

CASSAZIONE
SEZ. III PENALE

9 LUGLIO 2004, B.F.

PRESIDENTE: SAVIGNANO

RELATORE: NOVARESE

RICORRENTE: B.F.

Dati personali

- Trattamento non autorizzato • Illecito penale • *Ius superveniens*
- Requisito del « documento » • Mancanza
- Reato non sussiste

L'introduzione all'art. 167 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 della previsione del « documento » quale elemento della fattispecie comporta che in assenza di tale elemento nel trattamento illecito dei dati personali il reato non sussiste.

« DANNO » E « NOCUMENTO » NELL'ILLECITO TRATTAMENTO DI DATI PERSONALI

La pronunzia in oggetto, ben oltre la portata effettiva della vicenda che ne forma oggetto ed al di là del solo profilo di diritto penale che la contrassegna, può avere non poca rilevanza sistematica, in specie in connessione con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 196/2003, c.d. Codice del trattamento dei dati personali¹, del resto espressamente evocato come criterio informatore prevalente della *ratio decidendi*.

La fattispecie all'origine del procedimento penale, poi approdato in cassazione, è relativamente semplice.

Un candidato ad una competizione elettorale fa utilizzo di un elenco riservato di cittadini iscritti ad un'associazione umanitaria, per finalità di propaganda elettorale, senza il preventivo consenso dell'interessato. In secondo grado viene condannato dalla Corte di Appello di Messina, che configura il reato di trattamento illecito di dati personali ed avverso tale decisione egli propone ricorso per Cassazione sul presupposto dell'erronea applicazione dell'art. 35 l. n. 675/96 e successive modifiche (soprattutto quelle di cui al d.lgs. n. 467/2001); a suo dire, infatti, il trattamento, per un verso, aveva avuto luogo per fini esclusivamente personali, senza sistematica diffusione e comunicazione, per un altro, in attuazione del (preminente) interesse pubblico della richiesta del voto in una campagna elettorale: sotto entrambi gli aspetti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 12 l. n. 675 e 5 d.lgs. n. 467, era operante un'ipotesi di esonero dal consenso dell'interessato.

La Suprema Corte accoglie il ricorso attraverso, tuttavia, un percorso completamente diverso, e cioè « solo in seguito alla normativa sopravvenuta ed in particolare all'art. 167 d.lgs. 196/03 ».

La pronunzia, pertanto, ha un impianto (ovviamente) penalistico, ma, si vedrà, finisce per prendere in considerazione momenti di portata più complessiva della disciplina del trattamento dei dati personali.

* La sentenza per esteso è pubblicata in questa Rivista, 2004, p. 461.

¹ Per una prima lettura del Codice si

veda il commentario di S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, 2004, *passim*.

Per la Corte, infatti, la sentenza impugnata, definita, tra l'altro, « pregevole », aveva fatto riferimento alla previgente fattispecie di trattamento illecito di dati personali, configurato come « reato di pericolo presunto aggravato dall'evento nell'ipotesi contemplata al comma 3 » dell'art. 35 e « caratterizzato dal dolo specifico con funzione selettiva delle varie fattispecie criminose », sebbene i termini profitto e danno andassero intesi nella massima estensione sino ad includersi « tutte le situazioni di pregiudizio e vantaggio anche non patrimoniale ».

In altre parole, per la Corte di appello, la diversificazione delle condotte determinava una graduazione della risposta della disciplina, ma sulla scorta, *comunque*, di due presupposti ineliminabili: l'interesse protetto dal reato in oggetto « non è solo "strumentale" o formale »²; le differenti condotte sono comunque da ascrivere al « più generale profilo della riservatezza e nel quadro della nozione di trattamento » legislativamente dettate in maniera (consapevolmente) ampia e generica.

Più esplicitamente il giudice di secondo grado aveva attribuito al reato di trattamento illecito dei dati personali valenza di presidio di una nozione di *privacy* nell'ormai acclarata accezione di diritto di « signoria procedimentale »³ sui propri dati, sicché la violazione del « giusto procedimento »⁴ di trattamento, *in sé*, integra la lesione del bene protetto, con la funzione (secondaria) dell'elemento soggettivo del dolo come (mera) tecnica di graduazione dei comportamenti incriminati.

La Cassazione, al riguardo, già fa segnare un netto elemento di distacco dal precedente giudice, laddove rileva che, anche riguardo all'art. 35, l. n. 675, ed alla luce del richiamo al dolo specifico « non ogni semplice irregolarità procedimentale può essere ritenuta idonea a costituire reato, poiché determina una condizione di pericolosità, giacché una simile estensione sarebbe in contrasto con gli interessi protetti della riservatezza e dell'identità personale cioè della *privacy* intesa nella duplice valenza positiva

² Aggettivazioni decisive ai fini della ricostruzione che si intende in questa sede proporre. Ed infatti, il carattere non accessorio dell'interesse protetto dalla fattispecie, riconduce *de plano* alla configurabilità del diritto alla protezione dei propri dati, di cui all'art. 1 del Codice, quale situazione giuridica autonoma, come sarà meglio evidenziato tra breve.

³ Locuzione adoperata da A. MAIETTA, sub art. 11, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. 56, tenuto conto dell'evoluzione della riservatezza da un piano statico ad uno dinamico e, appunto, procedimentale. Per una più compiuta intelligenza di quest'ultimo concetto si vedano S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 740, nonché, sia consentito, S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 621 ss. ma spec. p. 623. L'es-

pressione costituisce altresì una eco della cd. « signoria » sui propri dati, o « autodeterminazione informativa » su cui, *amplius*, S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 101 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, in *Studium juris*, 1997, p. 466 ss. e spec. pp. 468-469, là dove si considera, tra le forme di controllo sui propri dati, l'ipotesi di cd. *jus arcendi*, espressione ripresa in Id., *Il « consenso informato » e « l'autodeterminazione informativa » nella prima decisione del Garante*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 919; e in Id., *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, p. 168.

⁴ Espressione di cui ci si è avvalsi in S. SICA, sub art. 1, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. 7.

e negativa quale libertà di escludere l'indiscriminato accesso di terzi ai dati personali e libertà di garantire all'interessato il controllo della correttezza e non eccedenza del trattamento al fine di salvaguardare l'identità personale ».

Ma la diversità di *iter* non impedisce alla Corte di condividere sostanzialmente le conclusioni del giudice del gravame, secondo cui il trattamento dei dati nel caso *de quo* non può dirsi effettuato per fini esclusivamente personali, né può essere scriminato a mente dell'art. 12, lett. h-bis), introdotto dal d.lgs. n. 467, atteso che non rientra tra le ipotesi individuate dal Garante per la protezione dei dati personali; inoltre — ciò che più conta — ricorrono i « motivi di profitto e di vantaggio », atteso che l'uso dei dati non attiene ad alcun « interesse pubblico (la libera determinazione del voto), ma privato (la ricerca del consenso elettorale) ».

2. Ma il cuore della motivazione della sentenza va rinvenuto nel riferimento al sopravvenuto art. 167 del Codice⁵ che, secondo la Suprema Corte, comporta una relevantissima modifica strutturale del precedente art. 35 l. n. 675, nella previsione [...] dell'elemento del « nocumento » attraverso la locuzione « se dal fatto deriva nocumento », precedentemente costituente soltanto una circostanza: il risultato è la trasformazione del delitto da reato di pericolo presunto a quello di pericolo concreto « con un'ulteriore maggiore tipizzazione del danno e del profitto ».

Ecco perché l'attenzione della Corte si appunta sulla nozione di nocumento, sia circa la sua natura (condizione obiettiva di punibilità⁶ oppure elemento costitutivo della fattispecie), sia in ordine al suo concreto contenuto.

Quanto al primo aspetto (in realtà, il secondo nell'ordine di trattazione della sentenza), la Corte preferisce optare per la figura della condizione obiettiva di punibilità, a tanto indotta sia dal tenore testuale della disposizione e dalla collocazione della locuzione « se [...] » nella parte *stricto sensu* sanzionatoria della norma, sia da ragioni di tecnica e di *voluntas legis*, in relazione a possibili « dubbi di legittimità costituzionale sollevati da un'incriminazione troppo lata, circoscrivendo la fattispecie ai casi in cui il bene subisca un'effettiva e tangibile lesione, dimostrata dal verificarsi del nocumento ».

Ancor più penetranti sono le osservazioni della Corte sulla portata della nozione di nocumento, che « può essere riferita sia alla persona del soggetto i cui dati si riferiscono sia al suo patrimonio in termini di perdita

⁵ Sulle disposizioni in esso contenute si rinvia a A. CASTALDO, sub art. 167, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. 739 ss.

⁶ La qualificazione della vicenda in termini di condizione obiettiva di punibilità piuttosto che di elemento del reato è rilevante sia sul piano sistematico che di *policy* del diritto penale. Affermare che l'ipotesi in questione rientra nella categoria indicata dall'art. 44 c.p. vuol dire che il nocumento di cui l'art. 167 del Codice discorre, non

appartiene all'offesa del bene protetto, non accentrando in sé l'offensività del fatto, ma rispetto ad essa rappresenta, piuttosto, un *quid pluris*. Su questo problematico istituto non si possono pretermettere, *ex multis*, i contributi di F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, 1967, p. 588 ss.; G. NEPPI MODONA, *Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità*, in *Riv. it.*, 1971, p. 184 ss.; B. PETROCELLI, *Reato e punibilità*, in *Riv. it.*, 1960, p. 674 ss.

patrimoniale e di mancato guadagno derivante della circolazione non autorizzata di dati personali ».

Ma dopo siffatta (ovvia) affermazione, la Corte qualifica l'inclusione del concetto in esame nella fattispecie penale come strumento di *tipizzazione* di un evento di danno « direttamente ed immediatamente collegabile e documentabile nei confronti dei soggetti i cui dati sono raccolti e riferiti, sicché deve aversi riguardo ad ipotesi concrete di *vulnus* [...] ».

Il che fa sostenere al giudice di diritto che sono estranee alla nozione di nocumento — *ergo*, escludono la sussistenza del reato, di cui si discorre — « le semplici violazioni formali ed irregolarità procedurali, ma anche quelle inosservanze che producono un *vulnus* minimo all'identità personale del soggetto ed alla sua *privacy* come su definite sia nell'aspetto negativo sia positivo e non determinino alcun danno patrimoniale apprezzabile ».

Così argomentando la Corte perviene alla declaratoria di non punibilità dell'imputato, *ex art.* 167 d.lgs. n. 196/2003, perché nel caso in oggetto non ricorre un nocumento sulla scorta di tale letterale considerazione: « gli interessati-denuncianti appaiono indispettiti dall'utilizzazione a fini diversi da quelli statuari, altamente umanitari, dei propri dati per piegarli all'interesse di un singolo, che riteneva di reperire voti di preferenza per la tornata elettorale [...], al limite il nocumento non attiene ai singoli, ma all'immagine della benemerita associazione ».

E anzi « chi ne resta sminuito è l'utilizzatore, ma non l'associazione [...] ».

3. La sentenza va valutata con estrema cautela, perché pur attenendo ad una vicenda peculiare e pur muovendosi — correttamente, sul versante tecnico — nell'ambito di applicazione dell'art. 167 del Codice, per le sue implicazioni rischia di « segnare » l'evoluzione più ampia del sistema sanzionatorio configurato dal d.lgs. n. 196 e, più in generale, della disciplina dei dati personali.

La *ratio decidendi* è convincente, quanto alla ricostruzione del « modello » di fattispecie tracciato dall'art. 167; è, infatti, plausibile la qualificazione del nocumento come « condizione intrinseca » di punibilità, emanazione di una tecnica di selezione delle condotte *effettivamente* perseguite.

La ricostruzione attuata dalla Corte, tra l'altro, ben coglie lo spirito della riforma del « diritto penale della riservatezza », avviata sin dal d.lgs. n. 467/2001, che persegue la *policy* del ricorso alla soluzione penalistica come *extrema ratio* rispetto al fallimento dei rimedi preventivi, di cui vi è molteplice presenza nel Codice e nel suo impianto⁷.

Del pari, risulta appagante la differenziazione tra lo schema a cui era ispirato l'art. 35 l. n. 675 e l'attuale art. 167, in specie con riguardo al (ben delineato) passaggio da reato di pericolo presunto a reato di pericolo concreto.

⁷ Sul *trend* di depenalizzazione inaugurato dal d.lgs. n. 467 del 28 dicembre 2001, si permetta di rinviare a S. SICA, *D.Lgs. n. 467/01 e « riforma » della priva-*

cy: un vulnus al « sistema » della riservatezza, in questa *Rivista*, 2002, p. 263 ss. e, per quanto attiene a tale aspetto, p. 286 ss.

L'interpretazione proposta nella pronunzia, poi, consente di porre un argine — *rectius*, un'attenuazione — all'infelice formulazione dell'art. 167, che, come è stato rilevato, attraverso il rinvio ad una serie di disposizioni ulteriori (artt. 18, 19, 23, 123, 126 e 130, ovvero in applicazione dell'art. 129, siccome individuati dal comma 1, artt. 17, 20, 22, commi 8 e 11, 25, 26, 27 e 45, cui invece rinvia il comma 2 dell'art. 167), rischia di essere di difficile decifrazione e concreta applicazione⁸.

Le perplessità sono, invece, di altra natura; la Corte non si accontenta di svolgere considerazioni finalizzate al corretto inquadramento della specifica fattispecie nella nozione preferita di reato di trattamento illecito di dati personali. Una simile operazione è l'occasione per delineare principi potenzialmente di portata generale, che appresso si sintetizzano:

— « non ogni semplice irregolarità procedimentale può essere ritenuta idonea a costituire reato »;

— esulano dalla nozione di nocumento « le semplici violazioni formali ed irregolarità procedurali »;

— del pari, non integrano il « nocumento » penalisticamente rilevante le « inosservanze che producono un *vulnus* minimo all'identità personale del soggetto ed alla sua *privacy* [...] e non determinano alcun danno patrimoniale apprezzabile ».

La perplessità connessa a simili enunciazioni è, appunto, che esse vengano estrapolate dal contesto in cui sono state rese e, abbandonando il terreno penalistico ove sono state coltivate, svolgono un effetto di *imprinting* sull'avvio dell'elaborazione interpretativa ed applicativa del Codice; perché, se così fosse, esse andrebbero attentamente vagliate e, in parte, confutate.

Più chiaramente, nell'ambito della definizione del modello ricostruttivo dell'art. 167 — e, se si può dire, delle sanzioni penali in materia — è possibile condividere le conclusioni della Corte.

Il richiamo del « nocumento » è appositamente considerato ai fini della delimitazione delle condotte concretamente perseguibili ed è credibile qualificarlo come condizione obiettiva di punibilità.

Si può, altresì, ritenere che, nella *policy* « depenalizzante » perseguita dal Codice, il nocumento sia giustamente diversificato rispetto alle mere violazioni procedurali.

Già più opinabile è che possa esservi un *vulnus* — tale è la conclusione della Corte — *minimo* che non comporta l'applicazione dell'art. 167: chi definisce gli *standards* di accettabilità del *vulnus* e la soglia oltre la quale il danno non è « minimo »? Il giudice, per di più quello penale, che da tale valutazione fa discendere la punibilità del soggetto? Sia che si pecchi per eccesso, sia per difetto, i dubbi non sono pochi.

Il nocumento o c'è o non c'è, non ne esiste uno che sia « sistematicamente » sopportabile.

Ancor meno da condividere è il riferimento al « danno patrimoniale apprezzabile »: dunque l'art. 167 non si applica se il nocumento è di altra natura? L'affermazione ha nella stessa sentenza la sua smentita, visto che poco prima la Corte — si ripete, quasi in maniera superflua — aveva

⁸ In argomento si rinvia ancora a A. CASTALDO, sub art. 167, in S. SICA-P. STAN-

ZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit.

ricordato che la nozione di documento « può essere riferita sia alla persona del soggetto [...] sia al suo patrimonio[...] ».

Il timore — perché di tanto si tratta — è che la Corte, a dispetto della chiarezza del quadro tecnico di riferimento (quanto a concetti generali ed efficace descrizione della struttura della disposizione presa in esame) abbia compiuto una vera e propria scelta di campo, ponendo un deliberato argine al novero dei comportamenti penalmente perseguibili in materia e conducendo alle estreme conseguenze la palese *policy* di depenalizzazione introdotta dal legislatore.

4. La posta in gioco, in realtà, è più ampia, se si riflette su quanto la storia di alcune fattispecie di responsabilità civile abbiano registrato l'influenza della parallela evoluzione del modello di responsabilità penale delineato per la comune condotta che ne forma oggetto o ne abbiano condiviso, in tutto o in parte, gli elementi strutturali (si pensi, ad esempio, alla colpa nella responsabilità medica)⁹.

Apertis verbis, le affermazioni contenute nella sentenza hanno pregio se riguardate nella prospettiva dell'art. 167, del quale rappresentano efficacemente la *ratio*, ma, ove si intenda estenderle fuori del settore in cui sono collocate, le conclusioni possono essere differenti.

Ad esempio, il passaggio della figura, di cui alla norma in questione a reato di pericolo concreto corrisponde proprio alla scelta legislativa di « graduare » selettivamente le condotte perseguibili¹⁰: in tale contrasto ha senso sostenere che « non ogni semplice irregolarità procedimentale può essere ritenuta idonea a costituire reato »; se trasferita alle conseguenze civilistiche del trattamento illecito dei dati personali un simile assunto non è da condividere.

Il riferimento è soprattutto all'art. 1 del Codice, rubricato « Diritto alla protezione dei dati personali ». Non vi è spazio e modo di affrontare compiutamente nella presente sede le questioni che alla norma sono da ricondurre o che da essa probabilmente sorgeranno. Si rinvia a lavori in cui si è avuto modo di proporre una ricostruzione della disposizione coerente con il « senso complessivo » della disciplina dei dati personali¹¹. In estrema

⁹ Risulta arduo contenere in una nota i numerosissimi contributi dottrinali e le evoluzioni della giurisprudenza in tema di responsabilità medica. Una compiuta analisi delle molteplici problematiche ad esso connesse e delle soluzioni che le corti ed i dottori hanno offerto si può trovare in P. STANZIONE-V. ZAMBRANO, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, *passim*, ma spec. p. 165 ss.

¹⁰ La scelta normativa, orientata ad una « graduazione » delle misure e delle conseguenze derivanti da trattamento illecito dei dati personali era già stata a sua tempo evidenziata in S. SICA, *D.Lgs. n. 467/01 e « riforma » della privacy: un vulnus al « sistema » della riservatezza*, cit., p. 285.

¹¹ S. SICA, sub art. 1, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. 7; sull'art. 1 del Co-

dice e sulla qualificazione del diritto alla protezione dei dati in termini di diritto fondamentale della persona si veda pure S. RODOTÀ, *Tra diritti fondamentali ed elasticità della normativa: il nuovo Codice sulla privacy*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 1, p. 1 ss., e, su questo specifico profilo, p. 3. Né appare peregrino ricordare che la disposizione in oggetto riproduce quanto affermato dall'art. 8 della Carta di Nizza, secondo cui « Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano ». Il dibattito sulla sussistenza o meno di un diritto alla protezione dei dati quale situazione giuridica a sé, distinta dagli altri valori della persona che i dati possono racchiudere (riserbo, identità, dignità) era, d'altronde, già presente sotto la vigenza della L. 675/96. Favorevoli all'autonomia concettuale di tale diritto, tra gli altri, E. Gian-

sintesi, si può tuttavia, rilevare che non casualmente l'art. 1 apre e, se è lecito dire, segna il Codice: il diritto alla protezione dei propri dati personali è l'esplicazione normativa della filosofia della riservatezza modernamente concepita o, almeno, delineata dalla dir. 46/95 in avanti, la c.d. *privacy in action* o a tutela procedimentale¹². In siffatto quadro la *prevenzione* dei comportamenti violati dei diritti dell'interessato e la garanzia del *controllo* sulla « parabola » dei dati stessi assurgono ad un rango privilegiato.

La vera novità del Codice, inoltre, è da scorgere nella trasformazione del diritto alla protezione da figura « ancillare » degli altri diritti — riservatezza, identità personale etc. — in situazione soggettiva totalmente autonoma sul piano sostanziale, *ergo* remediale.

Ne è riprova l'inclusione della figura tra i diritti *particolarmente* oggetto di tutela nell'art. 2, comma 1, del Codice (insieme, appunto, alla riservatezza ed all'identità personale).

Si discute sul se sia configurabile un'azione tesa ad ottenere il risarcimento del danno da violazione del *solo* diritto alla protezione dei dati personali; *id est*, sul se sia consentito agire lamentando il mero fatto che i propri dati risultino non protetti (a titolo esemplificativo incustoditi); a prescindere dalle conseguenze pregiudizievoli che tale condotta abbia prodotto sugli *altri* diritti al centro di tutela.

La risposta affermativa non pare che porre un dubbio: che significato avrebbe attribuire — con espressa ed apposita declaratoria all'esordio del Codice — un diritto, se ad esso non fosse, altresì, assicurata *autonomia* tutela?

Il che è profilo distinto dall'altro concernente la sussistenza dell'ordinaria fattispecie di responsabilità civile che, con il fatto ingiusto, va completata dalla dimostrazione del danno; cioè, è chiaro che nell'intentare l'azione l'interessato non può limitarsi a provare che si stato violato il diritto a vedere i propri dati protetti, ma deve indicare gli estremi di un danno patito che, tra l'altro, quanto al pregiudizio non patrimoniale, *ex art.* 15 Codice, può essere anche presuntivamente affermato¹³.

nantonio, sub *art.* 1, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/96*, Padova, 1997, p. 2 ss., in cui si afferma, p. 5, che « la legge introduce e disciplina un diritto nuovo e *sui generis*, il diritto sui propri dati personali, diverso dai tradizionali diritti della personalità »; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *I diritti della personalità dopo la legge sulla tutela dei dati personali*, cit., p. 468 ss.

¹² Su tale argomento sia consentito rinviare a S. SICA, *Le tutele civili*, in V. ZENO ZENCOVICH, S. SICA, F. CARDARELLI (a cura di), *Il Codice dei dati personali: temi e*

problemi, Milano, in corso di pubblicazione, in cui si evidenziano i profili di tutela dalla forte connotazione procedimentale e preventiva siccome apprestata dal d.lgs. 196/03.

¹³ L'art. 15, del resto, nel riformulare le disposizioni contenute nella L. 675/96 agli artt. 18 e 29, comma 9, ripropone il dibattito intrapreso su questi ultimi e su cui G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 349 ss. e 485 ss.; G. COMANDÈ, « *Privacy* » *informatica: prospettive e problemi*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 143 ss.; S. SICA, sub *art.* 18, sub *art.* 29, comma 9, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/96*, cit., rispettivamente p. 174 ss. e 284 ss.

5. Tali osservazioni sono tutt'altro che estranee alla riflessione sulla pronunzia in oggetto e rimandano all'«architettura» complessiva del Codice.

Pure in questo caso, forse con eccesso di sintesi, è utile tentare una ricostruzione d'insieme delle linee-guida del d.lgs. 196/2003, che, invero, sembra contraddistinto da una forte logica di tutela preventiva dell'interessato.

I segnali che conducono verso una simile direzione sono molteplici. 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 «vicenda».

Si è assistito ad una (convincente) evoluzione verso la già ricordata tutela «procedimentale»¹⁴ dell'interessato, che presuppone la circolazione dei dati, per dir così, quale «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, qualifica l'intera disciplina del 2003, 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*¹⁵.

¹⁴ In aggiunta ai riferimenti bibliografici già citati in argomento alla nota 3, vanno ricordati ancora, specie quanto al profilo che qui si evidenzia, F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in V. CUFFARO, V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina dei dati personali*, Torino, 1997, p. 5 ss.; Gius. M. RICCIO, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in S. SICA e P. STANZIONE (a cura di), *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, 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*, 1983, p. 271 ss., secondo il quale la protezione procedimentale, il *verfahrensmäßiger Schutz* non appartiene ad una singola disposizione legislativa, ma permea l'intero impianto della legge federale in materia.

¹⁵ Anche questa espressione è mutuata da A. MAIETTA, sub art. 11, in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. 56.

Di taglio preventivo è, altresì, la tutela contenuta nel disposto dell'art. 14 del Codice, che ribadisce il c.d. divieto di « profilazione »¹⁶ 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 preventiva¹⁷.

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. Il diritto d'accesso dell'interessato e quello di opposizione al trattamento sono la migliore manifestazione della finalità di prevenzione del gruppo di disposizioni richiamate.

Nello stesso senso depone la semplificazione delle modalità di esercizio dei diritti dell'interessato prevista nell'art. 9 del Codice.

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 ». 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 prevenzione¹⁸.

6. 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 oggi consacrata nell'art. 15 del Codice.

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,

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Sulla riforma apportata dal Codice alla materia delle misure di sicurezza da adottare nel trattamento dei dati personali

si rinvia a GIOV. M. RICCIO, sub art. 31 ss., in S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, cit., p. 126 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.

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 ridimensionata¹⁹.

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*,²⁰ dal controllo pubblico del Garante²¹, 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).

Ma è il sistema delle sanzioni che va collocato — e, quindi, interpretato ed applicato — nello schema di « pesi e contrappesi » introdotto dal Codice.

Sicché, la preferenza legislativa è attribuita alla prevenzione, pur nella consapevolezza dell'inevitabile percentuale di rischio (individuale e sociale) che il trattamento dei dati reca con sé.

A questo punto si dischiudono le vie dei « rimedi », di natura penalistica e civilistica.

Il legislatore mostra di volerle tenere più distinte di quanto ordinariamente siano diversi i percorsi della responsabilità penale e della regola aquiliana.

L'art. 15 consacra — sulla scia dell'art. 18 l. n. 675 — un modello di responsabilità visibilmente improntato al criterio del rischio. È nota la

¹⁹ L'impostazione in termini di efficienza è sottolineata da V. COLONNA, *Tutela della privacy tra regole di mercato e poteri individuali, Danno e resp.*, 2001, p. 77 ss., ma spec. p. 88.

²⁰ 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.

²¹ 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.

formula legis — che qui non può essere compiutamente sceverata —: « Chiunque cagiona danno ad altri per effetto [...] è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile »²².

A prescindere dallo sterile dibattito sul se, in virtù di tale richiamo, il trattamento diventi oppur no attività presuntivamente pericolosa, è certo che il danneggiato da trattamento goda del regime, sostanziale o processuale, dell'art. 2050 cod. civ., cioè di un accentuato *favor*, che non si risolve nella mera invenzione dell'onere della prova, ma si sostanzia in una vera e propria fattispecie di « illecito » a fondamento semi-oggettivo²³.

Il tutto è confortato, inoltre, dal comma 2 dell'art. 15 (sulla scorta del previgente art. 29, comma 9 l. n. 675), che risolve in radice ogni disputa sull'ammissibilità del danno non patrimoniale in materia, postulandone la risarcibilità in caso di trattamento illecito²⁴.

Il *leit-motiv* del « diritto penale del trattamento dei dati personali » è, invece, di segno radicalmente differente. Il d.lgs. n. 467/2001 aveva anticipato la filosofia della depenalizzazione, mentre le ulteriori novità degli artt. 167-169 del Codice conducono a termine siffatta evoluzione.

In questo senso vanno letti i richiami al nocumento come condizione obiettiva di punibilità; in tale (ma *soltanto*) prospettiva si giustifica la visione interpretativa affermata dalla Cassazione nella decisione in esame.

L'estrapolazione di passi della sentenza e l'aspirazione a trasformarli in principi generali dell'« illecito trattamento » sono quindi del tutto inaccettabili.

²² Il riferimento alla responsabilità da attività pericolosa, già presente nel vigore della L. 675/96 — e su cui richiami bibliografici alla nota 13 —, ripropone, da parte sua, il problema di una adeguata sistemazione concettuale e soprattutto applicativa delle cd. responsabilità speciali. Al riguardo si vedano, tra i tanti, 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., nonché G. AUTORINO STANZIONE (a cura di), *Le responsabilità « speciali »: modelli italiani e stranieri*, Napoli, 1994, *passim*.

²³ Sui diversi inquadramenti della responsabilità pericolosa, siccome oggettiva o semi-oggettiva, per rischio oggettivamente evitabile, e via enumerando, P. TRIMARCHI, 1961, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 280 ss.; M. FRANZONI, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 130 ss.; S. SICA, *Circolazione di autoveicoli e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, Camerino-Napoli, 1990, p. 154 ss. 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.

²⁴ Copiosa la letteratura fiorita in tema di risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati. Si ricordano, *ex multis*, 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, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1999, p. 684 ss.; S. SICA, sub art. 29, comma 9, in E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, cit., p. 284 ss.; S. SICA, *Danno morale e legge sulla privacy informatica*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 282 ss.; Id., *Danno morale per lesione della privacy: domicilio ed essenzialità della notizia*, in questa *Rivista*, 2000, p. 469 ss.; S. MORELLI, *La lesione dei diritti fondamentali della persona come danno-evento di per sé risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 373. In giurisprudenza si veda, in particolare, Trib. Milano, 13 aprile 2000, in questa *Rivista*, 2000, p. 469 con nota adesiva di S. SICA, *Danno morale per lesione della privacy*, in *ivi*, 2000, p. 469 ss.

Se per il giudice penale è plausibile — ma una riserva di dubbio è più che legittima — sostenere che non ogni violazione di regola procedurale integra di per sé un fatto-reato; se in sede di accertamento di reato, è ammissibile una digressione sulla « misura » del nocumento ai fini della verifica degli elementi della fattispecie, il giudice della responsabilità civile deve, viceversa, aver chiaro il proprio assai diverso compito alla luce della *policy* del Codice.

La funzione dell'obbligazione risarcitoria del danno « da » trattamento dei dati personali è proprio quella di « coprire » le aree lasciate « incustodite » dai rimedi preventivi; non importa l'estensione di tali aree perché il profilo funzionale prevale sulla ricostruzione strutturale del fatto « illecito »²⁵. *Id est*, non è pensabile che, in un giudizio di responsabilità civile da trattamento dei dati trovino ingresso « zone franche » sia rispetto all'*an* che al *quantum debeatur*. In questo ambito, a titolo esemplificativo — ma con riguardo alla pronunzia commentata —, è sufficiente anche una violazione di regole procedurali perché abbia luogo un illecito trattamento; né rileva che il *vulnus* all'identità personale o alla riservatezza sia « minimo ».

La vicenda posta all'attenzione della Corte probabilmente in sede civile avrebbe potuto ricavare diversa soluzione e la dimostrazione dei requisiti, di cui all'art. 15, commi 1 e 2, del Codice sarebbe stata raggiunta.

Inoltre — sia chiaro, per puro esercizio teorico — non è da escludere la pretesa dell'interessato ad ottenere soddisfazione per la mancata protezione dei propri dati *da parte* dell'associazione, alla quale erano stati conferiti. L'obiezione prevedibile — ma il danno di ricevere una missiva per scopi elettorali in che cosa consiste? — risente ancora una volta della sovrapposizione del piano della responsabilità con quello del danno o, ancor peggio, della relativa quantificazione.

Che quest'ultima possa essere complessa, che appaia inappagante la formula del « danno-evento »²⁶ presuntivamente accertato non può equivalere a svalutare il compito della riparazione del danno da trattamento illecito; ne è consentito sottacere che il « nocumento » — condizione di punibilità — è altro dal danno elemento (concorrente) della determinazione strutturale della responsabilità civile.

In definitiva, è opportuno che la decisione considerata non sia la « rondine » che annunzi la « primavera » di un'interpretazione restrittiva o ri-

²⁵ Si consenta il rinvio a S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e « valori »*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.

²⁶ Inappagante specie sulla scorta dei recenti indirizzi interpretativi maturati dalla giurisprudenza di legittimità. Si allude, com'è intuitivo, a Cass., 12 maggio 2003, nn. 7281, 7283 e 7284, in *Guida al dir.*, 2003, 22, p. 40 ss., ma soprattutto Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Guida al dir.*, 2003, n. 25, p. 38 ss. in cui esplicitamente si esclude la risarcibilità del danno morale per il cd. danno *in re ipsa* o danno-evento, affermando che la lesione dell'interesse protetto non è sufficiente per far nascere l'obbligo di risarci-

mento, essendo altresì necessario che la predetta lesione sia stata causativa di un danno, il quale deve essere congruamente allegato e provato. Per una risposta dottrinale a tali pronunce si vedano, in particolare, M. FRANZONI, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2003, 3, p. 1193 ss. e spec. p. 1209 ss. G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale: responsabilità presunta e nuova posizione del giudice civile*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 715 ss. In termini più ampi, un'attuale ed efficace riflessione sul tema è offerta da G. PONZANELLI (a cura di), *Il « nuovo » danno non patrimoniale*, Padova, 2004, *passim*.

dimensionante della fattispecie di danno da trattamento dei dati personali che, all'opposto occupa un posto centrale, posta com'è tra gli sforzi della tutela preventiva ed il ruolo residuale e di scarsa *deterrence* della responsabilità penale in argomento.

SALVATORE SICA