ROCCO PANETTA
(a cura di)

CIRCOLAZIONE E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, TRA LIBERTÀ E REGOLE DEL MERCATO

Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)

Scritti in memoria di Stefano Rodotà

Prefazione di Augusta Iannini
Introduzione di Guido Alpa

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

INDICE SOMMARIO

Capitolo Secondo

OGGETTO E FINALITÀ: UN NUOVO STATUTO GIURIDICO DEI DATI PERSONALI

di *Ludovica Durst*

Capitolo Terzo

IL TRATTAMENTO DI CATEGORIE PARTICOLARI DI DATI IN AMBITO SANITARIO

di *Ludovica Durst*

Capitolo Quarto

IL LEGITTIMO INTERESSE DEL TITOLARE O DI UN TERZO NEL QUADRO DEI DIVERSI PRESUPPOSTI DI LEGITTIMITÀ DEL TRATTAMENTO

di *Clizia D'Agata*

Capitolo Quinto

L'INFORMATIVA AGLI INTERESSATI E IL CONSENSO AL TRATTAMENTO

di *Selvaggia Fausta Giovannangeli*

Capitolo Sesto

RUOLI E FUNZIONI *PRIVACY* PRINCIPALI AI SENSI DEL REGOLAMENTO

di *Adriano D'Ottavio*

Capitolo Settimo

IL DIRITTO DI ACCESSO AI DATI PERSONALI E IL DIRITTO DI RETTIFICA

di *Davide Montanaro*

Capitolo Ottavo

IL DIRITTO ALLA CANCELLAZIONE

di *Adele Berti Suman*

Capitolo Nono

IL DIRITTO ALLA LIMITAZIONE DEL TRATTAMENTO

di *Gianmarco Cristofari*

Capitolo Decimo

IL DIRITTO ALLA PORTABILITÀ DEI DATI

di *Lorella Bianchi*

Capitolo Undicesimo

IL DIRITTO DI OPPOSIZIONE E LA REVOCA DEL CONSENSO

di *Marta Fraioli*

Capitolo Dodicesimo

LA TUTELA DEI DATI PERSONALI DEI MINORI

di *Giovanna Capilli*

Capitolo Tredicesimo

IL TRASFERIMENTO ALL'ESTERO DEI DATI

di *Sabina Kirschen*

Parte II

LE NOVITÀ DEL REGOLAMENTO: TRA APPROCCIO ORIENTATO AL RISCHIO E NUOVI ISTITUTI

Capitolo Quattordicesimo

***PRIVACY-BY-DESIGN*, L'INTRODUZIONE DEL PRINCIPIO NEL *CORPUS* DEL GDPR**

di *Federico Sartore*

Capitolo Quindicesimo

IL DILEMMA (ANCORA APERTO) DELL'ANONIMIZZAZIONE E IL RUOLO DELLA PSEUDONIMIZZAZIONE NEL GDPR

di *Carolina Foglia*

Capitolo Sedicesimo

LA VALUTAZIONE D'IMPATTO NEL GDPR

di *Federico Sartore*

Capitolo Diciassettesimo

LA "NUOVA" FIGURA DEL RESPONSABILE DELLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E LE SUE CARATTERISTICHE

di *Laura Ferola*

Capitolo Diciottesimo

I CONTROLLI AZIENDALI E LE INDAGINI DIFENSIVE

di *Maria Panetta*

Capitolo Diciannovesimo

LA VIOLAZIONE DI DATI O *DATA BREACH*

di *Selvaggia Fausta Giovannangeli*

Parte III

ENFORCEMENT E REGIME SANZIONATORIO

Capitolo Ventesimo

IL RUOLO DEL GARANTE ALL'ALBA DEL GDPR: VERSO UN'AUTORITÀ

di *Mario Erminio Malagnino*

Capitolo Ventunesimo

LA RESPONSABILITÀ CIVILE NEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

di *Francesco Bilotta*

Parte IV

L'IMPATTO DEL REGOLAMENTO SUI MERCATI

Capitolo Ventiduesimo

IL TRATTAMENTO DEI DATI IN AMBITO BANCARIO E FINANZIARIO

di *Rosa Mattera*

Capitolo Ventitreesimo

QUALI ORIZZONTI PER IL *MARKETING*?

di *Michela Massimi*

Capitolo Ventiquattresimo

IL *CLOUD COMPUTING*

di *Alessandro Mantelero*

Capitolo Venticinquesimo

LA VIDEOSORVEGLIANZA E IL CONTROLLO DEL LAVORATORE

di *Mario de Bernart*

Capitolo Ventiseiesimo

***INTERNET OF THINGS* (IOT)**

di *Alessandro Mantelero* e *Giuseppe Vaciago*

Capitolo Ventisettesimo

LE NUOVE FRONTIERE DELLA SANITÀ E DELLA RICERCA SCIENTIFICA

di *Silvia Melchionna* e *Francesca Cecamore*

Capitolo Ventottesimo

CODICI DEONTOLOGICI E GDPR

di *Teresa Annecca*

Capitolo Ventinovesimo

I *BIG DATA* TRA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

di *Tommaso Mauro*

casi in cui il trattamento dei dati personali abbia carattere transnazionale; appare di tutta evidenza che individuare una sola autorità capofila — coincidente con quella « dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento » — seppur obbligata a cooperare entro certi limiti con le altre autorità interessate, non possa che facilitare il compito del titolare del trattamento il quale risulti attivo in più Stati membri, consentendo a quest'ultimo di poter scegliere, in uno con la sede dei propri affari, anche — seppur in limitata misura — l'autorità di controllo che più lo aggradi.

Nella piena consapevolezza che la decisione in questione dipenderà certamente da una serie di molteplici fattori, come ad esempio il regime fiscale adottato o la normativa vigente in tema di diritto del lavoro, ritengo che la valutazione in ordine alle disposizioni *privacy* a livello nazionale o agli indirizzi presi dall'autorità di controllo nell'attuazione della predetta disciplina, potrà sicuramente svolgere un ruolo decisivo nella scelta.

Di certo il meccanismo individuato non faciliterà il singolo interessato, che vedrà la propria istanza, pur se presentata all'autorità nazionale, "rimbalzare" all'autorità di controllo capofila; il bilanciamento, in questo caso, è stato effettuato direttamente dal legislatore europeo, con una netta vittoria della libertà d'impresa.

Non resta che attendere e verificare sul campo quali saranno gli sviluppi sollecitati dalla nuova normativa: una concorrenziale gara al ribasso tra gli Stati membri per accaparrarsi i migliori clienti oppure un tendenziale e comune miglioramento delle garanzie e delle tutele nei confronti degli interessati?

Il mio auspicio è sicuramente per la seconda ipotesi, anche se, purtroppo, le sensazioni relative ai reciproci rapporti di forza tra gli Stati membri in questi ultimi anni non mi consentono di essere del tutto ottimista.

CAPITOLO VENTUNESIMO

LA RESPONSABILITÀ CIVILE NEL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

di *Francesco Bilotta*

Sommario 21.1. Introduzione. — 21.1.1. L'art. 82 del Regolamento. — 21.2. La natura giuridica della responsabilità. — 21.3 L'illecità del trattamento. — 21.4. L'ambito soggettivo della fattispecie: i danneggiati. — 21.4.1. L'ambito soggettivo della fattispecie: i danneggianti. — 21.5. L'*accountability* e l'imputabilità dell'evento dannoso. — 21.6. Il danno risarcibile. — 21.7. Profili processuali: la prova dell'esclusione dell'imputabilità e il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria.

21.1. Introduzione

Il Regolamento europeo (Ue) 2016/679 all'art. 82 stabilisce le regole in materia di responsabilità civile nascente da trattamento illecito o da violazione dei dati personali. Il d.lgs. n. 101/2018 ha — come è noto — provveduto a coordinare il Regolamento con le previgenti norme nazionali di settore. Segnatamente, in materia di responsabilità civile, l'abrogazione del titolo terzo della parte prima del Codice *Privacy* (d.lgs. n. 196/2003) ha travolto l'art. 15 di tale Codice (1). Pertanto, nelle pagine che seguono si cercherà di riflettere sulla portata sistematica di questi due interventi legislativi, alla luce dei quali il diritto al risarcimento del danno è regolato dal solo art. 82 del Regolamento, come del resto è confermato dalla disposizione novellata dell'art. 152, comma 1, Codice *Privacy*.

Gli articoli appena ricordati, nella loro formulazione testuale, sono molto diversi. Complesso l'art. 82 del Regolamento, che annovera ben sei commi, sintetico l'art. 15 Codice *Privacy*, che constava di soli due commi, sul modello dell'art. 23 della direttiva 95/46. La disciplina di cui all'art. 15 Codice *Privacy* può essere facilmente sintetizzata: l'illecito trattamento dei dati personali faceva sorgere una responsabilità civile ai sensi dell'art. 2050 c.c., attraendo il trattamento dei dati personali nell'alveo delle attività pericolose (2); inoltre, l'esplicita previsione del secondo comma, escludeva qualsiasi dubbio circa la risarcibilità del danno non

(1) È quanto prescrive l'art. 27, comma 1, lett. *a*), n. 2, d.lgs. n. 101/2018.

(2) Su cui v. P. ZIVIZ, *Trattamento dei dati personali e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 5-6, 1296-1309

patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c. (3) Con questa disposizione del Codice *Privacy*, e già in precedenza con le disposizioni della l. n. 675/1996, si attenuava la (comprensibile) vaghezza della direttiva 95/46, e si iscrivevano le regole di ascendenza europea nel sistema della responsabilità civile italiana. In tal modo, non vi erano spazi per dubbi interpretativi circa la natura giuridica della responsabilità evocata; il grado di rilevanza dell'elemento soggettivo; la ripartizione dell'onere della prova tra le parti in un eventuale giudizio di responsabilità; la possibilità di risarcimento dei danni non patrimoniali. Inoltre, la precisa iscrizione della fattispecie nel sistema codicistico dell'illecito aquiliano consentiva integrazioni interpretative in merito alla solidarietà della responsabilità tra tutti coloro che avessero concorso nella realizzazione dell'illecito; alla ripartizione tra gli stessi della responsabilità, una volta acclarata, e alla determinabilità equitativa da parte del giudice dell'ammontare del risarcimento.

L'abrogazione di questa disposizione significa dover far riferimento esclusivo all'art. 82 del Regolamento, una disposizione inserita in un testo che risponde a logiche diverse dalla precedente direttiva 95/46 (4). Nella sostanza, il legislatore europeo ha spostato il baricentro del sistema dal consenso informato dell'interessato al trattamento alla "responsabilizzazione" del titolare e del responsabile del trattamento, con l'obiettivo di prevenire in modo più efficiente il verificarsi di danni connessi alla circolazione incontrollata dei dati (5). Detto in altri termini, il controllo dell'interessato sulla circolazione dei propri dati è diventato solo uno dei modi in cui si possono prevenire trattamenti illeciti o violazioni dei dati. Uno strumento di prevenzione — controllo dell'interessato — peraltro del tutto residuale rispetto al sistema di controllo del rischio che il titolare e il responsabile devono predisporre e analiticamente documentare fin dalla genesi del trattamento. Prima ancora che sulla responsabilità nei confronti del singolo interessato, il Regolamento è centrato sulla "responsabilità generale del titolare del trattamento per qualsiasi trattamento di dati personali che quest'ultimo abbia effettuato direttamente o che altri abbiano effettuato per suo conto" che ha come immediata conseguenza il dovere del titolare di "mettere in atto misure adeguate ed efficaci ed essere in grado di dimostrare la conformità delle attività di trattamento con il presente regolamento, compresa l'efficacia delle misure" (così il Considerando 74). In tale logica, si comprende bene l'accresciuta centralità delle sanzioni amministrative e di quelle penali, volte principalmente a colpire il profitto (anche solo sperato) proveniente dall'illecito trattamento o dalla violazione dei dati e così eliminare la spinta più significativa al trattamento dei dati fuori dalle regole (cfr. i Considerando nn. 148 e 149).

In un'ottica sistematica, la sola presenza nell'ordinamento dell'art. 82 del Regolamento, senza alcuna previsione legislativa nazionale di coordinamento tra la regola europea (la vittima di un illecito trattamento o violazione dei dati ha diritto al risarcimento dei danni) e il sistema italiano della responsabilità civile, rimette in discussione la scelta, fatta dal legislatore nazionale dopo la direttiva 95/46, di inserire esplicitamente la tutela individuale nell'ambito della responsabilità civile extracontrattuale (6). In altri termini, l'interprete è sollecitato a ripensare profondamente il sistema di tutela civilistico in materia di illecito trattamento e violazione dei dati, in quanto ha come referente normativo il solo art. 82 del Regolamento, dopo l'intervento abrogativo del d.lgs. n. 101/2018. Più precisamente, non appare opportuno innestare la nuova norma europea nel solco della giurisprudenza e della riflessione teorica sviluppatasi nella vigenza della disciplina italiana previgente, pensata in una cornice normativa — quella della direttiva 95/46 — strutturalmente differente dal Regolamento 2016/679. Sembra più utile, invece, interrogarsi su quanto l'assetto normativo si sia modificato e verificare se — per una sorta di eterogenesi dei fini — non si siano determinate le condizioni per immaginare un sistema di tutela individuale più incisivo rispetto a quello precedente.

21.1.1. L'art. 82 del Regolamento

Prima di affrontare questo compito, è bene prendere in considerazione la struttura e il contenuto dell'articolo 82 del Regolamento (7). Come si è già detto, la

---

(3) Sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali sotto il regime del Codice *Privacy*, v. P. Ziviz, *Patrimonialità vs. non patrimonialità del danno,* in R. Panetta (a cura di), *Libera circolazione e protezione dei dati personali,* Milano, 2006, 2095-2138; F. Di Ciommo, *Il danno non patrimoniale da trattamento dei dati personali*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Il "nuovo" danno non patrimoniale*, Padova, 2004, 255-281.

(4) Secondo G. Finocchiaro, *Il quadro di insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali,* in G. Finocchiaro (a cura di), *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017, 1: « Il Regolamento reca (...) alcuni rilevanti mutamenti nelle scelte di politica del diritto, che sono quelli concernenti il nuovo approccio alla sicurezza dei dati personali, l'introduzione del principio dell'*accountability* e l'affermazione del diritto europeo come diritto applicabile ».

(5) G. Finocchiaro, cit., 3: « Certamente non può soddisfare un sistema basato su un consenso che spesso è vuoto di effettivo significato, perché prestato nell'inconsapevolezza o nell'assenza di alternative praticabili. Si tratta di un modello sotto il profilo teorico centrato sull'autodeterminazione, che tuttavia spesso manca dei presupposti sui quali dovrebbe basarsi. Si cercano altri modelli, rafforzando la sicurezza e la responsabilizzazione di chi tratta i dati, e di questi si vede una prima realizzazione con l'introduzione del principio di *accountability* », che, nella versione italiana dell'art. 5, 2° comma, del Regolamento, è stato tradotto con la parola "responsabilizzazione".

(6) Sulla scelta legislativa fatta in precedenza, si veda R. Panetta, *Note critiche in tema di responsabilità extracontrattuale, tra legge v. 675/1996 e d. lgs. 196/2003*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 637 e ss. e A. Plaia, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali,* in R. Panetta (a cura di), cit., 2006-2007. È singolare, comunque, che tra gli interpreti siano pochissimi quelli che si sono misurati finora con l'ipotesi di una lettura alternativa a quella aquiliana della natura giuridica della responsabilità da trattamento dei dati personali. Nel cercare una spiegazione razionale a questo atteggiamento si possono immaginare due ipotesi: la prima di carattere pratico, ossia l'esigenza di conservare le caratteristiche del meccanismo risarcitorio definite dal legislatore nel passato, in modo da poter facilmente colmare le lacune che l'assetto normativo attuale sicuramente farà emergere; la seconda di carattere culturale: visto che gli interpreti italiani hanno "scoperto" la privacy proprio attraverso casi riguardanti richieste di risarcimento del danno — come ci ricordano G. Alpa e B. Markesinis, *Il diritto alla* "privacy" *nell'esperienza di* "common law" *e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 2, 417 e ss. — sono portati ad associare acriticamente i due fenomeni giuridici.

(7) Su cui v. M. Ratti, *La responsabilità da illecito trattamento dei dati personali nel nuovo Regolamento*, in G. Finocchiaro (a cura di), *op. cit.*, 615 e ss.

sua formulazione non è altrettanto sintetica rispetto a quella dell'art. 23 dir. 95/46 e dell'art. 15 Codice *Privacy*.

Il primo comma delinea l'ambito soggettivo della fattispecie: dal lato passivo (chiunque subisca un danno) e dal lato attivo (titolare del trattamento o responsabile del trattamento). Sorge così un primo dubbio interpretativo, rispetto alle norme previgenti, circa una possibile variazione del numero dei soggetti in capo ai quali può sorgere l'obbligazione risarcitoria, che sarebbe più ampio considerando il lato passivo e più ristretto considerando il lato attivo. Torneremo in seguito sul punto nei §§ 4. e 4.1.

Il primo comma stabilisce che la lesione della sfera giuridica della vittima deve dipendere causalmente "da una violazione del (...) regolamento". Si tratta di capire, a tal riguardo, se ci troviamo di fronte a una previsione pleonastica o se da essa si possa far discendere una diversa concezione della illiceità del trattamento dei dati personali e finanche una diversa natura giuridica della stessa responsabilità. Peraltro, occorre subito precisare che un indice testuale che non consente di restringere l'area della illiceità alla violazione delle norme del Regolamento è rinvenibile in modo espresso nel considerando n. 146, a mente del quale "le azioni di risarcimento di danni derivanti dalla violazione di altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri" non sono pregiudicate.

La sottolineatura del Considerando n. 146 serve, per giunta, a relativizzare il contenuto del secondo comma dell'art. 82 del Regolamento, in cui viene individuato l'ambito oggettivo della responsabilità del titolare e del responsabile del trattamento. Le condotte dei danneggianti, rilevanti ai fini della responsabilità civile, sono ben delineate e ristrette alla sola violazione delle norme del Regolamento, nel caso del titolare, e delle norme del Regolamento unitamente alle istruzioni del titolare, nel caso del responsabile. A una lettura superficiale, questo potrebbe voler dire che il presupposto del sorgere di una responsabilità civile possa essere costituito essenzialmente da quelle azioni (o omissioni) non conformi alle condotte prescritte dalle norme del Regolamento. In tal modo, sembrerebbe delinearsi una sorta di immunità per il titolare o il responsabile (che abbia rispettato le istruzioni del titolare) in presenza di un danno causalmente riconducibile a un trattamento o una violazione dei dati, verificatisi nonostante il rispetto delle prescrizioni del Regolamento. Alla luce del passaggio prima ricordato del Considerando n. 146, è chiaro che ciò sia assolutamente da escludersi. Il metro della liceità del trattamento non è esclusivamente il Regolamento, ma tutte le norme già presenti nell'ordinamento o che potrebbero entrare in vigore in futuro, concernenti quelle attività che qualifichiamo come trattamento dei dati. Chiedersi quale sia la fonte in forza della quale il trattamento è da considerarsi illecito non è irrilevante, giacché all'azione risarcitoria nei confronti del titolare o del responsabile non fondata sul Regolamento, si applicheranno le regole codicistiche in materia di responsabilità civile e non certo quelle desumibili dall'art. 82 del Regolamento.

L'innovazione maggiore rispetto all'art. 15 Codice *Privacy* viene introdotta dal terzo comma dell'art. 82, che però ricalca puntualmente il secondo comma dell'art. 23 Dir. 95/46. Il danneggiante è esonerato dalla responsabilità "se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile". Al di là dell'espressione "evento dannoso" (frutto di una traduzione poco accurata del testo del Regolamento, ma già presente nella direttiva 95/46) su cui si dovrà tornare successivamente trattando dei danni risarcibili, è piuttosto il riferimento alla "imputabilità" della condotta che desta i maggiori dubbi interpretativi. Come si è già ricordato, ai tempi della direttiva 95/46, la scelta italiana fu nel senso di rendere applicabile alla fattispecie l'art. 2050 c.c., ritenuto più tutelante per la vittima dell'illecito, la quale, in tal modo, aveva un percorso processuale più agevole verso l'ottenimento di un risarcimento del danno, non dovendosi preoccupare della prova dell'elemento soggettivo della fattispecie. Tale scelta legislativa era perfettamente legittima, stante la possibilità per il legislatore nazionale di adeguare il proprio ordinamento nel modo più opportuno per realizzare le finalità della direttiva. Scomparso l'art. 15 Codice *Privacy*, però, e in presenza della disposizione dell'art. 82 del Regolamento, è necessario riflettere sulla non sovrapponibilità concettuale della "non imputabilità del fatto illecito" rispetto al "difetto dell'adozione di tutte le misure idonee a evitare il danno" (di cui all'art. 2050 c.c.) e chiedersi se in tal modo non siano aumentate — paradossalmente — le possibilità di ottenere una condanna risarcitoria del danneggiante. In una prospettiva sistematica, inoltre, sarà necessario rimeditare la natura giuridica delle responsabilità che è possibile evocare in materia di illecito trattamento e violazione dei dati personali.

Il quarto e il quinto comma non aggiungono nulla a quanto già sarebbe possibile trarre dalle regole generali in materia di responsabilità civile e di obbligazioni solidali, nel caso in cui il fatto illecito sia cagionato da una pluralità di danneggianti. I responsabili rispondono in solido verso la vittima e nell'azione di regresso sui responsabili che non hanno pagato graverà solo quella parte "del risarcimento corrispondente alla loro parte di responsabilità". Se il Regolamento non contenesse tali norme, avremmo comunque potuto riconoscere una responsabilità solidale in presenza di più danneggianti. E ciò alla luce dell'art. 2055 c.c., sia che esso sia applicato estensivamente ai casi di responsabilità da inadempimento (8) sia che esso sia considerato espressione di un principio generale dell'ordinamento, in forza del quale « se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (...) che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, dovendosi, inoltre, escludere che una delle persone responsabili possa rispondere in via soltanto sussidiaria rispetto alle altre,

---

(8) Il lento espandersi della sfera di azione dell'art. 2055 c.c. alla responsabilità contrattuale, fino a diventare una disposizione espressiva di un principio generale in materia di responsabilità civile, trova la sua origine in quella giurisprudenza che ha sempre ritenuto estensibile la regola della solidarietà alle ipotesi « nelle quali uno o taluni degli autori del danno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale e altri a titolo di responsabilità aquiliana », Cass., sez. II, 30 gennaio 1987, n. 884, in *Mass. Giust. civ.*, 1987. Da questa presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, la giurisprudenza di merito ha poi preso le mosse per un'interpretazione estensiva dell'art. 2055 c.c. che così è stato ritenuto applicabile *tout court* ai casi di responsabilità contrattuale, cfr. Trib. Torino, 28 novembre 1996, in *Riv. giur. circolaz. e trasp.*, 1998.

in difetto in tale senso di una norma di legge o di una volontà convenzionale » (9). La differenza tra l'art. 82 del Regolamento e l'art. 2055 c.c. sta apparentemente nel fatto che solo il secondo esplicita i criteri in base ai quali ripartire la responsabilità in sede di azione di regresso, consistenti nella gravità della colpa e nella entità delle conseguenze delle azioni colpose di ciascuno dei corresponsabili. Tale differenza sembra solo apparente perché, nell'art. 82 del Regolamento, l'espressione "corrispondente alla loro parte di responsabilità", riferita al termine risarcimento, può essere considerata a un tempo una silloge dei criteri che l'art. 2055 c.c. invece esplicita, e espressione di un elementare principio di giustizia commutativa, per cui ciascuno deve essere gravato proporzionalmente delle conseguenze negative delle proprie condotte.

Infine, il sesto comma stabilisce una riserva di giurisdizione per quanto riguarda le azioni risarcitorie e rinvia all'art. 79, comma 2 del Regolamento, una norma di diritto internazionale privato uniforme, che consente l'individuazione del foro competente nelle fattispecie caratterizzate da un elemento di terzietà. Dal punto di vista processuale, va però ricordato che il legislatore italiano ha modificato in parte l'art. 10 d.lgs. n. 150/2011 con l'art. 17 d.lgs. n. 101/2018. Un'analisi puntuale di questa novella esula dalle presenti riflessioni. Per la sua novità va solo segnalata la previsione dell'art. 10, comma 5 d.lgs. n. 150/2011 in forza del quale « L'interessato può dare mandato a un ente del terzo settore soggetto alla disciplina del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, che sia attivo nel settore della tutela dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali », in linea con quanto previsto dall'art. 80 del Regolamento.

21.2. La natura giuridica della responsabilità

I doveri di comportamento che gravano in capo al titolare e al responsabile del trattamento sussistono a prescindere da un accordo tra loro e l'interessato al trattamento. Ciò è vero anche nel caso in cui per la liceità del trattamento ci sia bisogno del consenso dell'interessato. Eppure, il fatto che il dovere di comportamento abbia fonte legale non è ragione sufficiente per escludere la sussistenza di un rapporto obbligatorio tra due soggetti. L'instaurazione di un trattamento dei dati individua automaticamente due parti di un rapporto (il titolare e il responsabile, da una parte e l'interessato al trattamento, dall'altra parte) e genera una serie di conseguenze, come il sorgere di doveri in capo agli uni e diritti in capo all'altro (10).

(9) Così si è espressa per la prima volta la Cassazione civile, sez. III, 15 giugno 1999, n. 5946, in *Riv. not.*, 2000, 136, con nota di G. Casu. La regola giurisprudenziale è divenuta orientamento costante tanto di legittimità tanto di merito.

(10) La ricostruzione che si suggerisce nel testo supera la contrapposizione dottrinaria che si è creata all'indomani dell'entrata in vigore legge 675/1996. Ad attirare l'attenzione dei teorici era il consenso dell'interessato, su cui si vedano le considerazioni di S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca,* in R. Panetta (a cura di), cit., 1029. Sicché alcuni lo ritenevano esclusivamente un atto "autorizzativo" (D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 339 e ss.) mentre altri lo ritenevano un vero e proprio atto "negoziale" (G. Oppo, *Sul consenso dell'interessato*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1999, 124). Ora al di là dei limiti che ciascuna delle due ricostruzioni presenta, come giustamente è stato fatto notare, il panorama che ci troviamo di fronte dopo l'entrata in vigore del Regolamento è molto più complesso e di certo meno centrato sul consenso dell'interessato, cfr. F. Bravo, *Il consenso e le altre condizioni di liceità del trattamento di dati personali,* in G. Finocchiaro, *op. cit.*, 149. Anche per questa ragione, non v'è più ragione di andare alla ricerca di una fonte negoziale del rapporto obbligatorio sussistente tra titolare e responsabile del trattamento, da un lato e interessato, dall'altro.

Per una ricostruzione storica della categoria dell'obbligazione *ex lege* v. S. Faillace, *La controversa categoria delle obbligazioni* ex lege, in P. Stanzione e D. Valentino (a cura di), *IX incontro nazionale coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato*, Soveria Mannelli, 2009, 341 e ss.

(11) Si interroga sulla natura giuridica della responsabilità in seno al Regolamento A. Iuliani, *Note minime in tema di trattamento dei dati personali*, in *Europa e dir. priv.*, 2018, 1, 293 e ss.

(12) R. Panetta, *Note critiche in tema di responsabilità extracontrattuale,* cit.

(13) Su cui F. Di Resta, *La nuova "privacy europea"*, Torino, 2018, 177-185.

(14) In tal senso, Trib. Nocera Inferiore, 15 settembre 2011 e Trib. Palermo, 12 gennaio 2010.

Dunque, se è possibile immaginare un rapporto obbligatorio tra le parti, non si vede la ragione per escludere la ricorrenza di un inadempimento quando l'interesse del soggetto creditore (l'interessato) non venga soddisfatto (puntualmente, integralmente e tempestivamente) in presenza di un trattamento illecito o una violazione dei dati. Eppure — con qualche lodevole eccezione — finora i primi commenti al Regolamento in materia di responsabilità da trattamento illecito e violazione dei dati non mettono in dubbio la natura extracontrattuale di tale responsabilità e in alcuni casi addirittura sorvolano sulla questione come se fosse del tutto irrilevante (11).

In passato, vi erano almeno due circostanze che ostacolavano la ricostruzione della fattispecie nei termini qui proposti: (*i*) il fatto che il Codice *Privacy* non facesse espressamente riferimento all'insorgenza di un vincolo obbligatorio, in occasione di un trattamento dei dati personali e (*ii*) il richiamo dell'art. 15 all'art. 2050 c.c. In tale contesto normativo, non ci si poneva neppure (e forse non aveva nemmeno senso porsi) la questione della natura giuridica della relazione di base, presupposta dall'illecito, perché di essa chiaramente il legislatore forniva indirettamente una qualificazione, evocando una responsabilità aquiliana. Per altro verso, sarebbe stato complicato (e incoerente dal punto di vista sistematico e testuale) affermare la ricorrenza di un rapporto obbligatorio *ex lege* e al contempo qualificare in base a un'interpretazione letterale delle norme vigenti, la responsabilità come extracontrattuale (12).

Se si pone mente alle vicende giudiziarie che hanno caratterizzato il contenzioso in materia di responsabilità da trattamento illecito dei dati, ci si accorge di quanto tale incoerenza sistematica si sia riflessa sull'operato delle corti. Ci si riferisce a tutti quei casi riguardanti la vulnerabilità dei sistemi informatici delle banche che hanno determinato una circolazione incontrollata delle informazioni dei correntisti (13). In questi casi — che non importa in questa sede analizzare nei dettagli — la cornice entro cui il trattamento dei dati si inseriva era quella contrattuale. Eppure, il trattamento dei dati, necessario e funzionale all'adempimento del contratto è stato considerato dai tribunali fonte di una responsabilità extracontrattuale ai sensi delle allora vigenti norme del Codice *Privacy*, che richiamavano l'art. 2050 c.c. (14). In tal modo, il carico probatorio del correntista risultava

molto meno gravoso, poiché si doveva limitare ad allegare l'esistenza di un danno conseguente alla sottrazione da parte di terzi dei codici di accesso ai conti on line. Secondo i giudici, sulla banca gravava l'onere di provare di aver posto in essere tutte le misure idonee a evitare che terze persone potessero appropriarsi dei codici di accesso, danneggiando così la sfera giuridica del correntista. Quello che ne risulta è una sorta di ircocervo giuridico: si prende in considerazione una vicenda contrattuale su cui si innestano obblighi accessori (di fonte legale) e si giunge a evocare una responsabilità extracontrattuale, in caso di inadempimento di tali obblighi secondari, capace di incidere profondamente sulla ripartizione dell'onere probatorio.

Eppure, al di là dei casi in cui il trattamento dei dati si inseriva all'interno di una dinamica contrattuale, l'interpretazione dell'art. 2050 c.c. — in quanto richiamato dall'art. 15 Codice *Privacy* — non era molto diversa da quanto prescrive l'art. 1218 c.c. e ora l'art. 82 del Regolamento. Le Corti hanno fatto coincidere la prova liberatoria con la prova del caso fortuito. Se ci si pone in questa prospettiva e si abbandonano rigidi dogmatismi, ci si accorge che caso fortuito e forza maggiore — in quanto accadimenti imprevedibili e (quindi inevitabili) — sono ciò che l'inadempiente è chiamato a provare per andare esente da qualsiasi condanna al risarcimento del danno. Calandosi poi nella logica del Regolamento, va rilevato come l'obbligo di prevenire il danno sia l'essenza stessa del dovere di comportamento che incombe sul titolare e sul responsabile del trattamento. Se un danno si verifica, allora, sarà il soggetto che doveva prevenirlo a dover dimostrare che si sono verificate circostanze imprevedibili e inevitabili nel caso concreto per non incorrere in alcuna condanna risarcitoria.

L'abrogazione dell'art. 15 Codice *Privacy* può quindi essere l'occasione per rimeditare le categorie ordinanti della relazione giuridica sussistente tra chi effettua un trattamento dei dati e coloro a cui i dati si riferiscono. Cancellato ogni riferimento alla natura extracontrattuale della responsabilità nascente da un illecito trattamento o violazione dei dati, possiamo oggi più coerentemente riconoscere che l'inizio di un trattamento dei dati segna il sorgere di un rapporto obbligatorio tra il titolare e il responsabile da una parte e l'interessato al trattamento dall'altro. Di conseguenza, il mancato rispetto dei doveri di comportamento che la stessa legge individua e conducono a un inadempimento e al successivo risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 82 del Regolamento, per il quale è centrale la "imputabilità" del fatto lesivo, esattamente come accade in base all'art. 1218 c.c.

Del resto, l'imputabilità, nell'ambito della responsabilità da inadempimento, non è altro che la possibilità per il debitore di controllare gli eventi che possono influire negativamente sulla realizzazione dei suoi doveri di comportamento, in modo che non si producano danni nella sfera giuridica del creditore (15). Il titolare del trattamento sa fin dall'origine chi è il soggetto che beneficerà del suo dovere di

(15) Per una ricostruzione storica e un'esposizione delle diverse posizioni dottrinarie sul tema dell'imputabilità dell'inadempimento v. G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore. Artt. 1218-1222*, in *Commentario Schlesinger*, 2 ed., Milano, 2006, 94 e ss.

comportamento e sa cosa deve fare affinché non sia violata la sfera giuridica di quel soggetto. La situazione è del tutto diversa da quella che presuppone il sorgere di una responsabilità extracontrattuale: qui i due soggetti non hanno alcuna relazione pregressa rispetto all'evento lesivo e il dovere di comportamento (violato) non è funzionale alla produzione di un'utilità nei confronti dell'altra parte, come nell'ambito di un rapporto obbligatorio, poiché la sua ragion d'essere consiste piuttosto nell'evitare che una qualche utilità le sia sottratta (16). Nel trattamento dei dati il titolare e il responsabile conoscono il soggetto nella cui sfera giuridica si produrrà l'utilità nascente dall'assolvimento dei loro doveri di comportamento e questo anche qualora il soggetto interessato al trattamento non sia consapevole della stessa esistenza del trattamento o perché (in caso di necessità del consenso) il trattamento è stato iniziato illecitamente o perché (nel caso in cui il consenso non sia necessario) il trattamento è autorizzato direttamente dalla legge. Il rapporto obbligatorio, proprio perché ha fonte direttamente nella legge, non ha bisogno né di un'espressione di volontà del creditore né della sua consapevolezza. Va da sé che il potere di controllo sulla propria sfera informativa consenta al creditore di opporsi all'ulteriore sopravvivenza del rapporto obbligatorio, tutte le volte in cui questo sia sorto a prescindere da una sua espressione di volontà, potendo successivamente (*i*) opporsi al trattamento dei dati (*ii*) conformare gli obblighi della sua controparte rispetto alle previsioni legali.

A conclusioni non dissimili si giunge anche nel caso di violazione dei dati da parte di terzi. Infatti, tra i doveri del titolare e del responsabile del trattamento vi è quello di assicurare la protezione dei dati dell'interessato. Sarà, quindi, tale dovere di protezione l'oggetto dell'obbligazione del titolare e del responsabile, che si tradurrà in un complesso di azioni tese a custodire il dato e a controllarne la circolazione in sintonia con le finalità del trattamento. La violazione dei dati è quell'evento che il titolare e il responsabile dovrebbero impedire. Tale dovere preesiste all'evento lesivo e si indirizza verso un soggetto determinato. Costui, a propria volta, può pretendere già prima che si verifichi la violazione, la piena attuazione del dovere di protezione e, nel caso in cui si verifichi la violazione dei dati, è legittimato (anche) nei confronti del titolare e del responsabile (oltre che nei confronti dell'autore materiale della violazione) ad agire per il risarcimento del danno, secondo quanto previsto dall'art. 82 del Regolamento.

Non vi è nulla che impedisca, dunque, di ricondurre a una struttura obbligatoria il rapporto che nasce dal trattamento dei dati personali. E dunque, non vi è nulla che impedisca di considerare come responsabilità da inadempimento la conseguente disciplina sanzionatoria in ambito civilistico. Contro una simile ricostruzione non si può nemmeno addurre come argomento la difficoltà di un risarcimento del danno di carattere non patrimoniale. Prima di tutto perché da tempo dottrina e giurisprudenza non si oppongono più alla risarcibilità del danno da inadempimento di carattere non patrimoniale e in secondo luogo perché, dinanzi

(16) Su cui v. F. Giardina, *Responsabilità aquiliana e da inadempimento: un tema che non ha solo il fascino della tradizione*, in *Danno e resp.*, 1997, 5, 538 e ss.

all'esplicita previsione dell'art. 82 del Regolamento (che fa riferimento ai danni immateriali), ogni remora riconducibile alla dottrina tradizionale dovrebbe considerarsi superata.

È chiaro che un tale inquadramento della fattispecie non si ripercuote soltanto sull'onere probatorio in caso di giudizio di responsabilità. Si riflette su altri elementi della fattispecie: l'illiceità, il limite dei danni risarcibili, e ovviamente il termine di prescrizione dell'azione.

21.3. L'illiceità del trattamento

Come si è già notato, secondo il Regolamento è illecito quel trattamento effettuato in violazione delle norme del Regolamento. Si è però anche detto che il considerando 146 consente un ampliamento del novero delle norme da prendere in considerazione per stabilire la liceità o meno del trattamento, richiamando l'attenzione dell'interpete sulla "violazione di altre norme del diritto dell'Unione o degli Stati membri". Fin qua è pienamente soddisfatta quella concezione dell'illiceità rilevante in sede aquiliana come coincidente con la violazione di una regola di comportamento: è illecito il trattamento *non iure* (17). Tralasciando per un momento la condivisibilità di una tale concezione della illiceità, torniamo alla qualificazione della natura giuridica della responsabilità per verificare se la diversa lettura qui proposta, in termini di responsabilità da inadempimento, porti o meno alle stesse conclusioni, ossia se basti prendere in considerazione la violazione delle norme che prescrivono le modalità di effettuazione del trattamento per dichiarare sussistente un fatto illecito produttore di un'obbligazione risarcitoria.

Considerare sussistente un'obbligazione *ex lege* tra le parti consente di ampliare l'area del giuridicamente doveroso in capo al titolare e al responsabile del trattamento e di conseguenza l'area della illiceità, che finisce con il non coincidere più con la mera illegittimità. Infatti, considerare sussistente un rapporto obbligatorio tra le parti comporta immediatamente la possibilità di invocare l'art. 1175 c.c.,che impone al creditore (e al debitore) di comportarsi secondo le regole della correttezza (18). Dunque, se nel caso concreto il trattamento necessiti di precauzioni ulteriori rispetto a quelle standard, per la natura dei dati o la particolare posizione sociale dell'interessato o per il contesto in cui il trattamento si deve effettuare, il dovere di comportamento del titolare e del responsabile (per evitare che siano violati la dignità umana, i diritti e le libertà fondamentali della persona) non può coincidere con quanto prescritto dal Regolamento o dall'atto con cui il titolare ha individuato il responsabile.

(17) Sulla nozione di illiceità nell'ambito della responsabilità civile, v. M. Franzoni, *Fatti illeciti. Art. 2043, 2056-2059*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2004, 12 e ss.

(18) Ovviamente la correttezza a cui ci si riferisce nel testo è concettualmente autonoma rispetto alla correttezza quale principio informatore del trattamento dei dati personali, di cui all'art. 5, comma 1, lett. *a*) del Regolamento. Un principio che era già contenuto nelle disposizioni previgenti. Sul rapporto tra liceità e principio della correttezza nel trattamento dei dati personali v. E. Navarretta, *Tutela della* privacy, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 326.

In termini sistematici, la lettura qui proposta consente di ottenere due risultati: 1) innalzare ulteriormente, rispetto alle previsioni legali, il livello di attenzione nell'effettuazione del trattamento da parte del titolare e del responsabile e 2) garantire conseguentemente una tutela quanto più ampia possibile della sfera giuridica dell'interessato. Alle regole di condotta imposte normativamente, infatti, si possono sommare ulteriori comportamenti doverosi, in forza non solo della volontà delle parti, ma del principio di correttezza, il cui rispetto è imposto dal Codice civile nell'attuazione di qualsiasi rapporto obbligatorio. In tal modo, l'area della illiceità risulta più estesa non solo rispetto a quella nascente dal mancato rispetto delle norme del Regolamento, bensì anche rispetto a quella emergente dalla violazione di altre norme di fonte europea o di fonte nazionale, di cui al considerando n. 146.

21.4. L'ambito soggettivo della fattispecie: i danneggiati

In questo paragrafo si cercherà di analizzare più nel dettaglio il dubbio interpretativo che abbiamo avanzato in apertura, ossia se l'art. 82 del Regolamento possa o meno incidere sull'individuazione dei soggetti tra i quali nasce l'obbligazione risarcitoria a seguito dell'inadempimento degli obblighi connessi al trattamento dei dati personali.

Prima di tutto, analizziamo il lato passivo della fattispecie. Per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti che possono essere qualificati come "danneggiati" dal trattamento illecito e che quindi sono legittimati all'azione di risarcimento, va notato che il primo comma dell'art. 82 del Regolamento, a mente del quale "chiunque subisca un danno (...) ha il diritto di ottenere il risarcimento", ricalca la previsione dell'art. 23 direttiva 95/46. È stato proposto di intendere la disposizione nel senso che, a prescindere dalla qualità di soggetto interessato dal trattamento dei dati, "chiunque", cioè qualsiasi persona che abbia subito un danno legato da un nesso di causalità con il trattamento, possa agire per il risarcimento (19). Eppure, proprio la sovrapponibilità della nuova disposizione con l'art. 23 direttiva 95/46 suggerisce l'impossibilità di un allargamento incondizionato dei legittimati all'azione risarcitoria.

Già la direttiva, infatti, non era stata intesa in termini così ampi nel recepimento italiano e neppure una lettura del citato art. 82, che sia coerente con quanto sostenuto fin qui, si presta a fondare una legittimazione all'azione risarcitoria (prevista dalla normativa europea) in capo a chiunque sia in qualche modo danneggiato da un trattamento dei dati. Il titolo su cui si fonda la responsabilità, infatti, è il rapporto obbligatorio che si instaura tra titolare, responsabile e interessato al trattamento e in caso di inadempimento dei primi sarà solo il secondo ad agire per il risarcimento del danno beneficiando sia dell'inversione dell'onere della prova circa l'elemento soggettivo della fattispecie, prevista dall'art. 82 del Regolamento sia del termine più lungo di prescrizione che la natura giuridica della

(19) In questo senso sembra esprimersi, M. Ratti, *op. cit.*

responsabilità porta con sé. Ciò non vuol dire certo che se ci fosse un soggetto danneggiato diverso dall'interessato, questi non potrebbe agire per il risarcimento. In tal caso, però, si creerebbe una responsabilità a diverso titolo, segnatamente *ex* art. 2043 c.c., con tutte le conseguenze del caso rispetto sia alla ripartizione dell'onere probatorio tra le parti sia rispetto al termine di prescrizione dell'azione.

Un altro aspetto da considerare attiene a una novità introdotta dal Regolamento, ossia la possibilità che i dati oggetto di trattamento siano riferibili a una persona non maggiorenne (20). L'art. 8 del Regolamento, infatti, prevede che il trattamento correlato alla prestazione "di servizi della società dell'informazione" possa concernere le persone di sedici anni di età, le quali possono prestare personalmente il consenso al trattamento. Sfruttando il margine di discrezionalità previsto dalla seconda preposizione del primo comma dello stesso articolo, il legislatore italiano, con l'art. 2, comma 4 d.lgs. n. 101/2018, ha introdotto nel Codice *Privacy* l'art. 2-*quinquies* che ha ulteriormente abbassato il limite d'età a partire dal quale si è considerati legalmente capaci di prestare il consenso al trattamento dei dati in caso di offerta di servizi della società dell'informazione, fissandolo a quattordici anni. La disposizione, in sintonia con la nuova disciplina europea, prevede un obbligo di particolare trasparenza per il titolare del trattamento: segnatamente, il dovere di utilizzare un linguaggio facilmente intellegibile a un quattordicenne. Nulla, invece, si prevede per quanto riguarda il caso che il fanciullo, protagonista di questa vicenda, sia poi danneggiato dal trattamento dei dati. Soprattutto non si chiarisce se possa agire personalmente in giudizio per ottenere il risarcimento. Ancora una volta, la lacuna può essere colmata ricorrendo a considerazioni di carattere sistematico, in base alle quali — salvo una diversa indicazione esplicita da parte del legislatore — la titolarità di un diritto determina altresì la legittimazione ad agire in giudizio per la sua tutela (21). In altri termini, se un soggetto è considerato maturo dal legislatore per esercitare un diritto, deve essere considerato tale anche per tutelarlo giudiziariamente (si pensi al caso del minore lavoratore). Affermare il contrario tradisce un atteggiamento paternalistico nei confronti dei soggetti minorenni. Un atteggiamento, per altro verso, che dovrebbe essere rifiutato proprio alla luce della stessa attribuzione di una capacità di agire nel caso di specie.

Entrambe le conclusioni, però, appaiono rigidamente dogmatiche e mal si prestano a risolvere i problemi che potrebbero nascere dalla scarsa maturità di un quattordicenne, le cui risorse culturali e intellettive potrebbero non essere tali da fargli comprendere la portata giuridica del consenso che ha prestato e, altresì, la necessità e l'opportunità di agire in giudizio per la tutela della sua sfera giuridica. Il fatto che nel caso di specie siano coinvolti diritti e libertà fondamentali, e che l'intera esistenza del minore potrebbe essere travolta da una malaccorta gestione della sua sfera informativa, induce a rimeditare una rigida esclusione dei soggetti che esercitano la responsabilità genitoriale dall'esercizio delle prerogative spettanti al minore, sia rispetto alla decisione di bloccare l'ulteriore trattamento dei dati, sia rispetto alla decisione di esercitare un'azione risarcitoria. In definitiva, accanto all'ipotesi legale di un quattordicenne pienamente consapevole che con la prestazione del suo consenso al trattamento dei dati connesso ai servizi della comunicazione sta disponendo della propria sfera giuridica, occorre immaginare l'ipotesi di un quattordicenne che difetti di tale piena consapevolezza. È evidente che si possa ipotizzare il sorgere di un conflitto di interessi tra il quattordicenne e i titolari della responsabilità genitoriale. Ma questo consente solo di precisare che occorrerebbe la nomina di un curatore speciale nel giudizio teso ad accertare il grado di consapevolezza del minore e a stabilire se attribuire o meno ai genitori un potere di rappresentanza o di assistenza nell'esercizio dei diritti sostanziali e processuali coinvolti nella fattispecie. Si tratta, in altri termini, di una forma di incapacitazione del quattordicenne che si trova nella stessa condizione di un soggetto maggiorenne o di un minore emancipato a cui le circostanze suggeriscono di nominare un amministratore di sostegno (22). Tale interpretazione, allo stesso tempo, permette la tutela effettiva della sfera giuridica (e informativa) del quattordicenne e non sacrifica in maniera generalizzata la sua autodeterminazione.

21.4.1. L'ambito soggettivo della fattispecie: i danneggianti

In caso di illecito trattamento o violazione dei dati, i soggetti che è possibile convenire in giudizio quali danneggianti sono il titolare e il responsabile. Scompare dalle previsioni del Regolamento la figura dell'incaricato, cioè la persona che, ai sensi dell'art. 30 Codice *Privacy*, realizza concretamente le attività di trattamento dei dati "sotto la diretta autorità del titolare o del responsabile" (23). La soppressione legislativa di questa figura non la fa certo scomparire nella realtà, perché materialmente ci saranno sempre soggetti diversi dal titolare e dal responsabile a realizzare singole azioni per il trattamento dei dati. Tanto è vero che se ne trova una traccia nell'art. 28, 3° comma, lett. *c*), dove si fa obbligo al responsabile di garantire che "le persone autorizzate al trattamento dei dati personali" si siano impegnate alla riservatezza o abbiano un adeguato obbligo legale di riservatezza. È evidente che tali "persone autorizzate al trattamento" altro non siano che quelli che prima venivano definiti "incaricati". Dal punto di vista della responsabilità, la previsione

(20) Per un inquadramento sistematico della disposizione v. F. Naddeo, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, 1, 27 e ss.

(21) Su cui v. F. Tommaseo, *Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2007, 409 e ss.

(22) Quanto dispone l'art. 405, comma 2, c.c. è un'indiretta conferma dell'opinione espressa nel testo. La disposizione infatti prevede che il decreto di nomina di un'amministrazione di sostegno possa riguardare un minorenne non emancipato solo nell'ultimo anno della sua minore età. Nel caso che stiamo analizzando il ragazzo non è emancipato, ma ciò nonostante ha una capacità di agire limitata al settore del trattamento dei dati personali. Poiché il decreto di nomina dell'amministratore sottrae al beneficiario solo alcune delle sue capacità, nel caso che andiamo analizzando il giudice potrebbe sottrarre in tutto o in parte al soggetto quella capacità di agire riconosciutagli dal Regolamento, attribuendo a un amministratore di sostegno un compito di rappresentanza o di assistenza. E ciò anche prima dell'ultimo anno della minore età.

(23) Sulla responsabilità degli incaricati al trattamento, v. E. Lucchini-Guastalla, *Trattamento dei dati personali e danno alla riservatezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 3, 643.

dell'art. 15 Codice *Privacy* faceva sì che anche l'attività degli incaricati potesse essere considerata fonte di una responsabilità diretta, dal momento che l'articolo prevedeva testualmente che la responsabilità gravasse su "chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali". Ora, invece, l'art. 82 del Regolamento è chiaro nell'attribuire all'interessato un diritto a pretendere il risarcimento del danno dal titolare o dal responsabile del trattamento. Viene da chiedersi, pertanto, se in tal modo non siano diminuiti i soggetti nei confronti dei quali è possibile agire per ottenere ristoro dei danni subiti dal trattamento dei dati.

Prima di tutto, occorre considerare la ragione per la quale tutta l'attenzione del legislatore europeo è concentrata sul titolare e sul responsabile del trattamento. È evidente che tale scelta possa trovare una spiegazione nell'obiettivo principale del Regolamento, ossia la prevenzione del danno. In altre parole, non è una logica remediale a caratterizzare il Regolamento. A dimostrazione di ciò, si consideri la sproporzione tra il numero e la complessità sia delle disposizioni che dettano le condizioni per operare lecitamente il trattamento sia di quelle che organizzano un sistema di controllo amministrativo sul rispetto di tali regole, da un lato, e le disposizioni in materia di risarcimento del danno, dall'altro lato. Nel legislatore europeo sembra chiara la consapevolezza che le perdite conseguenti alla lesione della riservatezza, della dignità, dei diritti e delle libertà fondamentali e connesse al trattamento dei dati non possano essere mai completamente reintegrate. È pur vero che già nella direttiva 95/46 si poteva intravedere un tale approccio alla disciplina della responsabilità civile concernente il trattamento dei dati, ma il Regolamento finisce per esasperarlo.

Lo sforzo del legislatore europeo è tutto proteso a creare nel titolare obblighi di comportamento che potremmo definire "strategico". Ai sensi dell'art. 24 del Regolamento, il titolare ha il dovere di *a*) mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire la conformità del trattamento al regolamento e di *b*) documentare l'approntamento di tale misure in modo da poterne provare in ogni momento la loro messa in opera. In altri termini, non gli si chiede di intervenire episodicamente per far fronte ai rischi connessi al trattamento, ma di meditare sulla possibilità del loro verificarsi e fare in modo che non si concretizzino. Come se fosse un'enorme checklist, il Regolamento stabilisce le regole (minime) di condotta per proteggere la sfera informativa dell'interessato, che così vedrà circolare in maniera sicura le sue informazioni e potrà mantenere costantemente il controllo sulle stesse e sulle finalità per cui circolano. In tale prospettiva, anche il responsabile gioca un ruolo fondamentale, perché è il *medium* tra le decisioni "strategiche" del titolare e la concreta attuazione delle stesse. In questo passaggio dalla pianificazione all'attuazione, ci sono ancora decisioni da prendere e misure da adottare in stretta aderenza non solo a quanto previsto dal regolamento, ma anche a quanto prescritto dal titolare.

L'area del dovere di comportamento del responsabile è ben delimitata dall'art. 28 del Regolamento, ma questo non deve far pensare a una tipicità della condotta rilevante dal punto di vista della responsabilità civile. La previsione dell'art. 28, in certo modo, è speculare a quella dell'art. 24: in entrambi i casi, il soggetto protagonista della vicenda giuridica ha un dovere di prevenzione del danno.

Nell'art. 28 però, dato il rapporto sussistente tra titolare e responsabile, che può essere fondato su un contratto o su un atto unilaterale recettizio del titolare (come potrebbe essere un ordine di servizio, in presenza di un rapporto gerarchico tra i due soggetti), occorre prendere in considerazione non solo i doveri di comportamento di fonte legale, ma altresì quelli di fonte non legale, che integrano i primi e che li adeguano alle esigenze del concreto trattamento. In tal senso, i doveri di comportamento di fonte legale sono doveri minimali, il cui rispetto è necessario, ma non sufficiente, a far sorgere una responsabilità, dato che in concreto potrebbero rivelarsi inidonei a prevenire l'insorgenza di un danno.

Torniamo ora, dopo questa lunga parentesi, alla responsabilità di coloro che realizzano materialmente il trattamento dei dati personali. Un primo argomento per non considerarli immuni da un'azione risarcitoria è rinvenibile nel principio dell'effettività del risarcimento del danno. È evidente, infatti, che, nella logica del Regolamento, la possibilità di coinvolgere il maggior numero di soggetti possibile non risponde tanto a una finalità reintegratoria (per cui, in presenza di una pluralità di soggetti solidalmente responsabili per il danno, il creditore è messo in condizione di aggredire la sfera giuridica del soggetto che ha maggiori disponibilità economiche), bensì a uno scopo di deterrenza e di prevenzione (dal momento che coinvolgere più soggetti in un'azione per danni garantisce all'interessato la possibilità di fare pressione su un maggior numero di soggetti, con la minaccia appunto di un'azione di responsabilità). Tale lettura è coerente con quanto previsto dall'art. 26 sui contitolari del trattamento (a mente del quale, l'interessato può esercitare i suoi diritti nei confronti di ciascun titolare, e quindi anche il diritto al risarcimento del danno) o dall'art. 27 sui rappresentanti di titolari del trattamento o dei responsabili del trattamento non stabiliti nell'Unione (a mente del quale, la designazione di un rappresentante da parte del titolare o del responsabile del trattamento "fa salve le azioni legali che potrebbero essere promosse contro lo stesso titolare del trattamento o responsabile del trattamento", il che fa arguire che il diritto al risarcimento del danno possa essere esercitato anche nei confronti del rappresentante designato, sostituto processuale del titolare e del responsabile).

Riassumendo: l'art. 82 del Regolamento fa riferimento esclusivo al titolare e al responsabile del trattamento; l'obiettivo della disciplina è prevenire l'insorgenza di un danno; il risarcimento assolve primariamente a una funzione deterrente. In questo quadro, non si giustifica la mancata menzione dei soggetti che materialmente effettuano un trattamento dei dati personali e che nel lessico della disciplina previgente definivamo "incaricati". È opportuno, allora, uno sforzo esegetico aggiuntivo.

In base all'art. 29 del Regolamento, chiunque abbia accesso ai dati "sotto l'autorità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento" li può trattare solo sulla base delle istruzioni (il testo inglese è più chiaro rispetto alla traduzione italiana) del titolare. Vi è, dunque, un rapporto di dipendenza rispetto al titolare non solo del responsabile, ma di chiunque abbia accesso ai dati (quindi anche gli esecutori materiali del trattamento). Ferma restando la responsabilità del responsabile e del titolare, a mente dell'art. 82, non si può non immaginare il sorgere di una responsabilità del titolare e del responsabile per i danni arrecati da

coloro che materialmente trattano i dati personali, in forza della previsione dell'art. 1228 c.c. Dunque, è da escludere recisamente che la mancata menzione dell'incaricato quale responsabile dei danni nell'art. 82 del Regolamento possa in qualche modo ridurre il novero dei soggetti nei confronti dei quali agire per il risarcimento del danno. Del resto, proprio per coerenza con i principi generali che è possibile trarre dal Regolamento e che poc'anzi sono stati illustrati, è evidente che più sono le persone coinvolte nel trattamento dei dati e nei cui confronti è possibile agire per il risarcimento del danno, maggiormente potrà realizzarsi quell'effetto deterrente proprio dell'azione per responsabilità. A ulteriore conferma di questa conclusione sta il fatto che al titolare spetta decidere non solo in merito alle misure tecnologiche da adottare per il trattamento, ma altresì in merito alle misure organizzative, tra cui evidentemente rientra anche la sorveglianza delle persone che realizzano materialmente il trattamento dei dati.

21.5. L'*accountability* e l'imputabilità dell'evento dannoso

Tra i principi che il Regolamento detta per il trattamento dei dati personali c'è quello che, nella versione italiana, viene indicato con il termine "responsabilizzazione" e che, nella versione inglese, viene indicato con il termine (semanticamente più complesso) "*accountability*" (24). Si tratta di una novità anzitutto concettuale che l'interprete dovrà affrontare. Infatti, per rendere effettivo sul piano operativo questo principio — foss'anche esclusivamente sul piano ermeneutico — occorre prima di tutto comprenderne il significato.

Il termine, in ambiente anglosassone, viene riferito solitamente a settori molto diversi da quello in considerazione, segnatamente all'ambito finanziario e all'ambito politico (25). L'azione e al contempo l'obiettivo che esso indica è di impedire abusi nell'esercizio di un potere, al di là del contesto in cui lo stesso potere si dispiega. Tale arginamento del potere si può realizzare attraverso il ricorso sinergico a una serie di controlli, a un'attenta attività di supervisione e alla fissazione di vincoli istituzionali. Come è evidente, qui siamo oltre il concetto di responsabilità in senso civilistico. Alla realizzazione dell'*accountability* concorrono molteplici meccanismi, tra cui può essere annoverata anche la responsabilità civile. La cui funzione, però, nell'ottica dell'*accountability*, è del tutto residuale (26), dal momento che un efficace contenimento del potere dovrebbe rendere impossibile la realizzazione di qualsiasi abuso e conseguentemente impedire il verificarsi di qualsiasi danno.

(24) Su cui v. G. Finocchiaro, *op. cit.*, 12-18, che ripercorre tutte le tappe dell'emersione del nuovo principio a partire dal Parere n. 3/2010 del Gruppo di Lavoro Art. 29.

(25) Cfr. P. Newell, S. Bellour, *Mapping accountability: origins, contexts and implications for development*, Brighton, 2002.

(26) « La protezione dei dati (...) fissa regole sulle modalità del trattamento dei dati, si concretizza in poteri d'intervento (...) [che] non sono attribuiti soltanto ai diretti interessati, ma vengono affidati anche a un'autorità indipendente (...) In questa prospettiva, la tutela non è affidata soltanto all'iniziativa dei soggetti interessati, ma coinvolge permanentemente una specifica responsabilità pubblica », così S. Rodotà, *Prefazione*, in R. Panetta (a cura di), *op. cit.*, IX.

Posto, dunque, che il risultato atteso, in base al principio dell'*accountability*, è quello di controllare l'esercizio di un potere, occorre fissare preventivamente i limiti del suo dispiegarsi e i vincoli alla modalità del suo esercizio. Tali limiti e tali vincoli possono nascere da una previsione legale o dall'autonomia negoziale, tanto attraverso decisioni condivise (quali sono i contratti) tanto attraverso decisioni unilaterali (come la fissazione di *policy* aziendali o codici di condotta o regole di buon prassi). Ma ciò non basta. Per evitare abusi di potere, è necessario altresì svolgere altre due attività: quella di supervisione e quella di controllo. La necessità della supervisione deriva dal fatto che occorre rendere operativi i limiti e i vincoli all'esercizio del potere. C'è bisogno, in altri termini, che si crei un'organizzazione, si fissino procedure e si monitori costantemente l'applicazione in concreto dei limiti e dei vincoli all'esercizio del potere. Il compito è affidato in prima battuta al titolare del potere che, in caso di inadempimento, è responsabile per tutte le conseguenze negative che il mancato rispetto dei limiti e dei vincoli all'esercizio del potere può comportare. A questo "auto-controllo" del titolare del potere si somma un controllo esterno, che può essere di carattere amministrativo (si pensi al ruolo svolto dalle autorità indipendenti), giudiziario o privatistico (si pensi al ruolo che in tal senso può svolgere direttamente l'interessato).

Dunque, c'è un risultato atteso — nel caso di specie il rispetto di tutti i limiti e i vincoli istituzionali all'attività di trattamento dei dati personali — che è riferibile interamente all'attività del titolare e del responsabile del trattamento. Il Regolamento individua una serie di comportamenti doverosi per il titolare e il responsabile: in primo luogo, la predisposizione di misure tecniche e organizzative parametrate alla natura dei dati e alle finalità di trattamento e, in secondo luogo, la documentazione dell'adozione di tali misure. L'*accountability* (o responsabilizzazione) si trasforma in responsabilità in senso civilistico solo nel momento in cui si verificherà un danno, aprendo la strada a un giudizio teso a verificare l'imputabilità al titolare o al responsabile dell'evento dannoso.

Proclamare l'autonomia concettuale della responsabilizzazione rispetto alla responsabilità, non vuol dire escludere l'influenza della responsabilizzazione sulla responsabilità. Infatti, l'imputabilità, la cui ricorrenza è essenziale per la pronuncia di una condanna risarcitoria, può essere letta alla luce della *accountability*. Il titolare e il responsabile, infatti, per poter sfuggire a una condanna risarcitoria saranno chiamati a provare non più di aver predisposto tutte le misure idonee a prevenire il danno (secondo quanto previsto dall'art. 2050 c.c.), bensì che il fatto generatore del danno non poteva in nessun modo essere previsto e quindi prevenuto, sfuggendo completamente alla loro sfera di controllo. A loro, infatti, spetta la pianificazione di quelle misure di sicurezza e la valutazione preventiva della loro efficacia (cfr. Considerando nn. 84 e 85). Sicché, il punto focale che consente al giudicante di stabilire la ricorrenza di una loro responsabilità, in senso civilistico, non dipende da quanto è accaduto alla fine del processo che stiamo considerando, bensì da ciò che è successo durante il trattamento, ossia la mancanza o l'inidoneità di misure tecniche e organizzative che avrebbero dovuto prevenire il danno. Il comportamento che l'interessato (e quindi l'ordinamento) si attende dal titolare e dal responsabile del trattamento è che prendano in considerazione tutte le variabili

possibili e tutti gli accorgimenti messi a disposizione dalla tecnologia arrendendosi solo dinanzi al caso fortuito e alla forza maggiore. In questo senso, la loro è un'obbligazione (di risultato), che non consiste nell'evitare in ogni caso una violazione dei dati, ma nel predisporre in modo trasparente e controllabile tutte le misure (tecniche, organizzative e giuridiche) che si ha ragione di ritenere idonee a impedire la violazione dei dati e nell'attivare tempestivamente l'autorità di controllo appena si sia verificata una violazione, per cercare in tal modo di contenere i danni.

L'*accountability*, dunque, è un concetto in grado di mettere in discussione la stessa rilevanza, nella fattispecie, della diligenza di cui all'art. 1176, comma 2 c.c. e quindi un'attribuzione della responsabilità a titolo di colpa (27). Tale notazione non è in contraddizione con la ricostruzione della natura giuridica della responsabilità che abbiamo finora presentato, giacché la responsabilità da inadempimento può essere fondata sulla colpevolezza o può essere una responsabilità oggettiva (28). Ed è questa seconda ipotesi che sembra ricorrere nel caso del trattamento dei dati, alla luce del Regolamento, visto che compito del titolare e del responsabile è prevenire il danno, che sia oggettivamente evitabile. Se il danno si verifica, è del tutto inconferente il grado di colpevolezza che ha caratterizzato la loro condotta: potremmo definirla una responsabilità per pura causalità (29). Ciò che conta è solo il fatto di non essersi attivati efficientemente nel prevenire il rischio che il danno si verificasse. Una conseguenza di tale approccio è l'impossibilità di applicare l'art. 2236 c.c. alla fattispecie. Infatti, pur volendo concepire l'attività del titolare e del responsabile come un'attività professionale che richiede la soluzione di problemi tecnici di particolare complessità, la ricorrenza di una responsabilità oggettiva determina l'irrilevanza del grado di negligenza o incuria del soggetto inadempiente.

21.6. Il danno risarcibile

L'art. 82 del Regolamento precisa che l'interessato può chiedere il risarcimento dei danni materiali e immateriali. Anche se letteralmente questa dicotomia non corrisponde a quella accolta dal codice civile italiano (patrimoniale/non patrimoniale), il senso della disposizione non può che essere quello di rendere risarcibile ogni tipologia di danno che l'interessato possa risentire dalla violazione della sua sfera informativa. A conforto di questa interpretazione, si può richiamare il Considerando n. 85, che esemplifica le tipologie di danni che potrebbero conseguire a una violazione dei dati personali, raggruppandoli in tre macrocategorie: "danni fisici, materiali o immateriali alle persone fisiche". I danni che si elencano sono: perdita del controllo sui dati da parte dell'interessato, limitazione dei suoi diritti, discriminazione, furto o usurpazione d'identità, perdite finanziarie, decifratura non autorizzata della pseudonimizzazione, pregiudizio alla reputazione, perdita di riservatezza dei dati personali protetti da segreto professionale o qualsiasi altro danno economico o sociale significativo alla persona fisica interessata (30). In questo elenco, sono presenti ipotesi che con una certa difficoltà si possono ricondurre alla nozione di "danno" come perdita di un'utilità giuridica conseguente alla realizzazione della lesione della sfera giuridica di un soggetto (31). A questa accezione si potrebbero ricondurre i danni di natura economica (come le perdite finanziarie) e quelli che vengono chiamati danni di carattere sociale (si pensi alla lesione dell'identità personale). Il resto degli esempi sono, piuttosto, violazioni di diritti della persona, che potremmo definire danni, solo a condizione di evocare la categoria dei danni-evento (32). Occorre, quindi, capire se in questa materia si possano seguire gli insegnamenti della Corte di cassazione in tema di danno, quale conseguenza di una lesione, o se possa essere considerato danno in senso giuridico già la lesione della sfera giuridica del danneggiato (33).

Al terzo comma dell'art. 82 del Regolamento, si afferma che il titolare o il responsabile del trattamento "è esonerato dalla responsabilità (...) se dimostra che l'evento dannoso non gli è in alcun modo imputabile". Il fatto che in una stessa proposizione vi sia la parola evento accompagnata dall'aggettivo dannoso non può

---

(27) La considerazione di L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988 sulla responsabilità per rischio di impresa e sulla ricostruzione del rapporto sussistente tra art. 1218 c.c. e art. 1176 c.c. sono proficuamente estensibili alla fattispecie del trattamento dei dati.

(28) Con riferimento al criterio di imputazione della responsabilità con riferimento alla direttiva 96/45 C. Castronovo, *Situazioni soggettive e tutela nella legge sul trattamento dei dati personali*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, I, 672 sottolinea come quello della direttiva fosse un modello vuoto, giustificabile per il livello normativo al quale si attesta una direttiva comunitaria. La vaghezza della direttiva, infatti, consente agli Stati di adattare le regole europee agli ordinamenti nazionali. Quello che qui interessa è la sottolineatura dell'Autore che afferma come « una regola di responsabilità caratterizzata dalla possibilità di esonero per il soggetto come destinatario della regola stessa » rimetta comunque al legislatore la scelta del criterio di imputazione « perché l'esonero della responsabilità è compatibile anche con la responsabilità oggettiva ». Sembra che il Regolamento in materia di trattamento dei dati personali abbia ripreso il modello vago della direttiva e non abbia affatto precisato il criterio di imputazione della responsabilità. Né il compito è stato assolto dal legislatore nazionale con il d.lgs. n. 101/2018.

(29) Cfr. C. Castronovo, *op. cit.*, 673, con riferimento alla normativa tedesca in materia di trattamento dei dati personali del 1990.

(30) Su alcune epifanie del danno non patrimoniale da violazione della riservatezza nella giurisprudenza italiana, si consenta il rinvio a F. Bilotta, P. Ziviz, *Il nuovo danno esistenziale*, Bologna, 2009, 214-217.

(31) In giurisprudenza, è stato escluso che la semplice violazione delle regole afferenti alle modalità di trattamento possa determinare l'accoglimento di un'azione per danni se non si prova la lesione di un interesse meritevole di tutela, cfr. Trib. Napoli, 28 aprile 2003, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, 466.

(32) Sulla distinzione tra danno evento e danno conseguenza sia la giurisprudenza sia la dottrina si interrogano da tempo. La scelta consequenzialista della Corte di Cassazione nel 2008 ha influenzato grandemente la giurisprudenza sia di merito che di legittimità, ma non ha sopito il dibattito teorico, su cui v. da ultimo, T. Pellegrini, *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 2, 455 e ss.

(33) Proprio in tema di risarcimento del danno per lesione della *privacy* la Cassazione, 5 settembre 2014, n. 18812, in *Foro it.*, 2015, 1, I, 119, con nota di Palmieri, ha avuto modo di affermare: « il danno previsto dall'art. 15 del Codice della *Privacy* (d.lgs. n. 196/2003) non si risolve nel mero danno evento, ossia nel trattamento illecito dei dati personali, essendo necessario accertare un pregiudizio concreto della sfera non patrimoniale di interessi del danneggiato. Tale danno, quale danno-conseguenza, deve essere allegato dal danneggiato e, dunque, da lui provato ».

in alcun modo avvalorare la tesi della risarcibilità del danno-evento. E non serve scomodare la versione inglese del regolamento che a questo riguardo è più esplicita (facendo riferimento a una responsabilità per l'evento che ha dato origine al danno) perché già nella versione italiana "evento dannoso" non può che significare fatto o atto che ha determinato la lesione della sfera giuridica del danneggiato. Con ciò però non è assolutamente possibile ritenere che il danno risarcibile coincida con la lesione della sfera giuridica dell'interessato (34). Occorre quindi indagare meglio.

Il Considerando n. 85 è già un chiaro indizio dell'intenzione del legislatore europeo di considerare danno la semplice lesione della sfera giuridica dell'interessato. Se a ciò si aggiunge quanto abbiamo accennato in precedenza sulla funzione prevalentemente deterrente della responsabilità civile nell'ambito del trattamento dei dati personali, è chiaro che non si possa limitare la risarcibilità solo ai pregiudizi che discendono dalla lesione, ma che la lesione di per sé stessa debba poter far sorgere un diritto al risarcimento del danno. In tal guisa, è ovvio che le perdite patrimoniali e non patrimoniali conseguenti alla lesione della sfera informativa dell'interessato vadano risarcite e che la liquidazione del danno debba tener conto della entità di tali perdite, ma il testo del Regolamento sembra suggerire che non si possa negare un risarcimento del danno anche per il semplice fatto che si sia verificata una violazione della sfera informativa dell'interessato (35).

L'obiezione, in base alla quale in tal modo il risarcimento del danno si trasformerebbe in una sanzione civile, è destinata a infrangersi contro due argomenti. Prima di tutto, l'interpretazione delle norme europee non può essere vincolata dal rispetto della dogmatica nazionale. In secondo luogo, dal punto di vista del funzionamento del sistema di protezione dei dati personali, l'esistenza di una sanzione civile, che si affianchi a quelle amministrative e a quelle penali, costituisce un ulteriore incentivo per il titolare e il responsabile a tenere alta la soglia di attenzione e così predisporre (e successivamente a tenerle sotto controllo e aggiornarle) le misure idonee a impedire la violazione dei dati. In altri termini, nella logica della *accountability*, la sanzione civile rafforza quel meccanismo di controllo su e autocontrollo da parte di chi esercita un potere (in senso sociale oltre che giuridico) (36).

Si tratta — in tutta evidenza — di uno strappo significativo rispetto al concetto di danno che la Corte di cassazione ha enucleato in anni recenti al fine di limitare i giudizi di responsabilità e soprattutto contenere le liquidazioni dei danni (37). Ma una linea di politica del diritto di tal fatta non è in grado di reggere dinanzi a una scelta sistemica del legislatore europeo. In ogni caso, il punto merita un chiarimento, che sarà bene prima o poi rivolgere alla Corte di giustizia.

Per quanto riguarda la risarcibilità del danno non patrimoniale, l'abrogazione dell'art. 15 Codice *Privacy* potrebbe indurre qualcuno a dubitare della sua risarcibilità. A scongiurare tale esito ermeneutico, sovviene prima di tutto, come si è già detto, il riferimento testuale all'art. 82 del Regolamento. L'espressione "danno non-materiale" viene considerata equivalente alla espressione danno morale in ambienti di lingua tedesca (38). Ulteriori argomenti a favore di questa conclusione si possono trovare tanto nel caso in cui si continui a evocare una responsabilità extracontrattuale, e quindi applicare l'art. 2059 c.c. alla fattispecie, tanto nel caso in cui si condivida l'impostazione seguita fin qua in relazione alla natura giuridica della responsabilità di cui all'art. 82 del Regolamento come responsabilità da inadempimento.

Seguendo la prima strada, ci sono almeno due argomenti capaci di fugare il dubbio che l'abrogazione dell'art. 15 Codice *Privacy* possa rendere problematico il risarcimento del danno non patrimoniale. Primo argomento: il Regolamento europeo nella gerarchia delle fonti è equiparabile alla legge, in tal modo quindi è soddisfatta la previsione dell'art. 2059 c.c. Secondo argomento: nella violazione dei dati e in genere in un trattamento illecito sono coinvolti diritti e libertà fondamentali di rilevanza costituzionale (39). Quindi, in ossequio alla giurisprudenza di legittimità, la violazione di tali diritti comunque apre la strada alla risarcibilità del danno non patrimoniale.

Se, invece, si ritiene di essere di fronte a una responsabilità da inadempimento, il problema della risarcibilità del danno non patrimoniale è semplicemente inesistente. Se si tratta di una responsabilità da inadempimento non c'è nessuna norma nel codice civile che limiti al danno patrimoniale (o materiale che dir si voglia) il risarcimento. Anzi, *per tabulas*, l'art. 1218 c.c. nel ritenere risarcibile il danno da inadempimento non qualifica il sostantivo in alcun modo. Inoltre, è ormai pacifico in giurisprudenza che siano risarcibili i danni non patrimoniali conseguenti all'inadempimento, in presenza di una lesione di un diritto inviolabile della persona (40).

Un'ultima notazione, sempre in tema di danno risarcibile. Far riferimento alla responsabilità da inadempimento potrebbe comportare la limitazione dei danni risarcibili a quelli prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, ossia al

---

(34) G. Agrifoglio, *Risarcimento e quantificazione del danno da lesione della privacy: dal danno alla persona al danno alla personalità*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 4, 1265 e ss.

(35) Non molto lontana da questa prospettiva la sentenza Cass., 24 giugno 2016, n. 13161 (che conferma Tribunale di Chieti, sez. dist. di Ortona, 16 gennaio 2013) in forza della quale i pregiudizi di natura non patrimoniale sofferti dalla vittima andavano risarciti in quanto "allegati e provati in via presuntiva".

(36) S. Rodotà, *op. cit.*, IX fa riferimento all'esigenza di una "redistribuzione dei poteri sociali e giuridici" di fronte al fenomeno della circolazione delle informazioni, che necessita di un processo di "costituzionalizzazione della persona".

(37) Sull'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione in materia v. P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011, in particolare 225-230.

(38) Così, V. V. Palmer, *General introduction*, in *The Recovery of non-pecunary loss in European Contract Law*, V. V. Palmer (ed.), Cambridge, 2015, 4.

(39) Cfr. P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale*, cit., 363.

(40) Per una ricostruzione del cammino giurisprudenziale sul tema del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento v. G. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, 106-107. Sottolinea come le Sezioni unite della Cassazione nel 2008 abbiano ammesso la risarcibilità del danno da inadempimento in presenza comunque di una lesione di un diritto inviolabile della persona P. Ziviz, *Il danno non patrimoniale*, cit., 210-213. Sul tema v., inoltre, M.R. Marella, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediale nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 56-57 e L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 2, 475 e ss.

momento in cui è iniziato il trattamento dei dati. La possibilità di risarcire anche i danni imprevedibili, a mente dell'art. 1225 c.c., dovrebbe essere limitata alle sole ipotesi di inadempimento doloso. Questa regola, limitante rispetto allo spettro di danni risarcibili nel caso in cui si evochi una responsabilità extracontrattuale, dovrebbe impensierire poco per due motivi. Prima di tutto — anche ricordando quanto precisato dal considerando n. 85 — è ben difficile dire che non si possano prevedere fin dal momento del sorgere dell'obbligazione una serie di conseguenze negative, che è lecito ritenere verificabili in tutti i casi. Rimarrebbero pertanto escluse soltanto le conseguenze negative c.d. idiosincratiche, quelle cioè che si determinano per le particolari condizione della vittima. Ma anche questa esclusione può essere superata nel caso in cui le particolari condizione della vittima (capaci di determinare conseguenze negative ulteriori rispetto a quelle standard) siano note in qualunque modo al titolare o al responsabile del trattamento al momento della raccolta dei dati. In secondo luogo, ci si potrebbe chiedere se la previsione dell'art. 1225 c.c. non possa essere ritenuta del tutto superata dalla regola contenuta nel Regolamento che vuole risarcibili i danni materiali e immateriali senza precisare che debbano essere prevedibili al momento in cui sorge l'obbligazione. In altri termini, l'art. 82 — anche in forza del ruolo sistematico dell'azione risarcitoria — conterrebbe una regola implicita in forza della quale i danni risarcibili non sono circoscritti ai danni prevedibili al momento in cui il trattamento è cominciato. La regola dell'art. 1225 c.c., pertanto, sarebbe contrastante con la regola (implicita) dell'art. 82 del Regolamento, ed è noto che tale tipo di contrasto tra fonti del diritto vada risolto nel senso della prevalenza della norma di fonte europea.

21.7. Profili processuali: la prova dell'esclusione dell'imputabilità e il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria

Solo incidentalmente, in chiusura delle presenti riflessioni, centrate sugli aspetti sostanziali della responsabilità civile da illecito trattamento e violazione dei dati, occorre affrontare due aspetti di natura processuale, attinenti il primo alla prova dell'esclusione dell'imputabilità e il secondo all'individuazione del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria.

Prendendo in considerazione il primo aspetto relativo all'esclusione dell'imputabilità, l'onere della prova che ricade sul titolare e il responsabile è molto più complesso rispetto a quello che era necessario assolvere alla luce dell'art. 2050 c.c. Il titolare e il responsabile, per andare esenti da condanna al risarcimento del danno, devono concentrare la prova su due profili: la conformità del trattamento alle previsioni legali (*compliance*) e l'effettuazione di una valutazione d'impatto preventiva che abbia consentito di porre in essere misure tecniche e organizzative parametrite alla gravità del rischio connesso al trattamento (art. 35 del Regolamento).

Per quanto riguarda la *compliance*, vi sono una serie di prove indirette che si potrebbero addurre per dimostrare che il fatto all'origine dell'illecito trattamento e della violazione dei dati sfuggiva alla sfera di controllo del titolare o del responsabile. Ci si riferisce alla prova di aver adottato "codici di condotta approvati, certificazioni approvate, linee guida fornite" dal Comitato europeo per la protezione dei dati istituito dal Regolamento (Considerando n. 77). O ancora il ricorso a responsabili del trattamento "che presentino garanzie sufficienti, in particolare in termini di conoscenza specialistica, affidabilità e risorse, per mettere in atto misure tecniche e organizzative che soddisfino i requisiti del presente regolamento, anche per la sicurezza del trattamento" (Considerando n. 81). O, infine, la tenuta di un registro delle attività di trattamento effettuate (considerando n. 82). Sono tutte circostanze che, insieme alla dimostrazione della corrispondenza della modalità di effettuazione del trattamento alle norme vigenti, consentono di escludere la riferibilità del fatto all'origine del danno alla sfera di controllo del titolare e del responsabile.

La prova anche presuntiva della *compliance*, però, non è sufficiente, perché occorrerà dimostrare che le misure di neutralizzazione o di attenuazione del rischio di una violazione dei dati sono state parametrate al livello di rischio che, in concreto, il trattamento presentava fin dalla sua origine. In altre parole, non basta dimostrare di aver posto in essere delle misure tecniche e organizzative di neutralizzazione o di attenuazione del rischio, ma che queste misure fossero proporzionali alla gravità del rischio. È a questo scopo che occorrerà provare di aver svolto una seria valutazione preventiva della "gravità del rischio per i diritti e le libertà dell'interessato" in funzione della "natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, nonché del rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche" (Considerando nn. 74 e 76). È evidente, infatti, che il dovere di mettere in atto misure opportune a prevenire i rischi di violazione dei dati si fa più stringente in presenza di un rischio elevato. Tale valutazione d'impatto potrebbe indurre il titolare a prendere atto dell'esistenza di un rischio di violazione dei dati così elevato da non poter essere neutralizzato né tantomeno attenuato "mediante misure opportune in termini di tecnologia disponibile e costi di attuazione". In tal caso, prima di iniziare il trattamento, il titolare dovrà consultare l'autorità di controllo (art. 36 del Regolamento), dando così atto preventivamente di non poter controllare l'insorgenza della violazione dei dati e attendendo lumi in tal senso dalla stessa autorità. Una volta seguite le indicazioni di quest'ultima è evidente che la violazione dei dati che si dovesse comunque verificare non potrà essere considerata imputabile al titolare o al responsabile.

In definitiva, la prova della *compliance* e della valutazione di impatto preventivo dovrebbero essere tenute presenti contestualmente al fine di escludere l'imputabilità di un evento lesivo della sfera informativa dell'interessato.

Passiamo ora a considerare il secondo aspetto di rilevanza processuale, ossia la determinazione del termine di prescrizione dell'azione di risarcimento. Ritenere che la responsabilità civile da trattamento illecito e violazione dei dati sia una responsabilità da inadempimento, infatti, ha tra le altre conseguenze quella di allungare il termine di prescrizione dell'azione da cinque a dieci anni, salvo ovviamente un termine di prescrizione più lungo, laddove l'inadempimento costituisca un fatto reato avente un termine di prescrizione maggiore. A tal riguardo, potrebbe sorgere un dubbio nell'individuazione del *dies a quo* di vigenza della nuova regola. Infatti, fino all'abrogazione dell'art. 15 Codice *Privacy*, la normativa nazionale, rinviando

alle regole della responsabilità extracontrattuale, richiamava implicitamente il termine di prescrizione quinquennale (salvo ovviamente la ricorrenza di un reato), mentre l'art. 82 del Regolamento, configurando una responsabilità da inadempimento, fa immaginare un termine di prescrizione decennale. È noto che, nel contrasto tra una norma di un regolamento europeo e una norma nazionale, debba prevalere la norma europea. Pertanto, il termine decennale per l'azione risarcitoria dovrebbe essere preso in considerazione per tutti i fatti che si sono verificati all'indomani dell'entrata in vigore del Regolamento e non alla data di abrogazione dell'art. 15 Codice *Privacy*.

Parte IV
L'IMPATTO DEL REGOLAMENTO SUI MERCATI