di analisi economica del diritto, l'Autrice ravvisa nella tesi dell'imputazione per colpa – seppure presunta – un incentivo per l'adozione da parte del titolare (o del responsabile) di misure di sicurezza adeguate a scongiurare i rischi per i diritti dell'interessato; laddove, al contrario, la tesi della responsabilità oggettiva scoraggerebbe le pratiche più virtuose.

¹⁶² Ovvero quelle necessarie per assolvere gli obblighi di *compliance* imposti dalla normativa.

¹⁶³ A seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 101/2018, la materia è attualmente regolata dal GDPR, senza alcuna mediazione legislativa interna.

responsabilità per l'esercizio di attività pericolose.

La letteratura formatasi sull'art. 2050 cod. civ. manifesta due diverse posizioni. Quella prevalente¹⁶⁴ è nel senso di ritenere che il meccanismo d'imputazione della relativa responsabilità sia di natura oggettiva, con la conseguenza che il titolare, per andare esente da responsabilità, doveva dimostrare l'impossibilità di imputare a se il danno. Secondo una tesi minoritaria¹⁶⁵ la norma configura un'ipotesi di "responsabilità aggravata, fondata sulla colpa presunta"¹⁶⁶, talché grava sul titolare dell'attività, per andare esente da responsabilità, l'onere provare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno¹⁶⁷.

Oggi l'abrogazione dell'art. 15 Codice privacy, per effetto del d.lgs. 101/2018, ha determinato anche il venir meno del filtro, ivi richiamato, dell'art. 2050 cod. civ., con la conseguenza che, nella nostra materia, non pare più opportuno riferirsi alla dottrina, da ultimo richiamata, che ha riflettuto sulla natura della responsabilità da attività pericolosa.

La novità normativa introdotta dal Regolamento lascia molto più spazio all'interprete e, a parere di chi scrive, esaltando il dato testuale dell'art. 82, par. 3, consente definitivamente di inquadrare la responsabilità da illecito trattamento di

¹⁶⁴ Così si esprime la dottrina e la giurisprudenza prevalente in tema di responsabilità da attività pericolose. In dottrina, v. E. Betti, "Teoria generale delle obbligazioni", Giuffrè, Milano, 1953, 151; M. Comporti, "Esposizione a pericolo e responsabilità civile", ESI, Napoli, 1965, 176; P. Trimarchi, "La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno", Giuffrè, Milano, 2017, 405. In giurisprudenza, v. Cass., 23 gennaio 2017, n. 6032, in CED Cassazione.

¹⁶⁵ Sostenuta da C. M. Bianca, "Diritto civile. La responsabilità", Giuffrè, Milano, 1978, 709; ed anche da parte della giurisprudenza: *ex multis*, Cass., 5 luglio 2017, n. 16637; 20 maggio 2016, n. 10422; 30 gennaio 2009, n. 493.

¹⁶⁶ Ancora, testualmente, M. Gambini, *op. cit.*, 72.

¹⁶⁷ Nella vigenza dell'(ormai abrogato) articolo 15 Codice privacy, parte della dottrina (v. V. Roppo, "La responsabilità civile per trattamento di dati personali", in *Danno resp.*, 1997, 663 ss.), argomentando ex art. 2050 cod. civ., riferiva la responsabilità di cui si discorre, di regola, al solo titolare del trattamento, in quanto soggetto che ha il controllo dell'attività pericolosa svolta nel suo interesse. Secondo questa impostazione il responsabile del trattamento sarebbe stato chiamato a risarcire il danno riconducibile alla sua attività, solo se egli avesse avuto autonomia organizzativa e gestionale, ferma restando, in tale ipotesi, la responsabilità del titolare per *culpa in vigilando*. Altra parte della dottrina (v. C. Castronovo, "Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali", in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *op. cit.*, 221 ss.), ritenendo, piuttosto, che dovesse applicarsi l'art. 2049, escludeva la responsabilità del titolare del trattamento qualora il danno fosse cagionato da un responsabile del trattamento estraneo all'organizzazione del titolare, difettando, in tal caso, l'elemento della preposizione richiesto dalla norma.

dati personali come forma autonoma di responsabilità oggettiva.

Eventualmente, in assenza di una espressa qualificazione normativa, la responsabilità del titolare del trattamento avrebbe potuto, peraltro, sostenersi¹⁶⁸, sempre a titolo di responsabilità oggettiva, sulla base dell'art. 2049 cod. civ., il quale fa rispondere “il padrone o il committente” quando l'illecito è commesso da uno dei suoi collaboratori o dipendenti, nell'esecuzione di un ordine o un'attività impartitagli. La giurisprudenza ha ritenuto che la norma debba trovare applicazione ogni qual volta sussista un rapporto di preposizione, anche se non nell'ambito di un contratto tipico: rapporto di preposizione che, in effetti, generalmente intercorre tra titolare e responsabile del trattamento, essendo quest'ultimo il soggetto che tratta dati per conto del titolare sulla base delle finalità e dei mezzi individuati da quest'ultimo. Da questo punto di vista, l'art. 82 renderebbe essenzialmente superflua la prova dell'esistenza, nel caso di specie, del rapporto di preposizione, poiché esso sarebbe presupposto *in re ipsa*.

La responsabilità in esame è, come si accennava, di tipo solidale: titolare e responsabile (e, qualora ve ne sia più d'uno, i contitolari e i corresponsabili), coinvolti nello stesso trattamento, a causa del quale si è verificato il danno, sono obbligati ciascuno per l'intero (art. 82, par. 4), con conseguente possibilità per il danneggiato di convenire in giudizio anche uno solo dei danneggianti, a prescindere dalla “dimensione” – nel senso di gravità – della colpa di ciascuno. Il pagamento di uno dei responsabili solidali libera anche gli altri, salvo il diritto del *solvens* di agire di regresso contro i condebitori per ottenere la parte del risarcimento corrispondente alla loro parte di responsabilità (art. 82, par. 5).

Accertata la responsabilità, determinante ai fini della ripartizione dell'onere risarcitorio gravante su ciascun obbligato è la definizione dei “ruoli e rapporti” nei confronti degli interessati¹⁶⁹, la quale può avvenire, a seconda che si tratti del rapporto titolare – responsabile, oppure fra contitolari o corresponsabili,

¹⁶⁸ Per i riferimenti alla dottrina che ha abbracciato questa tesi, v. nota 119.

¹⁶⁹ Così art. 26, par. 1, GDPR.

rispettivamente tramite accordo negoziale¹⁷⁰ – generalmente coincidente con l’atto di nomina – o con accordo interno¹⁷¹.

Resta comunque ferma, a prescindere da ogni determinazione interna, in base al principio di *accountability*, la responsabilità del titolare del trattamento per *culpa in vigilando* o *in eligendo*, le quali sorgono allorché il titolare abbia scelto come responsabile del trattamento un soggetto privo di garanzie adeguate a tutelare i diritti e le libertà dell’interessato¹⁷², oppure non abbia vigilato sulla corretta esecuzione delle direttive impartite al responsabile, salva l’ipotesi in cui l’attività di controllo da parte del titolare sia impedita da fatti imputabili esclusivamente al responsabile del trattamento.

Occorre, infine, analizzare, nell’ordinamento italiano, a quale giurisdizione siano attribuiti i ricorsi in materia di violazione del diritto alla protezione dei dati personali. Il GDPR lascia impregiudicata la questione, riferendosi genericamente, negli articoli 78, par. 3, 79, par. 2 e 82, par. 6, all’”Autorità giurisdizionale”.

Sul punto è intervenuto l’art. 152 c. 1 del Codice della privacy, come novellato dal d.lgs. 101/2018, che ha attribuito la giurisdizione per ogni controversia in materia di protezione di dati personali al giudice ordinario. La previsione legislativa si riferisce espressamente anche ai ricorsi giurisdizionali avverso i provvedimenti del Garante o contro la sua inerzia (cioè quelli di cui all’art. 78 GDPR), nonché – con formula sembrerebbe onnicomprensiva – a “tutte le controversie che riguardano le materie oggetto dei ricorsi [...] comunque riguardanti l’applicazione della normativa in

¹⁷⁰ Precisamente, ex art. 28, par. 3, GDPR: “I trattamenti da parte di un responsabile del trattamento sono disciplinati da un contratto o da altro atto giuridico a norma del diritto dell’Unione o degli Stati membri, che vincoli il responsabile del trattamento al titolare del trattamento e che stipuli la materia disciplinata e la durata del trattamento, la natura e la finalità del trattamento, il tipo di dati personali e le categorie di interessati, gli obblighi e i diritti del titolare del trattamento [...]”.

¹⁷¹ Precisamente, ex art. 26, par. 1, GDPR: “Allorché due o più titolari del trattamento determinano congiuntamente le finalità e i mezzi del trattamento, essi sono contitolari del trattamento. Essi determinano in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all’osservanza degli obblighi derivanti dal presente regolamento [...]”.

¹⁷² Contravvenendo così all’art. 28, par. 1, secondo cui: “Qualora un trattamento debba essere effettuato per conto del titolare del trattamento, quest’ultimo ricorre unicamente a responsabili del trattamento che presentino garanzie sufficienti per mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate in modo tale che il trattamento soddisfi i requisiti del presente regolamento e garantisca la tutela dei diritti dell’interessato”.

materia di protezione dei dati personali”, con la conseguenza che l’autorità giudiziaria ordinaria si troverà sistematicamente a dover conoscere di un atto amministrativo di cui si lamenta l’illegittimità, o comunque la lesività.

Nell’accingerci a trattare l’argomento, bisogna preliminarmente notare come, nel sistema oggi vigente (risalente alla l. 2248/1865, All. E), la circostanza in esame si prospetti, in termini generali, straordinaria o comunque residuale¹⁷³, rispetto alla regola generale secondo cui è il giudice amministrativo o la competente Autorità amministrativa a dover conoscere, ai fini dell’annullamento, dell’atto illegittimo. Al giudice ordinario spetta un mero potere di disapplicazione dell’atto illegittimo, con effetti, dunque, solo *inter partes*.

Per ciò che concerne i provvedimenti del Garante, la regola è invece ribaltata: l’art. 152 c.1 del Codice attribuisce al giudice ordinario – potremmo dire – una “giurisdizione esclusiva”, con la conseguente generalizzata e sistematica cognizione degli atti (*id est*, secondo la terminologia del GDPR, “decisioni giuridicamente vincolanti”) e dei comportamenti del Garante. Coerentemente con questa impostazione, e per evidenti ragioni di certezza del diritto ed effettività della tutela, il vigente art. 10, c. 10 del d.lgs. 150 del 2011 (e prima di esso, l’art. 152, c.12 del Codice privacy) stabilisce che il giudice, nel definire (con sentenza inappellabile) un ricorso in materia di protezione dei dati personali, può prescrivere “le misure necessarie, anche in deroga al divieto di cui all’articolo 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E), anche in relazione all’eventuale atto del soggetto pubblico titolare o responsabile dei dati, nonché il risarcimento del danno”¹⁷⁴. La latitudine

¹⁷³ Lo rileva E. Casetta, “Manuale di diritto amministrativo”, Giuffrè, Milano, 2011, 716 ss., cui si rimanda per una più approfondita trattazione.

¹⁷⁴ Un cenno va dedicato al sindacato degli atti del Garante da parte del giudice penale. Il Codice privacy e il d.lgs. 150/2011 si riferiscono, infatti, alle sole controversie civili, mentre nulla dispongono sui poteri del giudice penale in relazione ai provvedimenti del Garante rilevanti ai fini della configurazione delle fattispecie di reato specificamente introdotte dal Codice stesso. Il riferimento è al solo art. 170 (“Inosservanza dei provvedimenti del Garante”) – applicabile secondo il principio di specialità in luogo del più generale art. 650 c.p. –, il quale collega la punibilità all’inosservanza di determinati provvedimenti del Garante (es. del provvedimento che, ai sensi dell’art. 58, par. 2, lett. f) del GDPR, impone una limitazione provvisoria o definitiva al trattamento, incluso il divieto di trattamento). *Quid iuris* se l’inosservanza è riferita ad un provvedimento illegittimo? Nel silenzio della legge, la giurisprudenza minoritaria ha talvolta riconosciuto un potere di disapplicazione del giudice penale *in bonam partem* (v.

dei poteri attribuiti al giudice ordinario in sede di decisione ora esaminati rendono superflua la precisazione delle azioni esperibili davanti ad esso, le quali potranno coincidere, quanto agli effetti, anche con le azioni proponibili a norma del codice del processo amministrativo.

Quanto alla procedura e ai termini processuali trovano applicazione le disposizioni dell'art. 10 d.lgs. 150/2011. In particolare, alle controversie *de quibus*, si applica il rito del lavoro, ove non derogato (comma 1); la competenza è attribuita, alternativamente, al tribunale del luogo di residenza del titolare del trattamento o quello di residenza dell'interessato (comma 2); il ricorso avverso un provvedimento del Garante va proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero (comma 3); il ricorso avverso la mancata decisione del Garante nel trattare un reclamo proposto entro 9 mesi dalla presentazione, oppure avverso la mancata comunicazione sullo stato del procedimento entro 3 mesi dalla presentazione, va presentato, a pena d'inammissibilità, entro 30 giorni dalla scadenza dei predetti termini (comma 4); l'azione può essere esercitata anche per conto dell'interessato da parte di associazioni od enti cui egli abbia conferito mandato (comma 5). I commi da 6 a 9 trattano aspetti strettamente procedurali e non problematici, onde se ne omette la trattazione, per la scarsa rilevanza ai fini della presente trattazione.

Cass., 29 aprile 2010, n. 10407), mentre la dottrina e la giurisprudenza prevalente (v. Cass., 15 marzo 2017, n.12389) formatesi sull'art. 650 c.p., dove però compare il riferimento al provvedimento "legalmente dato" (non presente nell'art. 170 Codice privacy), sono inclini a ritenere che il giudice penale non disapplichi l'atto illegittimo, ma si limiti a constatare che la condotta dell'agente non integra la fattispecie delittuosa, poiché il comportamento è diretto nei confronti di un atto illegalmente dato. Per ciò che concerne il reato di cui all'art. 170, posto che esso può essere per più ragioni assimilato alla fattispecie di cui all'art. 650 c.p., è possibile sostenere che il requisito della "legittimità dell'atto" (la cui inosservanza è penalmente sanzionata) debba sussistere anche in relazione alla ipotesi *de qua*, in virtù di una (qui certamente consentita) applicazione analogica *in bonam partem*.

11. VERSO UNA RIUNIFICAZIONE DEI CONCETTI DI RISERVATEZZA E PROTEZIONE DEI DATI.

In precedenza, si è diffusamente trattato dell'affermazione del diritto alla protezione dei dati quale situazione giuridica autonoma e distinta rispetto al diritto alla riservatezza tradizionalmente inteso. Si è posto in luce l'aspetto positivo della protezione dei dati, consistente nella pretesa del suo titolare di controllare le modalità attraverso cui i dati che lo riguardano sono gestiti, organizzati: in definitiva, trattati.

Il compulsivo sviluppo delle tecnologie, confidando che tale processo si indirizzi verso una sempre maggiore integrazione tra individuo e macchina, impone, in prospettiva evolutiva, una rilettura dei concetti di riservatezza e di protezioni dei dati più sopra fissati.

Le relazioni umane stanno evolvendo progressivamente in “*rapporti numerici tra modelli-profilo*”, risultanti dai dati trattati da algoritmi¹⁷⁵. Più nello specifico, nel contesto dell'*Internet of Things* (cd. IoT)¹⁷⁶ si assiste, infatti, ad una sempre più intensa commistione tra profili della vita privata e pubblica della persona. Le caratteristiche di questo modo di intendere (e di progettare) la tecnologia (quali invasività, onnipresenza, interconnettività, ecc...) rendono più complicato tracciare una linea di demarcazione fra ciò che avviene dentro o fuori al “recinto della personalità” di cui parlavano Warren e Brandeis.

Le sfide giuridiche poste dall' IoT traggono origine da un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, i rischi di ingerenza nella propria sfera personale oggi provengono, non solo dall'autorità pubblica o da soggetti privati terzi (come pure era sostenibile fino a poco tempo fa), ma anche da realtà inanimate, oggetti in grado autonomamente di rilevare informazioni ed altri dati, scambiandoli con le altre unità che compongono il sistema¹⁷⁷. In secondo luogo, la circostanza che le

¹⁷⁵ B. Romano, “Algoritmi al potere; calcolo, giudizio, pensiero”, Giappichelli, Torino, 2018, 11.

¹⁷⁶ Il termine fu coniato nel 2009 dal ricercatore del MIT Kevin Ashton, e con esso si indicano un insieme di tecnologie che permettono di interconnettere, tra loro e con Internet, oggetti, apparati o sistemi diversi allo scopo di monitorare, controllare e trasferire informazioni.

¹⁷⁷ Secondo U. Paolucci, “La tutela dei dati personali in una realtà multinazionale”, in G. Rasi (a cura di),

tecnologie IoT molto spesso non rendano l'interessato consapevole, o lo rendano solo parzialmente tale, del trattamento dei propri dati, qualificandolo come “non utente”¹⁷⁸.

Queste ragioni sono alla base di una nuova “ri-fusione” tra riservatezza e protezione dei dati personali, nel senso di valorizzare il contenuto negativo proprio della prima. Nasce, dunque, dall'unione delle due, il concetto di “*data protecy*”, il quale imporrebbe di considerare il diritto dell'interessato di proteggersi rispetto alle influenze che nella sua vita privata potrebbero avere “le cose” in grado di captare, seppur in termini di dato grezzo, informazioni o dati lui appartenenti.

La frontiera è rappresentata dalla cd. “*3D Privacy*”, cioè una serie di strumenti di tutela (e di autotutela) pensati, *by design* e *by default* (secondo le note espressioni del GDPR), per reagire ad un ambiente tridimensionale di raccolta dati. Si pensi ai software, utilizzabili in associazione ai sistemi di videosorveglianza, in grado di effettuare una lettura biometrica volta alla profilazione, per i fini più disparati (inclusi quelli commerciali), degli individui che entrino od escano da un determinato luogo; oppure ai sensori, non immediatamente visibili, installati sugli scaffali di un negozio che rilevino i comportamenti degli utenti, al fine di migliorare l'offerta del commerciante; o, ancora, ai software in grado di elaborare le immagini raccolte da una videocamera montata in una vetrina di un negozio, al fine di individuare quali tra le merci esposte sia più appetibile per il pubblico.

Data l'importanza che gli oggetti in grado di captare e scambiare informazioni hanno (e avranno nel futuro) in termini di progresso tecnologico e rendimento commerciale, il diritto non dovrebbe ostacolarne incondizionatamente l'ascesa, bensì esso dovrebbe favorire quelle tecnologie che permettano la schermatura dalle ingerenze tecnologiche indesiderate: operazione che in termini giuridici equivale a favorire l'esercizio del diritto dell'individuo al “rispetto della propria vita privata e

“Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive”, Roma, 2014, 83, la pervasività della tecnologia è un fattore positivo, perché dà opportunità nuove alle persone, ma occorre fare attenzione ai rischi che essa comporta, non solo in termini di lesione dei diritti degli utenti, ma anche in termini di mancato ritorno dell'investimento per gli operatori economici, a causa della sfiducia che si ingenererebbe nei loro clienti.

¹⁷⁸ La definizione è contenuta in L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi (a cura di), *op. cit.*, 725.

familiare”, ma – diversamente dal passato – in un contesto dove alla mera intrusione nella sfera personale si associa la raccolta, l’archiviazione, l’organizzazione, l’aggregazione e lo scambio di dati.

12. IL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI COME RAPPORTO GIURIDICO.

Si è accennato nei paragrafi precedenti che il diritto alla protezione dei dati personali – a differenza del diritto alla riservatezza – viene esercitato e si svolge all’interno di una precisa realtà fenomenica: il trattamento dei dati. L’argomento è stato oggetto di limitata attenzione da parte della dottrina, che ne ha generalmente valorizzato il solo risvolto operativo¹⁷⁹.

In effetti, il GDPR (art. 4, par. 1, n. 2) ne dà una definizione che apparentemente sembra non fornire particolari spunti di analisi giuridica: “qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l’ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l’organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l’adattamento o la modifica, l’estrazione, la consultazione, l’uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l’interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione”.

Il termine compare anche altrove nel Regolamento (e, ovviamente, nella legislazione nazionale), utilizzato in contesti e con significati differenti¹⁸⁰. Le diverse accezioni

¹⁷⁹ Cfr. *ivi*, 88.

¹⁸⁰ Una prima accezione è quella di “tipologia di trattamento”, che si rinviene, *ex multis*, nel considerando 19: “[...] Il presente regolamento non dovrebbe pertanto applicarsi ai trattamenti [corsivo mio] effettuati per tali finalità [...]” (cioè, segnatamente, “prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro, e la prevenzione di, minacce alla sicurezza pubblica”); considerando 20: “[...] Si dovrebbe poter affidare il controllo su tali trattamenti [corsivo nostro] di dati ad organismi specifici all’interno del sistema giudiziario dello Stato membro [...]”; considerando 45: “[...] Un atto legislativo può essere sufficiente come base per più trattamenti (corsivo nostro) effettuati conformemente a un obbligo legale [...]”; art. 8, par. 1, con riferimento ai trattamenti dei dati di minori in relazione ai servizi della società dell’informazione: “[...] Ove il minore abbia un’età inferiore ai 16 anni, tale trattamento [corsivo nostro] è lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale”; art. 47, par. 1, n. 2, lett b): “i trasferimenti o il complesso di trasferimenti di dati, in particolare le categorie di dati personali, il tipo

del termine “trattamento” presenti nel GDPR mettono, tuttavia, in ombra il concetto che vi è sotteso, e cioè che esso altro non denota che un rapporto giuridico, la cui natura e caratteristiche è necessario accertare.

La nostra indagine deve partire dalla funzione delle norme, la quale non consiste nel descrivere la realtà limitandosi a definire i fenomeni, ma piuttosto nell’ordinarla ricollegando al verificarsi di un fatto storico (che una volta considerato dalla norma diventa rilevante per il diritto: cd. fatto giuridico) un determinato effetto giuridico¹⁸¹. La norma si caratterizza per il suo contenuto precettivo, in quanto, qualificando come doveroso un certo comportamento in conseguenza del verificarsi di una certa fattispecie, pone in capo ad un soggetto il correlativo obbligo.

La costituzione dell’obbligo comporta, simmetricamente, il sorgere di una situazione giuridica favorevole in capo ad un altro soggetto, in forza della quale egli ha (il) diritto (soggettivo) di esigere il comportamento obbligato. La relazione che intercorre tra i due soggetti è, si può dire, “qualificata”, poiché, presa in considerazione da una norma, assurge al rango di rapporto giuridico.

Il trattamento dei dati personali può essere considerato un rapporto giuridico, ed anzi se ne può sostenere la natura obbligatoria.

Ciò è molto più intuitivo quando il trattamento ha origine da un contratto¹⁸², poiché

di trattamento [corsivo nostro] [...]”. Il termine è, inoltre, utilizzato per intendere “finalità di trattamento”, specie in relazione al consenso: ex multis, art. 6, par. 1, lett. a): “l’interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità [corsivo nostro]”; art. 7, par. 1: “[...] il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l’interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento [corsivo nostro] dei propri dati personali”; par. 3: “[...]che l’esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento [corsivo nostro] di dati personali non necessario all’esecuzione di tale contratto”. Altre volte l’espressione sostituisce “operazione di trattamento” o “gruppo di operazioni di trattamento: ex multis, considerando 128: “Le norme sull’autorità di controllo capofila e sul meccanismo di sportello unico non dovrebbero applicarsi quando il trattamento è effettuato [corsivo nostro] da autorità pubbliche o da organismi privati nell’interesse pubblico [...]”; art. 9, par. 2, lett. d), relativo ai trattamenti di particolari categorie di dati: “il trattamento [corsivo nostro] è effettuato, nell’ambito delle sue legittime attività e con adeguate garanzie, da una fondazione, associazione o altro organismo senza scopo di lucro che persegue finalità politiche, filosofiche, religiose o sindacali [...]”.

¹⁸¹ La definizione è nota e incontroversa; per approfondimenti v. M. Tamponi, M. Confortini, A. Zimatore *et al.*, “Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato”, UTET, Torino, 2014, 147 ss.; A. Torrente, P. Schlesinger, “Manuale di diritto privato”, Giuffrè, Milano, 2013, 13; P. Rescigno, “Manuale del diritto privato italiano”, Jovene, Napoli, 1975, 257 ss.

¹⁸² Espressamente si riferisce ai “contratti sui dati personali” G. Resta, “Diritti fondamentali e diritto

l'ordinamento non solo stabilisce che esso è "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale" (art. 1321 cod. civ.), ma altresì ammette la sostituzione di una delle parti "nei rapporti derivanti dal contratto" (art. 1406 cod. civ).

Invece, nei casi in cui il trattamento non derivi da un contratto, l'art. 1173 cod. civ. stabilisce che le obbligazioni possono derivare anche "da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico". Il successivo art. 1174 cod. civ. impone che "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica", oltre a dover corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore. La giurisprudenza¹⁸³ ha, da tempo, riconosciuto che le prestazioni a carattere non economico (quale si configura, solitamente, il rilascio dei dati da parte dell'interessato) acquistano il carattere della patrimonialità quando la controprestazione (nella specie, le attività cui sono tenuti il titolare del trattamento e gli altri soggetti che, a vario titolo, collaborano col titolare) ha contenuto patrimoniale. La patrimonialità della prestazione dei soggetti passivi del rapporto *de quo* sussiste in quanto il trattamento ha ad oggetto dati personali, cioè veri e propri beni a carattere economico inerenti alla persona¹⁸⁴.

Bisogna precisare che la compatibilità tra personalità e patrimonialità è stata da

privato nel contesto digitale", in F. Caggia, G. Resta (a cura di), "I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato", Roma tre press, Roma, 2019, 127 ss.

¹⁸³ Cass., 10 aprile 1964, n. 835.

¹⁸⁴ Per quanto attiene al carattere economico dei dati v. AGCM, provv. 29 dicembre 2018, pg. 28: "[...] il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di FB, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo [...]"; Commissione UE, "Orientamenti per l'attuazione /applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali", 25 maggio 2016, pg. 28: "[...] dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico *de facto*". Per quanto attiene alla natura di beni v. Cass., 2 luglio 2018, n. 17278, secondo cui "[...] i dati personali costituiscono beni attinenti alla persona". In dottrina cfr. P. Perlingieri, "L'informazione come bene giuridico", in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; V. Zeno-Zencovich, voce *Cosa*, in R. Sacco (a cura di), *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, Utet, Torino, 1990; *id.*, "Sull'informazione come bene (e sul metodo di dibattito giuridico)", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 485 ss. Nel senso che i dati siano qualificabili come beni comuni, v. R. Messinetti, "La conoscenza come bene comune e il valore giuridico della persona umana", in *Biblioteche oggi*, I, 2015, 47 ss.

tempo affermata dalla dottrina tedesca¹⁸⁵, e troverebbe concretizzazione nell'attribuzione all'individuo del potere di controllare – e quindi di gestire anche sotto il profilo patrimoniale – la propria sfera privata.

In Italia autorevole¹⁸⁶, ma minoritaria – qui condivisa – dottrina civilistica, sostiene, inoltre, che la caratteristica della patrimonialità vada valutata alla stregua di parametri oggettivi, domandandosi, cioè, se, con riferimento al contesto sociale e temporale in cui la prestazione deve eseguirsi, i vantaggi da essa derivanti sono valutati in termini economici. Ed è indubbio che, in molti casi, il trattamento permetta di conseguire ingenti profitti. La dottrina prevalente ritiene, invece, che l'elemento determinante sia l'intenzione delle parti di attribuire alla prestazione carattere patrimoniale.

Trattandosi di un rapporto giuridico, ossia una relazione “qualificata” – nel senso di cui sopra – tra due o più soggetti giuridici, occorre individuarne le parti. Il trattamento dei dati personali si caratterizza per la presenza di alcune parti necessarie ed altre solo eventuali. Sono parti necessarie da un lato, l'interessato, ovvero – secondo la definizione che ne dà il Regolamento – “la persona fisica identificata o identificabile” cui si riferisce il dato personale (ossia l'informazione ottenuta attraverso la correlazione di almeno due dati “semplici”¹⁸⁷) dall'altro il titolare, ovvero il soggetto (persona fisica o giuridica, pubblica/privata) che – sempre secondo la lettera del Regolamento – “determina finalità e mezzi del trattamento dei dati personali”. Accanto ad essi si collocano altre parti, generalmente inquadrare nell'organizzazione del titolare, che solo eventualmente partecipano al rapporto. Ci si riferisce, per citare gli esempi più rilevanti, al responsabile del trattamento, agli incaricati, al responsabile della protezione dei dati personali (da ora, secondo l'acronimo inglese, anche DPO: *Data Protection Officier*), al

¹⁸⁵ Cfr. K. Von Gareis, “Die Privatsphäre im modernen Kulturstaate”, 1877; J. Kohler, “Das Autorrecht”, 1880; e, sulla stessa scia, in Italia, v. G. Resta, “Autonomia privata e diritti della personalità – Il problema dello sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica”, Jovene, Napoli, 2005, 34 ss.

¹⁸⁶ F. Gazzoni, “Manuale di diritto privato”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 566.

¹⁸⁷ A questa conclusione perviene F. Bravo, “Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica”, CEDAM, Padova, 2018, 42-43.

rappresentante del titolare o del responsabile, al destinatario dei dati oggetto di comunicazione.

Vanno, infine, individuati gli elementi oggettivi del rapporto: 1) la presenza di dati personali (nell'accezione riportata in precedenza), quale "elemento catalizzante nuovi poteri per il titolare del trattamento e per l'interessato ¹⁸⁸"; 2) la presenza di strumenti di trattamento organizzati dal titolare; 3) l'organizzazione dei dati all'interno di archivi; 4) l'effettuazione di operazioni di trattamento (come si tenterà di dimostrare in seguito, è proprio l'attività della raccolta – espressamente inclusa dal GDPR tra le attività di trattamento – a segnare la genesi del rapporto di cui stiamo trattando).

13. LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI COME CONTENUTO DI UN "OBBLIGO DI PROTEZIONE".

Il complesso delle facoltà attribuite all'interessato, che compongono il diritto alla protezione dei dati personali, potrebbe, altresì, essere considerato come il contenuto di un "obbligo di protezione" gravante sul titolare del trattamento (e sugli altri soggetti che, a vario titolo, collaborano con esso).

La categoria degli obblighi di protezione rappresenta un'applicazione pratica del principio di correttezza (art. 1175 cod. civ.) e buona fede (artt. 1337, 1358, 1366, 1375, 1460 cod. civ.) cui è informata tutta la disciplina delle obbligazioni in generale e dei contratti, come strumento per attuare la protezione non solo dell'interesse del creditore ad ottenere la prestazione, ma anche la tutela di entrambe le parti, esposte, a causa del rapporto obbligatorio, al pericolo di un danno alla persona o al patrimonio¹⁸⁹.

La questione circa la configurabilità della categoria in esame è dibattuta fin dal diritto giustiniano, il quale quadripartiva le fonti delle obbligazioni in contratti, quasi-contratti, delitti, e quasi-delitti. Tra i quasi-contratti figuravano una serie di ipotesi caratterizzate da una certa analogia con i rapporti obbligatori sorti *ex*

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ Cfr. A. Nicolussi, "Obblighi di protezione", in *Annali*, VIII, 2015.

contractu, con i quali, tuttavia, non condividevano l'elemento strutturale dell'intenzione delle parti ad obbligarsi. Tale impostazione fu, poi, riproposta nel *Code civil* napoleonico, e sulla scia di questo nel Codice civile italiano del 1865. Il Codice civile del 1942, sulla scia della nota tripartizione gaiana in *obligationes ex contractu, ex delicto, ac ex variis figuris causarum*, prevede, invece, all'art. 1173, che le fonti delle obbligazioni sono i contratti, i delitti e ogni altro "fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico".

La novità apportata dal Codice del 1942 è costituita dall'abbandono di un rigido sistema di classificazione delle fonti delle obbligazioni, in favore di una clausola aperta e flessibile.

Ciò pose le basi per l'elaborazione in Italia, sulla scia degli studi già avviati e maturati in Germania¹⁹⁰, della teoria del contatto sociale "qualificato", la quale ipotizza la configurabilità di una particolare forma di obbligazione "senza obbligo primario di prestazione¹⁹¹", il quale sorge sulla base del legittimo affidamento che il creditore ripone nel debitore affinché il comportamento tenuto da questi nell'ambito del rapporto non si traduca in un danno per i suoi interessi.

La teoria in commento osserva che l'ordinamento, in talune circostanze, ricollega "una serie di doveri specifici di comportamento attivo"¹⁹² in capo a soggetti determinati, cui terzi ripongono un affidamento oggettivo, in ragione del fatto che il rapporto che intercorre tra essi è "qualificato" dall'ordinamento.

Anche parte della giurisprudenza¹⁹³ ha recepito tale impostazione ed ha affermato, con particolare riferimento alla responsabilità medica, che il catalogo delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 cod. civ. deve essere integrato con i principi di

¹⁹⁰ Ordinamento nel quale l'elaborazione in tal senso della responsabilità contrattuale si rendeva necessaria a causa della struttura lacunosa del BGB, il quale, ad esempio, in origine non prevedeva una clausola di esatto adempimento. Il BGB, però, prevedeva sin dalla sua entrata in vigore la categoria, di difficile inquadramento, delle cd. "*Schutzgesetze*", ovvero norme che tutelano interessi che non rientrano nell'area di protezione di altre norme: cfr. art. 823, c. 2, BGB secondo cui "è tenuto ad analogo risarcimento del danno colui il cui comportamento sia in contrasto con una legge che protegga l'interesse di un altro".

¹⁹¹ Espressione che compare per la prima volta in K. Larenz, "Lehrbuch des Schuldrecht", Verlag C. H. Beck, Monaco, 1976, 93.

¹⁹² E. Piccini, M. E. Tranfaglia, "I rapporti contrattuali di fatto", CEDAM, Padova, 2010, 225.

¹⁹³ V. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589 in *Foro it.*, 1999, I, 3238 con nota di A. Lanotte.

rango costituzionale che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo, anche alla luce dell'art. 2 Cost.

In particolare, le prime pronunce, coerentemente con la dottrina che le aveva ispirate, erano inclini ad attrarre la responsabilità (classificata come extracontrattuale dalla dottrina maggioritaria) del professionista (nella specie, il medico) nell'ambito delle responsabilità (pacificamente contrattuale) della struttura (nella specie, sanitaria), da cui egli dipende, esclusivamente con la quale l'utente (nella specie, il paziente) ha instaurato il rapporto: all'obbligazione principale si aggiungerebbero, in forza del legittimo affidamento riposto sul professionista, anche prestazioni ulteriori, oggetto dei cd. "doveri di protezione".

Dal terreno della responsabilità medica – nell'ambito della quale è stata poi abbandonata la ricostruzione anzidetta, essendo invalsa la contraria qualificazione della responsabilità medica come responsabilità aquiliana –, successivamente la teoria del contatto sociale qualificato è stata applicata anche per analizzare la responsabilità della Pubblica Amministrazione, la quale è stata considerata, da talune pronunce, di natura contrattuale, originata, dunque, dalla violazione dei canoni di correttezza, imparzialità e buona amministrazione, imposti dalla legge alla P.A.¹⁹⁴; oltre che una serie nutrita ed eterogenea di rapporti obbligatori, come quello che intercorre tra banca e cliente, in particolare sotto il profilo del segreto bancario, inquadrato come obbligo di protezione.

La dottrina impegnata sul tema ha di recente osservato, scostandosi parzialmente dalle soluzioni proposte in Germania, che la responsabilità da contatto sociale qualificato non affonderebbe propriamente le radici nella lesione del legittimo affidamento, ma, piuttosto, sarebbe la conseguenza del verificarsi di un evento, il cui rischio è aumentato per via dell' "intenzionale prossimità delle sfere giuridiche dei contraenti determinata dall'instaurazione di una relazione"¹⁹⁵. L'elemento dell'intenzionalità comporta non tanto un vincolo negoziale, bensì "un impegno e

¹⁹⁴ Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Riv. Corte conti*, 2003, 1, 317; C. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Giur. it.*, 2001, 2386; sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Riv. Corte conti*, 2001, 5, 243.

¹⁹⁵ F. Piraino, "La natura contrattuale della responsabilità pre-contrattuale – il commento" (nota a Cass., 12 luglio 2016, n. 14188), in *Contratti*, I, 2017, 35.

uno sforzo congiunto e non programmato in vista del perseguimento di un risultato che inevitabilmente comporta l'innalzamento del rischio di danno reciproco”

Secondo tale ricostruzione, la buona fede, invece, avrebbe l'effetto di configurare una relazione di mero fatto in un vero e proprio rapporto giuridico.

Nel contesto di rinnovato fervore attorno alle tematiche relative al diritto alla protezione dei dati personali, vi è chi ha tentato di riferire il trattamento dati ad una ipotesi di contatto sociale qualificato, con conseguente applicazione della responsabilità contrattuale, in luogo di quella extracontrattuale¹⁹⁶.

Una simile ricostruzione non è funzionale solo all'inquadramento del profilo risarcitorio, bensì spiega molto bene anche la previsione normativa, in favore dell'interessato, di rimedi preventivi del danno (es. diritto di rettifica, di limitazione del trattamento, di cancellazione). Ciò, infatti rispecchia la funzione propria degli obblighi di protezione, che consiste nel “precostituire la responsabilità al torto”, attraverso la collocazione di alcuni dei presupposti della responsabilità di una parte o delle parti del rapporto obbligatorio “in un momento antecedente a quello in cui si evidenzia la lesione, sottraendo, per effetto di ciò, la fattispecie all'ambito della responsabilità extracontrattuale”¹⁹⁷.

14. LA COSTITUZIONE DEL RAPPORTO E LE CONDIZIONI DI LICEITA'.

Poste le premesse, procediamo, dunque, ad analizzare le modalità di costituzione del rapporto.

Il GDPR (che, si badi, attualmente in Italia regola in via esclusiva il profilo della materia ora approfondito, avendo il d.lgs. 101/2018 determinato l'abrogazione delle corrispondenti disposizioni del Codice privacy), nel dare (art. 4 par. 1, n. 2) una definizione di trattamento comprensiva, nella sostanza, di ogni attività operata su dati personali, ci porta a ritenere che il rapporto giuridico in questione si instauri nel

¹⁹⁶ *Ibidem*

¹⁹⁷ Così G. Finazzi, “La struttura e l'adempimento”, in L. Garofalo, M. Talamanca (a cura di), “Trattato delle obbligazioni”, CEDAM, Padova, 2008, 584

momento in cui il titolare del trattamento accolga il dato personale all'interno della sua organizzazione, e cioè con la raccolta. Coerentemente, il Regolamento, attraverso una tecnica legislativa di dubbia chiarezza, afferma (probabilmente a titolo esemplificativo, dato l'impiego della preposizione "come") che una delle attività di trattamento consiste proprio nella "raccolta".

Poiché non pare configurabile un momento di contatto giuridicamente rilevante tra titolare e dato, se ne deve concludere che la relazione tra il primo e l'interessato nasca proprio nel momento della raccolta¹⁹⁸.

Concettualmente, occorre tenere presente la differenza con la mera conoscenza del dato personale, che di per sé non rientra nell'oggetto della tutela del diritto alla protezione dei dati. L'attività del raccogliere amplia e qualifica la conoscenza, poiché permette al dato di penetrare nell'organizzazione di uomini e mezzi predisposta dal titolare, ponendo le premesse per le successive attività di trattamento.

La nascita del rapporto *de quo* è una *quaestio facti*, non essendo necessaria alcuna formalità. Sarà sufficiente che si proceda a trattare il dato personale (almeno nella forma della raccolta) e che il titolare, abbia prerogative decisorie sul trattamento¹⁹⁹.

Ai fini della fissazione del momento genetico del rapporto, poi, a nulla rileva il fatto che l'interessato sia a conoscenza dell'esistenza di un trattamento nei suoi confronti, oppure la circostanza che esso sia lecito o meno. La fondatezza di questa tesi riposa – quanto al primo assunto – sul fatto che il diritto all'informativa è, in certi casi tassativamente determinati, escluso (GDPR, art. 13, par. 4; art. 14, par. 5); quanto al secondo assunto, sul fatto che i diritti dell'interessato, tra cui il diritto all'oblio o il diritto d'accesso, possono essere esercitati a prescindere dal fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in presenza di una valida base giuridica.

¹⁹⁸ Cfr. *ivi*, 51 ss, dove si evidenzia che "il trattamento è l'elemento fattuale necessario per poter configurare il diritto alla protezione dei dati personali dell'interessato. Dal punto di vista di quest'ultimo, dunque, il trattamento dei dati personali rappresenta il fatto giuridico al cui configurarsi l'ordinamento attribuisce la tutela riconosciuta dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dal reg. (UE) n. 2016/679".

¹⁹⁹ Così *ivi*, 72; G. Finocchiaro, "Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi", Zanichelli, Bologna, 2012, 80 ss.

Il GDPR, dopo aver posto, mutuandoli nella sostanza dalla normativa internazionale e comunitaria precedente, i principi applicabili al trattamento (art. 5), pone all'art. 6 una presunzione (relativa) di illiceità del trattamento dei dati personali. Esso risulta lecito se, e solo se, ricorra almeno una delle condizioni stabilite dalla norma. Va detto che la categoria di "condizioni di liceità" deve essere intesa come quella – equivalente – di "condizioni di giuridicità".

Esse rilevano sia sotto il profilo civilistico, in quanto esclude il configurarsi dell'illecito aquiliano, sia sotto il profilo penalistico, risolvendosi in vere e proprie cause di esclusione dell'antigiuridicità del fatto, come si cercherà immediatamente di dimostrare.

Tali condizioni possono essere ricondotte a quattro categorie concettuali.

La prima ricomprende le ipotesi in cui il trattamento venga effettuato sulla base della volontà dell'interessato. Volontà che risulta espressa nel caso in cui egli dia il proprio consenso (che è richiesto essere libero, specifico, informato e inequivocabile), oppure implicita, quando il trattamento è necessario per eseguire un contratto di cui è parte l'interessato, oppure misure precontrattuali da lui richieste (per esempio, il trattamento dell'indirizzo mail di un soggetto da parte di un'impresa cui il primo ha spontaneamente richiesto un preventivo). In questo secondo caso il consenso al trattamento – il quale non è comunque da intendersi come atto negoziale, ma piuttosto come atto che rimuove un'originaria condizione di illiceità – rimane assorbito nel consenso al contratto, poiché, se si ammettesse la scissione delle due manifestazioni di volontà, si porrebbero delicatissimi, e probabilmente insormontabili, problemi di collegamento tra le due discipline. La categoria in esame, in campo penalistico, coincide con la scriminante contenuta nell'art. 50 cod. pen., ovvero il consenso dell'avente diritto.

Diversa è l'ipotesi in cui il trattamento deve essere effettuato per adempiere un obbligo legale imposto al titolare (per esempio, la conservazione decennale a fini fiscali dei dati dei clienti da parte di un'impresa). In tal caso è la legge che, predeterminando l'assetto degli interessi coinvolti, e avendone individuato uno prevalente, abilita (ed anzi rende obbligatorio) il trattamento, anche contro ogni volontà, espressa o tacita, dell'interessato. Nel diritto penale questa risulta alla

stregua della scriminante di cui all'art. 51 cod. pen., cioè l'adempimento di un dovere imposto dalla legge o da un ordine legittimo della pubblica autorità. Il riferimento, oltre che alla legge, all'ordine legittimo della pubblica autorità pone delicati problemi di bilanciamento di diritti, specie nelle circostanze in l'ordine sia dato per perseguire interessi pubblici di particolare rilievo, come quello alla prevenzione e repressione di reati. Il tema è stato di recente al centro della cronaca statunitense giacché la Apple, in più occasioni, si è rifiutata di sbloccare gli *smartphone* (da essa prodotti) di proprietà di soggetti indagati dalle autorità federali. Il caso più eclatante è stato quello del terrorista Syed Farook, il quale nel dicembre 2015 si è reso responsabile, assieme alla moglie, dell'uccisione di 14 persone nella cd. "strage di San Bernardino". L'azienda leader mondiale nella produzione di software, attraverso il suo CEO, Tim Cook, argomentò ufficialmente il rifiuto di collaborare con la polizia affermando che, essendo per ragioni tecniche impossibile violare il sistema di sicurezza di un singolo dispositivo, rendendosi, invece, necessaria la creazione di una chiave che avrebbe potenzialmente permesso l'accesso a tutti i dispositivi, ciò sarebbe equivalso a generare uno strumento in grado di commettere, nelle mani sbagliate, violazioni gravi e sistematiche dei diritti degli utenti.

Pur avendo un giudice federale riconosciuto le ragioni di pubblico interesse sottese all'ordine delle autorità e ordinato alla Apple di ottemperare alle richieste, il colosso dell'informatica annunciò di volersi opporre alla decisione giudiziale. Successivamente la querelle si arrestò – si direbbe per cessata materia del contendere – poiché l'FBI dichiarò di essere riuscita autonomamente a sbloccare il dispositivo del terrorista.

In un altro caso, accaduto a New York e relativo ad una vicenda di spaccio di stupefacenti, un altro giudice federale – James Orenstein – considerò fondato il rifiuto della Apple, rispetto all'ordine dell'autorità inquirente, di sbloccare un suo dispositivo di proprietà dell'indagato, pur essendo stato nel caso di specie possibile violare solo il singolo dispositivo. Interessante è, a mio avviso, un passo della decisione dove il giudice afferma a chiare lettere che l'azienda non è assolutamente tenuta, in assenza di una espressa previsione legislativa, ad adempiere ad un ordine

siffatto dell'autorità²⁰⁰. E ciò in considerazione del fatto che la decisione di rendere accessibili all'autorità dei dati personali di propri utenti incide sul modello di società che Apple aspira ad essere²⁰¹. Viene dunque riconosciuta, in taluni casi, la libertà del titolare di non effettuare un determinato trattamento, anche quando questo venga imposto dall'autorità, poiché, secondo la decisione del giudice Ornestein, la valutazione degli interessi pubblici che rendono doveroso un certo comportamento è rimesso in via esclusiva alla legge.

La terza categoria concettuale cui possono essere ricondotte le condizioni di liceità di cui all'art. 6 GDPR ricomprende gli interessi ritenuti dalla legge prevalenti. Essi possono essere pubblici o privati.

Cominciando da quest'ultimi, l'art. 6, par. 1, lett. d) stabilisce che il trattamento è lecito se è funzionale alla salvaguardia di interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica. Il considerando 46 del GDPR relega tale base giuridica in una posizione residuale rispetto alle altre. Inoltre, l'art. 9, par. 2, lett c) specifica che, nell'ambito dei trattamenti su "categorie particolari di dati personali", è possibile ricorrere alla condizione di liceità in commento solo se "l'interessato si trovi nell'incapacità fisica o giuridica di prestare il proprio consenso". Pensiamo alla circostanza gravissima in cui un medico di base che abbia raccolto dati relativi al gruppo sanguigno di un suo paziente li trasmetta all'ospedale in cui lo stesso paziente, incosciente a seguito di un incidente stradale, deve essere ricoverato d'urgenza in attesa di una trasfusione. Potrebbe, tuttavia, verificarsi la situazione in cui il trattamento dei dati di un soggetto si renda necessario per tutelare interessi vitali di un terzo: in questi casi sarebbe paradossale subordinare le preminenti esigenze di tutela della salute e della vita al diritto dell'interessato di opporsi al trattamento dei propri dati; talché è preferibile l'interpretazione secondo cui, in ipotesi simili, si possa prescindere dalla previa acquisizione della volontà

²⁰⁰ Recita la decisione: "[...] The fact that the government or a judge might disapprove Apple's preference to safeguard data security and customer privacy over the stated needs of a law enforcement agency is of no moment: in the absence of any other legal constraint, that choice is Apple's to make [...]"

²⁰¹ "[...] the compromise of privacy and data security that Apple promises its customers affects not only its financial bottom line, but also its decisions about the kind of corporation it aspires to be [...]"

dell'interessato, ed anzi si possa effettuare il trattamento anche contro la sua volontà²⁰². Ciò corrisponde, con le opportune differenze, alla causa di giustificazione contemplata nell'art. 54 cod. pen., il quale esclude l'antigiuridicità del fatto quando l'agente lo ha commesso per salvare se od altri dal pericolo, da lui non causato né altrimenti evitabile, di un grave danno alla persona.

L'interesse prevalente può essere anche di natura pubblicistica, e precisamente coincidere, a norma dell'art. 6, par.1, lett. e), con l'esercizio di un potere pubblico o l'esecuzione di un compito di pubblico interesse. In questi casi, analogamente a quanto accade quando il trattamento viene effettuato per adempiere ad un obbligo legale, è la legge che predetermina l'assetto degli interessi da perseguire, ma, differentemente da quella base giuridica, qui la legge attribuisce al soggetto titolare del trattamento anche un potere pubblico, o comunque connesso alla cura di interessi pubblici, al cui esercizio è necessario il trattamento. La norma è costruita privilegiando un approccio oggettivistico, dal momento che il potere può essere esercitato o l'interesse pubblico perseguito non necessariamente dalla pubblica amministrazione o da soggetti ad essa equiparati, come i gestori di pubblici servizi: questa categoria si presta ad essere utilizzata anche da tutti coloro che trattano dati

²⁰² Va in tale sede evidenziato un limite della condizione di liceità di cui all'art. 9, par. 2, lett. c). In materia di dati sanitari, rientranti nelle "categorie particolari di dati personali" di cui all'art. 9 GDPR, il trattamento è ammesso (*rectius*: è lecito) se è necessario a salvaguardare interessi vitali dell'interessato o di terzi, a condizione che l'interessato non si trovi nella capacità fisica o giuridica di manifestare il proprio consenso. Si pensi al caso in cui Tizio, medico, abbia in cura Caio, il quale è prossimo a contrarre matrimonio con Mevia, amica fraterna di Tizio. Poniamo che Mevia ignori la sieropositività del futuro marito, di cui però Tizio è chiaramente a conoscenza in ragione della sua professione. Ipotizziamo, quindi, che Tizio comunichi a Mevia informazioni sullo stato di salute di Caio senza il consenso di lui. Dal punto di vista del diritto penale deve ritenersi che egli stia effettuando un'operazione di trattamento (nella specie, comunicazione a terzi) lecita, in quanto necessaria per salvaguardare il diritto alla salute di Mevia, oltre che il suo diritto all'autodeterminazione: sarà esclusa in radice l'antigiuridicità del fatto che costituirebbe reato ai sensi dell'art. 167 Codice privacy ("trattamento illecito di dati", peraltro aggravato in quanto riferito a dati sanitari) sebbene non in base all'art. 9, par. 2, lett. c) GDPR – inoperante a causa dell'assenza del requisito dell'incapacità fisica o giuridica dell'interessato di manifestare il proprio consenso –, ma in base alla più generale causa di giustificazione di cui all'art. 54 cod. pen. La conclusione cui siamo giunti, naturalmente, può applicarsi anche alle ipotesi in cui a carico dell'agente siano configurabili reati diversi da quelli espressamente disciplinati dal Codice privacy, come ad es. la diffamazione. Sotto il profilo della responsabilità civile, parimenti può invocarsi la causa di giustificazione di cui all'art. 2045 cod. civ., in luogo della più specifica condizione di liceità di cui all'art. 9, par. 2, lett. c) GDPR, secondo il ragionamento già svolto. (esempio tratto da M. Amisano, "Le esimenti non codificate", Giappichelli, Torino, 2003, 166)

per assurgere a finalità *lato sensu* di interesse generale. Si pensi al gestore di un motore di ricerca *on line* il quale tratta i dati presenti nei suoi archivi, in quanto la loro conoscenza da parte degli utenti soddisfa uno specifico interesse pubblico²⁰³.

Un'ultima categoria concettuale è formata dalle ipotesi di trattamenti che si basino sul "legittimo interesse" del loro titolare. La base giuridica che ci accingiamo ad analizzare è forse la più controversa dell'intero impianto regolamentare. Sarebbe però sbagliato ritenere che vi si possa far ricorso solo come *extrema ratio*, e cioè quando ogni altra base giuridica sia inapplicabile²⁰⁴. L'interesse in commento può dirsi legittimo se rispetta le seguenti condizioni²⁰⁵: a) liceità, nel senso che non deve porsi in contrasto con i principi di protezione dei dati e, più in generale, con la legge; b) realtà e attualità, dovendo esso consistere in un beneficio atteso dal titolare in un futuro prossimo come conseguenza delle attività che rendono necessario il trattamento.

Questa affermazione ci porta a distinguere i concetti di "necessità", "finalità" ed "interesse". La necessità, come chiarito anche dalla Corte di giustizia dell'UE²⁰⁶, è una nozione autonoma del diritto comunitario, e non coincide né con l'"indispensabilità", né con la "normalità", l'"opportunità" o la "ragionevolezza". Piuttosto sta a significare la funzionalità rispetto alla "finalità legittima perseguita". La finalità è l'obiettivo oggettivo del trattamento, lo scopo ultimo per i quali esso è effettuato, mentre l'interesse è l'obiettivo soggettivo del titolare del trattamento. Un esempio, tratto dalla letteratura²⁰⁷, può essere utile a chiarire la differenza: una società che gestisce un impianto nucleare può avere interesse a tutelare la salute e la sicurezza dei propri dipendenti, e per questo scopo tratta i dati di accesso degli stessi nell'impianto: l'interesse è la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, mentre la finalità è il controllo degli accessi;

²⁰³ Per vicende simili, v. i casi decisi da Trib. Milano, 28 settembre 2016, in Foro it., 2016, I, 3594; Corte Giust. UE, Grande sezione, 13 maggio 2014, C-131/12, *ivi*, 2014, IV, 295; Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, *ivi*, 2013, I, 305.

²⁰⁴ Come rileva il WP29 nell'opinione 6/2014, pg. 29-30.

²⁰⁵ Cfr. L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, op. cit., 297-298; WP29 op. 6/2014, pg. 25.

²⁰⁶ Corte Giust. UE, 16 dicembre 2008, C-524/06.

²⁰⁷ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, op. cit., 300

c) sufficiente “articolatezza”, tale da poterne valutare la prevalenza rispetto agli interessi, ai diritti e alle libertà fondamentali dell’interessato. Proprio sotto questo profilo il WP29, nell’op. 6/2014, ha affermato che il titolare che voglia basare il trattamento su questa condizione di liceità deve operare un test di bilanciamento degli interessi dei soggetti coinvolti nel trattamento che può di regola avere carattere generale, mentre dovrà effettuarsi caso per caso quando sono coinvolti interessi di minori o altri soggetti vulnerabili²⁰⁸. Gli elementi da considerare nel portare avanti questa delicata operazione comprendono la natura dei dati, il modo in cui essi vengono trattati, la ragionevole aspettativa dell’interessato, le caratteristiche del titolare²⁰⁹, e l’utilizzo di misure di protezione aggiuntive in grado di limitare l’impatto del trattamento.

Attraverso la base giuridica del legittimo interesse l’ordinamento ha inteso riallineare le posizioni giuridiche coinvolte nel trattamento, al fine di evitare che gli interessi del titolare del trattamento recedano sistematicamente nei confronti del diritto alla protezione dei dati personali di cui gode l’interessato. Come di seguito si spiegherà, questa scelta del legislatore europeo tende ad assicurare il contemperamento – cui si ispira l’intero GDPR – tra il diritto alla libera iniziativa economica e alla libera circolazione dei dati (che è uno dei pilastri su cui storicamente si fonda l’Unione Europea) e il diritto alla protezione dei dati personali.

La novità introdotta dal GDPR risiede nel fatto che la valutazione di “meritevolezza” in cui si sostanzia il test di bilanciamento è rimessa completamente al titolare del trattamento, sulla base del richiamato principio di *accountability* (espressione che in italiano può essere resa con “responsabilizzazione e rendicontazione”). Sotto la vigenza della precedente disciplina i trattamenti basati sul legittimo interesse erano soggetti ad un controllo preventivo da parte del

²⁰⁸ Così WP29, op. 6/2014, pg. 40.

²⁰⁹ *ibidem*, il WP29 utilizza l’espressione “*status of the data controller*” ed afferma che “*depending on whether the data controller is an individual or a small organisation, a large multinational company, or a public sector body, and on the specific circumstances, its position may be more or less dominant in respect of data subjects*”.

Garante, il quale era tenuto ad individuare, sulla base dei principi fissati dalla legge, criteri guida per orientare il bilanciamento tra le posizioni soggettive del titolare e dell'interessato. Nonostante il Regolamento sia intervenuto in maniera così netta per eliminare tale forma di controllo preventivo, il legislatore italiano, con l'art. 1, c. 1020 – 1025, l. 27 dicembre 2017, n. 205 (da ora, Legge di bilancio 2018), lo ha reintrodotta con riferimento ai trattamenti basati sul legittimo interesse in cui si faccia uso di una nuova tecnologia o si utilizzino esclusivamente strumenti automatizzati. Anche tacendo della scarsa qualità redazionale delle norme anzidette²¹⁰, non può non considerarsi l'evidente mancanza di sintonia tra l'impostazione di fondo su cui si muove l'intero impianto del GDPR, votato alla massima semplificazione e alla responsabilizzazione attiva del titolare del trattamento, e gli effetti di aggravio della procedura che sono prodotti, seppur con riferimento ad ipotesi determinate di trattamento, dall'applicazione dei commi 1020 – 1025 della Legge di bilancio 2018.

Proprio per questo motivo, è probabile che, trattandosi di norme di rango primario in contrasto con norme europee direttamente applicabili, esse siano disapplicate dal giudice, anche senza necessità di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In conclusione, va aggiunto che vi è differenza fra l'illiceità, intesa come non ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 6 GDPR, e illegittimità del trattamento, intesa come assoluta violazione della normativa vigente in materia. Come dispone l'art. 5 GDPR, la liceità, infatti, è solo uno dei principi applicabili al trattamento dei dati personali, ma non è l'unico: di conseguenza, è possibile che, anche ove essa fosse soddisfatta, il trattamento risulti illegittimo per violazione di altro principio o di altra norma posta dal Regolamento.

²¹⁰ Si pensi che l'art. 1, c. 1022, l. *cit.* impone l'obbligo di notifica preventiva al Garante al "titolare di dati personali", soggetto – questo – noto solo in ambito pubblico, giacché l'art. 2, c. 1, lett. i), d.lgs. 36/2006 lo definisce come "la pubblica amministrazione o l'organismo di diritto pubblico che ha originariamente formato per uso proprio o commissionato ad altro soggetto pubblico o privato il documento che rappresenta il dato": di conseguenza, l'espressione corretta sarebbe stata "titolare del trattamento dei dati personali".

15. IL MUTAMENTO SOGGETTIVO DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO *EX LATERE TITULARIS*.

Essendo inquadrabile come un rapporto giuridico, il trattamento dei dati personali è suscettibile di incorrere in una modifica delle parti che lo avevano originato.

La particolare natura e struttura della fattispecie rende, tuttavia, possibile esclusivamente un mutamento dal lato del titolare del trattamento: inerendo il dato personale ad un individuo determinato (*rectius*: identificato o identificabile), sarebbe una contraddizione in termini affermare l'eventualità che, nel corso del rapporto, vi sia un mutamento nella titolarità dello stesso.

Può però accadere che, a seguito di modificazioni della realtà giuridica, ad un soggetto titolare del trattamento si sostituisca altro soggetto, senza che con ciò si dia vita ad un nuovo rapporto, ma vi sia una semplice continuazione di quello originario.

Una vicenda, davvero singolare poiché risulta essere il primo caso applicativo, almeno in Italia, dell'istituto, che potremmo definire, della successione nel trattamento dei dati personali, è quella affrontata dal Tribunale di Cagliari, e decisa con sentenza del 18 maggio 2017²¹¹.

Accadeva che una società inglese, specializzata nella ricerca in campo biomedico, dopo aver costituito una società di diritto italiano con sede in Sardegna, aveva acquistato dal fallimento di una società sarda, anch'essa attiva nel campo della ricerca medica, dati genetici e campioni biologici di 11.700 individui, i quali a suo tempo avevano prestato il prescritto consenso.

Avvenuto l'acquisto il Garante inviava alla società inglese una lettera di chiarimenti, per meglio comprendere se l'operazione fosse compatibile con i principi e la normativa in materia di protezione dei dati personali. Poco tempo dopo, ritenendo che il trattamento sui dati contenuti nella bio-banca effettuato dall'acquirente fosse illegittimo, il Garante emetteva un provvedimento in cui, salvo ulteriori determinazioni, anche sanzionatorie, era disposto d'urgenza il blocco del trattamento, ad eccezione delle operazioni conservative dei campioni biologici. In

²¹¹ Pubblicata in *Quot. giur.*, 2017.

motivazione si specificava che la società acquirente avrebbe dovuto fornire una nuova informativa a tutti gli interessati e procedere ad una nuova raccolta del consenso informato di questi (cd. ricontatto), nonché adoperarsi per permettere agli interessati di esercitare i loro diritti.

Dal provvedimento del Garante emerge nettamente la considerazione secondo cui, avvenuto l'acquisto, si è instaurato tra l'acquirente e gli interessati un trattamento *ex novo*, con conseguente doverosa espletazione di tutte le attività che il titolare ha l'obbligo di portare a termine al fine di rendere lecito il trattamento.

La società inglese ricorre davanti al Tribunale di Cagliari contro il provvedimento anzidetto, denunciandone svariati profili di illegittimità, sostanziali e procedurali.

Per ciò che qui più rileva, si segnalano la censura relativa al difetto di motivazione in relazione alla mancata esposizione delle cause e dei motivi per cui, nel caso di specie, si sarebbe reso necessario una nuova manifestazione di consenso da parte degli interessati; e quella relativa all'erroneo bilanciamento degli interessi, di rango costituzionale, coinvolti nella vicenda: in particolare, l'onere, imposto dal Garante, di ottenere un nuovo atto di consenso da parte dei numerosi interessati, oltre che risultare un'attività oltremodo gravosa – in considerazione delle circostanze del caso –, avrebbe compromesso anche diritti e valori protetti dalla Costituzione come la dignità sociale (art. 3 Cost.) e il diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.).

Il Garante, costituitosi in giudizio, chiedendo il rigetto nel merito del ricorso, aveva rilevato come, ai fini della compatibilità con la normativa sulla protezione dei dati personali, non era sufficiente che il trattamento effettuato dall'acquirente fosse svolto per gli stessi scopi per cui originariamente erano stati rilasciato il consenso, ma occorreva anche una nuova manifestazione di volontà da parte degli interessati: ciò, specifica nelle sue difese il Garante, poiché il conferimento dei dati personali, e di conseguenza l'intero trattamento, è caratterizzato dalla sussistenza del cd. *intuitus personae*.

Nella motivazione della sentenza il giudice ha, in primo luogo, rilevato che, nell'ordinamento italiano, non esistono norme che disciplinino l'ipotesi, del tutto peculiare, e perciò problematica, della successione nella titolarità del trattamento, né altre pronunce giurisprudenziali hanno mai affrontato, quantomeno in Italia,

questioni analoghe.

Il Tribunale ha, poi, valutato come “inappagante” la tesi sostenuta dal Garante, secondo cui la necessità di riottenere il consenso degli interessati discende da un mero dato formale, costituito, nel caso di specie, dal “mutamento della soggettività del titolare”. Se sviluppata in modo coerente con le sue premesse, l’impostazione suggerita dall’Autorità di controllo potrebbe condurre all’assurda conseguenza che, mentre in ipotesi – come quella esaminata – di acquisto di azienda il ricontatto è dovuto, in altre situazioni, assolutamente analoghe, di modifica sostanziale del titolare – come ad esempio nel caso di mutamento dello scopo sociale, anche per effetto dell’acquisto di quote della società titolare da parte di soggetti originariamente terzi; oppure di affitto dell’azienda di cui fanno parte i dati personali; oppure un trasferimento della sede o una delocalizzazione dell’attività; – esso non si renderebbe necessario, sulla base della semplice constatazione del fatto che non è venuta meno formalmente la figura del titolare originario del trattamento.

In altre parole, ciò che di questa tesi non ha convinto il giudice sardo è stata l’omessa valorizzazione del legame fra prestazione del consenso informato e finalità del trattamento.

Quello che preme evidenziare in questa sede è, invece, l’affermazione nella sentenza della possibilità di continuare un rapporto-trattamento anche nella ipotesi in cui sia venuto meno, per morte o estinzione, il suo titolare, non determinandosi, in forza di un mero dato formale, l’estinzione dello stesso trattamento, il quale, a determinate condizioni, e sempre che siano rispettate le originali finalità per cui i dati sono stati raccolti ed il consenso conferito, può svolgersi, senza soluzione di continuità, con il soggetto subentrante.

Questa apertura della giurisprudenza di merito lascia impregiudicate una serie di questioni di non semplice soluzione.

Posto che, in ipotesi del genere, sembra potersi ammettere, senza particolari problemi ermeneutici, la facoltà dell’interessato, a partire dal momento in cui avviene la modifica della soggettività, a far valere i diritti che gli sono riconosciuti in ragione del suo status nei confronti del “nuovo” titolare, non è di agevole risoluzione la questione della responsabilità di quest’ultimo soggetto per i danni

cagionati dal suo predecessore.

La soluzione che qui pare opportuno doversi accogliere è, in realtà, di natura composita, e, inevitabilmente, varia a seconda dello strumento giuridico con cui si realizza il mutamento della titolarità.

Così, con particolare riferimento alle persone giuridiche, ad esempio, se il “nuovo” titolare è subentrato a quello originario a seguito di una trasformazione (artt. 2498 – 2500 *novies* cod. civ.), esso, in forza dell’art. 2498 cod. civ., “conserva diritti e obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell’ente che ha effettuato la trasformazione”; ugualmente accade in caso di fusione (artt. 2501 – 2505 *quater*) ex art. 2504 *bis* cod. civ e di scissione (artt. 2506 – 2506 *quater* cod. civ.), non importa se totale o parziale, a mente dell’art. 2506 *quater*, comma 3.

Ad identica conclusione si può giungere, con riferimento stavolta alle persone fisiche, nei casi di morte del titolare del trattamento e successione ad esso dell’erede a titolo universale o del legatario, i quali potrebbero continuare il rapporto.

Diversa invece sarebbe l’ipotesi in cui il trattamento dei dati personali abbia tratto origine da un contratto, poiché esso è suscettibile di essere ceduto, come stabiliscono gli articoli 1406 e seguenti del codice civile.

Mediante la cessione, infatti, una delle parti di un contratto a prestazioni corrispettive, non ancora eseguite, può sostituire a sé un terzo nei rapporti che originano dal negozio. Per quel che qui più rileva, la cessione diventa efficace nei confronti del contraente ceduto – l’interessato – al momento della notifica effettuata nei suoi confronti, nell’ipotesi in cui egli abbia consentito preventivamente alla sostituzione, altrimenti è necessaria la sua accettazione.

Proprio sotto questo profilo, la peculiare struttura del rapporto – trattamento potrebbe far sorgere alcuni dubbi sulla natura e sul contenuto, rispetto alla normativa in materia di protezione dei dati personali, dell’atto di notifica della cessione o di quello di accettazione della stessa. Ad esempio, in ipotesi del genere, è controverso se l’atto *de quo* debba contenere gli elementi di una – nuova – informativa, ai sensi dell’art. 13 o 14 GDPR²¹², oppure no.

²¹² Non è infatti chiaro se in tal caso potrebbe parlarsi di dati personali raccolti presso l’interessato o

16. LA CORRISPETTIVITA' DELLE PRESTAZIONI NEL TRATTAMENTO: IL DIRITTO A TRATTARE DATI PERSONALI ALTRUI.

L'analisi del trattamento, lungi dall'arrestarsi all'indagine circa il momento genetico del rapporto, deve ora rivolgersi, nello specifico, alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte.

Preliminarmente va accennato, rimandando più avanti nel presente paragrafo una più esaustiva trattazione, che, in assenza di un vero e proprio dibattito dottrinale sul punto²¹³, si aderisce alla tesi²¹⁴ che rifiuta una netta e categorica attribuzione, nell'ambito del rapporto in esame, al titolare e all'interessato rispettivamente posizioni giuridiche passive e attive. I soggetti da ultimo menzionati possono essere, infatti, entrambi centro d'imputazione contemporaneamente di obblighi e facoltà, in ragione del fatto che il diritto alla protezione dei dati personali, attribuito all'interessato, deve essere bilanciato con la libertà di iniziativa economica e il principio della libera circolazione dei dati, entrambi di rilievo costituzionale e riferibili al titolare del trattamento.

Da ciò discende la possibilità di qualificare il trattamento come un rapporto giuridico obbligatorio a prestazioni corrispettive, la cui struttura si connota per una intrinseca complessità. Caratteristica, quest'ultima, che deriva dalla concomitanza, nel trattamento, di posizioni non riconducibili ad una logica di sovra-sotto ordinazione (e quindi di contrapposizione tra interessi), ma piuttosto ad una logica di cooperazione tra gli obbligati per la realizzazione di interessi convergenti, in un'ottica di funzionalizzazione del trattamento al raggiungimento di obiettivi che l'ordinamento ritiene meritevoli di essere perseguiti.

Del resto, questa rappresenta un'evoluzione del concetto di obbligazione, del quale

presso terzi.

²¹³ La letteratura giuridica non ha indagato l'argomento in chiave sistematica, inquadrando il fenomeno del trattamento dati esclusivamente dal punto di vista dell'interessato, e non secondo un approccio dialettico tra la posizione dell'interessato e quella del titolare.

²¹⁴ Sostenuta da F. Bravo, *cit.*, 130 ss., che ritiene riduttiva l'impostazione tradizionale.

viene esaltata la funzione sociale: come rilevava già nel 1953 Emilio Betti²¹⁵, l'istituto del rapporto obbligatorio nasce per rispondere ad un "bisogno di cooperazione" tra consociati. Sulla scia dell'insigne studioso, nel 1990 Pietro Perlingieri²¹⁶ ebbe modo di affermare che "l'obbligazione si allontana definitivamente dall'originaria nozione di rapporto di subordinazione, prima fisica poi soltanto patrimoniale, del debitore al creditore. L'obbligazione [...] si configura sempre più come un rapporto di cooperazione rivolto all'attuazione di un interesse patrimoniale del creditore da realizzare nel pieno rispetto del valore della dignità delle persone umane. [...] la cooperazione, ed un certo suo modo d'essere, sostituisce la subordinazione ed il creditore diventa titolare di obblighi generici e specifici di cooperazione all'adempimento del debitore".

L'analisi finora svolta deve essere integrata con una precisazione: la corrispettività delle prestazioni nel trattamento dei dati (e, di conseguenza, l'impossibilità di procedere a collocare seccamente titolare ed interessato, rispettivamente dal lato attivo o passivo dell'obbligazione) è tale se, e solo se, il trattamento stesso sia effettuato in presenza di una delle condizioni di liceità previste dal Regolamento.

Salvi gli effetti di superamento della presunzione (semplice) d'illiceità del trattamento, la loro operatività, sul piano teorico, permette di configurare in capo al titolare del trattamento una serie di situazioni giuridiche soggettive attive, speculari a quelle facenti capo all'interessato e rientranti nel diritto alla protezione dei dati personali, che possono essere ricondotte a quello che in dottrina²¹⁷ è stato definito "diritto a trattare dati personali altrui".

17. POTERI E FACOLTA' INERENTI AL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI PROPRI DATI PERSONALI: DIRITTI DI NATURA CONOSCITIVA.

Dall'inquadramento del trattamento dei dati personali come rapporto giuridico a

²¹⁵ E. Betti, *op. cit.*, 9 ss.

²¹⁶ P. Perlingieri, "Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi", ESI, Napoli, 1990, 42 ss.

²¹⁷ F. Bravo, *op. cit.*, *passim*.

prestazioni corrispettive deriva che le parti dello stesso siano abilitate ad esercitare una serie di poteri e facoltà funzionali agli interessi che l'ordinamento, attraverso il trattamento medesimo, intende perseguire.

Per ciò che attiene alle prerogative dell'interessato, il GDPR, sulla scia delle precedenti legislazioni in materia, dedica il Capo III alla disciplina dei "diritti dell'interessato", tutti afferenti alla macro-categoria del "diritto alla protezione dei propri dati personali".

In letteratura²¹⁸, essi sono stati ricondotti a due tipologie: *i*) "diritti conoscitivi" e *ii*) "diritti di controllo".

I diritti di natura "conoscitiva" sono quelli attraverso il cui esercizio l'interessato può avere cognizione dell'esistenza e del modo d'essere di un trattamento dei propri dati personali.

Secondo l'interpretazione proposta, all'interno di questa categoria rientrano: il diritto all'informativa (artt. 13-14 GDPR); il diritto di accesso (art. 15 GDPR); diritto alla comunicazione di una violazione di dati (cd. *data breach*, art. 34 GDPR).

Il diritto all'informativa consente all'interessato di comprendere le caratteristiche del trattamento, quali, ad esempio, ambito di circolazione dei dati, finalità, identità del titolare.

Generalmente l'informativa ha carattere preventivo, nel senso che deve essere fornita in occasione della raccolta dei dati²¹⁹, ovvero nel momento immediatamente precedente alla genesi di una relazione giuridicamente rilevante fra titolare ed interessato²²⁰, o, al più tardi, in occasione del primo contatto. Tale momento genetico, a norma dell'art. 14 GDPR, può anche coincidere con l'ottenimento dei dati da parte del titolare in via – per così dire – "derivata", cioè non direttamente presso l'interessato.

²¹⁸ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 171 ss.

²¹⁹ Secondo l'art. 13, par. 1, GDPR, "nel momento in cui i dati personali sono ottenuti".

²²⁰ La necessità che l'informativa sia resa in via preventiva è evidente nelle ipotesi in cui il trattamento in questione si basi sul consenso dell'interessato, in quanto esso per essere valido deve essere "informato"; inoltre, per le ipotesi in cui la fornitura dei dati è obbligo legale o contrattuale, il titolare deve informare l'interessato delle conseguenze derivanti dalla mancata fornitura: onde la possibilità che l'interessato rifiuti, dopo aver ricevuto l'informativa, di conferire i propri dati, impedendo la genesi del rapporto.

Tuttavia, in alcuni casi, a norma degli articoli 13, par. 3, e 14, par. 4, l’informativa deve essere data durante un trattamento già in corso, per via del fatto che vi è stato un mutamento delle finalità originarie (cd. “informativa ulteriore”).

Trattando, ancora, del momento in cui va fornita l’informativa, è lecito domandarsi se la normativa ammetta informative “di molto preventive”, risalenti, cioè, ad un tempo significativamente precedente all’instaurazione della relazione rilevante. Il GDPR, infatti, esclude l’obbligatorietà dell’informativa quando “l’interessato dispone già delle informazioni”. Tuttavia, l’esigenza di tutelare effettivamente il soggetto debole del rapporto, nonché di evitare possibili abusi ed elusioni della norma da parte dei titolari del trattamento, porta ad escludere l’ammissibilità di tali informative.

Infine, si pone la questione della derogabilità pattizia del diritto all’informativa, visto il silenzio che il GDPR serba sul punto.

In via preliminare, si nota che il diritto all’informativa è parte del più ampio diritto *fondamentale* alla protezione dei dati personali, tutelato dall’art. 8 della Carta di Nizza: come tale, ai sensi dell’art. 52 della stessa Carta, esso può essere limitato solo nei casi previsti dalla legge. Tuttavia, sostenere – come hanno fatto alcuni²²¹ – che questo basta ad escludere *sic et simpliciter* la possibilità per l’interessato di rinunciarvi non coglie nel segno.

Oggetto della tutela accordata dalla Carta di Nizza è il diritto alla protezione dei dati personali nel suo complesso, non le singole posizioni giuridiche attraverso cui esso si articola e si svolge: talché, purché non risulti vulnerata nel suo nucleo essenziale la tutela dell’individuo all’interno del trattamento, non si comprende per quale ragione l’ordinamento non possa sopportare la rinuncia volontaria di un soggetto ad una proprio diritto. Si consideri, infatti, che il GDPR accorda all’interessato un altro importante diritto conoscitivo “successivo”, cioè il diritto di accesso, con il quale sarebbe possibile ottenere dal titolare le informazioni cui si è eventualmente rinunciato.

Il diritto d’accesso, disciplinato dall’art. 15 GDPR, condivide, infatti, con il diritto

²²¹ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 195 ss.

all'informativa la natura "conoscitiva". Le due garanzie, per la verità, differiscono esclusivamente per il carattere "successivo" dell'accesso, rispetto alla "preventività" dell'informativa: esse, anzi, originariamente, nella Convenzione 108/1981, erano fusi nella stessa norma.

Attraverso l'esercizio dell'accesso, il soggetto può avere dal titolare del trattamento, in primo luogo, "*conferma*" dell'esistenza di un trattamento attuale di dati personali che lo riguarda, e, in caso di risposta affermativa, può "*ottenere l'accesso ai dati personali*" e ad una serie di altre informazioni in massima parte coincidenti con quelle che dovrebbe contenere l'informativa²²².

Data questa analogia, è possibile trasporre *mutatis mutandis* alcune delle considerazioni appena svolte con riguardo all'informativa, in particolare per ciò che attiene al fondamento costituzionale del diritto.

Preme, tuttavia, sottolineare alcune differenze. Per ciò che attiene alla derogabilità pattizia del diritto d'accesso, deve ritenersi, contrariamente a quanto si è sostenuto in precedenza a proposito dell'informativa, che esso non possa essere escluso dall'accordo delle parti.

Infatti, quello di accesso è un diritto che, a ben vedere, non si riferisce ad uno o più trattamenti determinati, bensì, al contrario, è volto a "scoprire", attraverso un'istanza di carattere *lato sensu* investigativo, l'esistenza e il modo d'essere di un trattamento che un titolare, in ipotesi anche occultamente, sta svolgendo nei confronti del richiedente l'accesso. Ammettere la possibilità di escludere pattiziamente un tale diritto determinerebbe, dunque, una situazione di asimmetria contrattuale fra le parti, posto che non sarebbe possibile predeterminare la quantità e le modalità,

²²² La coincidenza non è, peraltro, totale giacché mentre tutti gli elementi inclusi nel catalogo di cui all'art. 15 GDPR figurano anche fra gli elementi necessari dell'informativa, gli elenchi di cui agli artt. 13 e 14 risultano contenere elementi non inclusi fra le informazioni che il titolare del trattamento deve fornire all'interessato che esercita il diritto di accesso. Questa lacuna risulta poco spiegabile, ed è probabilmente una svista del legislatore europeo, come tale risolvibile in via ermeneutica. Così devono ritenersi informazioni da fornire necessariamente in sede di accesso anche: a) l'eventuale esistenza del diritto alla portabilità dei dati; b) l'esistenza del diritto di revocare il consenso, qualora il trattamento sia basato su di esso; c) l'eventuale esistenza di una decisione di adeguatezza della Commissione UE o di garanzie adeguate, qualora il titolare intenda trasferire i dati fuori dall'UE; d) l'indicazione della base giuridica del trattamento, e, in ipotesi essa sia il legittimo interesse del titolare, l'indicazione dello stesso; e) l'indicazione e i dati di contatto di eventuali responsabili del trattamento e del DPO.

potenzialmente infinita, dei trattamenti di dati personali che il titolare può svolgere nei confronti dell'interessato: se si ammettesse una soluzione contraria ne risulterebbe effettivamente frustrato il nucleo essenziale del diritto alla protezione dei dati personali, in violazione dell'art. 8 della Carta di Nizza.

A riprova della centralità che, nel sistema delle tutele costruito dal GDPR, assume il diritto di accesso, il suo esercizio è soggetto ad un regime di gratuità, salvo ovviamente abusi da parte dell'istante²²³, e si connota per l'assenza di formalità nella presentazione della domanda, mentre il riscontro da parte del titolare deve pervenire, senza ingiustificato ritardo, in modo trasparente ed intellegibile, tale da favorire il facile accesso.

Inoltre, trattando del possibile contenuto dell'istanza, i primi commentatori del Regolamento²²⁴ sostengono che essa possa includere l'accesso ai "dati valutativi" posseduti dal titolare: per la verità, la casistica di cui si ha traccia in letteratura, sul punto, si riferisce precipuamente a pareri medici e alle cd. "note di qualifica"²²⁵.

Alla luce del GDPR, dovrebbero, però, annoverarsi, fra i possibili oggetti dell'istanza, anche i documenti in cui il titolare del trattamento abbia eventualmente motivato la prevalenza del proprio interesse legittimo rispetto ai diritti e alle libertà degli interessati, oppure la scelta di non procedere ad effettuare la valutazione d'impatto di cui all'art. 35 GDPR o alla nomina del DPO, nonché le risultanze di ogni altro procedimento valutativo posto in essere dal titolare medesimo. Questo argomento sarà oggetto di specifica trattazione nel Capitolo II del presente elaborato.

L'ultimo dei diritti di natura conoscitiva è il diritto dell'interessato a conoscere dell'avvenuta violazione dei propri dati in seguito a *data breach* subito dal titolare del trattamento.

²²³ Abusi che possono discendere dalla natura reiterata ed assillante dell'istanza, o dalla richiesta di più di una copia dei dati posseduti dal titolare: in tal caso il titolare del trattamento può addebitare, ex art. 15, par. 3, GDPR, "*un contributo spese ragionevole basato sui costi amministrativi*".

²²⁴ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 201,

²²⁵ V. Garante privacy, provv. 11 gennaio 2001, in Bollettino n. 16, 25 [doc. web n. 39232], secondo cui "*le valutazioni effettuate dal datore di lavoro nei confronti del dipendente, comunque formulate o sintetizzate, costituiscono dati personali dell'interessato, suscettibili di richiesta di accesso [...]*".

L'art. 34 GDPR stabilisce, infatti, che, “quando la violazione dei dati personali è suscettibile di presentare un rischio elevato per i diritti e le libertà delle persone fisiche, il titolare del trattamento comunica la violazione all'interessato senza ingiustificato ritardo”.

Si tratta di un adempimento coesistente per garantire la piena conoscenza da parte dell'interessato della sorte dei suoi dati personali, specie in circostanze tali da far presumere che possa derivare per lui un potenziale danno.

L'importanza del diritto alla comunicazione di un *data breach* rileva anche perché, avuta conoscenza del fatto, l'interessato può attivare altri strumenti di tutela, come ad esempio il diritto di proporre reclamo al Garante, secondo quanto disposto dall'art. 77 GDPR, oppure adire l'Autorità giurisdizionale.

17.1. Segue: DIRITTI DI CONTROLLO.

Come si è detto, l'intera architettura del GDPR è imperniata attorno l'obiettivo di far conseguire all'interessato il più ampio controllo sul *se* e sul *come* i propri dati personali vengono trattati.

Il concreto esercizio del controllo suddetto – favorito dalla necessaria conoscenza delle caratteristiche rilevanti del trattamento, ottenibile attraverso il godimento dei diritti conoscitivi – avviene mediante l'esercizio di una serie di altri diritti, normativamente previsti, e a ciò precipuamente orientati.

Per esigenze di ricostruzione sistematica, ponendoci nell'ottica che ispira la presente trattazione, risulta utile distinguere tali diritti in base agli effetti che il loro esercizio produce rispetto al trattamento.

Vengono, dunque, in rilievo, in primo luogo, i diritti (di controllo) che definiamo “ostativi”, nel senso che il loro esercizio, di norma, preclude al titolare di effettuare il trattamento dei dati, in tutto o in parte.

In considerazione del modo in cui il trattamento risulta inciso, la categoria può ulteriormente essere scissa.

Infatti, è solo “eventualmente ostativo” il diritto a revocare il proprio consenso al trattamento.

Si è già detto, trattando del consenso fra le condizioni di liceità del trattamento, che

esso deve essere libero, specifico, informato e inequivocabile. Si aggiunge, in questa sede, che l'art. 7, par. 3, GDPR attribuisce all'interessato il diritto di revocare in qualsiasi momento, con una propria manifestazione di volontà, il consenso al trattamento. Il titolare deve, innanzitutto, avvertire l'interessato sin dall'informativa della possibilità di avvalersi di un tale strumento e, successivamente, metterlo nella condizione di esercitare la revoca *“con la stessa facilità con cui il consenso fu accordato”*.

Il diritto di revocare il consenso, sebbene pacificamente ammesso sotto la vigenza della precedente normativa, è stato positivizzato dal GDPR, integra, completandolo, il principio di necessaria disponibilità del consenso da parte dell'interessato. Esso, pertanto, deve ritenersi non assoggettabile a termine o a condizione, e non escludibile dall'accordo delle parti, risultando, altrimenti, vulnerato il nucleo essenziale del diritto alla protezione dei dati personali.

Il diritto a revocare il proprio consenso è solo *“eventualmente ostativo”* perché, da un lato, non pregiudica la liceità dei trattamenti eseguiti prima del suo esercizio (cd. efficacia *ex nunc*), e, dall'altro, consente comunque al titolare del trattamento di continuare la propria attività sui dati dell'interessato se sussiste altra base giuridica.

V'è, poi, il diritto alla limitazione del trattamento, previsto dall'art. 18 GDPR. Si tratta di un diritto *“parzialmente ostativo”*, poiché il suo esercizio, di regola, preclude al titolare l'effettuazione di ulteriori attività di trattamento, salvo quelle che si basino sul consenso dell'interessato, servano per l'esercizio in sede giudiziaria di un diritto del titolare o per tutelare i diritti di altro soggetto, oppure se sussiste un interesse pubblico rilevante. In seguito all'esercizio del diritto in questione, è comunque permesso espressamente al titolare di conservare i dati personali dell'interessato.

Esso ha finalità *lato sensu* cautelari²²⁶, in quanto l'interessato può servirsene esclusivamente nei casi di cui all'art. 18, par. 1, tutte accomunate dalla presenza di un interesse temporaneo e contingente alla conservazione dei dati personali²²⁷.

²²⁶ Così L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 226.

²²⁷ Le ipotesi di cui all'art. 18, par. 1, GDPR si riportano in nota per semplicità: *“a) l'interessato contesta l'esattezza dei dati personali, per il periodo necessario al titolare del trattamento per verificare*

Data la natura interinale, il vincolo di inutilizzabilità e inaccessibilità imposto sui dati personali dovrebbe venire meno una volta cessate le esigenze cautelari alla base dell'istanza di limitazione. Tuttavia, nel silenzio della norma, la quale nulla dispone in ordine alla durata massima del vincolo, dovrebbe spettare al titolare la valutazione, spesso materialmente impossibile, della persistenza delle suddette esigenze cautelari. E', pertanto, plausibile che nel prossimo futuro intervenga il Garante a chiarire questo delicato profilo, considerato che il vincolo imposto dalla limitazione comporta anche la responsabilità del titolare di custodire, segregandoli e rendendoli assolutamente inaccessibili, i dati personali dell'interessato.

Venendo, infine, ai diritti che definiamo "totalmente ostativi", i quali precludono completamente l'effettuazione o il proseguimento di un determinato trattamento, incontriamo il diritto di cancellazione (art 17 GDPR), il diritto di opposizione (art. 21 GDPR), e il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su trattamento automatico (art. 22 GDPR).

Procedendo con ordine, l'art. 17 consente all'interessato, ricorrendo le situazioni descritte dalla norma, di ottenere l'eliminazione dei propri dati personali detenuti dal titolare del trattamento, impedendo qualsiasi ulteriore attività, compresa la conservazione degli stessi. Tale diritto, anche icasticamente definito "oblio", dovrebbe, se si legge attentamente la norma, essere soddisfatto, senza ingiustificato ritardo, dal titolare, a prescindere da un atto di impulso da parte dell'interessato, che, di norma, non sarebbe necessario.

Ciò si deduce chiaramente dal paragrafo 1 dell'art. 17; tuttavia un dubbio interpretativo potrebbe sorgere dalla lettura del secondo paragrafo del medesimo articolo, a mente del quale "il titolare del trattamento, se ha reso pubblici dati personali ed è obbligato [...] a cancellarli [...], informa[re] i titolari del trattamento che stanno trattando i dati personali della *richiesta dell'interessato di cancellare*

l'esattezza di tali dati personali; b) il trattamento è illecito e l'interessato si oppone alla cancellazione dei dati personali e chiede invece che ne sia limitato l'utilizzo; c) benché il titolare del trattamento non ne abbia più bisogno ai fini del trattamento, i dati personali sono necessari all'interessato per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria; d) l'interessato si è opposto al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, in attesa della verifica in merito all'eventuale prevalenza dei motivi legittimi del titolare del trattamento rispetto a quelli dell'interessato".

qualsiasi link, copia o riproduzione dei propri dati personali”. Come ha rilevato la dottrina più accorta²²⁸, il dubbio è frutto di una traduzione superficiale e poco aderente al testo in lingua inglese del Regolamento, il quale, letto in lingua originale²²⁹, chiaramente stabilisce che la richiesta si fa al titolare che ha comunicato i dati, ma è rivolta ai soggetti, a loro volta titolari, cui i dati medesimi sono stati comunicati.

Questo è previsto per facilitare l’esercizio del diritto all’oblio da parte dell’interessato, il quale non è tenuto a cimentarsi nella ricerca, talvolta impossibile, di tutti i soggetti cui il titolare del trattamento “originario” abbia comunicato i propri dati personali.

Vale la pena ribadire che, come ogni altro diritto riconducibile alla fondamentale protezione dei dati personali, anche il diritto alla cancellazione non è considerato assoluto, in quanto il suo esercizio è escluso nelle ipotesi dei cui all’art. 17, par. 3, GDPR.

L’art. 21 GDPR disciplina, invece, il diritto di opposizione. Attraverso di esso l’interessato, analogamente a quanto si è detto a proposito del diritto all’oblio, può ottenere la cessazione di un determinato trattamento a suo carico.

Nonostante le innegabili affinità fra i due rimedi, essi sono espressione di due esigenze completamente differenti: il diritto di opposizione garantisce la signoria dell’individuo sul controllo dei propri dati, mentre il diritto all’oblio è stato forgiato, in accordo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, al fine di impedire che attraverso la tecnologia possa determinarsi una memoria eterna e perpetua di fatti ed informazioni di cui si intende far cessare il ricordo. Permangono, in ogni caso, forti interferenze fra i due istituti: basti considerare che uno delle ipotesi di operatività del diritto all’oblio è proprio, a norma dell’art. 17, par. 1, lett.

²²⁸ *Ivi*, 750.

²²⁹ Si riporta, per chiarezza e completezza espositiva, l’art. 17, par. 2, nella versione inglese del GDPR: “*Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data*”.

c), l'opposizione dell'interessato, ove non sussista comunque un motivo legittimo cogente e prevalente per procedere al trattamento, ivi inclusa la necessità, anche solo potenziale, da parte del titolare di esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria. Ciò premesso, il GDPR, innovando la precedente disciplina, ha limitato la portata del diritto di opposizione ai soli tre casi indicati nei paragrafi 1, 2, e 6 dell'art. 21.

Di particolare interesse, in chiave sistematica, è l'ipotesi di cui al paragrafo 1, il quale consente l'opposizione ad un trattamento la cui base giuridica è caratterizzata dalla presenza di un interesse del titolare del trattamento; interesse che può essere tanto di natura pubblicistica, quanto di natura privatistica, purché, in quest'ultimo caso, esso sia legittimo e prevalente rispetto ai diritti e le libertà degli interessati²³⁰. In tale ipotesi, l'istanza con cui si esercita l'opposizione deve essere motivata²³¹, e il titolare può non accoglierla qualora dimostri che l'interesse sulla cui base il trattamento viene svolto è *cogente*: questo, naturalmente, presuppone l'esercizio da parte del titolare del trattamento di un potere valutativo, per la cui analisi si rinvia al Capitolo II del presente scritto.

Alcuni commentatori²³² sostengono che il diritto di opposizione sia esercitabile anche nell'ipotesi in cui il trattamento sia effettuato in carenza di idonea base giuridica, ma, in questa sede, si intende accogliere una diversa interpretazione, più fedele alla lettera del testo, secondo cui, in situazioni del genere, l'interessato debba richiedere la cancellazione dei propri dati e l'oblio. Ciò in quanto lo stesso art. 17 GDPR consente di ricorrere al rimedio anzidetto quando il trattamento è illecito, e cioè difetti di una delle basi giuridiche previste dall'art. 6 GDPR.

Infine, potrebbe considerarsi una sub-specie dell'opposizione anche il diritto dell'interessato, previsto dall'art. 22 GDPR, di non essere sottoposto a una

²³⁰ Dispone l'art. 21, par. 1: "L'interessato ha il diritto di opporsi in qualsiasi momento, per motivi connessi alla sua situazione particolare, al trattamento dei dati personali che lo riguardano ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere e) o f), compresa la profilazione sulla base di tali disposizioni. Il titolare del trattamento si astiene dal trattare ulteriormente i dati personali salvo che egli dimostri l'esistenza di motivi legittimi cogenti per procedere al trattamento che prevalgono sugli interessi, sui diritti e sulle libertà dell'interessato oppure per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria".

²³¹ L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 239.

²³² *Ivi*, 244.

decisione, giuridicamente rilevante nei suoi confronti, basata unicamente sul trattamento automatizzato dei propri dati personali. Nonostante il contesto applicativo di elezione dell'art. 22 sia l'attività di profilazione – come si intuisce dalla stessa rubrica della norma – la formulazione adottata dal legislatore europeo del 2016 è talmente ampia e generica da permettere di includere fra le decisioni *de quibus* una serie di ulteriori fattispecie che, attualmente, rappresentano una frontiera dello sviluppo delle nuove tecnologie: si pensi, per esempio, ai tentativi, ancora ad uno stato embrionale, di sostituzione del giudice-persona fisica con un software di intelligenza artificiale.

Passando ora a trattare i “diritti di controllo non ostativi”, vengono in rilievo il diritto di rettifica e integrazione (art. 16 GDPR) e diritto alla portabilità dei dati (art. 21 GDPR). Per completezza espositiva, si precisa che per “diritti non ostativi” si intendono quelli attraverso il cui esercizio l'interessato ha il potere di incidere sul modo in cui si svolge il trattamento, senza tuttavia vietare determinate attività di trattamento.

L'art. 16 consente all'interessato di mantenere aggiornate le informazioni che lo riguardano, al fine di garantire la veridicità della proiezione esteriore del sé, tutelando, pertanto, il diritto all'identità personale. Esso è espressamente tutelato anche dall'art. 8, par. 2, Carta di Nizza, il quale sembra configurarlo come un'evoluzione del diritto di accesso.

Va poi precisato che, mentre sul titolare del trattamento incombe l'obbligo di aggiornare o rettificare i dati dell'interessato quando ne ravvisi o ne possa ravvisare la necessità, il medesimo interessato potrebbe avere interesse, per i motivi più vari, a non esercitare il diritto in questione: in circostanze simili il diritto di rettifica o integrazione è tutelato anche sotto il profilo negativo.

Veniamo, dunque, in estrema analisi, ad analizzare il diritto alla portabilità dei dati, sancito dall'art. 21 GDPR.

Attraverso il suo esercizio – limitato alle ipotesi in cui il trattamento si basi sul consenso o sia necessario all'esecuzione di un contratto –, l'interessato ha il potere di ottenere copia, “in formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico”, dei dati personali a lui riferibili detenuti da un titolare, al fine di

trasferirli ad altro titolare. La trasmissione dei dati può essere diretta, cioè avvenire fra il titolare “originario” e titolare “successivo” senza intermediazione dell’interessato, oppure, se ciò è tecnicamente infattibile, indiretta, mediante rilascio della copia all’interessato e successivo trasferimento a cura dello stesso.

Importante aggiungere che il trasferimento dei dati, di per sé, non implica, rispetto al titolare “originario” una richiesta di cancellazione degli stessi, né comporta alcun obbligo in tal senso: infatti, poiché il trattamento dei dati personali e il connesso diritto può essere considerato, nel contesto di attività d’impresa, espressione della libertà di iniziativa economica – costituzionalmente tutelata –, eventuali deroghe o limitazioni devono essere previste per legge; non disponendo l’art. 21 GDPR nulla a riguardo, le uniche ipotesi in cui esiste, e può essere attivato, un obbligo di cancellazione rimangono quelle disciplinate dall’art. 17 GDPR.

Anche la portabilità può astrattamente considerarsi un’evoluzione del diritto di accesso, tuttavia il rilievo che essa ha raggiunto nel contesto dei servizi offerti oggi dalla società dell’informazione ne ha determinato una sicura autonomizzazione.

Ciò in quanto il diritto alla portabilità, soprattutto alla luce della più recente normativa comunitaria, orientata – come si vedrà – a compendiare la tutela dei dati personali con le esigenze di libera circolazione degli stessi, assolve, da un lato, funzione di protezione dell’interessato, evitando che egli debba necessariamente dipendere da un unico titolare-fornitore di servizi; dall’altro lato, favorisce lo sviluppo di un mercato concorrenziale fra i soggetti che trattano dati personali per offrire i propri servizi, i quali saranno portati a migliorare la propria offerta, in quanto, altrimenti, l’utente-interessato sarà legittimato a trasferire i dati già conferiti ad altro operatore senza alcun pregiudizio.

Dunque, attraverso l’esercizio del diritto alla portabilità, l’interessato, in un’ottica di sempre maggiore consapevolezza del valore economico rivestito dai propri dati personali nell’economia contemporanea, potrebbe essere posto nella condizione di trarre un guadagno dalla circolazione degli stessi, offrendoli, senza temere atteggiamenti ostruzionistici da parte dei titolari del trattamento, al libero mercato²³³.

²³³ Ad oggi si segnala che sono state sviluppate alcune piattaforme, come Wibson o Weople, in grado di

Infine, va notato come la previsione del diritto alla portabilità sia funzionale all'esistenza stessa del mercato dei dati, poiché evita comportamenti *lato sensu* "di protesta" da parte degli interessati.

Ciò dimostra, peraltro, la chiara propensione del legislatore europeo ad evitare i conflitti sociali²³⁴

sfruttare le potenzialità offerte dal diritto alla portabilità e di permettere agli interessati di trarre guadagno dalla circolazione, spontaneamente e consapevolmente determinata, dei propri dati personali.

²³⁴ Sul punto, v. M. Dani, "Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti", CEDAM, Padova, 2018, 84 ss.

CAPITOLO II – IL DIRITTO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI COME ESPRESSIONE DELLA LIBERTA’ DI INIZIATIVA ECONOMICA.

1. RILEVANZA DELLA CATEGORIA NEL CONTESTO SOCIO-ECONOMICO POST INDUSTRIALE¹.

L’elaborazione teorica del diritto a trattare dati personali altrui si rende necessaria per due ragioni.

La prima riguarda l’impossibilità di concepire un determinato diritto, nella specie quello alla protezione dei dati personali, “a costo zero”²: esso si espande a discapito di altri interessi, ed in definitiva di altri diritti. Di ciò se ne darà più compiutamente conto nel prosieguo della trattazione.

La seconda motivazione discende dall’analisi della realtà socio-economica che caratterizza i nostri tempi.

Si registra, infatti, una sempre maggiore complessità dei rapporti economici, ma anche amministrativi, al punto che spesso il trattamento dei dati personali è imprescindibile per permettere l’instaurazione e lo svolgimento di rapporti giuridici diversi³.

Sul punto è, ormai, maturata una certa consapevolezza, unita ad una penetrante riflessione sui rischi e sui vantaggi che l’analisi e lo sfruttamento di grandi quantità di dati personali – anche in forma anonima o aggregata – comporta⁴.

¹ La definizione di “società post-industriale” si deve a D. Bell, “The Coming of Post-Industrial Society. A venture in Social Forecasting”, Basic Books, New York, 1973, *passim*.

² L’espressione è di R. Bin, “Critica alla teoria dei diritti”, Franco Angeli, Milano, 2018, 40 ss.

³ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di trattamento di dati sanitari da parte di soggetti pubblici facenti parte del Servizio Sanitario Nazionale; oppure, in ambito privato, il trattamento dei dati necessario per erogare servizi bancari o assicurativi.

⁴ Si v. l’intervento del Presidente dell’Autorità Garante per la protezione dei dati personali, Antonello Soro, del 19 novembre 2014 dal titolo “Un’economia basata sui dati”, consultabile in www.garanteprivacy.it.

Il legislatore europeo, in un simile contesto, ha, dapprima, riconosciuto come lo sviluppo del mercato interno all'UE ha determinato un aumento dei flussi di dati personali scambiati dentro e fuori l'Unione⁵. Ha, poi, sottolineato come la portata della raccolta e della condivisione dei dati è aumentata significativamente, anche grazie al progresso tecnologico e alla globalizzazione⁶.

Dunque, ha avvertito la necessità di operare un bilanciamento fra tre esigenze fondamentali, come rileva dal considerando 2 del GDPR: a) esigenza di tutela dei diritti e delle libertà delle persone fisiche⁷; b) esigenza di tutela degli operatori economici⁸; c) esigenza di tutela degli interessi pubblici⁹.

Il Regolamento, nonostante si applichi anche ai trattamenti effettuati da Autorità pubbliche nell'esercizio di compiti istituzionali¹⁰, e, perciò, come si è appena detto, considera l'esigenza di assicurare la cura di determinati interessi pubblici prevalenti, è chiaramente e principalmente focalizzato – in linea, del resto, con gli scopi dell'UE – ad assicurare l'esistenza del mercato unico. Ciò risulta evidente già dall'intestazione del Regolamento “relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati [...]”¹¹.

In quest'ordine di idee, esso ha evidenziato come la presenza di una certa eterogeneità nei livelli di tutela offerti dai singoli ordinamenti nazionali – derivante dalle divergenze nell'attuazione della direttiva 95/46/CE – è idonea ad ostacolare gli operatori europei nell'esercizio di attività economiche, falsare la concorrenza fra gli

⁵ GDPR, considerando 5.

⁶ Cfr. *ivi*, considerando 6.

⁷ *Ivi*, considerando 2: “[...] Il presente regolamento è inteso a contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà [...] e al benessere delle persone fisiche.”

⁸ *Ivi*: “[...] Il presente regolamento è inteso a contribuire alla realizzazione [...] di un'unione economica, al progresso economico e sociale e alla convergenza delle economie del mercato interno [...]”.

⁹ *Ivi*: “[...] Il presente regolamento è inteso a contribuire alla realizzazione di uno spazio di [...] sicurezza e giustizia [...]”.

¹⁰ Salvo che, ex art. 2, par. 2, lett. d), GDPR, ai trattamenti “effettuati dalle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento o perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro minacce alla sicurezza pubblica e la prevenzione delle stesse”.

¹¹ Concetto – questo – poi ripreso e sviluppato dall'art. 1, par. 3, GDPR, il quale stabilisce che “la libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali”.

stessi ed impedire il corretto esercizio delle funzioni proprie delle Autorità di regolazione nazionali.

E', infatti, evidente come l'assenza di uno standard comune a tutti gli Stati membri possa favorire la delocalizzazione delle attività economiche verso Paesi che abbiano adottato norme meno restrittive, anche in tema di responsabilità e di sanzioni, analogamente a quanto accade in ambito tributario verso gli Stati che offrano particolari vantaggi in termini di segretezza, o con pressione fiscale minima: cd. "paradisi fiscali".

Per evitare il possibile fenomeno dei "paradisi dei dati", l'UE ha inteso dotarsi di uno strumento normativo – il GDPR – in grado di imporre, stante anche la sua autoapplicabilità, la quale discende dalla natura di regolamento, uno standard condiviso a livello europeo.

Inoltre, la fissazione di regole comuni, nell'intenzione del legislatore europeo, favorirebbe la formazione fra gli individui di un clima di fiducia, coesistente alla diffusione nell'UE dell'economia digitale.

Il Regolamento richiede che il livello di tutela offerto dagli Stati membri sia "coerente ed elevato"¹², ma, come si è detto, ciò non esclude che il diritto alla protezione dei dati personali debba essere ricondotto a sistema con gli altri diritti, egualmente fondamentali, con cui esso, per sua natura, entra in conflitto. In quest'ottica si spiega il considerando 4 al GDPR, il quale afferma che "il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità".

Delineato il quadro di riferimento, subito si intuisce l'importanza teorica di ricavare, dalla più recente normativa in materia, un diritto fondamentale che possa ergersi a contraltare rispetto al diritto, anch'esso fondamentale, alla protezione dei dati personali, al fine di operare quel temperamento che, alla luce della funzione sociale da quest'ultimo ricoperta, richiede il citato considerando 4 del GDPR.

¹² GDPR, considerando 10.

2. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI: LA CIRCOLABILITA' DEI DIRITTI DELLA PERONA E IL VALORE ECONOMICO DEL DATO PERSONALE.

Una ricerca sul diritto a trattare dati personali altrui, che intenda sottolinearne la derivazione dalla libertà di iniziativa economica, non può prescindere dall'inquadramento dogmatico dell'oggetto di tale diritto: il dato personale.

Nel capitolo precedente si è ampiamente trattato del dato in quanto espressione dell'individuo e della sua personalità, configurandolo come oggetto di un diritto, quello alla protezione dei dati personali, di rilievo costituzionale.

Tuttavia, questa ricostruzione non esaurisce le possibilità di speculazione teorica sulla natura del dato personale, il quale, da altra prospettiva, può essere considerato un vero e proprio bene economico¹³.

Va subito fugato un possibile equivoco: che l'assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'interessato del trattamento equivalga al riconoscimento del non-valore economico dei dati.

Sul punto sembra potersi condividere quanto sostenuto dal prof. Guido Scorza¹⁴, secondo cui, con specifico riferimento ai servizi – “straordinariamente preziosi in termini personali, sociali, culturali, economici e democratici” – offerti dai *social network*, l'utente, quale controprestazione, paga una “moneta persino più preziosa” del denaro¹⁵, cioè il “diritto di sfruttare” la propria identità personale. Con riferimento più in generale ai servizi *online* gratuiti, il WP29, nell'opinione 6/2014, afferma che “*the services are not free, and that rather, the consumers pay using their personal data*”. Per questo motivo, riferisce Scorza, l'utente non dovrebbe

¹³ La questione, è stata, peraltro, già accennata nel cap. I, par. 14 del presente scritto.

¹⁴ Nell'articolo “Ma Facebook non è gratis (né imparziale)”, pubblicato sul quotidiano *Repubblica* in data 26 gennaio 2018, p. 23.

¹⁵ In maniera ancor più icastica si esprime A. Soro, in un'intervista rilasciata a *wisesociety.it* in data 18 dicembre 2018, secondo cui “I dati sono l'oro del mondo moderno”; e, nello stesso senso, G. Busia, “Mercato digitale e scambi transatlantici: quando la ricchezza è nei dati personali”, in E. Zuanelli (a cura di), “Il futuro dell'economia digitale”, Aracne, Ariccia, 2016, 69 ss., che afferma la qualità del dato come oggetto di scambio, e la natura del Web come “miniera inesauribile di beni, immateriali sì, ma non per questo meno appetibili dell'oro, del petrolio o delle risorse naturali necessarie alla sopravvivenza dell'uomo”.

abbandonarsi ad una errata percezione di gratuità di tali servizi, tenendo sempre a mente che, dietro a questi trattamenti di dati personali, si cela non un “filantropo delle libertà”, ma “un’impresa che legittimamente persegue innanzitutto il proprio profitto”.

Va poi confutata anche un’altra tesi, cioè che i diritti della personalità non siano idonei a circolare sul mercato.

Parte della dottrina¹⁶ sostiene, infatti, che, posta la natura “di valori extrapatrimoniali ed indisponibili” dei diritti *de quibus*, in considerazione delle mutate esigenze delle pratiche commerciali, occorre riconoscere l’esistenza di “interessi economici sottesi ad alcune manifestazioni della personalità umana”.

Inoltre, operare tale apertura doterebbe i diritti della personalità della massima espansione possibile, assicurandone il libero svolgimento anche nei confronti e all’interno del mercato, completandone, così, la tutela.

Il legislatore ha, dal canto suo, previsto da tempo la possibilità di mettere in commercio determinati prodotti che ineriscono alla persona del loro autore: così, infatti, si è previsto con riferimento, ad esempio, al diritto d’autore o al diritto di sfruttamento economico della propria immagine.

Il principio di circolazione dei diritti della personalità risulta, grazie al rinnovato approccio operato dal regolatore europeo con il GDPR, applicabile anche in materia di *data protection*. Tuttavia, va osservato che la possibilità di concepire il conferimento di dati personali alla stregua di una controprestazione non equivale ad equiparare *sic et simpliciter*, sotto il profilo della circolazione, il diritto alla protezione dei dati personali ad un diritto patrimoniale: sul punto, le divergenze si devono alle previsioni normative – ad esempio, il diritto d’accesso o il diritto alla cancellazione – dirette a conformare il contenuto del rapporto negoziale fra chi fornisce i dati personali e chi li mette in circolazione.

Emerge, così, una rilettura del concetto stesso di *privacy*, che consente – vale la pena ribadirlo – di distinguere nettamente la riservatezza, con la concezione statica che le è propria, dalla protezione dei dati personali, connotata da una marcata impronta di

¹⁶ F. Tozzi, “La circolazione dei diritti della personalità”, Giappichelli, Torino, 2014, *passim*.

dinamismo¹⁷.

A questo punto, preme segnalare un dato statistico oggettivo: l'attenzione e la sensibilità verso il tema della protezione dei dati personali è direttamente proporzionale al livello di sviluppo tecnologico di una determinata economia¹⁸, con la conseguenza che il valore dei dati è sensibilmente maggiore nelle aree del Mondo più avanzate.

3. SPUNTI PER UN'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO ALLA PRIVACY.

Determinanti, nel comprendere il ruolo che la *privacy* – secondo l'accezione utilizzata dagli illustri studiosi statunitensi che si sono occupati del tema – svolge nei flussi commerciali, sono state le ricerche condotte nel campo dell'analisi economica del diritto a partire dagli anni '70 del XX secolo.

Tali studi, per la verità, si inseriscono nell'ambito di un più vasto campo di ricerca, nel quale confluiscono gli sforzi degli analisti della cd. economia dell'informazione: area di cui la *privacy* costituisce, appunto, un sub-settore.

L'interesse che le speculazioni teoriche operate in questo campo dovrebbe suscitare nel giurista è legato, in primo luogo, al fatto che esse condividono una comune accezione di *privacy* nel senso di “controllo o protezione di informazioni personali”: ciò in quanto “*the protection and disclosure of personal data are likely to generate trade-offs with tangible economic dimensions*”¹⁹.

Il complesso dei dati personali ha un intrinseco valore economico, poiché le caratteristiche e gli attributi degli individui, e particolarmente la loro conoscenza da

¹⁷ G. Santaniello, “Tipologia delle innovazioni tecnologiche e protezione dei dati personali”, in G. Rasi (a cura di), “Innovazioni tecnologiche e privacy”, Roma, 2005, 27, già rilevava che “viene in rilievo l'accelerazione della metamorfosi della riservatezza, che da guscio protettivo della persona va evolvendo a patrimonio informativo circolante, come denominatore comune di tutte le realtà industriali, commerciali, culturali, pubbliche e private e come riferimento costante in tutti i campi di attività”.

¹⁸ Lo rileva A. G. Carbò, “New Privacy-Oriented Markets”, in G. Rasi (a cura di), “Da costo a risorsa ...” *cit.*, 93.

¹⁹ A. Acquisti, C. Taylor, L. Wagman, “The Economics of Privacy”, *Journal of Economic Literature*, 52, 2, 2016, 2.

parte di chi offre beni o servizi, è funzionale agli *asset* di business che connotano il mercato odierno.

Pur tacendo gli evidenti vantaggi che il fluire dei dati apporta tanto agli individui quanto alla società nel suo complesso – ad esempio in termini di personalizzazione e miglioramento dei servizi usufruiti o di efficacia della funzione pubblica di controllo e repressione dei crimini e di lotta al terrorismo –, i dati personali presentano, quali beni economici, caratteristiche peculiari.

In particolare essi, una volta condivisi, acquistano tratti propri dei beni pubblici, come la “non rivalità” e la “non escludibilità”²⁰, talché il valore del dato stesso, e del diritto alla sua protezione, dipende in massima parte da fattori contingenti ed esterni alla signoria dell’individuo cui si riferisce. Per fare un esempio, il dato riferito all’età anagrafica di un soggetto, di per sé, potrebbe avere scarso valore per un’impresa che produce medicinali e che ha interesse a conoscere l’incidenza, rispetto ad una determinata fascia di età, di una certa malattia in un territorio circoscritto: infatti, l’impresa sarà disposta a pagare un prezzo molto più elevato se fosse in grado di conoscere anche i dati relativi alla residenza e allo stato di salute di quel soggetto, così determinandosi un aumento esponenziale del valore del singolo dato personale quando esso può essere combinato con altri, specie se riferiti ad una pluralità di individui. Si comprende, dunque, come il valore di un dato può anche variare nel tempo, qualora chi ha interesse alla sua conoscenza sia venuto in possesso di altri dati con cui incrociare il primo, a fini perlopiù di profilazione²¹.

Dall’inquadramento dei dati personali condivisi nell’alveo dei beni pubblici alcuni

²⁰ In questo senso V. Zeno-Zencovich, “Do “data markets” exist?”, in *Riv. dir. media*, II, 2019, 1. La scienza economica ha definito il concetto di “non rivalità” come l’idoneità di un bene o di una risorsa a non esaurirsi a seguito del suo consumo normale; per “non escludibilità” si intende invece l’impossibilità per il proprietario del bene o della risorsa di impedire l’utilizzo dello stesso da parte di altri. Nel senso che il “diritto di *privacy*” possa essere considerata un bene privato in quanto escludibile, v. V. V. Comandini, “Il ruolo della *privacy* nella competizione per l’accesso alle risorse pubblicitarie su Internet”, in *Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy*, III, 1, 2012.

²¹ La “profilazione” è, a mente dell’art. 4, n. 4), GDPR, “qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell’utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica”.

studiosi fanno derivare anche un interesse generale alla loro conoscenza, un'appartenenza ontologica alla comunità, alla quale dovrebbe essere attribuito il potere di disporne²².

Inoltre, i dati personali possiedono contemporaneamente caratteristiche sia di “beni finali” che di “beni intermedi”²³, anche se non è chiaro quale sia il criterio da utilizzare per calcolarne, in termini monetari, l'effettivo valore²⁴.

Ogni giorno essi sono oggetto di compravendite, scambi, sfruttamenti a fini commerciali, ma i consumatori, in genere, non sono ammessi a partecipare a queste transazioni, in quanto, risultando estremamente basso il valore di scambio del complesso dei dati riferibili a un singolo individuo, quest'ultimo non si pone ragionevolmente in un'ottica di mercato e, di conseguenza, non esige un prezzo per il rilascio delle informazioni che lo riguardano, né può, una volta rilasciate, “ricomprarle” dall'utilizzatore: per l'individuo queste hanno esclusivamente un valore “privato”²⁵, connesso all'interesse che egli ha nel permetterle ad altri la conoscenza²⁶.

Sul punto, pregevole è stato il lavoro di Vincenzo Zeno-Zencovich, il quale,

²² G. Crea, “Politiche unionali in materia di data economy”, in E. Zuanelli (a cura di), *op. cit.*, 140.

²³ I “beni finali”, o “beni di consumo”, si distinguono dai “beni intermedi”, in quanto i primi soddisfano direttamente un bisogno individuale.

²⁴ La letteratura economica ha proposto varie soluzioni come, ad esempio, il prezzo che un individuo pagherebbe per dare via i propri dati, o quello che egli pagherebbe per proteggerli; o, ancora, il valore del danno che l'interessato subirebbe se il dato venisse reso pubblico, o il profitto che ne trarrebbe l'utilizzatore.

²⁵ In argomento, v. S. Spiekermann, J. Korunovska, C. Bauer, “Psychology of ownership and asset defense: why people value their personal information beyond privacy”, Orlando, 2012. Il saggio registra una certa emergente disponibilità da parte degli utenti a pagare per ottenere un controllo più incisivo sulla riservatezza delle proprie informazioni online. Tuttavia, ciò non sembrerebbe essere legato a logiche di mercato, ma ad elementi irrazionali, quali, specialmente, l'intimità e la “desiderabilità sociale” delle informazioni stesse.

²⁶ Ad esempio, ottenere agevolazioni o sconti, usufruire di un determinato servizio, massimizzare le utilità di un prodotto, salvaguardare interessi vitali propri, ecc ...; ad una diversa tesi perviene V. V. Comandini, *op. cit.*, secondo cui è configurabile “un mercato della privacy, in cui si possono, almeno in teoria, incontrare domanda e offerta, con possibili punti di equilibrio, ovvero prezzi”, cioè un mercato cui partecipano i soggetti cui appartengono i dati personali, anche se l'A., valorizzando l'elemento dell'asimmetria informativa fra le parti coinvolte in tali scambi, riconosce che “come in molti mercati in cui ci sono componenti di bene pubblico ed esternalità non chiaramente definite, l'equilibrio non è garantito a priori perché il consumatore può non averne completa percezione”.

riflettendo sulla natura del diritto del soggetto economico che trae vantaggi dallo sfruttamento dei dati personali altrui in termini, ha osservato che non si possa propriamente parlare di proprietà (*ownership*), bensì di licenza (*entitlement to use*)²⁷. Dalle considerazioni che precedono, deriva che il dato personale ha un valore diverso a seconda del soggetto nel cui punto di vista ci si intende porre. Possiamo, dunque, affermare che *nel* mercato gli operatori professionali, disponendo dell'interesse a trarne profitto e dei mezzi necessari, sono in grado di assegnargli un valore monetario, trattandolo così alla stregua di una merce; invece, *fuori* dal mercato, il soggetto cui i dati si riferiscono non è in grado di monetizzarli, poiché, egli può disporre unicamente delle proprie informazioni, le quali, singolarmente considerate, non incontrerebbero la domanda degli operatori del mercato, i quali hanno, di regola, interesse unicamente a sfruttare pacchetti di dati personali.

Posto, quindi, che l'individuo è, per sua natura, estraneo al mercato dei dati, non si può negare, da un lato, che egli risulta essenziale al suddetto mercato, poiché fornisce la materia prima degli scambi che ivi avvengono²⁸; e, dall'altro, che l'individuo ha interesse a rivolgersi *al* mercato suddetto per ottenere o massimizzare utilità e benefici vari, spesso derivanti da rapporti diversi rispetto al trattamento dei dati.

La dicotomia di cui si è detto genera, a ben vedere, una situazione di conflitto potenziale tra i soggetti coinvolti, poiché gli interessi perseguiti dalle parti hanno natura differente – gli uni rivolti verso l'ottenimento di un profitto commerciale, gli altri a soddisfare bisogni individuali – sorge il problema di bilanciare le libertà di cui essi sono espressione e di allocare efficacemente facoltà e diritti tra i soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali.

²⁷ V. Zeno-Zencovich, *op. ult. cit.*, 4-5, secondo cui “*whoever lawfully holds the data is entitled – therefore the term “entitlement” appears much more appropriate than ownership– to use them. [...] At any rate what one sees is that with data – as with most digital entities (e.g. software programmes) – there is a significant shift from the “sales” paradigm (complete, unlimited in time and not reversable transfer of rights from vendor to buyer) to a licence model: licensor allows licensee to use a certain entity, for a certain scope, for a certain time. There is no transfer but agreed access to a database, and eventually to data analytics facilities, with no right to further disseminate the data*”.

²⁸ Ivi, 6: “[...] *data are the source of revenue of the business and when availability of certain data gives the business a specific market power*”

Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, infatti, occorre ragionare in termini di costi e benefici.

Si riportano, seppur in forma sintetica, non essendo questa l'opportuna *sedes materiae*, le contrapposte tesi elaborate da Ronald Coase e Guido Cavalieri.

Ronald Coase, importante economista statunitense, esponente della cd. "Scuola di Chicago", elaborò nel 1937 una teoria – premiata con il Nobel nel 1991 – che, ancora oggi, risulta un caposaldo della materia. Egli sosteneva che, in assenza di costi di transazione²⁹, il mercato si orienterebbe autonomamente sulla soluzione più efficiente³⁰, a prescindere da come sono distribuiti i diritti di sfruttamento di una determinata risorsa; mentre, in presenza di costi di transazione, è la regola giuridica che, attribuendo un diritto all'una o all'altra parte, dovrebbe perseguire la soluzione più efficiente: l'attribuzione in questione è funzionale a diminuire l'impatto dei costi di transazione.

Guido Cavalieri, che invece era un giurista, rimproverava l'economista di Chicago di aver esaltato l'elemento dell'efficienza, a scapito dell'equità. Con specifico riferimento alla responsabilità civile da circolazione dei veicoli, egli osservò che fosse necessario far ricadere il costo del danno sulla parte che si trovi nella migliore condizione per evitarlo.

Il legislatore europeo sembra consapevole di questa situazione, al punto che, attraverso il Regolamento 679/2016, ha inteso allocare i diritti coinvolti nel trattamento dei dati in modo che, da un lato, non risultino lesi i diritti e le libertà fondamentali degli individui e, dall'altro, che gli operatori economici siano in grado di esercitare efficacemente attività d'impresa, cercando una sintesi fra l'equità e l'efficienza.

4. IL CONCETTO DI AUTONOMIA PRIVATA COME "CRITERIO

²⁹ Per "costo di transazione" si intende quello che un soggetto deve sostenere per organizzare, perfezionare e monitorare uno scambio sul mercato.

³⁰ Secondo la definizione proposta dall'enciclopedia Treccani, per "efficienza economica" si intende il "rapporto fra benefici e costi o, più in generale, tra il grado nel quale vengono raggiunti gli obiettivi e i mezzi utilizzati".

ORDINANTE”: ULTERIORI PRECISAZIONI CONCETTUALI PER UNA NOZIONE DINAMICA DI LIBERTA’.

Sembra necessario chiarire il rilievo che assume la ricerca sul fondamento costituzionale del diritto a trattare dati personali altrui nello svolgimento di un’attività economica, e sui limiti che esso incontra nel contrapposto diritto alla protezione dei dati personali.

La dinamica del rapporto-trattamento è tale da permettere di configurarlo – quando esso si svolge tra soggetti privati, per finalità di natura non pubblicistica³¹ – come espressione dell’autonomia privata.

La nozione di “autonomia privata” fa riferimento alla relazione tra privati, valutata alla luce dell’ordinamento giuridico nel suo complesso, il quale, a seconda della sua “conformazione e forma politica”³² è in grado di interferire sul modo d’essere della relazione medesima.

Vi è dunque un legame stretto tra lo *jus privatorum*, consacrato nel codice e nelle leggi civili, e lo *jus publicum*, facente capo alla Costituzione e alle altre norme di rango costituzionale. A ben vedere, a partire dal 1800, epoca delle grandi codificazioni, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato è stata fin troppo enfatizzata, ed ha finito per determinare una separazione fra Stato e società civile.

Le disposizioni costituzionali, specie nelle Costituzioni cd. “lunghe”³³, si pongono come obiettivo, tra gli altri, quello di razionalizzare i rapporti sociali, operando una valutazione *ex ante* degli interessi coinvolti, e quindi effettuando un preventivo giudizio di meritevolezza sugli atti privati.

Secondo l’insegnamento di Vezio Crisafulli³⁴, questa funzione delle norme costituzionali trova fondamento nel principio della sovranità popolare, espresso dall’art. 1, comma 2, della Carta: allo Stato non più il ruolo di “sovrano” – come invece si riteneva prima delle Costituzioni novecentesche – ma di “coordinatore” – e, al

³¹ Profilo, questo, cui unicamente è dedicato – vale la pena ribadirlo – il presente capitolo.

³² M. Esposito, *op. cit.*, 13.

³³ Cioè quelle che, oltre a contenere norme sull’organizzazione del potere, disciplinano anche i diritti fondamentali.

³⁴ V. Crisafulli, “La sovranità popolare nella Costituzione italiana”, in AA. VV., “Scritti giuridici in onore di Vittorio Emanuele Orlando”, CEDAM, Padova, 1957, 412 ss.

tempo stesso, di “fondatore” – di una pluralità, potenzialmente illimitata, di ordinamenti, in cui le diverse formazioni sociali si riconoscono.

L’opera di coordinamento, che deve essere effettuata, naturalmente, nel rispetto del dettato costituzionale, postula alla base sia il riconoscimento della soggettività dell’individuo, sia il principio di eguaglianza sostanziale, talché l’autonomia privata, che è in primo luogo autonomia del singolo, è *ipso tempore* fondata e limitata dalle libertà sancite dalla Carta.

La necessità del coordinare implica e disvela un certo *favor* per le relazioni e i rapporti fra i soggetti privati, per una società in continuo movimento: relazioni e rapporti che, lungi dall’essere fenomeno patologico, risultano, invece, coesenziali e strumentali allo “statuto ontico della persona”³⁵.

Del resto, il concreto e pieno svolgimento della personalità umana si svolge, secondo l’art. 2 Cost., “nelle formazioni sociali”, e le libertà dell’individuo si realizzano nelle trame dei rapporti con gli altri consociati: il valore, la pregnanza e l’efficacia delle suddette libertà così può apprezzarsi a prescindere dall’avvenuta loro lesione da parte di terzi³⁶.

Il profilo dei presupposti e dei limiti dell’autonomia privata fa emergere, inoltre, elementi utili per riprendere e completare in questa sede l’analisi della struttura dei diritti di libertà, già oggetto di trattazione nel capitolo I del presente scritto.

Infatti, se si considerasse la libertà in termini di mera pretesa all’astensione di terzi, allora si dovrebbe concludere che l’attività negoziale dei privati sarebbe svincolata dai precetti costituzionali, essendo, invece, rimesso al legislatore ordinario il compito di dare “riconoscimento e struttura agli atti privati”. Viceversa, qualora considerassimo le libertà come “facoltà di comportamento protette dal diritto”, dovremmo ritenere che le disposizioni della Carta che le contemplano non abbiano efficacia diretta fra i privati, se non al momento del verificarsi della lesione della posizione giuridica ad esse sottesa, e della conseguente genesi della responsabilità aquiliana.

³⁵ M. Esposito, *op. cit.*, 187.

³⁶ *Ivi*, 194; P. Virga, “Libertà giuridica e diritti fondamentali”, Giuffrè, Milano, 1947.

Vi è allora chi ha proposto³⁷ di far discendere dal complesso delle libertà costituzionali un “potere in senso tecnico”, ovvero una sfera di autonomia che può concettualmente essere scissa in due tronconi: il primo, più profondo preesiste e si svolge nelle formazioni sociali ove si sviluppa la personalità umana; il secondo, invece, consisterebbe nelle facoltà che l’ordinamento concretamente riconosce ai singoli attraverso regole di esercizio. Questa dottrina, quindi, osserva che alle libertà andrebbe applicato l’approccio metodologico utilizzato con riferimento al tema della sovranità: la libertà appartiene all’individuo, come la sovranità al popolo, ma entrambe devono essere esercitate nelle forme e nei limiti della Costituzione.

5. IL FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLE LIMITAZIONI AL GODIMENTO DEL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI ALL’INTERNO DEGLI SCAMBI ECONOMICI AI SENSI DELL’ART. 41 COST.

Si è ripetutamente affermato nelle pagine che precedono la natura non assoluta del diritto alla protezione dei dati personali, segnalando la necessità di sottoporlo ad operazioni di bilanciamento con altri diritti di rilievo costituzionale, in ossequio al principio di proporzionalità.

Come riferisce autorevole dottrina³⁸, la proporzionalità esprime l’esigenza di contenere il potere – sia esso pubblico o privato –, salvaguardando il godimento delle libertà individuali da irragionevoli interferenze.

Vale la pena enunciare brevemente – salvo quanto si dirà più avanti con specifico riferimento alle valutazioni riservate al titolare del trattamento basato sul cd. “legittimo interesse” – i passaggi in cui si articola il cd. “test di proporzionalità”, inteso quale tecnica di giudizio sugli strumenti normativi e di bilanciamento fra diritti confliggenti.

³⁷ M. Esposito, *op. cit.*, 204; S. Romano, “Ordinamento sistematico del diritto privato”, ESI, Napoli, 2017, 39 ss.

³⁸ G. Scaccia, “Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of EU Courts”, in *federalimi.it*, 2019, 3, anche in trad. it., “Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee”, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 2.

Il suddetto test consta di tre distinte valutazioni³⁹: i) la prima concerne l'”idoneità/adequatezza” dello strumento previsto dal legislatore a perseguire i fini di interesse pubblico che si è prefissato, e tale verifica avrà risultato positivo quando lo strumento non risulti manifestamente inidoneo al suo scopo; ii) la seconda riguarda la “necessità” della misura predisposta, al fine di appurare che l'intervento legislativo sia, tra quelli astrattamente possibili, quello che, nel perseguire il fine pubblico, impone un minor sacrificio dei diritti individuali; iii) la terza è quella della “proporzionalità in senso stretto”, e vi si ricorre quando – esperite le precedenti fasi del test – vi siano più misure ugualmente idonee e necessarie, per operare un bilanciamento tra interessi parimenti rilevanti e scegliere quali tra essi far prevalere. Alla giurisprudenza tedesca e alla dottrina tedesca, a partire dagli anni '60, che ha superato la ricostruzione delle libertà fondamentali in termini di mera difesa dell'individuo contro lo Stato, va il merito di aver riconosciuto ad esse l'accesso ad un sistema costituzionale di valori e principi in relazione al quale deve confrontarsi l'interprete nell'atto di effettuare il bilanciamento.

Le considerazioni da ultimo premesse devono essere tenute presenti, al fine di meglio comprendere il profondo conflitto assiologico che investe gli interessi e i valori coinvolti nel trattamento dei dati personali.

Il diritto alla protezione dei dati personali, come si è più volte evidenziato, non è un diritto assoluto⁴⁰, ma si contrappone, per sua natura, al principio, di matrice comunitaria, della libertà di circolazione dei dati, a sua volta espressione della fondamentale “libertà di circolazione di mezzi, persone, servizi e capitali”, pilastro dell'integrazione economica e, più in generale, della stessa ordinamento dell'Unione Europea.

In effetti, le tecnologie digitali si prestano a sorreggere il processo di accelerazione

³⁹ Id, “Il controllo di proporzionalità della legge in Germania”, in *Ann. dir. ted.*, 2002, 409 ss.; *contra* M. Cartabia, “I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana”, consultabile in www.cortecostituzionale.it, 4-5, secondo cui alle tre fasi sopra esposte se ne premette una quarta, volta a valutare la legittimità dello scopo perseguito.

⁴⁰ E' nota, sul punto, la posizione della Corte Costituzionale, secondo cui nello Stato costituzionale nessun diritto può vantare pretese di assolutezza, bensì tutti sono posti in rapporto di integrazione reciproca: cfr., per tutte, Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85; 28 novembre 2012, n. 264, entrambe consultabili in www.cortecostituzionale.it.

nella costituzione del Mercato Unico Europeo⁴¹, poiché, grazie alle loro caratteristiche, consentono di smaterializzare e rendere virtuali gli scambi, svincolandoli da ogni legame territoriale o geografico.

Le istituzioni europee sono a tal punto convinte di un tale assunto – del resto, difficilmente negabile – che la stessa Commissione Europea ha definito la circolazione dei dati oggetto della “quinta libertà”, accanto a quella dei beni, servizi, persone e capitali⁴².

Il principio della libertà di circolazione⁴³ ha, invero, una valenza trasversale, poiché permea tanto l’ambito pubblicistico – ovvero le ipotesi in cui il trattamento dei dati è effettuato dalla pubblica Autorità *jure imperii*, ad esempio per finalità di repressione dei reati – quanto quello privatistico, dove esso si declina nel concetto di autonomia privata, sopra descritto, riferibile alla libertà di iniziativa economica, oltreché alla libertà di pensiero e alla libertà contrattuale⁴⁴.

Nella Costituzione italiana la libertà d’iniziativa economica è riconosciuta e tutelata dall’art. 41.

La dottrina ha, in primo luogo, tentato di individuare la corretta nozione di “iniziativa economica”.

Una prima teoria⁴⁵ – da preferire – sostiene che il termine sia riconducibile al concetto di “attività d’impresa”. Secondo questa impostazione, l’iniziativa economica sarebbe oggetto di un “diritto di libertà a carattere complesso”⁴⁶, che postula una serie di altri diritti, come quello di proprietà, o – da ultimo, e per quanto qui più rileva, il diritto a trattare dati altrui nell’esercizio di attività economiche – ed implica la libertà contrattuale, posto che il contratto è il mezzo principale attraverso

⁴¹ Come rileva G. Checchia, “Economia digitale: temi e problemi in prospettiva globale”, in E. Zuanelli (a cura di), *op. cit.*, 55 ss.

⁴² Commissione UE, “Un mercato unico per l’Europa del XXI secolo”, COM 724 del 20 novembre 2007.

⁴³ Per ciò che attiene alla relazione fra la libertà di mercato e i diritti individuali v. le interessanti riflessioni di R. Bin, *op. cit.*, 74 – 80.

⁴⁴ Cfr. F. Bravo, *op. cit.*, 59.

⁴⁵ G. Galgano, “Comm. art. 41 Cost.” in G. Branca (a cura di), *op. cit.*, tomo II, 4 ss.

⁴⁶ Cfr. V. Crisafulli, L. Paladin, “Commentario breve alla Costituzione”, CEDAM, Padova, 1990, 289.

cui si svolge l'attività economica⁴⁷. Sviluppando questa posizione, vi è chi circoscrive la nozione in esame esclusivamente alla libertà d'iniziativa economica privata, assunta al rango di diritto fondamentale dell'Uomo, protetto dall'art. 2 Cost.

Altra tesi nega la completa sovrapposibilità fra attività d'impresa e attività economica, sostenendo che la seconda ricomprenda, in generale, la scelta del fine economico che si vuole perseguire e i mezzi per farlo, senza ricorrere necessariamente a schemi organizzativi d'impresa.

Una terza tesi individua l'oggetto dell'iniziativa economica nell'atto di destinazione di risorse e capitali al processo produttivo, valorizzando l'elemento dell'investimento.

Ciò su cui, tuttavia, concordano gli interpreti è la ricostruzione dell'iniziativa economica in termini di diritto di libertà⁴⁸.

L'art. 41, comma 2, Cost., stabilisce, a sua volta, che una siffatta libertà non può considerarsi – del resto, al pari delle altre libertà costituzionali, come già si è ricordato – assoluta, ma incontra dei limiti, rinvenibili nell' "utilità sociale" e nella "sicurezza, libertà e dignità umana", con i quali non può porsi in contrasto né recarvi danno.

Nel condurre un'analisi sulla natura di tali limiti occorre notare che essi fanno riferimento a due diversi ordini di interessi. Da un lato si pone l'interesse pubblico, consacrato nella formula molto generale⁴⁹ dell' "utilità sociale", il quale, tuttavia, è dibattuto se abbia una immediata efficacia precettiva, rinviando a quello che nella coscienza comune è il concetto di utile maggiormente dominante, o, al contrario, se necessiti di essere individuato dal legislatore. Dall'altro lato insistono gli interessi degli altri consociati, considerati *uti singuli*: salvo il riferimento alla "sicurezza" –

⁴⁷ Nel senso che l' "autonomia contrattuale" non formi oggetto della libertà riconosciuta dall'art. 41 Cost., si v. P. De Carli, "Costituzione e attività economiche", CEDAM, Padova, 1978, 102 ss.

⁴⁸ La riconducibilità o meno dell'istituto alla categoria dei diritti di libertà è stata originariamente dibattuta in Assemblea Costituente, come risulta dai lavori della III Sottocommissione. Furono, infatti, avanzate due proposte: la prima era nel senso di considerare l'attività economica come un mezzo per raggiungere un fine collettivo, la cui determinazione doveva essere rimessa al legislatore; la seconda, invece, condivideva l'impostazione che il testo costituzionale avrebbe, poi, definitivamente fatto propria.

⁴⁹ L'inserimento nel testo dell'art. 41 del concetto di "utilità sociale" è stato oggetto di critica anche in Assemblea Costituente da parte dell'On. Einaudi, nella seduta del 13 maggio 1947.

che rimarca la necessità di tutelare la salute umana, ed in quest’ottica si ricollega agli articoli 4 (nella parte in cui promuove le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro) e 32 Cost. –, la norma rinuncia ad ogni specificazione di tali interessi, rinviando al concetto elastico della “libertà e dignità umana”: a ben vedere, è istituito, in tal modo, uno stretto legame con gli articoli 2 e 3 Cost.

6. I RIFLESSI DELLA LIBERTA’ D’INIZIATIVA ECONOMICA NEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI.

L’analisi e le considerazioni appena svolte ci permettono di entrare *in medias res* a discorrere dei risvolti che il riconoscimento di una tale libertà ha nel settore dell’economia dell’informazione.

Nell’ambito delle riflessioni sul modo in cui le tecnologie informatiche hanno inciso sulle dinamiche sociali, Ettore Giannantonio⁵⁰ ha posto in luce come oggi esista un vero e proprio “potere informatico”, attribuito a chi possiede notizie appartenenti ad altri, che permette ai privati, operatori nel mercato dei dati, di ricavare utilità dallo sfruttamento delle informazioni possedute, a prescindere dalla liceità della finalità perseguita. Tale potere, secondo lo studioso, discenderebbe proprio dalla libertà d’iniziativa economica, declinata nella forma della “libertà informatica”.

Anche con riferimento alle attività di trattamento dei dati personali, i connotati del potere e della libertà informatica emergono con chiarezza, essendo il titolare chiamato a stabilire *se* effettuare il trattamento (*an*), nonché il modo (*quomodo*) e il tempo (*quando*) in cui farlo⁵¹. Il potere di determinare “mezzi e finalità” del trattamento sembra ricalcare, in un ambito del tutto sconosciuto nel 1942 al legislatore del codice civile, il potere di organizzazione e predisposizione proprio dell’imprenditore.

Inoltre l’elemento decisorio e organizzatorio così attribuito sembra confortare

⁵⁰ E. Giannantonio, “Manuale di diritto dell’informatica”, CEDAM, Padova, 2003, 31 ss.; *contra* V. Frosini, “Informatica, diritto e società”, Giuffrè, Milano, 1992, 310 ss., secondo cui la “libertà informatica” non sarebbe altro che l’evoluzione del concetto di *privacy*, inteso nella sua accezione dinamica, e quindi sostanzialmente coincidente con il diritto alla protezione dei dati personali.

⁵¹ Cfr. la definizione di “titolare del trattamento”, contenuta nell’art. 4 GDPR.

un'interpretazione evolutiva dello stesso concetto di azienda, fissato dall'art. 2555 cod. civ., nel quale ricomprendervi, sulle orme di un certo filone ermeneutico⁵², anche il complesso dei mezzi organizzati dall'imprenditore per il trattamento dei dati personali, nonché gli stessi dati personali, i quali, una volta raccolti e conservati, divengono parte del patrimonio aziendale.

Ad ogni modo, la classificazione delle operazioni di trattamento dei dati personali nella categoria dell'attività economica consente di dotarle di quel connotato di libertà che la dottrina spesso ha ignorato, e di fondare, quale immediato precipitato, una vera e propria situazione giuridica soggettiva, facente capo a quelli che generalmente sono definiti "soggetti attivi del trattamento"⁵³, in forza della quale essi traggono legittimazione, ricorrendo talune condizioni, a trattare dati altrui.

7. POTERI E FACOLTA' INERENTI AL DIRITTO A TRATTARE DATI PERSONALI ALTRUI NELL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITA' ECONOMICA.

Nel corso della trattazione si è sostenuto che in capo ai cd "soggetti attivi del trattamento" va riconosciuta la spettanza di una situazione giuridica che tuteli e legittimi le attività da essi poste in essere su dati personali. Una tale situazione giuridica – definita "diritto a trattare dati personali altrui"⁵⁴ –, quando si svolge all'interno di un contesto d'impresa, è uno dei diretti precipitati della libertà fondamentale d'iniziativa economica, riconosciuta sia dalla Costituzione italiana, sia dai Trattati euro-unitari, nella forma della libertà di circolazione.

Il diritto a trattare dati personali altrui riceve una puntuale disciplina ad opera del GDPR, oltre a potersi ricavare *a contrario* dal diritto alla protezione dei propri dati personali; di conseguenza è possibile individuarne i caratteri strutturali. Per

⁵² Sostengono la lettura estensiva dell'art. 2555 cod. civ., tra gli altri, G. Auletta, voce *Azienda (diritto commerciale)*, in *Enc. Giur.*, IV, 4 ss.; G. C. Rivolta, in *Riv. dir. civ.*, I, 1973, 13 ss.; *contra*, a favore di una tesi restrittiva, nel senso di includere nell'azienda solo i beni in senso stretto ("cose che possono formare oggetto di diritti", secondo la nota definizione codicistica), v., per tutti, G. F. Campobasso, "Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa", Utet, Torino, 2008, 140 ss.

⁵³ Anche se si è già riferito di non aderire ad una simile terminologia.

⁵⁴ L'espressione è mutuata da F. Bravo, *op. cit., passim*, ma, nel corso della narrazione, verrà utilizzata, in senso equivalente, la formula "diritto al trattamento".

chiarezza espositiva, sin da ora si avverte che, nel prosieguo, i riferimenti al “titolare del trattamento” devono intendersi rivolti, ove compatibili, anche a tutti gli altri soggetti che agiscano, nella fattispecie di trattamento, a fianco del titolare, attesa la natura delegata delle funzioni da essi svolte⁵⁵.

Preliminarmente va riconosciuto che, a prescindere dall’ancoraggio costituzionale e dall’enucleazione teorica, il diritto a trattare dati personali altrui viene tutelato dall’ordinamento solo a patto che, almeno, ricorra una delle basi giuridiche descritte dall’art. 6 GDPR. In mancanza, trattandosi di attività illecita, al titolare del trattamento è precluso il godimento del diritto in questione, ed egli è, al contrario, esposto all’esercizio dei poteri e delle facoltà attribuiti all’interessato, a sua volta destinatario del diritto alla protezione dei propri dati personali.

Le facoltà e i poteri afferenti al “diritto al trattamento” possono essere ricondotti a due macro-categorie concettuali⁵⁶. La prima comprende le attività “esterne”⁵⁷ al trattamento, le quali, a loro volta, si distinguono in attività prodromiche e attività “organizzative in senso stretto”.

Le attività prodromiche consentono astrattamente di far acquistare a chi le compie la qualifica di “titolare del trattamento”. Esse sono compendiate dall’art. 4, par. 1, n. 7) con la formula “determina[zione] di mezzi e finalità del trattamento di dati personali”, e concorrono, insieme all’elemento fattuale dello svolgimento di operazioni su dati, a connotare strutturalmente la nozione di “titolare”. Nonostante la *littera legis* si riferisca solo a “mezzi e finalità”, è doveroso ritenere che il potere di

⁵⁵ Si esprime in questo senso, con particolare riferimento alla nomina del responsabile del trattamento, WP29, op. 1/2010. In dottrina L. Bolognini, E. Pelino, C. Bistolfi, *op. cit.*, 354, nota come la fattispecie presenta analogie, nell’ordinamento italiano, con la disciplina posta dal d.lgs. 81/2008, in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro, il cui art. 16 regola l’istituto della “delega di funzioni”. Ciò in quanto, secondo gli Autori, “quest’ultima [delega] si caratterizza, tra le altre cose, a) per la sua natura scritta “*recante data certa*”; b) per la necessità che il soggetto “delegato” possieda “*tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate*”, così come espressamente previsto dall’art. 28 GDPR”.

⁵⁶ Ciò si argomenta dall’art. 25 GDPR, il quale stabilisce che “il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate *sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all’atto del trattamento stesso*”

⁵⁷ In questa sede, per “attività esterne” si intendono quelle che sono svolte dal titolare *al di fuori* – e quindi anche in assenza – di un effettivo trattamento di dati personali, ma che ne costituiscono la precondizione necessaria.

determinazione si estenda anche ad altri elementi della fattispecie di trattamento quali “la natura, il contesto e l’oggetto⁵⁸”. Sarebbe, infatti, contraddittorio affermare la titolarità di un soggetto che non ha scelto in autonomia, ad esempio, se trattare dati “sensibili” (*rectius*: appartenenti a “categorie particolari di dati personali”, secondo la terminologia in uso nel GDPR⁵⁹) o dati cd. “comuni”, nonostante egli abbia determinato se archivarli in faldoni cartacei piuttosto che su *database* informatico, optando di sfruttarli economicamente, invece che utilizzarli per finalità di ricerca scientifica. Se ne deduce che il potere di determinazione può definirsi tale solo se involge ogni aspetto della fattispecie di trattamento.

La seconda categoria di attività “esterne” – che abbiamo definito “organizzative in senso stretto” – è rappresentata dal complesso delle operazioni volte a porre in essere le strutture interne all’impresa attraverso cui effettuare il trattamento dei dati personali. Il potere di determinare “i mezzi” rimarrebbe, infatti, troncato se al titolare del trattamento non fosse riconosciuto anche il potere di metterli concretamente in atto, conformando l’organizzazione interna agli scopi che si è prefissato.

Tale potere si ricava interpretando gli articoli 24, 25 e 32 GDPR. Essi dispongono che il titolare, e, nell’ipotesi di cui all’art. 32 anche il responsabile del trattamento⁶⁰, *mette in atto* misure tecniche e organizzative adeguate rispettivamente per “garantire ed essere in grado di dimostrare che il trattamento è effettuato conformemente” al Regolamento (art. 24, par. 1), “attuare in modo efficace i principi di protezione dei dati, quali la minimizzazione, e a integrare nel trattamento le necessarie garanzie al fine di soddisfare i requisiti del presente regolamento e tutelare i diritti degli

⁵⁸ Questi, infatti, sono gli elementi che, secondo il GDPR, bisogna prendere in considerazione, al fine di valutare, per citare le fattispecie più rilevanti, l’adeguatezza delle misure tecniche, organizzative e di sicurezza, a norma degli artt. 25 e 32 GDPR, nonché la necessità di effettuare la valutazione d’impatto prevista dall’art. 35 GDPR. Si registra, nel testo del Regolamento, una certa tendenza a modificare il termine “oggetto” in “ambito di applicazione”, ma da una lettura complessiva delle norme sembra che le espressioni debbano intendersi come sinonimi: v. considerando 70, 76, 80, 90; art. 25, 27, 39 GDPR.

⁵⁹ Cfr. art. 9, par. 1, GDPR: “[...] dati personali che rivelino l’origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l’appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona”.

⁶⁰ Con formula identica si esprime, in riferimento al responsabile del trattamento, l’art. 28 GDPR

interessati” (art. 25, par. 1), “per garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento” (art. 25, par. 2), e per “garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio” (art. 32, par. 1).

Come si può osservare, il potere “organizzativo in senso stretto” è connotato dall’essere vincolato nel fine: le norme direttamente stabiliscono gli obiettivi che l’attività organizzativa del titolare del trattamento deve raggiungere, tutti accomunati dal concetto di “adeguatezza”. La valutazione circa l’adeguatezza delle strutture e delle misure preposte al trattamento spetta, tuttavia, al titolare, giacché il GDPR ha preferito astenersi dall’adottare cataloghi rigidi: ciò comporta l’accrescimento del potere organizzativo del titolare del trattamento, il quale, previo scrutinio di adeguatezza, e nel rispetto degli obiettivi posti dalla normativa, è chiamato a scegliere in autonomia gli interventi da effettuare nel caso concreto⁶¹.

La seconda macro-categoria cui è possibile ricondurre le facoltà e i poteri afferenti al “diritto al trattamento” ricomprende le attività che il titolare svolge *all’ interno* del trattamento medesimo⁶². Si pongono in rilievo tre distinte tipologie di attività.

In primo luogo, al titolare è attribuito il potere – che definiamo “operativo” – di svolgere, in prima persona o attraverso suoi delegati, ogni attività di trattamento, a patto, naturalmente, che ricorra, almeno, una delle condizioni di liceità di cui all’art. 6 GDPR. Il potere *de quo*, in ultima analisi, si risolve⁶³ nella “capacità di concretamente incidere sui dati personali”, la quale capacità “non può prescindere dalla conoscenza dei dati stessi”.

La nozione di trattamento data dal Regolamento è particolarmente ampia, in quanto ricomprende “qualsiasi operazione o insieme di operazioni [...] applicate a dati personali o insieme di dati personali” (art. 4, par.1, n. 2), sicché nasce l’esigenza di

⁶¹ Con particolare riguardo alle misure di sicurezza, l’art. 32, par. 2, GDPR stabilisce che la valutazione circa la loro adeguatezza deve tener conto “in special modo dei rischi presentati dal trattamento che derivano in particolare dalla distruzione, dalla perdita, dalla modifica, dalla divulgazione non autorizzata o dall’accesso, in modo accidentale o illegale, a dati personali trasmessi, conservati o comunque trattati”.

⁶² In questa sede, per “attività interne” si intendono quelle svolte dal titolare nel corso del trattamento, ovvero a partire dal momento della raccolta dei dati personali, fino alla cessazione del rapporto.

⁶³ Per dirla con Cass., 17 dicembre 2013, n. 5107.

individuare concretamente l'oggetto e i limiti del "potere operativo".

Ponendoci nell'ottica che ispira questa trattazione, l'oggetto del potere in questione non può essere individuato, né i suoi limiti circoscritti se non attraverso il raffronto con le prerogative riconosciute all'interessato.

Le operazioni di trattamento consentite – cioè quelle che il titolare ha il potere di svolgere legittimamente – si ricavano da una lettura sistematica delle norme del GDPR, e, specialmente, dell'art. 17, par. 1, recante la disciplina del "diritto alla cancellazione" dei dati personali (cd. "diritto all'oblio"), il quale altro non è che il diritto di imporre al titolare del trattamento l'obbligo di astenersi per l'avvenire dall'effettuare altre operazioni sui medesimi dati, compresa la conservazione. Ai fini della nostra ricerca, sintetizzando quanto disposto dal citato articolo 17, se ne evince che il trattamento è consentito quando: *i*) dati personali che ne costituiscono l'oggetto sono necessari per le finalità individuate (cfr. art. 17, par. 1, lett. a); art. 5, par. 1, lett. c)); *ii*) sussiste una base giuridica che lo rende lecito, ai sensi dell'art. 6 GDPR (*arg. ex* art. 17, par. 1, lett. b), c), d); par. 2, lett. a), e)).

Altro potere "*interno*" al trattamento è quello che consente al titolare di delegare, in generale, lo svolgimento di attività *lato sensu* gravitanti nell'orbita del trattamento dei dati personali. Varie sono, infatti, le ipotesi in cui si riscontra questo potere.

In primis, il GDPR, nel considerando 29, auspica⁶⁴ l'indicazione da parte del titolare di "persone autorizzate al trattamento" in suo nome e per suo conto. Tali soggetti, i quali nella "nuova" disciplina hanno sostituito quelli che il Codice *privacy* definiva "incaricati", possono essere solo "interni" alla struttura organizzativa del titolare, ed anzi sembrerebbe, analizzando l'art. 39, par. 1, lett. a), che essi debbano essere suoi "dipendenti".

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 37 GDPR, il titolare – ed, in questo caso, anche il responsabile del trattamento può, ed in alcune circostanze deve, designare un "Responsabile della protezione dei dati personali" (secondo l'acronimo inglese, DPO). Questa figura è di fatto un ausiliario del titolare e del responsabile, e svolge una serie di compiti di consulenza, sorveglianza in senso lato – non essendogli

⁶⁴ Cfr. considerando 29, GDPR, in cui compare la formula condizionale "dovrebbe indicare".

attribuiti poteri coercitivi –, e di rappresentanza del medesimo titolare nei confronti dell’Autorità di controllo⁶⁵.

Da ultimo, ma non certo per importanza, l’art. 28 GDPR riconosce al titolare il potere di nominare un responsabile del trattamento. Questo soggetto si differenzia dalle “persone autorizzate”, in quanto, in primo luogo egli è esterno alla organizzazione del titolare, ed, in secondo luogo, poiché effettua il trattamento per conto di quest’ultimo, ma in nome proprio, come si evince dal tenore letterale dello stesso art. 28: da ciò derivano anche conseguenze sotto il profilo sanzionatorio e risarcitorio, di cui si è già ampiamente discusso nel Capitolo I.

Egli deve trattare i dati conformemente alle istruzioni del titolare, ma, considerata la sua posizione di relativa autonomia o, comunque, la rischiosità insita nella sua attività, la normativa gli impone obblighi diretti di *compliance*, attivabili anche in sede giudiziaria da parte degli interessati, di cui è tenuto a dimostrare il rispetto al titolare del trattamento (cfr. art. 28, par. 3, lett. h), GDPR).

Il terzo, ed ultimo, dei poteri “interni” del titolare è quello che potremmo definire “potere direttivo”. Emerge, infatti, dall’impianto normativo il principio secondo cui, quando l’effettuazione di una o più operazioni su dati personali è delegata dal titolare ad altro soggetto, o comunque esse vengono svolte dal secondo per conto del primo, il titolare deve “istruire” l’esecutore materiale del trattamento.

Il potere *de quo* si rivolge alle “persone autorizzate” e al responsabile del trattamento. Per quanto riguarda quest’ultimo soggetto, la tesi trova un conforto letterale nell’art. 28, par. 3, lett. a), GDPR, il quale espressamente richiede che il trattamento effettuato dal responsabile avvenga solo su “istruzione documentata del titolare” e, ancora, nell’art. 82, par. 2, che collega un onere risarcitorio a carico del responsabile se questi non abbia agito in maniera conforme “alle legittime istruzioni del titolare”.

Manca invece un analogo esplicito riferimento per quanto attiene alle “persone autorizzate”; tuttavia la sussistenza, anche in tale ipotesi, del potere direttivo

⁶⁵ Da ora anche “Autorità Garante per la protezione dei dati personali”, o, per brevità, semplicemente “Garante”.

discende da due ordini di considerazioni: *i*) la necessità di impartire istruzioni è insito nel concetto di “autorizzazione”, e comunque è espressione del potere direttivo già riconosciuto in ambito laburistico al datore di lavoro, stante anche l’asserita esigenza che le “persone autorizzate” al trattamento siano anche “dipendenti” del titolare; *ii*) tali soggetti, in una scala ideale di subordinazione, al cui apice è posto il titolare, certamente occupano una posizione inferiore rispetto al responsabile del trattamento, onde non si comprenderebbe per quale motivo il titolare non dovrebbe poter impartire anche ai soggetti autorizzati le medesime istruzioni rivolgibili al responsabile.

Il potere direttivo non può, invece, essere esercitato nei confronti del DPO, al quale ex art. 38, par. 2, GDPR, non deve essere data “nessuna istruzione”. La *ratio* sottesa a questo divieto è rappresentata dall’esigenza di garantire la posizione di “autonomia funzionale” che connota la figura del DPO, il quale, sebbene a mente dell’art. 37, par. 6, GDPR “può [anche] essere un dipendente del titolare o del responsabile”, deve essere immune, per la natura dei compiti svolti, da potenziali conflitti di interessi con questi ultimi soggetti⁶⁶.

Come corollario del “potere direttivo” si pone, *ex post*, il potere di controllo che il soggetto delegante – sia esso il titolare o il responsabile – esercita sui soggetti delegati. Un siffatto potere, intanto, accede al nucleo essenziale della delega, la quale necessariamente postula la possibilità del delegante di vigilare sull’operato del delegato, ed in secondo luogo permette di riempire di significato l’art. 82, par. 3, GDPR che permette al titolare o al responsabile di ottenere l’esonero da responsabilità se essi riescono a dimostrare “che l’evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile”: e quindi se riescono ad accertare che, in ipotesi di delega, non sussiste nemmeno una *culpa in vigilando*⁶⁷.

8. IL POTERE VALUTATIVO DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO:

⁶⁶ Arg. ex art. 38, par. 6, GDPR.

⁶⁷ Ad esempio, nelle ipotesi in cui il delegante non possa essere venuto a conoscenza del fatto dannoso commesso dal delegato a causa dei comportamenti reticenti dolosamente messi in atto da quest’ultimo, al fine di occultare il danno, non superabili neppure attraverso l’esercizio ordinario del potere di controllo da parte del delegante.

PREMESSA. IL CAMBIO DI PROSPETTIVA DEL LEGISLATORE EUROPEO IN MATERIA DI BILANCIAMENTO.

Ulteriori poteri e facoltà inerenti al diritto a trattare dati personali altrui possono essere ricondotti ad un'ultima macro-categoria concettuale, comprendente le attività di valutazione e di ponderazione, che la normativa abilita il titolare a condurre, tese ad individuare quale tra gli interessi sottesi al trattamento dei dati debba prevalere: in sostanza, se ed in quale misura le istanze di protezione degli interessati debbano prevalere sul diritto del titolare – nella specie, esercente attività economica – di trattare dati personali altrui.

In via preliminare, sembra utile ripercorrere le posizioni su cui, nel tempo, si è attestato il legislatore europeo, in ordine alla complessa e delicata tematica del bilanciamento fra il diritto alla protezione dei dati personali e quello, potenzialmente contrapposto, a trattare dati personali altrui.

Il punto di partenza della nostra ricerca è rappresentato certamente dalla direttiva 95/46/CE. Il considerando 2 della medesima direttiva pone come obiettivo della regolazione dei sistemi di trattamento dei dati, da un lato, il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone, e, dall'altro, il progresso economico-sociale, lo sviluppo degli scambi e il benessere degli individui; ed il successivo considerando 3 rimarca il concetto affermando che lo sviluppo del mercato interno esige la libera circolazione dei dati, ma anche la tutela dei diritti fondamentali della persona. Tuttavia, l'angolo visuale in cui si poneva la direttiva 95/46/CE, disvelato già dalla stessa natura dell'atto normativo, era orientato nel senso di garantire l'armonizzazione delle singole discipline nazionali in materia di *privacy*, al fine di favorire, primariamente, lo sviluppo del mercato interno: ciò, del resto, è confermato anche dai considerando 7, 8, 9 e dall'art. 1, par. 2.

Alla luce di quest'ultima considerazione devono essere lette anche altre rilevanti disposizioni della Direttiva. In particolare, ci si riferisce all'art. 7, par. 1, lett. f), il quale disponeva che “gli Stati membri dispongono che il trattamento dei dati personali può essere effettuato soltanto quando: [...] è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure dei

terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata [...]"

Disposizione dal tenore analogo a quelle citate appaiono anche nel Regolamento: si pensi, in tema di legittimo interesse del titolare del trattamento, all'art. 6, par. 1, lett. f) GDPR, che riproduce letteralmente il menzionato art. 7, par. 1, lett. f), direttiva 95/46/CE.

Nonostante l'identità tra le due disposizioni, se si coglie esattamente, nel complesso, la *ratio legis* sottesa ai due atti normativi, può ricavarsi una differenza sostanziale di tutto rilievo. Il legislatore europeo del 2016 ha, infatti, cambiato approccio in materia di bilanciamento fra diritto alla protezione dei dati personali e, in generale, principio della libera circolazione dei dati, non tanto nel senso della necessità del contemperamento e della mitigazione reciproca – che già emergeva chiaramente dalla direttiva –, quanto piuttosto in ordine all'individuazione del soggetto cui compete operare una tale operazione di bilanciamento.

Se, infatti, la Direttiva si rivolgeva ai legislatori nazionali, ed era tesa ad uniformare le normative domestiche per evitare che una certa loro disomogeneità potesse arrestare l'integrazione economica europea, il Regolamento pone vincoli diretti nei confronti dei privati, non necessitando di intermediazione legislativa: mentre sotto la previgente direttiva era devoluto al decisore pubblico e quindi, in ultima analisi, ai legislatori nazionali e ai Garanti il compito di individuare il punto di equilibrio fra il "legittimo interesse del titolare" e "l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata", oggi questa operazione è rimessa direttamente al prudente apprezzamento del titolare del trattamento. Coerentemente, è stato anche abolito il controllo preventivo del Garante per i trattamenti che si fondino su tale base giuridica.

Ciò è, del resto, il riflesso di uno dei principi più "rivoluzionari" del GDPR, ovvero quello di *accountability*, enunciato in termini sintetici dall'art. 5, par. 2, ma denso di un significato che trasborda la norma ed informa di sé l'intera disciplina.

Come è stato giustamente affermato in dottrina⁶⁸ il principio in questione affianca

⁶⁸ M. Iaselli, "Il principio di accountability: uno dei pilastri del GDPR", consultabile in www.altalex.it.

“ad un profilo meramente giuridico una dimensione amministrativa ed etica che promuove un decisionismo responsabile”.

8.1. Segue: IL “LEGITTIMO INTERESSE” DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO, FRA VALUTAZIONE E RENDICONTAZIONE.

Sulla base delle premesse appena svolte, possiamo quindi affermare che il GDPR abbia attribuito al titolare del trattamento un potere che definiamo “valutativo”, nel senso che, salvo ovviamente un sindacato postumo da parte del giudice – comune e costituzionale – e/o del Garante, a lui spetta il delicato compito di individuare, ai fini dell’effettuazione del trattamento, l’interesse prevalente fra tutti quelli coinvolti.

La “nuova” disciplina ha responsabilizzato il titolare del trattamento, a tal punto da attribuirgli un ruolo di interpretazione e ponderazione che, tipicamente, è riservato al legislatore o, al più, alle Corti.

Va ora discusso se il GDPR orienti, in qualche modo, il titolare nello svolgimento di una tale complessa attività, o se, al contrario, si astenga dal predeterminare l’assetto degli interessi coinvolti, preferendo, invece, un approccio caso per caso.

La risposta al quesito non può che essere articolata. Il GDPR, sin dal considerando 4, sembra nettamente rifiutare di costruire una scala assiologica predeterminata, mostrando, invece, un *favor* per una sintesi contingente fra i valori e gli interessi in gioco. Infatti, il testo del citato considerando afferma, in primo luogo, che “il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di *proporzionalità*”.

Giova soffermarsi su due profili. Innanzitutto, la funzione sociale del diritto alla protezione dei dati personali, nel senso che esso deve concorrere e non ostacolare il progresso e il benessere della collettività; concetto, questo, che introduce al secondo profilo rilevante, ossia quello del temperamento con altri diritti e della proporzionalità, i quali costituiscono, di fatto, il momento attuativo della cd. “funzionalizzazione dei diritti fondamentali⁶⁹”.

⁶⁹ Il concetto richiama la dottrina tedesca della *Gemeinschaftsbezogenheit*, la quale considera la relazione

Il considerando 4, sempre nell'ottica del rifiuto di una sintesi aprioristica, procede a proclamare un assunto all'apparenza scontato, ma in realtà denso di significato: il Regolamento “rispetta tutti i diritti fondamentali e osserva le libertà e i principi riconosciuti dalla Carta [di Nizza], [e] sanciti dai trattati”, tra cui rientrano, in particolare, sia il diritto alla protezione dei dati personali, sia la libertà d'impresa.

A questa previsione si ricollegano le disposizioni di cui all'art. 1, par. 2 e par. 3, rispettivamente volti a garantire tutela al diritto alla protezione dei dati personali, e la libertà di circolazione degli stessi.

L'esplicito richiamo alla Carta di Nizza, operato nel considerando 4, consente di istituire un collegamento fra questa e il GDPR. Così, per ciò che attiene alla limitazione dei diritti ivi garantiti, viene in luce di quanto disposto dall'art. 52, par. 1 della medesima Carta. La norma stabilisce che “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Come è stato rilevato in dottrina⁷⁰, se si ritenesse che il GDPR abbia espresso una preferenza nei confronti solo di uno o alcuni dei diritti coinvolti nel trattamento dei dati personali, non contemplando norme in grado di soddisfare le condizioni imposte dall'art. 52 della Carta di Nizza per la limitazione di diritti fondamentali, esso – sotto questo profilo – dovrebbe considerarsi illegittimo, in quanto atto normativo derivato contrastante con atto dal valore giuridico equiparabile ai Trattati istitutivi dell'UE.

dell'Uomo con la comunità come il punto più elevato della libertà. In Italia questa posizione è stata criticata da C. Esposito, “La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano”, Giuffrè, Milano, 1958, 8 ss., secondo cui “il diritto [di manifestazione del pensiero] in senso individualistico si intende dunque [...] garantito al singolo come tale indipendentemente dai vantaggi o dagli svantaggi che possano derivarne allo Stato, indipendentemente dalle qualifiche che il singolo possa avere in alcuna comunità e dalle funzioni connesse a tali qualifiche; si vuole dire che esso è garantito [...] non per le utilità sociali [...]”. Per una più completa disamina del tema si rinvia a P. Ridola, “Garanzie, diritti e trasformazioni del costituzionalismo”, disponibile su www.scienze giuridiche.uniroma1.it.

⁷⁰ F. Bravo, *op. cit.*, 210 ss.

Ebbene, per evitare una simile conclusione, deve riconoscersi che il GDPR non abbia in alcun modo predeterminato l'assetto degli interessi coinvolti, rimettendo una tale attività, nel caso concreto, al titolare del trattamento.

Ciò emerge, particolarmente, se si riflette su una disposizione del GDPR, ovvero l'art. 6, par. 1, lett. f), il quale include – come si è visto –, fra le possibili basi giuridiche del trattamento, il “legittimo interesse” del titolare o di terzi, ma solo “a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali” dell'interessato. La formulazione della norma è tale da far ritenere che si tratti, a tutti gli effetti, di una “clausola-valvola”, la quale evidenzia l'apertura del GDPR verso una dimensione e un approccio valutativo di stampo dinamico.

La ragione profonda che giustifica questa tendenza è rappresentata dal fatto che “nelle reti telematiche il rapporto tra potere pubblico e potere privato appare sostanzialmente capovolto”⁷¹, in quanto “il governo delle relazioni digitali in rete è prevalentemente esercitato da soggetti privati”. Da ciò ne discende un precipitato: che il potere privato, in quanto potere, deve essere limitato con tecniche di bilanciamento.

L'esigenza anzidetta può essere soddisfatta, nell'ipotesi in cui il trattamento dei dati personali debba essere effettuato sulla base di un “legittimo interesse” del titolare o di terzi, applicando, *mutatis mutandis*, il test di proporzionalità cui si accennava in precedenza⁷².

Anche l'analisi letterale del considerando 47 GDPR conforta una tale conclusione: è

⁷¹ G. Resta, “Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale” *cit.*, 118.

⁷² La tematica interessa direttamente lo studio del diritto costituzionale, in quanto, sotto questo profilo, il titolare del trattamento è chiamato ad effettuare operazioni ermeneutiche tradizionalmente riservate alle Corti o al legislatore. La tendenza espansiva del principio del bilanciamento nel contesto della protezione multilivello dei diritti umani è, del resto, rilevata anche dalla dottrina più attenta: v., per tutti, G. Scaccia, “Il controllo di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *ivi*, 81; G. Pino, “Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale”, in *Danno e responsabilità*, 6, 2003, 577 ss. Si consideri, poi, quanto sostenuto da G. Buttarelli, “Il codice dei dati personali tra diritto privato e diritto costituzionale”, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di), “Il diritto privato nella società moderna”, Jovene, Napoli, 2005, 247 ss., secondo cui “la *privacy*, nella sua contemporanea accezione, si sta sempre più deprivatizzando, nel senso che ambiti sempre più cospicui di tutela, dapprima incardinati nel solo diritto civile (e, *ad adiuvandum*, nel diritto penale), rispondono a logiche diverse, ad una miscellanea di *diktat* che vengono dal diritto comunitario, amministrativo e pubblico”.

infatti stabilito, da un lato, che, per valutare la prevalenza dei legittimi interessi del titolare, bisogna tener conto “delle *ragionevoli* aspettative nutrite dall’interessato”, e, dall’altro lato, che i diritti e le libertà di quest’ultimo potrebbero imporsi se egli, nella circostanza concreta, non può *ragionevolmente* attendersi un ulteriore trattamento dei propri dati personali. Il richiamo anche al concetto di ragionevolezza, unitamente a quello – già commentato – alla proporzionalità può indurci fondatamente a ritenere che possa applicarsi, anche nel settore della *data protection*, almeno per i profili che qui interessano, la metodologia ermeneutica ormai diffusa e praticata dalle Corti – costituzionali e non – d’Europa⁷³.

Così, mutuando dal suddetto test la struttura tripartita⁷⁴, il titolare del trattamento *ex ante* e l’Autorità amministrativa (tipicamente, il Garante) o giurisdizionale *ex post*, sono chiamati a valutare, in questi casi se: i) “*i mezzi*” predisposti dal titolare siano adeguati alla realizzazione delle “*finalità*”⁷⁵ che si è prefissato, le quale, in ogni caso, devono risultare legittime⁷⁶, nel senso che devono potersi ricondurre all’esercizio di una libertà – come quella di iniziativa economica – costituzionalmente tutelata. Il requisito dell’adeguatezza è, dunque, soddisfatto qualora il mezzo predisposto non sia manifestamente inidoneo a raggiungere lo scopo oggettivo. ii) Qualora la prima valutazione abbia esito positivo, dovrà verificarsi se il mezzo predisposto sia, o meno, “*necessario*”, nel senso che non esista, fattualmente, un’alternativa ugualmente idonea ad assicurare la legittima finalità definita dal titolare che, allo stesso tempo, imponga un minor sacrificio ai “*diritti e alle libertà dell’interessato*”. Sul punto il WP29, nell’opinione 6/2014, ponendo l’accento sull’importanza delle misure di sicurezza, suggerisce di vagliare se “*additional safeguards, bringing more protection to the data subject, may tip the balance in a way that would legitimise the processing*”. iii) Nell’ipotesi, residuale, in

⁷³ Non a caso, infatti, anche il WP29, op. 6/2014, riferisce espressamente che “*whether Article 7(f) [direttiva 95/46/CE; oggi art. 6, par. 1, lett. f) GDPR] can be relied on will depend on the outcome of the balancing test*”.

⁷⁴ Su cui, ancora, *ibidem*; M. Cartabia, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁵ Le “finalità” cui si riferisce il GDPR sono già state altrove inquadrare come “scopo oggettivo del trattamento”: cfr. Capitolo I.

⁷⁶ Cfr. WP29, op. 6/2014, *cit.*, 24, secondo cui “*if the data controller’s interest is illegitimate, the balancing test will not come into play*”.

cui si appuri la sussistenza di più alternative parimenti idonee e lesive delle posizioni giuridiche altrui, l'interprete – e quindi *in primis* il titolare del trattamento – è chiamato a considerare gli effetti delle operazioni che intende porre in essere, al fine di soppesare i “costi” – in termini di limitazione, anche solo potenziale, di diritti e libertà altrui – e i “benefici” – utilità economiche o di altra natura – attesi. Quest'ultima fase è chiaramente la più delicata, poiché occorre travalicare il dato giuridico positivo, fino ad approdare ad una dimensione “esperienziale”⁷⁷ o “emozionale”⁷⁸.

Deve concludersi, quindi, che il momento finale del test di proporzionalità – a prescindere dal contesto in cui esso è svolto – è intriso di contenuti valoriali che dipendono essenzialmente dall'impostazione etica e assiologica propria dell'interprete. Per questo motivo, il WP29 ha evidenziato come il titolare del trattamento, oltre a potersi “far guidare” dalle normative, dalle linee guida, dai codici di condotta e dalla giurisprudenza, può, altresì, riferirsi alla cultura sociale dominante⁷⁹.

La rilevanza – per non dire, addirittura, la crucialità – delle valutazioni effettuate dal titolare in materia di legittimo interesse è tale che il WP29, come “buona pratica”, consiglia, ma nella sostanza prescrive, che le risultanze del test siano documentate in modo sufficientemente dettagliato e trasparente da poter essere verificate sia dagli interessati, sia dall'Autorità amministrativa – in sede di controllo o sanzionatoria – e giurisdizionale, tipicamente quando sorge un contenzioso. Particolare attenzione è posta dal WP29 al profilo della “interazione virtuosa” fra il titolare e gli interessati, essendo raccomandato al primo di tentare di spiegare ai secondi la scelta di procedere al trattamento sulla base di un suo legittimo interesse, e per quali ragioni questo sia stato ritenuto prevalente sui loro diritti e libertà.

⁷⁷ M. Cartabia, *op. cit.* 5.

⁷⁸ N. Hartmann, “Introduzione all'ontologia critica”, Guida, Napoli, 1972, 149, citato da G. Scaccia, *op. ult. cit.*, 87.

⁷⁹ WP 29, *op.* 6/2014, *cit.*, 36: “*The more explicitly recognised it is in the law, in other regulatory instruments - be they binding or not on the controller - or even in the culture of the given community overall without any specific legal basis, that the controllers may take action and process data in pursuit of a particular interest, the more heavily this legitimate interest weighs in the balance*”.

Sulla scorta delle considerazioni del WP29, anche il Garante italiano è intervenuto sul punto.

In primo luogo, con provvedimento del 22 febbraio 2018⁸⁰, ha stabilito che, in caso di trattamenti effettuati sulla base del legittimo interesse, specie tramite nuove tecnologie o strumenti automatizzati, *deve* essere previamente svolta la valutazione di impatto di cui all'art. 35 GDPR (più avanti, anche, DPIA), poiché circostanze simili presentano una rischiosità intrinseca per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati. Inoltre – soggiunge il Garante – la DPIA “facilita il titolare a effettuare un ponderato bilanciamento degli interessi coinvolti, tenuto anche conto che, in base al principio di responsabilizzazione, questi è tenuto a dimostrare, ove richiesto, gli elementi che lo hanno portato a decidere di trattare i dati su tale fondamento, senza comprimere in misura eccessiva i diritti e le libertà degli interessati, e l' idoneità delle garanzie approntate”.

Peraltro, il WP29⁸¹ e, sulla scia di questi, il Garante italiano⁸² consigliano, come *best practice*, di rendere esplicite fin da subito – cioè, già nell' informativa – le ragioni che hanno condotto il titolare del trattamento a ritenere prevalente il legittimo interesse, proprio o di terzi, rispetto alle posizioni degli interessati. Addirittura, in alcuni casi – afferma il Garante – dovrebbe essere considerata dal titolare l' opportunità di pubblicare, integralmente o in stralcio, la DPIA eventualmente effettuata, al fine di “rafforzare la fiducia degli interessati” e di “dimostrare trasparenza e responsabilizzazione”.

Infine, il Garante suggerisce, sempre a titolo di buona prassi⁸³, di riportare “la

⁸⁰ Autorità garante per la protezione dei dati personali, provv. 22 febbraio 2018, [doc web n. 8080493], consultabile in www.garanteprivacy.it

⁸¹ WP260, “Guidelines on transparency under Regulation 2016/679”, 31: “*As a matter of best practice, the data controller should also provide the data subject with the information from the balancing test, which should have been carried out by the data*”.

⁸² Autorità garante per la protezione dei dati personali, provv. 22 febbraio 2018 *cit.*: “In particolare, può essere una buona prassi, quella di fornire all' interessato le indicazioni essenziali risultanti dal bilanciamento effettuato in relazione al caso concreto, che ha portato il titolare a scegliere di far affidamento sull' interesse proprio o di terzi quale presupposto di liceità del trattamento ai sensi dell' art. 6, par. 1, lett. f), del Regolamento”

⁸³ Cfr. Autorità garante per la protezione dei dati personali, “FAQ sul registro delle attività di trattamento”, consultabile in www.garanteprivacy.it, dove si fa uso del condizionale “*potrebbe riportare*”.

descrizione del legittimo interesse concretamente perseguito, le “garanzie adeguate” eventualmente approntate, nonché, ove effettuata, la preventiva valutazione d’impatto”. In particolare, crediamo debba ritenersi che il Garante, con l’espressione “descrizione del legittimo interesse”, non ne intenda la mera enunciazione – che è resa obbligatoria dall’art. 13, par. 1, lett. d), GDPR –, bensì, evidentemente, una rappresentazione per quanto possibile dettagliata delle ragioni della prevalenza.

9. IL POTERE VALUTATIVO COME ESPRESSIONE DI UN “POTERE PRIVATO”. CONSIDERAZIONI CIRCA LA SUSSITENZA IN CAPO AL TITOLARE DI UN “ONERE DI MOTIVAZIONE” DEL TRATTAMENTO.

Date le conclusioni cui è giunta sinora la nostra indagine, vi è, forse, da chiedersi se e quando, in materia di protezione dei dati personali, è posto in capo al titolare l’onere di motivare le sue determinazioni in ordine al trattamento.

Il tema intercetta e si pone nell’ambito di una ricostruzione sistematica dei cd. “poteri privati”⁸⁴. Tali sono, secondo Adolfo Di Majo, quelle “posizioni di supremazia o di dominio – di diritto o di fatto – nei rapporti con altri soggetti, i quali, per così dire, si trovano nella situazione di sottomessi”.

Alla teoria dei poteri privati si ricorre qualora la fattispecie concreta mal si presta ad essere sussunta negli schemi del diritto (e dell’obbligo) soggettivo. Si è ampiamente sostenuto nel corso della presente trattazione che il trattamento dei dati personali può essere inquadrato nella categoria del rapporto giuridico obbligatorio e di natura corrispettiva, con conseguente riconoscimento di diritti ed obblighi reciproci delle parti: tuttavia, si osserva in questa sede – e unicamente sotto questo peculiare profilo – che, con riferimento al potere valutativo, l’interessato è soggetto alla discrezionalità del titolare del trattamento, esercitata da una posizione di supremazia e prevalenza di fatto⁸⁵.

⁸⁴ Su cui v. A. Di Majo, “La tutela civile dei diritti”, Giuffrè, Milano, 2001, 375 ss.

⁸⁵ Ciò si evince dal semplice fatto che il potere valutativo si sostanzia in un giudizio sulla prevalenza degli interessi rilevanti.

Di particolare acume sono state le riflessioni⁸⁶ di coloro che hanno intuito il fenomeno della “pubblicizzazione” e della “funzionalizzazione” del mercato, sempre più permeabile ad istanze di tutela di interessi pubblici, e della conseguente crisi della distinzione fra diritto dei contratti e diritto pubblico⁸⁷.

Questi Autori hanno riconosciuto il tratto fondamentale dell’esistenza, anche nel diritto privato, del concetto di “autorità”, la quale informa molte delle relazioni giuridiche esistenti: dai settori più “tradizionali” del diritto di famiglia e delle successioni, a quello del lavoro, delle relazioni industriali e dell’impresa, fino alle “frontiere” rappresentate dalle nuove tecnologie e dai fenomeni ad esse correlati, fra cui, certamente, rientra anche l’oggetto della presente ricerca.

La dottrina si è divisa sull’inquadramento dogmatico dei poteri privati, attestandosi su due posizioni principali.

Secondo la tesi dominante⁸⁸, l’esercizio di poteri discrezionali da parte di un soggetto privato può essere valutato dal giudice attraverso le lenti della correttezza e della buona fede, le quali in tal senso mirerebbero ad assicurare ragionevolezza e contemperamento degli interessi in gioco⁸⁹, imponendo il rispetto di determinati

⁸⁶ Cfr. M. Grondona, “Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale”, in AA. VV. (a cura di), “I poteri privati e il diritto della regolazione”, Roma Tre Press, Roma, 2018, 5 ss.; ma soprattutto, C. M. Bianca, “Le autorità private”, Jovene, Napoli, 1977, *passim*. Ancora sull’inutilità di distinguere il diritto privato dal diritto pubblico G. Marini, “La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità”, G. Alpa, V. Roppo (a cura di), *op. cit.*, 383-384.

⁸⁷ Si v. anche l’interessante contributo di G. Di Gaspare, “Il potere nel diritto pubblico”, CEDAM, Padova, 1992, 391, in cui l’Autore afferma che “[...] nel diritto privato si è avvertito e si avverte, al contrario, una sorta di metamorfosi del diritto privato come conseguenza del suo “trasmigrare” nel diritto pubblico”, una sorta di fondazione di un nuovo “diritto comune” dove il potere pubblico è tendenzialmente “neutralizzato”.

⁸⁸ V., per tutti, G. Finazzi, “La struttura e l’adempimento”, in L. Garofalo (a cura di), “Trattato delle obbligazioni”, CEDAM, Padova, 2018, 1034 ss.; e, per una critica, A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 384-385.

⁸⁹ G. Finazzi, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, con particolare riferimento ai poteri del datore di lavoro, sottolinea che “La buona fede veicola anche esigenze di proporzionalità fra l’esercizio del potere e lo scopo che esso è diretto a realizzare, essendo il pregiudizio subito dal lavoratore giustificato solo in quanto la scelta sia coerente con il fine che l’ha resa necessaria, dovendosi altrimenti ritenere integrato un abuso del diritto. La proporzionalità si traduce anche nella ponderazione dei diversi interessi e nel riequilibrio di posizioni sperequate, implicando adeguatezza e ragionevolezza nell’esercizio del potere, alla luce del principio di solidarietà sociale, nei limiti in cui la tutela del lavoratore non si risolva in un ingiustificato pregiudizio per la realizzazione degli interessi del datore di lavoro. Le scelte imprenditoriali, pertanto, non possono essere arbitrarie o capricciose, essendo il controllo della loro razionalità e coerenza collegato a una

parametri o *standards* sociali⁹⁰.

Una tesi minoritaria⁹¹ sostiene, invece, che possa configurarsi anche nel diritto privato una forma particolare di interesse legittimo. I fautori di tale teoria si dividono fra chi ritiene un simile assunto possibile sulla base del fatto che, in taluni casi, l'attività discrezionale dei privati sarebbe funzionale al perseguimento di obiettivi e finalità etero-determinate, analogamente a quanto accade con riferimento all'attività amministrativa, i cui fini sono individuati, in ossequio al principio di legalità sostanziale, dalla norma attributiva del potere; e chi⁹², sulla scia degli studi condotti da Aldo Maria Sandulli⁹³ in campo amministrativistico, sostiene che i soggetti sottoposti alla discrezionalità altrui vanterebbero un "interesse solo occasionalmente protetto", consistente nella pretesa all'esercizio del potere privato in conformità alla norma o al fatto che lo fonda: in una tale prospettiva, il bene o l'utilità della vita, al cui ottenimento aspira il privato che subisce l'esercizio del potere, non è direttamente attribuito, ma viene tutelato solo in via mediata⁹⁴.

A prescindere da ogni valutazione circa la fondatezza o meno delle tesi ora esposte, si segnala che quella dell'interesse legittimo privato "come interesse solo occasionalmente protetto" – peraltro, già difficilmente sostenibile in diritto amministrativo, a seguito dell'affermazione dei principi contenuti nella celebre sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – non può trovare ingresso nella materia della protezione dei dati personali, in quanto l'assunto su cui riposa – ovvero l'ontologica supremazia di un determinato interesse a scapito di un altro – contrasta chiaramente con la lettera del GDPR, che, come si è dimostrato, rifiuta aprioristici e sempre validi giudizi di valore.

Svolte queste premesse, è possibile rispondere al quesito circa l'esistenza di un

esigenza dello Stato liberale, nel quale, ove taluno contesti la legittimità dell'altrui potere, chi lo detiene deve giustificare perché abbia un diritto alle risorse maggiore di colui che lo contesta".

⁹⁰ Così A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 378.

⁹¹ V., soprattutto, L. Geri Bigliazzi, "Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato", Giuffrè, Milano, 1967, *passim*.

⁹² G. Zanobini, "Scritti vari di diritto pubblico", Giuffrè, Milano, 1955.

⁹³ Cfr., ad esempio, A. M. Sandulli, "Manuale di diritto amministrativo", Jovene, Napoli, 1989.

⁹⁴ In diritto amministrativo, opera questa ricostruzione M. Clarich, "Manuale di diritto amministrativo", Mulino, Bologna, 2013, 126-127.

onere in capo al titolare del trattamento di motivare le proprie determinazioni in ordine al trattamento.

Nessuna norma, in verità, lo prevede. Anzi un'interpretazione letterale dell'art. 13, par. 1, lett. d), sembrerebbe, addirittura, escluderlo: è prescritto – con particolare riferimento ai trattamenti basati sul legittimo interesse – che il titolare indichi semplicemente quali sono i legittimi interessi in concreto perseguiti, e non anche le valutazioni svolte per desumerne la prevalenza rispetto ai diritti e alle libertà degli interessati.

Tuttavia, l'art. 5, par. 2, GDPR stabilisce che il titolare deve essere in grado di “*comprovare*” il rispetto dei principi applicabili al trattamento. Di certo, una tale prescrizione non intende spingersi, nello specifico, ad imporre obblighi di motivazione, poiché, anzi, non prevedendo alcuna modalità in particolare, lascia libero il titolare di dimostrare la propria *compliance* nei mezzi che ritiene più opportuni: tuttavia, sarebbe lecito domandarsi, almeno con riferimento al test di proporzionalità, se esista un modo alternativo alla *disclosure* della motivazione per “comprovare” di aver attentamente e opportunamente valutato e bilanciato tutti gli interessi e le posizioni giuridiche rilevanti.

La questione, forse, andrebbe rivista da altra prospettiva, dopo aver, in particolare, evidenziato come il GDPR, con l'attribuzione al titolare del trattamento dei poteri valutativi, ha – in un certo senso – determinato una sorta di necessaria procedimentalizzazione delle attività di esercizio dei poteri medesimi.

Ciò permette di estendere anche a tali fattispecie le ormai mature riflessioni che hanno interessato il rapporto fra il procedimento amministrativo, l'atto che lo conclude e la sua motivazione, posto che – come rileva Massimo Severo Giannini con riferimento alla PA – essa, quando esercita un potere discrezionale, “è tenuta a compiere una ponderazione comparativa degli interessi”⁹⁵.

La dottrina⁹⁶ evidenzia, infatti, che la motivazione risponde all'esigenza di

⁹⁵ M. S. Giannini, “Il potere discrezionale della pubblica amministrazione”, Giuffrè, Milano, 1939, 72 ss.

⁹⁶ F. Caringella, “Corso di diritto amministrativo”, Giuffrè, Milano, 2005, 1636 ss.; v. anche S. Cassese, “Istituzioni di diritto amministrativo”, Giuffrè, Milano, 2012, 339 ss., il quale collega l'obbligatorietà della motivazione, prescritta a pena di illegittimità del provvedimento amministrativo, ad esigenze di

assicurare la trasparenza dell'attività di esercizio del potere “in quanto solo il corredo motivazionale, attraverso l'esplicazione dell'iter logico dell'autorità decidente, permette di accertare la correttezza dell'operato” del decisore. Sul punto, si noti che il GDPR, nel considerando 78 – poi ripreso dall'art. 5, par. 1, lett. a) –, afferma che il titolare deve “offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni e il trattamento di dati personali”.

Inoltre, l'assenza di motivazione rende, di fatto, impossibile, per il soggetto che subisce il potere – nel nostro caso, l'interessato del trattamento –, comprendere adeguatamente i profili di illegittimità dell'atto e, di conseguenza, sindacarlo dinnanzi ad un giudice. Infine, qualora le ragioni che sottendono la decisione non siano esplicitate, risulta anche complicato per l'Autorità amministrativa – nella specie, il Garante – in sede di controllo, verificare se esiste effettivamente la prevalenza del legittimo interesse del titolare, prescritta dalla norma.

Nel settore del diritto amministrativo – come accade oggi in materia di protezione dei dati personali – non esisteva, prima della l. 241/1990⁹⁷, un obbligo generalizzato di motivazione degli atti della P.A., ma esso fu desunto in via interpretativa dalla giurisprudenza e dalla dottrina⁹⁸.

Le preoccupazioni manifestate dividevano la visione comune dell'esigenza di procedimentalizzare e rendere manifeste le modalità di esercizio del potere.

Anche nel diritto privato, quando si riscontra la presenza dei “posizioni di supremazia o di dominio” – per dirla con Di Majo – di un soggetto nei confronti di un altro, questa necessità è sentita: si pensi, ad esempio, all'istituto del licenziamento individuale, la cui disciplina normativa⁹⁹ impone al datore di lavoro,

controllo e di trasparenza dell'operato della PA.

⁹⁷ Legge 7 agosto 1990, n. 241, recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” (da ora, per brevità, anche “legge sul procedimento amministrativo”).

⁹⁸ Per una completa ricostruzione della casistica pretoria e dottrinale, si rinvia a F. Caringella, *op. ult. cit.*, 1635 ss.; v. anche M. S. Giannini, “Diritto amministrativo”, Giuffrè, Milano, 1988, 696 ss.

⁹⁹ Giova qui ripercorrere succintamente l'evoluzione legislativa che ha interessato l'obbligo di motivazione del licenziamento. Esso è stato introdotto dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, recante “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita” (cd. “Riforma Fornero”). Precedentemente, in forza della legge 604/1966, il lavoratore, al quale veniva intimato un

cui è attribuito evidentemente – in tal senso – un potere¹⁰⁰, di esplicitare i motivi del licenziamento, dovendo altrimenti corrispondere al lavoratore un'indennità.

In conclusione, nel silenzio della normativa, possiamo ritenere – alla luce delle considerazioni sovra-esposte – che potrebbe configurarsi in capo al titolare del trattamento l'onere di motivare esplicitamente la propria intenzione di procedere al trattamento sulla base del proprio legittimo interesse, nonché di rendere evidenti le risultanze del test di bilanciamento attraverso cui egli è giunto alla conclusione che il medesimo interesse prevalga, nel caso di specie, sui diritti e le libertà degli interessati.

Può, inoltre, inferirsi che il mancato adempimento di siffatti oneri espone il titolare, da un lato, a responsabilità nei confronti dell'interessato, ai sensi dell'art. 82 GDPR; e dall'altro, anche a conseguenze sanzionatorie di natura amministrativa, ai sensi dell'art. 83, par. 5, lett. a), GDPR per “violazione dei principi base del trattamento”.

licenziamento senza specificazione dei motivi che ne erano alla base, era abilitato a farne formale richiesta al datore di lavoro entro 15 giorni. La Riforma Fornero, che apprestava, in tali casi, per il lavoratore una tutela risarcitoria consistente in un'indennità dal valore compreso tra le 6 e le 12 mensilità calcolate sull'ultima retribuzione, è stata modificata dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante “Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183” (cd. “Jobs Act”), che ha rideterminato la misura dell'indennità fissandola in 1 mensilità per ogni anno di servizio, per un minimo di 2 mensilità fino ad un massimo di 12. Il Jobs Act, a sua volta, ha subito, sul punto, le modifiche introdotte dal decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, recante “Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese”, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, il quale ha previsto che l'indennità dovuta in tali casi dovesse essere pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio, a partire da un minimo di 6, fino ad un massimo di 36 mensilità. La Corte Costituzionale, sent. 26 settembre 2018, n. 194, ha, da ultimo, ritenuto costituzionalmente illegittima la disciplina posta dal legislatore del 2018 nella parte in cui prevede che la misura dell'indennità debba essere parametrata al criterio dell'anzianità di servizio. Per una completa disamina del tema, in ambito gius-laburistico, si rinvia ad A. Vallebona, “Breviario di diritto del lavoro”, Giappichelli, Torino, 2018, 379 ss. In particolare, l'Autore, rileva come, anche sotto la vigenza della legge 604/1966, si fosse radicata la prassi di contestare al lavoratore gli addebiti prima di procedere all'intimazione del licenziamento: questo a conferma del fatto che l'esigenza della motivazione esplicita è correlata strettamente, anche in assenza di previsione legislativa, alla semplice esistenza di poteri *lato sensu* discrezionali di un soggetto, posto nei confronti di un altro, in una posizione di sovra-ordinazione legale o fattuale, a prescindere dalla natura pubblicistica o privatistica del potere in questione.

¹⁰⁰ In questo senso, cfr. A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 376 ss.

9.1. Segue: CONSIDERAZIONI CIRCA LA SUSSISTENZA DI UN DIRITTO DELL'INTERESSATO DI PARTECIPARE AL PROCEDIMENTO VALUTATIVO.

Analoghe considerazioni, parimenti mutuate dall'esperienza amministrativistica, valgono per il profilo della partecipazione dell'interessato ai procedimenti valutativi svolti dal titolare, in particolare nell'ipotesi in cui la valutazione afferisca al bilanciamento tra il legittimo interesse del titolare e i diritti e le libertà degli interessati.

Di qui il quesito circa l'esistenza di un vero e proprio diritto di partecipare a tali valutazioni.

Premesso che – come si è sostenuto – il GDPR ha introdotto una procedimentalizzazione delle attività svolte dal titolare del trattamento, e che talune di esse comportano l'esercizio di una certa discrezionalità al punto da poter essere considerate espressione di un “potere privato”, anche *in subjecta materia* vengono in rilievo esigenze, in senso lato, di “democrazia procedimentale”¹⁰¹.

L'istituto della partecipazione risponde a tale esigenza, poiché impone al decisore¹⁰² di dare la possibilità a coloro che possono rappresentare fatti ed interessi rilevanti, di influire nella fase formativa della decisione. Lo stesso procedimento amministrativo, attraverso cui si esercita il potere per definizione più rilevante – cioè il potere pubblico –, è ormai connotato dall'estrema rilevanza della fase istruttoria, all'interno della quale “sostanzialmente si determina il contenuto del provvedimento finale che in tal modo assume la funzione di riepilogo dei diversi contributi, ossia prodotto del concorso di tutti i soggetti partecipanti”¹⁰³.

Inoltre, attraverso la partecipazione procedimentale si persegue l'obiettivo di

¹⁰¹ La rilevanza di queste soluzioni è confermata anche da A. Di Majo, *op. ult. cit.*, 386 ss., il quale menziona la “tecnica del giusto procedimento” fra le modalità volte a tutelare la posizione dei soggetti incisi dall'esercizio dei “poteri privati”.

¹⁰² *Id est*, chi esercita un potere compiendo valutazioni discrezionali, a prescindere dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto o del potere esercitato.

¹⁰³ F. Caringella, *op. ult. cit.*, 1510. Secondo S. Cassese, *op. cit.*, 253, l'atto di esercizio del potere amministrativo è legittimo solo se si è svolto il procedimento e nella misura in cui fra quest'ultimo e l'atto vi sia coerenza.

riequilibrare, almeno tendenzialmente, i rapporti fra il decisore e i soggetti incisi dalla decisione, in origine sperequati per via dell'attribuzione del potere.

Infine, l'esperienza mostra come una partecipazione degli interessati alla fase istruttoria del procedimento sia idonea a diminuire il tasso di litigiosità in sede giudiziaria, alleggerendo il carico di lavoro per Corti e Tribunali¹⁰⁴.

In materia di protezione dei dati personali, non si tratta tanto di eliminare il margine di discrezionalità concesso al titolare del trattamento, che rimane sostanzialmente impregiudicato, quanto, in primo luogo, di assicurare, almeno potenzialmente, la corretta cognizione da parte sua di tutti gli interessi rilevanti ai fini del bilanciamento che è chiamato a svolgere per stabilire la prevalenza del proprio interesse legittimo rispetto ai diritti e alle libertà altrui.

Si tratta, in estrema analisi, di razionalizzare l'operato del titolare.

Il tema, per la verità, si presta ad ulteriori speculazioni dogmatiche, in quanto il procedimento attraverso cui si esercita il potere non può considerarsi scisso dall'atto che lo conclude, risolvendosi in un *unicum*, le cui fasi reciprocamente si influenzano.

Questa considerazione ci introduce all'analisi del rapporto fra la partecipazione ai procedimenti valutativi del titolare del trattamento e la motivazione, di cui abbiamo in precedenza affermato la necessità, della valutazione stessa, specie se essa intervenga in applicazione dell'art. 6, par. 1, lett. f), GDPR. Si rileva, peraltro, come lo stesso Regolamento, art. 35, par. 9, in tema di DPIA, stabilisce che “se del caso, il titolare del trattamento raccoglie le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento previsto, fatta salva la tutela degli interessi commerciali o pubblici o la sicurezza dei trattamenti”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ La funzione deflattiva del contenzioso svolta dalla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo è ampiamente riconosciuta: cfr. D. Giannini, “La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo”, consultabile in www.iusexplorer.it, secondo cui “il privato ha la facoltà di rappresentare nell'ambito del procedimento gli stessi interessi che potrebbe addurre in un eventuale processo amministrativo. In questo modo, si anticipa in sede procedimentale il contraddittorio che altrimenti avverrebbe solo in sede processuale, con ovvie conseguenze nei termini di deflazione del contenzioso.”

¹⁰⁵ Del resto, l'analogia con il procedimento amministrativo appare evidente se si considera, come fa S. Cassese, *op. cit., loc. ult. cit.*, che uno degli scopi dello stesso è “mettere a confronto gli interessi coinvolti

Preme immediatamente evidenziare come si debba rifiutare di netto una lettura in chiave formalistica della disciplina introdotta dal Regolamento, il quale, anzi, sottende un intento semplificatorio, incentrato sulla responsabilizzazione del titolare: di conseguenza, come principio generale, la misura degli obblighi e degli adempimenti imposti al titolare deve essere parametrata, essenzialmente, sull'idoneità del trattamento a ledere in astratto posizioni giuridiche altrui. La ragione profonda di tali obblighi e adempimenti consiste, appunto, nell'evitare che il rischio di lesività in astratto si traduca in un danno concreto.

Così, in considerazione del fatto che esistono trattamenti astrattamente più o meno "pericolosi", anche le valutazioni svolte dal titolare, e i relativi procedimenti, possono presentare un tasso di conflittualità variabile.

Per tasso di conflittualità intendiamo il grado di divergenza fra gli interessi del titolare e quelli di altri soggetti coinvolti nel trattamento – tipicamente, gli interessati.

La conflittualità può essere "intrinseca", nel senso che essa può essere desunta *ictu oculi* dalla natura stessa dei predetti interessi, anche in mancanza di ulteriori apporti conoscitivi. Inoltre, possono darsi ipotesi in cui la conflittualità non emerga immediatamente, ma si palesi al titolare del trattamento nelle more del procedimento valutativo, a causa della rappresentazione – da parte degli interessati stessi o da altri soggetti intervenuti a vario titolo nel procedimento¹⁰⁶ – di elementi fattuali o tecnico-giuridici inizialmente ignorati.

Riportandoci alla citata impostazione secondo cui il procedimento decisionale deve essere considerato unitariamente come sequenza concatenata di atti in reciproca interdipendenza, è possibile, allora, individuare un rapporto fra intensità della motivazione della decisione adottata e grado di conflittualità del procedimento¹⁰⁷.

e definirne il peso rispettivo".

¹⁰⁶ Si badi che ai procedimenti valutativi svolti dal titolare del trattamento non sono, per così dire, "legittimati" ad intervenire i soli interessati, ma anche soggetti che, addirittura, collaborano con il titolare, come ad esempio il DPO o il rappresentante del trattamento. Infatti, in tema di DPIA, il responsabile del trattamento deve essere obbligatoriamente consultato dal titolare (art. 35, par. 2, GDPR), mentre al DPO può essere richiesto un parere (art. 39, par. 1, lett. c), GDPR).

¹⁰⁷ V., ancora, le interessanti tesi sostenute da F. Caringella, *op. ult. cit.*, 1630-1631; nello stesso senso

Una volta affermata la necessità della motivazione delle scelte discrezionali del titolare del trattamento che incidano su terzi, la “robustezza” della stessa sarà direttamente proporzionale al grado di conflittualità “totale” del procedimento, ottenuto dalla somma fra le sue due componenti.

La fondatezza di quest’assunto è tale che anche nella prassi di settore attualmente si registra la tendenza di motivare, spesso in documento separato rispetto al registro dei trattamenti, la scelta di non procedere a DPIA o alla nomina del DPO, senza limitarsi alla generica sottolineatura dell’assenza di un obbligo legale.

anche S. Cassese, *op. cit.*, 340-341, il quale, dopo aver distinto fra la motivazione in senso stretto e la giustificazione del provvedimento, ammette che “il grado di analiticità e di esaustività della motivazione dipende dal tipo di provvedimento”.

CAPITOLO III – CENNI SUL DIRITTO AL TRATTAMENTO NELL'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE PUBBLICA.

1. LA TENDENZIALE IRRILEVANZA DELLA NATURA SOGGETTIVA DEL TITOLARE DEL TRATTAMENTO.

Il GDPR, e sulla scorta di questo il Codice privacy italiano, come novellato dal d.lgs. 101/2018, non fissa una disciplina differenziata per i trattamenti effettuati per finalità pubbliche¹.

Il criterio seguito dal legislatore europeo è di natura squisitamente oggettiva²: ciò che importa non è l'identità o la qualifica del titolare, ma piuttosto il modo d'essere del trattamento, ivi incluso certamente la tipologia di dati trattati.

Ciò è reso evidente dall'art. 6 del Regolamento, il quale contempla fra le basi giuridiche del trattamento la necessità di eseguire “un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento” (art. 6, par. 1, lett. e)). La formula è chiaramente applicabile non solo ai trattamenti effettuati dalle Pubbliche Amministrazioni in senso stretto, ma anche da ogni altro soggetto al quale sono attribuiti compiti o incombenze, anche contingenti, di rilievo pubblicistico³.

L'inserimento di questa particolare base giuridica non è, peraltro, di scarso rilievo, atteso che, in sua assenza, sarebbe stato possibile legittimare i trattamenti di dati personali in ambito pubblico evocando la necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento (art. 6, par. 1, lett. c)).

¹ Ne è dimostrazione l'avvenuta abrogazione ad opera del d.lgs. 101/2018 del Titolo III, Capo II del Codice privacy, rubricato “Regole ulteriori per i soggetti pubblici”. Resta invece in vigore, seppur parzialmente modificato, il Titolo IV (rubricato “Trattamenti in ambito pubblico”), oggi composto dai soli Capi I e II; abrogati, invece, i Capi III, IV e V, che contenevano discipline più settoriali.

² Cfr. A. Zappia, “Il trattamento di dati personali in ambito pubblico”, in AA. VV., “Privacy e dati personali”, Key, Milano, 2018.

³ Sul punto si v. anche il considerando 45 GDPR, il quale prevede che “[...] Dovrebbe altresì spettare al diritto dell'Unione o degli Stati membri stabilire se il titolare del trattamento che esegue un compito svolto nel pubblico interesse o per l'esercizio di pubblici poteri debba essere una pubblica autorità o altra persona fisica o giuridica di diritto pubblico o, qualora sia nel pubblico interesse, anche per finalità inerenti alla salute, quali la sanità pubblica e la protezione sociale e la gestione dei servizi di assistenza sanitaria, di diritto privato, quale un'associazione professionale”.

In effetti, questa considerazione si basa sull'interpretazione, oggi largamente maggioritaria, del principio di legalità (cd. in senso sostanziale), la quale, com'è noto, individua in esso il "limite positivo" dell'agire amministrativo, nel senso che il potere dell'Amministrazione, per potersi considerare legittimo, deve essere previsto in astratto da una norma di legge, nonché definito nei suoi presupposti e modalità di esercizio⁴.

Tuttavia, l'attività amministrativa non può essere considerata nella sua interezza come l'oggetto di un obbligo legale, posto che la discrezionalità è un connotato essenziale dell'amministrare, e che esistono una serie di attività di interesse pubblico il cui esercizio è costruito dalla norma attributiva del potere come oggetto di una facoltà, e non di un obbligo.

E' proprio in relazione ad esse ed ai connessi trattamenti di dati personali che, per ragioni di chiarezza e coerenza normativa, si rende necessaria la previsione di un'apposita base giuridica, quale risulta quella prevista dall'art. 6, par. 1, lett. e), GDPR.

Esigenze di rispetto del principio di legalità in senso sostanziale emergono anche nel settore della protezione dei dati personali, come dimostra la puntualizzazione contenuta nel considerando 45, a mente della quale i trattamenti che trovino la propria base giuridica nell'art. 6, par. 1, lett. c) ed e), GDPR devono basarsi sul diritto dell'Unione o di uno Stato membro⁵.

L'art. 6, par. 1, GDPR, inoltre, esclude che i soggetti pubblici nell'esecuzione dei propri compiti possano trattare dati personali ricorrendo al legittimo interesse come condizione di liceità: con ciò si evidenzia come la base giuridica di cui all'art. 6, par. 1, lett. e) è, per siffatti trattamenti, tendenzialmente assorbente rispetto ad ogni altra, in quanto la norma sembra introdurre una presunzione di prevalenza dell'interesse

⁴ La letteratura sul punto è sterminata: in questa sede è sufficiente rimandare a M. Clarich, *op. cit.*, 64 ss. In generale, sul principio di legalità, si v. M. Vogliotti, "Legalità", in *Annali*, VI, 2013, *passim*.

⁵ Prima della novella introdotta dal d.lgs. 101/2018, l'art. 19, c.3 del Codice privacy (oggi abrogato) stabiliva che "La comunicazione da parte di un soggetto pubblico a privati o a enti pubblici economici e la diffusione da parte di un soggetto pubblico sono ammesse unicamente quando sono previste da una norma di legge o di regolamento", dimostrando attenzione alle esigenze di rispetto del principio di legalità.

(pubblico) del titolare, esonerando quest'ultimo da ogni ulteriore attività valutativa o ponderativa. In realtà, attraverso un'analisi più approfondita, può notarsi che anche i trattamenti effettuati per finalità pubblicistiche da Amministrazioni dello Stato non vanno esenti da operazioni di bilanciamento, posto che in essi si riverbera la tensione irriducibile fra potere pubblico e diritti dei privati: la peculiarità risiede nel fatto che, in tali casi, la ponderazione in esame non viene svolta dal titolare del trattamento, bensì direttamente dal legislatore ed è consacrata nella norma attributiva del potere dell'Amministrazione, in ossequio al principio di legalità sostanziale.

Questa conclusione trova conforto anche in altro dato testuale. In particolare, l'art. 9, par. 2, lett. g), con riferimento ai “trattamenti di categorie particolari di dati personali⁶”, pone come possibile condizione di liceità i “motivi di interesse pubblico rilevante”, a patto che: *i*) siano previsti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri; *ii*) siano proporzionati alla finalità perseguita dal trattamento; *iii*) la norma che li prevede rispetti “*l'essenza del diritto alla protezione dei dati personali*”; *iv*) siano approntate misure *appropriate e specifiche* a tutela dell'interessato.

Si tratta, dunque, di una riserva di legge relativa rinforzata per contenuto, con la conseguenza che, qualora uno Stato membro, nel proprio ordinamento interno, dovesse individuare con legge un interesse pubblico rilevante, abilitando l'Amministrazione ai relativi trattamenti di dati personali cd. “sensibili”, la legge medesima dovrebbe essere dichiarata illegittima nell'ipotesi in cui difetti degli elementi anzidetti.

Il legislatore europeo si mostra, altresì, consapevole della particolarità dei trattamenti di dati personali effettuati per finalità pubblicistiche e, sebbene non appresti, come si è detto, una disciplina differenziata, consente agli Stati membri di prevedere deroghe puntuali in settori delicati.

Così, ad esempio, il considerando 20, dopo aver ribadito che il Regolamento si applica anche ai trattamenti effettuati da Autorità giudiziarie nell'esercizio delle proprie funzioni, stabilisce che, in relazione ad essi, “il diritto dell'Unione o degli Stati membri potrebbe specificare le operazioni e le procedure di trattamento”: ciò,

⁶ In precedenza noti con la denominazione di “dati sensibili”.

in particolare, anche per evitare ingerenze del Garante *privacy* in settori e materie riservate ad altro potere dello Stato.

Altra importante precisazione proviene dal considerando 31, il quale, concludendo comunque nel senso che anche le Autorità pubbliche devono rispettare le norme in materia di protezione dei dati personali “secondo le finalità del trattamento”, esonera talune Amministrazioni, come ad esempio le Autorità fiscali e doganali e le Autorità amministrative indipendenti, dall’essere considerate destinatarie ai sensi del GDPR nelle ipotesi in cui gli siano comunicati dati personali per lo svolgimento di attività d’indagine che rientrano nella loro missione istituzionale.

2. L’INCIDENZA DELL’ATTIVITA’ AMMINISTRATIVA SUL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA E ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: IL REGIME DELLE BANCHE DATI PUBBLICHE.

Posto che per il GDPR risulta, almeno tendenzialmente, irrilevante la circostanza che il trattamento dei dati personali sia svolto o meno da una Pubblica Amministrazione, la pratica amministrativa, e taluni istituti diretti a regolarla, per loro natura, evidenziano una frizione tra il diritto alla protezione dei dati personali e i principi fondamentali del diritto amministrativo.

L’esercizio efficiente ed efficace delle pubbliche funzioni postula, a monte, la conoscenza approfondita da parte dell’Amministrazione della realtà da governare. Questo comporta che la possibilità di acquisire masse enormi di informazioni e dati si pone come un connotato essenziale dell’azione della PA⁷, garantita dall’art. 97 Cost., ed è idonea a tradursi in un vantaggio anche per cittadini ed imprese.

Non tutti i dati trattati dalle Amministrazioni sono tecnicamente “dati personali”, tuttavia una larga parte degli stessi rientrano in tale nozione: si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai dati trattati dall’Anagrafe civile o tributaria.

⁷ L’argomento è efficacemente descritto da G. Carullo, “Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell’amministrazione digitale e funzione amministrativa”, Giappichelli, Torino, 2017, 22.

In relazione ad essi, i trattamenti effettuati sono per così dire “funzionalizzati”⁸, nel senso che il potere di svolgere le operazioni di trattamento deve – per le ragioni già esposte – essere previsto dalla legge e perseguire le finalità da essa indicate.

In quest’ottica ne deriva, anche alla luce del processo di digitalizzazione che ormai da anni sta investendo la PA⁹, una sempre più frequente creazione di database condivisi da più enti pubblici, contenenti, fra gli altri, ingenti moli di dati personali.

L’esatta qualificazione giuridica di tali banche dati, atteso che gli elementi di cui esse si compongono risultano a tutti gli effetti beni immateriali, ruota attorno al citato concetto di funzionalizzazione. E’, infatti, proprio su di esso che la giurisprudenza di legittimità¹⁰ fa costantemente leva per stabilire la natura demaniale di un bene¹¹, ai sensi dell’art. 822 cod. civ.

In particolare, le banche dati potrebbero considerarsi beni “a destinazione naturale¹²”, in quanto non necessario un provvedimento amministrativo che ne riconosca la pubblica funzione, posto che essa discende direttamente dalla legge; e riconducibili alle “raccolte [...] degli archivi” di cui all’art. 822, comma 2, cod. civ..

Per giunta, l’ordinamento sembra imputare espressamente alla PA la titolarità dei dati appartenenti alle raccolte: così si esprime, infatti, sia l’art. 2, c. 1, lett. i) d.lgs. 36/2006, sia l’art. 1, c. 1, lett. cc) CAD, a mente di quali è “*titolare del dato*” l’ente pubblico “che ha originariamente formato per uso proprio o commissionato ad altro soggetto il documento che rappresenta il dato, o che ne ha la disponibilità”.

Naturalmente, una lettura costituzionalmente orientata della norma, anche considerata la normativa – europea e nazionale – in materia di protezione dei dati personali, non può che condurre ad interpretare la norma nel senso che

⁸ L’espressione è presente *ivi*, 202.

⁹ Cfr. d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell’Amministrazione Digitale; per brevità, di seguito, “CAD”), più volte successivamente modificato.

¹⁰ V., *ex multis*, Cass., 20 ottobre 1997, n. 10253, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1962, secondo cui “quando non si tratta di beni del demanio necessario, la demanialità è una qualifica che attiene alla destinazione concreta del bene e alla sua caratterizzazione funzionale secondo taluna delle varie destinazioni ad uso pubblico previste dalla legge per ciascuna delle categorie dei beni demaniali”.

¹¹ In generale, sui beni demaniali v. A. Police, A. L. Tarasco, “Commento all’art. 822 cod. civ.”, in A. Jannarelli, Macario F., “Commentario del Codice Civile”, Utet, Torino, 2012, 97 ss.

¹² Secondo la formula utilizzata da F. Francario, “Privatizzazioni, dismissione e destinazione “naturale” dei beni pubblici”, in *Dir. amm.*, 1, 2004.

l'Amministrazione, la quale ha avuto per prima la disponibilità del dato o del documento lo stesso, è tenuta, ove richiesta e ove sussistano le condizioni legalmente previste, a trasmetterlo ad altra Amministrazione o ai privati. In questa direzione sembra deporre anche l'art. 50 CAD, il quale dispone che "i dati delle pubbliche amministrazioni" (cioè quelli di cui esse sono *titolari* ai sensi dell'art. 1, c. 1, lett. cc) del medesimo Codice) "sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili [...] alle condizioni fissate dall'ordinamento, da parte delle altre pubbliche amministrazioni e dai privati", salvo i limiti imposti dalla legge, fra cui quelli in materia di protezione dei dati personali.

Dalla natura demaniale delle banche dati pubbliche discendono importanti conseguenze, come, ad esempio, l'impossibilità per la PA di alienare le stesse, stante i divieti imposti dagli art. 823 e 826 cod. civ..

Inoltre, il tema offre interessanti spunti di riflessione sulla possibilità di configurare il diritto di accesso, che di seguito si analizzerà, ai database pubblici in termini di interesse legittimo, atteso che la presa di visione o l'estrazione di copia di un documento amministrativo si sostanzia in un uso da parte del richiedente legittimato di un bene demaniale, in maniera non dissimile a quanto avviene con l'utilizzo di una strada pubblica¹³.

3. IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA AMMINISTRATIVA, IL DIRITTO DI ACCESSO E LA TUTELA DELLA PRIVACY.

L'intera architettura costituzionale della Pubblica Amministrazione si regge sui principi del buon andamento e dell'imparzialità, enunciati, com'è noto, dall'art. 97 Cost., e ribaditi a livello europeo dall'art. 41 Carta di Nizza.

In particolare, il principio di imparzialità si ricollega anche all'art. 3 Cost. e vieta all'agire amministrativo di effettuare favoritismi ingiusti nei confronti di un soggetto, in danno all'interesse pubblico.

¹³ Per questa tipologia di beni la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che i privati utilizzatori degli stessi versino in una posizione di interesse legittimo, senza vantare un diritto soggettivo: cfr. Cass., 26 agosto 2005, n. 17382; Cass. 18 luglio 2003, n. 11242. In tema di diritto di accesso è nota la disputa dottrinale e giurisprudenziale fra chi ritiene che si tratti di un diritto soggettivo e chi propende per una ricostruzione in termini di interesse legittimo.

Funzionale al principio di imparzialità risulta essere il principio di trasparenza. Esso è menzionato dall'art. 1 della legge 241/1990, come novellata dalla Legge 11 febbraio 2005, n. 15 ed è preordinato ad eliminare eventuali veli di opacità e segretezza dietro cui potrebbero annidarsi fenomeni di corruzione, mercificazione o, comunque, sviamento della funzione pubblica. L'intento è quello di trasformare l'Amministrazione in una "casa di vetro", secondo la nota formula adoperata da Filippo Turati nel 1908.

Il principio di trasparenza è, per sua natura, idoneo ad entrare in collisione con il diritto alla protezione dei dati personali, in quanto l'ostensione totale delle informazioni detenute dalla PA comporterebbe l'annullamento e la lesione del diritto dell'interessato al controllo dei propri dati personali. Ciò, peraltro, non soddisferebbe alcun interesse pubblico, bensì mere curiosità, alimentando e favorendo ingerenze inaccettabili nella vita privata degli individui cui le informazioni si riferiscono.

Per tale ragione la trasparenza deve continuamente confrontarsi con il diritto alla riservatezza e le istanze di protezione dei privati¹⁴. Così, gli istituti previsti dall'ordinamento per rendere effettivo il principio in esame sono chiamati ad operare un delicato bilanciamento fra l'interesse alla pubblica conoscenza e quello al privato riserbo.

Preme ora evidenziare come il concetto di trasparenza appaia labile e sfocato e che esso si presti ad essere utilizzato in contesti e con finalità molto diversi. Limitandoci all'oggetto della presente indagine, è possibile notare come, se da un lato la trasparenza figura come un (corollario di un) principio fondamentale dell'attività amministrativa, dall'altro esso risulta anche un principio ordinante la materia della protezione dei dati personali, espressamente previsto dall'art. 5, par. 1, lett. a) GDPR.

Se, dunque, è vero che l'Amministrazione, in quanto tale, deve agire trasparentemente nei confronti della generalità dei consociati amministrati, è

¹⁴ Il Garante privacy nel parere 7 febbraio 2013, n. 49 [doc web. n. 2243168] sostiene che il diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati personali si pongono quali "limiti esterni" al principio di trasparenza.

altrettanto vero che, in quanto titolare di trattamenti di dati personali, ad essa è imposto di comportarsi con trasparenza nei rapporti con gli individui interessati.

Singolarmente, l'applicazione dello stesso principio, in ambiti differenti, produce risultati dissimili. Ciò che muta è il soggetto nel cui interesse è posto l'onere di trasparenza: in un caso la generalità dei consociati, nell'altro l'interessato al trattamento di dati personali.

L'istituto che in origine si intendeva preordinare a tutela della trasparenza è il diritto di accesso¹⁵. Esso fu introdotto in via generale, salve pregresse applicazioni settoriali¹⁶, dal Capo V (artt. 22 ss.) della legge 241/1990. Il diritto in questione stravolse il modo d'intendere la Pubblica Amministrazione, la cui attività era, in precedenza, dominata dal principio di segretezza e non divulgazione¹⁷.

Nel testo originario, l'art. 22 l. 241/90 sembrava delineare un vero e proprio strumento di controllo da parte dei cittadini sull'attività amministrativa. Infatti, legittimato all'accesso era "*chiunque*" avesse un "*interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*". Com'è di tutta evidenza, l'interesse sulla cui base si richiedeva l'accesso non era in alcun modo qualificato dalla legge, e ciò consentiva di inoltrare istanze dalle quali il cittadino non avrebbe conseguito un effettivo vantaggio.

Si comprese in breve tempo che il controllo dal basso dell'attività amministrativa non poteva basarsi su un istituto così penetrante e potenzialmente lesivo anche del diritto alla riservatezza degli individui. Di conseguenza, con la novella introdotta dalla l. 15/2005, il legislatore, recependo orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nel corso degli anni, sottopose il Capo V della l. 241/1990 a una profonda revisione.

Dopo aver inserito al primo comma dell'art. 22 una serie di importanti definizioni,

¹⁵ In generale, sul diritto di accesso, v. R. Garofoli, G. Ferrari, "Manuale di diritto amministrativo", Nel diritto editore, Roma, 2008, 521 ss.; E. Casetta, *op. cit.*, 451 ss.; F. G., Scoca, "Diritto amministrativo", Giappichelli, Torino, 2014, 270 ss.; V. Cerulli Irelli, "Lineamenti del diritto amministrativo", Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁶ Ad esempio, in materia di enti locali, v. art. 25, l. 27 dicembre 1985, n. 816; in materia ambientale, v. art. 14, l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente; in materia urbanistica, v. art. 31, l. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dall'art. 10, l. 6 agosto 1967, n. 765.

¹⁷ Per una esauriente analisi del principio di segretezza che informava la PA precedentemente alla l. 241/1990 si rinvia al fondamentale G. Arena, "Il segreto amministrativo", CEDAM, Padova, 1983, *passim*.

coerentemente con la tecnica di *drafting* legislativo europeo, la novella ha qualificato l'accesso come "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza"; risulta invece espressamente esclusa dall'art. 24, comma 3, la finalità di controllo generalizzato dell'operato della PA.

Inoltre, la platea dei soggetti legittimati al suo esercizio è stata limitata a "*tutti i soggetti privati*" portatori di un "*interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*". L'istante è tenuto a motivare la propria richiesta ai sensi dell'art. 25, comma 2.

Per quel che più rileva in questa sede, l'oggetto del diritto di accesso sono tutti i documenti detenuti da una PA e concernenti attività di pubblico interesse, ad esclusione, fra gli altri, dei documenti indicati da regolamento governativo, allo stato ancora non emanato, riguardanti "la vita privata o la riservatezza" di persone fisiche o giuridiche.

L'art. 24, comma 7, inoltre, limita l'accesso ai casi in cui esso è "*strettamente necessario*", qualora il documento di cui si richiede l'ostensione contenga dati sensibili o giudiziari di terzi.

Peraltro, l'art. 3 d.p.r. 184/2006¹⁸, colmando una lacuna propria sia della l. 241/1990, sia del Codice privacy, è volto a tutelare la posizione dei cd. "controinteressati¹⁹", ai quali la PA cui è presentata l'istanza di accesso deve inviare comunicazione, al fine di consentirgli, entro 10 giorni dalla stessa, di opporsi motivatamente all'accesso. Per di più, l'art. 5 del suddetto decreto stabilisce che, qualora la PA riscontri la presenza di controinteressati, è obbligata a richiedere all'istante di presentare richiesta di accesso formale, con conseguente avvio di un vero e proprio procedimento amministrativo.

Il Codice privacy, dal canto suo, non deroga, per quanto concerne i dati "comuni", la

¹⁸ Si tratta del Decreto del Presidente della Repubblica, 12 aprile 2006, n. 184, "Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi".

¹⁹ *Id est*, a norma dell'art. 22, c. 1, lett. c) l. 241/1990 "tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza"

disciplina generale del diritto di accesso posta dalla l. 241/1990, cui invece fa espressamente rinvio nell'art. 59. Invece, in relazione ai “dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona”, il successivo art. 60 stabilisce che la richiesta di accesso può essere accolta solo se la situazione da tutelare attraverso la stessa consista in un diritto o in una libertà fondamentale del richiedente, o comunque sia almeno di pari rango rispetto ai diritti del controinteressato²⁰: naturalmente una tale valutazione spetta in via esclusiva all'Amministrazione stessa, i cui poteri valutativi sono, in questo senso, di gran lunga più penetranti rispetto a quelli riconosciuti ai titolari di trattamento privati.

Questi ultimi, infatti, non possono valutare richieste di accesso da parte di soggetti diversi dagli interessati, né su di essi incombe un obbligo legale generale di ostensione di documenti, quale è quello imposto all'Amministrazione in base al principio di trasparenza e tutelabile attraverso l'accesso.

Si consideri, poi, che la decisione della PA sulla richiesta di accesso a documenti che contengano dati personali di terzi è potenzialmente idonea di per sé a creare un danno al controinteressato, in ragione del fatto che il ricorso al Giudice amministrativo, al quale è attribuita in questa materia giurisdizione esclusiva, può essere presentato solo successivamente, entro 30 giorni, alla “conoscenza della determinazione impugnata”²¹.

Posto, dunque, che la disciplina sul diritto d'accesso è contenuta interamente nella l. 241/1990, e nei decreti che la attuano, salvo i casi particolari sopra menzionati, vi è da chiedersi se l'entrata in vigore del GDPR abbia comportato una rivisitazione dell'istituto, nel senso di valorizzare e massimizzare la tutela della riservatezza dei controinteressati.

²⁰ Si noti anche quanto sostenuto da G. Arena, voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI, 1995, 10 secondo cui il RUP, nell'esaminare una richiesta di accesso ad un documento contenente dati personali di terzi persone fisiche dovrebbe valutare anche “il modo in cui la comunità cui appartiene il soggetto potenzialmente leso dall'esercizio del diritto di accesso potrà reagire alla conoscenza di determinate informazioni appartenenti alla sua sfera privata”. L'Autore – che scrive circa un anno prima dell'adozione della direttiva 96/45/CE, e quindi in mancanza di una disciplina legislativa generale del diritto alla riservatezza o della protezione dei dati personali – valorizza molto lucidamente il profilo “culturale” e dinamico del concetto in esame, che varia in relazione al tempo e allo spazio.

²¹ Art. 116 cod. proc. amm.

Vengono in rilievo almeno due questioni: *i)* se la PA sia abilitata, sulla base della nuova disciplina, a rifiutare l'accesso in ipotesi ulteriori rispetto a quelle legislativamente previste; *ii)* se la comunicazione ex art. 3 d.p.r. 184/2006 debba contenere tutti i requisiti previsti dall'art. 13 GDPR, in ragione del fatto che l'accoglimento dell'istanza di accesso e la successiva trasmissione dei dati al richiedente configurano un trattamento di dati ulteriore per finalità diversa da quella originaria.

In relazione al primo interrogativo, va subito precisato che il GDPR, come del resto la normativa domestica, non osta, in linea di principio, alla comunicazione o al trasferimento di dati personali da parte delle Autorità pubbliche. Le attività in parola sono, in questo caso, espressione del principio di libera circolazione dei dati, declinato non sotto il profilo della libertà di iniziativa economica, bensì attraverso la lente dell'interesse pubblico o, comunque, di rilevanza pubblicistica²². Così, il considerando 111 definisce tali scambi come *opportuni*, a patto che, lasciata da parte l'ipotesi, non particolarmente problematica, del consenso dell'interessato, essi siano *occasionalmente e necessari in relazione a un contratto o un'azione legale, che sia in sede giudiziale, amministrativa o stragiudiziale*, oppure sussista un interesse pubblico rilevante per il trasferimento, oppure i dati siano estratti da registri accessibili al pubblico.

Ciò premesso, deve ritenersi, anche in considerazione del fatto che il d.lgs. 101/2018, come si è visto, non ha sostanzialmente innovato l'art. 59 Codice privacy, immutata la previgente disciplina, basata su un rinvio recettizio alla l. 241/1990²³; tuttavia, residua un'importante precisazione, contenuta nel considerando 31 del GDDPR, a mente del quale “le richieste di comunicazione inviate *dalle* autorità pubbliche dovrebbero sempre essere scritte, motivate e occasionali e non dovrebbero

²² Per apprezzare la differenza fra le due nozioni si pensi, da un lato, ad uno scambio di dati personali fra PA deputate alla tutela della sicurezza nazionale (interesse pubblico); dall'altro alla trasmissione da parte di una PA ad un privato di documenti nei quali sono contenuti dati personali di terzi al fine di permettere l'esercizio di un'azione giudiziaria (interesse di rilevanza pubblicistica).

²³ Preme inoltre segnalare che una consolidata giurisprudenza amministrativa considera le cause di esclusione del diritto di accesso come fattispecie eccezionali e, perciò, di stretta interpretazione: v. Cons. Stato, 24 febbraio 2004, n. 744, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 406; conforme Cons. Stato, 26 settembre 2000, n. 5105, in *Rep Foro it.*, voce *Amministrazione Stato*, 2000, 227.

riguardare un intero archivio o condurre all'interconnessione di archivi”.

Ebbene, se ciò vale per gli scambi di dati fra Pubbliche Amministrazioni, allora deve *a fortiori* valere anche per le comunicazioni effettuate da una PA a beneficio di un privato.

La l. 241/1990, per la verità, si mostra, sul punto, in linea con le prescrizioni del GDPR, in quanto richiede la motivazione (art. 25, c. 2) e, pertanto, anche la forma scritta; inoltre, la possibilità di esercitare, in relazione ad un determinato provvedimento, il diritto di accesso deve intendersi occasionale, giacché, in caso di diniego da parte della PA, l'istante ha l'onere di impugnare il relativo provvedimento entro 30 giorni, a pena di decadenza, senza avere la possibilità di reiterare la propria richiesta senza addurre nuovi motivi²⁴.

Ciò che risulta invece innovativa è la previsione secondo cui la comunicazione da parte della PA non può essere effettuata, e quindi l'accesso deve essere negato, nelle ipotesi in cui la richiesta riguardi un intero archivio o sia idonea a interconnettere archivi diversi: calato all'interno della normativa italiana, questo varrebbe, teoricamente, ad escludere l'accesso qualora l'istante, pur dimostrando un proprio interesse differenziato, in linea con i requisiti di cui all'art. 22 l. 241/1990, intenda accedere ad un intero archivio o a dati idonei ad interconnettere più archivi.

Inoltre, il GDPR, nel medesimo considerando 31, specifica con vigore che i trattamenti di dati personali effettuati dalle Amministrazioni devono rispettare le norme in materia applicabili, talché, secondo una lettura costituzionalmente orientata, l'art. 59 Codice privacy, nel disporre che “i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali [...] restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241”, deve essere interpretato nel senso di far salve le eventuali ulteriori prescrizioni contenute nel GDPR o nel Codice stesso.

Per ciò che invece attiene alla questione *sub ii*), le disposizioni contenute nel d.p.r. 184/2006 in tema di comunicazione sembrano idonee ad adempiere, in linea generale, all'obbligo di informativa imposto dall'art. 13 GDPR. In particolare, come

²⁴ Lo ha autorevolmente affermato Cons. Stato, *Ad plen.*, 18 aprile 2006, n. 6.

si è accennato, si tratterebbe di un'ipotesi di informativa cd. "ulteriore", disciplinata dal paragrafo 3 dello stesso articolo, in quanto la comunicazione al richiedente dei dati, veicolati attraverso il documento, sicuramente esula dalla finalità originaria del trattamento.

Affermata, dunque, la conformità al GDPR delle norme nazionali in tema di comunicazioni ai controinteressati, resta da indagare se l'introduzione del Regolamento abbia imposto alle stesse dei particolari requisiti contenutistici.

In effetti, fino alla novella del 2018, nel Codice privacy non figurava alcun diritto all'informativa "ulteriore": l'art. 13 del Codice allora vigente fissava i contenuti dell'informativa riferendosi, sostanzialmente, allo stato di fatto e diritto presente al momento della raccolta dei dati.

Sotto la vigenza del Regolamento, stante anche l'avvenuta abrogazione delle citate disposizioni codicistiche, deve invece ritenersi che, per considerarsi legittime, e quindi non in contrasto con la disciplina in materia di protezione dei dati personali²⁵, le comunicazioni ex art. 3 d.p.r. 184/2006, facendo le veci delle informative di cui all'art. 13, par. 3 GDPR, debbano contenere tutti gli elementi pertinenti previsti dalla norma.

In particolare, dovrà essere indicata la finalità della comunicazione al terzo, che consiste necessariamente nel rispetto degli obblighi imposti dalla normativa nazionale in tema di diritto di accesso²⁶; nonché la base giuridica del trattamento, rappresentata, a seconda della qualificazione giuridica che si vuol dare all'istituto

²⁵ Si noti, in questa sede, ribadendo i concetti più ampiamente espressi nel Capitolo I, che ex art. 82 GDPR, il titolare del trattamento è tenuto a risarcire l'interessato per i danni da quest'ultimo sofferti per effetto di una violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali. Da questa disciplina non va esente la PA, nei confronti della quale non può escludersi il diritto dell'interessato a ricorrere per ottenere il risarcimento dei danni subiti, nella specie, a causa dell'informativa inadeguata, sia dinnanzi al G.A., in sede di impugnazione della determinazione amministrativa che ha consentito l'accesso, sia dinnanzi al G.O., in via autonoma. Inoltre, per le stesse ragioni, all'Amministrazione inadempiente potrebbe essere comminata dal Garante una sanzione amministrativa ai sensi dell'art. 83, par. 5, lett. b) GDPR.

²⁶ Deve, invece, escludersi la menzione dell'interesse perseguito dal terzo ed indicato nell'istanza di accesso, atteso che, come già si è spiegato, i concetti di "finalità" ed "interesse" del titolare sono fra loro ben distinti.

del diritto di accesso²⁷, alternativamente dalla necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento (art. 6, par. 1, lett. c) GDPR) o dalla necessità di eseguire un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri (art. 6, par. 1, lett. e) GDPR).

Inoltre, vista la particolare attenzione dimostrata dal GDPR per i diritti dell'interessato, deve ritenersi che la comunicazione ex art. 3 d.p.r. 184/2006 debba indicare, ove possibili, l'esistenza del diritto di accesso ai propri dati personali, il diritto di rettifica, di limitazione e il diritto di opposizione²⁸ di cui all'art. 21 del Regolamento.

Fortemente ridimensionato negli effetti è, in questo caso, il diritto di limitazione, in quanto l'art. 18, par. 2 stabilisce che, nonostante il suo esercizio da parte dell'interessato, il titolare può continuare a trattare i dati, non limitandosi alla loro mera conservazione, quando serva accertare o difendere un diritto in sede giudiziaria, tutelare i diritti di altra persona fisica o giuridica o per motivi di interesse pubblico rilevante.

Rimane escluso il diritto di cancellazione, a norma dell'art. 17, par. 3, lett. b), in quanto sussiste la necessità di adempiere ad un obbligo legale imposto al titolare del trattamento o, comunque, di eseguire un compito inerente ad una pubblica funzione.

L'inserimento delle predette informazioni all'interno della comunicazione ex art. 3 d.p.r. 184/2006 si rende obbligatorio, naturalmente, solo nel caso in cui l'interessato già non disponga delle stesse, ai sensi dell'art. 13, par. 4 GDPR.

4. ALTRE APPLICAZIONI DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA: LA SENTENZA 20/2019 DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Il principio di trasparenza dell'attività amministrativa non si esaurisce esclusivamente nell'istituto del diritto di accesso, così come delineato in precedenza. In effetti, l'ordinamento impone alle Amministrazioni anche ulteriori e più incisivi obblighi di trasparenza.

²⁷ Rispettivamente di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

²⁸ Si intende, ovviamente, il diritto di opposizione di cui all'art. 21 GDPR, il quale comunque è escluso se sussistono motivi legittimi cogenti o se serve difendere o accertare un diritto in sede giudiziaria.

Tralasciando le normative di alcuni settori, come il diritto ambientale, dove storicamente le esigenze di trasparenza sono maggiormente sentite, va innanzitutto considerato l'istituto dell'accesso civico.

Esso è previsto e disciplinato dal d.lgs. 33/2013²⁹, il quale ne distingue, nei primi due commi dell'art. 5, due tipologie: accesso civico semplice o generalizzato (quest'ultimo anche noto come FOIA).

Attraverso l'accesso civico semplice si consente, in deroga alla disciplina generale di cui alla l. 241/90, di accedere senza necessità di dimostrare alcun interesse a tutti quei documenti che le Amministrazioni hanno l'obbligo di rendere pubblici.

L'accesso civico generalizzato, invece, è diretto esplicitamente a favorire forme di controllo pubblico sull'operato amministrativo – anche sotto questo aspetto in deroga alla l. 241/90, il cui art. 24, c. 3 rende inammissibili istanze di accesso in tal senso rivolte. Si applica a tutti quei dati o documenti non soggetti ad obbligo di pubblicazione ai sensi del medesimo d.lgs. 33/2013, ma è sottoposto ad alcuni limiti, individuati dall'art. 5 *bis*, a tutela di specifici interessi individuali, fra cui rientra il diritto alla protezione dei dati personali.

Sull'argomento merita attenzione il caso posto all'esame della Corte Costituzionale, deciso con sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019.

Davanti al Tar Lazio era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, c. 1 *bis* e *ter* del d.lgs. 33/2013 nella parte in cui prevedono la pubblicazione dei dati reddituali e patrimoniali di dirigenti pubblici e dei loro coniugi e parenti entro il secondo grado, prescrivendo, in caso di omessa dichiarazione da parte del dirigente, l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, parimenti soggetta a pubblicazione.

Nella specie, fra le altre censure, il giudice rimettente evocava la violazione del principio di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza, in quanto la norma, nell'imporre un così penetrante obbligo di trasparenza, sostanzialmente equiparava la figura del dirigente a quella del politico. Ne sarebbe derivata, sotto questo profilo,

²⁹ Ci si riferisce al Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante “Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”, come novellato da ultimo dal d.lgs. 97/2016.

la violazione del GDPR, e, secondo il meccanismo della norma interposta, dell'art. 117, c. 1, Cost.

Sotto altro profilo, si prospettava l'incompatibilità della norma con l'art. 3 Cost., in quanto essa non differenziava gli obblighi di pubblicazione in considerazione della tipologia di dirigente considerato, ed inoltre appariva irragionevole poiché la misura della divulgazione *on line* di una quantità enorme dei dati risultava non necessaria rispetto alle finalità individuate dal legislatore, con frustrazione delle "esigenze di informazione veritiera e, quindi, di controllo, alla base della normativa".

La Corte Costituzionale, pronunciandosi nel merito, ha accolto parzialmente le censure promosse e ha adottato una sentenza "manipolativa", la quale assume i tratti di un vero e proprio monito al legislatore, affinché egli riorganizzi l'intera normativa interna sulla trasparenza in senso conforme ai parametri europei e nazionali.

Afferma infatti la Corte che "vi è una manifesta sproporzione del congegno normativo approntato rispetto al perseguimento dei fini legittimamente perseguiti, almeno ove applicato, senza alcuna differenziazione, alla totalità dei titolari d'incarichi dirigenziali". Il giudice costituzionale è anche, però, consapevole del fatto che una declaratoria di incostituzionalità *sic et simpliciter* determinerebbe una lesione delle esigenze di trasparenza ugualmente meritevoli di tutela.

Nell'intento di salvaguardare, in via provvisoria, anche queste esigenze, il Giudice delle leggi ha stabilito che gli obblighi di pubblicazione previsti dal d.lgs. 33/2013 non devono riferirsi indistintamente a tutti i dirigenti, ma solo ai cd. "dirigenti apicali", cioè, in particolare, i Segretari generali di ministeri e di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e i dirigenti generali.

Stando alla lettura effettuata dalla Consulta, il sistema, peraltro, risulta complessivamente non in equilibrio, con generale tendenza a far prevalere le esigenze di conoscenza e di trasparenza a scapito della tutela della riservatezza – quest'ultima intesa, per dirla con la sentenza in commento, come "diritto a controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona"³⁰.

³⁰ Sul punto, si noti l'obbligo imposto alle PA dall'art. 9, d.lgs. 33/2013 di pubblicare *on line*, in formato aperto e facilmente indicizzabile dai comuni motori di ricerca, in apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente", tutti i dati per cui la pubblicazione è obbligatoria. Ciò, in un certo senso,

Il legislatore, nel procedere alla ristrutturazione normativa “urgente” dei rapporti fra la riservatezza e la trasparenza, auspicata dalla Corte Costituzionale, secondo autorevole dottrina³¹ dovrebbe “andare oltre” le indicazioni fornite dalla Consulta, considerando i tre principi su cui si impernia l’intera materia.

In primo luogo il principio di trasparenza, funzionale a promuovere, attraverso l’accesso ai dati e documenti da parte dei cittadini, la partecipazione e il controllo sull’operato amministrativo.

Vi è, poi, il principio di pubblicità e conoscibilità, il quale può essere considerato come una finalità differente dell’accesso, ed è funzionale all’utilizzo e al riutilizzo, a fini economici, dei dati e delle informazioni in possesso della PA.

Da ultimo, si pone il diritto alla protezione dei dati personali, il quale incrocia entrambi i precedenti principi, e con essi si pone in tensione.

esaspera il rapporto fra trasparenza e riservatezza, traslando il discorso sulle modalità concretamente idonee a garantirne l’equilibrio, al fine di evitare di alimentare mere curiosità, non funzionali ad alcuna esigenza giuridicamente meritevole di tutela. In argomento, v. A. Corrado, “Gli obblighi di pubblicazione dei dati patrimoniali dei dirigenti alla luce delle indicazioni della Corte Costituzionale”, consultabile in www.federalismi.it.

³¹ F. Pizzetti, “Sentenza 20/2019 della Consulta e riordino degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione delle informazioni della PA: il legislatore non trascuri il riuso delle fonti pubbliche”, consultabile in www.medialaws.eu. Nello stesso senso, O. Pollicino, F. Resta, “Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte Costituzionale”, consultabile in www.agendadigitale.eu.

CONCLUSIONI

La presente ricerca ha preso le mosse dalle recenti innovazioni legislative che, a livello comunitario e nazionale, hanno profondamente inciso in materia di *data protection*.

Questo lavoro, piuttosto che compiere una mera ricognizione normativa, si propone di effettuare una esegesi critica degli istituti cardine del settore, al fine di meglio comprendere i principi ad esso sottesi.

Quanto all'approccio metodologico seguito, si è cercato di leggere ed interpretare le norme attraverso una pluralità di angoli visuali: certamente, in primo luogo, quello del costituzionalista, ma senza tralasciare il metodo dello studioso del diritto privato o del diritto amministrativo.

Un tale *modus operandi* è imposto dalla materia stessa, la quale, afferendo a settori diversi del diritto, richiede una trattazione, per quanto possibile, multidisciplinare.

Si è, innanzitutto, tentato di definire i caratteri del diritto alla protezione dei dati personali, con speciale riferimento alle sue differenze con il diritto alla riservatezza.

Quest'ultimo, infatti, si configura come un diritto di libertà, e, più in particolare, come un diritto della personalità, consistente in una pretesa negativa del suo titolare, affinché la generalità dei consociati si astenga dal turbare quello spazio di privatezza, di personalità, di riservatezza e non intrusione all'interno del quale si svolge la sua vita privata, con conseguente potere di escludervi terzi.

Il diritto alla protezione dei dati personali pur si inserisce in una linea di continuità logica con il diritto alla riservatezza; tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni, se ne distanzia sotto taluni aspetti fondamentali.

L'analogia fra le due situazioni soggettive si arresta, infatti, alla considerazione che entrambe appartengono alla categoria dei diritti fondamentali di libertà, in quanto riferibili al principio della libertà-dignità desumibile dal combinato disposto degli articoli 2 e 3 Cost.

Il diritto alla protezione dei dati personali si caratterizza, però, per il suo contenuto pretensivo ed è esercitabile non nei confronti della generalità dei consociati, bensì esclusivamente verso i soggetti di un peculiare rapporto giuridico, quale risulta

essere il trattamento dei dati personali.

La configurazione del trattamento di dati personali in termini di rapporto giuridico è stata, per la verità, oggetto di scarsa attenzione da parte della dottrina. Di converso, secondo l'interpretazione da noi proposta, una simile tesi assume natura ordinante dell'intero fenomeno della *data protection*.

Nella specie, esso può essere considerato un rapporto obbligatorio, ai sensi dell'art. 1173 cod. civ., prodotto da un atto o un fatto idoneo, in conformità con l'ordinamento giuridico.

Non osta a questa configurazione la necessità, imposta dall'art. 1174, che, per aversi obbligazione, la prestazione che ne forma oggetto debba essere suscettibile di valutazione economica: tale condizione è, nel caso di specie, rispettata, in accordo con una costante giurisprudenza di legittimità, poiché se è vero che l'interessato, nel rilasciare i propri dati personali, compie una prestazione a carattere non economico, è altrettanto vero che le controprestazioni cui sono tenuti i cd. "soggetti attivi del trattamento" hanno certamente carattere patrimoniale, in quanto esse hanno ad oggetto "veri e propri beni economici inerenti alla persona". Di conseguenza, nel complessivo assetto del rapporto, anche la prestazione dell'interessato assume carattere patrimoniale.

La prospettiva del rapporto giuridico permette, poi, di individuarne le parti: da un lato, l'interessato e, dall'altro, il titolare del trattamento ed ogni altro soggetto che a vario titolo collabora con esso.

Un'altra delle caratteristiche del diritto alla protezione dei dati personali è stata individuata nella sua non assolutezza: sul punto è nota la posizione della Corte Costituzionale, secondo cui nessun diritto può considerarsi assoluto, ma ciascuno limita ed è, a sua volta, limitato da altri diritti antagonisti.

Sorge, dunque, l'esigenza di individuare quel diritto con cui la tutela dei dati personali entra in ontologico conflitto: il diritto a trattare dati personali altrui.

La teorizzazione di una tale situazione giuridica prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del titolare del trattamento, posto che il GDPR, sul punto, adotta un atteggiamento di tendenziale irrilevanza.

Tuttavia, a seconda della natura – pubblica o privata – del potere esercitato, il diritto

in questione risulta espressione, da un lato, delle prerogative riconosciute dall'ordinamento alla Pubblica Amministrazione, o, dall'altro, della libertà – costituzionalmente tutelata – di iniziativa economica.

Nell'ottica di una ricostruzione sistematica e di un generale riordino della materia, si è proposto di inquadrare i poteri del titolare del trattamento in due macro-categorie concettuali, a seconda che essi incidano sul medesimo trattamento “dall'esterno” o “dall'interno”.

Al primo gruppo appartengono quei poteri che insistono su “attività prodromiche” o su “attività organizzative in senso stretto”.

Le prime consentono al soggetto che le pone in essere di acquistare, in astratto, la qualifica di titolare del trattamento e, più nello specifico, consistono nella determinazione della natura, dell'oggetto, del contesto, nonché dei mezzi e delle finalità del trattamento. Ad esse deve, poi, associarsi l'elemento materiale dell'effettivo svolgimento di operazioni su dati.

Le “attività organizzative in senso stretto” sono, invece, il complesso delle operazioni volte a porre in essere le strutture interne all'impresa deputate al trattamento di dati personali: dall'analisi delle norme si evince che si tratta di un potere vincolato nel fine, in quanto il GDPR impone che “le misure tecniche e organizzative” prescelte siano adeguate agli obiettivi di tutela perseguiti dall'ordinamento.

I “poteri interni” compendiano, in primo luogo, il “potere operativo”, il quale consente al titolare di svolgere ogni attività di trattamento e di “concretamente incidere sui dati personali”, secondo una felice formula adottata dalla Corte di Cassazione.

Un siffatto potere si ricava dall'art. 17 GDPR ed è riconosciuto quando i dati trattati sono “necessari” rispetto alle finalità individuate e sussiste almeno una delle condizioni di liceità di cui all'art. 6 GDPR.

Viene, poi, in rilievo il potere di delega, in base al quale è concesso al titolare di affidare lo svolgimento di operazioni di trattamento a soggetti che, a vario titolo, collaborano con esso: nella specie, “persone autorizzate al trattamento”, responsabili del trattamento e DPO.

La profonda diversità fra queste figure di collaboratori determina, peraltro, un differente regime di responsabilità in caso di violazione della normativa.

Un ultimo “potere interno” è quello che abbiamo definito “direttivo”, attraverso cui il titolare può (e deve) istruire i soggetti che materialmente pongono in essere, per suo conto, attività di trattamento.

Un tale potere/dovere è, infine, assistito dal “potere di controllo”, che gli consente di vigilare sull’operato dei suoi collaboratori, al fine di assicurarsi che la loro attività sia conforme alla legge e alle sue istruzioni. L’esercizio del controllo si pone, altresì, come strumento cruciale per evitare al titolare del trattamento di incorrere in forme di responsabilità per *culpa in vigilando*.

Un potere ulteriore, di natura trasversale, è quello che permette al titolare di svolgere ogni tipo di valutazione inerente al trattamento.

L’ampio ricorso del GDPR a clausole e concetti generali come “l’adeguatezza” o “l’idoneità” fa acquistare a tale “potere valutativo” una rilevanza e una pregnanza notevoli: ciò è, peraltro, un diretto precipitato di uno dei principi più dirompenti del GDPR, ovvero quello di *accountability*.

Si registra, nella materia in esame, un deciso cambio di approccio del legislatore comunitario, nel senso di affidare l’attività di interpretazione, valutazione e ponderazione degli interessi coinvolti nel trattamento non ad organi istituzionali come i legislatori nazionali, le Autorità di controllo o giurisdizionali, bensì in prima persona al titolare. Ne deriva, coerentemente, il rifiuto di sintesi valoriali aprioristiche e predeterministiche, nell’intento di favorire una scelta bilanciata *sul e per* il caso concreto.

Ciò è di particolare evidenza in taluni istituti del GDPR, quali i trattamenti effettuati sulla base del “legittimo interesse” del medesimo titolare.

Il *favor* per un approccio *taylor made* è, peraltro, giustificato dal riconoscimento in capo al titolare del trattamento di una posizione di supremazia o di dominio – di diritto o di fatto – nei rapporti con l’interessato, il quale, per così dire, si trova come sottomesso.

Dall’analisi dell’interazione in esame, si intravedono i caratteri dei cd. “poteri privati”, i quali, proprio in quanto poteri, necessitano di essere limitati con tecniche

di bilanciamento.

L'esigenza anzidetta può essere soddisfatta, specie nell'ipotesi in cui il trattamento dei dati personali debba essere effettuato sulla base di un "legittimo interesse" del titolare o di terzi, applicando, *mutatis mutandis*, il test di proporzionalità, ormai largamente utilizzato dai Giudici costituzionali ed amministrativi.

Anche l'analisi letterale del considerando 47 GDPR conforta una tale conclusione: è infatti stabilito, da un lato, che, per valutare la prevalenza dei legittimi interessi del titolare, bisogna tener conto "delle *ragionevoli* aspettative nutrite dall'interessato", e, dall'altro lato, che i diritti e le libertà di quest'ultimo potrebbero imporsi se egli, nella circostanza concreta, non può *ragionevolmente* attendersi un ulteriore trattamento dei propri dati personali.

Tale test si articola in tre momenti distinti, e, se calato nel contesto della protezione dei dati personali, può essere riassunto secondo gli schemi che seguono.

Il titolare del trattamento *ex ante* e l'Autorità amministrativa (tipicamente, il Garante) o giurisdizionale *ex post*, sono chiamati a valutare, in questi casi se: i) "i mezzi" predisposti dal titolare siano adeguati alla realizzazione delle "finalità" che si è prefissato, le quali, in ogni caso, devono risultare legittime, nel senso che devono potersi ricondurre all'esercizio di una libertà – come quella di iniziativa economica – costituzionalmente tutelata. Il requisito dell'adeguatezza è, dunque, soddisfatto qualora il mezzo predisposto non sia manifestamente inidoneo a raggiungere lo scopo oggettivo del trattamento. ii) Qualora la prima valutazione abbia esito positivo, dovrà verificarsi se il mezzo predisposto sia, o meno, "necessario", nel senso che non esista, fattualmente, un'alternativa ugualmente idonea ad assicurare la legittima finalità definita dal titolare che, allo stesso tempo, imponga un minor sacrificio ai "diritti e alle libertà dell'interessato". Sul punto il WP29, nell'opinione 6/2014, ponendo l'accento sull'importanza delle misure di sicurezza, suggerisce di vagliare se "*additional safeguards, bringing more protection to the data subject, may tip the balance in a way that would legitimise the processing*". iii) Nell'ipotesi, residuale, in cui si appuri la sussistenza di più alternative parimenti idonee e lesive delle posizioni giuridiche altrui, l'interprete – e quindi *in primis* il titolare del trattamento – è chiamato a considerare gli effetti delle operazioni che intende porre

in essere, al fine di soppesare i “costi” – in termini di limitazione, anche solo potenziale, di diritti e libertà altrui – e i “benefici” – utilità economiche o di altra natura – attesi. Quest’ultima fase è chiaramente la più delicata, poiché occorre travalicare il dato giuridico positivo, fino ad approdare ad una dimensione “esperienziale” o “emozionale”.

Deve concludersi, quindi, che il momento finale del test di proporzionalità – a prescindere dal contesto in cui esso è svolto – è intriso di contenuti valoriali che dipendono essenzialmente dall’impostazione etica e assiologica propria dell’interprete. Per questo motivo, il WP29 ha evidenziato come il titolare del trattamento, oltre a potersi “far guidare” dalle normative, dalle linee guida, dai codici di condotta e dalla giurisprudenza, può, altresì, riferirsi alla cultura sociale dominante.

La rilevanza – per non dire, addirittura, la crucialità – delle valutazioni effettuate dal titolare in materia di legittimo interesse è tale che il WP29, come “buona pratica”, consiglia, ma nella sostanza prescrive, che le risultanze del test siano documentate in modo sufficientemente dettagliato e trasparente da poter essere verificate sia dagli interessati, sia dall’Autorità amministrativa – in sede di controllo o sanzionatoria – e giurisdizionale, tipicamente quando sorge un contenzioso.

Particolare attenzione è posta dal WP29 al profilo della “interazione virtuosa” fra il titolare e gli interessati, essendo raccomandato al primo di tentare di spiegare ai secondi la scelta di procedere al trattamento sulla base di un suo legittimo interesse, e per quali ragioni questo sia stato ritenuto prevalente rispetto ai loro diritti e libertà. Sulla scorta delle considerazioni del WP29, anche il Garante italiano è intervenuto sul punto.

In primo luogo, con provvedimento del 22 febbraio 2018, ha stabilito che, in caso di trattamenti effettuati sulla base del legittimo interesse, specie tramite nuove tecnologie o strumenti automatizzati, deve essere previamente svolta la valutazione di impatto di cui all’art. 35 GDPR (più avanti, anche, DPIA), poiché circostanze simili presentano una rischiosità intrinseca per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati. Inoltre – soggiunge il Garante – la DPIA “facilita il titolare a effettuare un ponderato bilanciamento degli interessi coinvolti, tenuto anche conto che, in base

al principio di responsabilizzazione, questi è tenuto a dimostrare, ove richiesto, gli elementi che lo hanno portato a decidere di trattare i dati su tale fondamento, senza comprimere in misura eccessiva i diritti e le libertà degli interessati, e l' idoneità delle garanzie approntate".

Peraltro, il WP29 e, sulla scia di questi, il Garante italiano consigliano, come *best practice*, di rendere esplicite fin da subito – cioè, già nell' informativa – le ragioni che hanno condotto il titolare del trattamento a ritenere prevalente il legittimo interesse, proprio o di terzi, rispetto alle posizioni degli interessati. Addirittura, in alcuni casi – afferma il Garante – dovrebbe essere considerata dal titolare l' opportunità di pubblicare, integralmente o in stralcio, la DPIA eventualmente effettuata, al fine di “rafforzare la fiducia degli interessati” e di “dimostrare trasparenza e responsabilizzazione”.

Infine, il Garante suggerisce, sempre a titolo di buona prassi, di riportare “la descrizione del legittimo interesse concretamente perseguito, le “garanzie adeguate” eventualmente approntate, nonché, ove effettuata, la preventiva valutazione d' impatto”. In particolare, crediamo debba ritenersi che il Garante, con l' espressione “descrizione del legittimo interesse”, non ne intenda la mera enunciazione – che è resa obbligatoria dall' art. 13, par. 1, lett. d), GDPR –, bensì, evidentemente, una rappresentazione per quanto possibile dettagliata delle ragioni della prevalenza.

La letteratura di settore evidenzia come l' entrata in vigore del GDPR e della decretazione domestica attuativa abbia determinato una certa procedimentalizzazione della *data protection*, la quale tende verso una dimensione amministrativa ed etica idonea a promuovere un decisionismo responsabile.

L' esercizio di una certa dose di discrezionalità, che accompagna e completa necessariamente il potere privato, consente, poi, di istituire un' analogia fra la materia in esame, almeno per i profili che coinvolgono valutazioni discrezionali del titolare, e alcuni istituti del diritto amministrativo.

In particolare, ci si è domandati se sussiste in capo al titolare l' onere di motivare le proprie determinazioni in ordine al trattamento.

La dottrina evidenzia, infatti, che la motivazione risponde all' esigenza di assicurare la trasparenza dell' attività di esercizio del potere “in quanto solo il corredo

motivazionale, attraverso l'esplicazione dell'iter logico dell'autorità decidente, permette di accertare la correttezza dell'operato" del decisore.

Sul punto, si noti che il GDPR, nel considerando 78 – poi ripreso dall'art. 5, par. 1, lett. a) –, afferma che il titolare deve “offrire trasparenza per quanto riguarda le funzioni e il trattamento di dati personali”.

Inoltre, l'assenza di motivazione rende, di fatto, impossibile, per il soggetto che subisce il potere – nel nostro caso, l'interessato del trattamento –, comprendere adeguatamente i profili di illegittimità dell'atto e, di conseguenza, sindacarlo dinnanzi ad un giudice. Infine, qualora le ragioni che sottendono la decisione non siano esplicitate, risulta anche complicato per l'Autorità amministrativa – nella specie, il Garante – in sede di controllo, verificare se esiste effettivamente la prevalenza del legittimo interesse del titolare, prescritta dalla norma.

Nel settore del diritto amministrativo – come accade oggi in materia di protezione dei dati personali – non esisteva, prima della l. 241/1990, un obbligo generalizzato di motivazione degli atti della P.A., ma esso fu desunto in via interpretativa dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Le preoccupazioni manifestate dividevano la visione comune dell'esigenza di procedimentalizzare e rendere manifeste le modalità di esercizio del potere.

Anche nel diritto privato, quando si riscontra la presenza dei “posizioni di supremazia o di dominio” – per dirla con Di Majo – di un soggetto nei confronti di un altro, questa necessità è sentita: si pensi, ad esempio, all'istituto del licenziamento individuale, la cui disciplina normativa impone al datore di lavoro, cui è attribuito evidentemente – in tal senso – un potere, di esplicitare i motivi del licenziamento, dovendo altrimenti corrispondere al lavoratore un'indennità.

In conclusione, nel silenzio della normativa, possiamo ritenere – alla luce delle considerazioni sovra-esposte – che potrebbe configurarsi in capo al titolare del trattamento l'onere di motivare esplicitamente la propria intenzione di procedere al trattamento sulla base del proprio legittimo interesse, nonché di rendere evidenti le risultanze del test di bilanciamento attraverso cui egli è giunto alla conclusione che il medesimo interesse prevalga, nel caso di specie, sui diritti e le libertà degli interessati.

Può, inoltre, inferirsi che il mancato adempimento di siffatti oneri espone il titolare, da un lato, a responsabilità nei confronti dell'interessato, ai sensi dell'art. 82 GDPR; e dall'altro, anche a conseguenze sanzionatorie di natura amministrativa, ai sensi dell'art. 83, par. 5, lett. a), GDPR per "violazione dei principi base del trattamento". Analoghe considerazioni, parimenti mutuate dall'esperienza amministrativistica, valgono per il profilo della partecipazione dell'interessato ai procedimenti valutativi svolti dal titolare, in particolare nell'ipotesi in cui la valutazione afferisca al bilanciamento tra il legittimo interesse del titolare e i diritti e le libertà degli interessati.

Di qui il quesito circa l'esistenza di un vero e proprio diritto di partecipare a tali valutazioni.

Premesso che – come si è sostenuto – il GDPR ha introdotto una procedimentalizzazione delle attività svolte dal titolare del trattamento, e che talune di esse comportano l'esercizio di una certa discrezionalità al punto da poter essere considerate espressione di un "potere privato", anche *in subjecta materia* vengono in rilievo esigenze, in senso lato, di "democrazia procedimentale".

L'istituto della partecipazione risponde a tale esigenza, poiché impone al decisore di dare la possibilità a coloro che possono rappresentare fatti ed interessi rilevanti, di influire nella fase formativa della decisione. Lo stesso procedimento amministrativo, attraverso cui si esercita il potere per definizione più rilevante – cioè il potere pubblico –, è ormai connotato dall'estrema rilevanza della fase istruttoria, all'interno della quale "sostanzialmente si determina il contenuto del provvedimento finale che in tal modo assume la funzione di riepilogo dei diversi contributi, ossia prodotto del concorso di tutti i soggetti partecipanti".

Inoltre, attraverso la partecipazione procedimentale si persegue l'obiettivo di riequilibrare, almeno tendenzialmente, i rapporti fra il decisore e i soggetti incisi dalla decisione, in origine sperequati per via dell'attribuzione del potere.

Infine, l'esperienza mostra come una partecipazione degli interessati alla fase istruttoria del procedimento sia idonea a diminuire il tasso di litigiosità in sede giudiziaria, alleggerendo il carico di lavoro per Corti e Tribunali.

In materia di protezione dei dati personali, non si tratta tanto di eliminare il margine

di discrezionalità concesso al titolare del trattamento, che rimane sostanzialmente impregiudicato, quanto, in primo luogo, di assicurare, almeno potenzialmente, la corretta cognizione da parte sua di tutti gli interessi rilevanti ai fini del bilanciamento che è chiamato a svolgere per stabilire la prevalenza del proprio interesse legittimo rispetto ai diritti e alle libertà altrui.

Si tratta, in estrema analisi, di razionalizzare l'operato del titolare.

Il tema, per la verità, si presta ad ulteriori speculazioni dogmatiche, in quanto il procedimento attraverso cui si esercita il potere non può considerarsi scisso dall'atto che lo conclude, risolvendosi in un unicum, le cui fasi reciprocamente si influenzano.

Questa considerazione ci introduce all'analisi del rapporto fra la partecipazione ai procedimenti valutativi del titolare del trattamento e la motivazione, di cui abbiamo in precedenza affermato la necessità, della valutazione stessa, specie se essa intervenga in applicazione dell'art. 6, par. 1, lett. f), GDPR. Si rileva, peraltro, come lo stesso Regolamento, art. 35, par. 9, in tema di DPIA, stabilisce che “se del caso, il titolare del trattamento raccoglie le opinioni degli interessati o dei loro rappresentanti sul trattamento previsto, fatta salva la tutela degli interessi commerciali o pubblici o la sicurezza dei trattamenti”.

Preme immediatamente evidenziare come si debba rifiutare di netto una lettura in chiave formalistica della disciplina introdotta dal Regolamento, il quale, anzi, sottende un intento semplificatorio, incentrato sulla responsabilizzazione del titolare: di conseguenza, come principio generale, la misura degli obblighi e degli adempimenti imposti al titolare deve essere parametrata, essenzialmente, sull'idoneità del trattamento a ledere in astratto posizioni giuridiche altrui.

E' possibile, allora, individuare un rapporto fra intensità della motivazione della decisione adottata e grado di conflittualità del procedimento.

Una volta affermata la necessità della motivazione delle scelte discrezionali del titolare del trattamento che incidano su terzi, la “robustezza” della stessa sarà direttamente proporzionale al grado di conflittualità “totale” del procedimento.

La fondatezza di quest'assunto è tale che anche nella prassi di settore attualmente si registra la tendenza di motivare, spesso in documento separato rispetto al registro

dei trattamenti, la scelta di non procedere a DPIA o alla nomina del DPO, senza limitarsi alla generica sottolineatura dell'assenza di un obbligo legale.

Quanto ai trattamenti di dati personali effettuati nell'esercizio di una funzione pubblica, si è posta particolare attenzione al rapporto fra la tutela della riservatezza e i principi di trasparenza e pubblicità, anche alla luce degli istituti volti a dare sostanza a questi ultimi, quali l'accesso e l'accesso civico.

Sul punto, è parso interessante analizzare il tentativo effettuato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 20/2019, di ricercare un punto di equilibrio fra la tutela delle citate opposte esigenze.

La soluzione adottata, per ammissione della stessa Consulta, dovrebbe essere solo provvisoria, in quanto la materia deve essere radicalmente rivista dal legislatore. L'ordinamento interno, infatti, risulta nel complesso orientato a favorire, talvolta violando i principi di ragionevolezza e proporzionalità, le esigenze sottese alla trasparenza a scapito della tutela dei dati personali: ne è un esempio l'obbligo imposto alle PA dall'art. 9, d.lgs. 33/2013 di pubblicare on line, in formato aperto e facilmente indicizzabile dai comuni motori di ricerca, in apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente", tutti i dati per cui la pubblicazione è obbligatoria. Ciò, in un certo senso, esaspera il rapporto fra trasparenza e riservatezza, traslando il discorso sulle modalità concretamente idonee a garantirne l'equilibrio, al fine di evitare di alimentare mere curiosità, non funzionali ad alcuna esigenza giuridicamente meritevole di tutela.

BIBLIOGRAFIA

ACQUISTI A., TAYLOR C., WAGMAN L., *The Economics of Privacy*, in *Journal of Economic Literature*, 2016.

ALPA G., *La normativa sui dati personali. Modelli di lettura e problemi esegetici*, in *Diritto dell'informatica*, 1997.

AMATO G., *Art. 13-20: Rapporti civili*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977.

AMISANO M., *Le esimenti non codificate*, Giappichelli, Torino, 2003.

ARCUDI G., POLI V., *Il diritto alla riservatezza*, Ipsoa, 2000.

ARENA G., *Il segreto amministrativo*, CEDAM, Padova, 1983.

ARENA G., voce *Trasparenza amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*.

AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, in *Enciclopedia giuridica*.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997.

BALDASSARRE A., C. MEZZANOTTE, *Introduzione alla Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Mulino, Bologna, 2012.

BARILE P., CHELI E., voce *Domicilio (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano, 1964.

BARILE P., CHELI E., GRASSI S., *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 2011.

BELL D., *The Coming of Post-Industrial Society. A venture in Social Forecasting*, Basic Books, New York, 1973.

- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1978.
- BIANCA C. M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.
- BIN R., *Critica alla teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- BOLOGNINI L., PELINO E., BISTOLFI C., *Il regolamento privacy europeo*, Giuffrè, Milano, 2016.
- BRAVO F., *Il diritto a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, CEDAM, Padova, 2018.
- BRUGNATELLI F., *Privacy, diritto all'informazione e diritti della personalità*, in Giustizia civile, 2005.
- BUSIA G., *Mercato digitale e scambi transatlantici: quando la ricchezza è nei dati personali*, in ZUANELLI E. (a cura di), *Il futuro dell'economia digitale*, Aracne, Ariccia, 2016.
- BUTTARELLI G., *Il codice dei dati personali tra diritto privato e diritto costituzionale*, in ALPA G., ROPPO V. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Jovene, Napoli, 2005.
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto Commerciale. Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2008.
- CARBO' A. G., *New Privacy-Oriented Markets*, in RASI G. (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*, Roma, 2014.
- CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.
- CARULLO G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011.
- CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012.

- CASTRONOVO C., *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in Europa e diritto privato, 1998.
- CERRI A., *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010.
- CHECCHIA G., *Economia digitale: temi e problemi in prospettiva globale*, in ZUANELLI E. (a cura di), *Il futuro dell'economia digitale*, Aracne, Ariccia, 2016.
- CHIASSONI P., *Diritti umani, avvocatura, filosofia: A Strategic Golden Braid*, in Giurisprudenza Italiana, 2010.
- CIACCI G., BUONOMO G., *Profili di informatica giuridica*, CEDAM, Milano, 2018.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Mulino, Bologna, 2013.
- CLEMENTE A., *Privacy*, CEDAM, Padova, 1999.
- COMANDINI V. V., *Il ruolo della privacy nella competizione per l'accesso alle risorse pubblicitarie su Internet*, in Diritto, Economia e Tecnologie della Privacy, 2012.
- COMPORITI M., *Esposizione a pericolo e responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1965.
- CREA G., *Politiche unionali in materia di data economy*, in ZUANELLI E. (a cura di), *Il futuro dell'economia digitale*, Aracne, Ariccia, 2016.
- CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in AA. VV. (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Vittorio Emanuele Orlando*, CEDAM, Padova, 1957.
- CRISAFULLI V., PALADIN L., *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 1990.

CUFFARO V., D'ORAZIO R., RICCIUTO V., *Il codice del trattamento dei dati personali*, Giappichelli, Torino, 2007.

CUFFARO V., RICCIUTO V., ZENO-ZENCOVICH V., *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1999.

D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2012.

DANI M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, CEDAM, Padova, 2018

DE CARLI P., *Costituzione e attività economiche*, CEDAM, Padova, 1978.

DE SIERVO U., *La privacy*, in PANUNZIO S. P. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti d'Europa*, Jovene, Napoli, 2005.

DE SIERVO U., *Tutela dei dati personali e riservatezza*, in AA. VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali: scritti in memoria di Paolo Barile*, CEDAM, Padova, 2003.

DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1992.

DI MAJO A., *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in CUFFARO V., RICCIUTO V., ZENO-ZENCOVICH V., *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 1999.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2001.

DORSEN N., *Comparative constitutionalism: cases and materials*, Minn: Thomson West, 2010.

ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1958.

ESPOSITO M., *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, CEDAM, Padova, 2003.

FILIPPI C., *Principi generali*, in CIRILLO G. P., *Il Codice sulla protezione dei dati personali*, Giuffrè, Milano, 2003.

FINAZZI G., *La struttura e l'adempimento*, in GAROFALO L. (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, CEDAM, Padova, 2018.

FINAZZI G., *La struttura e l'adempimento*, in GAROFALO L., TALAMANCA M. (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, CEDAM, Padova, 2008.

FINOCCHIARO G., *Privacy e protezione dei dati personali. Disciplina e strumenti operativi*, Zanichelli, Bologna, 2012.

FOLADORE C., *Bene protetto e soggetti passivi nel reato di interferenze illecite nella vita privata*, in *Famiglia e Diritto*, 2003.

FRANCARIO F., *Privatizzazioni, dismissione e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2004.

FRANZONI M., *Dati personali e responsabilità civile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1998.

FRANZONI M., *Responsabilità derivante da trattamento di dati personali*, in FINOCCHIARO G., DELFINI F. (a cura di), *Diritto dell'informatica*, Utet, Milano, 2014.

FROSINI V., *Informatica, diritto e società*, Giuffrè, Milano, 1992.

GALGANO G., *Comm. art. 41 Cost.*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977.

GAMBINI M., *Principio di responsabilità e tutela aquiliana dei dati personali*, ESI, Napoli, 2018.

GARNER B. A., *Black's Law Dictionary*, Thomson West, 2004.

GAROFOLI R., FERRARI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Nel diritto editore, Roma, 2008.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015.

- GERI-BIGLIAZZI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967.
- GIANNANTONIO E., *Manuale di diritto dell'informatica*, CEDAM, Padova, 2003.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1988.
- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1939.
- GRONDONA M., *Poteri dei privati, fonti e trasformazioni del diritto: alla ricerca di un nuovo ordine concettuale*, in AA. VV. (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma Tre Press, Roma, 2018.
- GROSSI P., *Diritti di libertà ad uso lezioni*, Giappichelli, Torino, 1991.
- HARTMANN N., *Introduzione all'ontologia critica*, Guida, Napoli, 1972.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000.
- KOHLER J., *Das Autorrecht*, 1880.
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrecht*, Verlag C. H. Beck, Monaco, 1976.
- MARINI F. S., GUZZETTA G., *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2011.
- MARINI G., *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in ALPA G., ROPPO V. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Jovene, Napoli, 2005.
- MESSINETTI D., *I nuovi danni. Modernità, complessità della prassi e pluralismo della nozione giuridica di danno*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2006.
- MESSINETTI R., *La conoscenza come bene comune e il valore giuridico della persona umana*, in *Biblioteche oggi*, 2015.
- MIGLIAZZA M., *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Giuffrè, Milano, 2004.

- MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012.
- MODUGNO F., *Diritto pubblico generale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- MODUGNO F., *I “diritti del consumatore”*: una nuova generazione di diritti, in AA. VV. (a cura di), *Scritti in onore di Michele Scudiero*, ESI, Napoli, 2008
- MODUGNO F., *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.
- NARDO G. N., *Riflessioni sulla azione inibitoria*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2016.
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Annali*, VIII, 2014.
- NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Annali*, VIII, 2015.
- NIVARRA L., RICCIUTO V., SCOGNAMIGLIO C., *Diritto Privato*, Giappichelli, Torino, 2013.
- PACE A., *Libertà e diritti di libertà*, in D’ATENA A. (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012.
- PACE A., PICCIONE D., *I lineamenti dei diritti di libertà. La libertà personale*, in LABRIOLA S. (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- PAOLUCCI U., *La tutela dei dati personali in una realtà multinazionale*, in RASI G. (a cura di), *Da costo a risorsa. La tutela dei dati personali nelle attività produttive*”, Roma, 2014.
- PARDOLESI P., BALDASSARRE C., *L’informazione a ogni costo: tecniche invasive e violazione della privacy*, in *Foro italiano*, 2015.
- PATRONO M., *I diritti dell’uomo nel paese d’Europa*, CEDAM, Padova, 2000.
- PATRONO P., voce *Privacy e vita privata*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Giuffrè, Milano, 1986.

PAVARANI C., *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in DE FILIPPI C., BOSI D., HARVEY R. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990.

PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rassegna di diritto civile*, 1990.

PESCE G., *L'attività di controllo e vigilanza*, in CARINGELLA F., PROTTO M. (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Zanichelli, Torino, 2009.

PICCINI E., TRANFAGLIA M. E., *I rapporti contrattuali di fatto*, CEDAM, Padova, 2010.

PINO G., *Costituzione come limite, Costituzione come fondamento, Costituzione come assiologia*, in *Diritto e Società*, I, 2017.

PINO G., *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e responsabilità*, 2003.

PIRAINO F., *La natura contrattuale della responsabilità pre-contrattuale – il commento*, in *Contratti*, 2017.

PIZZORUSSO A., *Sul diritto alla riservatezza nella Costituzione italiana*, in *Prassi e teoria*, 1976.

POLICE A., TARASCO A. L., *Commento all'art. 822 cod. civ.*, in JANNARELLI A., MACARIO F., *Commentario del Codice Civile*, Utet, Torino, 2012.

RAMACCIONI G., *La risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in RUSCELLO F. (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

RESCIGNO P., *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1975.

RESTA G., *Autonomia privata e diritti della personalità – Il problema dello sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica*, Jovene, Napoli, 2005.

RESTA G., *Diritti fondamentali e diritto privato nel contesto digitale*, in CAGGIA F., RESTA G. (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma Tre press, Roma, 2019.

RESTA M. G., SALERNO A., *La responsabilità civile per il trattamento dei dati personali*, in ALPA G., CONTE G. (a cura di), *La responsabilità d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2015.

RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006.

RODOTA' S., *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1997.

RODOTA' S., *Progresso tecnico e problemi istituzionali nella gestione delle informazioni*, in MATTEUCCI N. (a cura di), *Privacy e banche dati*, Mulino, Bologna, 1981.

RODOTA' S., *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Europa e diritto privato*, 1998.

ROMANO B., *Algoritmi al potere; calcolo, giudizio, pensiero*, Giappichelli, Torino, 2018.

ROMANO S., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

ROPPO V., *La responsabilità civile per trattamento di dati personali*, in *Danno e responsabilità*, 1997.

SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989.

SANTANIELLO G., *Tipologia delle innovazioni tecnologiche e protezione dei dati personali*, in RASI G. (a cura di), *Innovazioni tecnologiche e privacy*, Roma, 2005.

- SARTORETTI C., *Contributo allo studio del diritto alla privacy nell'ordinamento costituzionale. Riflessioni sul modello francese*, Giappichelli, Torino, 2008.
- SCACCIA G., *Dignità umana e giudice amministrativo*, in AA.VV. (a cura di), *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Cacucci, Bari, 2012.
- SCACCIA G., *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002.
- SCACCIA G., *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017.
- SCAGLIARINI S., *La riservatezza e i suoi limiti*, Aracne, Roma, 2013.
- SCHMITT C., *La tirannia dei valori*, in *Rassegna diritto pubblico*, 1970.
- SCOCA F. G., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2014.
- SICA S., STANZIONE P. (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Zanichelli, Bologna, 2004.
- SPIEKERMANN S., KORUNOVSKA J., BAUER C., *Psychology of ownership and asset defense: why people value their personal information beyond privacy*, Orlando, 2012.
- TAMPONI M., CONFORTINI M., ZIMATORE A. et al., *Dieci lezioni introduttive ad un corso di diritto privato*, UTET, Torino, 2014.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013.
- TOZZI F., *La circolazione dei diritti della personalità*, Giappichelli, Torino, 2014.
- TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017.
- VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018.
- VIRGA P., *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1947.

VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Annali*, VI, 2013.

VON GAREIS K., *Die Privatsphäre im modernen Kulturstaate*, 1877.

WARREN S. D., BRANDEIS L. D., *Right to Privacy*, Harvard Law Review, 1890.

ZANOBINI G., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955.

ZAPPIA A., *Il trattamento di dati personali in ambito pubblico*, in AA. VV., *Privacy e dati personali*, Key, Milano, 2018.

ZENO-ZENCOVICH V., *Do “data markets” exist?*, in *Rivista di diritto dei media*, 2019.

ZENO-ZENCOVICH V., *Sull’informazione come bene (e sul metodo di dibattito giuridico)*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1999

ZENO-ZENCOVICH V., voce *Cosa*, in SACCO R. (a cura di), *Digesto discipline privatistiche sezione civile*, Utet, Torino, 1990.

SITOGRAFIA

www.treccani.it

www.dircost.unito.it

www.rivistaaic.it

www.repubblica.it.

www.giurcost.org.

www.cortecostituzionale.it.

www.coe.int.

www.garanteprivacy.it.

www.medialaws.eu

www.altalex.it

www.iusexplorer.it

www.senato.it

www.scienze giuridiche.uniroma1.it

www.unipa.it

www.agendadigitale.eu

“CUI DONO LEPIDUM NOVUM LIBELLUM”?

Queste le parole con cui Catullo apre il *Libellus* contenente i *carmina* che lo avrebbero consacrato alla storia della letteratura.

Una semplice domanda, un profondo interrogativo: cosa farne ora di tutta la fatica profusa, di tutti gli sforzi spesi per arrivare a questo momento? Come dare valore a dei pensieri? A chi affidarli evitando di farli svanire col tempo?

Forse che i pensieri sono per loro natura immortali? Forse che, invece, è necessario che essi vivano nelle menti pronte ed adatte a tramandarli?

L'esempio catulliano ci suggerisce la seconda interpretazione. Il destinatario del *Libellus* è infatti Cornelio Nepote, storico e biografo romano, nonché amico dello stesso Catullo.

Le caratteristiche che rendevano Nepote adatto a ricevere l'opera sono descritte da Catullo e mi sento di ripeterle per dedicarle, a mia volta, a tutti coloro che in questi anni mi sono stati accanto, ognuno a suo modo.

Nepote, infatti, a detta di Catullo, era solito ritenere che le “sciocchezze” del poeta valessero qualcosa (“*nam tu solebas aliquid putare nugas*”). L'attenzione, fraterna e disinteressata, alla vita dell'amico; la cura di quel rapporto, così intimo e speciale, dava speranza a Catullo che i suoi pensieri non sarebbero svaniti, ma avrebbero vissuto nell'animo di Nepote.

Quest'ultimo, poi, aveva anche un'altra qualità cara al poeta: la competenza (*doctrina*). Le doti dello storico, che aveva descritto in tre opere l'intera storia di Roma, lo rendevano capace di dare un peso, una profondità alle “sciocchezze” dell'amico, quand'anche esse fossero state di nessun valore. Così, oltre che nell'animo, gli sforzi di Catullo sarebbero sopravvissuti anche nella mente di Nepote.

L'attenzione fraterna e l'affetto, da un lato, e la competenza, dall'altro, danno quindi la speranza che i pensieri possano sopravvivere.

Queste le qualità che riscontro nelle persone che mi sono state accanto durante questi anni, e a loro voglio rivolgere la dedica e i ringraziamenti per questa tesi di laurea.

Innanzitutto, voglio ringraziare la mia famiglia, senza la quale tutto ciò non sarebbe stato possibile. L'amore e gli sforzi dei miei genitori mi hanno permesso di crescere come persona e come studente e questo non potrà mai essere dimenticato. L'affetto di tutti i miei parenti è stato, poi, tale da vincere ogni angoscia, e per questo non posso che ringraziare singolarmente anche loro, in particolare i miei nonni Gabriella, Elvira e Giovanni. Un pensiero speciale va a tutti coloro che da lontano mi hanno sempre sostenuto.

Un ringraziamento profondo va a mio nonno Paolo che avrebbe voluto con tutte le sue forze essere qui e leggere queste parole, ma purtroppo non ha potuto esserci. Eppure, lui ha letto ogni parola di questa tesi, ed è stato affianco a me, anzi dentro di me, per ogni esame, e per ogni altra occasione nella quale, cercandolo con il pensiero, lo potevo sentire. Non basterebbero cento pagine per ringraziarti per avermi trasmesso la forza necessaria ad affrontare l'Università e la vita, senza mai farsi abbattere dalle loro avversità. So che continuerai ad osservarmi e a guidarmi in tutti i traguardi che mi auguravi di raggiungere (e che eri certo avrei raggiunto) nel futuro.

Ringrazio i miei amici, che nel tempo non mi hanno fatto mai mancare la loro vicinanza, con cui ho condiviso ogni momento, bello o brutto, della mia vita.

A cominciare dagli "amici storici" con cui sono cresciuto e con cui sono legato da un rapporto che va oltre la semplice amicizia; sono parte di me, come io di loro, e, a prescindere da tutto, avranno sempre un posto speciale nella mia vita. Non posso, quindi, non ringraziarvi Valentina, Michelangelo, Marco Ballarini, Marco Baldascino e Marco Pilo.

A loro, nel tempo, si sono aggiunti altri amici, che per me sono e saranno sempre allo stesso modo fondamentali, con cui ho trascorso dei momenti memorabili, studio intensissimo, e che per me sono diventati un punto fermo e una presenza imprescindibile. Non posso citarvi tutti, dato che siete numerosissimi, ma vi abbraccio e vi ringrazio uno ad uno.

Un ringraziamento appassionato va a Federica, che in questi anni è stata la mia spalla, la mia confidente, la mia più fedele compagna di studi, e, ovviamente, l'amore di tutti i miei giorni.

Non potrò mai smettere di ringraziarti per le esperienze vissute insieme, per le giornate (e soprattutto le nottate) passate a ripetere i nostri esami, insieme, fianco a fianco, contando ciecamente l'uno nell'altro. Dall'impegno che hai sempre messo in ogni cosa, dalla cura maniacale nei dettagli e dalla veemenza che hai sempre dimostrato nel difendere i tuoi pensieri forse ho imparato tanto quanto dallo studio dei manuali.

Senza di te, forse, oggi non saremmo arrivati fin qui. Mi hai sempre spronato e dato una forza che neanche immagini. Prendermi cura di te mi ha arricchito e completato, e per questo ti ringrazio, ti ringrazio davvero.

Questo è solo il primo dei tanti traguardi da vivere insieme e non vedo l'ora di scoprire, accanto a te, quale sarà il prossimo.