

## LE TUTELE CIVILI

Prof. SALVATORE SICA

*Ordinario di Diritto Privato Comparato, nell'Università di Salerno;  
Componente del Comitato scientifico del CSM*

### 1. LA *POLICY* DELLA PREVENZIONE NEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

Il tema della tutela civilistica dei diritti dell'interessato nel trattamento dei dati personali é anche il più recente capitolo del libro, antico e voluminoso, della responsabilità civile<sup>[1]</sup>. Vi sono tutti gli elementi, infatti, perché il settore in esame costituisca - *rectius*, abbia già costituito- l'ennesimo banco di prova delle differenti visioni dell'illecito civile e del suo raccordo con le molteplici istanze che lo precedono o lo accompagnano: il dilemma (falso) tra la *policy* della prevenzione e quella della riparazione<sup>[2]</sup>, l'opzione per un modello risarcitorio piuttosto che un altro, la scelta dello schema dell'*indemnisation integrale* o, viceversa, il ricorso alla selezione delle voci di danno risarcibile quale tecnica di individuazione preferenziale degli interessi protetti.

La gran parte di un simile dibattito, nella materia in esame, si è già consumato con riguardo alla l. n. 675/96, che, all'art. 18, ebbe a riempire lo spazio lasciato vuoto ai singoli ordinamenti dalla Dir. 46/95 con la nota formula: «Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile»<sup>[3]</sup>.

Il sistema del "danno da trattamento dei dati personali", era completato, sempre nella disciplina del '96, nell'art. 29, comma 9, dall'esplicita previsione che «Il danno non patrimoniale è risarcibile» anche in caso di trattamento contrario alle modalità stabilite per legge ed in violazione delle regole sui requisiti dei dati».

Entrambe le disposizioni nel Codice del 2003 si trovano, giustamente, riunite in un unico articolo, il 15, che, ai commi 1 e 2, ne riporta integralmente il testo, con la sola ovvia differenza che l'art. 29, comma 9, quanto al danno non patrimoniale, faceva riferimento al previgente art. 9 l. n. 675, oggi sostituito dall'art. 11 d.lgs. n. 196/2003, appunto richiamato.

È noto che il Codice, come ogni testo unico, non si è incaricato della mera raccolta (pur meritoria) del materiale sparso *medio tempore* maturato a partire dalla l. n. 675, ma, con l'occasione, ha operato una valutazione selettiva delle norme e l'inclusione

[1] Impossibile ripercorrere in una nota le evoluzioni di dottrina e giurisprudenza sul tema della responsabilità civile, il cui inquadramento si è progressivamente spostato da una prospettiva punitiva ad una riparatoria, cui non è certo estranea l'istanza proveniente dal mercato. Per l'antica impostazione impossibile non rinviare a S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1965, *passim*; A. De Cupis, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1982, *passim*; G. Alpa, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Milano, 1999, *passim*; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Ludica e P. Zatti, 1998, Milano, *passim*. Per la rinnovata impostazione della materia si veda, in particolare, F.D. Busnelli, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643 ss. P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1988, *passim*. Per specifici aspetti e problemi della responsabilità si vedano, infine, le note 20, 21 e 24 di questo contributo.

[2] Per questa impostazione, V. Colonna, *Tutela della privacy tra regole di mercato e poteri individuali*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 79 ss., e *ivi* riferimenti bibliografici.

[3] Per una lettura dell'art. 18 della l. 675/96 si vedano, *ex multis*, S. Sica, sub art. 18, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich, Padova, 1997, p. 174 ss.; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 349 ss.; G. Comandè, sub art. 18, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 478 ss.

nella nuova disciplina non è mai casuale. Orbene, nulla di nuovo sotto il sole della responsabilità civile per il trattamento dei dati personali: è una coincidenza, o si deve ad un legislatore improvvisamente pigro o cauto sul punto?

Il massiccio intervento legislativo - di implementazione o di eliminazione - in altri ambiti induce a sostenere che si sia di fronte ad un'espressa e consapevole scelta di fiducia nella formula risarcitoria prescelta anteriormente ed oggi ribadita.

Il che non equivale ad eliminare ogni questione interpretativa in argomento, né a ritenere superflua la proposizione di altre; nondimeno, nell'affrontare l'esegesi delle (vecchie) nuove disposizioni in oggetto non si può non muovere proprio dalla riaffermazione legislativa della formula risarcitoria in precedenza invalsa.

Di tanto occorre avere conto fin dal quesito iniziale, che si presenta all'interprete: il Codice è improntato ad una logica di tutela (civilistica e non) preventiva o, piuttosto, riparatoria?

I segnali che conducono verso la prima direzione sono più d'uno. L'argomento più consistente, sul punto, è sicuramente costituito dall'art. 11 cit., che sulla scia dell'art. 9 l. n. 675, quanto alle "modalità del trattamento e requisiti dei dati", declina ancora una volta la plausibile filosofia della riservatezza come sostanziale potere di controllo dei propri dati, del loro *iter*, della loro "parabola".

È noto - ed è inutile riprendere il tema- che sin dalla Dir. 46/95 la tutela dei dati personali ha visto definitivamente accantonato ogni carattere di difesa "statica" dei dati, esplicazione di una sorte di *ius excludendi alios*<sup>[4]</sup>.

Di contro, si è assistito ad una (convincente) evoluzione verso una tutela "procedimentale"<sup>[5]</sup> dell'interessato, che presuppone la circolazione dei dati, per dir così, quale

[4] L'origine della concezione della riservatezza in chiave dominicale, quale rivendicazione della società borghese dell'ottocento al rispetto - tra l'altro - della propria sfera d'intimità è egregiamente trattata da S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 22 ss. Sempre su questo aspetto, impossibile non rinviare al celebre contributo di S.D. Warren, L.D. Brandeis, *The right to privacy*, in 4 *Harvard Law Review*, 1890, p. 193 ss. L'economia e gli spazi del lavoro non consentono la disamina delle varie tappe che hanno condotto alla cd. "*metamorfosi della privacy*", secondo l'efficace espressione di S. Rodotà, in *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 189. Quel che è certo è che la direttiva comunitaria n. 46 del 1995 costituisce decisivo punto d'arrivo (e, al contempo, di partenza) della nuova visione del riserbo, dal momento che segna il definitivo superamento dell'ottica "proprietary" della riservatezza, in favore di una concezione dinamica e relazionale della stessa, in cui il diritto sui propri dati personali è in continua "mediazione" con le esigenze del mercato, e, più in generale, con le diverse finalità di chi, di volta in volta, tratta i dati; *apertis verbis*, in continuo bilanciamento con queste ultime. L'impostazione appena segnalata è rinvenibile, del resto, nei cd. Considerando della direttiva, i quali indicano la *ratio* ed i principi cui si ispira il legislatore comunitario e che non possono essere disattesi dagli stati membri nel recepimento delle direttive stesse. In particolare, nel 5° Considerando si precisa che «l'integrazione economica e sociale derivante dall'instaurazione e funzionamento del mercato interno [...] comporterà necessariamente un sensibile aumento dei flussi transfrontalieri tra tutti i soggetti della vita economica e sociale degli Stati membri» e che «lo scambio di dati personali tra imprese [...] è destinato ad aumentare». D'altra parte, nel 7° Considerando si sottolinea «che il divario dei livelli di tutela dei diritti e delle libertà personali, in particolare della vita privata, può impedire la trasmissione [...] e [...] può costituire ostacolo all'esercizio di una serie di attività economiche», là dove, invece, «l'obiettivo fondamentale per il mercato interno» è quello di «eliminare gli ostacoli alla circolazione dei dati personali». Tanto vuol dire che gli obiettivi comunitari sono quelli di assicurare la circolazione delle informazioni in modo da rispondere alle esigenze ed alla logica del mercato, senza però compromettere le libertà della persona. Dunque, e come chiaramente emerge dalla direttiva, i dati personali, quali espressione - anche, ma non solo - della *privacy*, non sono previsti e tutelati in termini di assolutezza, ma piuttosto, nell'ottica di *balance* ovvero nel come salvaguardare le prerogative fondamentali della persona nella loro incidenza con le esigenze del mercato. Tale mutamento di prospettiva, in favore di una concezione "relazionale" della riservatezza è ben valorizzato da F.D. Busnelli, *Spunti per un inquadramento sistematico*, in *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., pp. 229- 230, il quale esplicitamente rileva che «Il (nuovo) modello europeo si caratterizza [...] per la sua dimensione "relazionale", atteso che la normativa in esame «non è una protezione intransigente della *privacy*» e «neppure la liberalizzazione del diritto all'informazione e dei diritti (potestativi) ad esso connessi», bensì postula «un bilanciamento degli interessi confliggenti [...] il che ] implica una valutazione *ex post* del conflitto».

[5] La prospettiva della *privacy* in termini procedimentali, si trova in S. Rodotà, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 740. Ma sulla tutela procedimentale della riservatezza si vedano pure, F. Macario, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in *La disciplina dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro, V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 5 ss.; S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p.

“regola” - salve le eccezioni di legge - giuridica (ma, soprattutto, economico-sociale), ampiamente temperata dalla fissazione dei parametri del corretto *procedimento* di trattamento: suddivisione categoriale dei dati connessa ad una gerarchia di rilievo e di rischio, consenso informato, autorizzazione per talune categorie di dati e così via.

In questa visione la prevenzione del rischio del trattamento illecito non ha un posto qualsiasi, ma, in un certo senso, “segna” l’intera disciplina in esame, improntata com’è, appunto, all’adozione delle “misure idonee” ad attenuare - se non eliminare - le ipotesi di violazione delle regole del trattamento corretto.

In altre parole, non una, ma ogni norma del Codice è ispirata da una finalità preventiva, anche se alcune di esse la palesano maggiormente.

È, ad esempio, significativa l’introduzione dell’art. 11, comma 2, in base al quale «i dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono esser utilizzati».

È un’innovazione non di solo profilo regolamentare, ma anche di natura sistematica: il dato raccolto e trattato *contra legem* (la *lex generalis* del Codice) è *tamquam non esset*<sup>[6]</sup>.

Di taglio preventivo è, altresì, la tutela contenuta nel disposto dell’art. 14 del Codice, che ribadisce il c.d. divieto di “profilazione”<sup>[7]</sup> dell’interessato: «nessun atto o provvedimento giudiziario o amministrativo che implichi una valutazione del comportamento umano può essere fondato unicamente su un trattamento automatizzato di dati personali volti a definire il profilo o la personalità dell’interessato». Anche in questo caso, l’attribuzione, al comma 2, di un potere di opposizione dell’interessato all’utilizzo di dati così raccolti e trattati è la migliore soluzione di tutela preventiva<sup>[8]</sup>.

D’altronde è il *corpus in sé* dei “Diritti dell’interessato” (artt. 7-10 del Codice) a rappresentare la più plastica esemplificazione della cennata impostazione di difesa *ex ante* dell’interessato.

In questa dimensione si colloca il diritto di accesso, che, infatti, si concreta tanto nella possibilità di “conoscere”, quanto in quella di “ottenere” un *facere* del titolare rispetto all’aggiornamento, alla rettificazione, all’integrazione, alla cancellazione o alla trasformazione dei dati.

Alla stessa logica va ricondotto il diritto di opposizione al trattamento, *ex art. 7, comma 4, del Codice*, che è l’altra faccia del consenso al trattamento, la cui natura negoziale (o, addirittura, contrattuale) va, quindi, ridimensionata, a favore della sua qua-

---

626 ss.; Gius. M. Riccio, *Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali*, in *Commercio elettronico e categorie civili*, a cura di S. Sica e P. Stanzone, Milano, 2002, p. 323 ss.; V. Roppo, *Informatica, tutela della “privacy” e diritti di libertà*, in *Giur. it.*, 1984, p. 169 ss. e spec. p. 172. Ma si ricordi pure, nell’esperienza tedesca, con particolare riguardo al *Bundesdatenschutzgesetz*, l’opinione espressa da G. Ehmann, *Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht*, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 1988, p. 271 ss., secondo il quale la protezione procedimentale, il *verfahrensmäßigen Schutz* non appartiene ad una singola disposizione legislativa, ma permea l’intero impianto della legge federale in materia.

[6] Per questa espressione, A. Maietta, *Le regole generali per il trattamento dei dati personali*, in *La nuova disciplina della privacy*, a cura di S. Sica e P. Stanzone, Bologna, 2004, p. \*\*.

[7] Il termine è adoperato, in particolare, da V. Zeno Zencovich, *Privacy e informazioni a contenuto economico*, in *Atti del Convegno su La protezione dei dati sei anni dopo la legge 675/96: il nuovo codice della privacy e l’attività giudiziaria*, Roma, C.S.M., 2-3 ottobre 2003.

[8] Sui trattamenti non automatizzati si rinvia ad A. Palmieri, *I trattamenti non automatizzati di dati personali: la regola della parificazione*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 585.

lificazione in termini di elemento essenziale del procedimento di trattamento, assente il quale, il trattamento medesimo risulta illegittimo<sup>[9]</sup>.

La semplificazione delle modalità di esercizio dei descritti diritti, di cui all'art. 9, del pari asseconda la prioritaria finalità preventiva, così come la *policy* dei "Codici di deontologia e di buona condotta" - a prescindere dal più complessivo rilievo di tali documenti, altrove esaminato - è emanazione di una volontà di risoluzione anticipata dei conflitti e di salvaguardia dell'interessato<sup>[10]</sup>.

Ma, probabilmente, l'obiettivo di una tutela "anticipata" e non soltanto succedanea dell'interessato è da scorgere nelle disposizioni che, direttamente o implicitamente, attengono alla *security* del trattamento.

È il caso dell'art. 17 del Codice, che, nel riprendere l'innovazione del d.lgs. n. 467/2001, contempla il "Trattamento che presenta rischi specifici". È nota la *querelle* sulla qualificazione dei dati, oggetto di tale trattamento, apparentemente *tertium genus* rispetto ai dati ordinari e sensibili (oggi, in realtà, si sono aggiunti i dati giudiziari)<sup>[11]</sup>.

Dati "più che ordinari" o "meno che sensibili"? Non è questo il problema: si tratta di una qualificazione speciale non dei dati (che restano ordinari), ma del trattamento, anche se la natura dei dati (che pur non sono né sensibili né giudiziari) incide sulla valutazione dei "rischi specifici", di cui discorre la norma. Ma, di là da questi aspetti, è certo che la disciplina è emanazione dell'ennesimo intento preventivo perseguito dal legislatore, che, tuttavia, negli artt. 33-36 del Codice consacra la funzione delle misure di sicurezza quale tecnica e strumento di prevenzione<sup>[12]</sup>.

Pure in questo caso non occorre dilungarsi sull'argomento in sé, sviluppato in altra parte dell'opera<sup>[13]</sup>, quanto sottolineare la linea di tendenza che la regolamentazione evocata manifesta.

Siamo di fronte all'ulteriore finalità preventiva, che trova realizzazione tanto nell'obbligo generale di sicurezza (art. 31), quanto nel capo delle "*Misure minime* (corsivo dell'A.) di sicurezza" (artt. 33-36), concretamente implementato, come è noto,

<sup>[9]</sup> Sull'opposizione al trattamento dei dati personali, nel vigore della precedente disciplina, si rinvia, *ex multis*, a E. Bargelli, sub art. 13, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., p. 393 ss. e spec. p. 404 ss.; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., p. 313 ss.; C. Lo Surdo, *Dati personali e strumenti di tutela del soggetto "interessato"*, in *Danno e resp.*, 2003 p. 137 ss.; R. Ristuccia, sub art. 13, in *La tutela dei dati personali*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich, cit., p. 129 ss., ma spec. p. 135 ss. Per una trattazione sul diritto di opposizione alla luce del Codice emanato con d. lgs. 196/2003 si veda S. Sica, *Principi generali*, in *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. \*\* ss., nonché, M. Messina, *I diritti dell'interessato*, in *questo volume*.

<sup>[10]</sup> Sul tema sia consentito rinviare a S. Sica, *Approvato il codice deontologico dei giornalisti*, in *Corr. giur.*, 1998, I, p. 1256 ss.; l'idoneità dei codici deontologici ad assurgere a rango di fonti del diritto è negata da A.M. Sandulli, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 616 ss. nonché da R. Lombardi, *Principi di deontologia professionale ed efficacia normativa nell'ordinamento giuridico statale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 199 ss.; per una diversa impostazione, A. Sica, *Il decreto legislativo 9 aprile 2003 n. 70: autoregolamentazione e codici deontologici nei contratti telematici*, in *Dir. inf.*, p. 881 ss. Sul rapporto tra codici deontologici e disciplina sul trattamento dei dati personali, alla luce del Codice, si veda A. Maietta, *Le regole generali per il trattamento dei dati personali*, in *La nuova disciplina della privacy*, a cura di S. Sica e P. Stanzone, cit., p. \*\* ss.

<sup>[11]</sup> Sul trattamento che presenta rischi specifici alla luce del decreto 467/01 sia consentito rinviare a S. Sica, *D. Lgs. n. 467/01 e «riforma» della privacy: un vulnus al «sistema» della riservatezza*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 284 ss.

<sup>[12]</sup> Sulla riforma apportata dal Codice alla materia delle misure di sicurezza da adottare nel trattamento dei dati personali si rinvia a Giov. M. Riccio, \*\*\*, in *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. \*\* ss. Per una trattazione dell'argomento antecedente al Testo Unico 196/2003 si vedano L.D. Cerqua, *L'omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei dati personali*, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 25 ss.; C. Parodi, *Misure di sicurezza per il trattamento dei dati personali (comm. a d.P.R. 28 luglio 1999 n. 318)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, p. 10 ss.; A. Sessa, *Le misure minime di sicurezza per il trattamento dei dati personali (d.P.R. 28 luglio 1999 n. 318)*, in *Rass. Forense*, 2000, p. 81 ss.

<sup>[13]</sup> Ci si riferisce al contributo di G. Corasaniti, *La sicurezza dei dati*, in *questo volume*.

dall'allegato B del Codice, recante il "Disciplinare tecnico in materia di misure minime di sicurezza".

Ma proprio questo insieme di disposizioni, in sé e per taluni passaggi testuali, è, al contempo, il miglior viatico interpretativo della regola della responsabilità civile da trattamento illecito dei dati personali. La parola chiave della sicurezza (e, d'altro canto, è quasi ovvio) è "rischio"; la nozione di rischio è presente in molte delle norme sin qui citate, talora, addirittura, con una specificazione non casuale, né "neutra": l'art. 31, ad esempio, discorre di «ridurre al minimo [...] i rischi di distruzione o perdita [...] dei dati».

La stessa previsione di "misure minime" presuppone l'idea di un livello di rischio soltanto parzialmente prevedibile, di uno standard di base, oltre il quale, viceversa, si collocano le «conoscenze tecniche acquisite in base al progresso tecnico, alla natura dei dati e alle specifiche caratteristiche del trattamento», a cui allude l'art. 31.

La prospettiva, pur presente in qualche opinione dottrinale, che vorrebbe ricostruita la materia, in chiave di *efficienza*, come sintesi di libera circolazione dei dati, consenso e prevenzione, appare in effetti ridimensionata<sup>[14]</sup>.

Nell'accostarsi alla lettura dell'art. 15 sembra, invece, necessario muovere dalla visione contraria: è vero che l'intero impianto regolamentare, dal '96 in poi, guarda alla circolazione dei dati quale obiettivo preminente; è, altresì, vero che il *balance* degli interessi in gioco è ampiamente garantito dal meccanismo dell'*informed consent*,<sup>[15]</sup> dal controllo pubblico del Garante<sup>[16]</sup>, dall'accentuazione della politica della sicurezza e della prevenzione, ma al legislatore è ben chiara l'ineluttabile componente di rischio del trattamento dei dati, da attenuare, da limitare al "minimo", ma non eludibile, sul piano tecnico e, quindi, giuridico (specie sul versante patologico-remediale).

## 2. LA PROSPETTIVA RISARCITORIA NELL' "ECONOMIA" GENERALE DELLA DISCIPLINA

Si colora così di una luce particolare la norma richiamata sulla responsabilità risarcitoria per il trattamento dei dati personali.

La circostanza che la predetta disposizione riprenda alla lettera la previgente disciplina della l. n. 675, in materia, consente di prescindere da una lettura di stampo esegetico. Alcune questioni di taglio strettamente tecnico vanno, tuttavia, seppure in forma sintetica, riprese.

a) La **legittimazione passiva**: la dizione dell'art. 15 («*Chiunque* (corsivo dell'A.) cagiona danno ad altri ...)») fa propendere per la possibilità di convenire in giudizio *qualsiasi* soggetto che abbia cagionato o concorso a causare il danno a terzi. È ovvio

---

<sup>[14]</sup> L'impostazione in termini di efficienza è sottolineata da V. Colonna, *Tutela della privacy tra regole di mercato e poteri individuali*, cit., p. 77 ss., ma spec. p. 88.

<sup>[15]</sup> In tema di consenso informato sia consentito rinviare a S. Sica, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, cit., p. 621 ss., e *ivi* riferimenti bibliografici.

<sup>[16]</sup> Già sotto il vigore della l. 675/96 il ruolo del Garante si è rivelato particolarmente prezioso nella tutela dei dati personali e nella corretta interpretazione delle norme di legge in materia. In base alla riforma contenuta nel Codice, sembrerebbe che il ruolo dell'*Authority* risulti ancor più rafforzato; accanto alle competenze in tema di tutela, nonché agli altri poteri in capo a questa attribuiti, va aggiunto che le sue funzioni acquistano particolare pregnanza a fronte di particolari trattamenti o, comunque, di specifiche circostanze che comportano sensibili restrizioni in capo all'interessato. Si pensi, solo per fare un esempio, alle ipotesi di trattamento contenute all'art. 8, comma 2, del decreto, il quale esclude che in simili fattispecie l'interessato possa esercitare appieno i suoi diritti di cui all'art. 7. In simili casi, infatti, e come ha cura di precisare il comma 3, è il Garante a "presidiare" il rispetto del giusto equilibrio tra ragioni di chi tratta i dati e valori della persona.

che i primi destinatari della disposizione siano il titolare ed il responsabile (se nominato). Non è da escludere, però, che l'azione risarcitoria sia individuata verso qualsivoglia soggetto che si sia reso direttamente responsabile del trattamento illecito dei dati: è il caso dell'incaricato, ma anche del produttore del *software* e dell'*hardware* se il trattamento illecito consegue ad un *default* del sistema o del programma<sup>[17]</sup>.

In questo senso depone la dizione - non mutata, nel Codice - «per effetto»: essa, *prima facie*, condurrebbe ad una nozione ristretta del nesso di causalità, nel significato più proprio di «danno quale *effetto* del trattamento»<sup>[18]</sup>.

Sicché, se la *software house* non tratta i dati, limitandosi a fornire lo strumento (il programma necessario al trattamento), viene meno il collegamento causale diretto. Ma la medesima dizione si presta ad un'interpretazione più favorevole alla vittima - e, perciò, coerente con il tenore ed il testo dell'art. 15, perché essa è stata preferita alle altre, pur possibili, come «in conseguenza» o «in occasione del trattamento»: l'evento dannoso è riconducibile, così, in linea teorica non alla sola *causa proxima* del trattamento, ma anche alle circostanze che, pur esterne all'attività, trovano realizzazione nel trattamento: «penetrabilità» del sistema informatico, difetto dell'*hardware*, malfunzionamento dei presidi di sicurezza e così via, in un'elencazione ovviamente esemplificativa, alla luce dell'opzione per l'atipicità dell'illecito, che l'art. 15 presuppone.

È chiaro che, in ipotesi di concorso di più sfere potenziali di responsabilità, le stesse si elidono nel riparto interno reciproco, mentre al danneggiato è data la scelta per il regime risarcitorio più favorevole o per il cumulo, anche, tra l'altro, di illecito extracontrattuale ed eventualmente contrattuale<sup>[19]</sup>.

b) La **legittimazione attiva**: la scelta testuale dell'art. 15 («ad altri...») non lascia dubbi sul fatto che ad agire per il danno «da» trattamento illecito dei dati personali possa essere *chiunque* abbia subito il pregiudizio, a prescindere dalla preesistenza di un rapporto con il danneggiante, che abbia posto in essere il trattamento e dalla natura - contrattuale, *extra*, stabile, occasionale, etc. - di tale rapporto. È la più esplicita opzione della disposizione in esame - oltretutto di un regime di atipicità dell'illecito - di tendenziale aspirazione ad una riparazione integrale del danno.

c) Il **modello risarcitorio**: è probabilmente il «cuore» della fattispecie, sintetizzata nella nota formula «è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile».

La riproposizione del medesimo testo contenuto nell'art. 18 l. n. 675 induce a ritenere ormai superate le dispute emerse in sede di prima esegesi della previgente disposizione. Più precisamente, non sembra attuale e, soprattutto, utile - ammesso che lo sia mai stata - la disputa sul se la scelta lessicale del legislatore corrisponda alla qualificazione del trattamento dei dati personali come attività *ipso iure* perico-

[17] Per questi rilievi S. Sica, sub art. 18, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich, cit., p. 174 ss. e spec. pp. 181 ss.; cfr. pure, V. Franceschelli, *Computer e diritto*, Rimini, 1988, p. 130, in tema di responsabilità del produttore dell'*hardware*; e per quanto concerne la responsabilità del produttore di *software*, A. Zaccaria, *La responsabilità del "produttore" di software*, in *Contr e impr.*, 1993, p. 294 ss.; A. Zoppini, *Informatizzazione della conoscenza e responsabilità: i sistemi esperti*, in *Dir. inf.*, 1989, p. 581 ss. Per una trattazione più generale sull'individuazione dei soggetti responsabili ex art. 18 della l. 675/96 si vedano pure G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., p. 349 s.; nonché, G. Comandè, sub art. 18, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., p. 478 ss.

[18] Sul punto, S. Sica, sub art. 18, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich, cit., p. 181.

[19] *Ibidem*.

losa. Allora come ora non si può che sostenere che la scelta normativa ridimensiona in radice ogni *querelle*, normalmente in atto - *rectius*, preliminare - nell'applicazione dell'art. 2050. In quest'ipotesi il disposto legislativo espressamente indica il meccanismo risarcitorio da applicare: che questo corrisponda all'individuazione di una *peculiare* attività pericolosa è francamente uno pseudo-problema<sup>[20]</sup>.

Molto più rilevante è sottolineare che il riferimento all'art. 2050 è inequivocabile emanazione del *favor victimae*, di cui è intrisa (non la sola singola norma in esame, ma) l'intera disciplina del Codice.

Non è neppure necessario rievocare l'ampio dibattito che si è svolto intorno alle cc.dd. responsabilità speciali<sup>[21]</sup>, mentre, al più, è utile ricordare che è davvero risalente l'opinione che vuole risolto il beneficio per il danneggiato, negli artt. 2048-2054 cod. civ., nella mera inversione dell'onere della prova<sup>[22]</sup>.

Siamo di fronte, in realtà, a fattispecie di "illecito" a fondamento semi-oggettivo, come attestano, ad esempio, gli orientamenti giurisprudenziali secondo cui, proprio in relazione all'art. 2050, «se le misure fossero state idonee», il danno non si sarebbe prodotto; si da circoscrivere la "via d'uscita" esoneratoria per il convenuto nell'allegazione di un caso fortuito, di una forza maggiore o di un fatto della vittima o di un terzo equipollente ai primi due, quanto ad imprevedibilità ed inevitabilità<sup>[23]</sup>.

Parimenti, è perfino superfluo che l'indicazione legislativa, nel senso segnalato, viepiù consolidata (o conformata) dal diritto vivente delle corti, coincide con ipotesi di particolare allarme o significato sociale (circolazione di veicoli, custodia di edifici e così via).

Ora, nella materia in questione, l'art. 15, confermando l'impostazione del previgente art. 18, esprime analoga *ratio* e sottintende, a sua volta, la coscienza dello *specificum*, sotto ogni profilo, dell'attività di trattamento.

Pertanto, chi agisce in giudizio, lamentando di aver subito un danno in conseguenza di un trattamento *contra legem* dei propri dati personali, ha esclusivamente l'onere di provare il fatto, il danno ed il relativo nesso di causalità. Il convenuto, viceversa, non potrà conseguire l'esonero con la sola dimostrazione della diligenza massima esigibile, tra l'altro, certamente non coincidente con la comprovata adozione delle misure *minime* di sicurezza: il beneficio di esonero della disposizione concernente queste ultime al massimo attinge alla fattispecie incriminatrice penale, di cui all'art. 169 del Codice, che punisce, appunto, l'omessa adozione delle misure

<sup>[20]</sup> Sul rapporto tra art. 18 l. 675/96 e art. 2050 c.c., G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., p. 349 ss.; nonché, G. Comandè, sub art. 18, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., p. 478 ss.; S. Sica, sub art. 18, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich, cit., p. 182 ss.; la riconduzione al concetto di attività pericolosa è criticata da R. Borruso, *Computer e diritto*, Milano, 1988, I, p. 320 a parere del quale è errata l'attrazione della responsabilità da trattamento dei dati nell'area dell'attività pericolosa di cui art. 2050 c.c., atteso che il pericolo risiederebbe, piuttosto, «nella sconsideratezza con cui si faccia eccessivo affidamento - o si induca altri a farlo - sull'esattezza delle informazioni fornite dal computer».

<sup>[21]</sup> Sulle responsabilità speciali e sul meccanismo risarcitorio per esse previsto, Aa.vv., *Le responsabilità "speciali": modelli italiani e stranieri*, a cura di G. Autorino, Napoli, 1984, *passim*; G. Alpa, M. Bessone, V. Zeno Zencovich, *I regimi speciali di responsabilità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 336 ss.; V. Geri, *Le attività pericolose e la responsabilità (cod. civ. art. 2050)*, in *Dir. e prat. ass.*, 1961, p. 300; S. Sica, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e "valori"*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.

<sup>[22]</sup> In tal senso, E. Bonvicini, *La responsabilità civile per fatto altrui*, Milano, 1976, p. 406; G. Gentile, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ. prev.*, 1950, p. 101.

<sup>[23]</sup> Sul concetto di pericolosità in tema di trattamento dei dati personali nella giurisprudenza di legittimità si vedano, in particolare, Cass., 13 gennaio 1982, n. 182, in *Resp. civ.*, 1982, p. 746 ss., con nota di P.G. Monateri; Cass., 24 novembre 1988, n. 6325, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Responsabilità civile*, n. 140.

minime di sicurezza. Al danneggiante si richiede, ex art. 2050 cod. civ. - siccome correttamente interpretato e applicato - la prova liberatoria del caso fortuito o di un elemento ad esso equiparabile<sup>[24]</sup>.

Le osservazioni compiute non possono restare senza risvolti e sul piano sistematico e su quello applicativo.

Non è possibile proporre, come pure è stato fatto, a proposito dell'art. 18 l. n. 675, un'interpretazione tesa a ridimensionare la portata del modello risarcitorio del danno da trattamento illecito dei dati personali. È stato, infatti, scritto, sulla scia di una (pur plausibile) lettura giuseconomica della materia, che, sebbene vada riconosciuto il *favor victimae* sotteso al richiamo dell'art. 2050, ciò non equivale all'introduzione di formule di *indemnisation integrale*<sup>[25]</sup>.

La ricostruzione in chiave "procedimentale" del diritto alla tutela dei dati personali, dunque, garantirebbe l'interessato nella misura in cui, *preventivamente* e, poi, in azione, gli permette di seguire l'*iter* delle informazioni che, su base strettamente volontaria o per obbligo di legge, fornisce.

Trasferita la prospettiva in fase remediale, la violazione delle regole, per dir così, del "giusto procedimento" di trattamento non equivarrebbe all'affermazione del diritto al relativo risarcimento, perché il danno da trattamento non è qualificabile danno-evento<sup>[26]</sup>.

L'impostazione è, tra l'altro, non poco critica rispetto ai primi orientamenti giurisprudenziali, che, alla stregua dell'art. 18 previgente, hanno fatto ricorso all'equazione "trattamento illecito = pregiudizio risarcibile (in specie, danno extra-patrimoniale)".

La tesi riportata, in effetti, è opinabile sul versante strettamente tecnico, ma anche nella logica complessiva dell'argomento.

Quanto al primo, v'è il rischio di sovrapposizione - sino alla confusione - tra il piano dell'*an* e quello *del quantum debeat*.

Il "se" dell'obbligazione risarcitoria non può che essere così descritto: il legislatore ha dettato una serie di regole (procedimentali e non) del trattamento *lecito*, la violazione delle quali ingenera *ex se* la potenziale obbligazione risarcitoria, salvo che il convenuto - il cui "fatto" sia stato provato dall'attore - non dimostri di "aver adottato le misure idonee" (tuttavia, nel significato esposto di una siffatta formula esoneratoria).

È di solare evidenza che la sussistenza del danno è l'altro elemento, la cui prova è nell'onere dell'attore, perfino nella più benevola impostazione al danneggiato, che si è sin qui assecondato. È del pari evidente che è sempre l'attore a dover fornire gli elementi di *quantificazione* del pregiudizio patito, ma - si badi, secondo le regole or-

<sup>[24]</sup> Si veda, in proposito, accanto ai contributi bibliografici già citati alle note 20 e 21, G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, spec. p. 690 ss. Il rapporto tra misure di sicurezza e responsabilità da trattamento dei dati personali è trattato da D. Liantonio, *La legge sulla privacy e la sicurezza dei dati*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 2003, p. 751 ss. e spec. p. 762 ss.

<sup>[25]</sup> In tal senso. V. Colonna, *Tutela della privacy tra regole di mercato e poteri individuali*, cit., p. 77 ss., ma spec. p. 83 ss. Analogamente, e in tempi antecedenti, Id., *Il danno da lesione della privacy*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 18 ss e spec. p. 20.

<sup>[26]</sup> Su questi argomenti, E. Navarretta, sub art. 9, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., p. 341; P. Iamicelli, *Liceità, correttezza, finalità nel trattamento dei dati personali*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, cit., p. 462 ss.; impostazione del tutto differente quella di V. Colonna, *Il danno da lesione della privacy*, cit., 1999, p. 18 ss.

dinarie - la componente non patrimoniale del danno può essere considerata *in re ipsa* e va rimessa alla determinazione giudiziale.

Una diversa conclusione finirebbe per svuotare la portata dell'art. 15 (già 18 l. n. 675) e delle scelte che esso reca<sup>[27]</sup>.

Il che - argomentando sul piano della "filosofia" della disciplina - è coerente proprio con la ricostruzione in termini di costi e benefici del settore in esame.

Se, infatti, si postula la libertà di circolazione dei dati quale regola - in un'ottica di mercato-, ma si pone il limite dei diritti e delle libertà fondamentali dell'interessato, vuol dire che il sistema è efficiente con un'adeguata sinergia di pesi e contrappesi. In questo schema la responsabilità civile ha l'esatta funzione di "recuperare", sotto il profilo della tutela dell'interessato, tutto ciò che resta fuori dalla rete di protezione dei rimedi preventivi, delle regole di condotta, del controllo del Garante e così via.

Confortano una simile prospettazione almeno due elementi, quando il legislatore - europeo ed interno - ha inteso assegnare differenti compiti al meccanismo riparatorio lo ha fatto espressamente.

Così si spiega - anche, se non soprattutto, in *Law and Economics* - la disciplina della (sostanziale) irresponsabilità dell'*Internet provider*, contenuta prima nella Dir. 2000/31 ed ora nel d.lgs. n. 70/2003: in quel caso le "ragioni" dell'*Information Society*, che ha negli intermediari lo snodo più rilevante, hanno finito per prevalere sulle prerogative degli utenti del *web* ed è ancora tutto da dimostrare se una simile opzione sia vincente sul piano giuseconomico, per il *deficit* di fiducia, che può creare<sup>[28]</sup>.

Il secondo elemento è che, quanto alle sanzioni, il Codice non affida certo alla responsabilità amministrativa compiti di *deterrence*, anche se non mancano elementi interessanti, come la "pena" accessoria della pubblicazione della sanzione comminata dal Garante, ai sensi dell'art. 165.

In termini di *policy*, inoltre, il Codice riprende la tendenza, instaurata dal d.lgs. n. 171/2001, di complessiva depenalizzazione, con il ricorso residuale e probabilmente - per come delineato- inefficace alla sanzione penale.

Dunque, non può che restare l' "illecito" civile come presidio "a valle" e non è consigliato, oltretutto consentito, il ridimensionamento dell'attitudine risarcitoria, di cui è emanazione l'art. 25.

- d) Il *danno risarcibile*. D'altro canto, il quadro delineato può ben dirsi completato dal comma 2 della disposizione in oggetto, che afferma l'espressa risarcibilità del danno non patrimoniale da violazione delle regole concernenti le modalità del trattamento contenute nell'art. 11 del Codice.

La norma, in sé e per sé considerata, costituisce riformulazione del precedente art. 29, comma 9, l. n. 675. Ciò nonostante, essa si colora di una prospettiva nuova, in quanto, nel rinviare all'art. 11 del Codice, abbraccia un ambito di violazioni più ampio di quanto non facesse la disciplina precedente. In altre parole, pur essendovi identità tra l'art. 15, comma 2, del Codice e l'art. 29, comma 9, della l. 675/96, di-

<sup>[27]</sup> A tal proposito appare opportuno rinviare a G. Comandè, sub art. 18, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., p. 478 ss. e spec. p. 482 e p. 487.

<sup>[28]</sup> Sull'argomento si rinvia ai contributi di G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service providers*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di S. Sica e P. Stanzone, cit., p. 363 ss.; Giov. M. Riccio, *La responsabilità civile degli Internet Providers*, Torino, 2002, *passim*.

verso è il contenuto cui esse rinviano, dal momento che l'art. 11 del testo unico aggiunge alle precedenti prescrizioni nuovi requisiti e modalità di trattamento

Pertanto, se da un lato il nuovo testo riconduce al dibattito maturato rispetto a tale norma<sup>[29]</sup>, dall'altro deve essere interpretato siccome ricomprendente ipotesi di violazione – ergo di risarcimento – che la precedente normativa, quanto meno sul piano testuale, non contemplava.

Quanto al primo aspetto, si deve ricordare che la disposizione normativa era stata vista come un notevole colpo ai tentativi – in parte giurisprudenziali, ma, soprattutto, dottrinali – di aggiramento del “muro” dell'art. 2059 cod. civ.<sup>[30]</sup>; più chiaramente essa era stata guardata come la volontà di riaffermazione della riserva di legge sul danno non patrimoniale. Con l'acqua che è passata sotto i ponti della teoria (e della giurisprudenza) del danno dal 1996 ad oggi<sup>[31]</sup>, la scelta del Codice del 2003

<sup>[29]</sup> Sul rinvio all'art. 2059 c.c. per il risarcimento del danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali, G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., p. 485 ss.; E. Navarretta, sub art. 29, comma 9, *Commentario alla Legge 31 dicembre 1996 n. 675*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, cit., p. 684 ss.; S. Sica, sub art. 29, comma 9, in *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, a cura di E. Giannantonio, M.G. Losano, V. Zeno Zencovich, cit., p. 284 ss.

<sup>[30]</sup> Risulta arduo contenere negli spazi di questo contributo i percorsi tracciati dalla dottrina per superare gli ostacoli posti dall'art. 2059 c.c., o meglio da una sua interpretazione in base alla quale la norma, nel subordinare il risarcimento dei danni non patrimoniali ai soli casi previsti dalla legge, ne ingabbia il raggio di applicazione alle sole ipotesi previste da fonte primaria: in particolare, all'art. 185 c.p., concernente il risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti da reato, cui si aggiungono previsioni estremamente puntuali quali l'art. 89, comma 2, c.p.c., o l'art. 2, comma 1, l. 13 aprile 1988 n. 117 che prevede il risarcimento di un danno non patrimoniale da chi ha subito una restrizione della libertà personale per effetto di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave ovvero per diniego di giustizia, o non da ultimo, dall'art. 29, comma 9, l. 675/96, oggi sostituito dalla disposizione del Codice. Del resto, sono noti i tentativi della dottrina finalizzati, pur nella eterogeneità e complessità di prospettive e soluzioni, all'aggiornamento di tali angustie, allo scopo di dare riparazione a forme di danno non patrimoniale lesive di interessi giuridicamente protetti. Di qui, in particolare, la restrizione del raggio d'azione dell'art. 2059 c.c. ai soli danni morali, per far rientrare gli altri danni non patrimoniali, e segnatamente il danno biologico, nell'alveo dell'art. 2043 c.c., specialmente nel comb. disp. con l'art. 32 Cost. o, più in generale con altri diritti contenuti in norme costituzionali di cui si è affermata la portata precettiva. Variatissima e feconda la produzione dottrinale che ha alimentato e sviluppato tali dibattiti. Tra i tanti si ricordano i contributi di G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, *passim*; F.D. Busnelli, tra i vari, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 2 ss, fino al recente *Id.*, *Il danno biologico dal «diritto vivente» al «diritto vigente»*, Torino, 2001, *passim*; C. Castronovo, *Da danno alla salute al danno alla persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 245 ss.; G. Comandè, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 870 ss.; E. Navarretta, tra i vari, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*; A. Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, 1993, *passim*; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 69 ss. Sempre da tali difficoltà, del resto, la creazione di una “nuova” categoria di danno, quello cd. esistenziale, da configurarsi siccome a sé stante non solo rispetto al danno morale, ma anche a quello biologico, da ricostruirsi per lo più – e non a caso – ex art. 2043 c.c., e che ha trovato illustri nomi tanto fra i fautori, quanto tra gli oppositori. Favorevoli alla categoria: P. Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 845 ss.; *Ead.*, *La tutela risarcitoria della persona*, Milano, 1999, *passim*; P. Cendon, tra i tanti, *Non di sola salute vive l'uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 570 ss.; *Id.*, *Esistere e non esistere*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di P. Cendon, I, Padova, 2001, p. 2 ss.; *Id.*, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, *passim*; nonché, secondo impostazioni differenti dai primi due Autori, P.G. Monasteri, spec. in *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 5 ss.; e *Id.*, *«Alle soglie»: la prima vittoria i Cassazione del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 835 ss. Decisamente contrari alla categoria in parola F.D. Busnelli, *Il danno alla persona al giro di boa*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 237 ss.; AaVv., *Critica del danno esistenziale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2003, *passim*. Infine, non si possono trascurare i molteplici dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c. che la giurisprudenza ha sollevato dinanzi alla Consulta. Si ricordano, tra gli ultimi, Trib. Roma, 20 giugno, 2002, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2882; Trib. Genova, 14 gennaio 2003, in *Danno e resp.*, 2003, p. 771 ss., con nota di G. Comandè, *Sollelevata nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c.*, in *ivi*, p. 772 ss. Pure non si può trascurare sul punto la sentenza della Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233 che, ancora una volta, con decisione interpretativa di rigetto ha confermato la costituzionalità della norma, ma sulla scorta, si badi, delle recenti pronunce della Cassazione di cui alla nota seguente.

<sup>[31]</sup> A completamento del discorso compiuto alla nota prec., impossibile non ricordare le (già celebri) sentenze della Cassazione del 12 maggio 2003, nn. 7281, 7283 e 7284, nonché del 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, circa il “nuovo” modo di reinterpretare il rinvio alla legge quale contenuto nell'art. 2059 c.c. e, correlativamente, di ristenderne la portata. In particolare, con le prime tre essa afferma il principio secondo cui «alla risarcibilità del danno non patrimoniale ex artt. 2059 c.c. e 185 c.p., non osta il mancato, positivo accertamento della colpa dell'autore del danno, se essa, nei casi di cui all'art. 2054 c.c., debba ritenersi sussistente in base ad una presunzione di legge e se, ricorrendo la colpa, il fatto sarebbe qualificabile come reato». Così, Cass., 12 maggio 2003, in *Guida al dir.*, 2003, 22, p. 40 ss. Per un efficace commento alle surriferite pronunce, G. Ponzanelli, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 715 ss. Del resto, attenta dottrina aveva da tempo evidenziato come fosse viziato e discutibile il rapporto di coincidenza tra la fattispecie di reato punibile

non va enfatizzata, ma neppure sottovalutata. Mentre è viva la disputa sul c.d. danno esistenziale, mentre vi è chi lamenta l'inidoneità della categoria del danno biologico a ricomprendere ogni pregiudizio, che non sia patrimoniale e neppure consista in un *pretium doloris*,<sup>[32]</sup> l'art. 15, comma 2, ribadisce un (forse ineludibile) compito dell'ordinamento di selezione degli interessi tutelati.

La "deriva" risarcitoria<sup>[33]</sup> può utilmente (e non per questo scandalosamente) rinvenire nelle soluzioni legislative un momento di argine e di valutazione complessiva e ponderata dei valori in gioco.

Orbene, nella materia in esame, il legislatore ha *scelto* di accordare la tutela più ampia possibile dei diritti dell'interessato, eliminando in radice ogni potenziale *querelle* sull'ammissibilità del danno morale conseguente alla violazione delle regole sul trattamento.

Il che consolida la ricostruzione innanzi suggerita del modello di risarcimento proposta dalla disposizione in considerazione.

D'altra parte, non v'è dubbio che sull'interpretazione della disposizione, in specie nella previsione tracciata, è destinata a pesare – quanto al pregiudizio non patrimoniale, ma in chiave più generale – la "convulsa" vicenda che ha interessato l'art. 2059, tra giurisprudenza di diritto e costituzionale<sup>[34]</sup>. Non è questa la sede per ripercorrere la parabola delle ormai notissime pronunzie del 2003 sul danno morale.

Certamente l'art. 2059 esce "ripensato" dall'indicato *iter*, per un verso rafforzato, per un altro "sterilizzato". Un dato sicuro è l'aggancio – e nella logica della Cassazione, e nella "ratifica" della Corte Costituzionale – del danno non patrimoniale alla lesione di diritti della personalità di rango primario-costituzionale. Così come è fuori discussione il ridimensionamento della nozione di "danno-evento" ed il depotenziamento della formula interpretativa dell'*in re ipsa* nella dimostrazione della causa-

---

in base all'art. 185 c.p. e la fattispecie rilevante ai fini dell'obbligazione di risarcimento del danno non patrimoniale: si veda, sul punto, V. Zeno Zencovich, *La responsabilità civile da reato*, Padova, 1989, spec. p. 123 ss.

Ancora, nelle motivazioni delle ultime due sentenze (13 maggio 2003, nn. 8827 e 8828), si respinge la visione restrittiva del rinvio al (solo) art. 185 c.p., statuendo che, quando siano lesi diritti inviolabili della persona, riconducibili a situazioni puntualmente previste dalla Costituzione, o comunque riconducibili all'alveo dell'art. 2 Cost., il carattere imperativo della norma costituzionale supera ed assorbe il problema dell'omessa previsione di tutela in una specifica disposizione di rango primario. Sotto tale prospettiva, la "legge" di cui discorre il 2059 c.c. è, innanzitutto, la legge costituzionale. In particolare, secondo Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Guida al dir.*, 2003, 25, p. 38 ss., «il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale». Per un commento a tali pronunce, G. Comandé, *La rincorsa della giurisprudenza e la (in)costituzionalità dell'art. 2059 c.c.*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 775 ss. Un'efficace ricostruzione del tema è di recente ed autorevolmente affrontata da Aa.Vv., *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. Ponzanelli, Padova, 2004, *passim*.

[32] Per queste dispute si rinvia a quanto evidenziato alla nota 30, spec. *ad finem*, per quanto concerne la configurazione del danno esistenziale siccome categoria che, per chi la ammette, abbraccia lesioni non ascrivibili al concetto di danno biologico. L'argomento è di recente proposto, per quanto attiene al tema della *privacy*, da F. Di Ciommo, *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in Aa.Vv., *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, a cura di G. Ponzanelli, cit., p. 255 ss.

[33] Non si può trascurare che l'esigenza di arginare il rischio di una siffatta "deriva" è avvertito dalla stessa Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Guida al dir.*, 2003, n. 25, p. 38 ss., la quale, p. 48, in sede conclusiva ha cura di avvertire che «la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. va tendenzialmente riguardata non già come occasione di incremento generalizzato delle poste di danno (e mai come strumento di duplicazione di risarcimento degli stessi pregiudizi), ma soprattutto come mezzo per colmare la lacuna, secondo l'interpretazione ora superata della norma citata, nella tutela risarcitoria della persona, che va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale: quest'ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso e dei pregiudizi diversi ed ulteriori, purché costituenti lesione di un interesse costituzionalmente protetto». Ed altrettanto significativamente, i giudici respingono in tale sentenza, come del resto nella n. 8828, l'idea di danno *in re ipsa*, o di cd. danno-evento, affermando che la lesione dell'interesse protetto non è sufficiente per far nascere l'obbligo di risarcimento, essendo altresì necessario che la predetta lesione sia stata causativa di un danno, il quale deve essere congruamente allegato e provato.

[34] Sul cui tema si vedano le note precedenti.

lità<sup>[35]</sup>. Ma, sotto questo profilo, il danno da trattamento illecito partecipa del più ampio processo di “gestazione” del nuovo danno, ed il tempo dirà quanto ne è traino o passivo spettatore.

Di contro, pare sin da ora da respingere l'idea che alla categoria in esame faccia difetto la qualificazione di diritto primario: sarebbe davvero singolare negarla al diritto alla protezione dei dati personali, codificato nella legislazione italiana e ricompreso nella “Costituzione” europea. Una corte disposta ad affermare il contrario, o *per tabulas*, o con riguardo ad una lettura sistematica della norma non tarderà a farsi avanti.

### **3. IL DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI “CROCEVIA” DELLE “TUTELE CIVILI”**

Il discorso sin qui condotto trova un punto di arrivo (o, probabilmente di partenza) nell'art. 1 del Codice, esaminato in altra parte della presente opera<sup>[36]</sup>, che, come è noto, consacra il “Diritto alla protezione dei dati personali”, di cui è titolare «*Chiunque* (corsivo dell'A.)». Di questa norma si possono fornire differenti interpretazioni. Ci si può, ad esempio, interrogare sul se essa amplii il numero, non più chiuso, dei diritti della personalità<sup>[37]</sup> ed invero la risposta affermativa non parrebbe impropria.

Il punto critico dell'esegesi ma, in prospettiva, dell'applicazione della stessa, da scorgere nella sua natura “ordinatoria” o “perentoria”, se è consentita la metafora. Più esplicitamente, il diritto alla protezione dei dati personali, in coerenza con l'asserita visione procedimentale della *privacy*, è meramente strumentale alla difesa degli “altri” diritti (riservatezza, norme, immagine, onore, reputazione, etc.) o “vive di luce propria”, perché genera, se violato, autonoma pretesa risarcitoria? La soluzione non è di poco momento.

È, invero, abbastanza difficile sostenere che, affermata l'esistenza di un diritto, esso non riceva *propria* tutela in ipotesi di sua lesione. Del resto, l'autonomia del nuovo diritto non è una supposizione logica, né si fonda sul solo dettato dell'art. 1. Il diritto alla protezione dei dati personali è richiamato, con parità di rango della riservatezza e tra «i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato», nell'art. 2 del Codice.

Non può che derivarne l'unica conseguenza plausibile: la mera violazione della protezione dei dati - a titolo esemplificativo, anche la circostanza che un soggetto trovi casualmente dati che lo riguardano “incustoditi” presso terzi, ai quali pure li aveva legittimamente consegnati - consente la richiesta risarcitoria; e ciò senza che al soggetto

<sup>[35]</sup> Di recente, ed a seguito di un'accurata lettura critica delle pronunzie giurisprudenziali del 2003 qui richiamate, ritiene di poter recuperare uno spazio di operatività del danno *in re ipsa* in riferimento al danno morale soggettivo, M. Franzoni, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2003, 3, p. 1193 ss. e spec. p. 1209 ss. Sul “nuovo” danno non patrimoniale si veda pure G. Ponzanelli, *Il “nuovo” art. 2059*, in *Aa.Vv.*, *Il “nuovo” danno non patrimoniale*, a cura di G. Ponzanelli, cit., p. 55 ss.

<sup>[36]</sup> Si veda in proposito il contributo di G. Resta, *Il diritto alla protezione dei dati personali*, in *questo volume*. Ma si consenta pure il rinvio a S. Sica, *Principi generali*, in *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. \*\* ss.

<sup>[37]</sup> Sul carattere “aperto” dell'art. 2 Cost. e sul connesso problema del carattere monista o pluralista dei diritti della personalità, A. De Cupis, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1959, p. 44 ss. e, per quanto attiene al diritto alla riservatezza, p. 256 ss., secondo un'impostazione favorevole alla concezione pluralista; diversamente G. Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il cd. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim.* 1958, p. 458 ss.; Per una rilettura in tempi più recenti, P. Rescigno, *Personalità (diritti della)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; V. Zencovich, *Personalità (diritti della)*, in *Dig. IV, disc. priv., Sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 453 ss. L'interpretazione dell'art. 2 Cost., siccome norma aperta da interpretarsi in relazione all'unitarietà della persona umana è valorizzata da P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, *passim*; e da P. Stanzone, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, spec. p. 268 ss.

medesimo venga imposto di dimostrare la lesione di un ulteriore diritto, dalla funzionalizzazione al quale la protezione dei dati si è definitivamente affrancata. Non si intende a fondo la finalità delle previsioni dell'art. 1, anche se - come la contemporanea presenza di analoga consacrazione del diritto nel Progetto di Costituzione europea lascia trasparire - si potrebbe pensare ad un compito generale (quasi declamatorio) della disposizione, o, al più, all'obiettivo di "formalizzare" la cultura della *privacy in action*.

Nondimeno, introdotta la regola, essa esce - è risaputo - dalle mani del legislatore ed è plasmata da quelle della dottrina<sup>[38]</sup> e, in specie, delle corti.

Non è azzardato prevedere un possibile esito di "eccesso di carico" della norma, pur permeata dall'ordinaria nomenclatura della responsabilità civile. In altre parole, se un soggetto lamenta che i suoi dati non siano stati protetti, agendo in giudizio, è legittimato a pretendere il risarcimento, provando il fatto storico della non-protezione e, per quanto innanzi chiarito e nel combinato disposto degli artt. 1 e 15, commi 1 e 2, invocare la liquidazione almeno del danno non patrimoniale, presuntivamente conseguente (*rectius*) incluso, nell'evento della violazione.

Del resto, che altro mai potrebbe dimostrare - si badi, ai fini del pregiudizio non patrimoniale - l'attore se non che i propri dati non siano stati protetti? Delle due l'una: o il diritto è affermato, ma non è tutelato, oppure esiste ed è tutelato nella sola forma tangibile, quella del risarcimento della sua lesione, che per la componente morale coincide con il fatto in sé.

Laddove, di contro, le altre voci di pregiudizio (anche) del diritto alla protezione dei dati personali impongono l'analitica dimostrazione della loro sussistenza e dell'allegazione di criteri di relativa quantificazione.

Si è consapevoli che l'interpretazione esposta è radicale, ma, allo stato, sembra credibile. Probabilmente il "diritto vivente" consentirà di imboccare vie differenti, ma se ciò accadrà sarà all'interno di un *reset* complessivo dell' "ingegneria sociale" del danno di cui la materia trattata è destinata ad essere non secondaria.

---

<sup>[38]</sup> Del resto, la nozione dinamica e procedimentale della riservatezza ha convertito la *privacy* in un diritto alla autodeterminazione informativa, o, come pure è stato detto, ad un diritto al controllo sui propri dati. Dal controllo alla protezione, il passo è breve, ed è da vedere quale sarà la reale portata applicativa della norma in questione. Per l'approfondimento di queste locuzioni vanno ricordati i contributi di S. Rodotà, tra cui *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 740; nonché di V. Zeno Zencovich, *Il «consenso informato» e la «autodeterminazione informativa» nella prima decisione del garante*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 916 ss., il quale si avvale, tra l'altro, p. 919, della bella espressione «jus arcendi»; nonché Id., *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in *Trattamento dei dati e tutela della persona*, a cura di V. Cufaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich, Milano, 1998, p. 168 ss.