

SALVATORE SICA

D.LGS. N. 467/01 E « RIFORMA » DELLA *PRIVACY*: UN *VULNUS* AL « SISTEMA » DELLA RISERVATEZZA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Definizioni e riflessi di diritto internazionale privato. — 3. Novità in tema di notificazione. — 3.1. (*Segue*) Verso la notificazione come « eccezione ». — 4. Informativa. — 5. Modifiche al sistema del consenso. — 5.1. (*Segue*) Casi di esclusione del consenso. — 6. Esercizio dei diritti dell'interessato e riservatezza nelle telecomunicazioni. — 6.1. (*Segue*) Fatturazione e modalità di pagamento dei servizi di telecomunicazioni. — 7. Dati sensibili, associazioni ed enti non profit. — 7.1. (*Segue*) Esonero dal consenso per taluni trattamenti. — 8. Altri dati particolari previsti dal D.Lgs. n. 467/01. — 8.1. (*Segue*) Misure per il trattamento illecito o non corretto. — 9. Profili penalistici e depenalizzazione. — 10. Codici di deontologia e poteri del Garante. — 10.1. (*Segue*) *Privacy*, e-commerce e reti telematiche. — 11. Considerazioni conclusive.

1. INTRODUZIONE.

Al momento della sua entrata in vigore è innegabile che la legge n. 675/96 dette luogo a reazioni contrastanti, ma, nel complesso, l'introduzione della disciplina organica della tutela dei dati personali favorì due tendenze iniziali contrapposte: la preoccupazione, specie del ceto imprenditoriale, di essere di fronte all'ennesimo « intralcio » al libero svolgimento di un'economia di massa e, viceversa, l'enfatizzazione del ruolo della *privacy* come strumento di una rinnovata stagione di diritti civili¹.

Ciò che, tuttavia, ha sin qui impedito fenomeni di rigetto o eccessi di compiti della normativa del '96, è probabilmente la contemporanea presenza della legge-delega n. 676/96, attraverso la quale è stata accompagnata la fase più difficile dell'« avvento della riservatezza », quella dell'iniziale rodaggio e della verifica dell'impatto delle nuove categorie nella prassi e nell'elaborazione giuridica.

¹ F.D. BUSNELLI, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy*, *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, Padova, p. 223, in sede di inquadramento sistemati-

co della normativa, si spinge a definire la l. n. 675/1996 come « la prima legge generale sui diritti fondamentali della persona umana ».

Al riguardo, però, non si può non sottolineare il rilevante concorso di una serie decisiva di fattori. In primo luogo, in un'epoca di proliferazione delle *authorities*², non sempre accompagnate da efficacia dei risultati sperati, il Garante per la protezione dei dati personali ha oggettivamente fornito buona prova di sé, conseguendo il non semplice obiettivo di affermare la « cultura » della riservatezza, senza cedimenti o « sterilizzazioni » della legge, e, al contempo, di porsi in un atteggiamento dialogico con i soggetti concretamente chiamati a dare applicazione alla disciplina; il che ha prevenuto situazioni vistosamente patologiche ed ha consentito di superare le incongruenze della previsione legislativa e di attenuare rigori interpretativi, forieri soltanto di un potenziale rifiuto in blocco del *corpus* della *privacy*. Le esemplificazioni sono molteplici, ma basti porre mente soltanto alla soluzione delle cc.dd. autorizzazioni generali per il trattamento dei dati sensibili ad opera di determinati soggetti o nell'ambito di peculiari settori³.

Inoltre, è sufficiente passare in rassegna le pubblicazioni periodiche del Garante per trovarvi consistente traccia di un simile orientamento, che si è risolto non soltanto nel « decidere » situazioni conflittuali, ma, soprattutto, nel prevenirle mediante l'ampio ricorso alla figura del parere⁴.

In secondo luogo, non si può non prendere atto che pochi provvedimenti legislativi hanno fatto segnare, negli ultimi tempi, lo stesso grado di attenzione dottrinale, che ha suscitato la l. n. 675⁵. Gli autori sembrano realmente aver accompagnato l'impatto della normativa nel tessuto sociale ed economico, sia attraverso le tradizionali forme del commento legislativo, sia mediante l'impegno, non certo generale, di assicurare compatibilità tra le nuove figure e le categorie consolidate della dommatica. In questa prospettiva si giustificano le rilevanti e sistematiche riflessioni sui diritti della personalità, all'indomani dell'avvento della riserva-

² Sul tema v. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997. Per un'analisi approfondita della tematica delle autorità amministrative indipendenti, valga per tutti il rinvio a S. CASSESE - C. FRANCHINI, *I Garanti delle regole*, Bologna, 1996.

³ V. in particolare l'Autorizzazione Generale al trasferimento di dati personali verso organizzazioni aventi sede negli Stati Uniti secondo i « Principi di approdo sicuro in materia di riservatezza » del 10 ottobre 2001, nonché le varie autorizzazioni, reiterate annualmente, al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro, da parte di associazioni e fondazioni, e di liberi professionisti.

⁴ Sulla centralità del Garante nel sistema di prevenzione approntato dalla l.

n. 675/96 v. A. DE MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 403.

⁵ Numerosi sono i commenti pubblicati a seguito della entrata in vigore della l. n. 675 del 1996. *Ex multis* v. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997; V. CUFFARO - V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina dei dati personali*, Torino, 1997; C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy*, cit.; E. GIANNANTONIO - M.G. LOSANO - V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla L. 675/1996*, Padova, 1997; V. FRANCESCHELLI (a cura di) *La tutela della privacy informatica. Problemi e prospettive*, Milano, 1998; G. ALPA, *La disciplina dei dati personali. Note esegetiche sulla legge 31 dicembre 1996 n. 675 e successive modifiche*, Roma, 1998.

tezza⁶; nella stessa prospettiva si colloca il dibattito sulla natura e, conseguentemente, sulle modalità operative del consenso al trattamento dei dati personali⁷. Analogamente, la fattispecie della responsabilità civile da trattamento illecito dei dati personali ha favorito un confronto fecondo, nella regola aquiliana in generale, sulle cc.dd. responsabilità speciali e, in maniera specifica, sulla teoria del danno, specie del pregiudizio extrapatrimoniale⁸.

Un ulteriore profilo positivo da segnalare è la buona prova che la l. n. 675 ha saputo dare sul piano della capacità di adeguamento elastico a nuove esigenze od a settori in evoluzione. Chi discorre della disciplina della riservatezza oggi sa di riferirsi, appunto, ad un corpo composito, *in action*, in costante metamorfosi, ora per via legislativa (su tutti, valga il richiamo al D.Lgs. n. 171 del 1998 sulla riservatezza nelle telecomunicazioni)⁹, ora mediante, si è detto, l'interpretazione del Garante e della dottrina, che non si è sottratta ai delicati aspetti di frontiera, come Internet e *privacy*. Semmai va registrata una certa assenza del formante giurisprudenziale, che, tuttavia, non ha mancato di intervenire alla prima occasione utile¹⁰, in tema di danno morale da trattamento illecito dei dati personali¹¹, e, d'altro canto, è assente nella misura in cui la disciplina vive ancora un processo, sia consentito dire, di « metabolizzazione » socio-economica, laddove i possibili conflitti hanno trovato altre forme di sbocco risolutorio.

In questo contesto, nell'insieme fecondo di risultati, neppure privo di profili problematici, da ultimo si è inserito il D.Lgs. n. 467 del 28 dicembre 2001, che è opportuno prendere in esame, atteso che non pare l'ennesimo intervento legislativo di « ritocco »: si ha, invero, l'impressione di trovarsi di fronte alla più consistente delle modificazioni « in corsa » sin qui subite dalla legge n. 675. Si tratta, quindi, di domandarsi se ed in quale entità l'impianto iniziale, sino ad ora soltanto « tarato » periodicamente, venga ad avere mutamenti sostanziali, atti ad incidere

⁶ Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *I negozi sugli attributi della personalità*, in questa *Rivista*, 1993, p. 570 ss.

⁷ Sulla natura del consenso, v. G. OPO, *Il consenso dell'interessato*, in Atti del convegno di Alghero, 19-20 settembre, Milano, 1998, p. 125; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 457, e, da ultimo, S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli di qualificazione giuridica*, *ivi*, 2001, II, p. 621 ss.

⁸ Cfr. S. SICA, *Commento all'art. 29, comma 9*, in E. GIANNANTONIO - M.G. LOSANO - V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 284 ss.

⁹ Sul punto v. S. SICA, *Sicurezza e ri-*

servatezza nelle telecomunicazioni: il D.Lgs. n. 171/98 nel « sistema » della protezione dei dati personali, in questa *Rivista*, 1998, p. 775 ss., nonché M. ATELLI (a cura di), *Privacy e telecomunicazioni. Commentario al D.lgs. n. 171/1998*, 1999, Napoli, *passim*.

¹⁰ V. Trib. Milano, 13 aprile 2000, in questa *Rivista*, 2000, p. 371, con nota di S. SICA, *Danno morale per lesione della privacy*, *ivi*, p. 469 ss.

¹¹ Cfr. le considerazioni svolte da S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 788, ove si ritiene che anche l'abuso dei mezzi di telecomunicazione integri un'ipotesi di illecito trattamento dei dati personali.

non sulle sole modalità applicative, bensì sulla filosofia in sé della legge del '96.

2. DEFINIZIONI E RIFLESSI DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO.

Tra le varie forme possibili di esegesi del testo legislativo in oggetto, probabilmente la più idonea consiste nell'assecondarne l'andamento e lo svolgimento tematico.

All'art. 1, il D.Lgs. n. 467 si occupa delle « Definizioni e diritto internazionale applicabile », precisando che « Agli effetti dell'applicazione del presente decreto si applicano le definizioni elencate nell'articolo 1, comma 2, della legge 31 dicembre 1996, n. 675 ». L'inciso appare quasi di stile, ma ha una valenza significativa; esso attesta il collegamento stabile alla « nomenclatura » della *privacy* e, soprattutto, ribadisce il catalogo definitorio dell'art. 1, comma 2, l. cit., del quale si è avuto modo di sottolineare l'estremo pregio applicativo, consistente proprio nell'elasticità delle definizioni generali, *prima facie* perfino eccessiva, ma che sino ad ora ha consentito l'attualità e l'adeguatezza della legge del '96 alle crescenti emergenze di un settore, che conosce un'accelerazione tecnologica senza precedenti¹².

L'art. 1 del D.Lgs. aggiunge, poi, nell'art. 2 della legge n. 675, i seguenti commi: « 1-bis. La presente legge si applica anche al trattamento di dati personali effettuati da chiunque è stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione Europea e impiega, per il trattamento, mezzi situati nel territorio dello Stato anche diversi da quelli elettronici o comunque automatizzati, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dell'Unione Europea.

1-ter. Nei casi di cui al comma 1-bis il titolare stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione europea deve designare ai fini dell'applicazione della presente legge un proprio rappresentante stabilito nel territorio dello Stato ».

Le disposizioni rispondono, come è stato rilevato¹³, al principio comunitario dello stabilimento, sottoponendo alla legge italiana i cc.dd. trattamenti inscrivibili di dati operati tramite siti web dislocati all'estero su prestazioni informatiche collocate in Italia (inclusi i *cookies*)¹⁴.

¹² Il valore di « clausola generale » dell'art. 1, l. n. 675/96 è ribadito da S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 583.

¹³ V. G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è sempre aperto*, consultabile al sito Internet www.interlex.it.

¹⁴ La racc. 1/1999 del 23 febbraio 1999, adottata dal Gruppo di lavoro per la tutela delle persone riguardo al trattamento dei dati personali, definisce il *cookie* « come una registrazione di informazioni trasmesse da un web server ad un computer dell'utente per la futura identificazione di tale computer al momento di future visite allo stesso sito Web ». Al riguardo, cfr.

È stato però sottolineato che la norma non può che essere completata con una disciplina comunitaria *ad hoc* che attribuisca ai singoli garanti nazionali il potere di controllo su tutti i trattamenti che hanno luogo sul territorio di propria competenza, al di là della legge nazionale applicabile agli stessi¹⁵.

In termini più generali, inoltre, non è assente l'eco della *vexata quaestio* del diritto « territoriale »: ci si riferisce alla problematica che da tempo il *Telecommunication Law Act* riconosce, in specie con riguardo ad Internet, di fenomeni che prescindono da un radicamento territoriale preciso¹⁶, con la conseguente « impotenza » del solo diritto nazionale.

Se, per un verso, la prospettiva di soluzione va rinvenuta nella progressiva informazione delle legislazioni di ogni Paese, il criterio suggerito dalla norma in esame rappresenta un'interessante ipotesi di recupero del ruolo del diritto nazionale, ancor più rilevante nel quadro dell'armonizzazione europea in materia.

Particolarmente meritoria, nella medesima logica, è la previsione del citato comma 1-ter, che fa obbligo al titolare « extracomunitario » di designare un proprio rappresentante stabilito nel territorio dello Stato: la disposizione può tornare di peculiare utilità soprattutto ai fini della canalizzazione della responsabilità in caso di trattamento illecito dei dati personali.

Piuttosto v'è da chiedersi quale collocazione sistematica va riconosciuta al « rappresentante del titolare »; tale figura è presente anche nelle modifiche in tema di notificazione: è un ampliamento dell'elenco dei soggetti, di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 675?

La risposta più plausibile — e coerente con la *ratio* dell'innovazione legislativa — è che il « rappresentante » sia *uti* titolare, ne faccia le veci in pieno, azzerandosi delle relative incombenze e delle potenziali responsabilità.

L'art. 3 D.Lgs. n. 467, quindi, modifica l'art. 3 l. n. 675 che, pertanto risulta così conformato: in base al comma 1 permane l'esenzione dalla disciplina sulla *privacy* dei trattamenti effettuati da persone fisiche per finalità esclusivamente personali¹⁷; ed agli stessi non si applicano più, comunque, l'art. 36 (reato penale per « Omessa adozione di misure necessarie alla sicurezza dei

D. MINOTTI - A.S. GAUDENZI, *Aspettando il testo unico le nuove norme imbrigliano Internet*, in *Guida al diritto*, n. 6/2002, p. 110 ss.

¹⁵ Il riferimento è a G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è sempre aperto*, cit.

¹⁶ Sul problema della extraterritorialità di Internet, con riguardo alla particolare importanza che esso riveste in materia contrattuale, v. S. SICA, in G. COMANDÈ - S. SICA, *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Torino, 2001, p. 57 ss. In generale,

sull'impatto di Internet sui rapporti contrattuali, v. G. DE NOVA, *Un contratto di consumo in Internet*, in *Corr. giur.*, 1999, 114 ss., nonché G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 531 ss.

¹⁷ Per una definizione di « fine esclusivamente personale », v. V. FRANCESCHELLI, *Commento art. 3 l. n. 675/1996*, in E. GIANNANTONIO - M.G. LOSANO - V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 28 ss., e, in particolare, p. 35.

dati »), bensì soltanto l'art. 18 (« Danni cagionati per effetto del trattamento dei dati personali »).

La modifica è plausibile se inserita nella *policy* di depenalizzazione, che, si vedrà appresso, ispira il provvedimento in questione; ed in effetti, pareva contraddittorio dettare un regime speciale per una categoria di trattamenti, per dir così, ad allarme sociale affievolito, e, al contempo, includerli nel novero dei comportamenti penalmente perseguibili. Parimenti è da condividere la scelta di mantenere inalterata l'applicazione dell'art. 18 l. n. 675: non v'è da ripercorrere il dibattito su tale ultima disposizione¹⁸, ma è fuor di dubbio che essa sia emanazione di un *favor* per il danneggiato con il richiamo alla fattispecie dell'art. 2050 cod. civ. Non avrebbe avuto senso attenuarne la portata in funzione della natura « esclusivamente personale » della finalità del trattamento, tanto più che l'applicazione, anche alla categoria in esame dell'art. 15 (« Misure minime di sicurezza ») permane immutata; ciò è tanto più credibile in un'epoca in cui la regola aquiliana sembra aver superato le (spesso) ingiustificate discriminazioni tra le varie « tipologie » di danneggiato (si pensi alla qualificazione oggi unificata della responsabilità da trasporto, di là dal titolo in base al quale esso abbia avuto luogo)¹⁹, a favore dell'interesse prevalente alla funzione riparatoria.

3. NOVITÀ IN TEMA DI NOTIFICAZIONE.

L'art. 3 D.Lgs. n. 467, che si occupa della « semplificazione dei casi e delle modalità di notificazione », contiene, poi, una serie di previsioni destinate ad incidere profondamente sul meccanismo della notificazione, di cui all'art. 7 l. n. 675²⁰.

In sostanza, la logica è quella dello snellimento delle notificazioni con il capovolgimento della prospettiva sin qui perseguita; nella precedente formulazione l'art. 7 postulava la *lex generalis* dell'obbligo di notificazione al Garante del trattamento di dati rientrante nel novero applicativo della legge del '96²¹.

¹⁸ Sul punto sia consentito il richiamo a S. SICA, *Commento all'art. 18*, in E. GIANANTONIO - M.G. LOSANO - V. ZENO-ZENCovich, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 174 ss.

¹⁹ Al riguardo, v. S. SICA, *Circolazione di autoveicoli e responsabilità: l'esperienza francese e italiana*, Camerino Napoli, 1990, p. 154.

²⁰ L'art. 3 del decreto legislativo, infatti, dispone l'abrogazione dei commi 3, 4, 5, 5-bis, 5-ter, 5-quater e 5-quinquies

dell'art. 7 l. n. 675/1996, eliminando le formalità che dovevano in precedenza accompagnare la notificazione al Garante.

²¹ Il carattere di norma generale dell'art. 7 riflette in realtà l'impostazione generale della l. n. 675/1996, la quale si pone rispetto alle successive modificazioni in relazione di *genus ad speciem*. Così S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni: l'identificazione del chiamante nell'esperienza inglese e nella prospettiva comunitaria e italiana*, in questa *Rivista*, 1997, p. 219 ss.

Era, dunque, eccezionale, sì da richiedere interventi legislativi specifici ed espressi²², l'esonero dall'obbligo di notificazione.

Ma il regime delle notificazioni, che pur costituisce uno dei lati del « triangolo » della riservatezza (notificazione, consenso informato ed autorizzazione), aveva cagionato non poche perplessità applicative e di gestione operativa, da parte dello stesso Garante. Se è lecito dire, la riforma sul punto era « nell'aria », ma, probabilmente, non sino al punto al quale è giunto l'art. 3 D.Lgs. n. 467, in virtù del quale il titolare è tenuto a dare notificazione « se il trattamento, in ragione delle relative modalità o della natura dei dati personali, sia suscettibile di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato, e nei soli casi e con le modalità individuati con il regolamento di cui all'articolo 33, comma 3 ».

A nessuno sfugge che la regola diventa la *non notificazione*, salvo quanto previsto nella disposizione esaminata. Quest'ultima, a sua volta, rimanda, si è visto, al contenuto di un emanando d.p.r., recante il regolamento e le modalità di notificazione (con la presumibile incentivazione della trasmissione telematica)²³ e, soprattutto, il « profilo » dei trattamenti « a rischio », che impongono l'obbligo della notificazione. Se, pertanto, ogni giudizio è sospeso, *rectius*, rinviato al regolamento in oggetto, non si può non auspicarne una stesura che non vanifichi le prerogative dell'interessato.

Infatti, la finalità della notificazione è sì di rendere *effettivo* il potere di controllo del Garante, ma, in particolar modo, di coadiuvare l'interessato nell'esercizio del diritto di accesso, ex art. 13 l. n. 675, grazie all'ausilio del « registro generale dei trattamenti », di cui all'art. 31, comma 1, lett. a), l. cit.²⁴

È ovvio che l'interessato non trova nel registro i propri dati, ma può reperire le « coordinate » utili ad individuare la banca dati, rispetto alla quale va esercitato l'accesso.

Orbene, con la riforma in esame, il registro si trasforma da contenitore generale a « elenco in positivo »²⁵, nel quale figurano i soli trattamenti « pericolosi ». Il che può valorizzarne la funzione, rendendone, tra l'altro, più agevole la consultazione; per altro verso, però, se il regolamento non terrà fermi i « confini » del trattamento suscettibile « di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà », può risolversi nello svuotamento del compito della notificazione, *ab ori-*

²² V., a titolo di esemplificazione, le deroghe introdotte con il D.lgs. 28 luglio 1997, n. 255 in materia di notificazione dei trattamenti.

²³ Così G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è ancora aperto*, cit.

²⁴ Sulla funzione di controllo dell'Au-

torità Garante per la protezione dei dati personali, v. C. LACAVA, *Commento sub art. 31*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy*, cit., p. 707 ss.

²⁵ L'espressione è di G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è ancora aperto*, cit.

gine considerata un rimedio alla patologia di banche dati « occulte »²⁶.

3.1. (SEGUE). VERSO LA NOTIFICAZIONE COME « ECCEZIONE ».

Da salutare certamente con favore sono invece le modificazioni legislative tese a semplificare il modello di notificazione. In virtù dell'art. 3, commi n. 2 e 3, D.Lgs. n. 467, in definitiva, nella notificazione sarà sufficiente indicare uno dei responsabili, facendolo eventualmente coincidere con il soggetto designato a ricevere le richieste di accesso ai dati degli interessati. Il « rinnovo » della notificazione è imposto soltanto in caso di mutamento di uno degli elementi « che devono essere indicati ». Ora, l'art. 7, comma 4, lett. h), riformulato dal D.Lgs. n. 467, fa obbligo di indicare, tra l'altro, la sede « del rappresentante del titolare nel territorio dello Stato e di almeno n responsabile »; ne deriva che, in caso di pluralità di responsabili, non se ne dovrà fornire l'elencazione completa e, se si considera che il soggetto che tratta i dati in *outsourcing* per conto del titolare, può a sua volta essere qualificato responsabile, il mutamento dello stesso oggi non comporta più che si dia corso ad un'ulteriore notificazione. Sul piano pratico il vantaggio è palese, mentre non pare affievolita la tutela dell'interessato, che ha come referente il responsabile designato, il medesimo a cui eventualmente si rivolge per l'esercizio del diritto ex art. 13 l. n. 675, ovvero il rappresentante nazionale del titolare (ove questi sia extracomunitario), rispetto al quale valgono le osservazioni innanzi svolte circa l'equiparazione sostanziale al responsabile. È opportuno, poi, sottolineare che il regime della notifica resta inalterato, alla stregua del comma 4, art. 3, D.Lgs. n. 467, sino all'entrata in vigore dell'emanando regolamento in argomento.

4. INFORMATIVA.

In un certo senso appaiono simmetriche le novità in tema di informativa. È bene prendere atto che il legislatore non ha inciso sul « nucleo duro » della figura in esame. Si è discusso sull'*efficiency* delle note formule dell'*informed consent* nel trattamento dei dati personali²⁷ e più di una perplessità permane; è tuttavia, sicuro

²⁶ Sulla funzione della notificazione, v. R. ROSETTI, *Commento sub art. 7*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy*, cit., nonché A. BARBA, *Le modalità del trattamento*, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO (a cura di), *La disciplina dei dati personali*, cit., p. 127 ss.

²⁷ Avverte dei pericoli di un'eccessiva rigidità nella protezione della riservatezza, nella quale manchi un ragionevole bilanciamento degli interessi coinvolti G. CALABRESI, in *Società dell'informazione. Tutela della riservatezza*, Atti del Congresso Internazionale organizzato dall'Osservatorio

che nella visione di una tutela « procedimentale » della riservatezza²⁸, l'informazione occupa un posto centrale.

Il D.Lgs. n. 467, all'art. 4, ha sostituito nell'art. 19, comma 1, lett. f), l. n. 675, l'obbligo di specificare il responsabile « se adeguato », con quello di indicare il « rappresentante sul territorio dello Stato e [...] almeno un responsabile », facendolo coincidere con il soggetto eventualmente designato ai fini dell'art. 13 legge n. 675, precisando, altresì, « il sito della rete di comunicazione o le modalità attraverso le quali è altrimenti conoscibile in modo agevole l'elenco aggiornato dei responsabili ».

È evidente l'intento di rendere più « asciutta » l'informativa senza, tuttavia, sacrificare l'interesse del soggetto, i dati del quale sono trattati; a quest'ultimo è, infatti, assicurato ciò che « conta », ovvero il riferimento cui fare capo e per l'esercizio del diritto d'accesso e per l'eventuale patologia del « rapporto di trattamento ». Inoltre, anche in questo ambito il richiamo al « rappresentante nel territorio dello Stato » amplia, in chiave garantista della posizione dell'interessato, il novero dei soggetti chiamati a rispondere della correttezza del trattamento.

5. MODIFICHE AL SISTEMA DEL CONSENSO.

Al profilo dell'informativa è strettamente connesso quello del consenso²⁹.

La riforma, a giusta ragione, si astiene da qualsivoglia intervento sull'art. 11, legge n. 675, anche per la natura prevalentemente di principio di tale disposizione, che, come è noto, consacra il « pilastro » del consenso e, al comma 3, ne detta condizioni di forma e di validità³⁰.

Il D.Lgs. n. 467, invece, all'art. 5, dedicato alle « Misure precontrattuali e bilanciamento di interessi », incide sull'art. 12 della legge del '96, cioè nell'ambito dei « Casi di esclusione del consenso ». Sicché, attualmente, del consenso dell'interessato si può fare a meno, tra l'altro, quando il trattamento « è necessario per l'esecuzione di obblighi derivanti da un contratto del quale

« Giordano dell'Amore », Roma, 16-17 maggio 1997, 1998, Milano, p. 27 ss.

²⁸ Di cui diffusamente parla F. MACARIO, in V. CUFFARO - V. RICCIUTO, *La disciplina dei dati personali*, cit., p. 8. Ma sulla natura procedimentale del sistema di tutela approntato dalla l. n. 675/1996, v. anche S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli*, cit., p. 626 ss. nonché G.M. RICCIO, *Il consenso dell'interessato al trattamento via Internet dei dati personali*, in *Commercio elettronico e cate-*

gorie civilistiche, a cura di S. SICA-P. STANZIONE, Milano, 2002, p. 323 ss.

²⁹ Sul punto il rimando è a G. COMANDÈ, *Commento agli artt. 11 e 12*, in E. GIANANTONIO - M.G. LOSANO - V. ZENO ZENCovich, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 112 ss.; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, cit., p. 457; e a S. SICA, *op. loc. ult. cit.*

³⁰ Sul rilievo accordato al ruolo del consenso nell'impianto della l. n. 675/96, v. G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 102 ss.

è parte l'interessato » (così già in base all'originario dettato legislativo), o « per l'esecuzione di misure precontrattuali adottate » su richiesta di quest'ultimo (è il testo riformato), ovvero « per l'adempiimento di un obbligo legale ».

La novità, dunque, consiste nell'esonero dal consenso, non più « per l'acquisizione di informative precontrattuali attivate », bensì « per l'esecuzione di misure precontrattuali adottate ».

È risaputo che la filosofia che è sottesa alla soluzione dell'esonero, *ex art. 12 l. n. 675*, è molteplice³¹: ora vi sono ragioni di pubblico interesse (specialmente lett. *e* e *d*) del comma 2), ora si tiene conto della provenienza dei dati (ad esempio, da pubblici registri), in altri casi si fa riferimento alle peculiari attività nell'ambito delle quali ha luogo il trattamento, come quelle economiche (lett. *b*) ed *f*)), investigative o giornalistiche.

Quanto al principio delle attività economiche, è stato rilevato³², la deroga si basa sulla necessità del trattamento e sulla prevenzione di ingiustificate negazioni del consenso, atte ad impedire la circolazione di informazioni pur indispensabili nell'ordinaria dinamica dei traffici commerciali.

D'altro canto, non si può disconoscere che il flusso informativo ed il connesso trattamento dei dati rispondono, in molte ipotesi, ad un'esigenza di tutela dello stesso interessato. La riforma introdotta dal D.Lgs. n. 467, pertanto, incrementa una simile linea e pone rimedio ad un'incongruenza segnalata sotto la vigenza del testo anteriore, secondo cui il trattamento ed il trasferimento di dati all'estero (*ex art. 28 l. n. 675*) potevano prescindere dal consenso in ordine alle sole informative precontrattuali, mentre la comunicazione e la diffusione dei dati, pure rispetto alla fase precontrattuale, erano precluse in assenza del consenso dell'interessato³³.

Allo stato, la medesima formula, « per l'esecuzione di misure precontrattuali adottate », è stata inserita in sostituzione della vecchia dizione, anche nell'art. 28 legge n. 675 (a mente dell'art. 7 D.Lgs. 467) quanto al trasferimento dei dati all'estero, ed introdotta *ex novo* nell'art. 20 l. n. 675; in una al richiamo all'« esecuzione di obblighi derivanti da un contratto »; in merito alla comunicazione ed alla diffusione.

Id est, il regime del trattamento del trasferimento, della comunicazione e della diffusione, in punto di esonero dal consenso, risulta meritoriamente unificato; è una scelta saggia di *policy*, che

³¹ Per un'analisi critica della *ratio* sottesa all'art. 12, l. n. 675/1996, v. G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 119 ss.

³² Sempre G. COMANDÈ, *op. cit.*, p. 122 ss.; S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali*, cit., p. 636 ss.

³³ Cfr. G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria, solo se la riservatezza corre rischi concreti*, in *Guida al diritto*, 5/2002, p. 37.

raccoglie probabilmente indicazioni operative emerse e che è stata condivisa dallo stesso Garante³⁴.

Del resto, se l'obiettivo è l'effettiva agevolazione dei traffici commerciali, non si può ignorare che i dati, oltre che trattati, vanno altresì comunicati, diffusi o trasferiti all'estero, in un'epoca di economia transnazionale. Né sembrano scorgersi maggiori rischi per gli interessati, o, più precisamente, rischi più estesi di quelli già potenzialmente rinvenibili in precedenza: sia che si discorra di « informative precontrattuali adottate », sia che ci si riferisca all'esecuzione di misure precontrattuali adottate, resta ferma la necessità di una diversificazione di disciplina tra le varie categorie di dati, dell'accertamento della « logica » del trattamento e congruenza della contrattualistica di massa più diffusa e, soprattutto, della reale finalizzazione dei dati al concreto rapporto contrattuale.

Su questi aspetti il compito del Garante è notevole, né è plausibile sostenere che il ricorso al modello consensualistico sarebbe stato di più accentuata garanzia per l'interessato; ne è riprova la circostanza che, nella prassi commerciale, pur in presenza della possibilità di deroga, il consenso è frequentemente acquisito *ad abundantiam*, già in fase precontrattuale, auspicabilmente quale segno di « eccesso di zelo » degli operatori economici, o, forse, come indizio della « svalutazione » del consenso, che, in fondo, « non si nega a nessuno ».

Va, inoltre, segnalato che le modifiche in argomento lasciano immutati gli obblighi dei terzi, cui i dati sono comunicati, di rispetto integrale della legge, con ogni perplessità residua sul se il « primo » consenso al trattamento, acquisito dall'originario titolare, « copra » anche trattamenti effettuati a seguito di comunicazione e sul se la deroga al consumo si trasmetta *per relationem* ai terzi destinatari della comunicazione³⁵. Probabilmente la questione va risolta in sede di informativa, onerando i titolari di una specificazione dei soggetti, che possono ricevere i dati — ad esempio — in *outsourcing* —: così facendo si può considerare estesa l'efficacia del consenso iniziale o della deroga ad esso.

5.1. (SEGUE). CASI DI ESCLUSIONE DEL CONSENSO.

L'intento di una ricostruzione unitaria del regime del trattamento e della comunicazione dei dati si evince, inoltre, dagli

³⁴ Cfr. G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è sempre aperto*, cit.

³⁵ Secondo G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria*, cit., p. 37, il termine « diffusione » indica la trasmissione dei dati ad una serie indefinita di soggetti, laddove per « comunicazione » deve intendersi la trasmissione delle in-

formazioni ad un numero definito di soggetti. Secondo l'A., il fatto che il d. lgs. 467/2001 non abbia tenuto in dovuto conto tale differenza, comporta come effetto che, in caso di comunicazione dei dati, diventa impossibile per l'interessato esercitare il suo diritto di controllo sul loro utilizzo.

artt. 5, comma 2, e 7, comma 2, D.Lgs. n. 467; laddove, per un verso, si introduce un nuovo caso di esclusione del consenso (art. 20, comma 1, lett. *h-bis*) l. n. 675). Quanto a tale ultima modifica, non è secondario sottolineare che essa attiene alla sola comunicazione, e non anche alla diffusione, come è facilmente intuibile, se si pone mente alla distinzione concettuale tra le due figure ed alla più ampia pericolosità della seconda (diretta *in incertam personam*) rispetto alla prima³⁶.

Dunque, entrambe le summenzionate novità sono ricollegate alla seguente « formula » legislativa: « nei casi individuati dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge, per perseguire un legittimo interesse del titolare o di un terzo destinatario dei dati, qualora non prevalgono i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato ».

L'innovazione è di estremo peso. Lo è sul piano istituzionale, perché è una vera e propria norma « a contenuto imperfetto », che rimette al Garante un ruolo di integrazione quanto mai ampio.

All'*Authority* è attribuito, infatti, la funzione c.d. di *prior checking* e di *balance of interests*³⁷, di derivazione comunitaria. Se si guarda alla « giurisprudenza » del Garante e, nell'insieme, all'attività dello stesso, non è improprio concludere che la « delega », ancorché troppo estesa, non è mal riposta. È fuori discussione, tuttavia, che soltanto dai primi provvedimenti dell'Autorità sarà possibile accertare se sia stato positivo rimettere ad un terzo la determinazione in concreto dell'elenco « aperto » delle cause di esonero da consenso dell'interessato. È di solare evidenza che il passaggio nodale è rappresentato dalla nozione di *necessarietà* del trattamento o della comunicazione, a « principi sanciti dalla legge » e « legittimo interesse », in comparazione con « i diritti e le libertà fondamentali, la dignità o un legittimo interesse dell'interessato ».

Le figure in esame, in effetti, suscitano qualche osservazione critica ed impongono un'*actio finium*.

In primis, il trattamento e la comunicazione non possono essere intesi come necessari se non nel caso in cui si pongono come *conditio sine qua non* di un beneficio (legittimo) del titolare o del terzo o sono indispensabili per evitare un danno ingiusto a carico dei medesimi soggetti. In altre parole, sia il trattamento che la comunicazione sono « inevitabili », sul piano della sequenza causale, rispetto alla realizzazione del legittimo interesse.

Tale ultima figura è destinata a suscitare non poco dibattito; a tacere della sua difficile collocabilità nella teorica consolidata delle

³⁶ Sul punto, oltre all'A. citato nella nota precedente cfr. anche S. DAL CORSO, *Commento all'art. 35 l. n. 675/1996*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, *La tutela della privacy*, cit., 740.

³⁷ V., sul punto, le considerazioni di G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è sempre aperto*, cit.

situazioni soggettive³⁸, va probabilmente presa per ciò che è, cioè una formula volutamente ambigua, atta a ricomprendere tanto situazioni patrimoniali quanto extrapatrimoniali, così come ad includere le ipotesi più proprie della dottrina amministrativistica e quelle delle cc.dd. « zone grigie » (interessi collettivi, diffusi etc.).

Sotto il profilo generale, la (deliberata) imprecisione del legislatore non pare un grave *vulnus* alle classificazioni tradizionali, fatte proprio per essere superate di fronte all'evoluzione di taluni fenomeni e, del resto, già in crisi in relazione e molteplici interventi sul legislatore di diritto amministrativo (si pensi all'art. 22, l. n. 241/90, ed alla figura dell'accesso)³⁹.

Semmai, l'impegno interpretativo ed applicativo che la formula in esame indurrà, finirà per approdare al nodo cruciale della (falsa) alternativa tra l'informazione come bene patrimoniale rilevante e la natura personalistica del diritto sui propri dati⁴⁰.

Si è avuto modo di rilevare altrove che il dilemma è fuorviante: che i *personal data* siano *res* suscettibile di « approvazione » e circolazione economica, non equivale ad appiattare l'intera disciplina sulle categorie del contratto e, più complessivamente, del diritto patrimoniale⁴¹.

Apertis verbis, è plausibile che il legittimo interesse coincida, *case by case*, anche con un obiettivo meramente economico del titolare o del terzo destinatario dei dati: ciò non incontra ostacoli di tipo concettuale ed è pienamente coerente con l'idea di fondo della disciplina della *privacy*.

È, però, certo che nel conflitto con un interesse di natura morale o, *lato sensu* personalistico, dell'interessato, a prevalere deve essere sempre quest'ultimo. D'altro canto, non va dimenticato che il consenso è sempre revocabile, (*rectius*, è) sempre consentito all'interessato « di opporsi, in tutto o in parte, per motivi

³⁸ Com'è ovvio, nessun riferimento bibliografico sarebbe esaustivo. Sotto il mero profilo istituzionale, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, rist., Napoli, 1989, *passim* e P. STANZIONE, *Rapporto giuridico*, in *Studi di diritto civile*, Salerno, 1986, p. 165 ss.

³⁹ In particolare, cfr. l'art. 22, l. n. 241/1990, e la nozione di « interesse » ivi descritta, su cui, per tutti, il rinvio è a P. SANTORO, *Diritto di accesso partecipativo e diritto di accesso conoscitivo: posizioni soggettive ed effettività*, in *Foro amm.*, 1992, p. 1802 ss.

⁴⁰ « La progressiva patrimonializzazione dei diritti della personalità » rende ammissibile l'ipotesi che l'interessato possa disporre in favore di terzi dei propri dati personali, « nonostante l'ostacolo della "sacralità", che ancora circonda i

diritti della personalità ». Così S. SICA, *Il consenso dell'interessato: metodo e modelli*, cit., p. 628. Il tema della patrimonializzazione dei diritti della personalità è stato ripetutamente affrontato in dottrina: v. V. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 164, e P. VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, *passim*. Più di recente, la *querelle* tra D. MESSINETTI (*Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 353 ss.) e V. ZENO ZENCOVICH (*Sull'informazione come « bene »*, (e sul metodo del dibattito giuridico), ivi, 1999, p. 489 ss.), testimonia l'attualità e l'interesse che il tema ancora suscita in dottrina.

⁴¹ S. SICA, *Il consenso dell'interessato*, cit., p. 621 ss.

legittimi, al trattamento dei dati personali che lo riguardano, ancorché pertinenti allo scopo della raccolta » (art. 13, comma 3, lett. d), ma il riferimento è, altresì, alla lett. e))⁴². È stato scritto che perfino nel trattamento che consegue ad una cessione a titolo oneroso dei dati l'esercizio del diritto descritto non può conoscere limitazioni di stampo patrimonialistico (quali, a titolo esemplificativo, l'apposizione di una clausola penale di tipo « vessatorio »); non è da escludere che il *balance*, oltre che nella forma presente del riformato art. 12, l. n. 675, avverrà in relazione alla nozione di « motivi legittimi », che l'interessato potrà comunque far valere, sebbene il trattamento abbia avuto luogo senza il suo consenso iniziale. In tale prospettiva diventa fondamentale, anzi, sottolineare che l'esenzione dal consenso non si estende all'informativa⁴³: sarà anche (se non proprio) quest'ultima ad assicurare all'interessato un « rimedio » succedaneo, *sub specie* opposizione, ove intenda contrastare o l'applicazione a suo avviso « abusiva » delle cause di esonero tipizzate o le determinazioni del Garante circa un esonero specifico.

Nell'insieme, ai punti della riforma in esame è possibile guardare con fiducia, ancorché con « vigilanza ». In questo senso depone l'evoluzione sin qui fatta registrare dal diritto italiano della riservatezza: l'auspicio è che, nell'applicazione del bilanciamento, il Garante abbia sempre presente la visione ispiratrice che contrassegna, dalla dir. n. 46/95, la materia nell'elaborazione comunitaria: non « contro » l'informazione e la circolazione dei dati, strumento di crescita economica, ma sempre a favore della persona umana e delle sue prerogative, non importa come qualificate in senso tecnico-giuridico: è ciò che attesta l'« incerto » lessico del D.Lgs. n. 467, che trapassa ora con approssimazione, ora con preoccupazione di ossessioni, ora con aspirazione alla definizione *omnibus*, dalle libertà, ai diritti, dalle dignità al legittimo interesse⁴⁴.

6. ESERCIZIO DEI DIRITTI DELL'INTERESSATO E RISERVATEZZA NELLE TELECOMUNICAZIONI.

L'art. 6, D.Lgs. n. 467, poi, incide sul regime dell'esercizio dei diritti dell'interessato, stabilendo, in aggiunta agli altri limiti già

⁴² Sulla revoca del consenso v., in particolare, G. RESTA, *Revoca del consenso ed interesse al trattamento nella legge sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 299, e S. SICA, *op. ult. cit.*, 461 ss.

⁴³ La precisazione è di G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria*, cit., p. 37, il quale però non esclude casi

di contemporanea esenzione dalla richiesta di consenso ed esenzione dall'obbligo di previa informativa.

⁴⁴ Analoga imprecisione lessicale è dato rinvenire nel d.lgs. n. 171/1998, con riferimento, in particolare, alla nozione di « abbonato », su cui v. S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 779.

dettati dall'art. 14, l. n. 675, che i diritti, di cui all'art. 13, comma 1, lett. c) e d), non possono essere esercitati nei confronti dei trattamenti raccolti « da fornitori di servizi di telecomunicazioni accessibili al pubblico, limitatamente ai dati personali identificativi di chiamate telefoniche entranti, salvo che possa derivarne pregiudizio per lo svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 287 ».

La disposizione viene sostanzialmente incontro all'esigenza dei gestori dei servizi di telefonia, che si vedevano esposti ad un diritto di accesso potenzialmente illimitato.

Essa, pur segnando, in definitiva, una revisione delle prerogative dell'interessato, può dirsi parzialmente « mitigata » dalla limitazione della sua sfera operativa alle sole chiamate « in entrata »; forse sarebbe stato opportuno cogliere l'occasione della riforma per essere ancora più espliciti sul fatto che, viceversa, i dati delle chiamate « in uscita » sono di libero accesso per l'interessato, così ponendo fine alle dispute, che hanno visto già l'intervento del Garante, circa la legittimità del diniego dei gestori di far conoscere per intero i numeri telefonici chiamati dall'utenza dell'abbonato⁴⁵.

Il tema rimanda ovviamente anche al D.Lgs. n. 171/98⁴⁶, con il quale, come è noto, si è estesa in Italia la normativa sulla *privacy* alle telecomunicazioni.

In particolare, l'art. 6, occupandosi della « Identificazione della linea », ha regolato il profilo della *Calling Line Identification*⁴⁷, con un meccanismo volto a garantire e le ragioni del chiamante e del chiamato: l'uno può evitare che il proprio numero sia identificato, l'altro può prevenire la ricezione di chiamata, ove l'identificazione sia stata soppressa⁴⁸.

Per le « Chiamate di disturbo » inoltre, l'art. 7 D.Lgs. n. 171 contempla una speciale procedura diretta a rendere efficace la soppressione della *Calling Line Identification*⁴⁹. In sede di attuazione della direttiva n. 97/66 sull'argomento si era già discusso dell'aspetto relativo alle chiamate d'emergenza.

Non era mancato chi aveva fatto notare che i numeri telefonici dei centri che gestiscono servizi di emergenza dovrebbero essere

⁴⁵ V., al riguardo, M.T. ANNECCA, *Commento all'art. 3*, in M. ATELLI (a cura di), *Privacy e telecomunicazioni*, cit., p. 51 ss.

⁴⁶ Per un commento, sia consentito il rinvio a S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 775 ss.

⁴⁷ Già richiamato dalla Posizione comune del Consiglio d'Europa n. 57/96 (su cui v. S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 224 ss.). Per un com-

mento all'art. 6 si rimanda a S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 783.

⁴⁸ Cfr. F. MASCHIO, *Commento sub art.*, in v. M. ATELLI (a cura di), *Privacy e telecomunicazioni*, cit., p. 117 ss.

⁴⁹ In particolare, sulle differenze tra la normativa comunitaria e l'art. 7 del D.lgs. n. 171/1998, v. R. PANETTA, *Commento sub art. 7*, in M. ATELLI (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss.

sempre in grado di identificare il terminale di chiamata, anche per ragioni di sicurezza, pubblica e individuale dello stesso chiamante⁵⁰. L'obiezione era, però, connessa al rilievo della riservatezza in alcune telefonate contenenti richieste d'aiuto, più accentuato che in altre ipotesi (*call center* di organizzazioni con scopi sociali e così via)⁵¹.

Il D.Lgs. n. 467, all'art. 23 risolve le dispute, modificando la rubrica dell'art. 7 cit., che diventa « Chiamate di disturbo o di emergenza » e prevedendo che il fornitore di una rete di telecomunicazioni pubblica o di un servizio di telecomunicazioni accessibili al pubblico⁵² « deve predisporre procedure adeguate e trasparenti per garantire, linea per linea, l'annullamento della soppressione dell'identificazione della linea chiamata da parte dei servizi abilitati a ricevere chiamate d'urgenza ».

La soluzione può dirsi convincente, specie per l'inciso « linea per linea »: altro è il numero telefonico dei vigili del fuoco o dell'ambulanza, altro quello di un'organizzazione di volontariato di lotta alle tossicodipendenze; nel secondo caso l'anonimato si giustifica ed anzi è un « valore ». Nondimeno, va avanzata più che una riserva sulla delega, attribuita ai fornitori e gestori, della « soluzione » di interessi che renderanno decisive le « procedure adeguate e trasparenti », che i predetti dovranno adottare in materia, mentre è fuori discussione che le stesse andranno sottoposte al vaglio preventivo ed alla valutazione in azione da parte del Garante.

6.1. (SEGUE). FATTURAZIONE E MODALITÀ DI PAGAMENTO DEI SERVIZI DI TELECOMUNICAZIONI.

A completamento dell'esame delle modificazioni che il D.Lgs. n. 467 apporta al D.Lgs. n. 171/98 (alla tematica, cioè, della riservatezza nelle telecomunicazioni) vanno presi in considerazione gli artt. 21 e 22 della recente riforma.

Il primo innova l'art. 5 del D.Lgs. n. 171, stabilendo che i fornitori di servizi di telecomunicazione « sono tenuti a predisporre ogni misura idonea affinché » i servizi e le chiamate effettuate da qualsiasi terminale possano essere pagati con modalità alternative alla fatturazione, anche anonima, come le carte di pagamento o prepagate. La *ratio* della disposizione è palese⁵³: si tratta di evi-

⁵⁰ In tal senso v. le considerazioni di S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 224 ss.

⁵¹ S. SICA, *op. loc. ult. cit.*

⁵² Per le opportune differenze tra tipologie di servizi v. S. SICA, *Commento al D.lgs. n. 171/1998*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1008 ss., ove sono richiamate le defini-

zioni offerte da V. CARDARELLI - V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normative, giurisprudenza*, Bari, 1997.

⁵³ V., sul punto, l'art. 5 d.lgs. n. 171/1998, ed il relativo commento di A. PIERUCCI, in M. ATELLI (a cura di), *Privacy e telecomunicazioni*, cit., p. 97 ss.

tare che la fatturazione diventi « occasione » di violazione della *privacy*, mentre deve essere nella scelta dell'abbonato se ricevere fatture recanti l'elencazione dettagliata del traffico o semplicemente l'importo da pagare, senza la descrizione delle chiamate in uscita. Nella formulazione anteriore la dizione « consentono » lasciava un margine di discrezionalità, tecnica e di strategie aziendale, ai fornitori circa l'effettività della scelta dell'abbonato. In realtà, già in sede interpretativa si discorreva di obbligatorietà dell'adozione di meccanismi idonei a garantire, se richiesta, una fatturazione « anonima »⁵⁴.

Il D.Lgs. n. 467 rende esplicito tale obbligo, addirittura riunendolo in una sanzione, prevista con il comma 1-*bis* dell'art. 5 cit., che impone ai fornitori di « documentare al Garante, entro il 30 giugno 2002, le misure predisposte ». Anzi, in caso di mancata documentazione, si applica la sanzione amministrativa prevista dall'articolo 38, comma 1, l. n. 675, che attiene proprio alla violazione degli obblighi di fornire documentazioni al Garante.

Quest'ultimo, inoltre, in mancanza di misure idonee, « provvede altresì ai sensi dell'articolo 34, comma 1, lettere c) ed l) della medesima legge »; avvalendosi, cioè, del proprio potere di indirizzo (lett. c)) o di divieto o di blocco (lett. l)).

Anche la novità segnalata, in effetti, conferma la *policy* della riforma, che accentua una volta di più lo spazio e le prerogative dell'Autorità di garanzia.

7. DATI SENSIBILI, ASSOCIAZIONI ED ENTI NON PROFIT.

Ma il « pezzo forte » delle innovazioni introdotte dal D.Lgs. n. 467 attiene alla problematica dei dati sensibili⁵⁵, approntate nell'art. 8, con ricadute modificative sull'art. 22, l. n. 675.

In tale ultima disposizione viene innanzitutto aggiunto un comma 1-*ter*, in virtù del quale il comma 1, ovvero quello contenente l'individuazione e le modalità di trattamento (consenso più autorizzazione) dei dati sensibili, « non si applica, altresì, ai dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale o di categoria ad altre associazioni, organizzazioni o confederazioni a carattere sindacale o di categoria ».

Ma non è questa, invero, la modifica più rilevante: il nuovo comma, in realtà, viene incontro alle esigenze ripetutamente se-

⁵⁴ Il rinvio è ancora a A. PIERUCCI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵ Per una definizione di dati sensibili e per il richiamo alle varie classificazioni operate in materia, v. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bolo-

gna-Bari, 1973, p. 74. Per un'analisi tra le diverse accezioni di dati sensibili contenute nelle varie disposizioni legislative europee, v. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, Milano, 1997, p. 161 ss.

gnalate⁵⁶ dalle organizzazioni ed associazioni sindacali o di categoria specie di secondo livello (quello confederale, ad esempio), che vedevano fortemente penalizzate le proprie possibilità operative dalla necessità di rispettare il binomio « consenso-autorizzazione », in ordine a dati a loro provenienti nell'ambito di uno schema organizzativo chiaro agli aderenti sin dall'inizio.

Di assai maggiore peso è, invece, il nuovo comma 4, dell'art. 22 l. n. 675, che, riformulato dall'art. 8 D.Lgs. n. 467, oggi così risulta: « 4. I dati personali indicati al comma 1 possono essere oggetto di trattamento previa autorizzazione del Garante:

a) qualora il trattamento sia effettuato da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, ivi compresi partiti e movimenti politici, confessioni e comunità religiose, per il perseguimento di finalità lecite, relativamente ai dati personali degli aderenti o dei soggetti che in relazione a tali finalità hanno contatti regolari con l'associazione, ente od organismo, sempre che i dati non siano comunicati o diffusi fuori del relativo ambito e l'ente, l'associazione o l'organismo determinino idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati;

b) qualora il trattamento sia necessario per la salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica dell'interessato o di un terzo, nel caso in cui l'interessato non può prestare il proprio consenso per impossibilità fisica, per incapacità di agire o per incapacità di intendere o di volere;

c) qualora il trattamento sia necessario ai fini dello svolgimento delle investigazioni difensive di cui alla legge 7 dicembre 2000, n. 397 o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, di rango pari a quello dell'interessato, quando i dati siano idonei a rilevare lo stato di salute e la vita sessuale, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento. Il Garante prescrive le misure e gli accorgimenti di cui al comma 2 e promuove la sottoscrizione di un apposito codice di deontologia e di buona condotta secondo le modalità di cui all'art. 31 comma 1, lett. h). Resta fermo quanto previsto dall'art. 43, comma 2 ».

Con la lett. a), in concreto si consente alle associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti⁵⁷, « a ca-

⁵⁶ Un primo segnale di semplificazione dell'attività di trattamento dei dati da parte di associazioni o enti era già venuto con l'autorizzazione generale 3/1997 (sul sito Internet www.garanteprivacy.it), con la quale si esoneravano associazioni, sindacati e partiti dall'obbligo di richiedere l'autorizzazione specifica per il trattamento di dati sensibili dei propri associati.

⁵⁷ Anche qui, come nel caso dell'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 171/1998, il legislatore ha preferito ricorrere ad una formula ampia ancorché imprecisa sul piano lessicale, pur di prevenire eventuali dispute sulla titolarità dei diritti previsti. In merito, il rinvio è a S. SICA, *La riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 779.

rattere politico, filosofico, religioso o sindacale» di trattare i dati senza il consenso dell'interessato, nel rispetto del provvedimento di autorizzazione generale periodico emanato dal Garante ma non di comunicarlo o diffonderlo fuori del proprio ambito. Anche in questo caso è evidente l'intento di rispondere alle istanze che dagli ambienti dell'associazionismo erano pervenuti al fine delle agevolazioni della propria attività attraverso l'esonero dal consenso.

Quanto alle « comunità religiose » poi, la disposizione sana la disparità di trattamento — che, secondo alcuni introduceva perfino dubbi di legittimità costituzionale⁵⁸ — con le confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato sono regolati ex artt. 7 e 8 cost., per le quali il comma 1-bis dell'art. 22 (introdotto dal D.Lgs. n. 135/99) ha previsto la non applicazione in sé dell'art. 22, comma 1; sicché, a ben vedere, una distinzione di regime permane: le confessioni religiose godono dell'esonero sia dal consenso che dall'autorizzazione, le « comunità religiose », dal solo consenso.

Qualche riflessione, che in prospettiva di applicazione sarà ancor più delicata, impongono dizioni come « perseguimento di finalità illecite » o « contratti regolari con l'associazione » o « idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati »: a chi sarà demandato il controllo del contenuto *operativo* di siffatte disposizioni? Il Garante sarà anche « arbitro » della liceità delle finalità, giudicherà anche della « regolarità » dei contatti tra l'aderente e l'associazione? Il carico funzionale, per dir così, sembra francamente eccessivo, mentre v'è il rischio — che l'Autorità ha sin qui, in verità, egregiamente scongiurato — del « delirio di onnipotenza »!

Semmai, v'è da domandarsi quale sia la logica della deroga al consenso nei casi in esame: se un soggetto aderisce ad un partito o sindacato e se lo fa *realmente* e personalmente oppure si iscrive ad un'associazione, quale ostacolo impedisce di acquisire il consenso al trattamento dei dati personali?

Probabilmente, la nuova disposizione va intesa nel senso che la deroga — questa volta sì per ragioni di agevolazione della gestione — vada riferita alla sola forma scritta del consenso; è noto che altro è il « consenso scritto », di cui all'art. 22, comma 1, l. n. 675, altro quello espresso « liberamente, in forma specifica e documentata per iscritto »⁵⁹, a mente dell'art. 11, l. cit., per i dati ordinari.

⁵⁸ Cfr. G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria*, cit., p. 38, il quale ritiene sospetto di incostituzionalità il comma 1-bis, art. 22, l. n. 675/1996 (introdotto con il successivo d.lgs. n. 135/1999), perché non ha esteso l'esenzione dagli obblighi vigenti in materia di dati sensi-

bili anche ai trattamenti operati da organizzazioni appartenenti a confessioni religiose che non hanno stipulato intese con lo Stato.

⁵⁹ Sottolinea la differenza tra le due forme (soprattutto in relazione all'uso della firma digitale, che sarebbe necessaria soltan-

Il *favor* verso le comunità intermedie, che è sotteso al riformulato comma 4 dell'art. 22, non può spiegarsi sino al punto di eliminare qualsivoglia riferimento al consenso; se così sarà, dovrà assumersi la responsabilità di specificarlo il Garante nelle emanande autorizzazioni generali.

7.1. (SEGUE). ESONERO DAL CONSENSO PER TALUNI TRATTAMENTI.

La lett. *b*), invece, esonera dal consenso quando il trattamento sia necessario « per la salvaguardia della vita o dell'indennità fisica dell'interessato o di un terzo », se l'interessato è impossibilitato, per ragioni d'intendere o di volere, a prestare il proprio consenso.

Per come è formulata la norma, il *prius* della deroga è la necessità della « salvaguardia della vita o dell'incolumità fisica »⁶⁰, dell'interessato o di un terzo; ove sussista tale presupposto, secondo una valutazione funzionale, è plausibile sostenere che in quest'ipotesi l'esonero attenga al consenso in sé e non al mero requisito della forma scritta. Tra l'altro, più di un dubbio sorge sulla compatibilità di un trattamento « d'urgenza », per dir così, con l'indispensabile autorizzazione del Garante; è chiaro che anche per questa fattispecie si farà ricorso al meccanismo delle autorizzazioni generali, che, pertanto, avranno il difficile ruolo di definire i confini della deroga: a titolo esemplificativo, in quale accezione è utilizzata l'espressione « impossibilità fisica »?

Essa va estesa alla condizione dell'assente o dello scomparso?⁶¹

Ancora, se per la incapacità d'agire, *rectius*, legale, certamente occorre fare riferimento alle figure tipiche ed al correlativo ruolo dei rappresentanti legali, chi, invece, accerta l'incapacità d'intendere e di volere?⁶²

Come si vede, si tratta di interrogativi di estremo rilievo anche sistematico, non nel senso dell'intento di classificazione formale della fattispecie entro categorie consolidate, bensì, nella visione di assicurare all'interessato la tutela che l'elaborazione teorica tradizionale, opportunamente rivisitata, è in grado di fornirgli.

to laddove si discorra di « consenso in forma scritta », e non di consenso « documentato per iscritto ») S. SICA, *Il consenso al trattamento dei dati personali: metodi e modelli*, cit., p. 636. Sulle diverse forme richieste per l'espressione di un valido consenso da parte dell'interessato, v. V. ZENO ZENCOVICH, *Commento all'art. 22*, in E. GIANNANTONIO - M.G. LOSANO - V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 200 ss.

⁶⁰ Sulle differenze lessicali tra la Di-

rettiva n. 46/95 (che fa riferimento ad un « interesse vitale ») e la l. n. 675/1996 v. F. MISSENERI, *Commento sub art. 12, lett. e-h*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, *La tutela della privacy*, cit., p. 383 ss.

⁶¹ Su cui v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1978, p. 257 ss. ed E. ROMAGNOLI, voce *Assenza*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 409 ss.

⁶² Sul punto, v. G. COMANDÈ - S. SICA, *Il commercio elettronico*, cit., p. 78 ss.

Si allude, ancora a scopo esemplificativo, alla situazione del minore che, ancorché privo di capacità d'agire, per talune scelte personalissime, è considerato capace di discernimento⁶³ del suo « consenso » al trattamento si può certamente fare a meno?

Ecco perché l'attenzione — specie quella applicativo-operativa — va concentrata sulla « premessa »; cioè sull'effettività della necessità della « salvaguardia della vita o dell'incolumità », che è il vero « lasciappassare » di un'interpretazione della disposizione in oggetto spostata in favore delle ragioni del trattamento.

Il comma « riformato », inoltre, include la lett. c), che riconnette la deroga al consenso allorché il trattamento sia necessario per lo svolgimento di investigazioni difensive, ai sensi della l. n. 397/2000 o, comunque, per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto « di rango pari a quello dell'interessato quando i dati siano idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale »: siamo in presenza di un « sottoregime » speciale; esso si riferisce non a tutti i dati sensibili, ma soltanto a quelli concernenti lo stato di salute e la vita sessuale. Presupposto applicativo della norma è l'espletamento di indagini difensive (inevitabile l'aggiornamento alla l. n. 397/2000)⁶⁴ o la sussistenza di un diritto, da far valere o difendere in sede giudiziaria, di pari rango a quello dell'interessato. La formula della « parità di rango » compariva anche nella precedente versione del comma 4, tanto che già v'era chi si preoccupava che l'autorizzazione rischiasse di essere eccessiva senza l'indicazione dei procedimenti, penali o civili, rispetto ai quali le indagini sono strumentali⁶⁵. L'osservazione resta, pertanto, attuale, unita alla domanda sul se il « far valere » vada collegato, oppure no, alla certezza dell'utilizzo dei dati in sede giudiziaria; più chiaramente, è consentito acquisire dati personali sulla vita sessuale e sulla salute di un soggetto, nella semplice prospettiva, ma non nella sicurezza di un uso processuale?

La risposta deve essere rigorosa e restrittiva. Ad esempio, un coniuge può raccogliere dati sulla vita sessuale dell'altro, purché ciò effettivamente sia finalizzato ad un instaurato o instaurando giudizio di separazione o di divorzio; non va, viceversa sul punto, assecondata una ricostruzione del tipo di quella invalsa a proposito del diritto d'accesso amministrativistico, ex art. 22, l. n. 241/90, per il quale, giustamente, si è precisato che l'accesso deve essere connesso, ma non inevitabilmente destinato all'instaurazione di

⁶³ L. n. 7 dicembre 2000, n. 397, Disposizioni in materia di indagini difensive, pubblicato in *G.U.* 3 gennaio 2001, n. 2. Per un commento cfr. G. SPANGHER, *Le investigazioni difensive: una partita che l'avvocatura può vincere*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 285, e R. DANOVI, *In-*

vestigazioni difensive, *Rass. for.*, 2001, p. 250.

⁶⁴ Il rinvio è a V. ZENO ZENGOVICH, *Commento*, cit., p. 200 ss.

⁶⁵ V. S. SICA, *Privacy o trasparenza? Un falso dilemma*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 490 ss.

un procedimento giurisdizionale⁶⁶: sono differenti gli ambiti, i profili causali e, soprattutto, i valori in gioco.

8. ALTRI DATI PARTICOLARI PREVISTI DAL D.LGS. N. 467/01.

Un'ulteriore importante novità, che il D.Lgs. n. 467 presenta, è contenuta nell'art. 9, che inserisce nella l. n. 675 l'art. 24-*bis* («Altri dati particolari») che così recita:

« Il trattamento dei dati diversi da quelli di cui agli artt. 22 e 24 che presenta rischi specifici per i diritti e le libertà fondamentali, nonché per la dignità dell'interessato in relazione alla natura dei dati o alle modalità del trattamento o agli effetti che può determinare, è ammesso nel rispetto di misure ed accorgimenti a garanzia dell'interessato, ove prescritti.

2. Le misure e gli accorgimenti di cui al comma 1 sono prescritti dal Garante sulla base dei principi sanciti dalla legge nell'ambito di una verifica preliminare all'inizio del trattamento, effettuata anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti, sulla base di un eventuale interpello del titolare ».

A nessuno sfugge che dietro la rubrica « neutra » dell'art. 5 (Verifiche preliminari), si nasconde un *vulnus* decisivo alla ormai definita ripartizione « dati ordinari-dati sensibili ».

Nasce un *tertium genus*, dati diversi da quelli degli artt. 22 e 24, che, tuttavia, non sono qualificati *tout court* ordinari. V'è chi ha già adoperato l'espressione dati « semi-sensibili » « più che comuni »⁶⁷; di là della terminologia, ciò che è sicuro è che siamo di fronte all'ennesima figura a « contenuto casistico », determinata, *de facto*, in relazione a nozioni « elastiche ».

Più precisamente, la disciplina di tale nuova ipotesi propone tre aspetti di rilievo:

a) identificazione degli « altri dati particolari », che va compiuta comunque con riguardo ai « rischi specifici ». C'è da chiedersi cosa debba intendersi per « specificità » del rischio, quasi esistesse una soglia psicologica di rischiosità del trattamento tollerata ed ammissibile. L'opera di determinazione dei confini della nuova categoria discende comunque dal richiamo della « natura » dei dati, delle modalità di trattamento e degli effetti che può determinare.

Se una valenza positiva va rinvenuta nella previsione in oggetto, essa consiste nella capacità che tali nozioni hanno di fungere da

⁶⁶ Cfr. G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è sempre aperto*, cit., e G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria*, cit., p. 40, il quale ritiene che a seguito delle modifiche introdotte con il d. lgs. 467/2001 si possa parlare non solo

di « dati semi-sensibili », ma addirittura di « dati più che comuni ».

⁶⁷ Sulle clausole generali contenute nell'art. 1, l. n. 675/1996, v. S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 776.

medium tra la disciplina e le evoluzioni sociali, tecnologiche e economiche e così via, il che in materie in cui la regolamentazione giuridica è soggetta a rapida obsolescenza è garanzia di durata nel tempo;

b) fissazione delle misure e degli accorgimenti, il rispetto dei quali rende ammesso il trattamento dei dati in questione: questa fase è opportunamente preliminare al trattamento e, si è visto, sottoposta al vaglio del Garante.

Non si esclude pure in quest'ipotesi il ricorso a provvedimenti generali dell'Autorità (« anche in relazione a determinate categorie di titolari o di trattamenti »); ciò che, invero, lascia insoddisfatti è il procedimento mediante il quale si perviene alla specificazione delle misure e degli accorgimenti: « sulla base dell'eventuale interpellato del titolare ».

Certamente il primo interessato a rimuovere preventivamente « pericoli » dei trattamenti illeciti è proprio il titolare; ma, *quid juris*, se questi non ha la « sensibilità » di interpellare il Garante?

L'aggettivazione « eventuale » fa propendere per la tesi per cui l'interpello del titolare non esaurisce il potere di intervento del Garante o *ex officio* (il che, del resto è implicito nella *policy* dei provvedimenti per categorie)⁶⁸ o su sollecitazione degli stessi interessati, nella cui sfera, d'altronde, gravano « i rischi specifici ».

8.1. (SEGUE). MISURE PER IL TRATTAMENTO ILLECITO O NON CORRETTO.

Il potere di « regolazione » assegnato all'*Authority* è altresì completato dall'art. 11, D.Lgs. n. 467 (« Misure per il trattamento illecito o non corretto »). È stabilito, infatti, che, ai sensi della lett. c), comma 1, art. 22 l. n. 675, il Garante ha il potere di segnalare ai relativi titolari o responsabili non più le sole modificazioni, ma anche quelle necessarie al fine di rendere il trattamento conforme alle disposizioni vigenti.

È, in sostanza, introdotta una sorta di « graduazione » delle misure, sicché all'Autorità sarà chiesto, nell'espletare detto compito, di specificare se le modificazioni sono opportune o necessarie: ne consegue una graduazione delle sanzioni per l'inosservanza; *rectius*, la modifica inserita va letta in combinato disposto con l'altra, che incide sulla lett. l), art. e comma cit., in base alla quale il Garante può vietare il trattamento o disporre il blocco, oltre che nei casi già anteriormente stabiliti, se esso « risulta illecito o non corretto anche per effetto della mancata adozione delle misure *necessarie* (corsivo dell'A.) di cui alla lettera c) ». La formulazione non

⁶⁸ V. G. CORRIAS LUCENTE, *Commento all'art. 35*, in E. GIANNANTONIO - M.G. LOSA-

NO - V. ZENO ZENCOVICH, *La tutela dei dati personali*, cit., p. 364 ss.

è felice, a partire dalla distinzione tra il trattamento illecito e quello non corretto⁶⁹ o atteso che non vi è specifico rinvio all'art. 35 l. n. 675; *id est*, alla fattispecie penalistica del « Trattamento illecito di dati personali »⁷⁰, in un'accezione generica che differenzi tra un trattamento illecito ed uno « non corretto ». Il tutto si complica con l'inciso « anche »: il divieto o il blocco scattano se il trattamento è illecito o non corretto « anche » per la mancata adozione e non *soltanto* a causa della stessa; il che è una contraddizione in termini: delle due l'una; o le misure, sono necessarie, nel senso *letterale* del termine, ed allora non v'è dubbio sulla non correttezza del trattamento attuato in loro assenza e sulla necessità (questa volta sì) del divieto o del blocco; oppure, è possibile che il Garante imponga misure « necessarie », la cui omissione di per sé, non è sufficiente ad inficiare il trattamento, *ergo* misure « necessarie e non-necessarie ».

La sensazione è che l'inciso predetto sia il frutto di una volontà « mitigatrice » nel complesso invalsa in sede di approvazione della riforma.

9. PROFILI PENALISTICI E DEPENALIZZAZIONE.

Del resto, che nell'aula parlamentare sia a tratti apparso lo « spettro » della *privacy* come intralcio d'impresa si ricava anche dalla depenalizzazione di alcune condotte illecite previste dalla l. n. 675.

Di ciò si occupano gli artt. 12-15 D.Lgs. n. 467.

È sì prevista una nuova fattispecie incriminatrice, atteso che il reato di inosservanza dei provvedimenti del Garante, di cui all'art. 37, l. n. 675⁷¹, è ora, in forza dell'art. 75 D.Lgs. n. 467, esteso all'inosservanza del divieto o del blocco del trattamento.

Di contro, l'omessa notifica al Garante⁷², non sarà più punita con la reclusione, ma l'art. 34 l. n. 675 modificato dall'art. 12 D.Lgs. n. 467, vi ricollega soltanto la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire 10 milioni a lire sessanta milioni (perché l'importo non è stato già stabilito in euro?). Interes-

⁶⁹ La cui funzione è quella di rafforzare i poteri dell'Autorità Garante, come giustamente rileva G. CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, p. 374.

⁷⁰ Su cui v. G. CORRIAS LUCENTE, *op. cit.*, p. 359, piuttosto critica nei confronti della « severità dell'intervento » legislativo, soprattutto se messo a confronto con le pene edittali previste per altri reati contro l'onore, o addirittura contro l'incolumità fisica.

⁷¹ In analogia con la previsione dell'art. 38, l. n. 675/1996, che prevede come pena accessoria la pubblicazione della sentenza di condanna.

⁷² Sull'individuazione dei c.d. dati particolari introdotti con il decreto in esame, v. le considerazioni svolte da D. MINOTTI - A. SIROTTI GAUDENZI, *Aspettando il testo unico*, cit., p. 111.

sante, in chiave, più che altro, di *moral suasion*, è la sanzione accessoria della pubblicazione dell'ordinanza-ingiunzione⁷³.

In base all'art. 35, comma 2 l. n. 675, come riformato dall'art. 13 D.Lgs. n. 467, poi, il reato di trattamento illecito di dati personali si amplia sino a ricomprendere gli « Altri dati particolari »⁷⁴ sopra considerati.

La fattispecie, inoltre, sussiste, non nel caso di comunicazione e diffusione dei dati, secondo la formulazione anteriore, né se l'agente « procede al trattamento »: è un requisito in « più » che contiene il « meno », oppure si è inteso restringere la sfera operativa della sanzione? È credibile la prima opzione.

L'art. 36 l. n. 675, attraverso l'art. 74 D.Lgs. n. 467, ha, in realtà, subito le modifiche più rilevanti; da un lato è aumentata la pena per chi omette di adottare le misure minime di sicurezza (dalla reclusione sino ad un anno si è passato all'arresto sino a due anni) che, tuttavia, è in alternativa ad un'ammenda (da lire dieci milioni a ottanta milioni).

Scompare, al contempo, la distinzione (ed il diverso regime) tra l'ipotesi in cui dalla condotta derivi oppur no documento; viene altresì eliminata la « singolare » previsione anteriore per cui si differenziava l'omessa adozione della misura compiuta con o senza colpa: nella precedente versione, alla diversificazione (è il caso di dire, concettuale) seguiva la stessa pena: la reclusione sino ad un anno.

Ma è il comma 2 dell'art. 36 riformato la maggiore novità:

« All'autore del reato, all'atto dell'accertamento e, nei casi complessi, anche con successivo atto del Garante, è impartita una prescrizione fissando un termine per la regolarizzazione non eccedente il periodo di tempo tecnicamente necessario, prorogabile in caso di particolare complessità o per l'oggettiva difficoltà dell'adempimento e comunque non superiore a sei mesi. Nei sessanta giorni successivi allo scadere del termine, se risulta l'adempimento alla prescrizione, l'autore del reato è ammesso dal Garante a pagare una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione. L'adempimento e il pagamento estinguono il reato. L'organo che impartisce la prescrizione e il pubblico ministero provvedono nei modi di cui agli artt. 21, 22, 23 e 24 del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758 in quanto applicabili ».

⁷³ Così G. BUSIA, *La notifica al Garante diventa obbligatoria*, cit., p. 40.

⁷⁴ Il co. 2 dell'art. 14 d. lgs. n. 467/2001 recita nel seguente modo: « per i procedimenti penali per il reato di cui all'art. 36 della legge 31 dicembre 1996, n. 675 in corso, entro quaranta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto l'autore del reato può fare richiesta all'autorità

giudiziaria di essere ammesso alla procedura indicata all'art. 36, comma 2, della medesima legge n. 675 del 1996, come sostituito dal presente decreto. L'Autorità giudiziaria dispone la sospensione del procedimento e trasmette gli atti al Garante per la protezione dei dati personali che provvede ai sensi del medesimo art. 36, comma 2 ».

V'è chi al riguardo ha rinvenuto un caso di c.d. « ravvedimento operoso »⁷⁵, esteso, per *favor rei*, anche ai procedimenti penali in corso, ai sensi dell'art. 14, comma 2, D.Lgs. n. 467⁷⁶.

Quasi a « bilanciare » le modifiche segnalate, il D.Lgs. all'art. 16, prevede un'altra incriminazione stabilita dall'art. 37-bis l. n. 675, la « falsità nelle dichiarazioni e nelle notificazioni al Garante »; infatti, « Chiunque, nelle notificazioni di cui agli artt. 7, 16, comma 1, 20 o in atti, documenti o dichiarazioni resi o esibiti in un procedimento dinanzi al Garante o nel corso di accertamenti, dichiara o attesta falsamente notizie o circostanze o produce atti o documenti falsi, è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi a tre anni ».

L'iniziativa legislativa è meritoria e forse corrisponde alla necessità di assicurare al Garante una più ampia ed affidabile mole di informazioni sulle banche dati, altrimenti non acquisitive d'ufficio, considerata l'imponenza del fenomeno dei *personal data* a fronte delle risorse organizzative dell'Autorità.

Quanto al capitolo delle sanzioni, un ultimo cenno va fatto all'art. 17 D.Lgs. n. 467 che, incidendo sull'art. 39⁷⁷, l. n. 675, adegua le sanzioni amministrative nel senso appresso riportato: « 1. Nell'art. 39, comma 1, della legge 31 dicembre 1996, n. 675, le parole « da lire un milione a lire sei milioni » sono sostituite dalle seguenti: « da lire cinquemilioni a lire trenta milioni ».

2. L'art. 39, comma 2, della legge 31 dicembre 1996, n. 675, è sostituito dal seguente:

« 2. La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 10 è punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire tre milioni a lire diciotto milioni e, nei casi di cui agli artt. 22, 24 e 24-bis o, comunque di maggiore rilevanza del pregiudizio per uno o più interessati, da lire cinque milioni a lire trenta milioni. La somma può essere aumentata sino al triplo quando essa risulti inefficace in ragione delle condizioni economiche del contravventore. La violazione della disposizione di cui all'art. 23, comma 2, è punita con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire cinquecentomila a lire tre milioni ».

⁷⁵ Per un commento all'art. 39 l. n. 675/1996, valga il rinvio a E. BANI, *Commento sub art. 39*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *La tutela della privacy*, cit.

⁷⁶ Sull'importanza dei codici di autodisciplina a tutela della riservatezza, v. G. CORASANITI, *Diritto dell'informazione*, Napoli, 1995, *passim*.

⁷⁷ V. sulla reiterazione dell'obbligo

relativo ai codici deontologici le osservazioni di S. MELCHIONNA, *La nuova privacy: semplificazioni senza rinunciare a regole e garanzie*, consultabile al sito Internet www.privacy.it. Insistono sul rapporto tra codici deontologici e minacce alla riservatezza derivanti dall'uso di Internet D. MINOTTI - A. SIROTTI GAUDENZI, *Privacy: aspettando il testo unico*, cit., p. 111.

10. CODICI DI DEONTOLOGIA E POTERI DEL GARANTE.

L'ulteriore area tematica che la riforma in esame prende in considerazione è contenuta nell'art. 20 D.Lgs. n. 467, che si occupa dei « Codici di deontologia e di buona condotta ». A mente della disposizione, entro il 30 giugno 2002 il Garante promuove la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta per i soggetti pubblici e privati interessati al trattamento dei dati personali nei settori specificati al comma 2 dello stesso articolo.

Questi ultimi, pertanto, vengono così ad essere indicati:

- a) servizi di comunicazione e informazione offerti per via telematica;
- b) trattamenti previdenziali e gestione del rapporto di lavoro;
- c) invio di materiale pubblicitario e vendita diretta, ricerche di mercato o di comunicazione commerciale interattiva;
- d) trattamenti per fini di informazioni commerciali;
- e) trattamento nell'ambito dei sistemi informatici, di cui sono titolari soggetti privati, utilizzati per fini di concessione di crediti a consumo o comune, riguardanti l'affidabilità e la puntualità nei pagamenti da parte degli interessati;
- f) archivi, registri, elenchi, atti e documenti tenuti da soggetti pubblici;
- g) strumenti automatizzati di rilevazione immagini.

Il discorso in argomento impone il riferimento al più generale ruolo dell'autodisciplina in materia di *privacy*⁷⁸. La radice è *in primis* nella produzione comunitaria, tant'è che proprio l'art. 20, comma 1, cit., invita il Garante a tenere conto dei criteri direttivi delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa indicate nell'articolo 12, comma 1, lett. b) della legge 31 dicembre 1996, n. 676.

Ma la deontologia non è, se è lecito dire, un ospite inatteso nel sistema della riservatezza; anzi, la riforma in oggetto, sul punto, menziona l'art. 31, comma 1, lett. b, l. n. 675, che assegna al Garante il compito « di promuovere nell'ambito delle categorie interessate, *nell'osservanza del principio di rappresentatività* (corsivo dell'A.), la sottoscrizione di codici di deontologia e di buona condotta »⁷⁹.

Del resto, il precedente più rilevante e significativo, al riguardo, è costituito dal Codice deontologico dei giornalisti⁸⁰, adottato in attuazione del D.Lgs. n. 171/98 e dell'art. 25, l. n. 675. Proprio tale ultima esperienza, che ha dato luogo a non poche dispute e ad osser-

⁷⁸ Sul ruolo del codice deontologico dei giornalisti v. S. SICA, *Sicurezza e riservatezza nelle telecomunicazioni*, cit., p. 791 ss.

⁷⁹ Ribadisce l'importanza di tale principio G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è ancora aperto*, cit.

⁸⁰ Per un commento, cfr. S. SICA, *Approvato il codice deontologico dei giornalisti*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1256 ss., e A. BELELLI, *Legge sulla privacy e codice deontologico dei giornalisti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 3 ss.

vazioni parzialmente critiche, tuttavia ha consentito la definizione di taluni punti fermi, grazie anche alla linea tenuta dal Garante.

Non va ad esempio dimenticato che la prima versione del codice, intitolata « Norme deontologiche », elaborata dall'Ordine nazionale dei giornalisti, non venne approvata dal Garante per una serie di ragioni, ma, innanzitutto, per la sua intitolazione; l'Autorità ebbe a rilevare che la distinzione tra « norme » e « codice » non è una sfumatura lessicale⁸¹, ma corrisponde alla diversa funzione che alla deontologia viene assegnata nella logica della l. n. 675 (e, ancor prima, dell'elaborazione comunitaria); le disposizioni sul punto, infatti, contengono una sorta di rivoluzione copernicana, laddove superano la dicotomia « diritto statutale-diritto categoriale », introducendo la terza via del diritto della categoria, che, secondo una determinata procedura, concorre a comporre il diritto statutale.

La soluzione è, in chiave di *policy*, culturalmente credibile ed ispirata ad *efficiency*: vi sono settori nei quali l'intervento statale è difficile ed « a rischio », ora per l'interferenza con valori socialmente delicati (si pensi all'informazione giornalistica), ora per la difficoltà di predisporre una disciplina tecnicamente compatibile con le peculiarità di un ambito specifico; su tali settori l'autodisciplina svolge un compito essenziale, se « temperata » dal controllo pubblico, ma, ove ciò avvenga, la stessa deontologia subisce una « innovazione »: da « normativa interna » assurge a regola giuridica dello *specificum*, a valenza ed opponibilità *ergas omnes*, pienamente « giustiziabile »⁸².

Il segno identificativo più evidente di un siffatto processo è da scorgere nella previsione che il codice deontologico, « approvato » dall'*authority*, viene pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, riceve, cioè, anche il crisma formale della legge in senso stretto.

Orbene, però, pure i codici, di cui all'art. 20, D.Lgs. n. 467, presentano le medesime caratteristiche, confermate dal comma 4, art. cit., per il quale essi « sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana a cura del Garante e riportati in allegato nel testo unito delle disposizioni in materia ». *Id est*, all'interessato che ne lamenti la violazione non sarà possibile opporre la sola rilevanza interna e categoriale delle disposizioni in oggetto, mentre qualsivoglia organo amministrativo o giurisdizionale ne curerà l'applicazione.

Semmai, un problema si profila rispetto ad alcuni dei nuovi codici deontologici in arrivo: se il trattamento attiene a soggetti pub-

⁸¹ V., sul punto, la Segnalazione 23 gennaio 1998 del Garante per i dati personali, con la quale si chiede al Consiglio dell'Ordine dei giornalisti la mo-

dificazione dello schema di codice deontologico.

⁸² Così G. BUTTARELLI, *Il dibattito sulla privacy è ancora aperto*, cit.

blici, *nulla quaestio* circa la rappresentatività del redattore e destinatario delle regole deontologiche: si pensi alla lett. *f*) del comma 2 art. 20 cit., che prevede il codice deontologico per il trattamento di dati personali « provenienti da archivi, registri, elenchi, atti o documenti tenuti da soggetti pubblici ».

Quid iuris, invece se il codice deontologico riguarda trattamenti effettuati da soggetti privati? A titolo esemplificativo, nel caso dei giornalisti, la presenza dell'Ordine — di là da ogni disputa su tale istituzione — ha risolto in radice ogni questione di rappresentatività.

Ma come si andranno — ed in maniera affidabile — a determinare i soggetti rappresentativi dei « fornitori di comunicazione e informazione offerti per via telematica » (lett. *a*)), di quelli che svolgono informazione commerciale (lett. *d*)), dei titolari privati che erogano crediti al consumo (lett. *a*) o che utilizzano strumenti automatizzati di rilevazione di immagini (lett. *g*)?)

10.1. (SEGUE). PRIVACY, E-COMMERCE E RETI TELEMATICHE.

Nondimeno, pur con la riserva innanzi spiegata, la riforma appare più che da condividere, al pari dell'individuazione dei settori « nevralgici » che essa ha attuato.

In particolare, nella delineazione dei medesimi si avverte l'eco della « giurisprudenza » del Garante⁸³, da tempo in dialogo con i soggetti (titolari o « utenti ») coinvolti in talune attività con *privacy* a rischio.

Su tutte emerge l'uso di Internet⁸⁴ come strumento di fornitura di servizi di comunicazione e informazione ed è noto che, ancor prima che l'evoluzione comunitaria conducesse in questa direzione, la deontologia (Netiquette)⁸⁵ è stata una delle strade percorse per garantire correttezza dell'uso della Rete, in specie nel trattamento dei dati personali.

La disposizione in esame, tuttavia, focalizza l'attenzione sui criteri « per assicurare ed uniformare una più adeguata informazione e consapevolezza degli utenti [...] rispetto ai tipi di dati personali trattati e alle modalità del loro trattamento, in particolare attra-

⁸³ V. G. COMANDÈ, *La funzione « giurisprudenziale » del Garante per la protezione dei dati personali: a proposito di una recente decisione su informativa e consenso al trattamento*, in questa Rivista, 1997, p. 975 ss.

⁸⁴ La bibliografia sull'argomento è ormai vastissima: per tutti il rinvio è a E. MONTERO (éd.), *Droit des technologies de l'information. Regards Prospectifs*, Bruxelles, 1999, *passim*.

⁸⁵ Il ricorso a forma extragiuridiche di disciplina (autoregolamentazione, codici deontologici) è dovuto in larga parte alla irriducibilità di Internet nelle categorie e negli schemi tradizionali del diritto: cfr. M. VIVANT, *Internet et modes de régulation*, in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Namur, 1997, p. 217 ss.

verso informative fornite in linea in modo agevole ed interattivo [...]». A nessuno sfugge che il nodo cruciale della riservatezza *on line* vada affrontato in forma sinergica e coordinata tra i vari interventi del legislatore interno e comunitario, per prevenire possibili esiti contrastanti.

Che la l. n. 675 sia *lex generalis* in tema di riservatezza, pacificamente applicabile anche alla Rete è fuor di dubbio⁸⁶; che essa, sul punto, si completi e si stia completando anche con le discipline «speciali» (come il D.Lgs. n. 171/98) è ugualmente certo.

E, tuttavia, auspicabile che l'interpretazione delle norme sulla *privacy* «concordi» con quella, ad esempio, della regolamentazione in materia di *e-commerce*⁸⁷; il che è, in effetti, prevedibile, se si pensa che gli stessi criteri di semplicità del rapporto interattivo, chiarezza e trasparenza dell'informazione, centralità del consenso (sebbene qui come *opt in*, lì come *opt out*)⁸⁸ dell'interessato vengono additati dal legislatore del commercio elettronico.

Analoghe considerazioni valgono per gli altri settori che l'art. 20, comma 2, cit. designa: si pensi all'invio di materiale pubblicitario e di vendita diretta, alle ricerche di mercato, alla gestione delle centrali rischi private e così via.

In realtà, nei rispettivi ambiti, non siamo all'«anno zero»: le prese di posizione del Garante, a titolo di ulteriore esemplificazione, in tema di «profilazione» del consumatore⁸⁹ e di fornitura «gratuita»⁹⁰ dei servizi di rete e di telecomunicazione sono un'ottima base di partenza e le fondamenta di un diritto prossimo venturo «pubblico-categoriale» delle materie in questione.

11. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

In definitiva, il D.Lgs. n. 467 costituisce una svolta decisiva nella «parabola» della *privacy*, sebbene ancora non definitiva.

⁸⁶ Sono tuttavia palesi le difficoltà di applicare la *lex generalis* sulla tutela dei dati personali ad Internet, come ricorda G.M. RICCIO, *Il consenso dell'interessato*, cit., p. 325.

⁸⁷ Il commercio elettronico trova una propria disciplina nella Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000. Per un commento, si rimanda a G. COMANDÈ - S. SICA, *Il commercio elettronico*, cit.

⁸⁸ Sulla distinzione si rimanda a G. COMANDÈ - S. SICA, op. cit., p. 28 ss.

⁸⁹ Attività nei cui confronti deve sempre essere ribadita la centralità della persona umana. Cfr., sul tema, P. STANZIONE,

Persona consumatore e tutele giuridiche, in Casi e problemi di diritto privato, Salerno, 1995, p. 165 ss.

⁹⁰ Si fa riferimento al caso «Grati-stel» (pubblicata in *Bollettino del Garante*, n. 10/99), nel quale una società di telecomunicazioni offriva servizi gratuiti in cambio dell'uso dei dati personali dei propri clienti. Per un'attenta analisi delle questioni poste dal problema della pubblicità *on line*, v., tra gli altri, S. STABILE, *La pubblicità nel cyberspace fra business, etica, e autodisciplina*, in AA.VV., *Il commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line*, Milano, 1999, p. 165 ss.

Probabilmente esso è una tappa importante di un diritto, tuttavia, per definizione in azione.

Ciò che rileva — e, in parte, al contempo, preoccupa — è la grandezza degli spazi vuoti, da riempire, che la riforma consegna.

I punti fermi sono più « politici » che regolamentari e riguardano:

a) l'attenuazione dell'impatto della riservatezza nell'economia di massa;

b) il mantenimento del livello di tutela dell'interessato;

c) l'attribuzione della verifica (anzi dell'attuazione) del *balance* al Garante, che esce forse « caricato » oltre ogni misura dalle modifiche introdotte.

Il « cuore » della problematica è forse tutto qui: il grado di affidabilità, di capacità, di efficienza dell'*authority* nella gestione dei propri mutati (ed implementati) compiti.

Ma è anche vero che, più di ieri, la *privacy* deve diventare oggetto di un « circolo virtuoso », che coinvolga la produzione normativa comunitaria, interna (e sovranazionale per alcuni profili « globalizzati »), la giurisprudenza, ordinaria e del Garante, e la dottrina, e che raccolga la sfida di confrontarsi con categorie « nuove », a tratti « eversive », ma che necessitano di una sistemazione finalizzata all'effettiva salvaguardia degli interessi prevalenti in gioco⁹¹.

⁹¹ Sul concetto di bilanciamento degli interessi, con particolare riguardo proprio alla tematica del trattamento dei dati per-

sonali, v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 411.